



TÜRK-ALMAN ÜNİVERSİTESİ
TÜRKISCH-DEUTSCHE UNIVERSITÄT



HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ZEITSCHRIFT FÜR TÜRKISCH-DEUTSCHE RECHTSSTUDIEN

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ | ZEITSCHRIFT FÜR TÜRKISCH-DEUTSCHE RECHTSSTUDIEN

Cilt-7 Sayı-2 Jahrgang-7 Heft-2 2025

2025

Cilt-7 Sayı-2

Jahrgang-7 Heft-2



**TÜRK-ALMAN ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

**ZEITSCHRIFT FÜR TÜRKISCH-
DEUTSCHE RECHTSSTUDIEN**

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien
Cilt/Jahrgang: 7 • Sayı/Heft: 2 • Aralık / Dezember 2025
ISSN: 2687-3923 E-ISSN: 2687-461X

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6 ayda bir Haziran ve Aralık aylarında yayınlanan hakemli bir dergidir.

Die Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien (ZtdR) erscheint alle sechs Monate im Juni und Dezember nach Durchführung eines Peer-Reviews

Dergi Hakkında/Über die Zeitschrift

Yayın Sahibi/Herausgeber
Türk-Alman Üniversitesi
Türkisch-Deutsche Universität

Yayın Sahibi Temsilcisi/Vertreter des Herausgebers

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı
Dekan der Fakultät für Rechtswissenschaft, Türkisch-Deutsche Universität
Prof. Dr. Hamide Özden Özkaya Ferendeci

Baş Editörler/Chefredakteure
Prof. Dr. Dres. h. c. mult. Philip Kunig
Prof. Dr. Ali Kemal Yıldız, Doç. Dr. Berke Özenç

Baş Editör Yardımcıları/Co-Chefredakteure
Prof. Dr. İrfan Akın, Araş. Gör. Lütfullah Yasin Akbulut,
Araş. Gör. Zehra Büşra Kayaözü, Araş. Gör. Muhammed Ali Çoban,
Araş. Gör. İrem Diler, Araş. Gör. Nurdan Özçelik

Yayın Kurulu/Redaktionsbeirat
Prof. Dr. Halil Akkanat, İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. Ece Göztepe, Bilkent Üniversitesi
Prof. Dr. Matthias Mahlmann, Zürih Üniversitesi
Prof. Dr. Yeşim Atamer, Zürih Üniversitesi
Prof. Dr. Osman Berat Gürzumar, Bilkent Üniversitesi
Prof. Dr. Henning Rosenau, Martin Luther Üniversitesi, Halle/S.
Prof. Dr. Abuzer Kendigelen, İstanbul Üniversitesi
Karl-Heinz Oehler, Türk-Alman Üniversitesi
Prof. Dr. Murat Atalı, İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. İzzet Özgenç, Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Prof. Dr. Yasemin Işıқтаç, İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. Arzu Oğuz, Ankara Üniversitesi
Prof. Dr. Ahmet Ulvi Türkbağ, Medipol Üniversitesi
Prof. Dr. Zafer Zeytin, Türk-Alman Üniversitesi

Prof. Dr. Huang Hui, Pekin Üniversitesi
Prof. Dr. Osman Doğru, Marmara Üniversitesi

Dil Editörü/Spracheditor

Dr. Karen Klein, Türk-Alman Üniversitesi

Yönetim Yeri/Hauptverwaltung

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Türkisch-Deutsche Universität, Fakultät für Rechtswissenschaft

Yayın Türü/Publikationsart

Yaygın Süreli Yayın/Periodische Publikation

Yayın Dili/Sprachen

Türkçe, Almanca, İngilizce/Türkisch, Deutsch, Englisch

Yayın Periyodu/Veröffentlichungszeitraum

Altı ayda bir Haziran ve Aralık aylarında yayınlanır/Halbjährlich (Juni, Dezember)

Baskı ve Cilt/Druckerei

Filiz Kitabevi Basım Yayın Dağıtım

Petrol Ürünleri Sanayi ve Tic. Ltd. Şti.

Matbaacı Sertifika Numarası: 48596

Filiz Kitabevi Basım Yayın Dağıtım

Petrol Ürünleri Sanayi ve Tic. Ltd. Şti.

Cemal Yener Tosyalı Cad. No: 57/A (113)

Vefa-Fatih/İSTANBUL

Tel: (212) 527 0 718 - (850)441 0 359

Faks: (212) 519 20 71

www.filizkitabevi.com bilgi@filizkitabevi.com

Yayıncı Sertifika Numarası: 48596

İletişim/Kontakt

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Şahinkaya Cad. 86 - 34820 Beykoz / İSTANBUL, e-mail: hukuk@tau.edu.tr

http://www.tau.edu.tr - http://hukuk.tau.edu.tr

Tel: +90 (216) 333 30 00 Web: http://hfd.tau.edu.tr/

E-mail: tauhfd@tau.edu.tr, ztdr@tau.edu.tr

Basım Tarihi/Druckdatum

Aralık / Dezember 2025

İçindekiler/Inhaltsverzeichnis

MAKALELER/AUFSÄTZE.....	359

Zarar Sigortalarında Ekspertiz Raporuna Konu Edilmeyen Zarar Kalemlerinin Ne Zaman Muaccel Olacağı ve Sigortacının Ne Zaman Temerrüde Düşeceği Sorunu

Die Frage des Fälligwerdens von im Sachverständigengutachten nicht berücksichtigten Schadenspositionen in der Schadensversicherung und des Zeitpunktes des Verzugs des Versicherers	361
Araş. Gör. Dr. Murat Aydın	

Sigorta Tahkiminde Hakemin Reddi Üzerine Bazı Tespit ve Düşünceler

Einige Feststellungen und Überlegungen zur Ablehnung des Schiedsrichters im Versicherungsschiedsverfahren.....	395
Doç. Dr. Efe Direnisa, Doç. Dr. Anıl Köroğlu	

Siber Güvenlik Alanında Paralel Bildirim Yükümlülüklerinin Hukuki Çerçevesi: Eşgüdümlü Yönetişim Modeli Önerisi

Der rechtliche Rahmen paralleler Meldepflichten in der Cybersicherheit: Ein Modellvorschlag zur koordinierten Governance	435
Dr. M. Furkan Akıncı	

Anlaşmalı Boşanma Davası Açılabilmesi İçin Evliliğin Bir Yıl Sürmesi Kuralının Anayasa Mahkemesi'nin 30.05.2024 Tarihli (2023/109 E., 2024/113 K.) Kararı Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Eine Analyse der Ein-Jahres-Ehebestandsdauer als Voraussetzung der einvernehmlichen Scheidung nach Art. 166 Abs. 3 ZGB im Lichte der Entscheidung des Türkischen Verfassungsgerichts vom 30.05.2024 (2023/109 E., 2024/113 K.).....	502
Doç. Dr. Seda İrem Çakırca	

Yatırım Yoluyla Türk Vatandaşlığına Alınan Kişilerin On Sekiz Yaşını Dolduran Çocuklarının Vatandaşlık Durumunun Anayasal Açidan Değerlendirilmesi

Der Staatsangehörigkeitsstatus volljähriger Kinder beim Erwerb der türkischen Staatsangehörigkeit durch Investition: Eine verfassungsrechtliche Analyse.....	543
Dr. Öğr. Üyesi Volkan Aslan	

Organize Yapılar Üzerindeki Hâkimiyette Dolaylı Faillik Kurumunun Haksızlık Teorisi Yardımıyla Gerekçelendirilmesi

Die Begründung der mittelbarer Täterschaft bei der Organisationsherrschaft mit Hilfe der Unrechtstheorie.....584
Dr. Abdullah Yıldız

Kiralananın El Değiştirmesi Durumunda Güvence Bedelinin Akıbeti

Das Schicksal der Sicherheitsleistung im Falle eines Eigentümerwechsels an der Mietsache 637
Araş. Gör. Dr. Gökçen Doğan Bandır

Davalı Yabancı Devlete Tebligat Sorunu

Das Problem der Zustellung an den beklagten ausländischen Staat 667
Dr. Zeynep Çalışkan

Deniz Yoluyla Konteyner Taşımacılığında Eşyanın İncelenmesi ve Zararın Bildirimi (TTK M. 1184 ve 1185)

Untersuchung des Gutes und Schadensanzeige im Containertransport auf dem Seeweg (Art. 1184 und 1185 des Türkischen Handelsgesetzbuches).....715
Prof. Dr. Vural Seven, Dr. Öğr. Üyesi Doğan Can Aydın

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Tahkimde Hakemlerin İhtiyati Tedbir Kararı Vermesi

Einstweilige Verfügungen im Schiedsverfahren nach der türkischen Zivilprozessordnung 765
Av. Yasemin Mıstaçoğlu

Limited Şirket Ortaklarına Şirket Sözleşmesinde Tanınan Veto Hakkı

Das den Gesellschaftern einer GmbH in den Statuten eingeräumte Vetorecht 793
Abdullah Revaha Gencer

Karşılıklı Edimlere İlişkin İlâmlı İcra

Zwangsvollstreckung bei Leistung Zug um Zug 822
Dr. Öğr. Üyesi Zeynep Sümeysa Deveci

Savcılık İntikamcılığı (Prosecutorial Vindictiveness) Doktrini ve Türk Hukukuna Yansımaları

Die Lehre von der Vergeltungssucht der Staatsanwaltschaft und ihre Auswirkungen auf das türkische Recht.....889
Dr. Öğr. Üyesi Burak TAŞ

Sessiz Anayasa Değişiklikleri ve Anayasa Yargısının Sınırları: Türkiye ve Almanya Örneği

Informeller Verfassungswandel und die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit im deutsch-türkischen Vergleich 928
Dr. Öğr. Üyesi Didem ERDOĞAN

Mehaz Hukukla Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Yoksulluk Nafakasının Miktarı ve Süresi

Die Höhe und die Dauer des Bedürfnisunterhalts im Vergleich zum schweizerischen Recht als Rezeptionsvorlage 992
Araş. Gör. Dr. Burak Çelik

ÇEVİRİLER/ÜBERSETZUNGEN 1041

Cebrî İcra Hukukunda Etkin Hukukî Koruma 1043

Çev. / Übersetzt von: Araş. Gör. Dr. Gökhan Aykut

Hermeneutik ve Hukuk Bilimi: Hans-Georg Gadamer ve Josef

Esser.....1057

Çev. / Übersetzt von: Av. Pelin Tanrıku Şamdan

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Yayın İlkeleri ve Yazım Kuralları 1077

Zeitschrift für Türkisch-Deutsche Rechtsstudien

Publikationsrichtlinien und Redaktionsvorgaben.....1083

MAKALELER/AUFSÄTZE

Zarar Sigortalarında Ekspertiz Raporuna Konu Edilmeyen Zarar Kalemlerinin Ne Zaman Muaccel Olacağı ve Sigortacının Ne Zaman Temerrüde Düşeceği Sorunu

Die Frage des Fälligwerdens von im Sachverständigengutachten nicht berücksichtigten Schadenspositionen in der Schadensversicherung und des Zeitpunktes des Verzugs des Versicherers

Araş. Gör. Dr. Murat Aydın*

ÖZ

Zarar sigortalarında sigorta tazminatının muaccel olacağı an, TTK m. 1427/2'de; sigortacının sigorta tazminatı ödeme borcunda temerrüde düşeceği an ise, TTK m. 1427/4'te düzenlenmiştir. TTK m. 1427/2 c. 1 uyarınca, sigorta tazminatı, rizikonun gerçekleşmesini müteakip ve rizikoyla ilgili belgelerin sigortacıya verilmesinden sonra sigortacının edimine ilişkin araştırmaları bitince ve her halde rizikonun gerçekleştiğine ilişkin ihbardan kırk beş gün sonra muaccel olur. Sigorta tazminatı alacağı muaccel olunca ihtara gerek olmaksızın sigortacı temerrüde düşer (TTK m. 1427/4). Uygulamada, sigortacı TTK m. 1427/2 kapsamındaki araştırmalarını sigorta eksperisi vasıtasıyla gerçekleştirmektedir. Ancak ekspertiz raporuna konu edilmeyen zarar kalemleri bakımından ekspertiz raporunun hazırlanması bu alacakların muaccel hale gelmesini sağlamamaktadır. Ayrıca ekspertiz raporunun daha önce hazırlanmamış olması ihtimalinde, rizikonun gerçekleştiğine ilişkin ihbarın üzerinden kırk beş gün geçmesi de ekspertiz raporuna konu edilmeyen zarar kalemlerini muaccel hale getirmemektedir. Bu nedenle, bu zarar kalemleri bakımından sigortacının temerrüde düşmesi

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, (murataydin93@istanbul.edu.tr). ORCID: 0000-0002-1883-5968.



de söz konusu değildir. Ekspertiz raporunun tamamlanma tarihinden yahut rizikonun gerçekleştiğine ilişkin ihbardan kırk beş gün geçtikten sonra doğdukları için “ekspertiz raporuna konu edilmeyen zarar kalemleri” doğdukları tarihte muaccel olmaktadır. Ayrıca bu zarar kalemlerini ödeme borcu bakımından sigortacının temerrüde düşebilmesi için genel hükümler çerçevesinde ihtara gerek vardır. Bir diğer anlatımla, bu zarar kalemlerine ilişkin sigortacının temerrüdü bakımından TTK m. 1427/4’te yer alan esas uygulanmaz. Zira ekspertiz incelemesinden sonra ortaya çıkan zarar kalemleri bakımından ekspertiz incelemesi yapılmadığından sigortacının bu zararlar hakkında bilgisi mevcut değildir. Dolayısıyla bu zararlar kalemleri bakımından sigortacı TBK m. 117/1 uyarınca, ihtar ile temerrüde düşer.

Anahtar Kelimeler: Sigorta tazminatı, muacceliyet, temerrüt, ekspertiz raporuna konu edilmeyen zarar kalemleri, sigorta tazminatının muacceliyeti, sigortacının sigorta tazminatını ödeme borcunda temerrüdü.

The Problem of Determining the Maturity of Loss Items Excluded from the Expert Report and the Point at Which the Insurer is Considered in Default under Indemnity Insurance

ABSTRACT

In indemnity insurance, the time when the insurance indemnity becomes due is regulated under Article 1427/2 of the Turkish Commercial Code (“TCC”), while the point at which the insurer falls into default with respect to the obligation to pay the insurance indemnity is set forth in Article 1427/4 of the TCC. Pursuant to Article 1427/2, first sentence, the insurance indemnity becomes due after the occurrence of the insured event and the delivery of the relevant documents to the insurer, once the insurer has completed its investigation concerning its performance; in any case, the indemnity becomes due forty-five days after the notification of the occurrence of the insured event. Once the insurance indemnity claim becomes due, the insurer falls into default without the need for any notice of default (Article 1427/4 TCC). In practice, the insurer conducts the investigation stipulated under Article

1427/2 TCC through an insurance expert (loss adjuster). However, with respect to items of loss not included in the expert report, the preparation of such a report does not render these claims due and payable. Furthermore, even if no expert report has been prepared, the mere lapse of forty-five days following the notification of the occurrence of the insured event does not render the loss items excluded from the expert report due. Consequently, the insurer cannot be deemed in default in relation to these loss items. As the “loss items not included in the expert report” arise after the completion date of the expert report or after the expiry of the forty-five-day period following the notice of occurrence, these items become due on the date they actually arise. Moreover, for the insurer to fall into default regarding the payment obligation for such loss items, a notice of default (demand) is required pursuant to the general provisions of law. In other words, Article 1427/4 TCC does not apply to the insurer’s default concerning these items. This is because the insurer has no knowledge of such losses, given that they were not subject to the expert examination. Therefore, in respect of these loss items, the insurer falls into default only upon notice, in accordance with Article 117/1 of the Turkish Code of Obligations (“TCO”).

Keywords: *Insurance indemnity, maturity of claim, default, loss items not covered by the expert appraisal, maturity of insurance indemnity, insurer’s default in fulfilling the obligation to pay insurance indemnity.*

GİRİŞ

Zarar sigortalarında sigortacının sigorta sözleşmesinden doğan temel borcu, sözleşme kapsamında teminat altına alınan riziko gerçekleştiği takdirde, sigorta tazminatı ödeme borcudur¹. Sigortacının sigorta tazminatı ödeme borcu, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu² (TTK) m. 1427 ve devamı (vd.) hükümlerinde düzenlenmiştir. TTK m. 1427/2’de sigorta tazminatı alacağının ne zaman muaccel olacağı; TTK

¹ TTK m. 1427’nin gerekçesinin ilk cümlesinde, “Riziko gerçekleştiği zaman sigorta tazminatını ödeme borcu sigortacının sigorta sözleşmesinden doğan en temel borcudur.” denilmiştir.

² RG: 14.02.2011-Sayı: 27846.

m. 1427/4'te ise, sigortacının, sigorta tazminatı ödeme borcunda ne zaman temerrüde düşeceği düzenlenmiştir. TTK m. 1427/2 c. 1'de, sigorta tazminatının, rizikonun gerçekleşmesini müteakip ve rizikoyla ilgili belgelerin sigortacıya verilmesinden sonra sigortacının edimine ilişkin araştırmaları bitince ve her halde TTK m. 1446'ya göre yapılacak ihbardan kırk beş gün sonra muaccel olacağı düzenlenmiştir. TTK m. 1427/4'te ise, sigortacının sigorta tazminatı ödeme borcu muaccel olunca, ihtara gerek kalmaksızın sigortacının temerrüde düşeceği hüküm altına alınmıştır. TTK m. 1427/2 c. 1'de belirtilen "sigortacının edimine ilişkin araştırmaları" uygulamada sigorta eksperleri³ tarafından gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla TTK m. 1427/2 c. 1 uyarınca, sigorta eksperleri tarafından gerçekleştirilen inceleme ve değerlendirmeler neticesinde ekspertiz raporu⁴ hazırlanınca, rizikonun gerçekleştiğine ilişkin ihbarın üzerinden kırk beş gün geçmemişse sigortacının edimine ilişkin araştırmaları tamamlanmış ve sigorta tazminatı alacağı muaccel hale gelmiş olur.

³ 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu (RG: 14.06.2007 – Sayı: 26552 – SK) m. 2/1-n hükmünde, Sigortacılık Kanunu'nda geçen sigorta eksperinin; "Sigorta konusu risklerin gerçekleşmesi sonucunda ortaya çıkan kayıp ve hasarların miktarını, nedenlerini ve niteliklerini belirleyen ve mutabakatlı kıymet tespiti, ön ekspertiz ve hasar gözetimi gibi işleri mutat meslek olarak yapan tarafsız ve bağımsız kişiyi" ifade ettiği hüküm altına alınmıştır. Sigorta eksperleri, "Sigorta eksperleri" kenar başlıklı SK m. 22 hükmünde düzenlenmektedir. Sigorta eksperleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Samim Ünan, *Kender Sigorta Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2025, s. 122 vd.; Mertol Can, *Türk Özel Sigorta Hukuku Cilt I – Ders Kitabı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 88 vd.; İsmail Demir, *Sigorta Hukuku – Ders Kitabı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 139 vd.; Işıl Ulaş/İbrahim Bektaş, *Sigorta Hukuku Birinci Cilt – Zarar Sigortaları – I*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2023, s. 41 vd.; Rıza Ayhan/Hayrettin Çağlar/Mehmet Özdamar, *Sigorta Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 103 vd.; Hacı Kara, *Sigorta Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2025, s. 73 vd. ; Mehmet Özdamar/Burak Doğan, *Sigorta Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 32; Tamer Bozkurt, *Sigorta Hukuku – Ders Kitabı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2025, s. 75 vd.; M. Barış Günay, *Sigorta Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2025, s. 42 vd.

⁴ SK m. 22/17 c. 2'de, "Eksperler tarafından düzenlenen raporlar delil niteliğindedir." denilmiştir.

Tam da bu noktada, riziko gerçekleştiği anda doğmamış ve ekspertiz raporu tamamlandıktan sonra ortaya çıkan zarar kalemlerinin ne zaman muaccel hale geleceği ve sigortacının bu alacak kalemleri bakımından ne zaman temerrüde düşeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Zira sigortacının edimine ilişkin araştırma yapıldığı esnada doğmadığı için ekspertiz incelemesine konu edilmemiş zarar kalemleri bakımından ekspertiz raporunun tamamlanmasıyla birlikte muacceliyetin gerçekleştiği sonucuna ulaşılması mümkün değildir. Çalışma kapsamında da “ekspertiz raporuna konu edilmeyen” zarar kalemlerinin ne zaman muaccel olacağı ve dolayısıyla bu zarar kalemlerini ödeme borcu bakımından sigortacının ne zaman temerrüde düşeceği hususlarının tespit edilmesi amaçlanmaktadır. Bahsi geçen bu zarar kalemlerinin ekspertiz raporuna konu edilmemelerinin nedeni, bu zarar kalemlerinin ekspertiz incelemesi yapıldığı esnada doğmamış olmalarıdır. Ancak bu zarar kalemlerinin bazıları, ekspertiz incelemesi esnasında hiç doğmamış değildir; ancak dönemsel olarak devam eden zarar kalemleri olduğundan inceleme esnasında doğmuş olan kısmı incelemeye esas alınmaktadır. Bundan başka, ekspertiz incelemesine kısmen bile olsa hiç konu edilmemiş zarar kalemleri de mevcut olabilmektedir. Ekspertiz raporuna konu edilmeyen zarar kalemlerini “ekspertiz incelemesi yapıldığı esnada doğmamış devam eden/dönemsel zarar kalemleri” ile “ekspertiz incelemesi tamamlandıktan sonra ortaya çıkan zarar kalemleri” olarak iki ayrı başlıkta ele almak mümkündür.

I. GENEL OLARAK

TTK’nun “Sigorta Hukuku” başlıklı altıncı kitabının “Genel Hükümler” başlıklı birinci kısmında, “Tazminat ödeme borcu” bölümünün “Genel olarak” kenar başlıklı TTK m. 1427’nin ikinci fıkrasında, sigorta tazminatının muaccel olacağı anın; TTK m. 1427’nin dördüncü fıkrasında da sigortacının, sigorta tazminatını ödeme borcu bakımından temerrüde düşme anının tespitine ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu iki fıkra hükmü, TTK m. 1452/3 hükmü⁵

⁵ TTK m. 1452/3 hükmünde, “1405, 1409, 1413 ilâ 1417, 1419, 1421, 1422 ilâ 1426 ncı maddeler, 1427 nci maddenin ikinci ilâ beşinci fıkraları, 1428 inci madde,

uyarınca, nispi emredici niteliktedir. Dolayısıyla sigorta tazminatı alacağının muaccel olma anı ile sigortacının, sigorta tazminatını ödeme borcu bakımından temerrüde düşme anının tespitine ilişkin TTK m. 1427/2 ve f. 4'teki düzenlemeler sigorta ettiren, sigortalı aleyhine değiştirilemez; değiştirilirse TTK m. 1427/2 ve f. 4 hükümleri uygulanır.

TTK m. 1427 hükmü, TTK'nun "Sigorta Hukuku" başlıklı altıncı kitabının "Genel Hükümler" başlıklı birinci kısmında düzenlenmiştir. Bu nedenle, her tür zarar sigortası bakımından uygulama alanı bulacak bir düzenleme niteliğinde olduğu sonucuna ulaşılması gerekir. TTK'da zarar sigortalı, "Sigorta Türlerine İlişkin Özel Hükümler" başlıklı ikinci kısmının "Zarar Sigortalı" başlıklı birinci bölümünde, TTK m. 1453 ve devamı hükümlerinde düzenlenmiştir. TTK sistematığına göre, zarar sigortalı; mal sigortalı (TTK m. 1453-1472) ve sorumluluk sigortalı (TTK m. 1473-1486) olarak iki ayrı başlıkta ele alınmaktadır. Mal sigortalı kapsamında meydana gelecek bir riziko neticesinde, sigortalıya ödenmesi gereken sigorta tazminatının muacceliyeti ve sigortacının temerrüde düşmesi bakımından TTK m. 1427/2 ve f. 4 hükümlerinin uygulama alanı bulacağına bir şüphe yoktur. Bununla birlikte, sorumluluk sigortalılarında, TTK 1478 kapsamında, doğrudan sigortacıdan talepte bulunan zarar gören üçüncü kişinin sigorta tazminatı talepleri bakımından TTK m. 1427/2 ve f. 4 hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı hususunda bir tereddüt söz konusu olabilir. Ancak bu konuya ilişkin olarak "Bildirim yükümlülüğü" kenar başlıklı TTK m. 1475'in ikinci fıkrasında, "*Sigortalı kendisine yöneltilen istemi, aksi kararlaştırılmamışsa derhâl sigortacıya bildirir. Bu bildirim üzerine veya zarar görenin sigortacıya doğrudan başvurusu hâlinde 1427 nci madde uygulanır.*" denilmiştir. TTK m. 1475/2 c. 2'de de ifade edildiği üzere, sigorta tazminatının muacceliyetine ve sigortacının temerrüdüne ilişkin

1430 uncu maddenin birinci ve üçüncü fıkraları, 1431 inci maddenin birinci, ikinci ve dördüncü fıkraları ve 1433 ilâ 1449 uncu madde hükümleri, sigorta ettiren, sigortalı ve lehtar aleyhine değiştirilemez; değiştirilirse bu Kanun hükümleri uygulanır." düzenlemesi yer almaktadır.

TTK m. 1427/2 ve f. 4 hükümleri, sorumluluk sigortaları bakımından da uygulanır⁶.

⁶ TTK m. 1475/2 uyarınca, sorumluluk sigortalarında da sigortacının sigorta tazminatı ödeme borcunun TTK m. 1427'deki kurallara tabi olduğu; ancak sorumluluk sigortalarının kendine özgü farklı işleyişi ve farklı kuralları bulunduğundan sigorta tazminatının muacceliyetine ilişkin TTK m. 1427/2'deki genel düzenlemeyi sorumluluk sigortaları hakkında uygulamanın doğru olmadığı gibi TTK m. 1476'daki özel düzenleme dolayısıyla bunun mümkün de olmadığı hakkında bkz. Ünan, *Kender Sigorta Hukuku*, s. 415-416; Sorumluluk sigortalarında, sigortacının ediminin ne zaman muaccel olacağına TTK m. 1427/2'ye göre belirlenmesinin isabetli olmadığı; bu tür sigortalarda sigortacının ediminin ne zaman muaccel olacağına mal sigortalarından ayrı olarak düzenlenmesi gerektiği hakkında bkz. Samim Ünan, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi – Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku Cilt II (İkinci Kısım: Sigorta Türlerine İlişkin Özel Hükümler – Birinci Bölüm: Zarar Sigortaları – Madde 1453-1486)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 322-323; Ali Haydar Yıldırım, *Sigorta Tazminatı ve Bedelinin Muacceliyeti (TTK 1427)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 39-40. TTK m. 1427/2'nin genel hüküm içerisinde düzenlenmiş olması nedeniyle tüm sigorta türleri için geçerli olduğu ancak bütün sigorta türleri bakımından doğru bir çözüm getirmekten uzak olduğu hakkında bkz. Günay, s. 110-111. Belirtilmelidir ki, sorumluluk sigortalarına ilişkin genel şartlarda da sigorta tazminatının muacceliyetine ilişkin TTK m. 1427/2 ve sigortacının temerrüdüne ilişkin TTK m. 1427/4'teki düzenlemelerin tekrarı şeklinde düzenlemelere yer verilmiştir. Bu genel şartlara örnek olarak Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın sigorta tazminatının ödenmesini düzenleyen B.3.3 maddesinin ikinci ve dördüncü fıkrası; Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarının B.3.3 maddesinin birinci ve üçüncü fıkrası ile Bağımsız Denetçilik Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarının ikinci ve dördüncü fıkrası hükümleri gösterilebilir. Öte yandan "Sigortacının zarar görenden bilgi alma hakkı" kenar başlıklı TTK m. 1479'da "Sigortacı, zarara sebep olan olayın ve zarar miktarının belirlenmesi amacıyla, zarar görenden bilgi isteyebilir. Zarar gören, sağlanması ihtimali bulunan ve istenilmesi haklı görülebilecek ilgili tüm belgeleri sigortacıya vermek zorundadır. Zarar görenin bu zorunluluğa uymaması hâlinde, durumun zarar görene yazılı bildirilmiş olması kaydıyla, sigortacının sorumluluğu, zorunluluk yerine getirilmiş olsaydı ödemek zorunda kalacağı miktarla sınırlıdır." düzenlemesine yer verilmiştir. Kanaatimizce, bu düzenleme de sigorta tazminatının

TTK m. 1427/2 c. 1’de, “Sigorta tazminatı ..., rizikonun gerçekleşmesini müteakip ve rizikoyla ilgili belgelerin sigortacıya verilmesinden sonra sigortacının edimine ilişkin araştırmaları bitince ve her hâlde 1446 ncı maddeye göre yapılacak ihbardan kırkbeş gün sonra muaccel olur.” denilerek zarar sigortalarında, sigorta tazminatının muaccel olacağı an belirlenmiştir⁷. Bu hükümde, sigorta tazminatının rizikonun gerçekleşmesi ve tarafların belirli yükümlülükleri⁸ yerine getirmeleri

muacceliyetine ilişkin TTK m. 1427/2’nin sorumluluk sigortaları bakımından da uygulanacağı görüşünü desteklemektedir. TTK m. 1479 hakkında detaylı bilgi için bkz. Ünan, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi – Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku Cilt II (İkinci Kısım: Sigorta Türlerine İlişkin Özel Hükümler – Birinci Bölüm: Zarar Sigortaları – Madde 1453-1486)*, s. 371 vd.; Yıldırım, s. 283 vd.; Ünan, *Kender Sigorta Hukuku*, s. 693 vd.; Gönen Eriş, *Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Sigorta Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 1419; Demir, s. 334; Bozkurt, s. 257-258; Günay, s. 250-251.

⁷ 2008 yılında yürürlüğe giren Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu (VVG) § 14’ün birinci fıkrasında, sigortacının konusu para olan ödemelerinin, rizikoya ve sigortacının ediminin miktarının tespiti için gerekli olan araştırmaların tamamlanmasıyla muaccel olacağı düzenlenmiştir. Bu hükümde, TTK m. 1427/2 c. 1’dekinden farklı olarak bir üst süre öngörülmemiş ve rizikonun gerçekleştiğinin ihbarından itibaren belirli bir süre sonra sigortacının ediminin muaccel olacağına ilişkin bir kurala yer verilmemiştir. Bu hüküm hakkında detaylı bilgi için bkz. Thomas Fausten, *Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz – §§ 1-99 (Systematische Darstellungen)*, Verlag C. H. Beck, München, 2010, s. 939 vd. – kn. 16 vd.; VVG § 14’ün birinci fıkrası hakkında bilgi ve bu hükmün TTK m. 1427/2’deki düzenlemelerle karşılaştırılması hakkında bilgi için bkz. Yıldırım, s. 31-32. VVG § 14’ün birinci fıkrası hakkında ayrıca bkz. Ünan, *Kender Sigorta Hukuku*, s. 420.

⁸ TTK m. 1427/2 kapsamında, sigorta tazminatının muaccel olması bakımından tarafların yükümlülüklerini ikiye ayırarak ele almak gerekir. Buna göre, sigorta tazminatının muaccel olabilmesi için sigorta ettiren, sigortalı veya (sorumluluk sigortalarında) zarar gören üçüncü kişi, rizikonun gerçekleşmesinden sonra TTK m. 1447’de düzenlenen “Bilgi verme ve araştırma yapılmasına izin verme yükümlülüğünü” yerine getirmelidir. TTK m. 1447/1’de, “Sigorta ettiren, rizikonun gerçekleşmesinden sonra, sözleşme uyarınca veya sigortacının istemi üzerine, rizikonun veya tazminatın kapsamının belirlenmesinde gerekli ve sigorta ettirenden beklenebilecek

koşuluyla muaccel olacağı düzenlenmiştir. Ancak hükümde, sigorta tazminatının muaccel olacağı an bakımından kırk beş günlük bir üst süre⁹ öngörölerek her halde bu sürenin sonunda sigorta tazminatının muaccel olacağı kabul edilmiştir. Öte yandan TTK m. 1427/2 c. 3'te "*Sigortacıya yüklenemeyen bir kusurdan dolayı inceleme gecikmiş ise süre işlemez.*" denilerek kırk beş günlük üst sürenin işlemeyeceği bir ihtimal düzenlenmiştir.

Zarar sigortalarında, sözleşme kapsamında himaye edilen bir riziko gerçekteştiğinde şüphesiz sigortacının tazminat ödeme borcu doğar¹⁰. Ancak sigorta tazminatının sigortacıdan talep edilebilir hale gelmesi için muaccel olması ve dolayısıyla TTK m. 1427/2 c. 1'de öngörülen koşulların yerine getirilmesi gerekir. Sigorta tazminatının muaccel olmasının bir başka hukuki sonucu da TTK m. 1420/1'de öngörülen sigorta tazminatına ilişkin iki yıllık zamanaşımı süresinin

olan her türlü bilgi ile belgeyi sigortacıya makul bir süre içinde sağlamak zorundadır. Ayrıca, sigorta ettiren, aldığı bilgi ve belgenin niteliğine göre, rizikonun gerçekteştiği veya diğer ilgili yerlerde sigortacının inceleme yapmasına izin vermekle ve kendisinden beklenen uygun önlemleri almakla yükümlüdür." düzenlemesi yer almaktadır. Öte yandan sigortacının da kendisine sunulan bilgi ve belgeleri değerlendirmesi ve bu kapsamda edimine ilişkilerin araştırmaları tamamlaması gerekir. Sigorta tazminatının muaccel olması bakımından tarafların yerine getirmesi yükümlölükler hakkında bilgi için bkz. Emine Yazıcıoğlu / Zehra şeker Öğüz, *Sigorta Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, s. 169. TTK m. 1447 hakkında detaylı bilgi için bkz. Samim Ünan, *Türk Ticaret Kanunu şerhi – Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku Cilt I (Birinci Kısım: Genel Hükümler – Madde 1401-1452)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 505 vd.; Ünan, *Kender Sigorta Hukuku*, s. 498 vd.; Yıldırım, s. 283 vd.; Eriş, s. 691 vd.; Ulaş/Bektaş, s. 112 vd.; Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 205-206; Demir, s. 221-222; Kara, s. 256; Bozkurt, s. 189; Günay, s. 154-155.

⁹ Aynı yönde bkz. Yazıcıoğlu/şeker Öğüz, s. 169; TTK m. 1427/2 c. 1'deki sürenin tavan süre olduğu hakkında bkz. Ünan, *Türk Ticaret Kanunu şerhi – Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku Cilt I (Birinci Kısım: Genel Hükümler – Madde 1401-1452)*, s. 284; Ünan, *Kender Sigorta Hukuku*, s. 412; Ulaş/Bektaş, s. 134.

¹⁰ TTK m. 1409/1'de, "*Sigortacı, sözleşmede öngörülen rizikonun gerçekteşmesinden doğan zarardan veya bedelden sorumludur.*" düzenlemesi yer almaktadır.

başlamasına yol açmasıdır¹¹. Nitekim TTK m. 1420/1’de “*Sigorta sözleşmesinden doğan bütün istemler, alacağın muaccel olduğu tarihten başlayarak iki yıl ve 1482 nci madde hükmü saklı kalmak üzere, sigorta tazminatına ve sigorta bedeline ilişkin istemler her hâlde rizikonun gerçekleştiği tarihten itibaren altı yıl geçmekle zamanaşımına uğrar.*” denilmiştir. Ayrıca TTK m. 1427’nin gerekçesinde, bu konuya ilişkin olarak “*Borçlar Kanununun 128 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca, ilke olarak, zamanaşımı süresi alacağın muaccel olduğu tarihten başladığından, alacağın ne zaman talep edilebilir olduğunun da açık bir şekilde hükme bağlanması gerekir.*” açıklaması yer almaktadır.

Öte yandan TTK m. 1427/4’te belirtildiği üzere, sigortacının sigorta tazminatı ödeme borcu muaccel olunca, sigortacı ihtara gerek kalmaksızın temerrüde düşmektedir. Nitekim TTK m. 1427/4’te, “*Borç muaccel olunca, sigortacı ihtara gerek kalmaksızın temerrüde düşer.*” denilmiştir. Bu yönüyle sigorta tazminatının muaccel olma anı aynı zamanda sigortacının temerrüde düştüğü anı da belirleme işlevine sahiptir.

II. SİGORTA TAZMİNATININ MUACCELİYETİNE İLİŞKİN GENEL ESASLAR

A. Sigorta Tazminatının Muaccel Olma Şartları

TTK m. 1427/2 c. 1 uyarınca, sigorta tazminatı, rizikonun gerçekleşmesini müteakip ve rizikoyla ilgili belgelerin sigortacıya verilmesinden sonra sigortacının edimine ilişkin araştırmaları bitince ve her halde TTK m. 1446’ya göre yapılacak ihbardan kırk beş gün sonra muaccel olur¹². Buna göre, sigorta tazminatının muaccel olabilmesi için

¹¹ Ünán, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi – Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku Cilt I (Birinci Kısım: Genel Hükümler – Madde 1401-1452)*, s. 284; Ulaş/Bektaş, s. 134; Yıldırım, s. 91; Günay, s. 112.

¹² TTK m. 1427/2 dışında bazı kanunlarda da sigorta tazminatının muacceliyetine ve dolayısıyla sigortacının sigorta tazminatı ödeme borcuna ilişkin özel düzenlemelere yer verilmiştir. Bu kapsamda, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu (RG: 18.10.1983 – Sayı: 18195) m. 99/1’de, “*Sigortacılar, hak sahibinin zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarıyla belirlenen belgeleri, sigortacının merkez veya kuruluşlarından birine ilettiği tarihten*

rizikonun gerçekleşmiş olması; gerçekleşen rizikoyla ilgili belgelerin sigortacıya verilmiş olması ve en nihayetinde sigortacının edimine ilişkin araştırmaları bitirmiş olması gerekir. Bu bağlamda, kural olarak sigorta tazminatı, sigortacının edimine ilişkin araştırmaları bitince muaccel olur. Sigortacının edimine ilişkin araştırmaları, temelde, gerçekleşen rizikonun sigorta teminatı kapsamında kalıp kalmadığı ve riziko sigorta teminatı kapsamındaysa, ödenmesi gereken sigorta tazminatının miktarına yöneliktir. Bu kapsamda, sigortacı, sigorta himayesinden yararlanma hakkını ortadan kaldıran veya azaltan hususların mevcut olup olmadığını da araştıracaktır¹³. Kanun koyucu, sigortacının edimine ilişkin araştırmalarının belirli bir süre devam edeceğini dikkate alarak sigorta tazminatının muacceliyet anı bakımından üst süre öngörmüştür¹⁴. Bu süre, TTK m. 1427/2 c. 1’de

itibaren sekiz iş günü içinde zorunlu mali sorumluluk sigortası sınırları içinde kalan miktarları hak sahibine ödemek zorundadırlar.” düzenlemesine yer verilmiştir. Ayrıca 5300 sayılı Tarım Ürünleri Lisanslı Depoculuk Kanunu (RG: 17.02.2005 – Sayı: 25730) m. 6/3’te, “Lisanslı depo işleticisi hukuken geçerli bir mazereti olmadıkça hasarın tespitini takiben en geç beş iş gününde istenen tüm belgeleri ilgili sigorta şirketine iletmek, sigorta şirketi de belgelerin ulaşmasını takiben en geç on iş gününde mudîye ödemek zorundadır.” denilmiştir. Bu düzenlemeler hakkında bilgi için bkz. Demir, s. 236, dn. 58; Bozkurt, s. 144-145.

¹³ Sigortacının edimine ilişkin araştırmalarının yalnızca gerçekleşen rizikonun sigorta teminatı kapsamında yer alıp almadığı ve gerçekleşen riziko sigorta teminatı kapsamındaysa rizikonun sebep olduğu zararın miktarı ile sınırlı olmadığı; bunların dışında, sigortacının, sigorta ettiren veya sigortalının sigorta himayesinden yararlanma hakkını ortadan kaldıran veya azaltan davranışlarının mevcut olup olmadığını da araştıracağı hakkında bkz. Ünan, *Kender Sigorta Hukuku*, s. 412-413.

¹⁴ Yazıcıoğlu/Şeker Öğüz, s. 169. Sigorta tazminatının muaccel olma anına ilişkin olarak TTK m. 1427’nin gerekçesinde, “6762 sayılı Kanunun 1299 uncu maddesinde sigorta tazminatının muacceliyeti rizikonun gerçekleştiğinin sigortacıya ihbar borcunun doğduğu tarihe, ihbar borcu ise rizikonun gerçekleştiğinin öğrenilmesine bağlanmıştır. Ancak, sigorta tazminatının muacceliyetine ilişkin olarak kendisine riziko ihbarı yapılan sigortacının da araştırma ve inceleme yapma hakkının bulunduğu unutulmamalıdır. Dolayısıyla, muacceliyet konusunda riziko ihbarı yanında sigortacının edimine ilişkin araştırmaları da tamamlamış olması

belirtildiği üzere, TTK m. 1446 kapsamında, rizikonun gerçekleştiğini ihbar görevinin yerine getirilmesinden itibaren kırk beş gündür. Dolayısıyla sigortacının araştırmaları daha önce tamamlanmadığı takdirde, sigorta tazminatı, rizikonun gerçekleştiğine ilişkin ihbarın üzerinden kırk beş gün geçtikten sonra muaccel hale gelir¹⁵. Buna karşılık, sigortacının araştırmaları, rizikonun gerçekleştiğine ilişkin ihbarın üzerinden kırk beş gün geçmeden tamamlanmış olursa, bu ihtimalde, sigorta tazminatı, araştırmaların tamamlandığı anda muaccel olur.

TTK m. 1446/1’de, “Sigorta ettiren, rizikonun gerçekleştiğini öğrenince durumu gecikmeksizin sigortacıya bildirir.” denilmiştir. Bu hükme göre, sigorta ettiren, rizikonun gerçekleştiğini öğrenince, gecikmeksizin

önemli bir kriterdir. Ancak, menfaatler dengesinin korunması açısından sigortacının incelemesine de bir süre sınırlandırması getirilmelidir. Bu sürenin zarar sigortalarında rizikonun gerçekleştiğinin ihbar borcunun doğduğu tarihten itibaren 30 gün, ... olarak öngörülmüştür.” açıklamasına yer verilmiştir. Gerekcede, TTK m. 1427/2 c. 1’den farklı olarak üst süre kırk beş gün olarak değil de otuz gün olarak ifade edilmiştir. Ancak bu sürenin miktarı bakımından gerekçedeki açıklamanın değil, TTK m. 1427/2 c. 1’deki düzenlemenin esas alınması gereklidir.

- ¹⁵ TTK m. 1427/2 c. 1’de öngörülen, “sigorta tazminatı alacağının her halde rizikonun gerçekleştiğine ilişkin bildiriminden kırk beş gün sonra muaccel olacağı” kuralının uygulanma alanının bulunmadığı; kanun koyucunun kırk beş günlük “her halde uygulanacak” tavan süreyi hangi düşünceyle öngördüğünün anlaşılamadığı; bir hasarla ilgili sigorta tazminatı alacağının, bütün bilgi ve belgelerin sigortacıya verildiği andan itibaren o hasar hakkında karara varılması için makul olan sürenin sonunda muaccel olacağını düzenlemenin yeterli olacağı; inceleme ve araştırmaların belirli bir süre içerisinde bitirilememesinin muaccel olma bakımından değil, sigortacının “avans ödeme yükümlülüğü” bakımından önem taşıyabileceği ve bu hususun zaten TTK m. 1427/3’te düzenlendiği hakkında bkz. Ünan, *Kender Sigorta Hukuku*, s. 415; Sigorta tazminatı alacağının muaccel hale gelmesi konusunda süre öngörülmesinin gerekli olmadığı hakkında bkz. Ünan, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi – Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku Cilt I (Birinci Kısım: Genel Hükümler – Madde 1401-1452)*, s. 282 vd.

durumu sigortacıya bildirmekle yükümlüdür¹⁶. Ayrıca TTK m. 1412 uyarınca, sigorta ettiren dışında sigortalı ve temsilcinin de rizikonun gerçekleştiğini ihbar etmekle yükümlü olduğu sonucuna ulaşılmaktadır¹⁷. Burada belirtilmelidir ki, TTK m. 1446 hükmü, TTK'nun "Sigorta Hukuku" başlıklı altıncı kitabının "Genel Hükümler" bölümünde yer almaktadır. Bununla birlikte, sorumluluk sigortalarında, rizikonun gerçekleştiğini ihbar görevine ilişkin "Bildirim yükümlülüğü" kenar başlıklı TTK m. 1475'te özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu doğrultuda, TTK m. 1475/1'de, *"Sigortalı sorumluluğunu gerektirecek olayları, on gün içinde, sigortacıya bildirir."* ve TTK m. 1475/2 c. 1'de, *"Sigortalı kendisine yöneltilen istemi, aksi kararlaştırılmamışsa derhâl sigortacıya bildirir."* düzenlemeleri yer almaktadır. Kanaatimizce, rizikonun gerçekleştiğini ihbar görevi bakımından TTK m. 1475'te özel bir düzenlemeye yer verilmiş olması nedeniyle TTK m. 1427/2 c. 1'in "... ve her hâlde 1446 ncı maddeye göre yapılacak ihbardan kırkbeş gün sonra muaccel olur." olan kısmının "... ve her halde rizikonun gerçekleştiğine ilişkin ihbardan kırkbeş gün sonra muaccel olur." şeklinde anlaşılıp uygulanması gerekir. Zira TTK m. 1475'te rizikonun gerçekleştiğini ihbar görevine ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmiş olması karşısında TTK m. 1427/2 c. 1'de bu görev bakımından yalnızca TTK m. 1446'ya atıf yapılması doğru değildir.

Öte yandan sigortacı, rizikonun gerçekleştiğini kendisine bu hususta ihbar yapılmadan öğrenmiş olabilir. Bu ihtimale ilişkin olarak TTK m. 1446/3'te, *"Sigortacı rizikonun gerçekleştiğini daha önce fiilen öğrenmişse, ikinci fıkra hükmünden yararlanamaz."* denilmiştir. TTK m. 1446/2'de ise, *"Rizikonun gerçekleştiğine ilişkin bildirimin yapılmaması veya*

¹⁶ TTK m. 1446/1'in lafzı, rizikonun gerçekleştiğinin sigortacıya bildirilmesi bakımından bir "gereklilik" ya da "zorunluluğun" söz konusu olmadığını düşündürebilir. Zira hükümde, sigorta ettirenin riziko gerçekleşince bu durumu gecikmeksizin sigortacıya bildireceğinden bahsedilmiştir. Bununla birlikte, TTK m. 1446, TTK sistematğinde "b) Beyan yükümlülüğü" başlıklı bölüm kapsamında yer almaktadır. Dolayısıyla hükümde geçen "bildirir" fiilinin "bildirmesi gerekir" şeklinde anlaşılıp uygulanması gereklidir.

¹⁷ Aynı yönde bkz. Yazıcıoğlu/Şeker Öğüz, s. 157; Demir, s. 213; Yıldırım, s. 276-277.

geç yapılması, ödenecek tazminatta veya bedelde artışa neden olmuşsa, kusurun ağırlığına göre, tazminattan veya bedelden indirim yoluna gidilir.” düzenlemesine yer verilmiştir. Ayrıca sorumluluk sigortalarında rizikonun gerçekleştiğine ilişkin bildirim yükümlülüğünü düzenleyen TTK m. 1475’in üçüncü fıkrasında “Bildirim yükümlülüğünün ihlali hâlinde, 1446 ncı maddenin ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri kıyas yolu ile uygulanacağı” hüküm altına alınmıştır. Buna göre, sigortacının rizikonun gerçekleştiğini ihbar olmaksızın öğrenmesi ihtimalinde, bu hususta kendisine bildirim yapılmaması veya geç yapılması halinde sigorta ettiren ya da sigortalıya TTK m. 1446/2’de düzenlenen yaptırım uygulanmaz. Dolayısıyla bu durum, sigortacının rizikonun gerçekleştiğini ihbar olmaksızın öğrendiği hallerde aslında sigortacıya bu hususta ihbar yapılmasına gerek olmadığı şeklinde anlaşılabilir. Nitekim bu hususta, TTK m. 1427’nin gerekçesinde de “... Diğer taraftan, sigortacı rizikonun gerçekleştiği kendisine ihbar yapılmadan öğrenmiş ise, muacceliyet için rizikonun gerçekleştiğine ilişkin ihbarın yapılmış olması da aranmamalıdır. ...” açıklamasına yer verilmiştir. Bu doğrultuda, kanaatimizce, sigortacının rizikonun gerçekleştiğini kendisine ihbar yapılmadan öğrendiği hallerde, TTK m. 1427/2 c. 1 kapsamında, sigorta tazminatının muacceliyetine ilişkin kırk beş günlük üst sürenin sigortacının rizikonun gerçekleştiğini öğrendiği andan itibaren başlayacağı kabul edilmelidir¹⁸.

Burada belirtilmelidir ki, uygulamada, sigortacı edimine ilişkin araştırmaları sigorta eksperleri aracılığıyla gerçekleştirmektedir¹⁹.

¹⁸ TTK m. 1427/2’nin sigortacının rizikonun gerçekleştiğini haricen öğrendiği hallerde de uygulanması gerektiği; zira muacceliyet için önemli olanın sigortacının rizikonun gerçekleştiğini öğrenmesi olduğu hakkında bkz. Demir, s. 237. Sigortacının rizikonun gerçekleştiğini kendisine ihbar yapılmadan öğrendiği hallerde, sigorta tazminatının muacceliyeti için rizikonun gerçekleştiğine ilişkin ihbarın yapılmış olmasının aranmayacağı hakkında bkz. Kara, s. 222.

¹⁹ Gerçekleşen rizikoya ilişkin sigortacı ve sigorta eksperleri dışında kişi veya kurumlar tarafından da araştırmalar yapılabilmektedir. Ancak bu araştırmaların, sigorta tazminatı alacağının muacceliyeti bakımından her durum ve koşulda etkili olduğunu söylemek mümkün değildir. Buna göre, bu araştırmaların, sigorta tazminatı alacağının muacceliyeti bakımından

Rizikonun gerçekleşmesine ve sigortacıya bildirim yapılmasına müteakip sigorta şirketi tarafından bir eksper görevlendirilmektedir. Eksper tarafından rizikoya ve sigortacının edimine ilişkin inceleme ve değerlendirmeler yapılmakta; en nihayetinde de bir ekspertiz raporu düzenlenmektedir²⁰. Ekspertiz raporunun düzenlenmesiyle birlikte, TTK m. 1427/2 c. 1 anlamında, sigortacının edimine ilişkin araştırmaları bitmiş kabul edilmektedir²¹. Dolayısıyla kural olarak ekspertiz raporunun düzenlenme tarihinde, sigorta tazminatı muaccel hale gelmektedir. Ancak ekspertiz raporu, rizikonun gerçekleştiğine ilişkin bildirimin üzerinden 45 gün geçmesine rağmen tamamlanmamış olabilir. Bu ihtimalde, sigorta tazminatı sigortacının edimine ilişkin araştırmaları bitince değil de rizikonun gerçekleştiğinin ihbar edilmesinden kırk beş gün geçtikten sonra muaccel olur. Bu bakımdan ekspertiz raporunun tamamlanması beklenmez; zira TTK m. 1427/2 c. 1’de sigorta tazminatının muaccel olacağı ana ilişkin bir üst süre öngörülmüştür.

B. Sürenin İşlemeyeceği Haller

TTK m. 1427/2 c. 1’deki, “Sigorta tazminatı, ... her hâlde 1446 ncı maddeye göre yapılacak ihbardan kırkbeş gün sonra muaccel olur.” ifadesi, her durum ve koşulda rizikonun gerçekleştiğine ilişkin bildirimi izleyen kırk beşinci günün sonunda, sigorta tazminatı alacağının muaccel olacağı yönünde bir sonuca ulaşılmasını gerekli kılmaktadır. Ancak

etkili olabilmesi, sigortacının ediminin tespiti için gerekli olmalarına bağlıdır. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Yıldırım, s. 175 vd.; Ünan, *Kender Sigorta Hukuku*, s. 413.

²⁰ TTK m. 1427/2 kapsamında, sigorta tazminatının muaccel olabilmesi için sigorta eksperleri tarafından gerçekleştirilen araştırmaya ilişkin detaylı bilgi için bkz. Yıldırım, s. 177 vd.

²¹ Konunun pratikteki uygulaması bu şekilde olmakla birlikte, ekspertiz raporu hazırlandıktan sonra sigortacı, bu raporu incelemek ve ekspertiz raporunu inceledikten sonra “edime ilişkin araştırmaların” son bulup bulmayacağına karar vermek isteyebilir. Dolayısıyla bu ihtimalde, sigortacının, hazırlanan ekspertiz raporunu incelemesi için gereken süre geçmeden “edimine ilişkin araştırmaların” tamamlanmayacağı söylenebilir. Bu konuda bilgi için bkz. Ünan, *Kender Sigorta Hukuku*, s. 413.

belirtilmelidir ki, bu yönde bir yorum yapılması, her zaman doğru sonuçlar vermez²². Zira TTK m. 1427/2 c. 3'te, "*Sigortacıya yüklenemeyen bir kusurdan dolayı inceleme gecikmiş ise süre işlemez.*" denilerek sigorta tazminatının muacceliyetine ilişkin TTK m. 1427/2 c. 1'de öngörülen kırk beş günlük üst sürenin işlemeyeceği bir istisnai hal öngörülmüştür²³. Dolayısıyla TTK m. 1427/2 c. 3'teki bu düzenleme nedeniyle bazı hallerde, rizikonun gerçekleştiğine ilişkin bildirimin üzerinden kırk beş gün geçmesine rağmen sigorta tazminatı alacağı muaccel olmaz.

TTK m. 1427/2 c. 3'te, kırk beş günlük sürenin işlemeyeceği hallere ilişkin olarak "*sigortacıya yüklenemeyen bir kusurdan*" söz edilmişse de bu ifadenin "*sigortacıya yüklenemeyen bir sebepten*" olarak anlaşılması gerekir²⁴. Bu bakımdan kırk beş günlük üst sürenin işlemeyeceği halleri "*sigortacıya yüklenemeyen kusurlu bir davranışa*" indirgemek, hükmün uygulama alanını daraltmaktadır. Buna göre, sigortacıya yüklenemeyen ancak kusurlu bir davranış olarak da adlandırılmayacak bir olay ya da olgu nedeniyle incelemeler gecikmiş olabilir. Kanaatimizce, bu ihtimalde de kırk beş günlük üst sürenin

²² Uygulamada, TTK m. 1427/2'deki "*her halde*" deyimini sebebiyle rizikonun gerçekleştiğine ilişkin bildirim izleyen kırk beşinci günün sonunda sigorta tazminatının muaccel hale geleceği şeklinde yanlış bir kanının yerleşmiş görüldüğü ancak TTK m. 1427/2 c. 3'teki düzenleme ile bu sürenin mutlak olmadığının açıkça ortaya konmuş olduğu hakkında bkz. Ünan, *Kender Sigorta Hukuku*, s. 413.

²³ Sigorta tazminatının muacceliyetine ilişkin kırk beş günlük üst sürenin işlemeyeceği bu istisnai hal hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Ünan, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi – Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku Cilt I (Birinci Kısım: Genel Hükümler – Madde 1401-1452)*, s. 281 vd.

²⁴ Yazıcıoğlu/Şeker Öğüz, s. 170; Ünan, *Kender Sigorta Hukuku*, s. 413; Yıldırım, s. 250. TTK m. 1427/2'de kanun koyucunun, "*sigortacıya yüklenemeyen bir kusur*" deyimini kullanarak üst sürenin işlemesine engel olan olguyu "*incelemenin gecikmesine yol açan (sigortacıya yüklenemeyecek) bir kusurlu davranış*" olarak belirlediği; ancak kanunda üst sürenin işlemeyeceği haller düzenlenirken kusura yollama yapılmasının isabetli olmadığı hakkında bkz. Ünan, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi – Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku Cilt I (Birinci Kısım: Genel Hükümler – Madde 1401-1452)*, s. 282.

işlemeyeceği sonucuna ulaşılmalıdır. Nitekim TTK m. 1427'nin gerekçesinde, bu konuya ilişkin olarak “... Ancak, menfaatler dengesinin korunması bakımından sigortacıya yüklenilemeyen nedenlerden dolayı incelemeler tamamlanamamışsa, örneğin gerekli evrakların sigorta ettiren veya sigortalı tarafından sigortacıya zamanın veya hiç verilmemesinde olduğu gibi, bu süreler işlemeyecektir. ...” açıklamasına yer verilmiştir.

Gerekçedeki bu açıklamadan da anlaşıldığı üzere, kanun koyucu, kırk beş günlük üst sürenin işlemeyeceği halleri “sigortacıya yüklenemeyen sebepler” olarak adlandırmıştır. Ayrıca gerekçede, “sigortacıya yüklenemeyen sebeplerin” kapsamına ilişkin bir örnekten de söz edilmiştir. Gerekçede, sigortacının araştırmalarını tamamlayabilmesi için gerekli olan evrakların sigorta ettiren veya sigortalı tarafından zamanında veya hiç verilmemesi hallerinde kırk beş günlük üst sürenin işlemeyeceği ifade edilmiştir. Bu örnekten de yola çıkılarak “sigortacıya yüklenemeyen sebeplerin” kapsamında sigorta ettiren veya sigortalıya ya da zarar gören üçüncü kişiye yüklenebilen sebeplerin yer aldığı söylenebilir²⁵. Burada belirtilmelidir ki, sigorta ettiren veya sigortalıya ya da zarar gören üçüncü kişiye yüklenebilen sebepler bakımından kanaatimizce, bu kişilerin kusurlu davranışının mevcut olması gerekmez. Dolayısıyla sigorta ettiren veya sigortalı ya da zarar gören üçüncü kişi kusurlu olmasa bile onlara yüklenen bir sebepten sigortacının incelemeleri tamamlanamamış olursa kırk beş günlük üst süre işlemeyecektir. Öte yandan kanaatimizce, sigortacıya yüklenemeyen sebeplerin kapsamında yalnızca sigorta ettiren veya sigortalıya ya da zarar gören üçüncü kişiye yüklenebilen sebepler yer almaz. Buna göre, kırk beş günlük üst sürenin işlemeyeceği hallerin kapsamında sigortacıya, sigorta ettirene veya sigortalıya ya da zarar gören üçüncü kişiye yüklenemeyen dolayısıyla bu kişiler dışındaki üçüncü kişilere yüklenebilen sebepler de yer alır²⁶. Yine burada da belirtilen kişiler dışındaki üçüncü kişilerin kusurlu olmaları şart deęildir²⁷; zira üst sürenin işlememesi bakımından önemli olan

²⁵ Aynı yönde bkz. Yıldırım, s. 250.

²⁶ Yıldırım, s. 250.

²⁷ TTK m. 1427/2 c. 3'teki düzenlemenin lafzına bağlı kalındığı takdirde, sigorta ettiren veya üçüncü kişiye yüklenebilecek kusurlu bir davranış

sigortacıya yüklenemeyen bir sebeple incelemelerin tamamlanamamasıdır. Söz gelimi, sigorta eksperinin incelemelerini tamamlayamadığı için kırk beş günlük süre içerisinde ekspertiz raporunu hazırlayamamış olması hali bu kapsamdadır²⁸. Ayrıca kırk beş günlük üst sürenin işlemeyeceği hallerin kapsamında ağır hava koşulları, rizikonun gerçekleştiği yere ulaşılması yahut o yerde inceleme yapılmasındaki fiziki zorluklar ve kamu makamlarının tasarrufları da yer alır²⁹. Burada belirtilmelidir ki, TTK m. 1427/2 c. 3 hükmünün uygulanması ve dolayısıyla “sigortacıya yüklenemeyen sebeplerin kapsamının belirlenmesi” bakımından SK m. 32/3’te yer alan “*Sigorta şirketleri, iyiniyet kurallarına aykırı olarak sigorta tazminatının ödenmesini geciktiremez.*” düzenlemesinin de göz önünde bulundurulması gerekir³⁰.

TTK m. 1427/2 c. 3’e göre, sigortacıya yüklenemeyen bir kusurdan dolayı rizikoya ve sigortacının edimine ilişkin incelemeler gecikmiş ise, kırk beş günlük süre işlemez³¹. Bu bakımdan iki ihtimal söz konusu olabilir. İlki incelemeler başlamış ancak sigortacıya yüklenemeyen bir sebebin ortaya çıkmasına bağlı olarak incelemelerin tamamlanamaması halidir. Bu ihtimalde, başlangıçta kırk beş günlük üst

olmaksızın sigortacının incelemeleri tamamlayamadığı hallerde, üst sürenin işleyeceği sonucuna ulaşılacağı hakkında bkz. Ünan, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi – Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku Cilt I (Birinci Kısım: Genel Hükümler – Madde 1401-1452)*, s. 282.

²⁸ Uygulamada, sigortacının edimine ilişkin araştırmalarının çoğu zaman rizikonun ihbarını izleyen kırk beş gün içinde tamamlanamadığı; gecikmenin de çoğu kez sigorta ettirenin bilgi ve belge aktarmadaki gecikmelerinden ya da sigorta eksperinin incelemelerini kısa bir süre içerisinde tamamlayamamasından kaynaklandığı hakkında bkz. Ünan, *Kender Sigorta Hukuku*, s. 412.

²⁹ Yazıcıoğlu/Şeker Öğüz, s. 170; Ünan, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi – Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku Cilt I (Birinci Kısım: Genel Hükümler – Madde 1401-1452)*, s. 282; Demir, s. 237.

³⁰ Eriş, s. 502; Demir, s. 237.

³¹ TTK m. 1427/2 c. 3’teki “süre işlemez” deyiminin çoğu durumda “işlemeye başlamaz” şeklinde anlamak ve uygulamak gerektiği hakkında bkz. Ünan, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi – Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku Cilt I (Birinci Kısım: Genel Hükümler – Madde 1401-1452)*, s. 281.

süre işlemeye başlamışsa da sigortacıya yüklenemeyen sebep ortaya çıktığı anda duracak ve bu sebep ortadan kalktığı andan itibaren işlemeye devam edecektir³². İkinci ihtimal ise, rizikoya ve sigortacının edimine ilişkin incelemelerin sigortacıya yüklenemeyen bir sebepten dolayı başlayamaması ihtimalidir. Bu ihtimalde ise, kırk beş günlük süre hiç işlemeye başlamamıştır ve incelemelerin yapılmasına engel olan sebep ortadan kalktığı ana kadar işlemeye başlamayacaktır.

TTK m. 1427/2 c. 3 kapsamında kırk beş günlük üst sürenin işlemeyeceği hallerde, sigorta tazminatı alacağının muaccel olması gecikmektedir. Bu durum, sigorta ettiren veya sigortalı ya da zarar gören üçüncü kişinin aleyhine sonuçların doğmasına yol açabileceğinden TTK m. 1427/3'te sigortacı bakımından avans ödeme yükümlülüğü³³ öngörülmüştür³⁴. Hemen belirtilmelidir ki, TTK m.

³² Sigortacıya verilen bilgi ve belgelerin yeterli olmaması nedeniyle sigortacının ek bilgi ve bilgilere gereksinim olduğunu tespit ederek bu durumu sigorta ettirene bildirdiği hallerde, işlemeye başlayan üst sürenin “durması” ve gerekli bilgi ve belgeler sağlandığı andan itibaren üst sürenin yeniden işlemeye başlayacağı hakkında bkz. Ünan, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi – Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku Cilt I (Birinci Kısım: Genel Hükümler – Madde 1401-1452)*, s. 281; Yıldırım, s. 252. Sigortacıya yüklenemeyen bir sebeple incelemelerin yapılamadığı hallerde, kırk beş günlük üst sürenin inceleme yapılamayan süre kadar uzayacağı hakkında bkz. ve karşı. Demir, s. 237.

³³ TTK m. 1427/3'te, “Araştırmalar, 1446 ncı maddeye göre yapılacak ihbardan başlayarak üç ay içinde tamamlanamamışsa; sigortacı, tazminattan veya bedelden mahsup edilmek üzere, tarafların mutabakatı veya anlaşmazlık hâlinde mahkemece yaptırılacak ön ekspertiz sonucuna göre süratle tespit edilecek hasar miktarının veya bedelin en az yüzde ellisini avans olarak öder.” düzenlemesi yer almaktadır. TTK m. 1427/3'te, rizikonun gerçekleştiğine ilişkin ihbarın yapılmasından itibaren üç ay geçmesine rağmen sigortacının edimine ilişkin araştırmalarının tamamlanamaması halinde, sigorta tazminatından mahsup edilmek üzere, belirli prosedürler neticesinde belirlenecek hasar miktarının en az yüzde ellisini avans olarak ödeyeceği düzenlenmiştir. Burada belirtilmelidir ki, çalışmada, sigortacının TTK m. 1427/3 uyarınca “avans ödeme yükümlülüğü” konusu kapsam dışında bırakılmıştır. Bu nedenle, TTK m. 1427/3 hakkında daha fazla açıklama yapılmamıştır. TTK m. 1427/3'te düzenlenen “sigortacının avans verme yükümlülüğü” hakkında detaylı bilgi için bkz. Ünan, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi – Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku Cilt I*

1475/2 c. 2'deki atıf nedeniyle TTK m. 1427/3 kapsamında sigortacının avans ödeme yükümlülüğü mal sigortaları dışında sorumluluk sigortaları bakımından da söz konusudur. Sigortacının avans ödeme yükümlülüğüne ilişkin olarak TTK m. 1427'nin gerekçesinde, "... Tazminat veya can sigortaları bakımından bedel ödemesi için tüm bilgi ve belgeler sigortacıya verilmiş olmakla birlikte incelemeler bitirilememiş olabilir. Ancak, sigorta ettirenin sigorta sözleşmesini yaparken de amacı zararının bir an önce telafi edilmesi ve karşılaştığı tehlikeden dolayı herhangi bir mağduriyetinin doğmamasıdır. Bu durumda da sigorta ettirenin menfaati korunması gerekeceğinden madde ile sigortacıya ödenecek tazminat veya bedelden mahsup edilmek üzere avans verme mecburiyeti getirilmiştir. ..." açıklamasına yer verilmiştir.

III. SİGORTACININ TEMERRÜDÜNE İLİŞKİN GENEL ESASLAR

TTK m. 1427/4'te, sigortacının sigorta tazminatını ödeme borcunda temerrüde düşme anına ilişkin olarak "*Borç muaccel olunca, sigortacı ihtarla gerek kalmaksızın temerrüde düşer.*" düzenlemesine yer verilmiştir. Buna göre, sigorta tazminatı muaccel olduğu anda, sigortacı

(Birinci Kısım: Genel Hükümler – Madde 1401-1452), s. 285 vd.; Yıldırım, s. 307 vd.; Ünan, *Kender Sigorta Hukuku*, s. 417 vd.; Eriş, s. 502-503; Vural Seven, "Türk Ticaret Kanunu'nun 1427. Maddesinin 3. Fıkrası Kapsamında Sigortacıdan Talep Edilen Avans Ödemesinin Hukuki Niteliği", *İzmir Barosu Dergisi*, Sayı: 2, Ağustos 2022, 419-439, s. 420 vd.; Demir, s. 238; Kara, s. 222-223; Günay, s. 114-115.

- ³⁴ VVG § 14'ün ikinci fıkrasının birinci cümlesinde, sigortacının araştırmalarının rizikonun gerçekleştiğinin ihbarının üzerinden bir ay geçmesine rağmen tamamlanamamış olması ihtimalinde, sigorta ettirenin en az ödemesi gereken miktar kadar paranın kendisine avans olarak ödenmesini sigortacıdan talep edebileceği; ikinci cümlesinde ise, birinci cümlede belirtilen bir aylık sürenin sigorta ettirenin kusuru nedeniyle sigortacının araştırmalarını tamamlayamamış olması halinde işlemeyeceği düzenlenmiştir. Bu hüküm hakkında detaylı bilgi için bkz. Fausten, s. 951 vd. – kn. 81 vd.; VVG § 14'ün ikinci fıkrası hakkında bilgi ve bu hükmün TTK m. 1427'deki düzenlemelerle karşılaştırılması hakkında detaylı bilgi için bkz. Ünan, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi – Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku Cilt I* (Birinci Kısım: Genel Hükümler – Madde 1401-1452), s. 283 vd.; Yıldırım, s. 32.

ihlara gerek olmaksızın temerrüde düşer. Buna karşılık, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu³⁵ (TBK) m. 117/1'de, "*Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer.*" denilmiştir. Bu bakımdan TTK m. 1427/4'te, TBK m. 117/1'de farklı olarak ihtara gerek olmaksızın sigorta tazminatının muaccel olduğu anda sigortacının temerrüde düşeceği kabul edilmiştir³⁶. Sigortacının temerrüde düşmesinin hukuki sonucu, sigorta tazminatına ilave olarak temerrüt faizi ödemesidir³⁷. TTK m. 1427/5'te, sigortacının temerrüt faizi ödeme borcundan kurtulmasını öngören sözleşme hükümlerinin geçersiz olduğu düzenlenmiştir³⁸. TTK

³⁵ RG: 04.02.2011-Sayı: 27836.

³⁶ TTK m. 1427/4'te, TBK m. 117/1'den farklı olarak ihtara gerek olmaksızın sigortacının temerrüde düşeceği esasının kabul edilmesinde, sigorta ettirenleri daha geniş şekilde koruma ve sigortacıları bir an önce sigorta tazminatı ödemesini yapmaya amacının ön plana çıktığı hakkında bkz. Ünan, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi – Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku Cilt I (Birinci Kısım: Genel Hükümler – Madde 1401-1452)*, s. 289.

³⁷ Sigorta sözleşmeleri, TTK'da düzenlendiği için tarafların sıfatına bakılmaksızın TTK m. 3 çerçevesinde mutlak ticari iş niteliğinde olduğu; bu nedenle, talep edilmesi halinde ticari işlerde uygulanan temerrüt faizi olan avans faizinin uygulanabileceği hakkında bkz. Demir, s. 238-239; Bozkurt, s. 148. Temerrüt faizinin taraflarca kararlaştırılmamış olduğu hallerde, 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun (RG: 19.12.1984 – Sayı: 18610) hükümlerine göre belirleneceği hakkında bkz. Kara, s. 222. Sigorta tazminatının zamanında ödenmemesi nedeniyle ortaya çıkan zararların temerrüt faizi ile karşılanamayan munzam/aşkın zararlar için sigortalının SK m. 32/3 ile TBK m. 122 hükümleri çerçevesinde ilave talep hakkına sahip olduğu hakkında bkz. Özdamar/Doğan, s. 58. Temerrüt faizi ile karşılanamayan aşkın zararlar için sigorta tazminatı ödeme borcunda temerrüde düşen sigortacıdan TBK m. 122 kapsamında aşkın zararların talep edilebileceği hakkında bkz. Ulaş/Bektaş, s. 135; Yıldırım, s. 83 vd.

³⁸ Burada belirtilmelidir ki, TTK m. 1475/2 c. 2'deki atıf nedeniyle sorumluluk sigortaları bakımından da TTK m. 1427 uygulanacağından TTK m. 1427/5'te yer alan bu düzenleme mal sigortaları dışında sorumluluk sigortaları bakımından da uygulama alanı bulacaktır. TTK m. 1427/5'teki bu düzenlemeye benzer bir düzenleme VVG § 14'ün üçüncü fıkrasında yer almaktadır. Bu hükümde, sigortacının gecikme (temerrüt) faizi ödeme yükümlülüğünden kurtulmasını öngören sözleşmelerin geçersiz olduğu düzenlenmiştir. Bu hüküm hakkında detaylı bilgi için bkz. Fausten, s. 957

m. 1427/5 hükmü, TTK m. 1452/3 hükmü uyarınca, nispi emredici niteliktedir. Dolayısıyla sigortacının temerrüt faizi ödeme borcundan kurtulmasını öngören sözleşme hükümlerinin geçersiz olduğuna ilişkin TTK m. 1427/5'teki düzenleme sigorta ettiren, sigortalı aleyhine değiştirilemez; değiştirilirse TTK m. 1427/5 uygulanır.

Sigortacının sigorta tazminatı ödeme borcunda temerrüdü ve temerrüt faizi ödeme borcundan kurtulmasını öngören sözleşme hükümlerinin geçersizliğine ilişkin olarak hükmün gerekçesinde ise, *“Sigortacının sigorta ettirene göre daha güçlü bir konumda olduğu göz önünde bulundurularak tazminat ödeme borcunda sigortacının temerrüde düşmesi için sigortacıya ihtar gönderilmiş olması aranmamış ve sigortacıyı temerrüt faizi ödemekten kurtaran anlaşmaların geçersiz olduğu kabul edilmiştir.”* açıklamasına yer verilmiştir. Ancak belirtilmelidir ki, TTK m. 1427/4-5'teki düzenlemeler ile bu hükümlere ilişkin gerekçede yer alan açıklamalara rağmen uygulamada, sigorta ettirenlerin/sigortalıların çoğu zaman hak kazandıkları temerrüt faizini sigortacıdan talep etmedikleri yahut temerrüt faizi işletilmeksizin hesaplanan sigorta tazminatı ile yetindikleri ve bu tutar karşılığında sigortacıları ibra ettikleri görülmektedir³⁹. Burada TTK m. 1427/5 uygulanması bakımından ikili bir ayırım yapılması isabetli olur. Şöyle ki, kanaatimizce, TTK m. 1427/5'te yasaklanan husus, sigortacının temerrüt faizinden sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan sözleşme ya da sözleşmelerdeki hükümlerin geçerli olmasıdır. Dolayısıyla temerrüt faizi doğduktan sonra sigortalının bu faizden vazgeçmesinde hukuken bir engel bulunmadığı kabul edilmelidir⁴⁰.

vd. – kn. 126 vd.; Ünan, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi – Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku Cilt I (Birinci Kısım: Genel Hükümler – Madde 1401-1452)*, s. 289; Yıldırım, s. 32.

³⁹ Ünan, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi – Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku Cilt I (Birinci Kısım: Genel Hükümler – Madde 1401-1452)*, s. 289; Ünan, *Kender Sigorta Hukuku*, s. 420-421.

⁴⁰ Aynı yönde bkz. Ünan, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi – Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku Cilt I (Birinci Kısım: Genel Hükümler – Madde 1401-1452)*, s. 289.

IV. EKSPERTİZ RAPORUNA KONU EDİLMİYEN ZARAR KALEMLERİNİN MUACCELİYETİ VE BU ALACAKLAR BAKIMINDAN SİGORTACININ TEMERRÜDÜ

A. Devam Eden Zarar Kalemleri Bakımından Değerlendirme

B. Ekspertiz Raporundan Sonra Ortaya Çıkan Zarar Kalemleri Bakımından Değerlendirme

TTK m. 1427/2 c. 1 kapsamında, riziko gerçekleştiği takdirde sigorta ettiren veya sigortalı, rizikonun gerçekleştiğini sigortacıya bildirmesine müteakip meydana gelen hasar ve zarara ilişkin bilgi ve belgeleri sigortacıya vermektedir. Bunun üzerine sigortacı da eksper görevlendirerek rizikoya ve sigorta tazminatına ilişkin araştırmaları gerçekleştirmektedir. Rizikonun gerçekleştiğine ilişkin ihbarından üzerinden kırk beş gün geçmemiş olması kaydıyla, sigorta eksper tarafından ekspertiz raporu hazırlandığı takdirde ekspertiz raporuna konu edilen ve sigorta teminatı kapsamında yer alan zarar kalemleri bakımından muacceliyet gerçekleşmektedir. Ancak ekspertiz raporuna konu edilmeyen zarar kalemleri bakımından ekspertiz raporunun hazırlanması bu alacakların muaccel hale gelmesini sağlamamaktadır. Ayrıca ekspertiz raporunun daha önce hazırlanmamış olması ihtimalinde, rizikonun gerçekleştiğine ilişkin ihbarın üzerinden kırk beş gün geçmesi de ekspertiz raporuna konu edilmeyen zarar kalemlerini muaccel hale getirmemektedir.

Çalışmanın temelini de tam olarak “ekspertiz raporuna konu edilmeyen” zarar kalemlerinin ne zaman muaccel hale geleceği ve bu alacaklar bakımından sigortacının ne zaman temerrüde düşeceği konuları oluşturmaktadır. Ekspertiz raporuna konu edilmeyen zarar kalemlerini “ekspertiz incelemesi yapıldığı esnada doğmamış devam eden/dönemsel zarar kalemleri” ile “ekspertiz incelemesi tamamlandıktan sonra ortaya çıkan zarar kalemleri” olarak iki ayrı başlıkta ele almak mümkündür.

Ekspertiz incelemesi yapıldığı esnada doğmamış devam eden/dönemsel zarar kalemlerinin kapsamında, rizikonun gerçekleşmesiyle birlikte bir kısmı doğmuş ancak ekspertiz raporu düzenlendiği esnada tamamı doğmamış olan zarar kalemleri yer alır. Bu

zarar kalemlerinin doğmuş olan kısımları ekspertiz incelemesine konu edilmekte; ancak doğmamış olan dönemsel/devam eden kısımları ise, ekspertiz incelemesine konu edilememektedir. Buna göre, incelemeye konu edilen doğmuş olan kısımlar bakımından ekspertiz raporunun tamamlanması yahut rizikonun gerçekleştiğine ilişkin ihbardan kırk beş gün geçmesi bu zarar kalemlerinin muaccel olmasına yol açmaktadır. TTK m. 1427/4 uyarınca da doğmuş olan zarar kalemleri bakımından doğdukları anda ihtara gerek olmaksızın sigortacı temerrüde düşmektedir. Ancak ekspertiz incelemesine konu edilmeyen devam eden ve rapordan sonra doğacak olan zarar kalemlerinin muacceliyetinin TTK m. 1427/2 kapsamında belirlenmesi olanaklı değildir. Söz gelimi, yangın sigortalarında “alternatif iş yeri” ya da emtia nakliyat sigortalarında “depo kiralama masrafları” teminatları kapsamında iş yeri ya da depo kiralanmış ve belirli bir süre boyunca sigortalı bakımından aylık kiralama masrafı doğacak olabilir. Böyle durumlarda, ekspertiz raporunda bir ya da birkaç aylık kira gideri dikkate alınarak sigorta tazminatı hesaplaması yapılacak; devam eden kiralama masrafları raporda göz önünde bulundurulmayacaktır. Bir diğer anlatımla, inceleme zamanında doğmuş olan zarar kalemleri ekspertiz raporuna konu edilecektir. Burada tekraren belirtilmelidir ki, ekspertiz incelemesi esnasında doğmamış ve bu nedenle ekspertiz incelemesinde hesaba katılmamış devam eden zarar kalemleri, ekspertiz raporu hazırlanmış yahut rizikonun gerçekleştiğine ilişkin ihbarın üzerinden kırk beş gün geçmiş olsa bile TTK m. 1427/2 kapsamında, muaccel olmazlar. Dolayısıyla bu zarar kalemleri bakımından sigortacının temerrüdünden de söz edilemez.

Ekspertiz incelemesi tamamlandıktan sonra ortaya çıkan zarar kalemlerinin kapsamında, ekspertiz raporu düzenlendiği esnada, doğmamış ancak ekspertiz raporu düzenlendikten sonra ortaya çıkan sigorta teminatı kapsamında yer alan başkaca zarar kalemleri yer alır. Örneğin emtia nakliyat sigortası kapsamında himaye edilen hasarlı emtialar, ekspertiz raporu hazırlandıktan sonra sovtaj işlemine kapsamında deniz aşırı başka bir ülkeye satılabilir ve bu işlem çerçevesinde emtialar için navlun ücreti ödenmesi gerekebilir. Bu örnekteki navlun ücreti, ekspertiz raporu düzenlendikten sonra ortaya çıkan bir zarar kalemidir. Ayrıca bu zarar kalemlerinin de devam

eden/dönemsel nitelikte alacaklar olması mümkündür. Belirtilen bu zarar kalemleri, ekspertiz raporuna konu edilemeyeceğinden ekspertiz raporu hazırlanmasına ve dolayısıyla sigortacı araştırmalarını bitirmiş olmasına yahut kırk beş günlük üst süre dolmasına rağmen TTK m. 1427/2 kapsamında bu zarar kalemlerinin muaccel oldukları sonucuna ulaşamaz. Dolayısıyla muaccel olmadıkları için bu zarar kalemleri bakımından sigortacının temerrüdünden de söz edilemez. Bu nedenle, ekspertiz raporuna konu edilmeyen zarar kalemlerinin ne zaman muaccel olacağı ve sigortacının bu zararlar bakımından ne zaman temerrüde düşeceğinin tespit edilmesi gerekmektedir.

Hemen ifade edilmelidir ki, belirtilen bu zarar kalemleri bakımından TTK m. 1427/2 c. 3'te yer alan *“Sigortacıya yüklenemeyen bir kusurdan dolayı inceleme gecikmiş ise süre işlemez.”* düzenlemesi uygulama alanı bulmaz. Şöyle ki, devam eden zarar kalemi olduğundan ve o anda doğmamış olduğundan veya o an doğmamış olduğu için ekspertiz incelemesine konu edilmeyen zarar kalemlerinin *“sigortacıya yüklenemeyen bir sebepten dolayı incelenememiş”* olmasının, TTK m. 1427/2 c. 3 kapsamında sayılabilecek bir hal olarak ileri sürülebilir ve bu zarar kalemleri bakımından kırk beş günlük üst sürenin işlemeyeceğı dolayısıyla da muacceliyetin gerçekleşmediğı düşünülebilir. Ancak kanaatimizce, bu yönde bir yorum isabetli olmaz. Zira TTK m. 1427/2 c. 3'ün uygulama alanı kapsamında bu tür zarar kalemleri yer almaz. TTK m. 1427/2 c. 3'te, ekspertiz incelemesinin bir diğeri ifadeyle, sigortacının araştırmalarının sigortacıya yüklenemeyen bir sebeple tamamlanamaması hali için bir düzenleme öngörülmüştür⁴¹. Bu nedenle, ekspertiz incelemesine ya da sigortacının araştırmalarına hiç konu edilmeyen zarar kalemleri bakımından TTK m. 1427/2 c. 3'ün uygulanması söz konusu olmamalıdır.

Kanaatimizce, ekspertiz raporunun tamamlanma tarihinden yahut rizikonun gerçekleştiğıne ilişkin ihbardan kırk beş gün geçtikten

⁴¹ Bu konuda TTK m. 1427'nin gerekçesinde, *“... Ancak, menfaatler dengesinin korunması bakımından sigortacıya yüklenilemeyen nedenlerden dolayı incelemeler tamamlanamamışsa, örneğinin gerekli evrakların sigorta ettiren veya sigortalı tarafından sigortacıya zamanın veya hiç verilmemesinde olduğu gibi, bu süreler işlemeyecektir. ...”* açıklamasına yer verilmiştir.

sonra doğdukları için “ekspertiz raporuna konu edilmeyen zarar kalemlerinin” doğdukları tarihte muaccel olduklarının kabul edilmesi gerekir. Bu bağlamda, sözü geçen zarar kalemlerine ilişkin fatura ya da makbuz gibi belgeler düzenlenmişse, bu belgelerin düzenlenme tarihlerinde muacceliyetin gerçekleştiği sonucuna ulaşılmalıdır. Ayrıca bu zarar kalemlerini ödeme borcuna ilişkin sigortacının temerrüdü bakımından TTK m. 1427/4’te yer alan “*Borç muaccel olunca, sigortacının ihtarla gerek kalmaksızın temerrüde düşeceği*” esasının uygulanması mümkün değildir. Zira daha sonra ortaya çıkan zararlar bakımından ekspertiz incelemesi yapılmadığından sigortacının bu zararlar hakkında bilgisi mevcut değildir. Bu zararlar bakımından genel hükümler çerçevesinde, ihtar ile sigortacının temerrüde düşeceği kabul edilmelidir. Nitekim TBK m. 117/1 hükmünde, “*Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer.*” denilmiştir.

SONUÇ

Zarar sigortalarında sigorta tazminatının muaccel olacağı an, TTK m. 1427/2’de; sigortacının sigorta tazminatı ödeme borcunda temerrüde düşeceği an ise, TTK m. 1427/4’te düzenlenmiştir. Bu iki fıkra hükmü, TTK m. 1452/3 hükmünde ifade edildiği üzere, nispi emredici niteliktedir. Dolayısıyla sigorta tazminatının muaccel olma anı ile sigortacının sigorta tazminatını ödeme borcunda temerrüde düşme anının tespitine ilişkin TTK m. 1427/2 ve f. 4’teki düzenlemeler sigorta ettiren, sigortalı aleyhine değiştirilemez; değiştirilirse TTK m. 1427/2 ile f. 4 hükümleri uygulanır. Ayrıca bu hükümler, zarar sigortalarının tamamı bakımından uygulama alanı bulmaktadır. Bu itibarla TTK m. 1427/2 ve f. 4 hükümleri, mal sigortaları hakkında uygulanabileceği gibi sorumluluk sigortaları hakkında da uygulanır.

TTK m. 1427/2 c. 1 uyarınca, sigorta tazminatı, rizikonun gerçekleşmesini müteakip ve rizikoyla ilgili belgelerin sigortacıya verilmesinden sonra sigortacının edimine ilişkin araştırmaları bitince ve her halde rizikonun gerçekleştiğine ilişkin ihbardan kırk beş gün sonra muaccel olur. Buna göre, sigortacının araştırmaları daha önce tamamlanmadığı takdirde, sigorta tazminatı, rizikonun gerçekleştiğine ilişkin ihbarın üzerinden kırk beş gün geçtikten sonra muaccel hale gelir. Buna karşılık, sigortacının araştırmaları, rizikonun gerçekleştiğine

ilişkin ihbarın üzerinden kırk beş gün geçmeden tamamlanmış olursa, bu ihtimalde, sigorta tazminatı, araştırmaların tamamlandığı anda muaccel olur. Ancak TTK m. 1427/2 c. 3'te belirtildiğı üzere sigortacıya yüklenemeyen bir sebeple, sigortacının araştırmaları tamamlanamazsa kırk beş günlük süre işlemez. Sigortacıya yüklenemeyen sebeplerin kapsamında, sigorta ettiren veya sigortalıya yüklenebilen sebepler ile sigortacıya, sigorta ettirene veya sigortalıya yüklenemeyen dolayısıyla bu kişiler dışındaki üçüncü kişilere yüklenebilen sebepler yer alır. Bu sebepler bakımından sigorta ettiren, sigortalı veya üçüncü kişilerin kusurlu olmaları şart değıldir. Zira üst sürenin işlememesi bakımından önemli olan sigortacıya yüklenemeyen bir sebeple incelemelerin tamamlanamamasıdır. Ayrıca kırk beş günlük üst sürenin işlemeyeceğı hallerin kapsamında ağır hava koşulları, rizikonun gerçekleştiğı yere ulaşılması yahut o yerde inceleme yapılmasındaki fiziki zorluklar ve kamu makamlarının tasarrufları da yer alır.

Sigorta tazminatı alacağı muaccel olunca ihtarla gerek olmaksızın sigortacı temerrüde düşer (TTK m. 1427/4). Bu yönüyle sigorta tazminatının muaccel olma anı aynı zamanda sigortacının temerrüde düştüğü anı da belirleme işlevine sahiptir. Sigortacının temerrüde düşmesinin hukuki sonucu, sigorta tazminatına ilave olarak temerrüt faizi ödemesidir. TTK m. 1427/5 uyarınca, sigortacının temerrüt faizinden sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan sözleşme ya da sözleşmelerdeki hükümler geçersizdir. Bununla birlikte, temerrüt faizi doğduktan sonra sigortalının bu faizden vazgeçmesinde hukuken bir engel bulunmamaktadır. TTK m. 1427/5 hükmü, TTK m. 1452/3 hükmü uyarınca, nispi emredici niteliktedir. Dolayısıyla sigortacının temerrüt faizi ödeme borcundan kurtulmasını öngören sözleşme hükümlerinin geçersiz olduğına ilişkin TTK m. 1427/5'teki düzenleme sigorta ettiren, sigortalı aleyhine değıştirilemez; değıştirilirse TTK m. 1427/5 uygulanır.

Uygulamada, sigortacı TTK m. 1427/2 kapsamındaki araştırmalarını sigorta eksperı vasıtasıyla gerçekleştirmektedir. Rizikonun gerçekleştiğine ilişkin ihbarından üzerinden kırk beş gün geçmemiş olması kaydıyla, sigorta eksperı tarafından ekspertiz raporu hazırlandığı takdirde ekspertiz raporuna konu edilen ve sigorta teminatı kapsamında yer alan zarar kalemleri bakımından muacceliyet

gerçekleşmektedir. Ancak ekspertiz raporuna konu edilmeyen zarar kalemleri bakımından ekspertiz raporunun hazırlanması bu alacakların muaccel hale gelmesini sağlamamaktadır. Ayrıca ekspertiz raporunun daha önce hazırlanmamış olması ihtimalinde, rizikonun gerçekleştiğine ilişkin ihbarın üzerinden kırk beş gün geçmesi de ekspertiz raporuna konu edilmeyen zarar kalemlerini muaccel hale getirmemektedir. Ekspertiz raporuna konu edilmeyen zarar kalemlerini “ekspertiz incelemesi yapıldığı esnada doğmamış devam eden/dönemsel zarar kalemleri” ile “ekspertiz incelemesi tamamlandıktan sonra ortaya çıkan zarar kalemleri” olarak iki ayrı başlıkta ele almak mümkündür.

Ekspertiz incelemesi yapıldığı esnada doğmamış devam eden/dönemsel zarar kalemlerinin kapsamında, rizikonun gerçekleşmesiyle birlikte bir kısmı doğmuş ancak ekspertiz raporu düzenlendiği esnada tamamı doğmamış olan zarar kalemleri yer alır. Bu zarar kalemlerinin doğmuş olan kısımları ekspertiz incelemesine konu edilmekte; ancak doğmamış olan dönemsel/devam eden kısımları ise, ekspertiz incelemesine konu edilememektedir. Buna göre, incelemeye konu edilen doğmuş olan kısımlar bakımından ekspertiz raporunun tamamlanması yahut rizikonun gerçekleştiğine ilişkin ihbardan kırk beş gün geçmesi bu zarar kalemlerinin muaccel olmasına yol açmaktadır. TTK m. 1427/4 uyarınca da doğmuş olan zarar kalemleri bakımından doğdukları anda ihtara gerek olmaksızın sigortacı temerrüde düşmektedir. Ancak ekspertiz incelemesine konu edilmeyen devam eden ve rapordan sonra doğacak olan zarar kalemlerinin muacceliyetinin TTK m. 1427/2 kapsamında belirlenmesi olanaklı değildir. Ayrıca bu zarar kalemleri bakımından sigortacının temerrüdünden de söz edilemez.

Ekspertiz incelemesi tamamlandıktan sonra ortaya çıkan zarar kalemlerinin kapsamında, ekspertiz raporu düzenlendiği esnada, doğmamış ancak ekspertiz raporu düzenlendikten sonra ortaya çıkan sigorta teminatı kapsamında yer alan başkaca zarar kalemleri yer alır. Ayrıca bu zarar kalemlerinin de devam eden/dönemsel nitelikte alacaklar olması mümkündür. Belirtilen tüm bu zarar kalemleri, ekspertiz raporuna konu edilemeyeceğinden ekspertiz raporu hazırlanmasına yahut kırk beş günlük üst süre dolmasına rağmen TTK

m. 1427/2 kapsamında bu zarar kalemlerinin muaccel oldukları sonucuna ulaşılamaz. Dolayısıyla muaccel olmadıkları için bu zarar kalemleri bakımından sigortacının temerrüdünden de söz edilemez.

Ekspertiz raporunun tamamlanma tarihinden yahut rizikonun gerçekleştiğine ilişkin ihbardan kırk beş gün geçtikten sonra doğdukları için “ekspertiz raporuna konu edilmeyen zarar kalemlerinin” doğdukları tarihte muaccel olmaktadır. Bu bağlamda, sözü geçen zarar kalemlerine ilişkin fatura ya da makbuz gibi belgeler düzenlenmişse, bu belgelerin düzenlenme tarihlerinde muacceliyetin gerçekleştiği söylenebilir. Ayrıca bu zarar kalemlerini ödeme borcu bakımından sigortacının temerrüde düşebilmesi için genel hükümler çerçevesinde ihtar gerektirir. Bir diğer anlatımla, bu zarar kalemlerine ilişkin sigortacının temerrüdü bakımından TTK m. 1427/4’te yer alan esas uygulanmaz. Zira ekspertiz incelemesinden sonra ortaya çıkan zarar kalemleri bakımından ekspertiz incelemesi yapılmadığından sigortacının bu zararlar hakkında bilgisi mevcut değildir. Dolayısıyla bu zararlar kalemleri bakımından sigortacı TBK m. 117/1 uyarınca, ihtar ile temerrüde düşer.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Peer-Review: Externes Peer-Review-Verfahren.

Interessenkonflikt: Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

Finanzielle Unterstützung: Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Zeitpunkt, zu dem der Entschädigungsanspruch aus der Schadensversicherung fällig wird, ist in Art. 1427 Abs. 2 des Türkischen Handelsgesetzbuches (THGB) geregelt; der Zeitpunkt, zu dem der Versicherer mit seiner Zahlungspflicht in Verzug gerät, ist hingegen in Art. 1427 Abs. 4 THGB bestimmt. Nach Art. 1427 Abs. 2 Satz 1 THGB wird die Versicherungsleistung fällig, sobald der Versicherer nach Eintritt des Versicherungsfalls und nach Vorlage der mit dem Risiko zusammenhängenden Unterlagen seine zur Erfüllung erforderlichen Ermittlungen abgeschlossen hat; in jedem Fall tritt die Fälligkeit spätestens 45 Tage nach der Anzeige des Eintritts des Versicherungsfalls ein.

Demnach wird die Versicherungsleistung, sofern die Ermittlungen des Versicherers innerhalb dieser Frist nicht abgeschlossen sind, 45 Tage nach der Schadensanzeige fällig. Sind die Ermittlungen hingegen vor Ablauf dieser Frist beendet, tritt die Fälligkeit bereits mit deren Abschluss ein. Wie jedoch in Art. 1427 Abs. 2 Satz 3 THGB festgelegt, läuft die Frist von 45 Tagen nicht, wenn die Ermittlungen des Versicherers aus einem vom Versicherer nicht zu vertretenden Grund nicht abgeschlossen werden können.

Sobald der Anspruch auf die Versicherungsleistung fällig ist, gerät der Versicherer ohne Mahnung in Verzug (Art. 1427 Abs. 4 THGB). Insofern bestimmt der Zeitpunkt der Fälligkeit zugleich den Eintritt des Verzugs des Versicherers. Die rechtliche Folge des Verzugs besteht darin, dass der Versicherer neben der Versicherungsleistung auch Verzugszinsen zu zahlen hat. Nach Art. 1427 Abs. 5 THGB sind im Voraus getroffene Vereinbarungen, wonach der Versicherer nicht für Verzugszinsen haftet, unwirksam. Gleichwohl steht es dem Versicherungsnehmer frei, nach Entstehung des Zinsanspruchs auf diesen zu verzichten.

In der Praxis führt der Versicherer die in Art. 1427 Abs. 2 THGB vorgesehenen Ermittlungen regelmäßig durch einen Versicherungssachverständigen (Versicherungsexperten) durch. Wird der Sachverständigenbericht innerhalb von 45 Tagen nach der Schadensanzeige erstellt, tritt hinsichtlich der im Bericht erfassten und vom Versicherungsschutz umfassten Schadenspositionen Fälligkeit ein. Hinsichtlich der Schadenspositionen, die nicht Gegenstand des Sachverständigenberichts sind,

führt die Erstellung des Berichts jedoch nicht zur Fälligkeit dieser Ansprüche. Selbst wenn kein Sachverständigenbericht erstellt wurde, bewirkt auch der Ablauf der 45-Tage-Frist nach Schadensanzeige keine Fälligkeit für die nicht im Bericht enthaltenen Schadenspositionen.

Die nicht in den Sachverständigenbericht aufgenommenen Schadenspositionen lassen sich in zwei Kategorien unterteilen: (1) fortlaufende oder periodische Schadenspositionen, die zum Zeitpunkt der Begutachtung noch nicht entstanden sind, und (2) Schadenspositionen, die erst nach Abschluss der Begutachtung entstehen.

Da die "nicht in den Sachverständigenbericht aufgenommenen Schadenspositionen" entweder nach dem Abschlussdatum des Gutachtens oder nach Ablauf der 45-Tage-Frist entstehen, werden sie mit ihrem Entstehungsdatum fällig. In diesem Zusammenhang kann davon ausgegangen werden, dass die Fälligkeit zu dem Zeitpunkt eintritt, an dem entsprechende Belege – etwa Rechnungen oder Quittungen – ausgestellt werden.

Damit der Versicherer hinsichtlich der Zahlung dieser Schadenspositionen in Verzug gerät, ist gemäß den allgemeinen Bestimmungen eine Mahnung erforderlich. Mit anderen Worten: Auf diese Schadenspositionen findet Art. 1427 Abs. 4 THGB keine Anwendung. Denn der Versicherer hat mangels weiterer Begutachtung nach Abschluss des Sachverständigenverfahrens keine Kenntnis von den nachträglich entstandenen Schäden. Folglich gerät der Versicherer in Bezug auf diese Schadenspositionen gemäß Art. 117 Abs. 1 des Türkischen Obligationengesetzbuches (TOG) erst durch Mahnung in Verzug.

KAYNAKÇA

- AYHAN Rıza/ÇAĞLAR Hayrettin/ÖZDAMAR Mehmet, *Sigorta Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- BOZKURT Tamer, *Sigorta Hukuku – Ders Kitabı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2025.
- CAN Mertol, *Türk Özel Sigorta Hukuku Cilt I – Ders Kitabı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- DEMİR İsmail, *Sigorta Hukuku – Ders Kitabı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- ERİŞ Gönen, *Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Sigorta Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- FAUSTEN Thomas, *Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz - §§ 1-99 (Systematische Darstellungen)*, Verlag C. H. Beck, München, 2010.
- GÜNAY M. Barış, *Sigorta Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2025.
- KARA Hacı, *Sigorta Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2025.
- ÖZDAMAR Mehmet/DOĞAN Burak, *Sigorta Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- SEVEN Vural, “Türk Ticaret Kanunu’nun 1427. Maddesinin 3. Fıkrası Kapsamında Sigortacıdan Talep Edilen Avans Ödemesinin Hukuki Niteliği”, *İzmir Barosu Dergisi*, Sayı: 2, Ağustos 2022, 419-439.
- ULAŞ Işıl/BEKTAŞ İbrahim, *Sigorta Hukuku Birinci Cilt – Zarar Sigortaları – I*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2023.
- ÜNAN Samim, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi – Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku Cilt I (Birinci Kısım: Genel Hükümler – Madde 1401-1452)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- ÜNAN Samim, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi – Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku Cilt II (İkinci Kısım: Sigorta Türlerine İlişkin Özel Hükümler – Birinci Bölüm: Zarar Sigortaları – Madde 1453-1486)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

ÜNAN Samim, *Kender Sigorta Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2025.

YAZICIOĞLU Emine Yazıcıoğlu/ŞEKER ÖĞÜZ Zehra, *Sigorta Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022.

YILDIRIM Ali Haydar, *Sigorta Tazminatı ve Bedelinin Muacceliyeti (TTK 1427)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

Sigorta Tahkiminde Hakemin Reddi Üzerine Bazı Tespit ve Düşünceler

Einige Feststellungen und Überlegungen zur Ablehnung des Schiedsrichters im Versicherungsschiedsverfahren

Doç. Dr. Efe Direnisa*

Doç. Dr. Anıl Köroğlu**

ÖZ

Adil yargılanma hakkının unsurlarından birisi, davanın bağımsız ve tarafsız mahkemelerde görülmesidir. Bu nedenle, gerek devlet mahkemesindeki yargılamada gerekse tahkim yargılamasında tarafsız olmayan hâkimin/hakemin davadan ayrılmasına yönelik çeşitli hukukî çareler öngörülmüştür. Bu hukukî çarelerden birisi de hâkimin/hakemin reddi kurumudur. Hâkimin reddine ilişkin düzenlemelere aynı zamanda sigorta tahkiminin düzenlendiği Sigortacılık Kanunu'nda da rastlanılmaktadır. Bu Kanun'da hakemin reddi sebepleri bakımından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na atıf yapılmış; ret süreci bakımından ise kendine özgü bir düzenleme getirilmiştir. Bununla birlikte, gerek ret sebepleri gerekse de ret prosedürü konusunda önemli boşlukların mevcut olduğu görülmektedir. Bu çalışmada, sözü edilen boşluklar tespit edilmiş ve uygulanması gereken hükümlerin neler olduğu ortaya konulmuştur. Özellikle hukuk mahkemelerinde görülen davalarda yapılan hâkimin reddi talepleri

* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (direnisa@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0002-2220-9468.

** Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (koroglu@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0003-2359-385X.



hakkında verilen yargısal kararların çeşitli açılardan sigorta tahkiminde yapılan ret taleplerine ilişkin süreçlerde de uygulanabilir olduğu tespit edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Tahkim, sigorta tahkim, hakem, hakemin reddi, hâkimin reddi

Some Observations and Reflections on the Challenge of Arbitrators in Insurance Arbitration

ABSTRACT

One element of the right to a fair trial is that the case be heard by independent and impartial tribunals. Accordingly, both in proceedings before state courts and in arbitration, various legal mechanisms exist to secure the removal of a decision-maker who lacks impartiality. One such mechanism is the recusal/challenge of the decision-maker. Provisions on recusal also appear in the Insurance Law, which regulates insurance arbitration. That Law refers to the Code of Civil Procedure for the grounds on which an arbitrator may be challenged, while establishing a sui generis procedure for conducting the challenge. Nevertheless, there are significant gaps regarding both the grounds and the procedure. This study identifies those gaps and sets out which provisions ought to apply. In particular, it finds that judicial decisions rendered on motions to recuse judges in civil courts can, mutatis mutandis, be applied to challenge proceedings in insurance arbitration.

Keywords: Arbitration; insurance arbitration; arbitrator; challenge of the arbitrator; recusal (disqualification) of the judge

GİRİŞ

Bir yargılamada hâkimin bağımsız ve tarafsız olması adil yargılanma hakkı bakımından son derece önemlidir. Bu sebeple, hâkimin tarafsızlığının temini bakımından çeşitli düzenlemeler

mevcuttur. Bu düzenlemeler özellikle hâkimin yasaklılığı ve hâkimin reddi kurumları kapsamında şekillenmiştir.

Tarafsızlık, her bir yargı kolunda yer alan mahkemeler için önem arz ettiğinden, düzenlemelerin farklı kanunlarda yer aldığını söylemek mümkündür. Örneğin, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun¹ 34 ilâ 45 inci maddeleri sadece hukuk mahkemelerinde değil, 2577 sayılı İdari Yargılama Usûlü Kanunu² m. 31'de yer alan atıf gereği idarî yargı kolunda yer alan mahkemeler için de geçerlidir. Buna karşın ceza mahkemeleri bakımından Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun³ 22 ilâ 32 nci maddeleri; Anayasa Mahkemesi için 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunu'nun⁴ 59 ilâ 61 inci maddeleri dikkate alınmalıdır.

Hâkimin tarafsızlığı sadece devlet mahkemelerinde görülen yargılamalar için değil, aynı zamanda tahkim yargılamalarında da önemlidir. Dolayısıyla hakemin tarafsız olmadığı durumlarda davaya bakması önlenmelidir. Tahkim yargılaması bakımından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda tarafsızlığı temin için hakemin reddine ilişkin özel hükümler mevcuttur. Aynı şekilde, sigortacılıkta tahkiminin düzenlendiği Sigortacılık Kanunu'nda⁵ da hakemin reddi konusu çeşitli yönleriyle düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerin amacı, (diğer düzenlemelerde olduğu gibi) hakemin sigorta tahkimi yargılamasında tarafsızlığının sağlanmasıdır.⁶

¹ RG 4.2.2011 – 27836.

² RG 20.1.1982 – 17580.

³ RG 17.12.2004 – 25673.

⁴ RG 3.4.2011 – 27894.

⁵ RG 14.6.2007-26552

⁶ Yusuf Enes Beggi, Sigorta Hukukundan Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Sigorta Tahkim Komisyonu Nezdinde Çözümlemesi, Platon, İstanbul, 2023, s. 81; Tuğba Bulut Yamaç, Sigorta Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim, Seçkin, Ankara, 2024., s. 112; Mehmet Tuğberk Dekak, Sigorta Tahkiminde Yargılama Usulü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 86; Şaban Kayıhan / Atakan Adem Selanik, Sigorta Hukukunda Alternatif Çözüm Yolları ve Tahkim Usulü, 3. Bs., Seçkin, Ankara, 2024, s. 109.

Bu makalede, Sigortacılık Kanunu'nda düzenlenen hakemin reddi kurumu, bu Kanun'un yanısıra Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve yargı kararları çerçevesinde çeşitli yönleriyle ele alınmıştır.⁷

I. UYGULANACAK HÜKÜMLERİN BELİRLENMESİ

Sigorta tahkimi yargılamasına ilişkin çeşitli kurallar temel olarak Sigortacılık Kanunu ("Kanun") ve Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelik'te⁸ ("Yönetmelik") düzenlenmiştir. Hakemin reddi konusu da bu Kanun'da düzenlenen hususlar arasındadır. Nitekim Kanun'un 30 uncu maddesinin 15 inci fıkrasına göre⁹, taraflar, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununda yer alan hâkimi ret nedenlerine dayanarak hakemi reddedebilir. Ret talebi Komisyona, durumun öğrenildiği tarihten itibaren en geç beş iş günü içinde bir dilekçeyle yapılır. Ret talebi üzerine Komisyon müdürü, iki tarafın görüşlerini dinledikten sonra bu konuda en geç beş iş günü içinde karar verir.

Görüldüğü üzere, ret sebeplerinin neler olduğu ve ret sürecinin ne şekilde gerçekleşeceği hususlarının yer aldığı madde, ret sürecinde karşılaşılabilecek birçok durum bakımından sessiz kalmıştır. Dolayısıyla bu noktada ilgili durumlar açısından hangi maddelerin uygulanacağını belirlenmesi gerekir.

⁷ Tarafsızlığa ilişkin diğer bir kurum olan hakemin yasaklılığı Sigortacılık Kanunu'nun 30 uncu maddesinin 19 uncu fıkrasında şu şekilde düzenlenmiştir: "Sigorta hakemleri ve raportörler tarafsız olmak zorundadır. Sigorta şirketlerinin, reasürans şirketlerinin, sigortacılık yapan diğer kuruluşların, sigorta eksperlerinin, sigorta acentelerinin ve brokerlerin ortakları, yönetim ve denetiminde bulunan kişiler ve bunlar adına imza atmaya yetkili olanlar ile tüm bu kuruluşlarda meslekî faaliyette bulunanlar ve sigorta eksperleri, sigorta acenteleri ve brokerler sigorta hakemliği yapamaz. Bu sınırlandırmalar söz konusu kimselerin eş ve çocukları için de geçerlidir. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun 28 inci maddesi sigorta hakemleri hakkında da uygulanır." Bu konu, çalışmanın kapsamı dışında tutulmuştur.

⁸ RG 17.08.2007-26616.

⁹ Söz konusu fıkranın birbirinden bağımsız konuları düzenlemesi sebebiyle eleştirisi için bkz. Mehmet Çelebi Can, "Sigorta Tahkim Sürecine Kısa Bir Eleştiri", TAAD, Y. 16, S. 53, 2025, (s. 577-606), s. 587.

Kanun'un 30 uncu maddesinde, bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin sigortacılıktaki tahkim hakkında da kıyasen uygulanacağı belirtilmiştir. Söz konusu atıftan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "Tahkim" kısmının mı yoksa bu kısım dışında kalan hükümlerine mi atıf yapıldığı hususu tartışmalıdır. Bu genel tartışmanın ayrıntısına girilmeyecek ve konu sadece hakemin reddi bakımından değerlendirilecektir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun hâkimin reddine ilişkin hükümlerinin sigorta tahkiminde kıyasen uygulanabileceği görüşünün lehinde şu husus söylenebilir: Sigortacılık Kanunu'nun 30 uncu maddesinin 15 inci fıkrasında ret sebepleri bakımından hâkimin reddi sebeplerine atıf yapılmıştır. Bu durum, kanun koyucunun Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun hâkimin reddi sürecine ilişkin hükümlerinin de tahkimde uygulanmasını istediği şeklinde bir yorum yapılmasına neden olabilir. Öyle ki, Kanun'da "hakemlerin tarafsızlığından şüphe edildiği durumlar" gibi genel bir ifade tercih edilmemiş ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun hâkimin reddi nedenlerine atıf yapılmıştır. Buna karşın Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun tahkimde hakemin reddine ilişkin hükümlerinde bu şekilde bir formülasyon yapıldığı görülmektedir. Nitekim HMK m. 417/2'ye göre, hakem, taraflarca kararlaştırılan niteliklere sahip olmadığı, taraflarca kararlaştırılan tahkim usulünde öngörülen bir ret sebebi mevcut bulunduğu veya **tarafsızlığından şüphe edilmeyi haklı gösteren durum ve koşullar** gerçekleştiği takdirde reddedilebilir. Ne var ki, bu şekilde bir yorum faaliyeti yanıltıcı olabilir. Zira Sigortacılık Kanunu'nun kabul edildiği yıl olan 2007'de Hukuk Muhakemeleri Kanunu değil, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) uygulanmaktaydı ve bu kanunun tahkimde hakemin reddine ilişkin düzenlenmesi (m. 521/1) şu şekildeydi: "Hakemler reddi hakim sebeplerine müsteniden reddolunabilir." Görüldüğü üzere, kullanılan dil yönüyle Sigortacılık Kanunu bakımından kanun koyucunun tahkime göre bir belirleme yapmak istediği de anlaşılabilir. Ancak sadece bu durum da başlı başına kanun koyucunun Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun tahkime ilişkin düzenlemelerinin sigorta tahkiminde

uygulanmasını istediği anlamına gelmez.¹⁰ Burada Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun genel hükümlerinin mi yoksa tahkim hükümlerinin mi uygulanması gerektiği hususunda her bir hukukî sorun ayrı bir şekilde değerlendirmelidir. Bu değerlendirme yapılırken, hakemin reddi kurumuyla amaçlanan şey (bağımsız ve tarafsız bir hakemin davayı görmesi) ile tahkim süresinin kısalığı (4 ayda tamamlanma zorunluluğu) özellikle dikkate alınmalıdır.

II. RET PROSEDÜRÜ HAKKINDA DÜŞÜNCELER

1. Ret Talebinin Yapılması

Ret talebi ve süresi Kanun'un 30 uncu maddesinin 15 inci fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, ret talebi dilekçeyle yapılır. Hakemin reddine ilişkin iradenin ret talebini içeren bağımsız bir dilekçeyle yapılması şart değildir. Örneğin, bilirkişi raporuna itiraz dilekçesinde hakemin reddi istenebilir.¹¹

Sigortacılık Kanunu'ndaki düzenleme, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na paraleldir. Ne var ki, HMK m. 38/2'de yer alan kural (ret talebine ilişkin dilekçede, ret talebinin dayandığı sebepler ile delil veya emarelerin açıkça gösterilmesi ve varsa belgelerin eklenmesinin gerektiği) hususuna Sigortacılık Kanunu'nda yer verilmemiştir. Ret

¹⁰ Sigortacılık Kanunu'nda hakimnin reddi bakımından Hukuk Usulü Muhakemelerine Kanun'a yapılan atfın Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra, hakemlerin reddinin düzenlendiği HMK m. 418'e yapılmış sayılamayacağı hususunda bkz. Nuray Ekşi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim, 2. Bs., Beta, İstanbul, 2019, s. 43; aksi yönde bkz. Budak, Ali Cem, "Sigortacılıkta Tahkim, Sigortacılık Kanunu'nun 30. Maddesi, HMK'nun Yürürlüğe Girmesi ve 6327 Sayılı Kanun Değişikliğinden Sonra Nasıl Yorumlanmalıdır?", Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, C. 2, Y. 2013, S. 2, (s. 53-69), s. 64; Tuğba Vural Semercioğlu, "5684 Sayılı Sigortacılık Kanunu'nda Yer Alan Tahkim Hükümleri ile 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki Tahkim Hükümlerinin Karşılaştırılması", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (Özel Sayı), C. XIII, S. 2, Y. 2016, (s. 269-312), s. 284.

¹¹ Hukuk mahkemelerinde görülen davalarda bunun mümkün olduğunu söyleyen kararlar için bkz. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, 6. Bs., Demir Demir, İstanbul, 2001, s. 101.

talebi hakkında daha hızlı karar verilmesini sağlayacağından ve bu durum tahkim yargılamasını hızlandıracağından, ret talebinin dayandığı sebepler ve delillerin gösterilmesi sigorta tahkiminde yapılacak olan ret talebine ilişkin dilekçede de yer almalıdır.

Dilekçe ile yapılmayan (örneğin, sözlü olarak yapılan) ret talebinin geçerliliği konusunda Sigortacılık Kanunu'nda bir hüküm yoktur. Bu durumda talebin usûlden reddedilmesi uygun olur. Nitekim hukuk mahkemelerinde görülen davalarda hâkimin reddi talebinin sözlü yapılması durumunda varılan sonuç sigorta tahkim yargılamasında da uygulanabilir.

“İncelenen dosya kapsamına, kararda yazılı gerektirici nedenlere , talep eden-davalı tarafından hakimin reddi isteminin 11.10.2017 tarihli oturumda sözlü olarak yapılmasına ve reddi hakim talebini değerlendiren merci tarafından da HMK'nın 38/2.maddesi gözetilerek reddi hakim isteğinin usulden reddine karar verilmesine göre aşağıdaki şekilde hüküm kurmak gerekmiştir.”¹²

Ret talebinin avukat tarafından yapılması durumunda vekâletnamede bu yönde özel yetkinin yer alması gerekir (HMK m. 74/1 kıyasen). Ayrıca burada Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 23'üncü maddesi de uygulama alanı bulmalıdır. Anılan kurala göre, hâkimin reddi, savcılarının ve başkaca adalet görevlilerinin reddi veya şikâyet edilmesi konusunda ve genellikle konuşmalarında ve yazılarında avukat, kanunun gerektirdiği gerekçeleri amacı aşmayacak biçimde açıklar. Ret veya şikâyet dileklerinin bir örneği de baroya verilir. Bu kural sadece hâkimlerle sınırlandırılmadığından sigorta tahkiminde de yapılan ret talebine ilişkin dilekçenin baroya verilmesi uygun olur.¹³

Sigorta tahkiminde bazen birden fazla hakem davada görev alabilir. Heyet hâlinde bakılan bu davalarda “toplu ret” anlamına gelecek şekilde ret talebinin yapılıp yapılmayacağı hususu üzerinde

¹² Samsun BAM 2. HD, 2.3.2018, E. 2018/237, K. 2018/285 (Lexpera).

¹³ Hukuk mahkemelerinde görülen davalarda yapılan ret taleplerine ilişkin dilekçenin örneğinin baroya verilmemesinin yaptırımının uyarma cezası olabileceği yönündeki kararlar için bkz. Kuru, s. 105.

durulmalıdır. Toplu ret, heyet olarak görülen davalarda birden fazla hâkim hakkında ret talebinin ileri sürülmesi demektir. Toplu ret talepleri bazı durumlarda yasaklanmıştır. Örneğin, HMK m. 40/4'e göre, bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinin başkan ve üyelerinin reddi talebi, reddedilen başkan ve üye katılmaksızın görevli olduğu dairece karara bağlanır. Hukuk dairelerinin toplanmasını engelleyecek şekildeki toplu ret talepleri dinlenmez. Aynı yasak Yargıtay üyeleri için de söz konusudur. Buna göre, Daire ve kurulların toplantılarını engelleyen toplu ret istemleri dinlenmez. (YargK m. 39/3).

Sigortacılık Kanunu'nda toplu ret taleplerinin yasaklanmasına ilişkin bir hüküm yoktur. Bu bakımdan eğer heyette yer alan birden fazla hakem hakkında tarafsızlık şüphesinin oluşması durumunda toplu ret talebi ileri sürülebilmelidir.

Ret talebini geri alınmasının mümkün olup olmayacağı da incelenmelidir. Bu konuda Sigortacılık Kanunu veya Yönetmelik'te bir düzenleme mevcut değildir. Bununla birlikte, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 38 inci maddesinin dördüncü fıkrasında, hâkimler hakkında yapılan ret talebinin geri alınamayacağı hususu düzenlenmiştir. Bu kuralın amacından yola çıkılarak sigorta tahkiminde hakem olarak görev alan kişi için yapılan ret talebinin geri alınıp alınamayacağı hususu belirlenebilir. Ret talebinin geri alınamamasına ilişkin kuralın amacı, tarafsızlık şüphesinin ortaya çıktığı hâkim hakkında bu şüphenin kesin bir şekilde ortadan kaldırılması¹⁴ ve disiplin para cezasına mahkûmiyetten ret talebinin geri alınması yoluyla kaçınılmasının önüne geçilmesidir.¹⁵ Disiplin para cezasına mahkûmiyet sigorta tahkiminde mevcut değildir. Buna karşın, sigorta tahkim hakeminin tarafsızlığından şüphe edildiği durumda bunun net bir şekilde açıklığa kavuşturulması hem mevcut yargılama hem de sonraki tahkim davaları bakımından önemlidir. Zira her ne kadar farklı bir süreç olsa da, sigorta hakeminin tarafsızlık ilkesine aykırı hareket etmiş olması

¹⁴ Bu konuda inc. Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara, s. 168.

¹⁵ Süha Tanrıver, Medenî Usul Hukuku, C. I, 6. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2024, s. 302.

listeden silinme sebepleri arasındadır (m. 30/11)¹⁶. Bu açıdan bakıldığında, tarafsızlık sorununun mevcut tahkim davasını aşan etkileri vardır. Dolayısıyla sigorta hakemi hakkında ileri sürülen ret talebinin geri alınamaması gerekir.

2. Ret Talebinin Süresi

Ret talebinin süresi beş iş günüdür. Bu süre ret sebebinin öğrenilmesi anından itibaren başlar (SigK m. 30/15). Yönetmelik'te ise bu sürenin başlangıç anı hakemin atanmasının öğrenildiği andır. Kuşkusuz, hakemin atanmasının öğrenilmesi ile ret sebebinin öğrenilmesi (özellikle hakemin şahsından kaynaklanan tarafsızlık şüpheleri varsa) aynı ana denk gelebilir. Bu ihtimalde bir sorun çıkmaz. Buna karşın, Yönetmelik'teki bu madde ret sebebinin yargılama esnasında öğrenildiği veya yargılama sırasında ortaya çıktığı durumda¹⁷ ret talebinin yapılamayacağı şeklinde bir yoruma da elverişlidir. Zira ret sebebinin öğrenildiği çoğu durumda ret talebine ilişkin süre çoktan geçmiş olacaktır. Yönetmelikteki düzenlemeyle bunun amaçlanmış olması makûl değildir. Bir an için bu amaçlanmışsa dahi bu amaç Kanun'daki düzenlemeye aykırıdır. Dolayısıyla sürenin başlangıç anına ilişkin olarak Kanun hükmü uygulanmalıdır.¹⁸

¹⁶ Söz konusu süreç, ret sürecinden farklıdır. Dolayısıyla sigorta hakeminin listeden silinmesine ilişkin kararın müdür tarafından verilmesinin söz konusu olmadığı yönünde bkz. Ecehan Yeşilova Aras / Bilgehan Yeşilova, "Sigortacılık Tahkimi – Sigorta Tahkim Usulü ve Ayırtedici Özellikleri (Sigortacılık Kanunu m. 30), Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, 8 (Özel), (s. 275-379), s. 326 vd; Rauf Karasu, "Sigorta Tahkimi ile İlgili Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri", TAAD, Y. 7, S. 26, 2016, (s. 49-69), s. 55.

¹⁷ İnc. Nesibe Kurt Konca, "Sigorta Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü", Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. I, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, (s. 1343-1365), s. 1354; Vural Semercioğlu, s. 284; Bulut Yamaç, s. 114; Kayıhan/Selanik, s. 108.

¹⁸ Beş iş gününe ilişkin süre Yönetmelik'te daha önce 15 gün olarak düzenlenmişti. Kanun'a aykırı bu durumun o dönemdeki eleştirisi için bkz. Kurt Konca, s. 1354; Vural Semercioğlu, s. 284.

Ret sebebi süresinde yapılmayıp daha sonra hakem kararına karşı itiraz¹⁹ sebebi olarak ileri sürülemez. Nitekim aynı sonuç hukuk mahkemelerinde görülen davalarda hâkimin reddi bakımından da geçerlidir.

“Davacı avukatı istinaf dilekçesinde öncelikle, eldeki davaya bakan hakiminin daha önce mirasın gerçek reddi konusunda karar veren hakim olduğunu, bu sebeple, bu davaya bakmaması ve davadan çekilmesi gerektiğini istinaf gerekçesi olarak belirtmiştir. 6100 Sayılı HMK'nın "Hakimin Davaya Bakmaktan Yasaklılığı ve Reddi" başlıklı 34/1.maddesinde; "Hakimin hangi hallerde davaya bakamayacağı ve talep olmasa bile çekinmek zorunda olduğu haller" sıra numaraları altında belirtilmiştir. Davacı avukatının belirttiği çekinme sebebi 34/1.maddede yazılan çekinme sebeplerinden hiçbirine uymadığından, davacı avukatının bu konudaki istinaf gerekçesi yerinde olmadığı gibi, yine davacı avukatının bu hususun aynı zamanda hakimin tarafsız davranmasına engel bir durum olduğu, bu sebeple hakimin reddi sebebini oluşturduğuna dair gerekçelerinin ise bu hususun yargılama aşamasında 6100 Sayılı HMK'nın 38/1.maddesinde belirtilen yasal süre içerisinde ilk derece mahkemesinde ileri sürülmemesi sebebiyle yasal süre içerisinde yapılmayan hakimin reddi sebeplerinin de bu sebeple incelenmesine olanak bulunmadığı sonucuna Dairemizce varılmıştır.”²⁰

Ret talebinin öğrenilmesine rağmen ret talebinde bulunmayıp, yeni bir işlem yapıldıktan sonra ileri sürülen ret talebi kabul edilmemelidir. Zira bu durum, başka bir konuda talebi kabul edilmeyen tarafın sonrasında yapacağı ret talebinin kötü niyetli olması anlamına gelir. Nitekim HMK m. 38/2'ye göre, “taraf, ret sebebini davaya bakıldığı sırada öğrenmiş ise en geç öğrenmeden sonraki ilk duruşmada, yeni bir işlem yapılmadan önce bu talebini hemen bildirmek zorundadır. Belirtilen sürede yapılmayan ret talebi dinlenmez.”

¹⁹ Hakem kararına karşı itiraz yoluyla ilgili kararlar için genel olarak bkz. Halil Akkanat / Murat Atalı /Vural Seven, Yargıtay Kararlarında Sigorta Tahkimi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 659 vd.

²⁰ İzmir BAM 14. HD, 2.12.2019, E. 2017/1630, K. 2019/1454 (Lexpera).

3. Ret Talebi Hakkında İki Tarafın Görüşü ile Hakemin Görüşü

Ret talebi üzerine Komisyon müdürünün, iki tarafın görüşlerini dinledikten sonra bu konuda en geç beş iş günü içinde karar vereceği düzenlenmiştir (SigK m. 30/15). Ret talebinde bulunan taraf görüşünü zaten ret dilekçesinde yazmış olacağından maddenin buna işaret eden bölümü gereksizdir. Bununla birlikte, karşı tarafın ret talebi hakkında görüşünün alınması zorunluluğu getirdiği için maddenin diğer kısmı önemlidir.²¹

Maddede reddi istenen hakemin ret sebebi hakkında görüş yazmasına ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Aynı şekilde, tahkimde hakemin reddinin düzenlendiği HMK m. 417-418'de böyle bir hüküm mevcut değildir. Bununla birlikte, reddi istenen hâkimin ret talebi hakkında görüş yazmasına ilişkin düzenleme HMK m. 38/5'te yer almaktadır.²² Kanaatimizce reddi istenen hakemin ret sebebi hakkında görüş yazması iki sebeple isabetli olur. İlk olarak, davada tarafsız olup olmadığı konusunda açıklama yapılması, tarafgirlik şüphesi altında bulunan hakemin kendisini anlatabilmesi bakımından önemlidir. Nitekim her ne kadar farklı bir süreç olsa da, sigorta hakeminin tarafsızlık ilkesine aykırı hareket etmiş olması listeden silinme sebepleri arasındadır (m. 30/11)²³. Bu yönüyle ret talebinin Müdür tarafından reddedilmesi, üstündeki şüpheyi gidermek bakımından hakemin yararınadır. Ayrıca reddi istenen hakemin ret sebebi hakkında görüş yazması ret talebi hakkında karar verilmesine ilişkin süreci de hızlandırır. Zira kararını vermeden önce müdürün ret talebinde bulunan

²¹ Karşı tarafın bu konudaki görüşünün alınmasının hukukî dinlenilme hakkı bakımından gerekli olduğu yönünde bkz. Beggi, s. 86.

²² "Hâkimi reddeden taraf, dilekçesini karşı tarafa tebliğ ettirir. Karşı taraf bir hafta içinde cevap verebilir. Bu süre geçtikten sonra yazı işleri müdürü tarafından ret dilekçesi, varsa karşı tarafın cevabı ve ekleri, dosya ile birlikte reddi istenen hâkime verilir. Hâkim bir hafta içinde dosyayı inceler ve ret sebeplerinin kanuna uygun olup olmadığı hakkındaki düşüncesini yazı ile bildirerek, dosyayı hemen mercine gönderilmek üzere yazı işleri müdürüne verir."

²³ Bu konuda bkz. yuk. dn. 16.

taraf ve karşı tarafın dilekçesinin yanında reddi istenen hakemin de kendi perspektifinden yazdığı dilekçeyi incelemesi doğru ve hızlı bir karar verilmesini kolaylaştırır.

4. Hakemin Bizzat Çekilmesinin Mümkün Olup Olmadığı

Sigortacılık Kanunu ve Yönetmelik'te sadece tarafların ret talebinde bulunabileceği düzenlenmiş, ret sebebinin varlığı hâlinde hakemin kendisinin çekilebileceğine ilişkin bir hüküm ise yer almamıştır. Bununla birlikte, doktrinde çeşitli sebeplerle hakemin talep olmadan kendisinin dahi çekilebileceği kabul edilmektedir.²⁴ Buna gerekçe olarak, Kanun'da HUMK'a yapılan atfı gösterenler olduğu gibi²⁵, Kanun'un 30 uncu maddesinin 15 inci fıkrasında yer alan "seçilen sigorta hakemi mücbir nedenler ve umulmayan haller hariç olmak üzere görevi reddedemez" ifadesinin kapsamına tarafsızlık durumunun da girebileceğini belirtenler mevcuttur.²⁶ Gerçekten ret sebeplerinin varlığı hâlinde hakemin kendisinin çekilmesini engelleyen bir hüküm yoktur. Hakemin reddi kurumunun amacı düşünüldüğünde, hakkında taraflarca ret talebi ileri sürülme-yen hakemin dahi davadan çekilebilmesi mümkün olmalıdır.

Hakemin davadan çekilmesi durumunda, ret talebi hakkında karar verecek olan Komisyon müdürünün bu konuda da karar verip vermeyeceği üzerinde durulmalıdır. Kanun'da hakemin çekilmesine ilişkin bir hüküm yer almadığından, sözü edilen durum da doğal olarak cevapsız kalmıştır. Bununla birlikte, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun

²⁴ Serdar Kale/ Müjgan Tunç Yücel, "Sigortacılık Kanununda Tahkim", Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, (s. 461-477), s. 467; aynı yönde Mehmet Özdamar, "Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi", GÜHFD, C. XVII, Y. 2013, S. 1-2, (s. 831-855), s. 848; Işıl Ulaş, Tahkim, "Sigortacılıkta Tahkim", BATİDER, C. XXIV, Y. 2007, S. 21, (s. 240-266), s. 246; ayrıca bkz. Işıl Ulaş, Sigortacılıkta Tahkim Hukuku -Sigortacılık Tahkiminde Yeni Gelişmeler ve Uygulamalar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022, s. 14.

²⁵ Ulaş, Tahkim, s. 246; ayrıca Ulaş, Gelişmeler, s. 14.

²⁶ Kale/Tunç Yücel, s. 467; aynı yönde bkz. Özdamar, s. 848; hakemin çekilmesine imkân verilmemesinin kararın objektifliği konusunda şüpheler oluşturabileceği yönünde ayrıca bkz. Kale/Tunç Yücel, s. 467.

hâkimin reddine ilişkin hükümleri burada da kıyasen uygulama alanı bulmalıdır. HMK m. 39/1'e göre, hâkim, taraflardan birinin ret talebi üzerine veya kendiliğinden çekilme yönünde görüş bildirirse, ret talebini incelemeye yetkili merci, bu çekilmenin kanuna uygun olup olmadığına karar verir. Bu maddeyle, hakkında herhangi bir ret sebebi bulunmayan hâkimin davaya bakmak istememesi durumu engellenmiş ve böylece kanunî hâkim ilkesi (AY m. 37) güvence altına alınmış olur. Benzer yaklaşımın, sigorta hakemleri için uygulanmasına engel yoktur. Zira yukarıda da belirtildiği üzere, "seçilen sigorta hakemi mücbir nedenler ve umulmayan haller hariç olmak üzere görevi reddedemez" şeklindeki kanun hükmü, davadan çekilme yönünde karar veren hakemin bu kararının denetlenmesine ilişkin güçlü bir gerekçe oluşturur. Dolayısıyla çekilme kararı veren hakemin bu kararı Komisyon müdürü tarafından ret sebeplerinin var olup olmadığı açısından denetlenmelidir.

5. Ret Talebi Hakkında Komisyon Müdürünün Karar Vermesi

Ret talebi hakkında karar Komisyon müdürü tarafından verilir. Kararın komisyon müdürü tarafından verileceği hem Sigortacılık Kanunu'nda (m. 30/15) belirtilmiş hem de Yönetmelik'te söz konusu kararı vermek Komisyon müdürünün görevleri arasında sayılmıştır (m. 7/3-ç).

Ret talebinin yapıldığı yer (Komisyon) ile talep hakkında karar verecek olan kişi (Komisyon müdürü) farklıdır.²⁷ Bu anlamda, müdürün yargısal bir konuda karar vermesi²⁸ eleştirilmiş²⁹ ve hakemi tayin eden kurumun görevden alma hususunda da yetkili olması gerektiği ifade edilmiştir.³⁰

²⁷ Yeşilova Aras/Yeşilova, s. 303; Dekak, s. 86.

²⁸ Ulaş, Tahkim, s. 242; Ulaş, Gelişmeler, s. 7.

²⁹ Yeşilova Aras/Yeşilova, s. 310.

³⁰ Yeşilova Aras/Yeşilova, s. 310.

6. İspat Yükü ve Ölçüsü

İspat yükü, kural olarak, iddia edilen vakıadan lehine hak çıkaran taraftadır (HMK m. 190/1). Dolayısıyla ret talebine dayanak olan vakıa bakımından ispat yükü ret talebini ileri süren taraftadır.

İspat ölçüsü bakımından Sigortacılık Kanunu'nda bir düzenleme mevcut değildir. Bununla birlikte, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ispat ölçüsünün yaklaşık ispat olarak kabul edildiği söylenebilir. Nitekim HMK m. 42/2'ye göre, ret sebebi sabit olmasa bile, merci bunu muhtemel görürse, ret talebini kabul edebilir. Aynı sonuca sigorta hakeminin reddi talebi için de varılmalıdır. Zira hakemin tarafsız olmadığı hususunun her zaman tam ispat düzeyinde aranması, işin niteliğine uygun olmadığı gibi birçok talebin de reddedilmesine neden olur.

7. Ret Talebinin Geri Çevrilmesi Kurumunun Sigorta Tahkiminde Uygulanabilirliği

Sigortacılık Kanunu'nda yer almayan ret talebinin geri çevrilmesi kurumu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 41 inci maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, hâkimin reddi talebi, a) Ret talebi süresinde yapılmamışsa, b) Ret sebebi ve bu sebebe ilişkin inandırıcı delil veya emare gösterilmemişse, c) Ret talebinin davayı uzatmak amacıyla yapıldığı açıkça anlaşılıyorsa geri çevrilir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 41 inci maddesiyle, reddi istenen hâkim tarafından ret taleplerinin geri çevrilmesi yoluyla kötü niyetli olduğu bariz olan talepler doğrudan reddedilerek yargılamada hızlilik sağlanır. Çünkü ret talebinin merci tarafından incelenecek olması sebebiyle geçen süreden tasarruf edilmiş olur. Bu yönüyle bakıldığında, ret talebinin geri çevrilmesi şeklinde bir kurumun, sigorta tahkiminin kendisinden beklenen hızın gerçekleşmesine de hizmet edeceği söylenebilir. Çünkü süresinde olmayan veya tarafsızlığın ihlal edildiği konusunda hiçbir delil içermeyen ret talebinin incelenmesi bakımından Sigortacılık Kanunu'ndaki prosedürün uygulanması, tahkim yargılamasının yavaşlamasına neden olur. Dolayısıyla bu tarz taleplerde, reddi istenen hakemin talebi hemen geri çevirmesi yargılamanın hızlanması bakımından faydalı olur. Ancak ret talebinin

geri çevrilmesi sadece sınırlı durumlarda söz konusu olmalıdır. Aksi takdirde, hakkında tarafsızlık şüphesinin mevcut olduğu hakemin, buna rağmen talep hakkında karar vermesi adil yargılanma hakkına aykırılık arz edebilir.

7. Ret Talebinin Yargılama İşlemlerini Durdurup Durdurmayacağı ve Tahkim Süresine Etkisi

Ret talebinin ileri sürülmesi anından Komisyon müdürünün karar verme anına kadar sigorta hakeminin yargılamaya ilişkin bir işlem yapıp yapamayacağı hususu Sigortacılık Kanunu ve Yönetmelik'te düzenlenmemiştir. Beş iş günü içinde ret talebi hakkında karar verilecek olması sebebiyle bu konunun önemli olmadığını söyleyen bir görüş olduğu gibi³¹ Model Kanun'un 13 üncü maddesinin üçüncü fıkrası uygulanarak yargılamaya devam edilmesi gerektiği, aksi takdirde, tahkimdeki hızlılığa zarar verileceğini ifade eden bir görüş de mevcuttur.³²

Sadece tahkimdeki hızlılık gerekçe gösterilerek reddi istenen hakemin yargılamaya devam edebilmesi şeklindeki bir sonuca varılamaz. Sigorta tahkimi yargılamasına rengini veren önemli bir özelliğin yargılamanın hızlılığı olduğu kuşkusuzdur. Ancak bu, bazı koşullarda, tahkim yargılamasında adil yargılanma hakkından uzaklaşılacağı anlamına gelmez. Bu açıdan hakkında tarafsızlık şüphesi bulunan hakemin yargılamaya hiçbir şey olmamışçasına devam etmesi düşünülemez. Üstelik burada uygulanacak hüküm doğru tespit edilirse, tahkimdeki hızlılığa zarar vermeden ve adil yargılanma hakkına riayet edilerek bir yargılamanın yapılması mümkün olabilir. Dolayısıyla bu konuda hâkimin reddinin istenmesi durumunda reddi istenen hâkimin işlem yapıp yapmayacağı hususunun düzenlendiği Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 42 inci maddesinin dördüncü fıkrası, söz konusu soruna tatmin edici bir yanıt vermektedir. Bu hükme göre, reddi istenen hâkim, ret hakkında merci tarafından karar verilinceye kadar o davaya bakamaz. Şu kadar ki, gecikmesinde sakınca

³¹ Dekak, s. 87.

³² Dekak, s. 87.

bulunan iş ve davalar bunun dışındadır.³³ Bu hükmün sigorta tahkim yargılamasında da kıyasen uygulanması gerekir. Zira hakkında ret talebi ileri sürülen bir hakemin tarafsız olmadığı iddia edilmiş olur ve hakkında bu şüphenin doğduğu hakemin bu konuda Komisyon müdürünün vereceği karara kadar işlem yapması doğru olmaz.

Ret talebi hakkında karar verilmeden hâkim tarafından yapılan işlemlerin geçersiz olduğu ve duruma göre kanun yolu sebebi oluşturabileceği şeklindeki Yargıtay kararları, sigorta tahkimi yargılamasında da uygulanabilir niteliktedir.

“6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 38. maddesinde hakimin reddi usulü düzenlenmiştir. Kanunun 38. maddesinin beşinci fıkrasında; “Hâkimi reddeden taraf, dilekçesini karşı tarafa tebliğ ettirir. Karşı taraf bir hafta içinde cevap verebilir. Bu süre geçtikten sonra yazı işleri müdürü tarafından ret dilekçesi, varsa karşı tarafın cevabı ve ekleri, dosya ile birlikte reddi istenen hâkime verilir. Hâkim bir hafta içinde dosyayı inceler ve ret sebeplerinin kanuna uygun olup olmadığı hakkındaki düşüncesini yazı ile bildirerek, dosyayı hemen merciine gönderilmek üzere yazı işleri müdürüne verir.” hükmüne yer verilmiştir. Somut olaya gelince; davalılardan [...]’in 04.06.2016 tarihli dilekçe ile hakimin reddini talep ettiği görülmüştür. Hukuk Muhakemeleri Kanununun hakimin reddini düzenleyen ilgili maddeleri dikkate alındığında, reddi istenen hakim gecikmesinde zarar umulan iş ve davalar dışında ret hakkında kesin karar verilinceye kadar o davaya bakamaz, aksi hareket mutlak bir temyiz sebebi olup, hükmün yalnız bu nedenle bozulmasını gerektirir (HGK 6.12.1972, 2/208-1326). Yine aynı nedenle, acele işlemler dışında yapılan diğer mahkeme işlemleri geçersizdir.”³⁴

“Dosyanın incelenmesinde; davacılar vekilinin 27/6/2020 tarihli dilekçesinde “Eğer sayın mahkeme hakimi yapı olarak dosyaya karar verecek cesarete veya yeterliliğe sahip olmadığını düşünüyor ve

³³ Bu konuda çeşitli örnekler için bkz. H. Yavuz Alangoya/ M. Kâmil Yıldırım/ Nevhis Deren-Yıldırım, *Medenî Usul Hukuku Esasları*, 7. Bs., İstanbul, 2009, s. 45.

³⁴ Yarg. 14. HD, 15.5.2019, E. 2016/12502, K. 2019/4442 (Lexpera).

dosyamızı bu sebeple oyalıyor ise davadan çekilmesinin herkesin menfaatine olacağı açıktır[...]” demek suretiyle hakimi çekilmeye davet ettiği görülmüştür. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun hakim reddini düzenleyen ilgili maddeleri dikkate alındığında, reddi istenen hakim gecikmesinde zarar umulan iş ve davalar dışında ret hakkında kesin karar verilinceye kadar o davaya bakamaz, aksi hareket mutlak bir temyiz sebebi olup, hükmün yalnız bu nedenle bozulmasını gerektirir (HGK'nın 6.12.1972 tarihli 2/208 E. 1326 K. Sayılı kararı). Yine aynı nedenle, acele işlemler dışında yapılan diğer mahkeme işlemleri geçersizdir. Reddi istenen hakim HMK'nın 38 inci maddesinin beşinci fıkrası uyarınca öncelikle hakim reddi talebi hakkında karar vermesi gerekir. Mahkemece, 27/6/2020 tarihli hakim reddi talebini içeren dilekçeye ilişkin olarak Kanunun öngördüğü usulün uygulamayarak esasa ilişkin yargılamaya devam edilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.”³⁵

Bununla birlikte, gecikmesinde sakınca doğan işlemler bakımından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda belirtilen istisnanın sigorta tahkiminde de uygulama alanı bulması tarafların mağdur olmaması bakımından önemlidir. Dolayısıyla reddi istenen sigorta hakemi, bu konuda karar verilinceye kadar, gecikmesinde sakınca bulunan işlerle ilgili karar verebilmelidir.

Ayrıca Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 42 nci maddesinin dördüncü fıkrasının son cümlesinin sigorta tahkim yargılamasında kıyasen uygulanması hem kötü niyetli durumların önüne geçmek hem de sigorta tahkim yargılamasının hızlı bir yargılama olması özelliğine uygundur. Buna göre, daha önce hakkındaki ret talebi reddolunan hakemin, aynı durum ve olaylara dayanarak yeniden reddedilmesi hâli, hakemin davaya bakmasına engel oluşturmamalıdır.

Burada son olarak, ret talebinin yapılmasından müdür tarafından karar verilmesine kadar geçen sürenin tahkim yargılamasındaki 4 aylık sürenin hesaplanmasında dikkate alınıp alınmayacağı hususu tespit

³⁵ Yarg. 3. HD, 16.9.2021, E. 2021/4478, K. 2021/8564 (Lexpera).

edilmelidir.³⁶ Bir görüşe göre, tek hakemli yargılama ile heyet hâlindeki yargılamalar bakımından konuya farklı yaklaşılmalı ve tek hakemli yargılamada ret sürecinde geçen süre dört aylık sürenin hesaplanmasında dikkate alınmamalı; buna karşın, heyet hâlindeki yargılamada dört aylık süre işlemeye devam etmelidir.³⁷ Reddi istenen hakemin yargılamada işlem yapamayacak olması sebebiyle tek hakemli-heyet hâlinde yargılama şeklindeki bu ayırım eleştirilmiş ve bu süreçte tahkim süresinin durması gerektiği ifade edilmiştir.³⁸ Diğer bir görüşe göre, hakemin ret usûlünün düzenlendiği HMK m. 418'in, tahkim süresi ve uzamasının düzenlendiği HMK m. 427 bakımından bir etkisi yoktur.³⁹

Öncelikle bu konuyla ilgili olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun hâkimin reddine ilişkin hükümlerinin uygulama alanı bulması mümkün değildir. Zira tahkim süresi ve süresinden sonra verilen kararın iptal sebebi olması gibi bir durum devlet mahkemesinde görülen davalarda geçerli değildir. Bu açıdan, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun tahkime ilişkin hükümlerine bakılmalıdır. Tahkim süresinin uzamasına neden olabilecek hususlar HMK m. 427'de belirtilmiştir. Bu maddenin ikinci fıkrasına göre, tahkim süresi, tarafların anlaşmasıyla; anlaşamamaları hâlinde ise taraflardan birinin başvurusu üzerine mahkemece uzatılabilir. Mahkemenin, bu konudaki kararı kesindir. Görüldüğü üzere, burada hakemin reddine ilişkin süreç sayılmış değildir. Yargıtay da, hakemin reddi sürecinin tahkim süresinin uzamasına neden olmayacağını vermiş olduğu bir kararda ifade etmiştir.

³⁶ Beş iş günü içinde karar verilecek olması sebebiyle bu tartışmaların anlamının olmadığı yönünde bkz. Yeşilova Aras/Yeşilova, s. 332; ayrıca bkz. Dekak, s. 87; görüşler alındıktan sonra beş günlük sürenin başlayacağı, bu anlamda karşı tarafa da bir diyeceğinin olup olmadığı hususunda süre verilecek olması sebebiyle bu tartışmanın önemli olabileceğini ifade eden görüş için bkz. Beggi, s. 86; görüşlerin Komisyon'a iletdikten sonra beş günlük sürenin başlayacağı hususunda ayrıca bkz. Ulaş, Tahkim, s. 242.

³⁷ Kale/Tunç Yücel, s. 468.

³⁸ Beggi, s. 86-87.

³⁹ Yeşilova Aras/Yeşilova, s. 332.

“2.15. HMK’nın 412. maddesinde tahkim sözleşmesi; tarafların, sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları sözleşme olarak tanımlanmıştır. Tahkim süresi HMK’nın 427. maddesinde 1 yıl olarak ön görülmüştür. Tahkim yargılamasının, uzatılması durumu hariç bu bir yıllık yasal süre içerisinde bitirilmesi gerekir. Aksi durumda HMK’nın 439/2-c maddeleri gereğince iptal nedenidir. Bunun tek istisnası HMK’nın 421/2 maddesi gereğince hakemin değiştirilmesidir. Buna göre hakemin değiştirilmesi için geçen süre tahkim süresinden sayılmaz. 2.16. HMK 421/3. maddesi hükmünde yer alan “Tahkim sözleşmesinde hakemin veya hakem kurulunu oluşturan hakemlerin ad ve soyadları belirtilmiş ise hakemin, hakem kurulunun ya da kurulun karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıda hakemin görevinin herhangi bir sebeple sona ermesi hâlinde, tahkim de sona erer.” düzenlemesi uyarınca, 03.01.2019 tarihinde başlayan ilk tahkim süreci, hakem [...]’ün 11.04.2019 da istifası ile sona ermiş, HMK 427/1. maddesinde belirtilen 1 yıllık tahkim süresi, 03.01.2019 ilk toplantı tutanağı tarihi ile istifa tarihi olan 11.04.2019 arasında 3 ay 8 günlük sürede işlemiştir. 2.17. Doç. Dr. [...]’nın katılımı ile yeniden oluşturulan hakem heyeti, 27/10/2020 tarihinde toplanarak tahkim sürecini yeniden başlatmışlardır. Yukarıda belirtildiği üzere, kanunda öngörülen 1 yıllık tahkim süresinin 3 ay 8 günlük süresi işlemiş, yeni hakem heyetinin 27.10.2020 tarihinde toplanmış olduğu ve kalan 8 ay 22 günlük süre dahil edildiğinde, hakem kurulunca esas hakkında karar verilmesi gereken son tarihin 19.07.2021 olduğu anlaşılmıştır. 2.18.HMK 427/2. maddesine göre tahkim süresi, tarafların anlaşmasıyla; anlaşamamaları hâlinde ise taraflardan birinin başvurusu üzerine mahkemece uzatılabilir. Tahkim süresinin uzatılması ancak tahkim süresi içerisinde istenebilir. Tahkim davası başlamadan süre uzatım talebi istenemeyeceği gibi tahkim süresi bittikten sonra da süre uzatımı istenemeyecektir. Talepte bulunanın, genel ispat kuralları gereği ispat yükümlülüğü bulunduğundan talebine uzatma sebeplerini de delilleri ile birlikte göstermesi gerekir. 2.19. Tahkim süresinin hangi hallede duracağı ya da işleyecek olan süreden sayılmayacak hallerin incelenmesinde; Yeni hakem seçilmesi başlıklı HMK 421/2. maddesinde

bir veya birden çok hakemin değiştirilmesi için geçen süre tahkim süresinden sayılmaz düzenlemesi mevcut olup, ancak kanunda sınırlı olarak sayılmış (numerus clausus) belirtilen hal dışında bir durma sebebine yer verilmemiştir. 2.20. Hal böyle iken, tahkim süresinin uzatılması talebi için bir neden olabilecek hakemin reddi isteminin, kanunda sınırlı sayılmış olan, tahkim süresini durduran ya da işleyecek olan süreden sayılmayacak haller içerisinde olmadığı anlaşılmaktadır.”⁴⁰

Bu anlamda özellikle ret sürecinin oldukça kısa sürede tamamlanabilecek olması hususu da gözetilerek, ret sürecinin tahkim süresine bir etkisinin bulunmadığı sonucuna varmak daha uygun olur. Ayrıca yukarıda da ifade edildiği üzere, özellikle tahkim süresinin dolması için yapılan ret talepleri bakımından reddi istenen hakemin talebi geri çevirmesine ilişkin karar verebilmesi, kötü niyetli bu girişimlerin önüne geçmek için yeterlidir.

III. RET SEBEPLERİ HAKKINDA DÜŞÜNCELER

1. Genel Olarak

Sigortacılık Kanunu’nda hakemlerin hangi durumlarda reddedileceği hususunda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda yer alan hâkimin reddine ilişkin nedenlere atıf yapılmıştır. Mevzuatta yürürlükten kaldırılan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’na yapılan yollamalar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelerine yapılmış sayılacağından (HMK m. 447/2) sigorta hakemleri, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 36 ncı maddesinde belirtilen ret sebeplerine göre reddedilebilir. Ayrıca Yönetmelik’te de hakemin reddine ilişkin sebepler sayılmıştır.⁴¹

⁴⁰ Yarg. 6. HD, 19.9.2023, E. 2022/2560, K. 2022/2839 (Lexpera).

⁴¹ Yönetmeliğin 17 nci maddesine göre ret sebepleri şunlardır: “a) Hakem taraflardan birine öğüt vermiş ya da yol göstermişse. b) Hakem taraflardan biri veya ilgili bir üçüncü kişi karşısında kanunen gerekmediği halde görüşünü bildirmişse. c) Hakem, tanık, bilirkişi, Hukuk (Mülga ibare:RG-19/1/2016-29598) [...] Muhakemeleri anlamında hakem, veya hakim sıfatıyla dinlenmiş veya hareket etmişse. ç) Hakem taraflardan biriyle dördüncü dereceye kadar yansoy hısımlığı varsa. d) Hakem ile taraflardan biri

Ret sebepleri konusunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na atıf yapıldığından ve orada ret sebepleri sınırlı olarak sayılmadığından, sigorta hakemlerine ilişkin ret sebeplerinin de sınırlı bir şekilde sayılmadığı kabul edilmelidir. Dolayısıyla Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 36 ncı maddesinde belirtilen nedenler haricinde tarafsızlığı⁴² etkileyen başka durumlarda da hakemler reddedilebilir. Ret sebepleri bakımından sigorta tahkimi bakımından özellik arz eden durumlar incelenmelidir.

2. Öğüt Vermek veya Yol Göstermek

İki taraftan birine öğüt verilmiş ya da yol gösterilmiş olması hakemin reddi sebebidir (HMK m. 36/1-a; Yönetmelik m. 17/1-a). Bu anlamda, örneğin, hakemin, davacının talebinin zamanaşımına uğradığı şeklinde davalıyı yönlendirmesi ret sebebi olarak görülmelidir.⁴³

3. İhsas-ı Rey

Hakemin iki taraftan birine veya üçüncü kişiye kanunen gerekmediği hâlde görüşünü açıklamış olması ret sebebidir (HMK m. 36/1-b; Yönetmelik m. 17/1-b). Bu konuda özellikle hakemin davanın taraflarına başarı şansı hakkında açıklamalarda bulunması ret nedeni olarak görülebilir.⁴⁴ Hakemin bilimsel bir yayında görüşünü açıklamış olması hususuna ayrıca değinilmelidir. Bu konuya, ayrıca Sigorta Tahkim Usûlü ve Sigorta Hakemlerine İlişkin Tebliğ'de de (Tebliğ No: 2009/1)⁴⁵ değinilmiştir. Bu Tebliğ'in beşinci maddesine göre, Yönetmeliğin 17 nci ve 18 inci madde hükümleri saklı kalmak üzere, akademisyen hukukçuların taraflardan herhangi birine hukukî mütalaa vermesi sigorta hakemliği yapmalarına engel teşkil etmez. Bu maddenin kapsamına dava konusu somut olayla ilgili mütalaa verilmiş olması

arasında bir dava veya düşmanlık bulunuyorsa. e) Hakemin tarafsızlığından şüpheye düşülmesini gerektirecek önemli sebepler varsa.”

⁴² Tarafsızlığın nesnel ve öznel görünümü ve bu konuda AYM ve AİHM içtihadıyla ilgili olarak bkz. Anıl Köroğlu, Yargı Kararlarında Medenî Usûl Hukuku, C. II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2025, s. 30, kn. 2.

⁴³ Köroğlu, s. 63.

⁴⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Köroğlu, s. 71, kn. 23.

⁴⁵ RG 21.1.2009 -27117.

hususunun girmediği ifade edilmiştir.⁴⁶ Gerçekten dava öncesinde davacı veya davalı taraf için hukukî mütalaa sunmuş olan akademisyenin sonrasında ilgili davada hakem olarak görev alması mümkün değildir. Zira bu konuda hukukî görüşü sabit olan akademisyenin tarafsızlığı, bu görüşün aleyhine olduğu kişi nezdinde yitirilmiştir. Buna karşın, somut olayla ilgisi bulunmayan, bilimsel bir etkinlikte veya yayında bir hukukî görüş ifade eden akademisyenin daha sonra hakemlik yapmasına engel yoktur.⁴⁷

Hakemin görüş açıklamasının ret sebebi oluşturması aynı dava içinde yapılması hâlinde söz konusudur. Bu kapsamda özellikle hakemin benzer bir davada daha önce karar vermiş olması, daha sonra baktığı davada (o davada aynı hukukî sorun tartışılmış olsa bile) onun reddedilmesi için yeterli değildir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de genel olarak benzer bir yaklaşımdadır.

“Hâkimin davaya bakmaktan çekinmesi, hâkimin tarafsız kalamayacağı varsayılan ve kanun tarafından sayma yoluyla gösterilen sınırlı hâllerdir. Hâkimin reddi sebepleri ise kanunda yer alan sebeplerle sınırlı olmadığı gibi takdire bağlıdır. Ret sebeplerinin varlığı araştırılıp tespit edildikten sonra hâkimin o davaya bakıp bakamayacağı belirlenir. Bu çerçevede hâkimin reddi sebepleri arasında kabul edilen hususlardan biri hâkimin davada kanunen gerekmediği hâlde iki taraftan birine veya üçüncü kişiye görüşünü açıklamış olması (ihsası rey) durumudur (bkz. §18). Ancak ilke olarak kanunen açıklanan kanaat ve görüşlerin -örneğin gerekçeli kararın- bu kapsamda değerlendirilemeyeceği açıktır. Zira Anayasa gereği tüm mahkeme kararları gerekçeli olacağından gerekçede yer alan kanaat ve görüşlerin kararda imzası bulunan hâkim veya hâkimler yönünden ihsası rey olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Bu nedenle idari yargılamada ve hukuk yargılamasında tek başına önceki kararlarından ve bunların gerekçelerinden hareketle hâkimin tarafsızlığını kaybettiği ileri sürülemez.

...

⁴⁶ Karasu, s. 56.

⁴⁷ Bu konuda özellikle Alman mahkemesi kararları için bkz. Köroğlu, s. 75, kn. 31.

Bu bağlamda hâkimin, davanın önceki aşamalarında tanık veya bilirkişi olarak dinlenmiş veya hâkim ya da hakem sıfatıyla hareket etmiş olması tarafsızlıkla ilgili sorun doğurabileceğinden çekinme sebepleri arasında olmamakla birlikte ret sebepleri arasında düzenlemiştir. Böyle bir durumda hâkimin davanın önceki aşamalarında ifa ettiği görevin kapsam ve içeriğine bakılması gerekir. 47. Bu çerçevede ilke olarak gerek kanun yolu incelemesinin etkililiğinin sağlanması gerekse kanun yolu incelemesinin objektif tarafsızlık esaslarına uygun yapılmadığı izleniminin oluşmaması için ilk derecede kararı veren hâkimin dosyanın kanun yolu incelemesinde bulunmaması gerekir. Bununla birlikte bu hususa uyulmaması tek başına kanun yolu incelemesinin etkisiz ve tarafsız olduğu sonucuna götürmez. Her olayın kendi koşulları içinde değerlendirilmesi gerekir. Bu çerçevede tarafsızlığının bozulup bozulmadığını değerlendirmek için bu şekilde önceki aşamalarında görev alan hâkimlerin özellikle kurul hâlinde yargılama yapan mahkemelerdeki oy sayısı, bu üyelerin kararın verilmesindeki rolleri gibi diğer unsurları da dikkate almak gerekir.

...

Yukarıda belirtildiği gibi kural olarak bir hâkimin yargılamanın önceki aşamalarında görev yapmış olması tek başına tarafsızlığa aykırı olmayıp somut olayın koşullarına bakılması gerekir. Olayda A.Y. doğrudan kendi verdiği kararın temyiz incelemesine veya karar düzeltme incelemesine katılmamıştır. A.Y.nin yer aldığı heyet kararı, A.Y. nin görev almadığı Danıştay kararıyla bozulmuş ve karar düzeltme istemi de reddedilmiştir. Bunun üzerine bozmaya uyma yönünde yeni bir karar verilmiştir. A.Y. bu yeni kararı veren heyette bulunmadığı gibi bu kararın temyiz incelemesinde de bulunmamıştır. A.Y. sadece sınırlı bir inceleme imkânı sağlayan karar düzeltme incelemesi aşamasında beş kişilik heyette başkan olarak yer almıştır. Bu aşamada da esasa dair bir inceleme yapılmamış bozmaya uyma kararını temyizden incelenmesine ilişkin karar yönünden karar düzeltme sebeplerinin bulunup bulunmadığı değerlendirilmiştir. 53. Dolayısıyla ilk derece aşamasında kararın esas görüşmelerine katılan bir hâkimin karara yönelik esas bir incelemenin yapılmadığı, aksine bozmaya uygunluk yönünden yapılan denetim sonucunda verilen onama kararının düzeltilmesi istemine

ilişkin görüşmelere katıldığı ve bu durumun "yargılamanın bütünü" adıl olmaktan çıkarmadığı sonucuna varılmaktadır."⁴⁸

4. Davada Çeşitli Sıfatlarla Hareket Edilmiş Olması

Tanık, bilirkişi, hakem veya hâkim sıfatıyla davada hareket edilmiş olması ret sebebidir (HMK m. 36/1-c; Yönetmelik m. 17/1-c). Bu sebepler arasında, karşılaşılma ihtimali bulunan durumlar bakımından açıklama yapmak gerekir.

Sigorta tahkim hakeminin vermiş olduğu karara karşı yapılan itirazda daha sonra itiraz hakemi olarak görev alması hâli, hakemin reddi sebebi olarak kabul edilmelidir. Aksi takdirde, hakemin kendi verdiği kararı denetlemesi söz konusu olup, bu durum itiraz yolunun anlamsız hâle gelmesine neden olur. Aynı durum, sigorta tahkim yargılamasında veya itiraz yargılamasında görev alan hakemin daha sonra karara karşı başvurulana yolda Yargıtay üyesi sıfatıyla karar vermesi durumu için de geçerlidir.

Sigorta hakeminin tanık olması durumu da açıklanmalıdır. Gerek Hukuk Muhakemeleri Kanunu gerekse de Yönetmelik'te "tanık sıfatıyla dinlenilmiş" olması denilmektedir. Dolayısıyla bu madde kapsamında bir ret sebebinin doğması için hakemin tanık sıfatıyla gösterilmiş olması değil, tanık sıfatıyla dinlenmiş olması gerekir.⁴⁹ Benzer şekilde, tanık olma ihtimali de ret sebebi olarak görülemez.⁵⁰ Her ne kadar tanık olarak gösterilmemiş veya dinlenmemiş olsa da, önüne gelen davaya konu olaya tanık olan hakemin o davaya bakmaması ve o davadan çekilmesi uygun olur.⁵¹ Aksi durum, hakemin olayla ilgili kanaatinin sarsılmasına neden olabilecek delilleri önyargılı bir şekilde değerlendirmesine neden olur.

⁴⁸ AYM, 6.7.2017, B. No: 2014/13811.

⁴⁹ Hukuk mahkemelerinde görülen davalar bakımından aynı yönde bkz. Necip Bilge/ Ergun Önen, *Medenî Yargılama Hukuku Dersleri*, 3. Bs., Sevinç Matbaası, Ankara, 1978, s. 216; Köroğlu, s. 86, kn. 36.

⁵⁰ Köroğlu, s. 86, kn. 36.

⁵¹ Hukuk mahkemelerinde görülen davalar için aynı yönde bkz. Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku*, 6. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 69; Köroğlu, s. 64, kn. 36.

Hakemin davadan önceki süreçte arabulucu olarak görev almış olması Yönetmelik'te ret nedeni olarak sayılmamıştır. Bununla birlikte, Sigortacılık Kanunu'nun atfı yapmış olduğu Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda arabuluculuk yapılmış olması hâkimin reddi sebepleri arasında gösterilmiştir. Gerçi Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bu durumun ret sebebi olarak gösterilmiş olması özellikle arabuluculuk-tahkim (med-arb) sistemi konusundaki tartışmaların önüne geçmesine neden olduğundan eleştirilmiştir.⁵² Bununla birlikte, Sigortacılık Kanunu'nun Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na atfı yaptığı dönemde arabuluculuğa ilişkin bir kanun mevcut değildi. Dolayısıyla o dönemde kanun koyucudan bu Kanun'a atfı yaparken arabuluculuğu istisna tutması beklenemezdi. Aynı durum, 2009 tarihli Yönetmelik için de geçerlidir. Dolayısıyla Sigortacılık Kanunu'ndaki Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na yapılan atfı sigorta tahkiminin özelliklerine göre değerlendirmek gerekir. Bu bakımdan tarafların istemesi (en azından itiraz etmemesi) durumunda daha önce arabulucu olarak görev yapan kişinin hakem olarak görev alması mümkün olmalıdır. Buna karşın, bir tarafın itiraz etmesi durumunda hakemin artık davada görev alamaması gerekir. Zira arabuluculukta ortaya çıkan bilgilerin gizliliğini korumak ve özellikle arabuluculuğun başarısız olması durumunda bu bilgilerin sonraki yargılamaya dahil edilmesinin önüne geçmek, hakemin reddi yoluyla mümkün olacaktır.⁵³

5. Hakem ile Taraf Arasında Husumetin Varlığı

Hakem ile taraflardan biri arasında bir dava veya düşmanlık bulunması da hakemin reddi sebebidir (HMK m. 36/1-d; Yönetmelik m. 17/1-d). Burada önemli olan özellikle dava öncesinde bir dava veya düşmanlığın bulunması durumudur. Bunun haricinde dava açıldıktan sonra yaşanan husumet kural olarak hakemin reddine neden olmaz. Yargıtay'ın hukuk mahkemelerinde görülen davalarda vardığı bu sonuç, sigorta tahkiminde de uygulama alanı bulmalıdır.

“Davacı vekili 11.12.2023 tarihli dilekçesi ile Adana Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi'nin Başkanı ve bir üyesi hakkında reddi

⁵² Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 70.

⁵³ Bu konuda bkz. Köroğlu, s. 88, kn. 37.

hakim talebinde bulunmuştur. Reddi talep edilen Başkan ve üye hakim tarafından Adana 12. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2023/362 Esas sayılı dosyasında,[...] 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2023/74 Esas sayılı dosyasında lehlerine verilen ihtiyati haciz kararına itiraz sonucu verilen karara karşı yapılan istinaf başvurusu sonucunda, Dairece verilen ihtiyati haczin kaldırılması kararı dayanak yapılmış olup, sonradan dava açılmak suretiyle husumet oluşturma yoluna gidilmesi 6100 sayılı Kanun'un 36 ncı maddesinde belirtilen hakimin reddi sebeplerini oluşturmadığı, reddi hakim talebinin reddine karar verilmesi gerektiği mütalaa olunmuştur.”⁵⁴

Eğer aksi sonuç kabul edilirse, hakemin bazı kararlarından memnun olmayan taraf hakem ile kendisi arasında bir husumet yaratıp onun davaya bakmasını engelleyebilir.

“Davacı vekili red dilekçesinde Mahkeme Başkanı hakkında HSK' ya şikayet dilekçesi verdiğini belirtmiş, bunun dışında somut bir reddi hakim sebebi belirtmemiştir. İncelenen dosya kapsamına göre, hakimin reddi için ileri sürülen hususlar HMK'nun 36. maddesinde tanımı yapılan sebeplerden olmadığına ve yargılamanın devamı sırasında taraflardan birinin mahkeme hakimi hakkında şikayette bulunması veya aleyhine dava açması, HMK'nın 36/1-d maddesinde belirtilen “davalı olmak” anlamında yorumlanamayacağı, aksine bir yorum, yargılama yapan tüm hakimlerin kötü niyetli taraflarca reddedilmesini kolaylaştıracağı gibi, bu hakkı kötüye kullanmak isteyenlerin davranışını da korumak anlamına geleceği, hiçbir hukuk kuralının, kötü niyetliyi korumayacağı, aksini kabul etmek, kötü niyetli kişilerce açılacak uydurma dava ve şikayetler sonucu, davaya bakan hakimlerin sağlıklı, baskıdan uzak ve hür iradeleri ile görev yapmalarına engel olacağı gibi, tabii hakim ilkesini de zedeleyeceğinden”⁵⁵

⁵⁴ Yarg. 5. HD, 15.4.2024, E. 2024/3681, K. 2024/4289 (Lexpera).

⁵⁵ İstanbul BAM 37. HD, 18.12.2018, E. 2018/2929, K. 2018/2314 (Lexpera); aynı yönde bkz. İstanbul BAM 37. HD, 15.10.2018, E. 2018/2478 K. 2018/1600 (Lexpera).

Tarafın hakemi şikâyet etmesi veya tersi durum da kural olarak hakemin reddine neden olmaz. Hukuk mahkemelerinde görülen davalar bakımında yerleşik olan bu içtihadın sigorta tahkiminde de uygulanmasına bir engel yoktur.

“Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır (Anayasa m. 9). Hakimler görevlerinde bağımsızlardır. Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanatlerine göre hüküm verirler. Bu nedenle, hakimler önüne gelen uyuşmazlıkları kanuni çerçevesinde çözmek zorundadırlar. Bu işlemi yaparken hakim, bir olayla ilgili kuracağı hükümle, tarafların adalet duygusunu zayıflatacağını değil, güçlendireceğini düşünüp, hedefleyerek çalışmalı, kanunlardan aldığı güçle hareket etmelidir. Hakim, tarafların geçerli ve kanuni delillere dayanmayan soyut iddiaları karşısında başkalarına ve kendisine yabancı kalarak, hukukun ne dediğini söyleme yetkisini kullanıp, yargılama işlemi ile yargı kararlarının kişisel görüş, inanç ve duyguların aracı olamayacağını, aksine hâkimlerin, yansız ve kanunlardan aldığı güçle adaleti sağlamaya çalıştığını davanın taraflarına inandırmalıdır. Ayrıca, yargılama sürerken taraflardan birinin mahkeme hâkimi hakkında şikayette bulunması veya aleyhine dava açması veya mahkeme hakiminin davanın taraflarından biri hakkında şikayette bulunması veya keşifte veya duruşmada tartışması, HMK'nın 36/1-d maddesindeki "Davalı olmak" anlamında yorumlanamaz. Belirtilen olgular ışığında davalı vekilinin mahkeme hakimini şikayet etmesi veya mahkeme hakiminin hızlı bir şekilde karar vermesi HMK'nın 36.maddesinde belirtilen hakimin reddi sebeplerinden değildir. Bu nedenle davalı vekilinin istinaf talebinin reddine dair aşağıdaki hüküm kurulmuştur.”⁵⁶

“Dava esnasında, iki taraftan birisi ile davası veya aralarında bir düşmanlık bulunması” şeklinde hakimin reddi sebepleri açıkça belirtilmiştir. Bundan ayrı eldeki davanın açılma tarihi 21.04.2014 olup, Yargıtay 20. Hukuk Daire'sinin 2014/6275 esas, 2014/7372 karar nolu,

⁵⁶ İstanbul BAM 37. HD, 29.5.2017, E. 2017/1049, K. 2017/997 (Lexpera); aynı yönde bkz. İstanbul BAM 37. HD, 24.9.2018, E. 2018/1758, K. 2018/1438 (Lexpera); İstanbul BAM 37. HD, 30.6.2020, E. 2020/814, K. 2020/1429 (Lexpera).

09.09.2014 günlü kararında da belirtildiği üzere, yargılama sürerken taraflardan birinin mahkeme hâkimi hakkında şikayette bulunması veya aleyhine dava açması veya mahkeme hâkiminin davanın taraflarından biri hakkında şikayette bulunması (suç duyurusunda bulunması), H.M.K.'nın 36/1-d maddesindeki "Davalı olmak" anlamında yorumlanamaz. Suç duyurusunda bulunulması hâkimin tarafsızlığından şüpheyi gerektiren önemli bir sebep olarak da düşünülemez. Bu durumda HMK'nun 36. maddesindeki şartların oluşmadığı anlaşıldığından yerinde görülmeyen istinaf sebeplerinin reddine karar vermek gerekmiştir.”⁵⁷

Burada son olarak, tarafın kanunî temsilcisi veya iradî temsilcisi ile hakem arasındaki yakınlık/husumetin ret sebebi oluşturup oluşturmayacağı tespit edilmelidir. Hâkim ile tarafın kanunî temsilcisi arasındaki yakınlığın⁵⁸ yahut husumetin ret sebebi olması mümkündür. Buna karşın, hukuk mahkemelerinde görülen davalarda, tarafın iradî temsilcisi ile hakem arasındaki husumetin ret sebebi oluşturmayacağı, zira vekilin davanın tarafı olmayıp sadece müvekkili adına davayı takip ettiği, her zaman azledilebileceği ya da tarafın kendisini başka bir vekil ile temsil ettirebilmesinin mümkün olduğu ifade edilmiştir.

“Dosya kapsamı, istinaf dilekçesinde ileri sürülen sebepler ile kamu düzenine ilişkin aykırılık bulunup bulunmadığı yönü gözetilerek yapılan incelemede hakimın reddi için ileri sürülen hususların HMK’nun 36.maddesinde tanımı yapılan sebeplerden olmadığı, kanun yolu nedenlerinden olduğu, vekil davanın asıl tarafı olmayıp, müvekkili nam ve hesabına davayı takip etmekte olduğundan, her zaman azledilebileceğinden veya davanın tarafı kendisini başka bir vekil ile de temsil ettirebileceğinden vekil ile yaşanan tartışmaların reddi hakim sebebini oluşturmadığı, mercinin vakıa ve hukuki değerlendirmesinde usul ve esas yönünden yasaya aykırılığın bulunmadığı anlaşılmakla, reddi hakim talebinde bulunan davacı vekilinin istinaf başvurusunun

⁵⁷ Antalya BAM 6. HD, 8.5.2017, E. 2017/280, K. 2017/311 (Lexpera).

⁵⁸ Leo Rosenberg / Karl Heinz Schwab/ Peter Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl., C.H Beck, München, 2018, § 24, kn. 11.

HMK'nun 353/1-b.1 maddesi gereğince esas yönünden reddine karar vermek gerekmiştir.”⁵⁹

Başka bir karara konu olayda da, vekilin davranışı sebebiyle baro başkanlığına ihbarda bulunan hâkim ile davanın tarafı arasında bir husumetin ortaya çıkmadığı ve bu durumun ret sebebi oluşturmayacağı sonucuna varılmıştır.

“Ancak tarafsızlığından şüpheyi gerektiren önemli bir sebebin bulunması hali genel bir düzenleme olup, maddede sayma yolu ile gösterilmemiş olsa dahi, hakimin tarafsızlığından şüpheyi gerektiren diğer sebeplerle de reddi mümkündür. Ancak hakimin reddi, doğal hakim ilkesinin istisnası niteliğinde olduğundan hakimin tarafsız davranmadığı hususundaki iddianın yeterli deliller ile ispatı gerekir. Hakimin yargı yetkisi kapsamındaki ihtiyati tedbir ve diğer ara kararları kanunda gösterilen yasa yollarına tabi olup, tarafsızlığı ihlal edici başka bir eylemi ispat edilmeyen hakimin sırf ara kararların hatalı olduğu ve benzeri nedenlerle reddi mümkün değildir. Öte yandan hakimin şikayet edilmesi, tarafların anayasal dilekçe hakkı kapsamında kalan haklarının kullanılması niteliğinde olup, tarafların bu haklarını kullanmaları hakim ile ilgili taraf arasında husumet olduğu anlamına gelmez. Yargıtay nin 2009/7833 Esas, 2009/9258 Karar sayılı kararında açıklandığı üzere; görülmekte olan bir dava sırasında, duruşmanın hakimi ile taraflardan biri arasında bir dava veya düşmanlık halinin bulunması, duruşma hakiminin red sebebi olmakla birlikte vekil davanın taraflarından olmadığı için, vekil ile hakim arasında geçen olaylar ve var olan davalar, davanın tarafı olan müvekkil için red sebebi oluşturmaz. Bu durumda mahkeme heyetinin, davalı vekili olarak görev yapan avukatın dilekçesinde kullandığı üslup yönünden baro başkanlığına ihbarda bulunması davanın tarafı ile mahkeme heyeti arasında bir husumet olduğu anlamına gelmeyecektir. Somut olayda davalı vekili red dilekçesinde, yargılama sırasında yapılan usuli işlemlerde mahkeme heyetinin tarafsızlığından şüphe duyulmayı gerektirecek somut bir olay da göstermemiştir. Bu nedenle hakimin reddi talebinin kanunda sayılan sebeplere uygun olmadığı anlaşılmakla, hakimin reddine ilişkin talebin

⁵⁹ Ankara BAM 13. HD, 25.1.2023, E. 2023/70, K. 2023/39 (Lexpera).

reddine dair merci kararının usul ve yasaya uygun olduğu dairemizce kabul edilmiştir.”⁶⁰

Kanaatimizce hâkim ile vekil arasındaki husumetin ret sebebi oluşturmayaacağı şeklindeki kategorik bir yaklaşım doğru değildir. Zira söz konusu husumet vekilin temsil ettiği kişi adına yaptığı işlemlerden kaynaklandığından, bu durum, bir ölçüde tarafın kendisini de etkilemektedir. Bu nedenle, ortaya çıkan husumetin, tarafın kendisi hakkında değerlendirme yaparken hâkimin tarafsız kalamamasına neden olabileceği durumlarda hâkimin reddinin mümkün olması gerekir.⁶¹ Bu tespitlerin, sigorta hakemi ile taraf vekili arasında yaşanan husumet durumuna da uygulanabileceği vurgulanmalıdır.

SONUÇ

Çalışma kapsamında varılan sonuçlar şu şekildedir:

1. Sigorta tahkiminde hakemlerin reddi sebepleri bakımından Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndaki hâkimin reddi sebepleri uygulanır. Ret prosedürü Sigortacılık Kanunu’nda kısmen düzenlenmiştir. Ret prosedürü bakımından düzenleme bulunmayan hususlarla ilgili olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun genel hükümlerinin mi yoksa tahkim hükümlerinin mi uygulanması gerektiği hususunda her bir hukukî sorun ayrı bir şekilde değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme yapılırken, hakemin reddi kurumuyla amaçlanan şey (bağımsız ve tarafsız bir hakemin davayı görmesi) ile tahkim süresinin kısalığı (dört ayda tamamlanma zorunluluğu) özellikle dikkate alınmalıdır.

2. Ret talebi dilekçeyle yapılır. Sözlü yapılan talebin usûlden reddi gerekir. Talebinin avukat tarafından yapılması durumunda vekâletnamede bu yönde özel yetki bulunmalıdır.

3. Sigortacılık Kanunu’nda ret talebine ilişkin sürenin ret sebebinin öğrenilmesinden itibaren beş iş günü olduğu düzenlenmiştir. Yönetmelik’te süreyi başlatan olayın “hakemin atanması” olarak belirlenmiş olması, Kanunu’ndaki sürenin değiştirilmesi anlamı

⁶⁰ Bursa BAM 4. HD, 16.6.2022, E. 2022/1768, K. 2022/1361 (Lexpera).

⁶¹ Köroğlu, s. 90, kn. 41.

taşıyabileceğinden, Yönetmelik yerine Kanun hükmünün uygulanması gerekir.

4. Reddi istenen hakemin ret sebebi hakkında görüş yazmasına ilişkin bir düzenleme Sigortacılık Kanunu'nda yer almamış olsa bile, bu konuda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili hükmü kıyasen uygulanarak hakemin bu konuda görüşünü yazması, Komisyon müdürünün ret talebi hakkında daha doğru ve hızlı bir şekilde karar vermesini sağlar.

5. Hakemin ret sebebinin varlığı hâlinde kendiliğinden çekilebileceğine ilişkin bir düzenleme Sigortacılık Kanunu'nda yer almamış olsa bile, bu konuda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili hükmü kıyasen uygulanarak hakemin kendiliğinden çekilmesi, ret kurumunun amacına uygundur. Hakemin çekilmesi hâlinde bu çekilmenin uygun olup olmadığına Komisyon müdürü karar vermelidir.

6. Ret talebinin geri çevrilmesi kurumu Sigortacılık Kanunu'nda yer almamış olsa bile bu konuda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili hükmü kıyasen uygulanarak hakemin özellikle süresi geçen veya hiçbir delil gösterilmeyen ret taleplerini geri çevirmesi, sigorta tahkiminin kendisinden beklenen hızı yerine getirmesine hizmet eder.

7. Hakem hakkında ret talebi ileri sürülmesinden Komisyon müdürünün karar verme anına kadar geçen sürede reddi istenen hakemin yargılamaya ilişkin işlemler yapmaması gerekir. Buna karşın, reddi istenen hakem gecikmesinde sakınca bulunan konularda karar verebilir.

8. İki taraftan birine öğüt verilmesi veya yol gösterilmesi ret sebebi olduğundan, örneğin, zamanaşımının geçmiş olabileceğini davalıya hatırlatan veya onu yönlendiren hakemin reddi istenebilir.

9. Kanunen gerekmediği hâlde görüş açıklaması hakemin reddi sebebidir. Bununla birlikte, özellikle bilimsel bir yayında veya konferansta belli konularda hukukî görüşün açıklanması kural olarak ret sebebi olmaz. Bu durumun ret sebebi olması için hakemin somut davadaki görüşünü açıklamış olması gerekir.

10. Sigorta tahkim hakeminin vermiş olduğu karara karşı yapılan itirazda, daha sonra itiraz hakemi olarak görev alması hâli hakemin reddi sebebi olarak kabul edilmelidir. Zira bu durum “hakem sıfatıyla hareket edilmiş” olması kapsamında değerlendirilir.

11. Hakemin reddi için “tanık sıfatıyla dinlenilmiş” olması arandığından ret sebebinin doğması için hakemin tanık sıfatıyla gösterilmiş olması yeterli olmayıp, tanık sıfatıyla dinlenmiş olması gerekir. Bununla birlikte, olaya tanık olan hakemin yargılamadan kendiliğinden ayrılarak tanık olarak dinlenmesi en makûl çözümdür.

12. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda her ne kadar aynı uyuşmazlıkta arabulucu olarak görev yapmak hâkimin reddi nedeni sayılmışsa da, bu konuda açık ve aksine bir düzenleme olmadığından söz konusu durumun sigorta tahkiminde hakemin reddi sebebi olarak kabul edilmesi doğru değildir. Taraflar daha önce arabulucu olan hakemin reddini istemedikleri ve hakemin de kendiliğinden çekilmediği sürece davada görev alabilmesi mümkündür. Bununla birlikte, taraflardan birisinin bu sebeple hakemin reddini istemesi durumunda hakemin davada görev alamaması gerekir. Böylece arabuluculukta ortaya çıkan bilgilerin gizliliği korunmuş ve özellikle arabuluculuğun başarısız olması durumunda bu bilgilerin sonraki yargılamaya dâhil edilmesinin önüne geçilmiş olur.

13. Hakem ile taraflardan birisi arasında bir dava veya düşmanlığın bulunması ret sebebi olsa da, bu dava veya düşmanlığın dava açıldıktan sonra değil dava öncesinde doğmuş olması gerekir. Dolayısıyla dava açıldıktan sonra yaşanan husumet kural olarak hakemin reddine neden olmaz.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Peer-Review: Externes Peer-Review-Verfahren.

Interessenkonflikt: Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

Finanzielle Unterstützung: Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

ZUSAMMENFASSUNG

Eines der grundlegenden Elemente des Rechts auf ein faires Verfahren ist die Unparteilichkeit des Richters oder Schiedsrichters, der über den Streitfall zu entscheiden hat. Dass ein Richter oder Schiedsrichter, an dessen Unparteilichkeit Zweifel bestehen, den betreffenden Fall nicht verhandelt, ist von entscheidender Bedeutung für den Schutz des Rechts auf ein faires Verfahren. Die Möglichkeit, einen Richter oder Schiedsrichter, dessen Unparteilichkeit in Frage steht, abzulehnen, wird durch die in den Verfahrensgesetzen geregelte „Ablehnung des Richters/Schiedsrichters“ gewährleistet. In dieser Arbeit wird die Ablehnung eines Schiedsrichters im Rahmen des Versicherungsschiedsverfahrens untersucht, sofern Zweifel an seiner Unparteilichkeit bestehen. In diesem Zusammenhang wird insbesondere Artikel 30 Absatz 15 des Versicherungsrechtsgesetzes („Sigortacılık Kanunu“) analysiert. Nach dieser Vorschrift wird hinsichtlich der Ablehnungsgründe auf die Zivilprozessordnung („Hukuk Muhakemeleri Kanunu“, „HMK“) verwiesen, während für das Ablehnungsverfahren selbst eine eigenständige Regelung geschaffen wurde. Es zeigt sich jedoch, dass sowohl in Bezug auf die Ablehnungsgründe als auch auf das Verfahren erhebliche Regelungslücken bestehen. Hinsichtlich der nicht geregelten Aspekte des Ablehnungsverfahrens ist im Einzelfall zu prüfen, ob die allgemeinen Vorschriften der HMK oder die besonderen Bestimmungen über das Schiedsverfahren Anwendung finden. Bei dieser Beurteilung ist insbesondere zu berücksichtigen, welchem Zweck die Institution der Ablehnung dient (nämlich der Gewährleistung eines unabhängigen und unparteiischen Richters) sowie, dass das Schiedsverfahren im Versicherungsrecht innerhalb von vier Monaten abgeschlossen sein muss. Der Antrag auf Ablehnung eines Versicherungsschiedsrichters ist innerhalb von fünf Arbeitstagen nach Kenntniserlangung des Ablehnungsgrundes schriftlich zu stellen. Der Antrag muss den Ablehnungsgrund sowie die Beweismittel klar und deutlich darlegen. Kritikwürdig ist, dass Gesetz und Verordnung den Beginn dieser Frist unterschiedlich regeln. Da Verordnungen dem Gesetz jedoch nicht widersprechen dürfen, hat in diesem Punkt die gesetzliche Regelung Vorrang. Die Zivilprozessordnung sieht vor, dass der abgelehnte Richter zu dem Ablehnungsgesuch eine eigene dienstliche Stellungnahme („dienstliche Erklärung“) abzugeben hat. Eine entsprechende Regelung fehlt im Versicherungsrechtsgesetz. Gleichwohl würde eine solche Stellungnahme des Versicherungsschiedsrichters dem Direktor der Kommission

ermöglichen, über den Ablehnungsantrag sachgerechter und zügiger zu entscheiden. Auch wenn das Versicherungsrechtsgesetz die Möglichkeit der Zurückweisung eines Ablehnungsgesuchs nicht ausdrücklich vorsieht, sollte der Schiedsrichter (unter analoger Anwendung der einschlägigen Bestimmungen der HMK) insbesondere verspätete oder offensichtlich unbegründete Ablehnungsanträge zurückweisen können, um die vom Gesetzgeber beabsichtigte Verfahrensbeschleunigung im Versicherungsschiedsverfahren zu gewährleisten. Die Abgabe einer Stellungnahme durch den Schiedsrichter, obwohl dies gesetzlich nicht vorgesehen ist, kann selbst einen Ablehnungsgrund darstellen. Die bloße Äußerung einer rechtlichen Meinung in einer wissenschaftlichen Publikation oder auf einer Konferenz begründet jedoch grundsätzlich keinen Ablehnungsgrund. Damit ein solcher Grund vorliegt, muss der Schiedsrichter seine Auffassung zu dem konkreten Streitfall geäußert haben. Obwohl nach der Zivilprozessordnung die frühere Tätigkeit als Mediator im selben Streitfall einen Ablehnungsgrund darstellt, ist mangels ausdrücklicher gegenteiliger Regelung nicht davon auszugehen, dass dies im Versicherungsschiedsverfahren ebenfalls gilt. Solange die Parteien die Ablehnung eines zuvor als Mediator tätigen Schiedsrichters nicht beantragen und der Schiedsrichter sich nicht selbst zurückzieht, kann er weiterhin tätig bleiben. Sollte jedoch eine Partei den Schiedsrichter aus diesem Grund ablehnen, darf er am Verfahren nicht mitwirken. Auf diese Weise wird die Vertraulichkeit der im Mediationsverfahren gewonnenen Informationen gewahrt und insbesondere verhindert, dass diese Informationen in ein späteres gerichtliches Verfahren einfließen, falls die Mediation erfolglos bleibt.

KISALTMALAR

§	: Paragraf
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
Aufl.	: Auflage
AY	: Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
bkz.	: bakınız
B. No	: (Bireysel Başvuru) Başvuru Numarası
Bs.	: Bası
C	: Cilt
dn.	: dipnotu
E.	: Esas
HD	: Hukuk Dairesi
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
inc.	: inceleyiniz
K.	: Karar
kn.	: kenar notu
Lexpera	: www.lexpera.com.tr
m.	: madde
MİHDER	: Medeni Usul ve İcra – İflas Hukuku Dergisi
RG	: Resmî Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı

SigK : 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu
TAAD : Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
vd. : ve devamı
Y. : Yıl
Yarg. : Yargıtay
yuk. : yukarıda

KAYNAKÇA

- AKKANAT, Halil / ATALI, Murat / SEVEN, Vural, *Yargıtay Kararlarında Sigorta Tahkimi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022,
- ALANGOYA, H. Yavuz / YILDIRIM, M. Kâmil / DEREN-YILDIRIM, Nevhis, *Medenî Usul Hukuku Esasları*, 7. Bs., İstanbul, 2009.
- ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim / ERDOĞAN, Ersin: *Medenî Usûl Hukuku*, 6. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- BEGGİ, Yusuf Enes, *Sigorta Hukukundan Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Sigorta Tahkim Komisyonu Nezdinde Çözümlemesi*, Platon, İstanbul, 2023.
- BİLGE, Necip / ÖNEN, Ergun, *Medenî Yargılama Hukuku Dersleri*, 3. Bs., Sevinç Matbaası, Ankara, 1978.
- BUDAK, Ali Cem, "Sigortacılıkta Tahkim, Sigortacılık Kanunu'nun 30. Maddesi, HMK'nun Yürürlüğe Girmesi ve 6327 Sayılı Kanun Değişikliğinden Sonra Nasıl Yorumlanmalıdır?" *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, C. 2, Y. 2013, S. 2, (s. 53-69).
- BULUT YAMAÇ, Tuğba, *Sigorta Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim*, Seçkin, Ankara, 2024.
- CAN, Mehmet Çelebi, "Sigorta Tahkim Sürecine Kısa Bir Eleştiri", *TAAD*, Y. 16, S. 53, 2025, s. 577-606.
- DEKAK, Mehmet Tuğberk, *Sigorta Tahkiminde Yargılama Usulü*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- EKŞİ, Nuray, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim*, 2. Bs., Beta, İstanbul, 2019.
- KARASU, Rauf, "Sigorta Tahkimi ile İlgili Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *TAAD*, Y. 7, S. 26, 2016, s. 49-69.
- KAYIHAN, Şaban / SELANİK, Atakan Adem, *Sigorta Hukukunda Alternatif Çözüm Yolları ve Tahkim Usulü*, 3. Bs., Seçkin, Ankara, 2024.
- KALE, Serdar / TUNÇ YÜCEL, Müjgan, "Sigortacılık Kanununda Tahkim", *Halûk Konuralp Anısına Armağan*, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 461-477.

- KURT KONCA, Nesibe, “Sigorta Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü”, *Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan*, C. I, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010 (s. 1343-1365).
- KURU, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. I, 6. Bs., Demir Demir, İstanbul, 2001.
- KÖROĞLU, Anıl, *Yargı Kararlarında Medenî Usûl Hukuku*, C. II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2025.
- ÖZDAMAR, Mehmet, “Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi”, *GÜHFD*, C. XVII, Y. 2013, S. 1-2, s. 831-855.
- ÖZTEK, Selçuk, “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Yönünden Sigortacılıkta Tahkime Bakış”, *MİHDER*, Y. 2009, C. 2 (13), s. 221-249.
- ROSENBERG, Leo / SCHWAB, Karl Heinz / GOTTWALD, Peter, *Zivilprozessrecht*, 18. Aufl., C.H Beck, München, 2018.
- VURAL SEMERCİOĞLU, Tuğba, “5684 Sayılı Sigortacılık Kanunu’nda Yer Alan Tahkim Hükümleri ile 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndaki Tahkim Hükümlerinin Karşılaştırılması”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (Özel Sayı), C. XIII, S. 2, Y. 2016, (s. 269-312).
- TANRIVER, Süha, *Medenî Usul Hukuku*, C. I, 6. Bs, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024.
- ULAŞ, Işıl, “Sigortacılıkta Tahkim”, *BATİDER*, C. XXIV, Y. 2007, S. 21, s. 240-266 (*Tahkim*).
- ULAŞ, Işıl, *Sigortacılıkta Tahkim Hukuku -Sigortacılık Tahkiminde Yeni Gelişmeler ve Uygulamalar*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022 (*Gelişmeler*).
- UMAR, Bilge, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- YEŞİLOVA ARAS, Ecehan / YEŞİLOVA, Bilgehan, “Sigortacılık Tahkimi – Sigorta Tahkim Usulü ve Ayırdedici Özellikleri (Sigortacılık Kanunu m. 30), *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, 8 (Özel), s. 275-379.

Siber Güvenlik Alanında Paralel Bildirim Yükümlülüklerinin Hukuki Çerçevesi: Eşgüdümlü Yönetişim Modeli Önerisi

Der rechtliche Rahmen paralleler Meldepflichten in der Cybersicherheit: Ein Modellvorschlag zur koordinierten Governance

Dr. M. Furkan Akıncı*

ÖZ

Türkiye’de siber güvenlik alanındaki bildirim yükümlülükleri, Siber Güvenlik Başkanlığı Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle yeni bir evreye girmiştir. Ancak mevcut sektörel bildirim rejimleri (BTK, BDDK, SPK, EPDK, SHGM) varlığını sürdürmekte, bu durum paralel ve çakışan yükümlülükler ortaya çıkarmaktadır. Bu çalışma, çok-merkezli bildirim mimarisinin teorik temellerini risk yönetişimi ve merkezless regülasyon literatürü çerçevesinde incelemekte, Türkiye’deki mevcut durumu haritalandırmakta ve Avrupa Birliği’ndeki NIS2, DORA, CRA gibi düzenlemelerle karşılaştırmalı analiz sunmaktadır. Makale, farklı kurumların eşzamanlı bildirim taleplerinin oluşturduğu mükerrerlik, uyum maliyetleri ve koordinasyon eksikliğinden kaynaklanan sorunları tespit etmektedir. AB’nin NIS2 Uygulama Tüzüğü’nde standardize edilen şablon ve süre yaklaşımları, DORA’nın EU Hub modeli ve CRA’nın ENISA tek platform çözümü, Türkiye için model teşkil edebilecek örneklerdir. Çalışma, tek giriş-çok çıkış prensibiyle işleyen, ortak veri sözlüğü kullanan ve risk temelli kademeli raporlama sunan eşgüdümlü bir bildirim çerçevesi önermektedir. Bu model, sektörel uzmanlığı korurken mükerrer raporlamayı azaltacak, hukuki öngörülebilirliği artıracak ve siber risk yönetişiminde etkinlik-yük dengesini optimize edecektir.

* Boğaziçi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Bilişim Hukuku Anabilim Dalı, (muhammedfurkan.akinci@bogazici.edu.tr), ORCID: 0009-0007-5851-1128.



Anahtar Kelimeler: *Siber güvenlik hukuku, paralel yükümlülükler, risk yönetişimi, NIS2, siber güvenlik kanunu, eşgüdümlü bildirim, meta-regölasyon, çok-merkezli yönetişim*

Legal Framework of Parallel Notification Obligations in Cybersecurity: A Coordinated Governance Model Proposal

ABSTRACT

Turkey's cybersecurity notification obligations have entered a new phase with the enactment of the Cybersecurity Presidency Law. However, existing sectoral notification regimes (BTK, BDDK, SPK, EPDK, SHGM) continue to operate, creating parallel and overlapping obligations. This study examines the theoretical foundations of polycentric notification architecture within the framework of risk governance and decentered regulation literature, maps the current situation in Turkey, and provides comparative analysis with European Union regulations such as NIS2, DORA, and CRA. The research identifies problems arising from duplication caused by simultaneous notification requests from different authorities, compliance costs, and lack of coordination. The standardized template and timeline approaches in the EU's NIS2 Regulation, DORA's EU Hub model, and CRA's ENISA single platform solution provide exemplary models for Turkey. The study proposes a coordinated notification framework operating on a single-entry-multiple-exit principle, utilizing a common data dictionary, and offering risk-based tiered reporting. This model would preserve sectoral expertise while reducing duplicate reporting, enhance legal predictability, and optimize the efficiency-burden balance in cyber risk governance.

Keywords: *Cybersecurity law, parallel obligations, risk governance, NIS2, CSA, coordinated notification, meta-regulation, polycentric governance*

I. Giriş

Siber güvenlik, yirmi birinci yüzyılın en kritik yönetim alanlarından biri haline gelmiştir. Dijital dönüşümün hızlanması, kritik altyapıların birbirine bağımlılığının artması ve siber tehditlerin sofistikasyonu, geleneksel düzenleme paradigmalarını zorlamaktadır.¹ Tek bir siber güvenlik olayı, finansal sistemden enerji sektörüne, sağlık hizmetlerinden kamu yönetimine kadar çok sayıda alanı eşzamanlı olarak etkileyebilmektedir. Bu çok boyutlu etki, doğal olarak farklı düzenleyici otoritelerin müdahale alanına girmekte ve paralel yükümlülükleri tetiklemektedir.

Modern düzenleme teorisi, son otuz yılda köklü bir dönüşüm geçirmiştir. Yirminci yüzyılın ortalarında hâkim olan komut-kontrol yaklaşımı, devletin merkezi otoritesine dayanan, yukarıdan aşağıya doğru işleyen ve önceden belirlenmiş kuralların katı uygulamasını öngören bir düzenleme mantığını yansıtmaktaydı.² Bu klasik model, düzenleyici otoritenin tüm riskleri öngörebileceği, detaylı kurallar koyabileceği ve bunların uygulanmasını etkin şekilde denetleyebileceği varsayımına dayanıyordu. Sanayi toplumunun nispeten öngörülebilir risk profili ve sınırlı teknolojik karmaşıklığı, bu yaklaşımın belirli bir dönem işlevsel olmasını sağlamıştı.³

Ancak yirminci yüzyılın son çeyreğinden itibaren risk kavramının kendisi dönüşüme uğradı. Niklas Luhmann'ın sistem teorisi perspektifinden geliştirdiği risk analizi, modern toplumlarda riskin artık dışsal bir tehlike olmaktan çıkıp, sistemin kendi kararlarının bir sonucu

¹ Mehmet Bedii Kaya, "Siber Güvenlik Hukuku", *Dijital Baskı*, (ts.), 10.

² Robert Baldwin vd., *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice* (New York: Oxford University Press, 2012), 106-112; Karen Yeung - Sofia Ranchordás, *An Introduction to Law and Regulation: Text and Materials* (Cambridge, UK ; New York: Cambridge University Press, 2024), 169; K.P.V. O'Sullivan - Darragh Flannery, "A Discussion on the Resilience of Command and Control Regulation within Regulatory Behavior Theories", *Journal of Governance and Regulation* 1/1 (2012), 15-24.

³ Ian Ayres - John Braithwaite, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate* (Oxford University Press, 1992), 26-27;110-112.

haline geldiğini ortaya koymuştur.⁴ Luhmann'a göre risk ve tehlike arasındaki temel ayrım, tehlikenin çevresel faktörlerden kaynaklanması, riskin sistemin kendi gözlem ve kararlarından doğmasıdır. Modern sistemler karmaşıklıklarını azaltmak için sürekli seçimler yapmak zorundadır ve her seçim yeni risk alanları oluşturmaktadır. Bu perspektif, riskin modern toplumda kaçınılmaz olduğunu, çünkü her karar alma sürecinin aynı zamanda bir risk üretimi süreci olduğunu göstermektedir.⁵ Luhmann'ın analizi, belirsizliğin sistemin dışında değil, içinde olduğunu ve düzenleme mekanizmalarının bu içsel belirsizlikle başa çıkması gerektiğini vurgulamaktadır.⁶

Ulrich Beck'in risk toplumu tezi ise, Luhmann'ın sistem teorik yaklaşımını toplumsal dönüşüm bağlamında genişletmektedir.⁷ Beck'e göre sanayi modernleşmesinin ortaya çıkardığı riskler, artık sanayi toplumunun kurumsal yapıları tarafından kontrol edilemez hale gelmiştir. Risk toplumu kavramı, zenginliğin üretimi ve dağıtım mantığının yerini, risklerin üretimi ve dağıtım mantığının aldığı yeni bir toplumsal formasyonu ifade etmektedir.⁸ Beck'in analizinde modern risklerin beş kritik özelliği öne çıkar: Birincisi, bu riskler mekânsal ve zamansal sınırları aşmaktadır. İkincisi, çoğu zaman algılanamaz niteliktedir ve ancak bilimsel bilgi aracılığıyla görünür hale gelmektedir. Üçüncüsü, potansiyel etkileri geri döndürülemez olabilmektedir. Dördüncüsü, geleneksel sorumluluk ve sigorta sistemlerini aşmaktadır. Beşincisi, demokratik karar alma süreçlerini zorlamaktadır.⁹

⁴ Niklas Luhmann, *Risk: A Sociological Theory*, çev. Rhodes Barrett (Abingdon, Oxon New York, NY: Routledge, Taylor & Francis Group, 2017), 21-23.

⁵ Luhmann, *Risk*, 28.

⁶ Luhmann, *Risk*, 27.

⁷ Ulrich Beck, *Risk Society: Towards a New Modernity* (London: Sage, 2009), 36-38.

⁸ Beck, *Risk Society*, 19-23; 36-38; Ulrich Beck, *World at Risk* (Polity, 2009), 24-30; 47-50.

⁹ Beck, *Risk Society*, 24-25; Ulrich Beck vd., *Reflexive Modernization: Politics, Tradition and Aesthetics in the Modern Social Order* (Stanford University Press, 1994), 8-12.

Çernobil felaketi, Beck'in paradigmatik örneği olarak, bu yeni risk tipinin özelliklerini somutlaştırmaktadır. Radyasyon bulutunun ulusal sınırları tanımaması, etkilerinin nesiller boyu sürebilmesi ve geleneksel risk yönetim mekanizmalarının yetersizliği, risk toplumu tezinin temel argümanlarını doğrular niteliktedir.¹⁰ Beck'in vurguladığı üzere, bu tür riskler karşısında uzman bilgisine olan bağımlılık artarken, paradoksal olarak uzmanlara duyulan güven de aşınmaktadır. Çünkü uzmanlar arasındaki görüş ayrılıkları ve bilimsel belirsizlikler, risk algısını daha da karmaşık hale getirmektedir.¹¹

Bu teorik dönüşüm, regülasyon paradigmalarında da köklü değişikliklere yol açmıştır. Komut-kontrol yaklaşımının katı, önceden belirlenmiş kuralları, risk toplumunun belirsizlik ve karmaşıklığı karşısında yetersiz kalmaktadır.¹² Risk temelli regülasyon yaklaşımı, bu yeni gerçekliğe yanıt olarak gelişmiştir. Bu yaklaşımda düzenleme, statik kurallar yerine dinamik süreçlere, kesin yasaklar yerine risk değerlendirmelerine, tek tip standartlar yerine farklılaştırılmış müdahalelere dayanmaktadır.¹³ Risk temelli düzenleme, belirsizliğin yönetilemez değil, yönetilmesi gereken bir unsur olduğunu kabul eder ve düzenleme mekanizmalarını bu belirsizlikle başa çıkacak şekilde tasarlar.¹⁴

Siber güvenlik alanı, bu yeni risk paradigmasının en belirgin örneklerinden birini teşkil etmektedir. Siber risklerin özellikleri, Beck'in tanımladığı modern risk özelliklerini tam anlamıyla yansıtmaktadır: sınır tanımama, görünmezlik, potansiyel felaket etkisi, hızlı yayılma ve

¹⁰ Beck, *Risk Society*, 7; 23; Klaus Rasborg, *Ulrich Beck: Theorising World Risk Society and Cosmopolitanism* (Cham: Springer International Publishing, 2021), 28-33; Beck, *World at Risk*, 172-173.

¹¹ Beck, *Risk Society*, 29-31; Beck, *World at Risk*, 36-39; 54; 116-117.

¹² Ayres - Braithwaite, *Responsive Regulation*, 36-40;110-112; Beck, *World at Risk*, 12.

¹³ Julia Black - Robert Baldwin, "Really Responsive Risk-Based Regulation", *Law & Policy* 32/2 (15 Mart 2010), 181-213.

¹⁴ Christopher Hood vd., *The Government of Risk: Understanding Risk Regulation Regimes* (OUP Oxford, 2001), 23-27;177-179;178-191.

geleneksel sorumluluk mekanizmalarını aşma.¹⁵ Bir siber saldırı milisaniyeler içinde küresel ölçekte yayılabilir, kritik altyapıları felç edebilir ve domino etkisiyle beklenmedik sektörleri etkileyebilir. *WannaCry* ve *NotPetya* saldırıları, siber risklerin bu sistemik karakterini açık şekilde göstermiştir.¹⁶

Türkiye'de 7545 sayılı Siber Güvenlik Kanunu'nun yürürlüğe girmesi,¹⁷ ulusal siber güvenlik yönetiminde yeni bir dönem başlatmıştır. Kanun, Siber Güvenlik Başkanlığı'na (SGB) usul ve esas belirleme, bildirimleri alma ve koordinasyon sağlama konularında geniş yetkiler tanımaktadır. Ancak bu yeni kurumsal yapının oluşturulması, mevcut sektörel bildirim rejimlerinin ortadan kalkması anlamına gelmemektedir. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Sermaye Piyasası Kurulu, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu veya Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü gibi sektörel düzenleyici kurumlar, kendi özel mevzuatları kapsamında siber olay bildirim sistemlerini sürdürmektedir.¹⁸

Bu durum, aynı siber güvenlik olayı için birden fazla kuruma, farklı süre ve formatlarda bildirim yapılması zorunluluğunu doğurmaktadır. Bir *ransomware* saldırısı düşünelim: bu olay, operasyonel açıdan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na (BTK) bildirilmesi gereken bir şebeke güvenliği ihlali, kişisel veriler etkilenmişse Kişisel Verileri Koruma Kurulu'na (KVKK) bildirilmesi gereken bir veri ihlali, finansal kuruluşlarda Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu'na (BDDK) raporlanması gereken bir operasyonel

¹⁵ Ronald J. Deibert - Rafal Rohozinski, "Risking Security: Policies and Paradoxes of Cyberspace Security", *International Political Sociology* 4/1 (01 Mart 2010), 16-18.

¹⁶ Daha detaylı analiz için bkz. Andy Greenberg, *Sandworm: A New Era of Cyberwar and the Hunt for the Kremlin's Most Dangerous Hackers* (New York: Doubleday, 2019).

¹⁷ 7545 sayılı Siber Güvenlik Kanunu, RG: 19.03.2025-32846.

¹⁸ BTK Şebeke ve Bilgi Güvenliği Yönetmeliği, RG: 13.07.2014-29059; BDDK Bilgi Sistemleri ve Elektronik Bankacılık Hizmetleri Hakkında Yönetmelik, RG: 15.03.2020-31069; SPK VII-128.10 sayılı Bilgi Sistemleri Yönetimi Tebliği, RG: 13.03.2025-32840.

risk olayı ve halka açık şirketlerde SPK üzerinden kamuya açıklanması gereken bir bilgi niteliğinde olabilir. Her bir kurum, kendi perspektifinden olayı değerlendirmekte ve farklı bildirim süreleri, formatları ve eşikleri uygulamaktadır.

Paralel bildirim mimarisi, bir yandan farklı kurumların uzmanlık ve hızlı müdahale kapasitelerinden yararlanma imkânı sunarken, diğer yandan koordinasyon maliyetleri, bilgi parçalanması ve uyum yükü ortaya çıkarmaktadır.¹⁹ Bu durum, risk toplumu bağlamında regülasyon teorisinin temel sorularından birini gündeme getirmektedir: Belirsizlik ve karmaşıklığın hâkim olduğu bir ortamda, çok merkezli düzenleme mimarisi nasıl optimize edilebilir?

Avrupa Birliği'nde benzer sorunlara yönelik çözüm arayışları önemli dersler sunmaktadır. Ağ ve Bilgi Sistemleri Güvenliği Direktifi 2'nin (Network and Information Security Directive 2 - NIS2) ve özellikle 2024/2690 sayılı Uygulama Tüzüğü'nün getirdiği standardizasyon,²⁰ Dijital Operasyonel Dayanıklılık Yasası'nın (Digital Operational Resilience Act - DORA) finansal sektör için öngördüğü konsolide yaklaşım²¹ ve Siber Dayanıklılık Yasası'nın (Cyber Resilience Act - CRA) Avrupa Birliği Siber Güvenlik Ajansı (European Union Agency for Cybersecurity - ENISA) üzerinden tek platform modeli,²² paralel bildirim sorununa sistematik çözümler geliştirmektedir. Bu düzenlemeler, sektörel uzmanlığı korurken mükerrer raporlamayı azaltmayı hedefleyen hibrit modeller önermektedir.

Bu çalışmanın temel araştırma sorusu şudur: Çok merkezli ve çok kanallı bildirim mimarisi, siber risk yönetişiminde etkinlik-yük

¹⁹ Elinor Ostrom, "Beyond Markets and States: Polycentric Governance of Complex Economic Systems", *The American Economic Review* 100/3 (2010), 641–645, 652–653, 655, 665.

²⁰ Commission Implementing Regulation (EU) 2024/2690 laying down rules for the application of Directive (EU) 2022/2555, OJ L, 2024/2690, 18.10.2024.

²¹ Regulation (EU) 2022/2554 on digital operational resilience for the financial sector (DORA), OJ L 333, 27.12.2022.

²² Regulation (EU) 2024/2847 on horizontal cybersecurity requirements for products with digital elements (Cyber Resilience Act), OJ L, 2024/2847, 20.11.2024.

dengesi açısından nasıl optimize edilebilir? Bu soruyu yanıtlamak için, düzenleme teorisinin sunduğu kavramsal araçlardan yararlanarak, Türkiye'deki siber güvenlik bildirim sisteminin optimal tasarımı için analitik bir çerçeve geliştirilecektir.

Çalışmanın ikinci bölümünde, merkezsiz regülasyon, çok merkezli yönetim ve meta-regülasyon teorileri çerçevesinde paralel yükümlülüklerin teorik temelleri derinlemesine incelenecektir. Üçüncü bölüm, Türkiye'deki mevcut rejimini kapsamlı bir şekilde haritalandırarak, sektörel düzenleyicilerin siber güvenlik mekanizmalarını ve bunların kesişim noktalarını analiz edecektir. Dördüncü bölümde, paralel siber güvenlik rejimlerinin avantaj ve dezavantajları, Avrupa Birliği deneyimi ile karşılaştırmalı olarak değerlendirilecektir. Beşinci bölüm, meta-regülasyon ilkeleri ışığında, tek giriş-çok çıkış prensibiyle işleyen eşgüdümlü bir siber güvenlik olay bildirim çerçevesi önerisi sunacaktır. Sonuç bölümünde ise, önerilen modelin uygulanabilirliği ve politika önerileri tartışılacaktır.

II. Teorik Çerçeve

Paralel siber güvenlik yükümlülüklerinin analizi, geleneksel regülasyon teorisinin sunduğu kavramsal araçların ötesine geçmeyi gerektirmektedir. Bir siber güvenlik olayı, aynı anda birden fazla düzenleyici kurumun yetki alanına girebilmekte ve her kurum kendi mevzuatı çerçevesinde farklı yükümlülükler öngörebilmektedir. Bu yükümlülükler, bildirim zorunluluğundan risk yönetim sistemleri kurma mecburiyetine, sürekli denetim raporlamasından olay sonrası iyileştirme planı sunma gerekliliğine kadar geniş bir yelpazede ortaya çıkmaktadır. Bu makalenin odağı, bu geniş yükümlülük yelpazesi içinde bildirim yükümlülüklerinin çakışması ve eşgüdümüdür. Ancak bildirim yükümlülüklerinin anlaşılması, daha genel paralel yükümlülükler olgusunun teorik temellerinin incelenmesini gerektirmektedir.²³

²³ Julia Black, "Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a 'Post-Regulatory' World", *Current Legal Problems* 54/1 (01 Ocak 2001), 104-106; Julia Black, "Constructing and Contesting Legitimacy and Accountability in Polycentric Regulatory Regimes", *Regulation & Governance* 2/2 (2008), 137-139.

Bu makalenin temel iddiası, paralel yükümlülüklerin anlaşılabilmesi için üç birbiriyle ilişkili teorik perspektifin entegre edilmesi gerektiridir. İlk olarak, siber risklerin niteliği ve bunların düzenleme paradigmasında oluşturduğu dönüşüm incelenmelidir; zira paralel yükümlülüklerin varlığı, riskin kendisinin çok boyutlu ve parçalı doğasından kaynaklanmaktadır.²⁴ İkinci olarak, bu çok boyutluluğun kurumsal düzeyde nasıl yansıdığı ve merkezlessiz düzenleme yapılarının mantığı açıklanmalıdır.²⁵ Üçüncü olarak ise merkezlessizliğin oluşturduğu koordinasyon sorununa yönelik teorik çözümler tartışılmalıdır.²⁶ Bu üçlü analitik çerçeve, mevcut bildirim rejiminin neden bu şekilde yapılandırıldığını anlamayı ve optimal tasarım için normatif öneriler geliştirmeyi mümkün kılmaktadır.

A. Risk Toplumunda Siber Güvenlik ve Regülasyon Paradigmasının Dönüşümü

Yirminci yüzyılın son çeyreğinden itibaren düzenleme teorisinde yaşanan paradigma değişimi, piyasa başarısızlıklarının düzeltilmesinden risk yönetimine doğru köklü bir kayma ile karakterize edilebilir. Klasik kamu yararı teorisi, düzenlemenin temel gerekçesini dışsallıklar, doğal tekeller, bilgi asimetrisi ve ölçek ekonomileri gibi piyasa aksaklıklarının düzeltilmesinde görmekteydi.²⁷ Bu yaklaşım, devletin rasyonel bir aktör olarak piyasa başarısızlıklarını tespit edip

²⁴ Beck, *Risk Society*, 19-38; Luhmann, *Risk*, 21-28; Black - Baldwin, "Really Responsive Risk-Based Regulation", 181-190; Hood vd., *The Government of Risk*, 23-27, 177-179.

²⁵ Black, "Decentring Regulation", 110-112; L. Hancher - M. Moran, "Organizing Regulatory Space", *A Reader on Regulation*, ed. Robert Baldwin vd. (Oxford University Press, 1998), 153-155.

²⁶ Ostrom, "Beyond Markets and States", 641-643; Black, "Constructing and Contesting Legitimacy and Accountability in Polycentric Regulatory Regimes", 140-141.

²⁷ Oliver James, "Regulation Inside Government: Public Interest Justifications and Regulatory Failures", *Public Administration* 78/2 (2000), 330; Coşkun Can Aktan - Serdar Yay, "REGÜLASYON İKTİSADINA GİRİŞ", *Ekonomi Bilimleri Dergisi* 8/1 (31 Aralık 2016), 127-132; Baldwin vd., *Understanding Regulation*, 106-112.

düzelteceği normatif varsayımına dayanıyordu.²⁸ Ancak 1980'lerden itibaren gelişen kamu tercihi teorisi ve düzenleyici yakalama literatürü bu iyimser yaklaşımı sorgulamış ve düzenlemenin kendi başarısızlıklarını gündeme getirmiştir.²⁹ Risk temelli düzenleme paradigması, bu eleştirel gelişmenin bir sonucu olarak ortaya çıkmakla birlikte, yalnızca düzenleme başarısızlığına bir yanıt değildir. Daha temel olarak, modern toplumun karşı karşıya olduğu risklerin niteliğindeki dönüşümün bir yansımasıdır.³⁰

Üretilmiş belirsizlik kavramı bu dönüşümü kavramsal olarak ifade etmektedir.³¹ Geleneksel toplumlar dışsal tehlikelerle karşı karşıyayken, modern toplumlar kendi kararlarından kaynaklanan risklerle yüzleşmektedir.³² Siber güvenlik bu dinamiğin paradigmatik örneğidir; dijital dönüşüm kararı alan her kurum, aynı zamanda siber saldırı riskini de üretmektedir. Bulut bilişime geçiş operasyonel verimlilik sağlarken veri ihlali riskini artırmakta, nesnelerin interneti teknolojileri yeni hizmetler sunarken saldırı yüzeyini genişletmekte, yapay zekâ sistemleri karar süreçlerini hızlandırırken yeni zafiyet türleri ortaya çıkarmaktadır. Bu risk türü, bilimsel bilginin ilerlemesiyle birlikte artan belirsizlik paradoksunu içermektedir; ne kadar çok bilirsek, bilmediğimiz şeylerin farkına o kadar çok varırız. *Sıfırıncı gün zafiyetleri*³³ bu paradoksun teknik karşılığıdır; güvenlik uzmanları yeni açıklar

²⁸ Hood vd., *The Government of Risk*, 62; James, "Regulation Inside Government", 330.

²⁹ James, "Regulation Inside Government", 335-337; O'Sullivan - Flannery, "A Discussion on the Resilience of Command and Control Regulation within Regulatory Behavior Theories".

³⁰ Bridget M. Hutter, *The attractions of risk-based regulation: accounting for the emergence of risk ideas in regulation* (CARR London, 2005), 33/1-3.

³¹ Michael Power, *Organized Uncertainty: Designing a World of Risk Management* (Oxford University Press, 2007), 5-6.

³² Beck, *Risk Society*, 36-38; Anthony Giddens, "Risk and Responsibility", *The Modern Law Review* 62/1 (1999), 1-10.

³³ Sıfırıncı gün (zero-day) zafiyetleri, bir yazılım veya donanımda bulunan ancak üretici ya da geliştirici tarafından henüz tespit edilmemiş veya tespit edilmiş olsa bile henüz yaması yayımlanmamış güvenlik açıklarıdır.

keşfettikçe, henüz bilinmeyen açıkların varlığı ve boyutu hakkındaki belirsizlik de artmaktadır.³⁴

Risk toplumu tezi bu analizi daha da ileri götürmektedir. Sanayi modernleşmesinin ortaya çıkardığı riskler, artık sanayi toplumunun kurumsal yapıları tarafından kontrol edilemez hale gelmiştir.³⁵ Risk toplumu kavramı, zenginliğin üretimi ve dağıtımını mantığının yerini risklerin üretimi ve dağıtımını mantığının aldığı yeni bir toplumsal formasyonu ifade etmektedir.³⁶ Modern risklerin beş kritik özelliği siber güvenlik alanında paradigmatik bir şekilde somutlaşmaktadır.

İlk olarak bu riskler mekânsal ve zamansal sınırları aşmaktadır. İkinci olarak siber riskler çoğu zaman görünmez ve ancak teknik uzmanlıkla tespit edilebilir niteliktedir. Üçüncü olarak siber risklerin potansiyel etkileri geri döndürülemez olabilmektedir. Dördüncü olarak bu riskler geleneksel sorumluluk ve sigorta sistemlerini aşmaktadır. Beşinci olarak da siber riskler demokratik karar alma süreçlerini zorlamaktadır.

Bu risk profilinin düzenleme teorisi açısından kritik sonucu, geleneksel komut-kontrol modelinin yetersizliğidir.³⁷ Detaylı teknik standartlar belirleme yaklaşımı, tehdit ortamının sürekli değiştiği bir alanda süratle modası geçen ve katı kurallara dönüşmektedir. Örneğin belirli bir şifreleme algoritmasının veya güvenlik duvarı konfigürasyonu zorunlu kılınması, yeni nesil saldırı tekniklerine karşı etkisiz kalabilmektedir. Gerçekten duyarlı regülasyon yaklaşımı bu yetersizliğe normatif bir yanıt sunmaktadır. Bu yaklaşım, regülasyonun yalnızca düzenlenen tarafın davranışına değil, aynı zamanda düzenleyici ortamın karmaşıklığına, düzenleyici kurumun kapasitesine, düzenlenen endüstrinin kültürüne ve siyasi-sosyal bağlama duyarlı olması

³⁴ Kaya, "Siber Güvenlik Hukuku", 25.

³⁵ Beck, *Risk Society*, 19-23.

³⁶ Beck, *World at Risk*, 24-30.

³⁷ Ayres - Braithwaite, *Responsive Regulation*, 26-27, 110-112; O'Sullivan - Flannery, "A Discussion on the Resilience of Command and Control Regulation within Regulatory Behavior Theories", 16-17; Yeung - Ranchordás, *An Introduction to Law and Regulation*, 268-270.

gerektiğini vurgulamaktadır.³⁸ Risk temelli regülasyon, bu çok boyutlu duyarlılığı operasyonelleştirmenin bir aracı olarak öne çıkmaktadır.³⁹

Ancak gerçekten duyarlı regülasyon yaklaşımı normatif bir çerçeve sunmakla birlikte, bu çerçevenin pratikte nasıl işlediği ayrı bir soru teşkil etmektedir. Düzenleyici risk yönetimi analizi tam da bu noktada devreye girmekte ve risk temelli düzenlemenin uygulanmasındaki fiili dinamikleri ortaya koymaktadır.⁴⁰ Düzenleyici kurumlar belirsizlik altında karar alırken, risk değerlendirmesi hem teknik bir süreç hem de sosyal bir inşa olmaktadır.⁴¹ Hangi risklerin yüksek sayılacağı yalnızca objektif verilerle değil, kurumsal kültür, politik baskılar ve medya gündeminin etkileşimiyle belirlenmektedir. Örneğin 2017 Equifax veri ihlali sonrasında kişisel veri koruması odaklı düzenleyici kurumlar bildirim yükümlülüklerini sıkılaştırırken, finansal istikrar odaklı kurumlar operasyonel direnç gerekliliklerini güçlendirmiştir.⁴² Aynı olay farklı risk perspektifleri üzerinden farklı düzenleyici yanıtlara yol açmıştır.

Risk temelli düzenlemenin paralel siber güvenlik yükümlülükleri açısından doğurduğu sonuç kritiktir. Siber riskin çok boyutlu doğası, her boyutun farklı bir perspektiften değerlendirilmesini gerektirmektedir. Bir *ransomware*⁴³ saldırısı aynı anda operasyonel bir

³⁸ Black, “Decentring Regulation”, 105-106.

³⁹ Julia Black, “The Emergence of Risk-Based Regulation and the New Public Risk Management in the United Kingdom”, *Public Law*, (2005), 513.

⁴⁰ Hood vd., *The Government of Risk*, 23-27, 177-179; Power, *Organized Uncertainty*, 48.

⁴¹ Power, *Organized Uncertainty*, 13, 195; Robert Baldwin vd., *LSE Research Online Documents on Economics*, “Risk Management and Business Regulation”, *LSE Research Online Documents on Economics*, (Ekim 2000), 2-3; Hutter, *The attractions of risk-based regulation*, 33/10-11.

⁴² *Data Protection: Actions Taken by Equifax and Federal Agencies in Response to the 2017 Breach* (United State Government Accountability Office, 2018).

⁴³ Ransomware (fidye yazılımı), bir bilgisayar sistemine veya ağa sızarak verileri şifreleyen ya da sisteme erişimi engelleyen ve bu kısıtlamanın

süreklilik sorunu, bir veri koruma ihlali, bir finansal istikrar riski ve bir piyasa bilgisi niteliği taşıyabilmektedir. Örneğin bir bankanın kripto-kilitlenmesi durumunda BDDK operasyonel risk perspektifinden müdahale ederken, KVKK müşteri verilerinin sızıp sızmadığını değerlendirmekte, SPK halka açık bir bankaysa piyasa bilgilendirme zorunluluğunu tetiklemekte ve BTK kritik altyapı kesintisi açısından incelemektedir. Her bir perspektif farklı bir uzmanlık alanını, farklı bir risk değerlendirme metodolojisini ve farklı bir düzenleme mantığını içermektedir. Dolayısıyla paralel yükümlülüklerin varlığı, riskin kendisinin çok boyutlu yapısının kurumsal düzeyde bir yansımasıdır. Bu tespit, teorik analizin ikinci katmanına geçişi gerektirmektedir; çok boyutlu risk nasıl çok merkezli bir düzenleme mimarisine dönüşmektedir ve bu dönüşümün mantığı nedir?

B. Merkezless Regölasyon ve Çok Merkezli Yönetişim

Merkezless regölasyon teorisi, riskin çok boyutluluğundan düzenlemenin çok merkezliliğine geçişi kavramsal olarak ifade etmektedir. Bu teoriye göre düzenleme artık merkezi bir otoritenin tek taraflı faaliyeti değil, çok sayıda aktörün, bilgi akışının ve güç ilişkisinin karmaşık etkileşiminden ortaya çıkmaktadır. Merkezi idare modelinin varsaydığı hiyerarşik ve yukarıdan aşağıya doğru işleyen düzenleme şeması modern toplumun karmaşıklığını yansıtmamaktadır.⁴⁴ Merkezless regölasyon yaklaşımı epistemik merkezlesslik ve kurumsal merkezlesslik olmak üzere iki temel boyut üzerinden işlemektedir ve bu boyutlar birbirini tamamlayarak paralel yükümlülüklerin teorik temellerini oluşturmaktadır.⁴⁵

Epistemik merkezlesslik boyutu, toplumun farklı alt sistemlerinin kendi iç mantıkları ve iletişim kodlarıyla işlediğini vurgular.⁴⁶ Hukuk, ekonomi, bilim ve siyaset sistemleri farklı rasyonallitelerle çalışmakta ve

kaldırılması karşılığında mağdurdan fidye talep eden kötü amaçlı yazılım türüdür.

⁴⁴ Black, "Decentring Regulation", 110-112; Hancher - Moran, "Organizing Regulatory Space", 148-172.

⁴⁵ Black, "Decentring Regulation", 105-108.

⁴⁶ Luhmann, *Risk*, 74-82; Black, "Decentring Regulation", 110-113.

düzenleyici otorite bu sistemlerin dışından doğrudan müdahale edememektedir. Siber güvenlik bağlamında bu, düzenleyici otoritenin teknik sistemlerin karmaşıklığını tam olarak kavrayamayacağı ve dolayısıyla özel sektör uzmanlığına, sektör standartlarına ve piyasa mekanizmalarına güvenmesi gerektiği anlamına gelmektedir. Ancak epistemik merkezizlik yalnızca devlet-özel sektör ayrımıyla sınırlı değildir. Devletin kendi içinde de farklı epistemik topluluklar bulunmaktadır.⁴⁷

Bankacılık düzenlemesinin finansal istikrar odağı sistematik risk ve bulaşma etkisi kavramlarıyla çalışmaktadır. Bir bankanın siber saldırıya uğraması, ödeme sistemleri aracılığıyla diğer bankalara yayılabilecek bir likidite krizi tetikleyebileceğinden, BDDK'nın risk değerlendirmesi sistematik etki analizi içermektedir. İletişim düzenlemesinin teknik altyapı perspektifi ise şebeke süreklilik metrikleri, servis kesinti süreleri ve teknik uyumluluk standartlarıyla çalışmaktadır. BTK için aynı siber olay, haberleşme altyapısının kesintiye uğraması ve toplumsal iletişimin aksama riski açısından değerlendirilmektedir. Sermaye piyasası düzenlemesinin şeffaflık-piyasa bütünlüğü mantığı ise içsel bilgi asimetrisi ve yatırımcı koruması çerçevesinde işlemektedir. SPK açısından kritik olan, siber olayın piyasa fiyatlarını etkileyecek bir bilgi niteliği taşıyıp taşımadığı ve bu bilginin kamuya zamanında ve eşit şekilde açıklanıp açıklanmadığıdır.

Her bir düzenleyici kurum kendi epistemik topluluğunun ürettiği bilgi, kavramlar ve değerlendirme kriterleriyle çalışmaktadır. Dolayısıyla paralel yükümlülükler, farklı epistemik toplulukların aynı riski kendi perspektiflerinden değerlendirme ihtiyacının kurumsal tezahürüdür. Örneğin bir veri merkezi yangını sonrası hizmet kesintisinde, BTK teknik altyapı dayanıklılığı açısından kesinti süresini ve yedekleme kapasitesini değerlendirirken, KVKK kişisel veri kaybı olup olmadığını ve yedek sistemlerin veri koruma standartlarına uyumunu incelemekte, ilgili sektördeki düzenleyici kurum ise iş sürekliliği planlarının yeterliliğini sorgulamaktadır. Her kurum aynı olguya farklı bir epistemik merceğinden bakmaktadır.

⁴⁷ Black, "Decentring Regulation", 113-115.

Kurumsal merkezsizlik boyutu ise düzenlemenin yalnızca devlet tarafından değil, çok sayıda aktör tarafından üretildiğini vurgulamaktadır.⁴⁸ Uluslararası Standardizasyon Örgütü/Uluslararası Elektroteknik Komisyonu (International Organization for Standardization/International Electrotechnical Commission - ISO/IEC) 27001 gibi uluslararası standartlar, NIST (National Institute of Standards and Technology) Siber Güvenlik Çerçevesi gibi endüstri rehberleri ve CIS Controls (Critical Security Controls) gibi topluluk temelli normlar, devlet düzenlemesinin dışında ama onunla etkileşim halinde işlemektedir.⁴⁹ Siber güvenlik alanında bu etkileşim özellikle belirgindir; birçok düzenleyici kurum doğrudan teknik standart koymak yerine ISO 27001 sertifikasyonu veya NIST çerçevesine uyum gibi özel sektör standartlarına atıfta bulunmaktadır.⁵⁰ Daha önemlisi, devletin kendisi de tek bir otorite değil, farklı yetki alanlarına, perspektiflere ve düzenleme araçlarına sahip çoklu kurumlar topluluğudur.⁵¹

Her bir sektörel düzenleyici kurum kendi alanında özerk bir düzenleme kapasitesine sahiptir ve bu özerklik tarihsel, hukuki ve işlevsel nedenlerle meşrulaşmıştır. BDDK'nın finansal istikrar misyonu önemli misyonlarından birisidir; krize yol açan zayıf bankacılık

⁴⁸ Black, "Decentring Regulation", 112-118.

⁴⁹ Örneğin 10.10.2021 tarihinde yayınlanan Bilgi ve İletişim Güvenliği Denetim Rehberi BGYS'yi ISO / IEC 27001 uyumlu Bilgi Güvenliği Yönetim Sistemi olarak tanımlamaktadır.

⁵⁰ S. Adams vd., "The Governance of Cybersecurity : A Comparative Quick Scan of Approaches in Canada, Estonia, Germany, the Netherlands and the UK", *Tilburg University / WODC, Lahey*, (2015), 147-148 Rapor, siber güvenlik düzenlemesinin katmanlı yapısını ve yasal çerçevelerin idari kodlar, teknik standartlar ve yumuşak hukuk mekanizmalarıyla nasıl tamamlandığını detaylı olarak incelemektedir. Alper Işık, *İnternet Aktörleri ve Egemenliğin Değişen Boyutları* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2025), 151-158.

⁵¹ Black, "Constructing and Contesting Legitimacy and Accountability in Polycentric Regulatory Regimes", 139-141; Türk hukukunda bağımsız idari otoritelerin özerklik ve bağımsızlık statüsünün anayasal temellerinin eksikliğine dair bkz. Mustafa Akgün, "Bağımsız İdari Otoritelerin Anayasal Statüsünün Belirlenmesi İhtiyacı: Teorik ve Pratik Gereçekler", *Amme İdaresi Dergisi* 57/2 (2024), 29-60.

denetimine yanıt olarak kurulan BDDK, operasyonel risklere karşı katı kontrol mekanizmaları geliştirmiştir.⁵² BTK'nın iletişim altyapısı sorumluluğu ise kesintisiz haberleşme hizmetlerinin stratejik önemi ve toplumsal ihtiyaçla ilişkilidir.⁵³ SPK'nın piyasa gözetim yetkisi sermaye piyasalarının bilgi asimetrisi sorununa yönelik geliştirilmiş bir denetim kapasitesidir.⁵⁴ Her birinin siber güvenlik olaylarına ilişkin bildirim mekanizması geliştirmesinin gerekçesi, bu farklılaşmış misyon ve uzmanlık alanlarından kaynaklanmaktadır.

Merkezsiz regülasyon teorisinin paralel siber güvenlik yükümlülükleri açısından kritik katkısı, merkezsizliğin kaçınılmaz ve belirli ölçüde meşru olduğunu göstermesidir.⁵⁵ Sorun, merkezsizliğin kendisinde değil, koordinasyonun yokluğundadır. Örneğin farazi bir senaryoda, bir finans kuruluşunun tedarik zinciri saldırısına uğraması durumunda, kurum aynı olayı BDDK'ya operasyonel risk bildirimi olarak, KVKK'ya veri ihlali bildirimi olarak, SPK'ya içsel bilgi açıklaması olarak ve BTK'ya kritik altyapı kesintisi olarak raporlamak zorunda kalacaktır. Her bildirim farklı format, farklı zaman penceresi ve farklı detay düzeyi gerektirmiştir. Koordinasyon olmaksızın merkezsizlik, mükerrer raporlama yükü ve tutarsız uygulama oluşturmaktadır.⁵⁶ Merkezi regülasyonlarda koordinasyon mekanizmalarının yokluğu, farklı düzenleyici kurumlar arasında tutarsızlıklara, izleme ve uygulama farklılıklarına yol açmaktadır.⁵⁷

⁵² Simay Burnukara, *2001 krizi sonrası Türk bankacılık sisteminde BDDK'nın rolü ve fonksiyonu* (İstanbul Ticaret Üniversitesi, 2012).

⁵³ 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu md. 1

⁵⁴ 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu md. 1

⁵⁵ Black, "Decentring Regulation", 105-106.

⁵⁶ Baldwin vd., *Understanding Regulation*, 159-163.

⁵⁷ David P. Carter - Nadia Mahallati, "Coordinating Intermediaries: The Prospects and Limitations of Professional Associations in Decentralized Regulation", *Regulation & Governance* 13/1 (2019), 2-4. Carter ve Mahallati, merkezsiz düzenlemelerde koordinasyon eksikliğinin izleme ve uygulama farklılıklarına, tutarsızlıklara ve düzenleyici boşluklara yol açtığını göstermektedir.

Çok merkezli yönetim teorisi, merkezsizlik olgusunu normatif bir çerçeveye dönüştürmekte ve merkezsizliğin optimal yönetimini tartışmaya açmaktadır.⁵⁸ Bu teori, ne tamamen merkezi ne de tamamen merkezsiz, aksine çok sayıda özerk ama birbirine bağlı karar alma merkezinin koordineli çalıştığı sistemlerin en etkin sonuçları verdiğini ortaya koymaktadır.⁵⁹ Çok merkezli regülasyon rejimleri, koordinasyon olmadan işlevsel, sistemik ve demokratik zorluklar oluşturmaktadır; bu rejimlerde karmaşık bağımlılıklar nedeniyle merkezi bir otorite eksikliği koordinasyon sorunlarını öne çıkarmaktadır.⁶⁰ Bu bulgu, paralel yükümlülüklerin analizinde teorik bir çıkış noktası sunmaktadır. Merkezsizlik, yalnızca tanımlanması gereken bir olgu değil, belirli koşullar altında tercih edilmesi gereken bir tasarım tercihi olmaktadır.

Çok merkezli sistemlerin avantajları, siber güvenlik yükümlülüklerinin neden tamamen merkezi bir yapıya dönüştürülmemesi gerektiğini açıklamaktadır. İlk olarak her karar alma merkezinin kendi bağlamına özgü bilgi ve uzmanlığa sahip olması, etkin düzenleme için kritik öneme sahiptir. BDDK'nın finansal risk perspektifi, stres testleri, senaryo analizleri ve Basel standartları çerçevesinde geliştirilmiş sofistike bir metodoloji içermektedir. BTK'nın teknik altyapı bilgisi ise ağ mimarisi, protokol standartları ve elektromanyetik uyumluluk gibi mühendislik alanlarında uzmanlaşmış bir kapasite gerektirmektedir. SPK'nın piyasa dinamikleri anlayışı içsel bilgi tespiti, önemli etki değerlendirmesi ve yatırımcı psikolojisi konularında deneyim içermektedir. Bu uzmanlaşmış bilgi stokları merkezi bir otorite tarafından tam olarak içselleştirilemez.⁶¹

⁵⁸ Tartışma için bkz. Ostrom, "Beyond Markets and States".

⁵⁹ Ostrom, "Beyond Markets and States", 641-645, 652-653.

⁶⁰ Black, "Constructing and Contesting Legitimacy and Accountability in Polycentric Regulatory Regimes", 140-144. Black, çok merkezli düzenleme rejimlerinin işlevsel zorluklarının koordinasyon sorunlarında yoğunlaştığını, karmaşık bağımlılıklar içeren ağlarda merkezi bir otoritenin yokluğunda koordinasyon mekanizmalarının kritik önem taşıdığını vurgulamaktadır.

⁶¹ Ömür Kadri Sarı, "TÜRK HUKUKUNDA DÜZENLEYİCİ VE DENETLEYİCİ KURUMLARIN TEMEL İLKELERİ", *Danıştay Dergisi* 152 (2020), 287.

İkinci olarak çok merkezli sistemler farklı yaklaşımların aynı anda denenmesine imkân tanır. Örneğin, BDDK, bankalara siber olayları mümkün olan en kısa sürede kuruma raporlama yükümlülüğü getirmiştir;⁶² SPK, içsel bilgi niteliği taşıyan olaylarda derhal kamuya açıklama zorunluluğu öngörür;⁶³ EPDK, 2023 tarihli Enerji Sektöründe Siber Güvenlik Yetkinlik Modeli Yönetmeliği ile olgunluk seviyesine göre farklılaştırılmış siber güvenlik yükümlülükleri belirlemiştir.⁶⁴ Bu farklı yaklaşımlar, düzenleyicilerin sektörün risk profiline göre bildirim süreleri ve içeriklerini çeşitlendirdiğini göstermektedir. Avrupa’da ise NIS2 Direktifi’nin 24 saat erken uyarı – 72 saat ayrıntılı bildirim – 1 ay nihai rapor modeli yaygınlaşmış olup, bu deneysel öğrenme süreci çok merkezli düzenlemenin karakteristiğini ortaya koymaktadır.⁶⁵

Üçüncü olarak tek merkezli sistemlerde merkez başarısız olduğunda tüm sistem çökebilirken, çok merkezli sistemlerde bir merkezin başarısızlığı diğer merkezler tarafından telafi edilebilir.⁶⁶ Örneğin bir siber güvenlik olayı yaşandığında merkezi koordinasyon mekanizması gecikmeli yanıt verirse, sektörel düzenleyici kurumlar kendi kanallarından hızlı müdahale edebilmektedir. 2020 pandemi döneminde merkezi kurumların kapasitesi zorlanırken, sektörel düzenleyici kurumlar kendi alanlarında siber güvenlik uyarıları ve rehberler yayınlamaya devam etmiştir. Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi 24 Temmuz 2020’de Bilgi ve İletişim Güvenliği Rehberi’ni yayımlarken, BDDK 15 Mart 2020’de Bilgi Sistemleri ve Elektronik Bankacılık Hizmetleri Hakkında Yönetmelik’te güncellemeler gerçekleştirmiş, BTK ise USOM koordinasyonunda siber güvenlik operasyonlarını sürdürmüştür.

⁶² Bankaların Bilgi Sistemleri ve Elektronik Bankacılık Hizmetleri Hakkında Yönetmelik, RG 15 Mart 2020, Sayı 31069, m 18(1).

⁶³ Sermaye Piyasası Kurulu, Özel Durumlar Tebliği (II-15.1), RG 23 Ocak 2014, Sayı 28891, m 5–6.

⁶⁴ Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu, Enerji Sektöründe Siber Güvenlik Yetkinlik Modeli Yönetmeliği, RG 6 Haziran 2023, Sayı 32213.

⁶⁵ Directive (EU) 2022/2555 of the European Parliament and of the Council of 14 December 2022 on measures for a high common level of cybersecurity across the Union (NIS2 Directive), OJ L333, 27.12.2022, Arts 23–30.

⁶⁶ Ostrom, “Beyond Markets and States”, 652-655.

Ancak çok merkezli yönetim teorisinin en kritik katkısı, bu sistemlerin başarısının koordinasyon mekanizmalarına bağlı olduğunu vurgulamasıdır. Koordinasyon olmadan çok merkezlilik parçalanma, çelişkili kurallar, mükerrer yükümlülükler ve düzenleyici boşluklar oluşturabilmektedir. Örneğin farklı kurumların siber güvenlik olay tanımları uyumsuz olabilmekte; bir kurum için raporlanabilir eşiği aşan olay diğeri için ihmal edilebilir görülebilmektedir. Bildirim zamanlamaları çakışabilmekte; aynı günde farklı kurumlar ayrı raporlar talep edebilmektedir. Format farklılıkları tekrar veri girişi gerektirmektedir. Bu maliyetler özellikle küçük ve orta ölçekli işletmeler için orantısız yük oluşturmaktadır. Bu tespit, teorik analizin üçüncü katmanına geçişi gerektirmektedir; merkezsiz düzenleme yapılarının avantajlarından yararlanırken koordinasyon maliyetleri nasıl minimize edilebilir ve optimal denge noktası nasıl tasarlanabilir?

C. Meta-Regülasyon ve Koordineli Düzenleme Rejimleri

Ağ regülasyonu kavramı, merkezsizliğin avantajlarını korurken koordinasyon sorununa çözüm aramanın teorik temelini sunmaktadır.⁶⁷ Ağ regülasyonu yaklaşımında düzenleyici otorite kurallar koymaktan ziyade ağları yönetmektedir.⁶⁸ Düzenleyici otorite bir orkestra şefi gibi farklı düzenleme aktörlerinin koordinasyonunu sağlar, bilgi akışını kolaylaştırır ve ortak standartları teşvik eder ancak tüm düzenleme sürecini tek başına kontrol etmez.⁶⁹ ENISA'nın AB'deki rolü bu yaklaşımın somut örneğidir; doğrudan düzenleme yetkisi olmadan ulusal Bilgisayar Güvenliği Olay Müdahale Ekipleri (Computer Security Incident Response Team - CSIRT) arasında koordinasyon platformu işletmekte, ortak tatbikatlar düzenlemekte ve bilgi paylaşım altyapısı sağlamaktadır.⁷⁰

⁶⁷ Baldwin vd., *Understanding Regulation*, 159; Black, "Decentring Regulation", 103-108.

⁶⁸ Yannis Papadopoulos, "How Does Knowledge Circulate in a Regulatory Network? Observing a European Platform of Regulatory Authorities Meeting", *Regulation & Governance* 12/4 (2018), 432.

⁶⁹ Baldwin vd., *Understanding Regulation*, 159-160.

⁷⁰ Papadopoulos, "How Does Knowledge Circulate in a Regulatory Network?", 433-436; Adams vd., "The Governance of Cybersecurity: A

Meta-regülasyon kavramı bu koordinasyon yaklaşımını operasyonelleştirebilecek bir çerçeve sunmaktadır.⁷¹ Meta-regülasyon, devletin doğrudan davranış kuralları belirlemesi yerine, düzenlenen aktörlerin kendi kendini düzenleme sistemlerini kurmasını zorunlu kılması ve denetlemesi anlamına gelmektedir.⁷² Siber güvenlik bağlamında bu, belirli güvenlik teknolojileri emretmek yerine risk yönetim süreçleri, güvenlik yönetim sistemleri ve sürekli iyileştirme döngüleri kurulmasını gerektirmektedir. ISO 27001 sertifikasyonu zorunluluğu bu yaklaşımın tipik örneğidir; standart, belirli kontroller değil, yönetim sisteminin varlığı ve etkinliği üzerinde durmaktadır.⁷³

Ancak kamu sektörü bağlamında meta-regülasyon farklı bir anlam kazanmaktadır.⁷⁴ Birden fazla düzenleyici kurumun aynı risk alanında yetki sahibi olduğu durumlarda meta-regülasyon, düzenleme regülasyonu anlamına gelmektedir.⁷⁵ Bir üst düzey koordinasyon mekanizması alt düzey düzenleyici kurumların aktivitelerini koordine

Comparative Quick Scan of Approaches in Canada, Estonia, Germany, the Netherlands and the UK", 98-99.

⁷¹ Cary Coglianese - Evan Mendelson, "Meta-Regulation and Self-Regulation", *The Oxford Handbook of Regulation*, ed. Robert Baldwin vd. (Oxford University Press, 2010), 146-168; Cary Coglianese - David Lazer, "Management-Based Regulation: Prescribing Private Management to Achieve Public Goals", *Law & Society Review* 37/4 (Aralık 2003), 691-695.

⁷² Coglianese - Mendelson, "Meta-Regulation and Self-Regulation", 148; Baldwin vd., *Understanding Regulation*, 146-147; Black, "Decentring Regulation", 112; Coglianese - Lazer, "Management-Based Regulation", 693-698.

⁷³ Adams vd., "The Governance of Cybersecurity : A Comparative Quick Scan of Approaches in Canada, Estonia, Germany, the Netherlands and the UK", 71; Robert Baldwin vd. (ed.), *The Oxford handbook of regulation* (Oxford, U. K: Oxford University Press, 2012), 110-114.

⁷⁴ Christopher J. Koliba vd., *Governance Networks in Public Administration and Public Policy* (New York: Routledge, 2018), 179.

⁷⁵ Koliba vd., *Governance Networks in Public Administration and Public Policy*, 179; Christine Parker, *The Open Corporation: Effective Self-Regulation and Democracy* (Cambridge University Press, 2002), 15; Martino Maggetti, "De Facto Independence after Delegation: A Fuzzy-Set Analysis", *Regulation & Governance* 1/4 (2007), 271-278.

etmekte ve tutarlılık sağlamaktadır. Bu perspektiften düzenleyici kurumlar kendileri de düzenlenen olmakta ve kurumlar arası koordinasyon bir tür üst düzey düzenleme işlevi görmektedir.

Düzenleme rejimi analizi bu teorik unsurları bütüncül bir çerçeveye entegre etmektedir. Bir düzenleme rejimi yalnızca kurallardan ibaret değildir; aynı zamanda kuralları koyan kurumlar, uygulama süreçleri, uygulama araçları ve paydaşlar arası ilişkileri de kapsamaktadır.⁷⁶ Bir düzenleme rejiminin etkinliği bu unsurların uyumuna bağlıdır. Çok kurumlu düzenleme ortamlarında koordinasyon eksikliği ve aşırı koordinasyon olmak üzere iki temel risk ortaya çıkmaktadır.⁷⁷

Koordinasyon eksikliği farklı kurumların çelişkili kurallar koyması, bilgi paylaşmaması ve mükerrer yükümlülükler oluşturması olarak tezahür etmektedir. Örneğin bir kurum 24 saat içinde bildirim gerektirirken diğeri 72 saat penceresi tanıyabilmektedir. Bir kurum olay şiddeti sınıflandırmasında etkilenen kullanıcı sayısını kriter alırken diğeri hizmet kesinti süresini esas alabilmektedir. Bir kurum çevrimiçi portal üzerinden bildirim isterken diğeri e-posta veya fiziksel belge talep edebilmektedir. Bu tutarsızlıklar özellikle çok sektörlü platformlar için ciddi uyum zorluğu ortaya çıkarmaktadır; bir fintech şirketi hem finansal hem teknoloji mevzuatına tabi olduğunda koordinasyon eksikliği katlanarak artmaktadır.

Aşırı koordinasyon ise koordinasyon çabasının karar alma süreçlerini yavaşlatması, esnekliği azaltması ve kurumsal uzmanlığı köreltmesi anlamına gelmektedir. Tüm kararların merkezi onaya tabi tutulması hantal bir bürokrasi oluşturabilir ve sektörel kurumların uzmanlığından yararlanmayı engelleyebilir. Örneğin her siber güvenlik olayı bildiriminin önce merkezi bir kurumda değerlendirilip sonra ilgili

⁷⁶ Baldwin vd., *The Oxford handbook of regulation*, 105; Hood vd., *The Government of Risk*.

⁷⁷ Baldwin vd., *The Oxford handbook of regulation*, 159; Black, "Constructing and Contesting Legitimacy and Accountability in Polycentric Regulatory Regimes", 140; Black, "Decentring Regulation", 103-108.

sektörel kuruma yönlendirilmesi, acil müdahale gerektiren durumlarda kritik gecikmelere yol açabilir.

Optimal regülasyon rejimi tasarımı bu iki risk arasında denge kurmaktadır. Koordineli çoğulculuk kavramı bu dengenin teorik ifadesidir.⁷⁸ Bu yaklaşımda farklı kurumlar özerkliklerini korurken, ortak standartlar, bilgi paylaşım protokolleri ve uyumsuzluk çözüm mekanizmaları aracılığıyla koordinasyon sağlanmaktadır.⁷⁹ Düzenleyici ağlar literatürü bu koordinasyonun hangi mekanizmalarla gerçekleştirilebileceğini göstermektedir. Düzenli toplantılar ve iletişim kanalları kurumlar arası güven oluşturmakta ve gayri resmi koordinasyonu kolaylaştırmaktadır.⁸⁰ Ortak veri toplama ve analiz standartları, farklı kurumların aynı veri dilini konuşmasını sağlamaktadır. Personel değişimi ve ortak eğitim programları kurumlar arası kültürel yakınlaşma oluşturmaktadır. En iyi uygulama paylaşımı başarılı modellerin hızla yayılmasını sağlamaktadır. Ortak risk değerlendirme metodolojileri ise benzer olayların tutarlı şekilde sınıflandırılmasını mümkün kılmaktadır.⁸¹

ENISA'nın AB'deki rolü bu teorik çerçevenin pratik uygulamasını göstermektedir. ENISA doğrudan düzenleme yetkisine

⁷⁸ Baldwin vd., *The Oxford handbook of regulation*, 381-382; Black, "Constructing and Contesting Legitimacy and Accountability in Polycentric Regulatory Regimes", 137-164; Black, "Decentring Regulation", 103-112, 142-146; Sandra Eckert - Tanja A. Börzel, "Experimentalist Governance: An Introduction", *Regulation & Governance* 6/3 (2012), 372-374.

⁷⁹ Baldwin vd., *The Oxford handbook of regulation*, 159-163; David Coen - Mark Thatcher, "Network Governance and Multi-Level Delegation: European Networks of Regulatory Agencies", *Journal of Public Policy* 28/1 (Nisan 2008), 49-71; Kutsal Yesilkagit, "Institutional compliance, European networks of regulation and the bureaucratic autonomy of national regulatory authorities", *Journal of European Public Policy* 18/7 (01 Ekim 2011), 963-965.

⁸⁰ Julia Black, "Regulatory Conversations", *Journal of Law and Society* 29/1 (2002), 163-196; Papadopoulos, "How Does Knowledge Circulate in a Regulatory Network?"

⁸¹ Papadopoulos, "How Does Knowledge Circulate in a Regulatory Network?", 438-445; Coglianese - Lazer, "Management-Based Regulation", 710-715.

sahip olmamakla birlikte, ulusal siber olay müdahale ekipleri arasında koordinasyon sağlama, ortak standartlar ve tatbikatlar geliştirme, bilgi paylaşım platformları oluşturma ve en iyi uygulamaları yaygınlaştırma rolü oynamaktadır.⁸² NIS2 Direktifi ve özellikle 2024/2690 sayılı Uygulama Tüzüğü'nün getirdiği standart bildirim formatları, meta-regülasyon yaklaşımının somut bir ürünüdür. Bu düzenlemeler ulusal düzenleyici otoritelerin özerkliğini korurken, bildirim süreçlerini, sınıflandırma kriterlerini ve format standartlarını uyumlaştırmaktadır. Bir siber olay tüm AB'de aynı kategorilere göre sınıflandırılmakta, aynı zaman pencerelerinde bildirilmekte ve aynı veri alanlarını içeren formatlarda raporlanmaktadır.

Bu teorik çerçevenin Türkiye bağlamındaki uygulanması, çalışmanın temel araştırma sorusunu yanıtlamak için gerekli analitik araçları sağlamaktadır. Paralel siber güvenlik yükümlülükleri ve özelde bildirim rejimleri, riskin çok boyutluluğunun epistemik ve kurumsal düzeyde yansımalarıdır. Her bir sektörel düzenleyici kurum farklı bir risk perspektifini, farklı bir uzmanlık alanını ve farklı bir meşruiyet temelini temsil etmektedir. Bu merkezsiz yapının avantajları, uzmanlaşmış bilgi, deneysel öğrenme, sistem direnci ve hesap verebilirlik çeşitliliği olarak somutlaşmaktadır. Ancak koordinasyon mekanizmalarının yokluğu veya yetersizliği, bu avantajları mükerrer raporlama yükü, bilgi parçalanması ve tutarsız uygulama gibi maliyetlerle gölgelemektedir.

Dolayısıyla optimal tasarım sorunu merkezsizlik ve koordinasyon arasında denge kurmaktır. Meta-regülasyon yaklaşımı ve koordineli çoğulculuk perspektifi bu dengenin nasıl tasarlanabileceğine ilişkin teorik bir çerçeve sunmaktadır. Siber Güvenlik Başkanlığı'nın rolü bu perspektiften yeniden tanımlanmalıdır; Başkanlık, operatörlerden doğrudan bildirim alan bir kurum olmaktan öte, sektörel kurumların bildirim mekanizmalarını koordine eden, ortak standartlar

⁸² Adams vd., "The Governance of Cybersecurity : A Comparative Quick Scan of Approaches in Canada, Estonia, Germany, the Netherlands and the UK", 98-99; Papadopoulos, "How Does Knowledge Circulate in a Regulatory Network?", 433-435; Yesilkagit, "Institutional compliance, European networks of regulation and the bureaucratic autonomy of national regulatory authorities", 965-970.

geliştiren, bilgi akışını kolaylaştıran ve uyumu sağlayan bir meta-regülatör işlevi görmelidir. Bu teorik çerçeve, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde mevcut Türk siber güvenlik rejiminin analizini ve reform önerilerinin geliştirilmesini yönlendirecektir.

III. Türkiye'deki Çok Katmanlı Bildirim Mimarisi

Türkiye'de siber güvenlik alanındaki bildirim yükümlülükleri, çok katmanlı ve parçalı bir yapı arz etmektedir. Bu parçalı yapının kökenleri, teorik çerçevede incelendiği üzere, riskin çok boyutlu doğasında ve farklı düzenleyici kurumların tarihsel olarak gelişen uzmanlık alanlarında yatmaktadır. Siber güvenlik olayları, aynı anda operasyonel bir süreklilik sorunu, bir veri koruma ihlali, bir finansal istikrar riski ve bir piyasa bilgisi niteliği taşıyabilmektedir. Riskin bu çok boyutluluğu, merkeziz regülasyon teorisinin öngördüğü gibi, farklı epistemik toplulukların devreye girmesini gerektirmekte ve her topluluk kendi perspektifinden düzenleme mekanizmaları geliştirmektedir.

7545 sayılı Siber Güvenlik Kanunu'nun yürürlüğe girmesi, ulusal siber güvenlik mimarisinde yeni bir merkezi koordinasyon otoritesi olan Siber Güvenlik Başkanlığı'nı getirmiştir.⁸³ Ancak Kanun, sektörel düzenleyici kurumların mevcut bildirim mekanizmalarını ortadan kaldırmamış, aksine bunların üzerine yeni bir katman eklemiştir. Bu durum, çok merkezli yönetim literatüründe tartışılan koordinasyon sorununu somut olarak gündeme getirmektedir. Aynı siber güvenlik olayı, farklı zamanlarda, farklı formatlarda ve farklı kurallara tabi olarak birden fazla kuruma bildirilmek zorundadır.

A. Siber Güvenlik Başkanlığı'nın Merkezi Koordinasyon Çerçevesi

7545 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte Siber Güvenlik Başkanlığı, Türkiye'nin siber güvenlik yönetiminde merkezi bir rol üstlenmiştir. Meta-regülasyon perspektifinden değerlendirildiğinde, SGB'nin iki farklı rol üstlenme potansiyeli

⁸³ 7545 sayılı Siber Güvenlik Kanunu, RG: 19.03.2025-32846.

bulunmaktadır: düzenleme düzenleyicisi (meta-regülatör) veya paralel düzenleyici.

Birinci senaryoda, Başkanlık sektörel kurumların bildirim sistemlerini koordine ederek tek giriş noktası işlevi görebilir. İkinci senaryoda ise, mevcut sektörel mekanizmaların yanına eklenen başka bir bildirim kanalı olur. Kanun metni ve geçiş hükümleri incelendiğinde, ikinci senaryonun şu anda ağır bastığı düşünülebilir ancak ikincil düzenlemeler ile birinci senaryonun da gerçekleşmesi mümkündür.

Kanun'un 7. maddesi, bilişim sistemleri kullanmak suretiyle hizmet sunan, veri toplayan, işleyen ve benzeri faaliyet yürütenlerin siber güvenliğe ilişkin görev ve sorumluluklarını düzenlemektedir.⁸⁴ Bu hükmün kapsamı son derece geniştir ve neredeyse tüm bilişim sistemi kullanan kurum ve kuruluşları içerir. E-ticaret siteleri, sağlık kuruluşları, eğitim kurumları, küçük ve orta boy işletmeler bu kapsamda değerlendirilebilir. Söz konusu kişi ve kuruluşlar, hizmet sundukları alanda tespit ettikleri zafiyet veya siber olayları gecikmeksizin Başkanlığa bildirmekle yükümlüdür.⁸⁵

Gecikmeksizin ifadesi, belirli bir saat veya gün cinsinden süre öngörmemekte, olayın tespit edilmesiyle birlikte derhal bildirim yapılması gerektiğini ima etmektedir. SGB'nin gecikmeksizin standardı ile BDDK'nın operasyonel risk bildirimi, SPK'nın derhal, BTK'nın en kısa sürede ve KVKK'nın 72 saat kuralları arasında potansiyel uyumsuzluk gözükmemektedir. Ancak Kanun'un 7. maddesinin üçüncü fıkrasının SGB'ye tanıdığı ikincil düzenleme yetkisi, bu koordinasyon sorununa çözüm potansiyeli taşımaktadır. Başkanlık, çıkaracağı usul ve esaslarla ortak bildirim standartları, birleştirilmiş zaman pencereleri ve tek giriş-çok çıkış mekanizması kurabilir. Bu durumda SGB, sektörel kurumların uzmanlığını koruyarak üst düzey koordinasyon sağlayan gerçek bir meta-regülatör haline gelebilir. Dolayısıyla mevcut parçalı yapı, geçici bir durum olarak değerlendirilebilir; ikincil düzenlemelerin yayımlanmasıyla eşgüdümlü bildirim mekanizmasına evrilebilir.

⁸⁴ 7545 sayılı Kanun, m. 7.

⁸⁵ 7545 sayılı Kanun, m. 7(1)(b).

Kanun'un 7. maddesinin (a) bendi ise Başkanlığın görev ve faaliyetleri kapsamında talep ettiği her türlü veri, bilgi, belge, donanım, yazılım ve diğer katkının öncelikle ve zamanında Başkanlığa iletilmesi yükümlülüğünü getirmektedir.⁸⁶ Bu hüküm, reaktif bildirim ile proaktif veri paylaşımı arasında bir ayrıma işaret etmektedir. Başkanlık, ihtiyaç duyduğu her türlü teknik veriyi, sistem konfigürasyonunu, zafiyet raporlarını veya risk değerlendirmelerini ilgili kurum ve kuruluşlardan talep edebilmektedir.

Siber güvenlik tedbirlerini almama ve zafiyet veya siber olayları gecikmeksizin bildirmeme gibi yükümlülüklerin ihlali ise idari para cezasına tabidir. Kanun'un 16. maddesinin onuncu fıkrası, idari yaptırımları düzenlemektedir. Bu hükme göre, 7. maddenin birinci fıkrasının (b) ve (c) bentlerindeki görev ve sorumlulukları yerine getirmeyenlere bir milyon Türk Lirasından on milyon Türk Lirasına kadar idari para cezası uygulanmaktadır.⁸⁷ Ancak Kanun, bildirim yükümlülüğünün detaylarını ikincil düzenlemelere bırakmış durumdadır.⁸⁸

SGB'nin koordinasyon fonksiyonu teorik düzeyde güçlü görünmekle birlikte, mevcut sektörel bildirim mekanizmalarıyla etkileşimi henüz netleşmemiştir. Başkanlık bir bildirim aldığı anda ilgili sektörel düzenleyiciyi bilgilendirecek mi? Sektörel düzenleyicilerden gelen bildirimleri merkezileştirecek tek pencere işlevi görecektir mi? Yoksa sektörel düzenleyicilerin kendi bildirim mekanizmalarını sürdürmesi ve SGB'ye paralel bir bildirim kanalı olarak işlemesi mi öngörülmektedir? Bu sorular, Kanun'un Geçici 1. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca geçiş sürecinde daha da önem kazanmaktadır. Bu hükme göre, yürürlükten kaldırılan hükümler kapsamında faaliyet gösteren kurumlar, Başkanlığın teşkilatlanmasının tamamlanmasına kadar görevlerini sürdürecektir.⁸⁹ Bu düzenleme, geçiş döneminde paralel yükümlülüklerin devam edeceğini açıkça göstermektedir.

⁸⁶ 7545 sayılı Kanun, m. 7(1)(a).

⁸⁷ 7545 sayılı Kanun, m. 16(10).

⁸⁸ 7545 sayılı Kanun, m. 7(3).

⁸⁹ 7545 sayılı Kanun, Geçici m. 1(5).

Ulusal Siber Olaylara Müdahale Merkezi'nin (USOM) yapısal konumu ve SGB'ye devri, merkezi koordinasyon çerçevesinin anlaşılması açısından ayrı bir önem taşımaktadır. USOM, 20 Haziran 2013 tarihinde yayımlanan Ulusal Siber Güvenlik Stratejisi ve 2013-2014 Eylem Planı çerçevesinde BTK bünyesinde kurulmuş ve Türkiye'nin ulusal CSIRT işlevini yerine getirmiştir. 11 Kasım 2013 tarihli SOME (Siber Olaylara Müdahale Ekibi) Tebliği, USOM'un görev ve yetkilerini düzenlemiştir.⁹⁰ Bu Tebliğ uyarınca, kritik sektörlerde sektörel SOME'lerin kurulması öngörülmüştür. Enerji, elektronik haberleşme, finans, su yönetimi, kritik kamu hizmetleri ve ulaştırma sektörleri bu kapsamda tanımlanmıştır. SOME Tebliği kapsamında üç katmanlı bir bildirim hiyerarşisi oluşturulmuştur. Kurumsal SOME'ler, kendi organizasyonlarındaki siber güvenlik olaylarını tespit ettiklerinde bu olayları sektörel SOME'lere bildirmekte, sektörel SOME'ler ise USOM'a iletmektedir.⁹¹

7545 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte, USOM'un yapısal konumu köklü bir değişime uğramıştır. Kanun'un Geçici 1. maddesi uyarınca, BTK ve Dijital Dönüşüm Ofisi'ne ait ve münhasıran ulusal siber güvenlik faaliyetleri kapsamında kullanılan her türlü taşınır, bilgi işlem altyapısı, taşıt ve diğer varlıklar ile bunlardan doğan hak ve yükümlülükler, Kanun'un yayımından itibaren altı ay içerisinde (19 Eylül 2025 tarihine kadar) SGB'ye devredilmek zorundadır.⁹² Bu kapsamda USOM'un tüm yetkileri SGB'ye geçmiş, böylece ulusal CSIRT fonksiyonu artık SGB bünyesinde icra edilmektedir.

SOME yapılanmasının geleceği de netlik kazanmayı beklemektedir. Sektörel SOME'ler kaldırılacak mı, yoksa SGB'ye bağlı alt birimler olarak yeniden yapılandırılacak mı? Kurumsal SOME'ler artık doğrudan SGB'ye mi raporlayacak, yoksa sektörel SOME'ler aracılığıyla mı bildirim yapacak? Bu sorular, SOME Tebliği'nin güncellenmesi ve SGB'nin ikincil düzenlemelerinin yayımlanmasıyla cevaplanacaktır. Ancak geçiş sürecinde BTK'nın sektörel düzenleme yetkisi ve SOME

⁹⁰ Siber Olaylara Müdahale Ekiplerinin Kuruluş, Görev ve Çalışmalarına Dair Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ (SOME Tebliği), RG: 11.11.2013-28818.

⁹¹ SOME Tebliği, m. 7; Sektörel SOME Kurulum ve Yönetim Rehberi, 14-15.

⁹² 7545 sayılı Kanun, Geçici m. 1(1).

ekosisteminin işleyişi devam etmekte, bu durum elektronik haberleşme işletmecilerinin bildirim kanalları açısından geçici belirsizlik getirmektedir.

B. Sektörel Düzenleyici Kurumlar ve Bildirim Mekanizmaları

Sektörel düzenleyici kurumlar, kendi uzmanlık alanlarında tarihsel olarak gelişmiş bildirim mekanizmalarına sahiptir. Bu mekanizmaların varlığı, teorik çerçevede tartışılan epistemik merkezsizlik ve kurumsal merkezsizlik olgusunun somut tezahürüdür. Her bir kurum, siber güvenlik olaylarını kendi risk perspektifinden değerlendirmekte ve buna uygun bildirim yükümlülükleri öngörmektedir. Bu bölümde, başlıca sektörel düzenleyici kurumların siber güvenlik bildirim mekanizmaları incelenecektir.

1. Bankacılık Sektöründe BDDK'nın Operasyonel Risk Yaklaşımı

Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu çerçevesinde bankacılık sektöründe düzenleyici ve denetleyici yetkiye sahiptir.⁹³ BDDK'nın siber güvenlik alanındaki temel düzenlemesi, 15 Mart 2020 tarihli Bankaların Bilgi Sistemleri ve Elektronik Bankacılık Hizmetleri Hakkında Yönetmelik'tir.⁹⁴

Yönetmelik'in 18. maddesi, bilgi güvenliği olay yönetimine ilişkin hükümleri içermektedir. Madde uyarınca, bankalar bilgi sistemlerinde meydana gelen güvenlik ihlalleri ve önemli olaylar hakkında siber olay yönetim prosedürü çerçevesinde hem Kuruma hem de sektörel SOME'ye raporlama yapmakla yükümlüdür.⁹⁵ Yönetmelik ayrıca bankaların bilgi güvenliği ihlallerine müdahale planı hazırlamasını, siber olay müdahale ekipleri oluşturmasını ve düzenli tatbikatlar yapmasını zorunlu kılmaktadır. BDDK, bankaların bilgi sistemlerini düzenli olarak denetlemekte ve siber güvenlik uygulamalarını yakından takip etmektedir.

⁹³ 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, RG: 01.11.2005-25983.

⁹⁴ Bankaların Bilgi Sistemleri ve Elektronik Bankacılık Hizmetleri Hakkında Yönetmelik (BDDK Yönetmeliği), RG: 15.03.2020-31069.

⁹⁵ BDDK Yönetmeliği, m. 18(1).

BDDK'nın yaklaşımı, operasyonel risk yönetimi perspektifinden şekillenmiş olup, siber güvenlik olayları bir operasyonel risk kategorisi olarak ele alınmaktadır. Ancak bu sıkı düzenleme rejimi, bankaların aynı zamanda SGB'ye (hem siber olay hem de siber zafiyet bakımından) ve KVKK'ya (kişisel veri ihlali durumunda) ayrı ayrı bildirim yapma yükümlülüğü altında olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.

2. Sermaye Piyasasına Yönelik İki Bildirim Sistemi

SPK, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu çerçevesinde sermaye piyasalarında düzenleyici ve denetleyici yetkiye sahiptir.⁹⁶ SPK'nın siber güvenlik alanındaki düzenlemeleri iki temel eksen üzerinde şekillenmektedir: bilgi sistemleri yönetimi ve sermaye piyasası şeffaflığı çerçevesinde kamuyu aydınlatma. Bu iki eksenli yapı, sermaye piyasasında faaliyet gösteren kuruluşlar için farklı amaçlara hizmet eden iki ayrı bildirim kanalı oluşturmaktadır.

SPK'nın siber güvenliğe ilişkin temel düzenlemesi, 13 Mart 2025 tarihinde yayımlanan VII-128.10 sayılı Bilgi Sistemleri Yönetimine İlişkin Usul ve Esaslar Tebliği'dir.⁹⁷ Bu Tebliğ, sermaye piyasası kurumları, borsalar, halka açık ortaklıklar ve kripto varlık hizmet sağlayıcıları dahil geniş bir kapsama sahiptir.⁹⁸

Tebliğ'in 24. maddesi, siber olay müdahale ve bildirim yükümlülüklerini düzenlemektedir. Maddenin birinci fıkrası, gerçekleşen bilgi güvenliği ihlalinin veya tespit edilen güvenlik açığının mümkün olan en kısa sürede kayda alınmasını ve gerekli işlemlerin yapılmasını öngörmektedir.⁹⁹ Maddenin dördüncü fıkrasına göre yaşanan bir olayın kritik operasyonları kesintiye uğratabilecek veya veri sızıntısıyla sonuçlanacak potansiyelde belirlenmesi durumunda derhal Kurul, müşteriler ve ilgili diğer kurumlar bilgilendirilir.¹⁰⁰ Derhal ifadesi, olay tespit edilir edilmez bildirim yapılması gerektiğini

⁹⁶ 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, RG: 30.12.2012-28513.

⁹⁷ Bilgi Sistemleri Yönetimine İlişkin Usul ve Esaslar Tebliği (VII-128.10), RG: 13.03.2025-32840.

⁹⁸ SPK VII-128.10 Tebliği, m. 2.

⁹⁹ SPK VII-128.10 Tebliği, m. 24(1).

¹⁰⁰ SPK VII-128.10 Tebliği, m. 24(4).

göstermekte ve bu açıdan SGB düzenlemeleriyle uyumlu bir yaklaşım sergilemektedir.

SPK'nın ikinci bildirim kanalı ise sermaye piyasası şeffaflığı çerçevesinde kamuyu aydınlatma rejimi üzerinden işlemektedir. II-15.1 sayılı Özel Durumlar Tebliği, halka açık ortaklıkların içsel bilgileri kamuya açıklama yükümlülüğünü düzenlemektedir.¹⁰¹ Tebliğ'in 5. maddesi uyarınca, içsel bilgiler ortaya çıktığında veya öğrenildiğinde açıklanması gerekmektedir.¹⁰² Siber güvenlik olayları, sermaye piyasası araçlarının değerini, fiyatını veya yatırımcıların yatırım kararlarını etkileyebilecek öneme sahipse içsel bilgi niteliği taşıyabilmektedir.

Örneğin bir bankanın veya halka açık şirketin kritik sistemlerini etkileyen bir fidye yazılımı saldırısı, operasyonel faaliyetlerde kesintiye yol açıyorsa ve bu durum finansal sonuçları önemli ölçüde etkileyebilecekse, Kamuyu Aydınlatma Platformu (KAP) üzerinden açıklanması gerekmektedir. Tebliğ'in 6. maddesi, içsel bilgilerin kamuya açıklanmasının ertelenmesini belirli koşullarda mümkün kılmakta, ancak bu erteleme yatırımcıların yanıltılmasına yol açmaması ve bilgilerin gizli tutulmasını sağlayabilecek olması kaydıyla uygulanabilmektedir.

Bu durum, sermaye piyasasında faaliyet gösteren kuruluşlar için çoklu bildirim yükümlülüğü getirmektedir: SGB'ye gecikmeksizin bildirim, SPK'ya VII-128.10 kapsamında derhal bildirim ve halka açık ortaklıklar için KAP üzerinden kamuya açıklama. Her bir kanalın farklı amaçları, muhatabı ve sonuçları bulunmaktadır. Bilgi sistemleri odaklı bildirimler teknik müdahale ve düzenleme amaçlı iken, KAP bildirimleri yatırımcıların bilgilendirilmesi ve piyasa şeffaflığı amacına hizmet etmektedir.

3. BTK ve Şebeke Güvenliği

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu çerçevesinde elektronik haberleşme sektöründe düzenleyici ve denetleyici yetkiye sahiptir. BTK'nın siber güvenlik

¹⁰¹ SPK Özel Durumlar Tebliği (II-15.1), RG: 23.01.2014-28891.

¹⁰² SPK II-15.1 Tebliği, m. 5(1).

alanındaki temel düzenlemesi, Elektronik Haberleşme Sektöründe Şebeke ve Bilgi Güvenliği Yönetmeliği'dir.

Yönetmelik'in 38. maddesi, ihlallerin bildirilmesi yükümlülüğünü açıkça düzenlemektedir. Madde uyarınca, işletmeci abonelerinin yüzde beşinden fazlasını etkileyen şebeke ve bilgi güvenliği ihlallerini ve iş sürekliliğini kesintiye uğratan olayları en kısa sürede Kuruma bildirir.¹⁰³ Söz konusu bildirim asgari olarak; olayın gerçekleşme zamanını, niteliğini, etkisini, süresini ve alınan önlemleri içerir. Bu hüküm, elektronik haberleşme işletmecileri için net bir eşik ve bildirim yükümlülüğü getirmektedir.

Bu çerçevede, elektronik haberleşme işletmecileri bakımından şebeke ve bilgi güvenliği ihlallerinin BTK'ya bildirim ile kişisel veri ihlallerinin KVKK Kurumuna bildirim, farklı normatif temellere dayanmakla birlikte, ihlalin etki alanının belirlenmesi, olayın niteliği ve süreci hakkında detaylı bilgi sunulması ve belirli süreler içinde raporlama yapılması bakımından paralel iki bildirim rejimi oluşturmaktadır. Örneğin, bir elektronik haberleşme işletmecisinin sistemlerinde meydana gelen bir siber olay hem hizmetin kesintiye uğramasına hem de abone kişisel verilerinin sızmasına yol açıyorsa, işletmeci açısından aynı olay için hem BTK'ya Yönetmelik md. 38 kapsamında, hem de KVKK md. 12/5 ve Kurul'un 2019/10 sayılı kararı çerçevesinde Kurula veri ihlali bildirim yapılması gündeme gelecektir.

4. Ödeme Sistemleri ve TCMB

Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası (TCMB), 6493 sayılı Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun çerçevesinde ödeme sistemleri ve elektronik para kuruluşlarının gözetim ve denetimine ilişkin yetkilere sahiptir.¹⁰⁴ 6493 sayılı Kanun özel bir sektörel ihlal bildirim yükümlülüğü getirmiştir. TCMB tarafından talep edilen bilgi

¹⁰³ Elektronik Haberleşme Sektöründe Şebeke ve Bilgi Güvenliği Yönetmeliği, m. 38(1).

¹⁰⁴ 6493 sayılı Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun, RG: 27.06.2013-28690.

ve belgelerin geçerliliğini etkileyecek herhangi bir değişiklik olması halinde, sistem işleticileri, ödeme kuruluşları ve elektronik para kuruluşları TCMB'yi derhal bilgilendirmekle yükümlüdür. Bu hükmün derhal ifadesi, SGB'nin gecikmeksizin ve SPK'nın derhal kavramlarıyla benzer bir anlam taşımaktadır.

Ayrıca, 2021 tarihli Tebliğ, ödeme ve elektronik para kuruluşlarına siber olay bildirim yükümlülüğü getirmektedir.¹⁰⁵ Tebliğ uyarınca kuruluşlar, siber olayları olay yönetimi kapsamında ele almak ve TCMB'ye gerekli bildirimleri yapmakla yükümlüdür. Özellikle hassas müşteri verilerinin veya kişisel verilerin sızmasına ya da ifşasına yol açan siber olaylar söz konusu olduğunda, kuruluşlar hem müşterilerini hem de Kişisel Verileri Koruma Kurulunu mümkün olan en kısa süre içerisinde bilgilendirmekle yükümlüdür.

Bir ödeme kuruluşunun siber saldırı nedeniyle hizmet kesintisi yaşadığını varsayalım. Bu durumda kuruluş, TCMB'ye derhal bilgilendirme yükümlülüğü çerçevesinde performans raporlaması gerçekleştirirken, aynı zamanda SGB'ye gecikmeksizin bildirim yapmakta, kullanıcı verileri etkilenmişse KVKK'ya en geç 72 saat içinde raporlama sunmakta ve hizmeti sunduğu bankanın iştiraki ise BDDK'ya operasyonel risk bildirimini yapabilmektedir. Her bildirim farklı bir risk boyutunu ele almaktadır: TCMB ödeme sistemlerinin kesintisiz işleyişi ve finansal istikrar, BDDK bankacılık sistemi sağlamlığı, KVKK kişisel veri güvenliği, SGB teknik altyapı sürekliliği ve ulusal güvenlik perspektifinden değerlendirme yapmaktadır.

5. Enerji Sektöründe EPDK'nın Olgunluk Modeli

Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu, 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ve 4628 sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun çerçevesinde enerji sektöründe

¹⁰⁵ Ödeme ve Elektronik Para Kuruluşlarının Bilgi Sistemleri ile Ödeme Hizmeti Sağlayıcılarının Ödeme Hizmetleri Alanındaki Veri Paylaşım Servislerine İlişkin Tebliğ, RG: 01.12.2021-31676.

düzenleyici ve denetleyici yetkiye sahiptir.¹⁰⁶ EPDK'nın siber güvenlik alanındaki temel düzenlemesi, 6 Haziran 2023 tarihli Enerji Sektöründe Siber Güvenlik Yetkinlik Modeli Yönetmeliği'dir.¹⁰⁷ Bu Yönetmelik, elektrik ve doğal gaz iletim ve dağıtım lisansı sahipleri ile belirli üretim tesislerini kapsamaktadır.

Yönetmelik'in ayırt edici özelliği, olgunluk seviyesine dayalı farklılaştırılmış bir yükümlülük sistemi getirmesidir. Enerji kuruluşları, siber güvenlik olgunluk seviyelerine göre sınıflandırılmakta ve her seviye için farklı gereklilikler öngörülmektedir. Bu yaklaşım, diğer sektörel düzenleyicilerin tek tip yükümlülük sistemlerinden ayrılmaktadır. Olgunluk seviyesi yüksek olan kuruluşlardan daha kapsamlı siber güvenlik tedbirleri beklenirken, olgunluk seviyesi düşük olan kuruluşlar için temel yükümlülükler tanımlanmaktadır.

Yönetmelik kapsamında enerji kuruluşları, yetkinlik modeline uyumlarını gösteren öz denetim raporlarını, ilerleme raporlarını ve sektörel denetim raporlarını düzenli olarak EPDK'ya bildirmekle yükümlüdür. Bu raporların iletim süreleri ve içerikleri, kuruluşun yetkinlik seviyesine ve denetim aşamasına göre farklılık göstermektedir. EPDK, bildirimleri değerlendirerek ve gerekli gördüğü durumlarda yerinde denetim gerçekleştirebilmektedir.

EPDK'nın yaklaşımı, endüstriyel kontrol sistemlerinin güvenliğine özel vurgu yapmaktadır. Enerji altyapılarının operasyonel teknoloji bileşenleri, geleneksel bilgi teknolojisi sistemlerinden farklı güvenlik gereksinimleri ve tehdit profilleri içermektedir. SCADA, DCS ve PLC gibi endüstriyel kontrol sistemleri, fiziksel süreçleri yöneten kritik altyapılardır ve bu sistemlere yönelik siber saldırılar doğrudan operasyonel kesintilere ve fiziksel zararlara yol açabilir. Yönetmelik, bu

¹⁰⁶ 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu, RG: 30.03.2013-28603; 4628 sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunu RG: 03.03.2011-24335 (Mükerrer).

¹⁰⁷ Enerji Sektöründe Siber Güvenlik Yetkinlik Modeli Yönetmeliği, RG: 06.06.2023-32213.

farklılığı dikkate alarak operasyonel teknoloji güvenliğine özgü hükümler içermektedir.¹⁰⁸

6. Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü

Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü (SHGM), 5431 sayılı Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun çerçevesinde sivil havacılık sektöründe düzenleyici ve denetleyici yetkiye sahiptir.¹⁰⁹ SHGM'nin siber güvenlik alanındaki temel düzenlemesi, 1 Nisan 2023 tarihinde yürürlüğe giren Sivil Havacılık İşletmelerine Yönelik Siber Güvenlik Talimatı (SHT-SİBER)'dir.¹¹⁰

SHT-SİBER, havaalanları, havayolları, hava trafik yönetimi ve yer hizmetleri sağlayıcıları dahil tüm sivil havacılık işletmelerini kapsamaktadır.¹¹¹ Talimat, işletmelerin siber güvenlik politika ve prosedürleri oluşturmalarını, risk analizi yapmasını, erişim yönetimi sistemleri kurmasını ve siber olay müdahale mekanizmaları geliştirmesini zorunlu kılmaktadır.

Bildirim yükümlülükleri açısından SHT-SİBER, siber olayların tespit edilmesi durumunda SHGM'ye raporlanmasını öngörmektedir. Talimat'ın 64. maddesi zorunlu bildirimlere ilişkin çerçeveyi belirlemekte, işletmenin belirtilen durumlarda SHGM'yi ivedilikle bilgilendirmesi gerektiğini hükme bağlamaktadır. Kritik havacılık sistemlerini etkileyen olaylar için bildirim süreleri katılaştırılmakta ve olay sonrası detaylı analiz raporları talep edilmektedir. SHGM, bildirimleri değerlendirerek gerekli durumlarda acil güvenlik direktifleri yayımlayabilmektedir.

7. Sağlık Sektörü

Sağlık sektörü, siber güvenlik bildirim yükümlülükleri açısından özellikle karmaşık bir yapı arz etmektedir. Sağlık kuruluşlarının siber

¹⁰⁸ EPDK Yönetmeliği, m. 1.

¹⁰⁹ 5431 sayılı Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun, RG: 18.11.2005-25997.

¹¹⁰ Sivil Havacılık İşletmelerine Yönelik Siber Güvenlik Talimatı (SHT-SİBER), 01.04.2023 yürürlük.

¹¹¹ SHT-SİBER, m. 2.

güvenlik olayları, aynı anda hasta güvenliği riski, kişisel veri ihlali ve kritik altyapı kesintisi boyutlarını içermektedir. Sağlık verileri en hassas kişisel veri kategorisini oluşturduğundan, bu çok boyutlu risk profili sağlık sektöründe paralel bildirim yükümlülüklerinin en yoğun şekilde kesiştiği alanlardan birini oluşturmaktadır.

Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu (TİTCK), 8 Aralık 2021 tarihli Tıbbi Cihaz Yönetmeliği çerçevesinde tıbbi cihazların güvenliği açısından siber güvenlik boyutunu düzenlemektedir.¹¹² Yönetmelik'in 3. maddesinin (zz) bendi, saha güvenliği düzeltici faaliyetini piyasada bulundurulmuş bir cihazla ilgili ciddi olumsuz olay riskini önlemek ya da azaltmak amacıyla teknik veya tıbbi nedenlerle imalatçı tarafından yürütülen düzeltici faaliyet olarak tanımlamaktadır.¹¹³ Yazılım içeren veya ağa bağlı tıbbi cihazlarda siber güvenlik zafiyetleri, bu tanım kapsamında ciddi olumsuz olay riski oluşturduğunda bildirim zorunluluğu doğurmaktadır.

Yönetmelik'in 85 ila 89. maddeleri, tıbbi cihaz güvenliği için özel bir gözetim sistemi olan vijilans sistemini düzenlemektedir.¹¹⁴ Vijilans kapsamında, piyasada bulundurulmuş cihazların imalatçıları ciddi olumsuz olayları ve saha güvenliği düzeltici faaliyetlerini elektronik sistem vasıtasıyla TİTCK'ya raporlamakla yükümlüdür. İmalatçılar, ciddi olumsuz olayların kaydedilmesi ve raporlanması için bir sisteme sahip olmak zorundadır.¹¹⁵

Bildirim süreleri, olayın ciddiyetine göre farklılaştırılmıştır. Ciddi kamu sağlığı tehdidi söz konusu olduğunda imalatçının tehditten haberdar olmasından itibaren 2 gün içinde derhal bildirim yapılması gerekmektedir.¹¹⁶ Ölüm veya kişinin sağlık durumunda beklenmeyen ciddi bozulma durumunda imalatçının olaydan haberdar olmasından itibaren 10 gün içinde bildirim yapılmalıdır.¹¹⁷ Diğer ciddi olumsuz

¹¹² Tıbbi Cihaz Yönetmeliği, RG: 02.06.2021 / 31499 (Mükerrer).

¹¹³ Tıbbi Cihaz Yönetmeliği, m. 3(zz).

¹¹⁴ Tıbbi Cihaz Yönetmeliği, m. 85-89.

¹¹⁵ Tıbbi Cihaz Yönetmeliği, m. 85(1).

¹¹⁶ Tıbbi Cihaz Yönetmeliği, m. 85(4).

¹¹⁷ Tıbbi Cihaz Yönetmeliği, m. 85(5).

olaylar için ise 15 gün içinde bildirim yapılması gerekmektedir.¹¹⁸ Bu süre aralığı, diğer düzenleyici kurumların belirsiz veya sabit sürelerinden farklı olarak, risk temelli bir esneklik sunmaktadır.

Yönetmelik'in 87. maddesinin sekizinci fıkrası, saha güvenliği düzeltici faaliyeti hakkındaki bilgilerin bir saha güvenliği bildirim yoluyla söz konusu cihazın kullanıcılarının dikkatine gecikmeksizin sunulmasını zorunlu kılmaktadır.¹¹⁹ Bu hüküm, hasta güvenliği perspektifinden siber güvenlik zafiyetlerini değerlendirmektedir. Bir kalp pili, insülin pompası veya ameliyat robotu yazılımındaki zafiyet, doğrudan hasta sağlığını tehdit edebileceğinden acil bildirim gerektirmektedir.

Sağlık kuruluşlarının kişisel veri koruma yükümlülükleri, 21 Haziran 2019 tarihli Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik ile özel olarak düzenlenmiştir.¹²⁰ Yönetmelik'in 18. maddesi, kişisel verilerin kanuni olmayan yollarla başkaları tarafından elde edilmesi halinde veri sorumlusu tarafından Kişisel Verileri Koruma Kurulu'na yapılacak bildirimin Kurulun bu hususa ilişkin düzenleyici işlemleri esas alınarak gerçekleştirileceğini hükme bağlamaktadır.¹²¹

Sağlık sektöründeki bir siber olay, tipik olarak çoklu bildirim kanallarını tetiklemektedir. Eğer saldırı tıbbi cihazları etkilemişse TİTCK'ya vijilans sistemi üzerinden ciddi kamu sağlığı tehdidi durumunda derhal, ölüm veya ciddi bozulma halinde 10 gün içinde, diğer durumlarda 15 gün içinde ciddi olumsuz olay bildirim yapılması gerekmektedir. Hasta verileri sızmışsa, Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik hükümleri çerçevesinde Kişisel Verileri Koruma Kurulu'na en geç 72 saat içinde özel nitelikli kişisel veri ihlali bildirim yapılmalıdır.¹²²

Sağlık sektöründe koordinasyon eksikliğinin sonuçları özellikle ciddidir. Bir siber olay sırasında sağlık kuruluşunun önceliği hasta

¹¹⁸ Tıbbi Cihaz Yönetmeliği, m. 85(3).

¹¹⁹ Tıbbi Cihaz Yönetmeliği, m. 87(8).

¹²⁰ Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik, RG: 21.06.2019 / 30808.

¹²¹ Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik, m. 18(2).

¹²² KVKK, m. 12(5); Kişisel Verileri Koruma Kurulu Kararı, 2019/10.

güvenliğini sağlamak ve hizmet sürekliliğini restore etmektir. Örneğin bir ilçe devlet hastanesinin hem TİTCK'ya vjilans sistemi üzerinden tıbbi cihaz güvenliği bildirimi, hem Kişisel Verileri Koruma Kurulu'na veri ihlali formu, hem Siber Güvenlik Başkanlığı'na siber olay raporu sunması gerekmektedir. Bu durum, teorik çerçevede tartışılan koordinasyonsuz çokluk maliyetlerinin sektörel bir örneğini teşkil etmektedir.

C. Kişisel Veri İhlali Bildirimi ve KVKK'nın Kesişen Rolü

Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun veri ihlali bildirim yükümlülüğü, paralel yükümlülükler sisteminin kritik bir bileşenidir. KVKK'nın bildirim rejimi, tüm sektörleri kesen yatay bir nitelik taşımakta ve siber güvenlik olaylarının önemli bir kısmını kapsamaktadır. 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 12. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca, veri sorumluları kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesi veya erişilmesi durumunda ilgili kişilere ve Kurul'a bildirimde bulunmakla yükümlüdür.¹²³

En kısa sürede ifadesinin ne anlama geldiği, 24 Ocak 2019 tarihli ve 2019/10 sayılı KVK Kurulu kararıyla açıklığa kavuşturulmuştur. Karara göre, veri sorumlusunun durumu öğrendiği andan itibaren gecikmeksizin ve Kurul düzenlemeleri çerçevesinde uygulamada en geç 72 saat içinde Kurul'a ihlal bildirimde bulunması gerekmektedir. İhlalden etkilenen kişilerin belirlenmesini müteakip, ilgili kişilere de makul süre içinde bildirim yapılması zorunludur.

Siber güvenlik olayları sıklıkla kişisel veri ihlallerine yol açtığından, KVKK bildirim paralel yükümlülükler zincirinin önemli bir halkasını oluşturmaktadır. Bir siber saldırı sonucu kişisel veri içeren müşteri verileri sızdığında, kuruluş hem SGB'ye gecikmeksizin hem ilgili sektörel düzenleyiciye (BDDK, SPK gibi), hem de KVKK'ya 72 saat içinde bildirimde bulunmak zorundadır. Her bir bildirim farklı format ve içerik gereklilikleri taşımaktadır. Bu çoklu bildirim yükümlülüklerinin oluşturduğu ağır yük ve potansiyel yaptırım tehdidi,

¹²³ 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, RG: 07.04.2016-29677; 6698 sayılı KVKK, m.12/5 ve KVK Kurulu'nun 24.01.2019 tarihli 2019/10 sayılı kararı.

veri sorumlularını bildirimden kaçınmaya ve olayı gizlemeye itebilmektedir; bu durum literatürde bildirim fobisi (*notification-phobia*) olarak adlandırılmakta ve genel siber güvenlik ortamı açısından önemli bir tehdit oluşturmaktadır.¹²⁴

Her kişisel veri ihlali aynı zamanda bir siber olay niteliği taşıma potansiyeli barındırdığından, Kabahatler Kanunu'nun 15. maddesi uyarınca içtima hükümleri ve yetki çatışması değerlendirilmelidir. Ancak içtima sisteminin karmaşıklığı ve uygulamadaki belirsizlikler göz önüne alındığında, her iki mevzuatın da işlerlik kazanması için koordineli bir yaklaşım gerekmektedir.

D. Çakışma ve Belirsizlik Noktaları

Mevcut sektörel bildirim rejimlerinin birlikte işlemesi, uygulamada önemli çakışma ve belirsizlik noktaları oluşturmaktadır. Bu sorunlar, teorik çerçevede tartışılan koordinasyon eksikliğinin somut tezahürleridir ve üç temel kategoride toplanabilir.

İlk olarak, aynı olayın farklı kurumlar tarafından farklı şekilde nitelendirilmesi sorunu bulunmaktadır. Bir siber olay, BTK açısından şebeke güvenliği ihlali, KVKK açısından kişisel veri ihlali, BDDK açısından operasyonel risk olayı, SPK açısından içsel bilgi ve SGB açısından kritik siber olay olarak nitelendirilebilmektedir. Her bir nitelendirme farklı bildirim yükümlülükleri, farklı süreler ve farklı yaptırımlar doğurmaktadır.

Bu durumu somutlaştırmak için tipik bir örnek üzerinden değerlendirme yapmak faydalı olacaktır. Bir bankanın müşteri verilerinin sızdığı bir siber saldırı durumunda, aynı olay BDDK'ya siber olay yönetim prosedürü çerçevesinde raporlama, TCMB'ye (ödeme sistemleri etkilenmişse) derhal bilgilendirme, KVKK'ya Kurul düzenlemeleri uyarınca uygulamada en geç 72 saat içinde, SPK'ya (halka açık bankaysa) KAP üzerinden kamuyu aydınlatma, SPK Sektörel

¹²⁴ Mehmet Bedii Kaya, "Self-Disclosure or Burying the Evidence Dilemma: A Legal Review of the Data Breach Rules under the Turkish Personal Data Protection Law", *Annales de La Faculté de Droit d'Istanbul* 70 (31 Aralık 2021), 195-241.

SOME'sine düzenli raporlama ve SGB'ye gecikmeksizin bildirim yapılması gerekmektedir. Kuruluş, saldırıyı bertaraf etmeye çalışırken aynı zamanda dört veya beş farklı kuruma farklı format ve içerikte bildirimler hazırlamak zorunda kalmaktadır.

Kurum	Bildirim Süresi	Hukuki Dayanak
SGB	Gecikmeksizin	7545 sayılı Kanun m.7(1)(b)
BDDK	Prosedür çerçevesinde raporlama	Bilgi Sistemleri Yönetmeliği m.18
SPK	Derhal	VII-128.10 Tebliği m.24(4)
BTK	En kısa sürede	Şebeke ve Bilgi Güvenliği Yönetmeliği m.38
KVKK	En geç 72 saat	KVKK m.12(5), 2019/10 sayılı Kurul Kararı
TCMB	Derhal	6493 sayılı Kanun m.23 31676 sayılı Tebliğ m.7
TİTCK	Derhal / 10 gün / 15 gün	Tıbbi Cihaz Yönetmeliği m.85-88
SHGM	İvedilikle	SHT-Siber Talimatı m.13(2)

İkinci olarak, kuruluşlar, siber olayın kritik aşamasında tüm kaynaklarını olay müdahalesine seferber etmek isterken, aynı zamanda farklı kurumlara zaman baskısı altında bildirim yapmak zorunda kalmaktadır. Bu durum, özellikle kaynakları sınırlı küçük ve orta ölçekli işletmeler için orantısız bir yük oluşturmaktadır. Örneğin bir fintech girişiminin hem BDDK'ya, hem KVKK'ya, hem SPK'ya, hem de SGB'ye bildirim yapması gerekmekte, ancak bu kurumların hiçbirinin KOBİ ölçekli bir bildirim formatı bulunmamaktadır.

Üçüncü olarak, format ve kanal farklılıkları bulunmaktadır. BTK şebeke operatörleri için raporlama ve geri bildirim mekanizması, BDDK bankalara özgü siber olay yönetim prosedürü, SPK'nın KAP sistemi ve SOME raporlama formatları, KVKK'nın veri ihlali bildirim formu ve SGB'nin oluşturacağı merkezi bildirim platformu farklı veri alanları, teknik detay seviyeleri ve raporlama mantıkları içermektedir. Bir kuruluşun aynı olayı farklı formatlara uyarlayarak birden fazla kanala girme zorunluluğu, mükerrer raporlama yükü oluşturmaktadır. Bu yük, özellikle sınırlı kaynaklara sahip küçük ve orta ölçekli işletmeler için orantısız maliyetler doğurmaktadır.

Son olarak, siber olay ile zafiyet ayrımı belirsizlik kaynağıdır. SGB hem siber olayları hem de zafiyetleri kapsarken, diğer kurumlar ağırlıklı olarak gerçekleşmiş olaylara odaklanmaktadır. Bir kuruluşun tespit ettiği ancak henüz istismar edilmemiş kritik bir zafiyet, SGB'ye bildirilmeli midir? Eğer bu zafiyet üçüncü taraf bir yazılımda tespit edilmişse ve birden fazla sektörü etkiliyorsa, hangi sektörel düzenleyiciye bildirilmelidir? Zafiyet bildirimi sonrasında düzenleyici kurumların koordinasyonu nasıl sağlanacaktır? Bu sorular mevzuatta açık karşılık bulamamaktadır.

Tüm bu çakışma ve belirsizlik noktaları, Türkiye'de siber olay bildiriminin bugün itibarıyla çoklu paralel raporlama rejimine tabi olduğunu göstermektedir. Aynı olay, farklı hukuki niteliklerle, farklı sürelerde, farklı formatlarda, farklı kurumlara bildirilmek zorundadır. Bu durum, büyük kurumlar için operasyonel yük, KOBİ'ler için ise uyumdan vazgeçme riski doğurmaktadır.

Bu paralel yapı kalıcı bir durum değildir. SGB'nin ikincil düzenlemelerle kuracağı eşgüdümlü bildirim çerçevesi, teorik çerçevede tartışılan meta-regülasyon modelini hayata geçirebilir. Başkanlık, tek giriş noktası oluşturarak operatörlerin bildirim yükünü azaltabilir, sektörel kurumlarla otomatik bilgi paylaşımı protokolleri kurarak uzmanlık kaybını önleyebilir ve risk temelli kademeli bildirim standartları belirleyerek süre çatışmalarını çözebilir. Bu dönüşüm, Bölüm IV'te önerilen eşgüdümlü yönetim modelinin temelini oluşturacaktır.

IV. Eşgüdümlü Bildirim Çerçevesi Önerisi

A. Meta-Regülasyon Perspektifinden Model Tasarımı

Paralel bildirim rejimlerinin ortaya çıkardığı koordinasyon sorununa çözüm, meta-regülasyon yaklaşımıyla kurulmalıdır.¹²⁵ Meta-

¹²⁵ Sektörel düzenleyici kurumlar da dahil olmak üzere bağımsız idari otoritelerin anayasal statüye kavuşmasının önemi ve bu statünün koordinasyon mekanizmalarıyla ilişkisi için bkz. Akgün, “Bağımsız İdari Otoritelerin Anayasal Statüsünün Belirlenmesi İhtiyacı: Teorik ve Pratik Gerekçeler”.

regülasyon, düzenleyiciyi düzenleyen bir üst koordinasyon katmanı olarak çalışır; farklı otoritelerin faaliyetlerini uyumlandırır, tutarlılığı sağlar ve ortak standartlar etrafında bilgi akışını kolaylaştırır.¹²⁶ Bu çerçevede Siber Güvenlik Başkanlığı'nın rolü, doğrudan tüm bildirimleri tek başına yönetmekten çok, düzenleyici alanlar arasında etkileşimi yöneten ve ortak dili kuran bir meta-regülatör olarak yeniden tanımlanmalıdır. Düzenleyici otorite, bir orkestra şefi gibi farklı aktörlerin uzmanlığını muhafaza ederken senkronizasyonu sağlar; sürecin her adımını tek elde toplamadan çerçeveyi kurar ve işler hale getirir. ENISA'nın ulusal CSIRT'ler arasında ağ kuran, ortak tatbikatları ve bilgi paylaşım altyapısını işleten rolü, bu modelin pratik karşılığıdır.¹²⁷

Tek giriş-çok çıkış mimarisi, bu meta-regülasyonun somut mekanizmasıdır. Tek giriş, tüm sektörler için ortak bir bildirim kapısının varlığını ifade eder. Başkanlık tarafından işletilen standart bir bildirim formu ve ortak veri sözlüğü üzerinden yapılan tekil başvuru, aynı anda yetkileri ve ilgi alanları farklı kurumlara dağıtılacak şekilde kurgulanır. Çok çıkış ise bu tek başvurunun akıllı yönlendirme ile ilgili düzenleyici kurumlara, sektörel SOME'lere ve gerektiğinde adli veya idari mercilere eşzamanlı iletilmesini ifade eder. Böylece epistemik merkezsizlik korunur; her kurum kendi risk perspektifini, yöntembilimini ve sektörel uzmanlığını sürdürürken mükerrer raporlama ve bilgi parçalanması en aza indirilir.

Mimarinin teknik altyapısı üç bileşenden oluşur. Birincisi, operatörlerin erişeceği merkezi bildirim portalıdır. Portal, kullanıcı dostu arayüz sunmalı, rehberli bildirim süreçleri içermeli ve hem acil bildirimler hem de detaylı raporlar için farklı formlar sağlamalıdır. İkincisi, olay sınıflandırma ve yönlendirme motorudur. Motor, bildirim içeriğini analiz ederek hangi sektörel düzenleyicilerin bilgilendirilmesi gerektiğini otomatik olarak belirler ve ilgili kurumlara

¹²⁶ Koliba vd., *Governance Networks in Public Administration and Public Policy*, 179.

¹²⁷ Adams vd., "The Governance of Cybersecurity : A Comparative Quick Scan of Approaches in Canada, Estonia, Germany, the Netherlands and the UK", 98-99.

uygun formatta veri iletir. Üçüncüsü, kurumlar arası veri paylaşım altyapısıdır. Bu altyapı, sektörel düzenleyicilerin kendi sistemlerine entegre olabilecek API'ler sağlar ve gerçek zamanlı veri senkronizasyonu mümkün kılar.

Yönlendirme algoritması çok boyutlu bir matriks üzerinde çalışır. Olayın sektörü, etki alanı, kritiklik seviyesi ve yasal yükümlülük tetikleyicileri algoritmanın temel parametreleridir. Örneğin bir bankanın ödeme sistemlerini etkileyen ransomware saldırısında, sistem otomatik olarak BDDK'yı operasyonel risk açısından, TCMB'yi ödeme sistemleri açısından, KVKK'yı müşteri verileri etkilenmişse kişisel veri ihlali açısından ve SPK'yı halka açık banka ise piyasa bilgilendirmesi açısından haberdar eder. Her kurum kendi bakış açısından ihtiyaç duyduğu veri setine erişirken, operatör yalnızca bir kez bildirim yapmış olur.

Ortak veri sözlüğü, bu mimarinin dili ve omurgasıdır. Kurumlar arası kavram birliğini sağlayan tanımlar seti, bildirimlerde aynı terimlerin aynı anlama gelmesini güvenceye alır ve karşılaştırılabilirliği mümkün kılar. Sözlük üç katmandan oluşur. İlk katman, tüm bildirimlerde zorunlu olan minimum ortak veri setidir: olay tespit zamanı, bildirim zamanı, olayın kısa özeti, etkilenen sistem veya hizmet tanımı, etkilenen kullanıcı veya müşteri sayısı tahmini, olayın devam durumu ve bildirim yapan kuruluşun kimlik bilgileri.

İkinci katman, sektörel özelleşmiş veri setleridir. Her sektörel düzenleyici, kendi risk perspektifinden ihtiyaç duyduğu ek veri alanlarını tanımlar. BDDK için finansal etki tahmini ve likidite riskleri; BTK için etkilenen altyapı kapasitesi ve servis kesinti süresi; KVKK için etkilenen veri kategorileri ve alınan koruyucu önlemler sektöre özgü bilgileri içerir. Bu özelleşmiş setler, ortak terminoloji sözlüğünü kullanır ve standart formatlara uyar.

Üçüncü katman, kavramsal tanımları netleştiren terminoloji sözlüğüdür. Siber olay, bilgi varlıklarının gizlilik, bütünlük veya erişilebilirliğini yahut hizmet sürekliliğini etkileyen her türlü vakayı kapsayan şemsiye bir terimdir. Sızıntı, yetkisiz ifşa veya sızdırma yoluyla ortaya çıkan ve ağırlıklı gizlilik boyutunu ihlal eden alt türdür.

Kişisel veri ihlali ise sızıntının özel bir hali olarak konumlanır; ancak kişisel veriye ilişkin rejim kendi meşru menfaatini koruduğundan, sözlükte yer alan tanımlarla KVKK terminolojisi arasında açık eşleştirme sağlanır.

Risk temelli kademeli bildirim, bu modelin çalışma usulüdür. Belirsizliği yönetmek ve farklı düzeyde müdahaleyi mümkün kılmak için sistem üç aşamada işler. İlk bildirim, olayın tespit edilmesinden itibaren sektörel risk profiline ve olayın kritikliğine göre belirlenecek makul süre içinde yapılır. Bu aşamada minimum bilgi seti yeterlidir: olayın başlangıç zamanı, tipi, etkilenen sistemler, olayın devam durumu ve ilk müdahale. Bu bildirim, düzenleyici kurumların durumun farkında olmasını ve gerekirse acil koordinasyon başlatmasını sağlar.

Detaylı bildirim, ilk bildirim takiben sektörel düzenleyicilerin belirlediği ve olayın karmaşıklığı ile orantılı süre zarfında sunulur. Bu aşamada olayın kapsamı, etkilenen kullanıcı sayısı, veri ihlali durumu, alınan teknik ve organizasyonel önlemler ile kök neden analizinin ilk bulguları raporlanır. Bu süre, kurumların olayı analiz etmesi için yeterli esnekliği sağlarken düzenleyicilerin zamanında müdahale etmesine imkân tanır. Finansal sektörde sistemik risk taşıyan olaylar için daha kısa süreler öngörülürken, karmaşık tedarik zinciri saldırılarında makul gerekçelerle daha uzun süreler tanınabilir.

Nihai rapor, olayın çözümlenmesinden itibaren sektörel standartlara ve olayın niteliğine göre belirlenecek süre içinde tamamlanır. Rapor, tam kök neden analizi, alınan kalıcı önlemler, çıkarılan dersler ve benzer olayların önlenmesi için yapılan değişiklikleri içerir. Bu rapor, düzenleyici kurumların sektörel öğrenme sağlaması ve gerekirse düzenleme değişiklikleri yapması için kritik öneme sahiptir.

Başkanlığın bu mimariyi kurma yetkisi, 7545 sayılı Kanun'un 7. maddesinden kaynaklanır.¹²⁸ Bilişim sistemleri üzerinden faaliyet gösteren, veri toplayan ve işleyen kişi ve kuruluşların zafiyet veya siber olayları gecikmeksizin bildirme ödevi,¹²⁹ ortak usul ve esaslarla tek giriş-çok çıkış modeline uyarlanır. Başkanlık, maddenin üçüncü fıkrasının

¹²⁸ 7545 sayılı Kanun, m. 7.

¹²⁹ 7545 sayılı Kanun, m. 7(1)(b).

tanıldığı ikincil düzenleme yetkisiyle¹³⁰ tek formu, yönlendirme mantığını ve standartları belirler. Sektör otoritelerinin uzmanlığı korunurken, Başkanlık üst düzey koordinasyonu sağlayan gerçek bir meta-regülatör haline gelir.

İkincil düzenlemenin tasarımında dört ilke gözetilmelidir. Birincisi, sektörel düzenleyici kurumların mevcut yetkileri korunmalı; SGB düzenlemesi bu yetkileri ortadan kaldırmak yerine koordine etmelidir. İkincisi, protokol sistemi kurulurken sektörel kurumların aktif katılımı sağlanmalı; tek taraflı dayatma yerine müzakereli bir süreç izlenmelidir. Üçüncüsü, geçiş süreci için yeterli süre tanınmalı ve pilot uygulamalarla sistem test edilmelidir. Dördüncüsü, özellikle KOBİ'ler için orantılılık ilkesi gözetilmeli ve uyum maliyetleri minimize edilmelidir.

Önerilen model, sektörel çeşitliliği ortadan kaldırmayı değil, koordine etmeyi amaçlar. Dengeli modelde, sektörel kurumlar kendi alanlarında ek bilgi ve belge talep etme, sektörel risk değerlendirmesi yapma, özel denetim ve inceleme başlatma, sektöre özgü rehber ve standartlar yayımlama ile kendi mevzuatı çerçevesinde yaptırım uygulama yetkilerini korur. SGB'nin üst düzey koordinasyon yetkileri ise ortak standartlar ve minimum gereklilikler belirleme, kurumlar arası bilgi akışını düzenleme, çapraz sektörel riskleri tespit ve koordine etme, ulusal düzeyde siber tehdit istihbaratını paylaşma ile kurumlar arası çalışma grupları ve ortak tatbikatlar organize etmeyi kapsar.

Kamu menfaatinin belirli bir paydaş kitlesine yoğunlaştığı hallerde çıkış kanalı menfaat temelinde ayrıştırılır. Yatırımcı menfaatine ilişkin gelişmelerde Kamuyu Aydınlatma Platformu'nun işlevi korunur. Tek girişte yapılan bildirim, sermaye piyasası mevzuatındaki açıklama yükümlülükleriyle uyumlu olacak şekilde KAP'a yönlendirilir veya özdeş kabul edilir. Kişisel veri ihlalleri, KVKK rejiminin koruduğu menfaatler gözetilerek Başkanlık-KVKK eşgüdümünde ele alınır. Tek formun KVKK bakımından geçerliliği mutabakatla tesis edilir ya da hızlı bir eşleştirme mekanizması işletilir.

¹³⁰ 7545 sayılı Kanun, m. 7(3).

Yükümlülüklerle uyulmaması halinde idari yaptırımların farklı rejimler boyunca art arda uygulanması, içtima ve yetki çatışması bakımından değerlendirilmelidir.¹³¹ Bir siber güvenlik olayı bildirim yükümlülüğünün ihlali tespit edildiğinde, SGB öncelikle diğer ilgili kurumları bilgilendirir. Kurumlar arasında koordinasyon toplantısı yapılarak hangi kurumun hangi açıdan yaptırım uygulayacağı belirlenir. AAynı fiil farklı hukuki niteliklere sahipse, her kurum kendi alanına giren ihlaller bakımından yaptırım uygulayabilir; ancak aynı fiil nedeniyle birden fazla idari para cezasının kümülatif biçimde uygulanması, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun genel kanun niteliği ve m. 15'te yer alan içtima hükümleri ile Anayasa'daki *ne bis in idem* ve orantılılık ilkeleri çerçevesinde sınırlandırılmak zorundadır. Yaptırım kararları arasında çelişki olmaması için, her kurum diğer kurumların tespitlerini dikkate alır ve gerekçeli kararlarında buna atıfta bulunur.

Bu öneri, tek kapıdan giren bilginin doğru kurumlara eşzamanlı ve amaçla uyumlu şekilde ulaşmasını, herkesin aynı kavram setiyle konuşmasını ve düzenleyici çoğulluğun koordinasyon içinde işlemesini hedefler. Model, operatörlerin mükerrer raporlama yükünü ortadan kaldırırken her düzenleyici kurumun kendi perspektifinden risk değerlendirmesi yapmasını mümkün kılar.

B. Karşılaştırmalı Analiz Işığında Türkiye Modeli

Avrupa Birliği'nde NIS2'nin üye devletlere bıraktığı aktarma esnekliği, pratikte 27 farklı uygulamaya evrilerek çok uluslu teşebbüsler için dağınık ve maliyetli bir bildirim panoraması oluşturmuştur. Komisyon bu parçalanmayı gidermek üzere 17 Ekim 2024 tarihli 2024/2690 sayılı Uygulama Tüzüğü ile dijital altyapı ve belirli platform sağlayıcıları bakımından hem risk yönetimi tedbirlerinin teknik-metodolojik gereklerini hem de hangi hallerde olayın önemli sayılacağını yeknesak biçimde tanımlamak zorunda kalmıştır.¹³²

¹³¹ 7545 sayılı Kanun, m. 16(10).

¹³² Commission Implementing Regulation (EU) 2024/2690, olayın önemli sayılacağı haller ve risk yönetimi gerekleri ile eşiklerin standardizasyonu; örn. finansal kayıp, kesinti ve kullanıcı etkisi kriterleri ile yatay-sektör özel hükümler.

Tüzük, ISO/IEC 27001 ve Avrupa Telekomünikasyon Standartları Enstitüsü (European Telecommunications Standards Institute - ETSI) EN 319 401 gibi standartlara yaslanan ortak bir çerçeve kurarken, olay kritikliğini ölçülebilir eşiklere bağlamaktadır. Örneğin doğrudan finansal kaybın 500 bin avroyu veya yıllık cironun yüzde beşini aşması, otuz dakikayı geçen tam kesinti, bir saatten uzun sınırlı erişilebilirlik ya da Birlikteki kullanıcıların en az yüzde beşi veya bir milyonunun etkilenmesi gibi kriterler, bulut, veri merkezi, içerik dağıtım ağı, alan adı sistemi ve çevrimiçi pazar yeri sağlayıcıları için ayrıntılı olarak sayılmaktadır. Bu yaklaşım, olay sınıflandırmasını yoruma açık genel kavramlardan çekip veriyle doğrulanabilir somut eşiklere taşımakta ve üye devletlerdeki raporlama kararlarını uyumlu hale getirmektedir.

Türkiye açısından, III. bölümde haritalandırılan çok katmanlı yapıda her kurumun farklı eşikler kullanması sorunu, SGB ikincil düzenlemelerinde AB benzeri nicel kriterlerle çözülebilmektedir. IV. A'da önerilen ortak veri sözlüğü, bu eşikleri standartlaştırarak hem kurumlardaki değerlendirmeyi nesnelleştirebilecek hem de tek giriş-çok çıkış mimarisinde veri tekrarını azaltabilecektir. AB'nin 27 ülkeyi uyumlaştırma çabası Türkiye'de baştan tek bir koordineli sistemle aşılabilmektedir.

NIS2'de olay zaman çizelgesi üç aşamalı bir akış olarak sabitlenmiştir; farkına varılmasından itibaren en geç yirmi dört saat içinde erken uyarı, yetmiş iki saat içinde olay bildirimi ve bir ay içinde nihai rapor sunulmaktadır. Erken uyarı sonrasında CSIRT'in mümkün olduğunca yirmi dört saat içinde ilk geri bildirim sağlaması, teknik yönlendirme ve azaltım tavsiyesini hızlandıran bir temas noktası oluşturmaktadır.¹³³ Türkiye'de SGB'nin belirleyeceği birinci bildirim penceresini yirmi dört saatle hizalamak, III. bölümde görülen farklı süre pencerelerini koordine edebilmektedir. KVKK'nın 72 saati, SPK'nın derhal kuralı ve BTK'nın en kısa sürede ifadesi bu koordinasyon kapsamında uyumlaştırılabilmektedir. IV. A'da önerilen risk temelli

¹³³ NIS2 m. 23 uyarınca erken uyarı 24 saat, olay bildirimi 72 saat ve nihai rapor 1 ay; CSIRT'in mümkün olduğunca 24 saat içinde geri bildirimine ilişkin hüküm.

kademeli bildirim, NIS2'nin üç aşamalı yapısını doğrudan benimseyerek uluslararası uyumluluğu sağlayabilmektedir.

Finans alanında DORA, NIS2'ye göre daha ileri bir bütünleşme örneğini temsil etmektedir ve NIS2 karşısında *lex specialis* konumundadır. DORA'nın 17 Ocak 2025'te uygulanmaya başlamasıyla finansal kuruluşların büyük bilgi teknolojileri olaylarını bildirmesinde Birlik çapında ortak bir usul dili oluşmuştur; Komisyonun 2025/302 sayılı Uygulama Tüzüğü, majör bilgi teknolojileri olayı ve önemli siber tehdit bildirimlerinde kullanılacak standart formları ve prosedürleri belirlemiştir.¹³⁴ DORA'nın bu konsolidasyon gücü ödeme hizmetleri sektöründe somut biçimde görülmektedir. Ödeme Hizmetleri Direktifi 2'nin (Payment Services Directive 2 - PSD2) 96. maddesi ödeme hizmeti sağlayıcılarına büyük operasyonel veya güvenlik olaylarını yetkili otoriteye bildirme yükümlülüğü getirmiştir. DORA'nın 7. maddesi PSD2'yi değiştirerek, kredi kurumları, ödeme kurumları, hesap bilgisi hizmeti sağlayıcıları ve elektronik para kurumları bakımından PSD2 madde 96'nın 1 ila 5. fıkralarının uygulanmayacağını ve bunun yerine DORA'nın olay bildirim mekanizmasının geçerli olacağını hükme bağlamıştır.¹³⁵ Bu düzenleme, idari yükü azaltmak ve mükerrer bildirim gerekliliklerinden kaçınmak amacıyla tek ve tam uyumlu bir olay bildirim mekanizması oluşturmuştur.

Bu çerçevede, Komisyon'un 18 Kasım 2025 tarihli Digital Omnibus Tüzük taslağı, çalışmada teşhis edilen parçalı bildirim mimarisinin Birlik düzeyinde de sistemik bir sorun olarak görüldüğünü teyit eden bir gelişme olarak okunmalıdır.¹³⁶ Taslak, GDPR, NIS2,

¹³⁴ DORA temel çerçevesi ve uygulamaya başlama tarihi; majör BT olayı bildirimine ilişkin standart form ve prosedürleri belirleyen Komisyon Uygulama Tüzüğü 2025/302; NIS2-DORA ilişkisinde *lex specialis* kılavuzu.

¹³⁵ DORA m. 7 ile PSD2 m. 96'ya eklenen 7. fıkra; DORA dibace 54'te operasyonel veya güvenlik ödeme ile ilgili olayların ICT niteliği taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın DORA kapsamında raporlanması.

¹³⁶ Avrupa Komisyonu, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulations (EU) 2016/679, (EU) 2018/1724, (EU) 2018/1725, (EU) 2023/2854 and Directives 2002/58/EC, (EU) 2022/2555 and (EU) 2022/2557 as regards the simplification of the digital legislative

DORA, eIDAS ve CER kapsamındaki siber olay ve veri ihlali bildirimlerini, ENISA tarafından işletilecek tek bir giriş noktasında birleştirmeyi; böylece aynı olay bakımından farklı metinlere göre ayrı ayrı bildirim yapılmasından kaynaklanan idari yükü azaltmayı amaçlamaktadır. Aynı zamanda GDPR'daki veri ihlali bildirim süresinin yetmiş iki saatten doksan altı saate çıkarılması ve denetim otoritesine bildirim yükümlülüğünün yalnızca yüksek risk içeren ihlallerle sınırlandırılması öngörülmektedir. EDPB'nin ortak bir ihlal bildirim şablonu ve yüksek risk sayılacak durumlara ilişkin yeknesak bir liste hazırlamakla görevlendirilmesi, hem veri koruması hem siber güvenlik ekseninde ortak veri sözlüğü ve standardize edilmiş raporlama mantığının tesisi yönünde atılmış tipik bir meta-regülasyon adımıdır. Böylece AB, NIS2, DORA ve GDPR'ın paralel ve kısmen çakışan bildirim rejimlerinin yarattığı "notification fatigue" sorununa, senkronize ve tek kapılı bir mimariyle yanıt vermeye çalışmaktadır.

III. bölümde görüldüğü üzere, Türkiye'de BDDK-SPK-TCMB üçgeninde en yoğun koordinasyon problemi yaşanmaktadır. Aynı finansal kuruluş aynı siber olayı hem BDDK'ya operasyonel risk bildirimi, hem TCMB'ye ödeme sistemleri bildirimi, hem SPK'ya piyasa bilgilendirmesi olarak raporlamak zorunda kalmaktadır. IV. A'da önerilen model, DORA mantığıyla sektörel özelleşmiş veri setleri içeren tek bir formu öngörmektedir. PSD2'nin DORA'ya devri, ödeme sistemleri bakımından TCMB bildirimi ile SGB bildirimi arasında benzer bir konsolidasyon için emsal teşkil etmektedir. Her kurum kendi alanında ek bilgi talep etme ve yaptırım uygulama yetkilerini korurken, temel bildirim tek kapıdan yapılabilir.

Sermaye piyasası şeffaflığı açısından 596/2014 sayılı Piyasa Dolandırıcılığı Tüzüğü'nün (Market Abuse Regulation - MAR) 17. maddesi de önemli bir kesişim noktası oluşturmaktadır. MAR, ihraççıların kendilerini doğrudan ilgilendiren içsel bilgileri mümkün olan en kısa sürede kamuya açıklama yükümlülüğünü

framework, and repealing Regulations (EU) 2018/1807, (EU) 2019/1150, (EU) 2022/868, and Directive (EU) 2019/1024 (Digital Omnibus), COM(2025) 837 final, 19.11.2025.

düzenlemektedir.¹³⁷ Siber güvenlik olayları, operasyonel faaliyetleri, mali durumu veya itibarı önemli ölçüde etkileyen nitelikte olduğunda MAR madde 17 kapsamında içsel bilgi niteliği kazanabilmekte ve derhal açıklanması gerekmektedir.¹³⁸ Türkiye'de SPK'nın II-15.1 sayılı Özel Durumlar Tebliği, MAR madde 17'nin işlevsel karşılığını oluşturmaktadır ve halka açık ortaklıkların içsel bilgileri KAP üzerinden derhal açıklamasını öngörmektedir.¹³⁹

III. bölümde haritalanan üç ayrı bildirim kanalının farklı format ve muhataplara hitap etmesi, operasyonel yük oluşturmaktadır. SGB, SPK ve KAP bildirimleri farklı amaçlara hizmet etmektedir. Ancak bu çoklu yapının tamamıyla rasyonalizasyona tabi tutulması mümkün değildir: SGB ve SPK bildirimleri düzenleyici otoritelere yönelik idari gözetim amaçlı iken, KAP bildirimleri doğrudan yatırımcı koruması ve piyasa güvenini sağlama amacına hizmet etmektedir.¹⁴⁰ Bu nedenle

¹³⁷ Regulation (EU) No 596/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on market abuse (market abuse regulation and repealing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directives 2003/124/EC, 2003/125/EC and 2004/72/EC), OJ L 173, 12.6.2014, art. 17.

¹³⁸ İçsel bilgi tanımı için bkz. MAR, art. 7. İçsel bilgi, "kamuya açıklanmamış, spesifik nitelikte olan, doğrudan veya dolaylı olarak bir veya birden fazla ihraççı veya bir veya birden fazla finansal araca ilişkin bulunan ve kamuya açıklanması halinde söz konusu finansal araçların veya bunlarla ilgili türev finansal araçların fiyatı üzerinde önemli bir etkisi olması muhtemel olan bilgi" şeklinde tanımlanmaktadır.

¹³⁹ Sermaye Piyasasında Özel Durumların Kamuya Açıklanmasına İlişkin Tebliğ (II-15.1), 23.01.2014 tarihli ve 28891 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Tebliğ'in 2. maddesi "özel durum açıklaması" olarak "ortaklığın yatırım kararlarını etkileyebilecek nitelikteki finansal durumu, faaliyetleri ve bunlara ilişkin öngörü, beklenti ve tahminlerinde meydana gelen değişikliklere ve ortaklıkla ilgili olarak sermaye piyasasında oluşan fiyatın etkilenmesine neden olabilecek her türlü olay ve gelişmelere ilişkin açıklama" tanımını vermektedir.

¹⁴⁰ MAR'ın preamble (preamble) bölümünde yatırımcı güveni ve piyasa bütünlüğü vurgusu için bkz. MAR, Recital 1-3. KAP'ın kuruluş amacı için bkz. 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, m. 15.

KAP'ın ayrı bir bildirim mekanizması olarak korunması, farklı menfaat sahiplerinin bilgi ihtiyaçlarını karşılama açısından gerekli olabilecektir.

Ürün odaklı güvenlikte CRA, üreticinin yaşam döngüsü boyunca risk yönetimini ve koordineli zafiyet açıklamasını merkeze almaktadır. 2024/2847 sayılı Tüzük, aktif olarak istismar edilen zafiyetlerin ve ürün güvenliğini etkileyen ciddi olayların ENISA tarafından işletilecek tekil raporlama platformu üzerinden bildirilmesini ve ulusal CSIRT ile eş zamanlı bildirim yapılmasını öngörmektedir.¹⁴¹ Türkiye'de 7545 sayılı Siber Güvenlik Kanunu kapsamında da ürün güvenliğine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Kanun madde 5/h uyarınca Siber Güvenlik Başkanlığı, kamu kurum ve kuruluşları ile kritik altyapıların bilişim sistemlerinde kullanılacak ve siber güvenliğe etkisi olan yazılım, donanım, ürün ve hizmetlere dair kriterleri belirleme yetkisine sahiptir. Aynı Kanun madde 7 uyarınca siber güvenlik ürün, sistem, yazılım, donanım ve hizmetleri üreten şirketlerin faaliyet öncesi Başkanlıktan onay alması, sertifikasyon ve belgelendirmeye tabi olması öngörülmektedir. Kanun madde 8/c gereği kamu kurumları ve kritik altyapılarda kullanılacak siber güvenlik ürün, sistem ve hizmetleri yalnızca Başkanlık tarafından yetkilendirilmiş ve belgelendirilmiş siber güvenlik uzmanlarından, üreticilerden veya şirketlerden tedarik edilmelidir. Kanun madde 8/b bilişim sistemleri üzerinden hizmet sunanları, tespit ettikleri zafiyet veya siber olayları gecikmeksizin Başkanlığa bildirmekle yükümlü kılmaktadır. III. bölümde görüldüğü üzere zafiyet bildirimine ilişkin usul ve esaslar henüz bütünleşik bir zemine kavuşmamıştır. IV. A'da önerilen zafiyet koordinasyon platformunun ENISA'nın tekil platformu ve CVE (Common Vulnerabilities and Exposures - Ortak Zafiyetler ve Açıklıklar) gibi küresel ekosistemle birlikte çalışabilir şekilde tasarlanması, CRA'nın ürün güvenliği yaklaşımını Türkiye'ye taşıyabilmektedir. CRA'nın aktif istismar için 24 saat, zafiyet bildirim için 72 saat, nihai rapor için 14 gün şeması, SGB düzenlemesinde zafiyet hattı için uyarlanabilmektedir.

¹⁴¹ CRA, 2024/2847 sayılı Tüzük m. 14 ve 16; üreticinin aktif istismar edilen zafiyet ve ciddi olay bildirimleri için ENISA'nın kuracağı tekil platforma raporlama yükümlülüğü.

Yatay veri korumasında Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün (General Data Protection Regulation - GDPR) 33. maddesi, denetim otoritesine yapılacak kişisel veri ihlali bildirimi için en geç yetmiş iki saatlik bir pencere getirmektedir. NIS2 Direktifi'nin 2. maddesinin 12. fıkrası, bu Direktif'in GDPR ve e-Gizlilik Direktifi'ne hâlel getirmeksizin uygulanacağını açıkça hükme bağlamıştır. Direktif'in 35. maddesi kişisel veri ihlaliyle kesişimde yetkili otorite işbirliğini düzenlerken, dibaceler bu ilişkiyi daha da netleştirerek GDPR anlamında kişisel veri ihlali olan durumların NIS2 kapsamında bildirilmeyeceğini, ancak kişisel veriyi etkileyen fakat GDPR anlamında veri ihlali teşkil etmeyen siber olayların NIS2 kapsamında raporlanacağını belirtmektedir.¹⁴² Bu ayırım, iki rejim arasında çifte raporlamayı önleyen açık bir koordinasyon mekanizması kurmaktadır.

III. bölümde görüldüğü üzere, Türkiye'de SGB ile KVKK arasında benzer bir açık koordinasyon hükmü bulunmamaktadır. Kurul'un 2019/10 sayılı kararıyla içtihatlaşan yetmiş iki saat kuralının SGB'nin yirmi dört saatlik erken uyarı şemasıyla eşleştirilmesi belirsizlik getirmektedir. IV. A'da önerilen modelin SGB ikincil düzenlemesinde NIS2-GDPR koordinasyonuna paralel bir madde içermesi kritiktir. Kişisel veri ihlali teşkil eden siber olaylar KVKK'ya bildirilip, bu bildirimin SGB'ye de iletilmesi yeterli kabul edilebilmektedir. Diğer taraftan, kişisel veri ihlali teşkil etmeyen ancak siber güvenlik boyutu olan olaylar SGB'ye bildirilmektedir. Ancak hangi durumların sadece KVKK'ya, hangi durumların sadece SGB'ye, hangi durumların ise her ikisine birden bildirileceği açık hükümlere bağlanmalıdır.

Elektronik haberleşmede NIS2'nin yürürlüğe girmesiyle Avrupa Elektronik Haberleşme Kodu'nun (*European Electronic Communications Code - EECC*) 40 ve 41. maddelerindeki ulusal güvenlik ve olay bildirimi rejiminin yürürlükten kalkması, bu alandaki raporlamayı NIS2 şemsiyesi altına toplamıştır. Türkiye'de BTK'nın şebeke ve bilgi

¹⁴² GDPR m. 33'te 72 saatlik veri ihlali bildirimi; NIS2 Direktifi m. 2(12) GDPR ve e-Privacy Direktifi'ne hâlel getirmeme, m. 35 kişisel veri ihlaliyle kesişimde yetkili otorite işbirliği ve dibaceler'de "without prejudice" vurgusu ile iki rejim arasındaki koordinasyon mekanizması; NIS2 m. 31(3) ulusal siber güvenlik otoritelerinin GDPR denetim otoriteleriyle iş birliği.

güvenliği bildirim sisteminin SGB portalıyla veri eşleştirmesi kurması buradaki iş yükünü azaltabilecektir.

AB'de NIS2'nin iş birliği mimarisi, ulusal CSIRT ağı ile AB Siber Kriz İrtibat Ağı (*EU Cyber Crisis Liaison Organisation Network - EU-CyCLONe*) arasında kurulan operasyonel katmanı öne çıkarmaktadır. Erken uyarıyı takiben mümkün olduğunca yirmi dört saat içinde verilecek geri bildirim ve yönlendirme, ulusal teknik kapasite ile Birlik düzeyindeki operasyonel eş güdüm arasında hızlı bir arayüz ortaya çıkarmaktadır.¹⁴³ Türkiye'de USOM'un SGB bünyesine devri, bu operasyonel katmanın ulusal ayağını güçlendiren bir fırsattır. IV. A'da önerilen CSIRT yapısının EU-CyCLONe benzeri bir ulusal kriz bağ dokusu kurması, sektörel SOME'lerin kapatılması anlamına gelmeden tek giriş-çok çıkış akışını hızlandırma potansiyeli bulunmaktadır.

Dağınıklığı azaltan asıl fark, AB'de standardizasyonun ayrıntı düzeyidir. NIS2 Direktifi'ni uygulayan 2024/2690 sayılı Komisyon Uygulama Tüzüğü ile birlikte, olayların ne zaman "önemli" sayılacağı açık ölçütlerle belirlenmiştir: etkilenen kullanıcı sayısı, kesinti süresi, veri gizliliğine etkisi, finansal kayıp tutarı ve tekrarlayan olayların birikimli etkisi gibi somut kriterler bulunmaktadır. Finans sektöründe de DORA Tüzüğü ve ilgili uygulama düzenlemeleri, bildirim formlarının alanlarını ve süreç adımlarını tek tip hale getirmiştir. Türkiye'de SGB'nin çıkaracağı usul ve esaslarda bu düzeyde ayrıntılı kriterler belirlediğinde, III. bölümde haritalanan çok katmanlı yapıdaki her kurum, IV. A'da önerilen tek olay anlatısından kendi görev alanına giren bilgileri seçip alabilecektir. SGB, BTK, BDDK gibi kurumlar bu sayede koordineli çalışabileceklerdir.

Türkiye'ye özgü modelin Avrupa deneyiminden çıkaracağı ikinci ders, *lex specialis* kuralının açık yazımıdır. NIS2 ile DORA arasındaki ilişki, finansın risk yönetimi ve raporlama alanlarında DORA'yı öncelikli kılmıştır; PSD2 ile DORA arasındaki ilişki ise ödeme hizmetleri olay bildirimini DORA'ya konsolide etmiştir. Aynı mantıkla SGB'nin ikincil düzenlemeleriyle finans için BDDK-TCMB-SPK eksenini, sermaye

¹⁴³ EU-CyCLONe'nin rolü ve NIS2 m. 23(5) kapsamında erken uyarı geri bildirimi.

piyasası şeffaflığı için KAP disiplini ve kişisel veri ihlallerinde Kurul'un yetmiş iki saat penceresini açıkça gösteren bir eşleştirme maddesi, sınır çizgilerini tartışmasız hale getirebilmektedir. KOBİ'ler için sadeleştirilmiş alanlar ve rehberli akış tasarımı ise IV. A'da önerilen orantılılık ilkesini somutlaştırabilecektir.

Ürün güvenliğinde CRA'nın tekil bildirim platformu ile olay güvenliğinde NIS2'nin ulusal CSIRT merkezli hattının farklı amaçlara hizmet ettiğini unutmamak gerekmektedir. Birinci hat üretici-araştırmacı-pazar güvenliği ekseninde ürün zafiyetlerinin hızlı kapanmasına, ikinci hat ise hizmet sürekliliği ve kamu yararı perspektifinden operasyonel müdahalenin senkronize edilmesine odaklanmaktadır. IV. A'da önerilen ikiz hat kurgusu, AB'de ayrılmış iki hattın birlikte çalışmasını yerli bağlama taşımaktadır.

Son olarak, modelin kurumlar arası işlemlerini sağlayacak yumuşak eş güdüm katmanı, AB'de ENISA'nın oynadığı rolün yerli karşılığı olan SGB'ye denk düşecektir. NIS2'nin iş birliği yapıları ve EU-CyCLONe ile CSIRT ağı arasındaki veri paylaşım mimarisi, senaryo temelli tatbikatlar ve ortak sözlüklerle güçlendirilmektedir. Aynı şekilde, SGB'nin de ulusal düzeyde ortak terminoloji sözlüğü ve sektörlerle özgü ek alanları içeren form şemasını ilan etmesi, ENISA'nın standardizasyon yaklaşımıyla aynı dili kurabilecektir.

Bu karşılaştırma, AB'nin önce esneklikten kaynaklanan farklılaşmayı yaşayıp sonra ayrıntı düzeyi yüksek standardizasyonla parçalanmayı giderdiğini, finans ve ürün güvenliği gibi alanlarda *lex specialis* ve tekil platform çözümleriyle akışı sadeleştirdiğini ve iş birliği mimarisini operasyonel geri bildirim odaklı kurduğunu ortaya koymaktadır. Türkiye'de 7545 sayılı Kanun'un verdiği ikincil düzenleme yetkisi, aynı hedeflere daha başlangıçta ulaşmak için elverişli bir yöntemdir. SGB'nin bu makalede önerilen tek giriş-çok çıkış mimarisini, zaman çizelgesini, eşiğe dayalı sınıflandırmayı, form-prosedür standardizasyonunu ve sektörel uzmanlığı koruyan ama rapor yükünü tekilleştiren bir eş güdüm rejimini oluşturmaya mümkün görünmektedir.

V. Sonuç

Çalışmanın ortaya koyduğu tablo, Türkiye'de siber olay bildirimine ilişkin hukuki mimarının tek merkezli bir rejime indirgenmediğini göstermektedir. 7545 sayılı Kanun sonrasında dahi sektörel düzenlemeler kendi amaç ve araçlarıyla birlikte işlemeye devam etmektedir. Bu çoğul yapı, bildirimin tek bir hukuki kategoriye sığmadığını ortaya koymaktadır. Her düzenleyici alan olayın niteliğini kendi risk epistemolojisi içinde yeniden tanımlamakta, dolayısıyla aynı vakıa farklı süre, format ve muhataplara yönelen çoklu yükümlülükleri tetikleyebilmektedir.

Teorik çerçevede incelenen risk toplumu ve merkezsiz regülasyon perspektifi, bu yapının kaçınılmazlığını açıklamaktadır. Siber risklerin çok boyutlu doğası, farklı epistemik toplulukların devreye girmesini gerektirmektedir. BDDK finansal istikrar perspektifinden, BTK teknik altyapı sürekliliği açısından, SPK piyasa şeffaflığı bağlamında, KVKK kişisel veri güvenliği çerçevesinde aynı olayı değerlendirmektedir. Her bir perspektif farklı bir uzmanlık alanını, farklı bir risk metodolojisini ve farklı bir düzenleme mantığını içermektedir. Dolayısıyla paralel yükümlülüklerin varlığı, riskin kendisinin çok boyutlu yapısının kurumsal düzeyde bir yansımasıdır.

Metin boyunca izi sürülen süre rejimleri ve eşikler bu çok katmanlılığın pratik karşılığını açıkça göstermektedir. Gecikmeksizin, derhal, en kısa sürede ve 72 saat gibi zaman ifadeleri yeknesak bir yoruma kavuşmamıştır. Sektörel mevzuatta yer yer açık eşikler bulunurken, yer yer belirsizlikler devam etmektedir. Bu durum, aynı olayın farklı kanallarda farklı hız ve ayrıntı düzeyleriyle raporlanmasını gündeme getirmektedir. Bankacılık, sermaye piyasası, elektronik haberleşme, ödeme hizmetleri, kişisel veriler, tıbbi cihaz ve havacılık gibi alanlar bakımından bildirim yükümlülüklerinin dayanakları, muhatapları ve veri setleri değişmektedir. Bu değişkenlik olay yönetiminin hukuki boyutuna sadece nicel bir yük değil, niteliksel bir karmaşıklık da eklemektedir.

Bu bulgular, çok merkezli düzenleme mantığının iki yüzünü görünür kılmaktadır. Bir yandan sektörel uzmanlık, riskin bağlamsal

niteliğini yakalayabilen denetim ve gözetim mekanizmaları üretmektedir. Diğer yandan mükerrer raporlama, idari maliyet ve koordinasyonsuzluk ihtimali özellikle olay anında karar alma süreçlerini zorlaştırmaktadır. Büyük ölçekli aktörler bakımından operasyonel planlama ve kaynak tahsisi sorunları ortaya çıkmakta, küçük ve orta ölçekli kurumlar bakımından ise fiili uyum kapasitesini aşan yükler söz konusu olabilmektedir. Çalışmanın sektörel kesitleri bu ikili dinamiğin ölçülebilir olduğunu göstermektedir.

Karşılaştırmalı çerçeve, tartışmayı teknik uyum arayışının ötesine taşıyarak yönetişimsel bir öğrenme imkânına işaret etmektedir. Avrupa'daki standartlaşmış zaman çizelgeleri ve bildirim şablonları, etkinliğin tek başına kurumsal merkezileşmeden değil, bilgi akışının yeknesaklığından beslendiğini düşündürmektedir. Bu gözlem, Türkiye'de ortaya çıkan çoğul rejimin normatif bir dağınıklık olarak değil, koordinasyon kapasitesi inşa edildiğinde değer üretebilecek bir düzenleme alanı olarak okunabileceğini göstermektedir. NIS2'nin getirdiği üç aşamalı zaman çerçevesi, DORA'nın finansal sektör için öngördüğü konsolide yaklaşım ve CRA'nın ürün güvenliği alanında kurduğu tekil platform modeli, Türkiye'nin ikincil düzenlemeler yoluyla benzer standartları kurması için somut örnekler sunmaktadır.

Çalışmanın önerdiği eşgüdümlü bildirim çerçevesi, meta-regülasyon yaklaşımından hareketle koordinasyonsuz çokluk sorununa çözüm aramaktadır. Önerilen model, operatörlerin SGB tarafından işletilen merkezi bir portal üzerinden tek bir bildirim yapmasını öngörmektedir. Bu tekil bildirim, akıllı yönlendirme mekanizması aracılığıyla olayın niteliğine göre ilgili sektörel düzenleyicilere otomatik olarak iletilmektedir. Örneğin bir bankanın ödeme sistemlerini etkileyen siber olay, sistemin analiziyle BDDK'ya operasyonel risk boyutuyla, TCMB'ye ödeme sistemleri perspektifinden ve halka açık bankaysa SPK'ya operasyonel etki açısından eşzamanlı ulaşmaktadır. Böylece kuruluş aynı bilgiyi tekrar tekrar farklı formatlarda girmek zorunda kalmamakta, her düzenleyici kurum ise kendi perspektifinden ihtiyaç duyduğu veri setine erişebilmektedir.

Ancak bu koordineli mimari, tüm bildirimlerin tek kanala indirgenmesi anlamına gelmemektedir. Kişisel veri ihlalleri ve sermaye

piyasa şeffaflığı alanlarında farklı menfaatlerin korunması nedeniyle ayrı bildirim hatlarının varlığı rasyoneldir. KVKK'nın koruduğu temel hak ve özgürlükler, operasyonel risk yönetiminden farklı bir meşruiyet temeline dayanmaktadır. NIS2-GDPR ilişkisinde görüldüğü üzere, kişisel veri ihlali bildirimi ayrı bir rejim olarak işlemekte ve siber güvenlik bildirimiyle koordinasyon mekanizmalarıyla bağlantılandırılmaktadır. Benzer şekilde KAP üzerinden yapılan kamuyu aydınlatma, doğrudan yatırımcı koruması ve piyasa güvenliğini sağlama amacına hizmet etmekte, düzenleyici gözetimden farklı bir işlev görmektedir. Dolayısıyla önerilen model, operasyonel risk ve teknik altyapı odaklı bildirimleri konsolide ederken, temel hak temelli ve piyasa şeffaflığı odaklı bildirimlerin ayrı kanallarını muhafaza etmektedir.

Modelin işleyişi ortak veri sözlüğü ve risk temelli kademeli bildirim sistemine dayanmaktadır. Ortak veri sözlüğü, farklı kurumların aynı kavramları aynı şekilde anlamasını sağlamakta ve karşılaştırılabilirliği mümkün kılmaktadır. Risk temelli kademeli bildirim ise olayın tespit edilmesinden itibaren üç aşamalı bir süreç öngörmektedir. İlk bildirim olayın farkına varılmasıyla birlikte minimum bilgi setiyle yapılmakta, detaylı bildirim makul süre içinde kök neden analizi ve etki değerlendirmesiyle sunulmakta, nihai rapor ise olayın çözümlenmesinden sonra alınan kalıcı önlemleri ve çıkarılan dersleri içermektedir. Bu yapı, hem operatörlerin uyum yükünü hafifletecek hem de düzenleyici kurumların kendi perspektiflerinden risk değerlendirmesi yapmasına imkân tanıyacaktır.

Siber Güvenlik Başkanlığı'nın meta-regülatör rolü bu bağlamda kritik önem taşımaktadır. Başkanlık, doğrudan tüm bildirimleri tek başına yöneten bir otorite olmaktan ziyade, sektörel kurumların bildirim mekanizmalarını koordine eden, ortak standartlar geliştiren ve bilgi akışını kolaylaştıran bir üst düzey koordinasyon işlevi görmelidir. Meta-regülasyon yaklaşımında düzenleyici otorite, orkestra şefi gibi farklı düzenleme aktörlerinin koordinasyonunu sağlar, bilgi akışını kolaylaştırır ve ortak standartları teşvik eder ancak tüm düzenleme sürecini tek başına kontrol etmez. Bu perspektif, sektörel uzmanlığı

köreltmeden koordinasyon maliyetlerini minimize etmeyi mümkün kılmaktadır.

Çalışmanın kaleme alındığı dönemde Avrupa Birliği'nde Komisyon'un Digital Omnibus Tüzük taslağıyla GDPR, NIS2 ve DORA başta olmak üzere temel dijital mevzuatta yer alan bildirim yükümlülüklerini tek bir giriş noktasında toplama ve yüksek risk odaklı, yeknesak şablonlara bağlama yönünde adım atması, burada önerilen eşgüdümlü bildirim çerçevesinin yalnızca ulusal bağlama özgü pragmatik bir çözüm değil, aynı zamanda karşılaştırmalı hukuk düzleminde ortaya çıkan genel yönetim trendiyle uyumlu olduğunu göstermektedir.¹⁴⁴ AB'nin parçalı rejimleri sonradan rasyonalize etmeye dönük bu çabası karşısında, Türkiye'de 7545 sayılı Kanun'un tanıdığı ikincil düzenleme yetkisi, çok merkezli siber güvenlik yönetişimini baştan itibaren koordine edilmiş bir çoğulluk zemininde inşa etme bakımından önemli bir fırsat penceresi sunmaktadır.

Sonuç itibarıyla çalışma, siber olay bildirimine ilişkin hukuki çerçevenin geçişsel bir evrede bulunduğunu ortaya koymaktadır. Sektörel özerklik ile ulusal eşgüdüm arasındaki ilişki belirleyici mesele haline gelmiştir. Hukuki öngörülebilirlik, düzenleyici tutarlılık ile idari esneklik arasındaki dengenin bundan sonraki dönemde rejimin başarısını tayin edeceği açıktır. Mevcut mimari tekil bir merkezden yönetilen yekpare bir sistem değildir. Ancak kavramsal dilin ve veri sözlüğünün yakınsaması ölçüsünde işlevsel hale gelebilecek çok katmanlı bir yönetim alanı potansiyeli taşımaktadır. 7545 sayılı Kanun'un tanıdığı ikincil düzenleme yetkisi, bu potansiyelin gerçekleştirilmesi için elverişli bir araçtır. İkincil düzenlemelerin tasarımı AB deneyiminden alınacak dersler, koordineli çoğulculuk perspektifi ve orantılılık ilkesi gözetildiğinde, Türkiye etkin bir siber güvenlik olay bildirim rejimi kurabilecektir.

¹⁴⁴ Digital Omnibus Teklifi, COM(2025) 837 final, md. 10

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Peer-Review: Externes Peer-Review-Verfahren.

Interessenkonflikt: Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

Finanzielle Unterstützung: Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

EXTENDED SUMMARY

This study examines the complex landscape of cybersecurity incident notification obligations in Turkey, analyzing the theoretical foundations, practical implications, and optimal design of multi-layered reporting architectures through the lens of risk governance, decentered regulation, and meta-regulatory frameworks.

Turkey's cybersecurity notification regime has entered a new phase with the enactment of the Cybersecurity Law (Law No. 7545), establishing the Cybersecurity Presidency (SGB) as a central coordinating authority. However, this new framework does not replace existing sectoral notification mechanisms maintained by regulatory bodies including the Information and Communication Technologies Authority (BTK), the Banking Regulation and Supervision Agency (BDDK), the Capital Markets Board (SPK), the Energy Market Regulatory Authority (EPDK), and others. This creates a situation where the same cybersecurity incident may trigger multiple, parallel reporting obligations to different authorities, each with distinct timelines, formats, and thresholds. The research question centers on how this polycentric notification architecture can be optimized to balance regulatory effectiveness with compliance burden.

The analysis draws on three interconnected theoretical perspectives. Risk society theory explains why cyber risks inherently defy singular regulatory categorization. Modern cyber risks exhibit characteristics that transcend traditional boundaries: they are spatially and temporally unbounded, often invisible without technical expertise, potentially irreversible in impact, exceed conventional liability frameworks, and challenge democratic decision-making processes. This multi-dimensional nature means that a single incident simultaneously constitutes an operational continuity issue, a data protection breach, a financial stability risk, and potentially market-sensitive information. Decentered regulation theory demonstrates that regulation emerges not from a single hierarchical authority but from complex interactions among multiple actors, knowledge flows, and power relationships. Different regulatory communities operate with distinct rationalities: BDDK approaches cyber incidents through financial stability metrics; BTK focuses on network infrastructure resilience; SPK evaluates market transparency implications; KVKK safeguards fundamental rights related to personal data. Meta-regulation and coordinated pluralism concepts provide the normative framework for

addressing coordination challenges without sacrificing the benefits of polycentricity, establishing common standards and information-sharing protocols while preserving sectoral autonomy.

The study maps detailed notification requirements across sectors. The Cybersecurity Law mandates "without delay" notification to SGB for detected vulnerabilities or cyber incidents. BDDK requires immediate reporting through cyber incident management procedures. SPK demands "immediate" notification under its Information Systems Management Communiqué and public disclosure through the Public Disclosure Platform for material events. BTK stipulates reporting breaches affecting more than 5% of subscribers "as soon as possible." KVKK establishes a 72-hour deadline for personal data breach notifications. TCMB requires "immediate" notification for payment system incidents. EPDK employs a maturity-level-based differentiated obligation system. This multiplicity creates three categories of problems: definitional inconsistencies where the same incident receives different classifications, temporal conflicts between vague terms and specific deadlines, and format diversity requiring duplicate data entry across separate reporting systems.

The European Union's approach offers instructive solutions. The NIS2 Directive establishes a standardized three-stage timeline: early warning within 24 hours, incident notification within 72 hours, and final report within one month. Commission Implementing Regulation 2024/2690 provides quantifiable thresholds for determining incident significance, including financial loss exceeding €500,000 or 5% of annual revenue, service interruptions lasting more than 30 minutes, and impact affecting at least 5% or one million EU users. The Digital Operational Resilience Act demonstrates sector-specific consolidation, explicitly amending the Payment Services Directive 2 to channel all ICT incident reporting through DORA's framework, thereby eliminating duplicate reporting. The Cyber Resilience Act establishes a single reporting platform operated by ENISA for product vulnerabilities, showing how specialized domains can benefit from unified channels.

The study proposes an integrated notification framework based on meta-regulatory principles, operating through a single-entry-multiple-exit architecture. Operators would submit a unified report through SGB's centralized portal using a common data dictionary. Intelligent routing mechanisms would automatically distribute relevant information to appropriate

sectoral authorities based on incident classification. The framework incorporates three essential components: a common data dictionary standardizing terminology while accommodating sector-specific data fields, a minimum common dataset including incident detection time and affected systems, and sector-specific modules allowing each authority to request additional information relevant to its regulatory perspective. Risk-based tiered reporting implements a three-stage process with initial notification for situational awareness, detailed notification with comprehensive analysis, and final reports documenting remedial actions and lessons learned. The SGB's role evolves from parallel regulator to meta-regulator, coordinating sectoral mechanisms rather than directly managing all notifications. Certain notification channels remain separate due to distinct protected interests: KVKK's fundamental rights protection and KAP's investor protection functions serve different legitimacy bases than operational risk supervision, warranting independent mechanisms with coordination protocols.

The study demonstrates that Turkey's multi-layered cybersecurity notification regime reflects not regulatory dysfunction but the inherent multi-dimensionality of cyber risk. Parallel obligations arise from different epistemological communities evaluating the same incident through distinct analytical frameworks. The Cybersecurity Law's secondary regulation authority provides the legal foundation for implementing coordinated notification architecture through common data dictionaries, standardized timelines aligned with international best practices, quantifiable thresholds for incident classification, and automated information-sharing protocols, achieving effective cyber risk governance without sacrificing sectoral expertise.

KAYNAKÇA

- ADAMS, S. vd. "The Governance of Cybersecurity : A Comparative Quick Scan of Approaches in Canada, Estonia, Germany, the Netherlands and the UK". *Tilburg University / WODC, Lahey*.
- AKGÜN, Mustafa. "Bağımsız İdari Otoritelerin Anayasal Statüsünün Belirlenmesi İhtiyacı: Teorik ve Pratik Gerekçeler". *Amme İdaresi Dergisi* 57/2 (2024), 29-60.
- AKTAN, Coşkun Can - Yay, Serdar. "REGÜLASYON İKTİSADINA GİRİŞ". *Ekonomi Bilimleri Dergisi* 8/1 (31 Aralık 2016), 59-72.
- AYRES, Ian - Braithwaite, John. *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. Oxford University Press, 1992. <https://doi.org/10.1093/oso/9780195070705.001.0001>
- BALDWIN, Robert vd. *LSE Research Online Documents on Economics*. "Risk Management and Business Regulation". *LSE Research Online Documents on Economics*. <https://ideas.repec.org/p/ehl/lserod/35975.html>
- BALDWIN, Robert vd. (ed.). *The Oxford handbook of regulation*. Oxford, U. K: Oxford University Press, 1st pbk. ed., 2012.
- BALDWIN, Robert vd. *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*. New York: Oxford University Press, 2nd ed., 2012.
- BECK, Ulrich vd. *Reflexive Modernization: Politics, Tradition and Aesthetics in the Modern Social Order*. Stanford University Press, 1994.
- BECK, Ulrich. *Risk Society: Towards a New Modernity*. London: Sage, Repr., 2009.
- BECK, Ulrich. *World at Risk*. Polity, 2009.
- BLACK, Julia. "Constructing and Contesting Legitimacy and Accountability in Polycentric Regulatory Regimes". *Regulation & Governance* 2/2 (2008), 137-164. <https://doi.org/10.1111/j.1748-5991.2008.00034.x>
- BLACK, Julia. "Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a 'Post-Regulatory' World".

- Current Legal Problems* 54/1 (01 Ocak 2001), 103-146.
<https://doi.org/10.1093/clp/54.1.103>
- BLACK, Julia. "Regulatory Conversations". *Journal of Law and Society* 29/1 (2002), 163-196. <https://doi.org/10.1111/1467-6478.00215>
- BLACK, Julia. "The Emergence of Risk-Based Regulation and the New Public Risk Management in the United Kingdom". *Public Law*, 510-546.
- BLACK, Julia - Baldwin, Robert. "Really Responsive Risk-Based Regulation". *Law & Policy* 32/2 (15 Mart 2010), 181-213.
<https://doi.org/10.1111/j.1467-9930.2010.00318.x>
- BURNUKARA, Simay. *2001 krizi sonrası Türk bankacılık sisteminde BDDK'nın rolü ve fonksiyonu*. İstanbul Ticaret Üniversitesi, 2012.
<https://acikerisim.ticaret.edu.tr/items/72bcbae1-3f64-47ce-85f5-2f1a47c72515>
- CARTER, David P. - Mahallati, Nadia. "Coordinating Intermediaries: The Prospects and Limitations of Professional Associations in Decentralized Regulation". *Regulation & Governance* 13/1 (2019), 51-69. <https://doi.org/10.1111/reg0.12167>
- COEN, David - Thatcher, Mark. "Network Governance and Multi-Level Delegation: European Networks of Regulatory Agencies". *Journal of Public Policy* 28/1 (Nisan 2008), 49-71.
<https://doi.org/10.1017/S0143814X08000779>
- COGLIANESE, Cary - Lazer, David. "Management-Based Regulation: Prescribing Private Management to Achieve Public Goals". *Law & Society Review* 37/4 (Aralık 2003), 691-730.
<https://doi.org/10.1046/j.0023-9216.2003.03703001.x>
- COGLIANESE, Cary - Mendelson, Evan. "Meta-Regulation and Self-Regulation". *The Oxford Handbook of Regulation*. ed. Robert Baldwin vd. 0. Oxford University Press, 2010.
<https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199560219.003.0008>
- DEIBERT, Ronald J. - Rohozinski, Rafal. "Risking Security: Policies and Paradoxes of Cyberspace Security". *International Political Sociology*

- 4/1 (01 Mart 2010), 15-32. <https://doi.org/10.1111/j.1749-5687.2009.00088.x>
- ECKERT, Sandra - Börzel, Tanja A. "Experimentalist Governance: An Introduction". *Regulation & Governance* 6/3 (2012), 371-377. <https://doi.org/10.1111/j.1748-5991.2012.01163.x>
- GIDDENS, Anthony. "Risk and Responsibility". *The Modern Law Review* 62/1 (1999), 1-10.
- GREENBERG, Andy. *Sandworm: A New Era of Cyberwar and the Hunt for the Kremlin's Most Dangerous Hackers*. New York: Doubleday, 2019.
- HANCHER, L. - Moran, M. "Organizing Regulatory Space". *A Reader on Regulation*. ed. Robert Baldwin vd. 0. Oxford University Press, 1998. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198765295.003.0005>
- HOOD, Christopher vd. *The Government of Risk: Understanding Risk Regulation Regimes*. OUP Oxford, 2001.
- HUTTER, Bridget M. *The attractions of risk-based regulation: accounting for the emergence of risk ideas in regulation*. CARR London, 2005. https://web.actuaries.ie/sites/default/files/erm-resources/205_The_attractions_of_risk_based_regulation_accounting_for_the_emergence_of_risk_ideas_in_regulation.pdf
- IŞIK, Alper. *İnternet Aktörleri ve Egemenliğin Değişen Boyutları*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2. Basım, 2025.
- JAMES, Oliver. "Regulation Inside Government: Public Interest Justifications and Regulatory Failures". *Public Administration* 78/2 (2000), 327-343. <https://doi.org/10.1111/1467-9299.00208>
- KAYA, Mehmet Bedii. "Self-Disclosure or Burying the Evidence Dilemma: A Legal Review of the Data Breach Rules under the Turkish Personal Data Protection Law". *Annales de La Faculté de Droit d'Istanbul* 70 (31 Aralık 2021), 195-241. <https://doi.org/10.26650/annales.2021.70.0007>
- KAYA, Mehmet Bedii. "Siber Güvenlik Hukuku". *Dijital Baskı*. mbkaya.com/hukuk/siber-guvenlik-hukuku.pdf

- KOLİBA, Christopher J. vd. *Governance Networks in Public Administration and Public Policy*. New York: Routledge, 2. Basım, 2018.
<https://doi.org/10.4324/9781315268620>
- LUHMANN, Niklas. *Risk: A Sociological Theory*. çev. Rhodes Barrett. Abingdon, Oxon New York, NY: Routledge, Taylor & Francis Group, 2017.
- MAGGETTİ, Martino. "De Facto Independence after Delegation: A Fuzzy-Set Analysis". *Regulation & Governance* 1/4 (2007), 271-294.
<https://doi.org/10.1111/j.1748-5991.2007.00023.x>
- OSTROM, Elinor. "Beyond Markets and States: Polycentric Governance of Complex Economic Systems". *The American Economic Review* 100/3 (2010), 641-672.
- O'SULLIVAN, K.P.V. - Flannery, Darragh. "A Discussion on the Resilience of Command and Control Regulation within Regulatory Behavior Theories". *Journal of Governance and Regulation* 1/1 (2012), 15-24. https://doi.org/10.22495/jgr_v1_i1_p2
- PAPADOPOULOS, Yannis. "How Does Knowledge Circulate in a Regulatory Network? Observing a European Platform of Regulatory Authorities Meeting". *Regulation & Governance* 12/4 (2018), 431-450. <https://doi.org/10.1111/rego.12171>
- PARKER, Christine. *The Open Corporation: Effective Self-Regulation and Democracy*. Cambridge University Press, 2002.
- POWER, Michael. *Organized Uncertainty: Designing a World of Risk Management*. Oxford University Press, 2007.
<https://doi.org/10.1093/oso/9780199253944.001.0001>
- RASBORG, Klaus. *Ulrich Beck: Theorising World Risk Society and Cosmopolitanism*. Cham: Springer International Publishing, 2021.
<https://doi.org/10.1007/978-3-030-89201-2>
- SARI, Ömür Kadri. "TÜRK HUKUKUNDA DÜZENLEYİCİ VE DENETLEYİCİ KURUMLARIN TEMEL İLKELERİ". *Danıştay Dergisi* 152 (2020), 277-298.

YESILKAGIT, Kutsal. "Institutional compliance, European networks of regulation and the bureaucratic autonomy of national regulatory authorities". *Journal of European Public Policy* 18/7 (01 Ekim 2011), 962-979. <https://doi.org/10.1080/13501763.2011.599965>

YEUNG, Karen - Ranchordás, Sofia. *An Introduction to Law and Regulation: Text and Materials*. Cambridge, UK; New York: Cambridge University Press, 2024.

Data Protection: Actions Taken by Equifax and Federal Agencies in Response to the 2017 Breach. United State Government Accountability Office, 2018.

**Anlaşmalı Boşanma Davası Açılabilmesi İçin Evliliğin Bir Yıl Sürmesi
Kuralının Anayasa Mahkemesi'nin 30.05.2024 Tarihli (2023/109 E.,
2024/113 K.) Kararı Çerçevesinde Değerlendirilmesi**

**Eine Analyse der Ein-Jahres-Ehebestandsdauer als Voraussetzung der
eilvernehmlichen Scheidung nach Art. 166 Abs. 3 ZGB im Lichte der
Entscheidung des Türkischen Verfassungsgerichts vom 30.05.2024
(2023/109 E., 2024/113 K.)**

Doç. Dr. Seda İrem Çakırca*

ÖZ

Türk Medeni Kanunu m. 166/f. 3'te düzenlenen anlaşmalı boşanma kurumu, tarafların iradelerine dayalı hızlı ve çatışmasız bir boşanma yolu olarak düzenlenmiştir. Ancak bu düzenlemenin uygulanabilmesi için evliliğin en az bir yıl sürmüş olması gerekir. Söz konusu süre şartı, doktrinde evlilik birliği fiilen sona ermiş olmasına rağmen, bireylerin yargı yoluyla boşanma haklarını kullanmalarını geciktirmesi sebebiyle tartışılmaktadır. Bu çalışmada, 30.05.2024 tarihli ve 2023/109 E., 2024/113 K. sayılı Anayasa Mahkemesi kararı çerçevesinde bir yıllık evlilik değerlendirilmektedir. Ayrıca, mukayeseli hukuk incelemeleriyle bu şartın çağdaş hukuk sistemlerindeki yeri ve anlamı irdelenerek, mevcut düzenlemenin günümüz aile yapısı ve aile hukuku anlayışı ile ne ölçüde örtüştüğü tartışılmaktadır. Çalışma sonucunda, yasa koyucuya yönelik çeşitli reform önerileri sunulmakta ve bireylerin aile hayatına ilişkin kararlarında sahip oldukları özerklik alanı yeniden değerlendirilmektedir.

* İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (icakirca@istanbul.edu.tr). ORCID: 0000-0002-1327-1833.



Anahtar Kelimeler: *Anlaşmalı boşanma, bir yıllık evlilik şartı, orantılılık ilkesi, temel hak ve özgürlükler, mukayeseli hukuk.*

The One-Year Marriage Requirement for Filing a Consensual Divorce Case in Turkish Law: An Analysis in View of the Constitutional Court's Decision Dated 30 May 2024 (No. 2023/109 E., 2024/113 K.)

ABSTRACT

The institution of consensual divorce, as regulated in Article 166(3) of the Turkish Civil Code, offers a swift and non-contentious means of dissolution of marriage based on the mutual intent of the parties. However, the applicability of this provision is contingent upon the condition that the marriage must have lasted for at least one year. This temporal requirement has been subject to scholarly debate, on the grounds that it may delay individuals' access to judicial divorce even when the marital union has effectively ceased. This study examines the one-year marriage requirement within the framework of the Constitutional Court judgment of 30 May 2024 (No. 2023/109 E., 2024/113 K.). Furthermore, the analysis incorporates a comparative legal perspective to explore how similar requirements are addressed in contemporary legal systems and to what extent the current Turkish regulation aligns with modern family realities. The study concludes by offering legislative reform proposals and critically reassessing the scope of individual autonomy in matters pertaining to family life.

Keywords: *Consensual divorce, one-year marriage requirement, principle of proportionality, fundamental rights and freedoms, comparative law.*

GİRİŞ

Aile, toplumun temel yapı taşlarından biri, bireylerin özel yaşamı ve kamusal düzen üzerinde doğrudan etkisi olan sosyal ve hukuki bir yapıdır. Ailenin oluşum biçimlerinden biri olan evliliğin hukuken sona erdirilmesine ilişkin düzenlemeler, yalnızca taraflar arasındaki kişisel

ilişkiyi değil, aynı zamanda devletin aile yaşamına müdahale sınırlarını da belirlemektedir. TMK m. 166/f.3'te yer alan anlaşmalı boşanma kurumu, tarafların ortak iradelerine dayalı, hızlı, sade ve çatışmasız bir boşanma süreci öngörerek bireylerin özel hayatlarına ilişkin kararlarını serbestçe alabilmelerini kolaylaştırmayı amaçlamaktadır.¹ Ne var ki evliliğin tarafların anlaşması neticesinde sona erdirilebilmesi için öngörülen “en az bir yıl evli kalmış olma” şartı, hem uygulamada çeşitli sorunlara yol açmakta hem de birey özerkliği, özel hayatın gizliliği gibi anayasal güvenceler bakımından doktrinde tartışmalara konu olmaktadır.²

Modern aile hukukunun kadın-erkek eşitliğini önceleyen, kusur prensibinden arındırılmış, yetişkinlerden çok çocuğu ve menfaatini merkeze alan, çok disiplinli yaklaşımlarla hareket eden yapısı, aile kurumundan ziyade bireysel özerkliğin önemini vurgulamaktadır. Aile hukuku artık statüden ziyade sözleşmeye ve sözleşmeden ilişkiye değer atfetmekte ve dolayısıyla da özel alanın özerk ve kişisel tercihlerle düzenlenmesi benimsenmektedir.³ Bu bağlamda, mehz İsviçre Medeni Kanunu'nda (Zivilgesetzbuch, ZGB) anlaşmalı boşanma için belirli bir süre evli kalmak şartı bulunmamaktadır. Aile hukukunun görevinin evlilik kurumunu korumak değil, yalnızca daha zayıf olan tarafları korumak olduğu, bu korumanın ise yalnızca evliliğin yasal bağıını sürdürmekle sağlanamayacağı; ancak evliliğin sona ermesinin sonuçlarını uygun şekilde düzenlemekle gerçekleştirilebileceğinin

¹ Özlem Tüzüner, §4. Boşanma ve Boşanmanın Sebepleri”, Medeni Hukuk II Aile Hukuku, Editörler: Metin İkizler/ Özlem Tüzüner, Adalet, 2. Baskı, Ankara, 2024, s. 155; Hilal Neval Tekin, Anlaşmalı Boşanma, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 73; Nevzat Özdemir, Türk-İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, Beta Yayınevi, İstanbul, 2003, s. 107.

² Özdemir, s. 121-123; Özlem Kırbaş, *Türk Hukukunda Eşlerin Anlaşmasına Dayanan Boşanma*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1994, s. 23; Tekin, s. 77.

³ Ingeborg Schwenzer, “Editorial: The Evolution of Family Law – From Status to Contract and Relation”, *European Journal of Law Reform*, Vol.3, 2001, ss. 199-200; Ingeborg Schwenzer, “Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen”, *Die Praxis des Familienrechts*, 2014, ss. 966-1008.

altının çizildiği⁴ İsviçre hukukunda, tarafların evlilik birliğini sona erdirmeye iradeleri esas alınmakta, evliliğin süresine bağlı herhangi bir sınırlama öngörülmemektedir. Bu farklılık, Türkiye'deki düzenlemenin günümüz bireysel özerlik anlayışı ve çağdaş aile yapıları ile ne ölçüde uyumlu olduğu sorusunu da gündeme getirmektedir.

Anılan süre koşulunun, özellikle evliliği fiilen sona ermiş ancak bir yılını doldurmamış eşler bakımından boşanma hakkını geciktirdiği ve bireylerin özel yaşamlarına ilişkin tercihlerini sınırladığı yönünde ciddi eleştiriler gündeme gelmiştir. Bu çerçevede, Anayasa Mahkemesi'nin 30.05.2024 tarihli ve 2023/109 E., 2024/113 K. sayılı kararı⁵, bir yıllık süre şartının anayasaya uygun olup olmadığı sorusunu gündemine almıştır. Her ne kadar Mahkeme çoğunluk kararıyla söz konusu düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna ulaşmışsa da karşı oy kullanan üyelerin kaleme aldığı görüşler, özellikle temel haklar, birey özerkliği ve devletin müdahale sınırları açısından zihin açıcı değerlendirmeler içermektedir.

Normatif ve analitik yöntem esas alınarak hazırlanan bu çalışmada TMK m. 166'da düzenlenen anlaşmalı boşanma kurumu hem özel hukuk hem de kamu hukuku perspektifinden değerlendirilmiştir. İnceleme kapsamında, Anayasa Mahkemesi'nin 2023/109 E., 2024/113 K. sayılı ve 30.05.2024 tarihli somut norm denetimi kararı, evlilik birliğinin sona erdirilmesine ilişkin medeni hukuk ilkeleri ile birlikte, anayasal temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimi, ölçülülük ilkesi ve kanun koyucunun takdir yetkisi bağlamında bir analiz yapılmıştır. Böylece çalışmada, pozitif hukuk normlarının yorumlanmasıyla birlikte disiplinler arası bir yaklaşım benimsenmiştir.

Sistematik olarak öncelikle Anayasa Mahkemesi kararı ışığında Türk hukukunda anlaşmalı boşanma rejimi ve bir yıllık evlilik süresi şartı değerlendirilerek, karşılaştırmalı hukuk örnekleri üzerinden Türkiye'deki düzenlemenin çağdaş aile yapıları ve temel hak ve özgürlüklerle ne ölçüde örtüştüğü analiz edilecektir. Son olarak, *de lege*

⁴ Ingeborg Schwenzer, *Modern Family Code*, Intersentia, 2006, s. 22.

⁵ RG. 28.11.2024, s. 32736.

ferenda düzenlemeler, modern aile hukuku anlayışıyla uyumlu olarak önerilecektir.

I. Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma Kurumu

A. Türk Medeni Kanunu'nda Anlaşmalı Boşanma Kurumunun Tarihsel Gelişimi

Türk Medeni Kanunu'nda evliliğin boşanma yoluyla sona erme nedenleri, sistematik olarak özel ve genel boşanma sebepleri olmak üzere iki ana başlık altında tasnif edilmiştir. Kanunun 161 ila 165. maddeleri arasında düzenlenen zina, hayata kast, pek fena veya onur kırıcı muamele, küçük düşürücü bir suç işleme veya haysiyetsiz hayat sürme, terk ve akıl hastalığı gibi haller, özel boşanma sebeplerini oluşturmaktadır. Buna karşılık, 166. maddede düzenlenen evlilik birliğinin temelinden sarsılması, ortak hayatın kurulamaması veya fiili ayrılık ve anlaşmalı boşanma ise genel boşanma sebepleri kapsamında değerlendirilmektedir⁶.

Hukukumuzda anlaşmalı boşanma kurumu, 1988 yılına kadar mevzuatta yer almamıştır. İlk kez 1936 yılında Gad Franko Milaslı tarafından ortaya atılan öneride, eşlerin birlikte boşanmayı talep etmeleri halinde hâkimin bu beyanı boşanmanın delili olarak kabul edebileceği belirtilmiş, ancak öneri o dönemde yasalaşmamıştır.⁷

1971 tarihli Türk Medeni Kanunu Ön Tasarısı'nda da anlaşmalı boşanma düzenlemesine yer verilmemiştir. Bu tercih, evliliğin korunması ve toplumsal işlevi gözetilerek açıklanmıştır. Ön Tasarı'da, evliliklerini yeni kurmuş çiftlerin ilk anlaşmazlıkta duygusal kararlarla boşanmaya yönelebilecekleri; tarafların boşanma imkânının evliliği farklı amaçlarla kullanmalarına olanak tanıyabileceği, sahte evlilikleri teşvik edebileceği ve böylece evlilik kurumunun toplum nezdindeki öneminin azalabileceği belirtilmiştir. Bu gerekçeler, boşanmanın

⁶ Mustafa Dural/Tufan Ögüz/Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, Gözden Geçirilmiş Yirminci Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2025, s.123.

⁷ Gad Franko Milaslı, "Boşanmanın Genişlemesi", *Hukuki Bilgiler Mecmuası*, No: 4920, 4951, 5018, 5113, 5368, 5348, 7009, İstanbul, 1936.

tamamen taraf iradelerine dayandırılmasının hukuken ve toplumsal açıdan uygun görülmemesi ile açıklanmıştır.⁸

1984 tarihli Türk Medeni Kanunu Ön Tasarısı'nda ise anlaşmalı boşanmaya sınırlı bir biçimde yer verilmiştir. Buna göre, evlilik en az bir yıl sürmüştü ve eşler ortak başvuruda bulunmuş veya bir eş diğerinin boşanma talebini kabul etmişse, hâkim evliliğin temelinden sarsıldığını kabul edebilmektedir. Ancak boşanma kararı verebilmek için hâkimin, tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin özgürce açıklandığına kanaat getirmesi ve mali sonuçlar ile çocukların durumu konusunda tarafların üzerinde uzlaştığı düzenlemeleri uygun bulması şart koşulmuştur.⁹ Ancak bu tasarı da yasalaşmamıştır.

1988 yılında hükümet tarafından sunulan anlaşmalı boşanmaya ilişkin ilk öneride, eşlerin birlikte boşanma başvurusunda bulunmaları veya bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi hâlinde hâkime, tarafların müşterek hayatlarını sürdürmemeleri durumunda boşanmayı gerçekleştirebileceği bir süre belirleme yetkisi tanınmıştı. Hâkim, bu sürecin sonunda tarafların ve çocukların menfaatlerini dikkate alarak gerekli değişiklikleri yapabilecek ve hâkim yaptığı değişikliklerin taraflarca kabulü hâlinde boşanma kararı verilebilecekti. Ancak Meclis'te gerçekleşen müzakereler sonucunda, yukarıda anılan ayrılık süresi hükmü metinden çıkarılmış; bunun yerine, boşanma için evliliğin en az bir yıl sürmüş olması koşulu eklenerek 3444 sayılı Kanun'un¹⁰ 4. maddesi oluşturulmuştur.¹¹ Bu düzenleme ile özellikle evlilik birliğinin başlangıç döneminde tarafların ani kararlar almasını sınırlamak ve evlilik kurumunun toplumsal önemini korumak amaçlanmıştır. 1988'de yürürlüğe giren eTMK m.134/f.3'te öngörülen anlaşmalı boşanma mekanizması, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun¹² 166. maddesinin 3. fıkrasında da aynı biçimde benimsenmiş ve günümüze kadar değişmeden yürürlükte kalmıştır.

⁸ 1971 tarihli Öntasarı, Bölüm Gerekçesi, ss. 111-112.

⁹ Özdemir, s. 10.

¹⁰ RG. T. 12.05.1988, s. 19812.

¹¹ 4. maddeye ilişkin gerekçe., 1. (Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Dönem 18, Yasama Yılı 1, S. Sayısı: 25, s. 5.

¹² RG. 08.12.2001, s. 24607.

Bu çerçevede, **anlaşmalı boşanma** (TMK m. 166/f. 3), eşlerin evlilik birliğini sona erdirmeye iradelerinde ve boşanmanın fer'î sonuçlarına (velayet, nafaka, mal rejiminin tasfiyesi vb.) ilişkin olarak da mutabakata vardıkları bir boşanma türü olarak düzenlenmiştir. Anlaşmalı boşanma, özellikle çağdaş hukuk sistemlerinde bireyin özel yaşamına ilişkin özerkliğini esas alan yaklaşımlar doğrultusunda gelişmiş, devlet müdahalesinin asgari düzeyde tutulmasını amaçlayan liberal hukuk anlayışının bir tezahürü olarak kabul edilmektedir.¹³ Bununla birlikte, Türk hukukunda anlaşmalı boşanma, tamamen taraf iradesine dayanan bir özel hukuk sözleşmesi şeklinde değil, **yargısal denetime tabi bir dava türü** olarak yapılandırılmıştır. TMK m. 166/f. 3 hükmü uyarınca, anlaşmalı boşanma kararının verilebilmesi için yalnızca tarafların anlaşması yeterli olmayıp, hâkimin tarafları bizzat dinlemesi, irade beyanlarının serbestçe açıklandığından ve evliliğin temelinden sarsıldığı yönündeki iradelerinin samimi olduğundan emin olması gerekmektedir.¹⁴ Anayasa Mahkemesi de 2008 yılında verdiği bir kararında anlaşmalı boşanma kurumunun Anayasa'ya aykırı olmadığını, hâkimin tarafların ikrarıyla bağlı olmasının, hâkimin takdir yetkisini ihlal etmediğini vurgulamıştır.¹⁵

Ayrıca, taraflar arasında düzenlenen ve boşanmanın fer'î sonuçlarını içeren anlaşma da hâkimin denetimine tabidir. Hâkim bu protokolü, **kamu düzeni, çocukların üstün yararı ve zayıf tarafın korunması** ilkeleri çerçevesinde inceleyerek gerekli görmesi hâlinde tek taraflı olarak değişiklik önerilerinde bulunabilir. TMK m. 166/f. 3 uyarınca, hâkim tarafından yapılan bu değişikliklerin geçerlilik kazanabilmesi, her iki eşin de bu değişiklikleri açıkça kabul etmesi şartına bağlıdır.

¹³ Schwenzer, 2001, ss.199-200.

¹⁴ Mehmet Erdem/Aslı Makaracı Başak, *Aile Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 135, Öz Seçer, "Anlaşmalı Boşanmada Eşlerin Yaptıkları Anlaşma", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C. 7, S. 2, ss.261-262; Cem Baygın/Ahmet Nar, *Medeni Hukuk Dersleri- II Aile Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2025, s. 322.

¹⁵ AYM, 2005/26 E., 2008/105 K., 15.5.2008 T. (RG. 5.11.2008, s. 27045).

Bu yönüyle anlaşmalı boşanma kurumu, boşanma yargılamasına egemen olan temel ilkelerden biri olan **“hâkimin taraf ikrarlarıyla bağlı olmaması”** ilkesinden kısmen ayrılmakta; birey özerkliği ile yargısal müdahale arasında hassas bir denge kurmaya çalışan karma nitelikli bir hukuki müessese olarak karşımıza çıkmaktadır.

B. Anlaşmalı Boşanmanın Genel Şartları

Bu çalışmada, TMK m.166/f.3'te yer alan anlaşmalı boşanma kurumunda öngörülen en az bir yıl evli kalma şartına odaklanılması sebebiyle, anlaşmalı boşanmanın genel koşullarına ayrıntılı biçimde değinilmeyecek; yalnızca söz konusu koşulların genel çerçevesi çizilecektir. Anlaşmalı boşanma, esas itibarıyla tarafların iradelerine dayanan bir hukuki kurum olarak değerlendirilmektedir; ancak, bu mekanizma yalnızca taraf iradelerinin beyanı ile sınırlı olmayıp, aile yapısının korunması ve özellikle çocukların yüksek yararının gözetilmesi amacıyla yargısal denetim sürecini de kapsamaktadır. Bu çerçevede, boşanmaya ilişkin iradelerin taraflar arasında uyumlu ve örtüşür nitelikte olması ön koşul olarak öne çıkmaktadır. Söz konusu uyum, davanın açılmasından önce de oluşabileceği gibi, dava sürecinin başlaması sonrasında da meydana gelebilmektedir. Mevzuat, tarafların birlikte mahkemeye başvurması ile bir eşin diğerinin açtığı davayı kabul etmesi durumları arasında herhangi bir ayrım öngörmemekte; her iki olasılıkta da evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı kabul edilerek yargısal değerlendirme sürecine zemin hazırlamaktadır.¹⁶

Asgari bir yıllık evlilik süresi şartını sağlayan eşlerin birlikte başvurmaları veya açılan davanın kabul edilmesi durumunda, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı yönünde ayrıca bir ispat faaliyeti yürütülmesine gerek yoktur. Hâkim, yalnızca tarafların özgür iradeleriyle hareket edip etmediklerini değerlendirir. Hâkim bu değerlendirmesini yapılırken Türk Medeni Kanunu'nun 4. maddesinde düzenlenen takdir yetkisi çerçevesinde hareket eder. Hâkim, tarafların irade beyanlarının sağlıklı olmadığını tespit ederse, boşanma kararı

¹⁶ Aydın Zevkliler, Emre Cumalıoğlu/Mehmet Beşir Acabey, *Medeni Hukuk III Aile Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s. 285.

veremez. Tarafların mahkeme huzurunda dinlenmesi kamu düzenine ilişkin olup, bu koşulun re'sen gözetilmesi zorunludur.¹⁷

Son olarak, boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumuna ilişkin olarak taraflar arasında varılan anlaşma, hâkimin denetimine tabidir. Hâkim, tarafların ve çocukların yararını gözeterek protokolde gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir.¹⁸ Ancak bu değişikliklerin geçerlilik kazanabilmesi, tarafların açık rızasına bağlıdır. Tarafların hâkimin müdahalelerine onay vermemesi durumunda, boşanmanın fer'i sonuçları üzerinde anlaşma sağlanmış sayılmaz ve anlaşmalı boşanmanın gerçekleşmesi mümkün olmaz.

C. Evlilik Birliğinin En Az Bir Yıl Sürmüş Olması Şartının Amacı ve Hukuki Niteliği

Anlaşmalı boşanma için öngörülen bir yıllık evlilik süresi şartı, yasa koyucu tarafından evliliğin yeterince olgunlaşmadan sona erdirilmesini önleme amacıyla getirilmiştir. Bu düzenlemeyle, özellikle aceleyle verilen boşanma kararlarının önüne geçilmesi, taraflara evliliklerini gözden geçirme ve aldıkları boşanma kararını yeniden değerlendirme fırsatının verilmesi amaçlanmıştır. Böylelikle, evlilik kurumunun ciddiyetinin korunması ve kısa süreli evliliklerin anlaşmalı şekilde sona erdirilmesinin önüne sınırlı da olsa bir engel konulmuştur.¹⁹ Kanun koyucunun bu amaca sahip olduğu Meclis görüşmelerinde eşlerin evlilik birliği içerisinde birbirlerine uyumlu olup olmadıklarını anlayabilmeleri için bir yıllık sürenin elzem olduğunun vurgulanmasından da anlaşılmaktadır. Anlaşmalı boşanma davası açabilmek için gerekli olan bir yıl evli kalma şartının aynı zamanda gerçekten evlenmek istemeyen ve fakat evliliğin sağlayacağı birtakım sonuçlardan (vatandaşlık vb. gibi) yararlanmak isteyen kişilerin

¹⁷ Özdemir, s. 180, Seçer, s. 262.

¹⁸ Y. 2 HD. 2004/9760 E., 2004/11194 K., 04.10.2004 T.; Y. 2 HD. 2006/20740 E., 2007/9728 K., 11.06.2007 T.; Y. 2 HD. 2009/21191 E., 2010/479 K., 013.01.2010 K., Y. 2 HD. 2015/15762 E., 2016/7531 E., 13.04.2016 T.; Y. 2 HD. 2005/3668 E., 2005/5523 K., 06.04.2005 T. (Lexpera İçtihat Bankası).

¹⁹ Süleyman Yılmaz, *Medeni Hukuk Cilt III Aile Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 203; Tekin, s. 76.

yapacağı sözde evlilikleri de engelleyici bir rol oynayacağından da söz edilmektedir.²⁰

Doktrinde ise anlaşmalı boşanmada evlilik birliğinin en az bir yıl sürmüş olması şartının gerekli olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre; eşlerin evliliğin uyum sürecini atlatmadan fevri kararlarla boşanma kararı almalarını engelleyecek, eşlere sorunları hakkında düşünme şansı veren bu şart mantıklı ve yerindedir.²¹ Başka bir görüş²² ise söz konusu bir yıllık sürenin evlilik kurumunun ciddiyeti ile bağdaşmayacak, kanun koyucunun yukarıda anılan amaçlarının gerçekleşmesini sağlayamayacak derecede kısa olduğunu iddia etmektedir.

Aksi bir görüş ise tarafların iradelerine üstünlük tanıyarak ve söz konusu evlilik birliğinin en az bir yıl sürmesi şartının aranmasının haklı ve yerinde olmadığını vurgulamaktadır.²³ Kanaatimizce de tarafların evliliğin devam etmemesi yönündeki iradelerini görmezden gelen, net belirlenmiş bir süre ile sınırlı olarak eşlerin birbirlerini tanımalarını, uyum göstermelerini bekleyen TMK m. 166/f.3 düzenlemesi yerinde değildir. Taraflar bir yıllık süre geçmeden de birbirleriyle uyumlu olmadıklarını anlayabilir ve bu yönde hareket etmek isteyebilirler. Kanunen getirilen bu sınırlandırma eşleri hızlı ve pratik şekilde gerçekleşecek anlaşmalı boşanma yoluyla değil başka gerekçelerle boşanma davası açmak zorunda bırakmaktadır. Kanunu dolanmaktan ve zaman kaybindan başka bir sonuca hizmet etmeyen evliliğin asgari bir yıl sürmesi şartı, bu çalışmada da değerlendirilecek karşılaştırmalı hukuk analizi doğrultusunda tekrar gözden geçirilmelidir.

²⁰ 743 Sayılı Türk Kanunu Medenîsinin Bazı Maddelerinin ve 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 49 ncu Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/392) s.1.

²¹ Ahmet Ayar, "Evliliğin Sona Ermesi", *Aile Hukuku*, Editörler: Şebnem Akipek Öcal, Hayrunnisa Özdemir, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 145.

²² Bilge Öztan, "3444 Sayılı Kanunla Getirilen Değişikliklerden Sonra Medeni Kanun'un 134. Maddesi", *Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan*, Ankara, 1990, s. 131.

²³ Özdemir, s. 121-123; Kırbaş, s. 23; Tekin, s. 77.

Bu sürenin, evlilik birliği fiilen sona ermiş taraflar bakımından boşanma sürecini gereksiz şekilde uzattığı; bireylerin kişisel kararlarına devlet tarafından ölçüsüz müdahale teşkil ettiği dikkate alınmalıdır. Nitekim birçok durumda taraflar boşanma iradelerinde kesin olup tüm koşullarda anlaşmış olsalar dahi, yalnızca sürenin dolmamış olması nedeniyle boşanma kararı verilememekte; bu durum yargının iş yükünü artıran, tarafları şekli süreçlerle oyalayan bir uygulama alanı yaratmaktadır.

Anlaşmalı boşanma davası açabilmek için en az bir yıl evli kalma şartının hukuki niteliği de doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre²⁴, söz konusu bir yıl HMK m. 114/f.2’de anılan dava şartlarındandır. Dolayısıyla hâkim dava şartının gerçekleşip gerçekleşmediğini re’sen dikkate alacak ve şartın gerçekleşmediği durumlarda davayı usul eksikliği sebebiyle reddedecektir. İşin esasına girmeden usulden reddin gerçekleşmesi durumunda davanın tekrar açılması mümkün olacaktır. Anlaşmalı boşanma davası, bir yıllık süre dolmadan dava açılmış ve fakat sürenin tamamlanmasına kısa bir süre kalmışsa, hâkimin davayı reddetmek yerine duruşmayı bir yıllık süre tamamlandıktan sonraki bir tarihe bırakmasının sadece süre nedeniyle davayı reddetmemesinin usul ekonomisi açısından daha uygun olacağı doktrinde belirtilmiştir.²⁵

Bununla birlikte, dava şartının eksikliği, mahkemece davanın esasına ilişkin inceleme öncesinde fark edilmemiş, taraflarca ileri sürülmemiş, ancak hüküm kurulmadan önce giderilmiş ise, söz konusu eksiklik sebebiyle davanın usulden reddine imkân bulunmamaktadır (HMK m. 115/3). Bu bağlamda, anlaşmalı boşanma davasının açıldığı sırada, evliliğin bir yılını tamamlamamış olması ve yargılama sürecinde bu durumun gözden kaçması, hüküm öncesinde eksikliğin giderilmesi durumunda hâkimin davayı usul yönünden reddetmesini engellemekte ve boşanmaya karar vermesini mümkün kılmaktadır. Bu yaklaşım, Yargıtay’ın geçmiş tarihli içtihatlarında²⁶ da desteklenmişse de daha

²⁴ Ayar, s. 146; Yılmaz, s. 204; Tekin, s. 78.

²⁵ Özdemir, s. 126; Erdem/ Makaracı Başak, s. 134. Bu durumda da davanın reddedilmesi gerektiğine ilişkin karşı bir görüş için bkz.: Yılmaz, s. 204.

²⁶ Y. 2. HD. 2003/2269 E., 2003/3453 K., 13.03.2003 T. (Lexpera İçtihat Bankası).

güncel kararlarında²⁷ Yargıtay, bir yıllık süreyi yalnızca bir dava şartı olarak değil, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına ilişkin kanuni karinenin önemli bir unsuru olarak değerlendirmektedir.

Yargıtay verdiği başka kararlarda²⁸ ise bir yıllık süre tamamlanmadan açılan anlaşmalı boşanma davalarının tümünden reddetmeyip, davaya devam edilmesini ve taraflarca ortaya konulan delillerin toplanması suretiyle TMK md.166/f. 1-2'nin şartlarının bulunup bulunmadığının araştırılmasını ve sonucuna göre karar verilmesi gerektiğini ifade etmişti.²⁹ Yargıtay'ın bu görüşü doktrinde tartışmalara yol açmış; bir yıllık sürenin tamamlanmadığı durumlarda mahkemenin derhal ret kararı vermesi gerektiğini ileri süren bir görüşün³⁰ karşısında anılan uygulamayı yerinde bulup anlaşmalı boşanamayan eşlerin boşanma iradelerini çekişmeli yargıda sadece TMK m. 166 ile sınırlı tutulmasını eleştiren bir görüş³¹ de mevcuttur.

Doktrindeki mevcut tartışmalara ve Yargıtay'ın birbiriyle çelişen kararlarına 2019 yılında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu verdiği bir kararla son noktayı koymuştur. Bu karara³² göre anlaşmalı olarak açılan boşanma davasında boşanma kararı verilebilmesi için ilk koşul; evlilik

²⁷ “... Kanun maddesinde öngörülen evliliğin bir yıl sürmüş olması koşulu, dava şartı (HMK md.114) olmayıp, yasada gösterilen eşlerin birlikte başvurmaları, ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi durumuyla birlikte, birliğin temelinden sarsılmış sayılacağına ilişkin yasal karinenin temel unsurudur. Bu nedenle bir yıllık sürenin dava açıldığı tarihte mevcut olması gereklidir. Dava açıldıktan sonra bir yıllık sürenin gerçekleşmesi de, açıklanan yasal karinenin oluşması için yeterli değildir.” Y. 2. HD. 2016/16989 E., 2018/553 K., 15.01.2018 T. Y. 2. HD. 2014/11460 E., 2014/22616 K., 13.11.2014 T. Aynı yönde bkz.: Y.2.H.D., 2014/11460 E., 2014/22616 K., 13.11.2014 T. (Lexpera İçtihat Bankası).

²⁸ Y. 2. HD. 2015/19968 E., 2015/21895 K., 19.11.2015 T.; Y. 2. HD. 2007/5277 E., 2008/2323 K., 26.02.2008 T.; Y. 2. HD. 2007/1911 E., 2007/15180 K., 07.11.2007 T., Y. 2. HD. 2007/16486 E., 2008/16566 K., 03.12.2008 T. (Lexpera İçtihat Bankası).

²⁹ Aynı yönde Baygın/Nar, s. 323.

³⁰ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.127.

³¹ Özdemir, s. 149-149.

³² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2017/1941 E., 2019/475 K., 18.04.2019 T. (Lexpera İçtihat Bankası).

birliğinin en az bir yıl sürmesidir ve bu koşulun tamamlanmadığı durumlarda hâkimin diğer şartları incelemeden boşanma davasını doğrudan reddetmesi gerekir.

Anlaşmalı boşanma kurumunun Türk Medeni Hukuku içindeki yeri ve işlevi ortaya konduktan sonra, bu kurumun normatif sınırlarının Anayasa çerçevesinde nasıl belirlendiği sorusu önem kazanmaktadır. Zira anlaşmalı boşanmanın yalnızca medeni hukuk bağlamında değil, aynı zamanda temel hak ve özgürlükler rejimi bakımından da değerlendirilmesi, bireylerin özel yaşamlarına ilişkin karar alma özgürlükleriyle aile kurumunun korunması arasında kurulan anayasal dengeyi anlamak açısından gereklidir. Bu bağlamda, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde Anayasa Mahkemesi kararının anayasal ilkeler ışığında nasıl değerlendirildiği ve anayasal değerler arasında kurulan dengenin niteliği tartışılacaktır.

II. Anayasa Mahkemesi'nin 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 166/f.3'te Yer Alan Evlilik Birliğinin En Az Bir Yıl Sürmüş Olması Şartının Anayasa'ya Aykırılığı İtirazının Esasına İlişkin Değerlendirmesi

Ankara 18. Aile Mahkemesi, Türk Medeni Kanunu'nun 166/3. maddesinde öngörülen, evlilik birliğinin en az bir yıl sürmüş olmasını şart koşan düzenlemenin, Anayasa'nın 5., 10., 14., 17. ve 41. maddeleri ile uyumlu olmadığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi nezdinde somut norm denetimi talebinde bulunmuştur. Somut norm denetimine başvuran mahkeme, söz konusu hükmün kişi iradesini sınırladığını, temel hak ve özgürlüklerin kullanımını ve eşitlik ilkesinin gerçekleştirilmesini önemli ölçüde güçleştirdiğini ileri sürmüştür. Buna göre, taraflarca fiilen sona erdirilen evliliklerin hukuken hâlâ geçerli sayılması, özellikle bir yıllık sürenin tamamlanmadığı durumlarda, bireyleri boşanma talebinde bulunabilmek için farklı prosedürlere başvurmaya ve uzun yargılama süreçlerine katlanmaya zorlamaktadır.

Anayasa Mahkemesi, 30 Mayıs 2024 tarihinde, Türk Medeni Kanunu m. 166/f.3'te öngörülen evlilik birliğinin en az bir yıl sürmesi şartının Anayasa'ya aykırılığı iddiasını oy çokluğuyla reddetmiştir. Başvuru, Anayasa'nın 5., 10., 14., 17. ve 41. maddelerine dayandırılmış

olmakla birlikte, Anayasa Mahkemesi incelemesini 30 Mart 2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un³³ 43. maddesi uyarınca yalnızca Anayasa'nın 13. ve 20. maddeleri çerçevesinde gerçekleştirmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin değerlendirmesi bu maddelerle sınırlı kalmışsa da bu çalışmanın konusunun kapsamı gereği, Anayasa'nın 10. ve 17. maddeleri bağlamında da değerlendirme yapılacaktır.

Anayasa'nın 20. maddesi "özel hayatın gizliliği" başlığı altında, herkesin özel ve aile hayatına saygı gösterilmesini talep etme hakkını güvence altına almaktadır. Özel hayat kavramının belirli bir tanımı olmamakla birlikte, esas olarak korunan hukuki değer kişisel özerkliktir. Özel hayata saygı hakkının kapsamı, bireyin kişiliğini geliştirme ve özgürce gerçekleştirme kapasitesi temel alınarak belirlenir. Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru kararlarında³⁴, bu hakkın herkesin müdahalelerden uzak ve kendine özel bir ortamda yaşama hakkını kapsadığını ve kişiliğin serbestçe gelişimiyle uyumlu çeşitli hukuki menfaatleri de içerdiğini ifade etmiştir.

Evliliğin kurulması kadar sona erdirilmesi de özel hayat ve aile hayatına saygı hakkıyla doğrudan ilişkilidir.³⁵ Bu bağlamda, eşlerin birlikte başvurusu veya bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi hâlinde evlilik birliğinin temelinden sarsılmış sayılmasına ilişkin karinenin geçerliliğini evliliğin üzerinden bir yıl geçmiş olmasına bağlayan düzenleme, söz konusu hakkın kullanımını sınırlandırmaktadır. Bu sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen usule uygunluk ölçütlerini karşılayıp karşılamadığı tartışma konusudur. Özel hayat ve aile hayatına saygı hakkının sınırlanması ancak kanunla, Anayasa'da öngörülen sınırlandırma gerekçelerine uygun ve ölçülü biçimde gerçekleştiğinde Anayasa'ya uygun olacaktır.

³³ RG. 03.04.2011, s. 27894.

³⁴ Serap Tortuk, B. No: 2013/9660, 21.01.2015, §§ 31-36; Bülent Polat, B. No: 2013/7666, 10.12.2015, §§ 61-63; Tefik Türkmen [GK], B. No: 2013/9704, 03.03.2016, §§ 50-52; Ata Türkeri, B. No: 2013/6057, 16.12.2015, §§ 30-32.

³⁵ AYM, 2023/116 E., 2024/56 K., 22. 02. 2024, § 17. (RG. 19. 04. 2024, s. 32522).

TMK m. 166/f.3'teki düzenleme, şeklen kanunilik şartını karşılamakla birlikte, kanuniliğin gerektirdiği öngörülebilirlik ve hukuk güvenliğini zedelememe şartını da sağladığı Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edilmiştir. Hüküm, boşanma kararının verilmesi için gerekli koşulları net ve açık biçimde ortaya koyması sebebiyle Anayasa Mahkemesi tarafından kanunilik ilkesine uygun bulunmuştur.³⁶

Özel hayat ve aile hayatına saygı hakkının sınırlanması kapsamında Anayasa m. 20/f.2'de belirtilen sınırlandırma gerekçeleri milli güvenlik, kamu düzeni ve suç işlenmesinin önlenmesi olup, TMK m. 166/f.3'teki sınırlama bu gerekçelerle değil, temel hak ve özgürlüklerin korunması ve aile kurumunun düzenlenmesi amacıyla yapılmıştır. Kanunilik ilkesine uygun olsa da düzenlemenin ölçülü olması zorunludur; ölçülülük ilkesi elverişlilik, gereklilik ve orantılılık boyutlarıyla değerlendirilmektedir.³⁷

Ölçülülük ilkesi elverişlilik, gereklilik ve orantılılık alt başlıkları altında değerlendirilmektedir. Anlaşmalı boşanma davası açabilmek için en az bir yıl evli kalma şartının Anayasa'nın 41. maddesinde de düzenlenen ailenin korunması ile ilişkili olduğu anlaşılmaktadır. Anayasa Mahkemesi kararında, anılan hükmün evliliklerin yaygınlaştırılması ve kolaylaştırılması amacına hizmet ettiğini vurgulamıştır.³⁸ Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa m. 41'in gerekçesine ilişkin yorumu kabul edilse dahi evlilik yapmak kadar evliliği sonlandırmanın en temel insan hakları arasında olduğu unutulmamalıdır. Evliliğin sürdürülmesi ve böylelikle aile kurumunun ayakta tutulmaya çalışılması bireysel özgürlükler dikkate alındığında her koşulda kabul edilebilecek bir amaç olmaktan uzaktır.

Anayasa Mahkemesi'nin yaptığı incelemede TMK m. 166/f.3'te yer alan sınırlamanın meşru amacın gerçekleştirilmesi için elverişli, bir yıl evli kalma şartının kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında başvurabileceği araçlardan olduğu ve gereklilik kriterini karşıladığı³⁹,

³⁶ AYM, 2023/109 E., 2024/113 K., 30. 05. 2024, § 16.

³⁷ AYM, 2020/82 E., 2021/20 K., 18. 03. 2021, § 15. (RG. 11. 06. 2021, s. 31508).

³⁸ AYM, 2023/109 E., 2024/113 K., 30. 05. 2024, § 19.

³⁹ AYM, 2023/109 E., 2024/113 K., 30. 05. 2024, § 23.

eşlerin evlilik birliğinin bir yıl sürmediği durumlarda Türk Medeni Kanunu'nda belirtilen diğer boşanma sebeplerini kullanarak boşanma hakkına sahip olmaları nedeniyle söz konusu düzenlemenin bireylere orantısız bir külfet yüklediğinden bahisle ölçülü⁴⁰ olduğu sonucuna ulaşmıştır. Bu gerekçelerle Anayasa Mahkemesi anlaşmalı boşanma davası açılabilmesi için gerekli olan en az bir yıl evli kalma şartının Anayasa'nın 13. ve 20. maddelerine aykırı olmadığına karar vererek, somut norm denetimi talebini oy çokluğu ile reddetmiştir.⁴¹

III. Anayasa Mahkemesi'nin Kararının Değerlendirilmesi

Anayasa Mahkemesi kararında çoğunluk ve azınlık oyları arasında belirgin anayasal yorum farklılıkları mevcuttur. Çoğunluk görüşü, anlaşmalı boşanma kurumuna ilişkin sınırlamanın, evlilik birliğinin korunması ve toplum yararı ilkeleri çerçevesinde anayasal olarak meşru ve gerekli olduğu kanaatini benimsemekte; bu doğrultuda, evliliğin korunmasına yönelik kamu yararının temel haklar üzerindeki sınırlandırma yetkisini haklı kıldığı değerlendirmesi yapmaktadır.⁴² Buna karşılık azınlık görüşü, bireylerin özel hayat ve evlenme özgürlükleri bağlamında temel hak ve özgürlüklerin gereksiz ve orantısız şekilde sınırlandırılmaması gerektiği kanaatindedir.⁴³ Azınlık oyları, evlilik bir yılını doldurmadan anlaşmalı boşanmanın yasaklanmasının, bireylerin özerklik alanına haksız bir müdahale teşkil ettiğini savunmakta ve bu müdahalenin anayasal ölçütler açısından meşruiyetini sorgulamaktadır. Bu görüş ayrımı, temel haklar ile kamu yararı arasında anayasal hakların dengeleme sürecine ilişkin farklı hukukî yaklaşımları ve yorumları ortaya koymakta; dolayısıyla, kararın anayasal çerçevede anlaşmalı boşanma kurumunun sınırlandırılmasına ilişkin değerlendirmeleri bakımından literatüre önemli bir katkı sağlamaktadır. Kararın gerekçesi ve karşı oy yazılarındaki ayrışma, anayasal yorumda çoğunluk yaklaşımının varlığını ve temel hak sınırlandırmalarına ilişkin yorum farklılıklarının hukukî tartışmalar

⁴⁰ AYM, 2023/109 E., 2024/113 K., 30. 05. 2024, § § 24-25

⁴¹ Engin Yıldırım ve Yıldız Seferinoğlu ise Mahkeme'nin görüşüne katılmamıştır.

⁴² AYM, 2023/109 E., 2024/113 K., 30. 05. 2024, § § 24-25.

⁴³ AYM, 2023/109 E., 2024/113 K., 30. 05. 2024, Karşı oy gerekçesi.

içindeki yerini göstermesi bakımından ayrıca değerlendirilmeye değerdir.

A. Temel Haklar ve Özgürlükler Açısından

Anayasa hukukunda bireyin özerkliği, özel hayatına ve aile ilişkilerine dair kararları özgürce verebilmesiyle doğrudan bağlantılıdır. Anayasa'nın koruma altına aldığı temel hak ve özgürlükler, sadece devlete karşı değil, aynı zamanda yargı süreçlerinde ortaya çıkabilecek orantısız sınırlamalara karşı da bireyi korumayı amaçlar. Bu bağlamda, anlaşmalı boşanma gibi tarafların ortak iradesine dayanan bir hukuki sürece şekli şartlarla sınırlama getirilmesi, bu özgürlüğün kapsamı açısından tartışma yaratmaktadır.⁴⁴ Özellikle bireyin aile yaşamı üzerindeki tasarruf serbestisinin, devletin müdahalesine karşı korunması gerektiği hem içtihatlar da hem de doktrinde sıkça vurgulanmaktadır.⁴⁵

Temel haklara yapılan sınırlamaların anayasal meşruiyetini belirleyen en önemli ilke orantılılıktır. Bir sınırlamanın orantılı sayılabilmesi için, amaca ulaşmak bakımından elverişli, gerekli ve ölçülü olması gerekir. Bu ilke hem Anayasa Mahkemesi hem de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında temel bir kriter olarak benimsenmiştir. Anlaşmalı boşanma davası açabilmek için evliliğin en az bir yıl devam etmiş olması şartı, her ne kadar evliliğin “aceleyle” sona erdirilmesini önlemeye yönelik bir amacı gerçekleştirmeye yönelikse de tarafların iradelerinin tam ve açık şekilde uyduğu durumlarda bu şartın zorunlu tutulması, gereklilik ve ölçülülük ilkeleri yönünden sorgulanmaya açıktır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de benzer şekilde, temel haklara getirilen sınırlamaların orantılı olması gerektiğine işaret etmiş ve özellikle boşanma hakkı gibi temel aile haklarına ilişkin sınırlamalarda katı ve mutlak şartların uygulanmasının

⁴⁴ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Ekin, 2022, s. 318-320; Bülent Tanör / Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta, 2019, s. 423-425; Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin, 2023, s. 167-170.

⁴⁵ Johnston ve diğerleri v. İrlanda, Başvuru Numarası: 9697/82; Bayraktar v. Türkiye, Başvuru Numarası: 27094/20.

hak ihlaline yol açabileceğini belirtmiştir.⁴⁶ Karara karşı oy kullanan Anayasa Mahkemesi üyeleri, gerekçelerinde bu noktaya dikkat çekmiş; tarafların özgür iradesine dayalı ve çocukların yüksek yararını da gözeten anlaşmalı boşanma hallerinde, bir yıllık evlilik süresinin aranmamasının hem birey özerkliği hem de yargının etkinliği bakımından daha uygun olacağını ifade etmişlerdir. Bu görüşlerde, bireyin aile ilişkileri üzerindeki tasarruf yetkisinin şekli engellerle sınırlandırılmasının, Anayasa'nın 17. ve 20. maddelerinde güvence altına alınan maddi ve manevi varlığı geliştirme hakkı ve özel hayatın gizliliğinin korunması hakkı ile bağdaşmadığı savunulmuştur. Ayrıca, bu gibi şekli süre koşullarının yargı sistemine gereksiz başvurulara neden olduğu ve uyuşmazlık çözüm süreçlerini uzattığı da belirtilmiştir. Söz konusu karşı oylar, orantılılık ilkesinin ışığında, kamu yararı ile birey hakları arasında kurulması gereken dengeyi öne çıkarmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, bireyin evlilik birliğini sürdürüp sürdürmeme kararının özel hayatın bir uzantısı olduğunu ve bu çerçevede birey özerkliğinin önemli bir parçasını oluşturduğunu çeşitli kararlarında kabul etmiştir. Örneğin, 22.02.2024 tarihli kararında⁴⁷, boşanma davasının reddi sonrası *“üç yıl süreyle boşanma imkânı tanımayan”* TMK m. 166/4 düzenlemesini, özel hayatına uzanan orantısız müdahale olarak görmüş ve iptal etmiştir. Mahkeme gerekçesinde, *“evlilik birliğinin kurulmasının yanı sıra sona erdirilmesi de, özel hayat ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkıyla doğrudan ilişkilidir”* ifadesine yer vererek, birey özerkliğini şekli engellerle sınırlamanın anayasaya aykırı olduğunu ortaya koymuştur. Muhammet Seme⁴⁸ ve Nurcan Çelik ve Diğerleri⁴⁹ başvurularında uzun süren boşanma sürecinin yeniden evlenme/aile kurma iradesine hukuken müdahale oluşturduğu belirtilmiş; Sabire Güngör kararında⁵⁰ ise devletin boşanma süreçlerini

⁴⁶ H. W. v. Fransa, Başvuru Numarası: 13805/21; Handyside v. Birleşik Krallık, Başvuru Numarası: 5493/72; N. v. Finlandiya, Başvuru Numarası: 38885/02; Piotrowski v. Polonya, Başvuru Numarası: 8923/12.

⁴⁷ Anayasa Mahkemesi 2023/116 E., 2024/56 K., RG. 19. 04. 2024, s. 32522.

⁴⁸ Başvuru Numarası: 2021/24581, 17. 09. 2024,

⁴⁹ Başvuru Numarası: 2022/22017, 14. 05. 2025.

⁵⁰ Başvuru Numarası: 2019/32487, 29. 02. 2024, RG. 08. 07. 2024, s. 3296.

makul sürede sonuçlandırma yükümlülüğü tanımlanmıştır. Bu kararlar, bireyin evlilik birliğine dair karar verme hürriyetinin anayasal özerkliğe doğrudan bağlı olduğunu göstermektedir.

Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi'nin de evliliği sona erdirmeye iradesi açık ve ortak olan bireylerin, yalnızca sübjektif olarak belirlenmiş bir süre engeline takılmaları, bu özerklik alanına ölçüsüz bir müdahale olarak değerlendirdiği görülmektedir.⁵¹ Kısa sürede sonuçlanabilecek, daha az maliyetli anlaşmalı boşanma yolunun tıkanmasına⁵² yol açan bu kural, eşlerin farklı yollarla, gerçeğe aykırı taraf ve tanık beyanlarıyla, neredeyse kanunu dolanarak⁵³ boşanma çabası içerisine girmeye zorlamakta olduğu karşı oy gerekçelerinde ifade edilmiştir. Karşı oy gerekçelerinde tarafların evliliğinin bir yıldan kısa sürdüğü durumlarda da etkin bir denetim mekanizması ile tarafların vardıkları uzlaşmanın adalet ve hakkaniyet merkezine çekilebileceği de vurgulanmıştır.⁵⁴ Özellikle bir yıl içerisinde bertaraf edilemeyecek sorunların baş göstermesi durumunda tarafların anlaşmalı boşanma taleplerinin katı bir şekilde reddedilmesi Anayasa'nın 41. maddesinde düzenlenen ailenin ve bireylerin korunması amacıyla da çelişecektir.⁵⁵

Öte yandan Anayasa m. 10 dikkate alındığında söz konusu şartın ayrıca evli çiftleri, evliliklerinin devam sürelerine göre farklı muameleye tabi tuttuğu, bir yıldan uzun süren evliliklerde anlaşmalı boşanma imkânı sağlanırken bir yıldan kısa evliliklerde bu imkânı sahip olmadıkları anlaşılabacaktır. Oysaki evliliğin ne kadar sürdüğüne bakılmaksızın, tarafların uzlaşması halinde boşanma taleplerinin eşit bir şekilde değerlendirilmesi, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının doğal bir sonucudur.⁵⁶ Dolayısıyla TMK m. 166/f.3'te düzenlenen en az bir yıl evli kalma şartının Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen özel hayata ve

⁵¹ AYM, 2023/109 E., 2024/113 K., 30. 05. 2024, Karşı oy Gerekçesi § 4; Sabire Güngör Kararı, § 55; Muhammed Seme Kararı, § 20; Nurcan Çelik ve Diğerleri Kararı, § 11.

⁵² AYM, 2023/109 E., 2024/113 K., 30. 05. 2024, Karşı oy Gerekçesi § 5.

⁵³ AYM, 2023/109 E., 2024/113 K., 30. 05. 2024, Karşı oy Gerekçesi § § 8-9.

⁵⁴ AYM, 2023/109 E., 2024/113 K., 30. 05. 2024, Karşı oy Gerekçesi § 6.

⁵⁵ AYM, 2023/109 E., 2024/113 K., 30. 05. 2024, Karşı oy Gerekçesi § 7.

⁵⁶ AYM, 2023/109 E., 2024/113 K., 30. 05. 2024, Karşı oy Gerekçesi § 10.

aile hayatına saygı hakkının özüne dokunduğunu ve bu hakkı ölçsüz bir biçimde sınırlandırdığı ve bahse konu sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesinde yer verilen ölçütlere uygun düşmediğinin altı çizilmiştir.⁵⁷

Anayasa Mahkemesi'nin kararında bağlantı kurmadığı Anayasa m. 17'ye de karşı oy gerekçesinde kendine yer bulmuştur. Kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme ve koruma hakkını güvenceye alan Anayasa m. 17, bireylerin kendi geleceklerine yön verme ve kişisel seçimlerini özgürce gerçekleştirebilmelerini de kapsamına almaktadır. Bir yıl evli kalma şartının bireylerin evliliklerini devam ettirip ettirme hususundaki iradelerini kısıtlamakta ve onları belirli bir süre evli kalmaya zorlamaktadır ve dolayısıyla Anayasa m. 17'ye de aykırıdır.⁵⁸

B. Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Açısından

Anayasa Mahkemesi'nin verdiği ret kararının karşı oy gerekçelerinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Babiarz v. Polonya⁵⁹ ve Ivanov ve Petrova v. Bulgaristan⁶⁰ kararlarına referans vererek⁶¹, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde düzenlenen özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının koruma altına alındığını ve boşanma davalarında tarafların anlaşmasına rağmen boşanma talebinin haklı gerekçelerle dayanmaksızın ve ölçsüz bir şekilde reddedilmesinin AİHS m. 8 ihlali anlamına geleceğinin altı çizilmiştir.⁶²

Her ne kadar Babiarz v. Polonya kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. ve 12. maddelerinin ihlaline karar vermemişse de boşanma hakkının devletin keyfi veya katı şekli koşullarla engelleyemeyeceği ölçüde özel hayata saygı hakkı ile bağlantılı olduğunu dile getiren iki karşı oy gerekçesi mevcuttur. Buna göre karşı oy gerekçesinde yargıç András Sajó Avrupa İnsan Hakları

⁵⁷ AYM, 2023/109 E., 2024/113 K., 30. 05. 2024, Karşı oy Gerekçesi § 11.

⁵⁸ AYM, 2023/109 E., 2024/113 K., 30. 05. 2024, Karşı oy Gerekçesi § 12.

⁵⁹ Başvuru Numarası: 1955/10.

⁶⁰ Başvuru Numarası: 15001/04.

⁶¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin benzer bir kararı için bkz.: Piotrowski v. Polonya, Başvuru Numarası: 8923/12.

⁶² AYM, 2023/109 E., 2024/113 K., 30. 05. 2024, Karşıoy Gerekçesi § 13.

Sözleşmesi'nin (AİHS) kişiye evli kalmaya zorlanmama hakkı tanıdığını ve bu hakkın, diğer eşin evliliği sürdürme arzusuna üstün geldiğini ve AİHS'nin yeniden evlenme hakkını (madde 12) güvence altına aldığını, bunun da boşanma imkânını zorunlu olarak içerdiğini belirtir.⁶³ Diğer karşı oy gerekçesinin sahibi olan Yargıç Pinto de Albuquerque ise daha sosyolojik ve felsefi bir yaklaşımla hareket ederek; mahkemenin “fiilî yeni aile”yi (resmî olmayan birlikliklerde kurulan aileyi) yeterince dikkate almadığını belirtir ve boşanmayı engelleyen ahlaki ve dini gerekçelere dayalı Polonya hukukunu eleştirir. Devletin dini ya da ahlaki inançlara dayanarak yasa veya yargı yoluyla boşanmayı zorlaştırmasının, çoğulcu ve laik bir toplumda kabul edilemeyeceğini savunur. Yargıç Pinto de Albuquerque devletin, “kusurlu” eşi mali olarak sorumlu tutabileceği, ancak boşanmayı engelleyemeyeceğini ifade etmiştir.⁶⁴

Sözün özü; boşanma gibi derin kişisel sonuçları olan bir sürecin, özellikle karşılıklı iradeye dayalı biçimde gerçekleştiği hâllerde, şekli engellerle sınırlandırılması bireyin anayasal özerkliğine ve özel hayatına müdahale anlamına gelebileceği dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla söz konusu Medeni Kanun düzenlemesi sadece iç hukuk normlarımız açısından değil Türkiye'nin usulüne uygun olarak yürürlüğe soktuğu uluslararası insan hakları belgeleri açısından da eleştiriye açık bir durum yarattığı görülmektedir.

C. Karşılaştırmalı Hukuk Açısından

1. İsviçre Hukuku

Türk Medeni Kanunu'nun kaynak metni olan İsviçre Medeni Kanunu'nda 2000 yılında yürürlüğe giren değişikliklerle birlikte boşanmada kusur ilkesi kaldırılmıştır.⁶⁵ Ayrıca anlaşmalı boşanmayı

⁶³ Başvuru Numarası: 1955/10, Yargıç András Sajó'nun Karşıoy Gerekçesi § 5 ve 18.

⁶⁴ Başvuru Numarası: 1955/10, Yargıç Pinto de Albuquerque'nun Karşıoy Gerekçesi §§ 19-20.

⁶⁵ BBl 1998 IV 3491 Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht, Verwandtenunterstützungspflicht, Heimstätten, Vormundschaft, Ehevermittlung) Änderung vom 26. Juni 1998.

düzenleyen 111. maddesiyle tarafların iradelerine dayalı boşanma hakkı da tanınmıştır. İsviçre Medeni Kanunu madde 111'e göre, eşlerin ortak başvurusu üzerine ve boşanma protokolünde temel konular üzerinde anlaşmaları hâlinde mahkeme, boşanma kararı verebilmektedir.⁶⁶ Evliliğin kurumsal niteliği ve eşlerin korunması göz önünde bulundurularak, yasa koyucu belirli bir şekli sınırlama da öngörmüştü. Buna göre; ZGB madde 111, fıkra 2'nin 2000 yılında yürürlüğe giren halinde taraflara iki aylık bir düşünme süresi verilmesini ve bu sürenin sonunda boşanma iradelerinin ve yapılan anlaşmanın açıkça ve yazılı olarak onaylanmasını öngörmekteydi.⁶⁷

Düşünme süresi kavramı, doktrinde ve uygulamada eleştirilmiştir.⁶⁸ Özellikle, eşlerin uzun süredir ayrı yaşadığı durumlarda, boşanma talebinde bulunduklarında bu düşünme süresi için büyük ölçüde anlamını yitireceği vurgulanmıştır. Yeni boşanma hukukunun yürürlüğe girmesinden sadece 15 ay sonra, Ulusal Yasama

Değişiklikler yürürlüğe girmeden önce İsviçre Hukukunda yapılan tartışmalar için bkz.: Monika Binkert, "Die Stellung der Frau in der Scheidungsrechtsrevision", *Aktuelle Juristische Praxis*, 1993, ss. 1357-1363; Verena Bräm, "Tendenzen der Scheidungsrechtsrevision", *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 86/1990, ss. 257-264.

⁶⁶ Daniel Steck, "Die Praxisentwicklung zu den Scheidungsgründen", *Die Praxis des Familienrechts*, 2004, s. 208; Stephan Wolf, "Die Scheidung auf gemeinsames Begehren in Italien und in der Schweiz Gemeinsamkeiten und Unterschiede", *Privatrecht im Spannungsfeld zwischen gesellschaftlichem Wandel und ethischer Verantwortung Beiträge zum Familienrecht, Erbrecht, Persönlichkeitsrecht, Haftpflichtrecht, Medizinalrecht und allgemeinen Privatrecht Festschrift für Heinz Hausheer zum 65. Geburtstag*, Herausgegeben von: Thomas Geiser, Thomas Koller, Ruth Reusser, Hans Peter Walter, Wolfgang Wiegand, Stämpfli Verlah AG Bern, 2002, s. 290; Verena Bräm, "Die Scheidung auf gemeinsames Begehren, die Wechsel der Verfahren (Art. 111-113, 116 ZGB) und die Anfechtung der Scheidung auf gemeinsames Begehren (149 ZGB)", *Aktuelle Juristische Praxis*, 1999, s. 1512.

⁶⁷ Wolf, ss. 293-294; Bräm, *Aktuelle Juristische Praxis*, s. 1514.

⁶⁸ Peter Liatowitsch, "Wieviel prozessuale Autonomie benötigen die Parteien im neuen Scheidungsrecht? Einige verfahrenstaktische und prozessuale Überlegungen zur Scheidung auf gemeinsames Begehren", *Aktuelle Juristische Praxis*, 1999, s. 1604.

Meclisi (Nationalrat), Konfederasyon Yürütme Kurulu'nu (Bundesrat), mahkemeler ve avukatlar arasında yeni düzenlemeye ilişkin memnuniyet anketi yapmaya davet etmiş, buna göre ZGB'nin ankete göre revize edilmesini istemiştir. Konfederasyon Yürütme Kurulu'nun Mayıs 2005 tarihli raporuna göre, uygulamada görevli uzmanların %73'ü (avukatların %76'sı, mahkemelerin %66'sı) yasa değişikliğini desteklemiş, yalnızca %23'ü mevcut düzenlemenin devamından yana görüş bildirmiştir. Ulusal Yasama Meclisi üyesi Erwin Jutzet tarafından Haziran 2004'te sunulan yasa değişikliği teklifi sonucunda, 25 Eylül 2009 tarihli Federal Yasa ile düşünme süresinin kaldırılmasına karar verilmiştir.⁶⁹ Konfederasyon Yürütme Kurulu'nun 14 Aralık 2009 tarihli kararı uyarınca, bu yasa değişikliği 1 Şubat 2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁷⁰ Düşünme süresinin kaldırılması sürecinde ifade edilen endişeler ve alternatif öneriler⁷¹ dikkate alınmamıştır. Parlamentodaki görüşmeler sırasında defalarca düşünme süresi kaldırılmış olsa bile, mahkeme tarafından yapılacak duruşmalar sayesinde, bir tarafın baskı altında ya da aceleyle boşanma veya anlaşmayı kabul etmesi yine de engellenebileceği vurgulanmıştır.⁷² İsviçre Medeni Kanunu'nda aile hukuku reformundan on yıl geçtikten sonra böylesi köklü değişiklikler yapılması, yapılan reformun yürürlüğe girdiği anda daha eskimiş olup olmadığı sorusunu gündeme getirmiştir. 2004 ve 2009/2010 yıllarındaki iki kısmi reform sonucunda, anlaşmalı boşanmanın önündeki iki şekli engel önemli ölçüde azaltılmış (ZGB 114/115 maddelerinde ayrılık süresinin iki yıla indirilmesi) veya tamamen kaldırılmıştır (ZGB 111

⁶⁹ BBl 2008, 1959 Parlamentarische Initiative Obligatorische Bedenkfrist und Artikel 111 ZGB Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 16. November 2007; BBl 2009, 6661 f. Zivilgesetzbuch (Bedenkzeit im Scheidungsverfahren auf gemeinsames Begehren) Änderung vom 25. September 2009.

⁷⁰ Heinz Hausheer/ Daniel Steck, "Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen – mehr Privatautonomie bei verstärkter Inhaltskontrolle ein dringendes Reformanliegen?", *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins*, 144/2008, s. 944.

⁷¹ Bericht BJ Bedenkzeit, 3 f.

⁷² Amherd'in görüşü, AmtlBull NR 2009, 288; Gadiet'in görüşü, AmtlBull NR 2009, 287; Widmer'in görüşü, AmtlBull NR 2009, 288. Ayrıca Federal Konsey'in görüşü için bkz: die Stellungnahme BR Bedenkfrist, 1975 f.

uyarınca iki aylık düşünme süresinin kaldırılması).⁷³ Böylelikle, yasa koyucunun başlangıçtaki tasarımının temel dayanak noktalarından biri büyük ölçüde ortadan kaldırılmış ve boşanma hukukundaki reformun temel fikirlerinden biri esnetilmiştir. Yasa koyucunun evliliğin kurumsal korumasını boşanma hukukunda da sürdürme niyeti, bugün artık yalnızca zayıflatılmış bir biçimde hayata geçirilebilmektedir. Bu durum toplumun ihtiyaçları karşısında ne yasa koyucunun ne de uygulamanın çok fazla direnemeyeceğini göstermektedir.

Böylelikle İsviçre hukukunda anlaşmalı boşanma, bireylerin aile hayatına ilişkin kararlarını makul sürede ve bürokratik engeller olmadan hayata geçirebilmelerini sağlayan bir araç olarak yapılandırılmıştır.⁷⁴ Bu çerçevede, evlilik birliğinin sona erdirilmesi için tarafların ortak iradesinin ve anlaşmalarının yeterli görülmesi, birey özerkliği ilkesine güçlü bir vurgu yapıldığını göstermektedir. Türk hukukunda yer alan 1 yıl evli kalma şartının aksine, İsviçre hukukunun ve uygulamasının sübjektif takdir yerine taraf iradesine öncelik tanıyan bir yaklaşım benimsediği görülmektedir.

2. Fransız Hukuku, Alman Hukuku, Avusturya Hukuku ve Avrupa Aile Hukuku Komisyonu Kuralları

Fransa'da 1 Ocak 2005 tarihinden itibaren, eşlerin karşılıklı rızasıyla boşanma mümkündür. 1 Ocak 2005'te yürürlüğe giren reformla birlikte, eşlerin evlilik süresine bakılmaksızın, boşanma ve boşanmanın fer'î sonuçları üzerinde tam bir anlaşmaya varmış olmaları hâlinde, ortak başvuru yoluyla boşanma talebinde bulunabilmeleri mümkündür

⁷³ Daniel Steck / Urs Gloor, "Rückblick auf 10 Jahre neues Scheidungsrecht", *Die Praxis des Familienrechts*, 2010, s. 6.

⁷⁴ İsviçre Medeni Kanunu'ndaki bu düzenleme ile taraflara **geniş fakat sınırlı** bir usul özerkliği tanınmıştır. Elbette ki taraflarını kendi çıkarlarını gözeterek hareket edecekler ve fakat bu özerklik **kamu düzeni, çocukların menfaati ve korunmaya muhtaç eşler arası denge** gözetilerek sınırlandırılmaktadır. Böylelikle İsviçre boşanma hukukunda, özerklik ile devletin koruma fonksiyonları arasında bir denge kurulmuştur. Liatowitsch, s. 1605.

(bkz. *Code civil*, art. 230-232).⁷⁵ Ortak başvuru, burada evlilik birliğinin temelinden sarsılmasından bağımsız ve kendine özgü bir boşanma sebebi oluşturmaktadır. Boşanma davasına bakan hâkim, eşleri önce ayrı ayrı, sonra birlikte ve son olarak da avukatlarının huzurunda dinlemektedir. Bu süreçte hâkimin tespit etmesi gereken husus, eşlerin gerçekten boşanmak isteyip istemedikleri ve bu kararı özgür iradeleriyle verip vermedikleridir. Rızanın hem boşanma kararına hem de boşanmanın sonuçlarına ilişkin düzenlemelere yönelik olması gerekir. Bunun dışında hâkim, kendisine sunulan anlaşmanın çocukların menfaatlerini yeterli düzeyde gözetip gözetmediğini ve eşlerden birini açıkça dezavantajlı bir duruma düşürüp düşürmediğini de değerlendirmekle yükümlüdür. Bu koşulların sağlandığı ve tarafların rızasının özgürce verildiği hâllerde hâkim, boşanma kararını verir.

Fransa'da 2016 yılında gerçekleştirilen reform ile anlaşmalı boşanma prosedürü önemli ölçüde kolaylaştırılmıştır (*Code civil*, art. 229-1). Mahkeme denetimi yalnızca sınırlı durumlarda devreye girmektedir. Evliliğin süresine dair özel bir asgari süre şartı bulunmamaktadır. Bu durum, Fransız hukuk sisteminin bireysel iradeye ve özel hayatın gizliliğine verdiği önemi göstermektedir. Söz konusu düzenlemenin varlığı, boşanma hukukunun biçimsel kısıtlamalardan arındırılması ve pratik erişilebilirliğinin artırılması yönünde önemli bir tercihin göstergesidir. Bu değişiklikten önce taraflar mahkemeye başvurmak ve hâkim karşısına çıkmak zorundayken, yeni düzenleme ile boşanma süreci yargısal denetimden çıkarılarak daha pratik bir çerçeveye oturtulmuştur. Mevcut sistemde her iki eşin de süreci yürütebilmek için ayrı bir avukatla temsil edilmesi zorunludur. Önceki uygulamada eşlerin tek bir avukat aracılığıyla boşanmaları mümkündü; ancak mevcut düzenleme iki avukatın varlığını şart koşmaktadır. Ayrıca tarafların boşanmanın bütün koşulları üzerinde mutabakata varmaları gerekmektedir.⁷⁶

⁷⁵ Hugues Fulchiron, "The New French Divorce Law," *International Survey of Family Law*, 2005 (2005), s. 243.

⁷⁶ Bobby Harges, "Alternative Dispute Resolution in Divorce and Family Cases in France and the United States: What the Two Countries Can Learn from Each Other," *Loyola Law Review* 70, no. 1 (Fall 2023), s. 134; Margaret

Fransa'daki anlaşmalı boşanma sürecinin işleyişi şu şekilde özetlenebilir: Tarafların üzerinde anlaştığı hükümler avukatları tarafından düzenlenir ve karşılıklı olarak imzalanır. Ardından sözleşme noterlik makamına sunulur. Noter, belgenin yasal düzenlemelere uygunluğunu denetler ve herhangi bir eksiklik bulunmaması hâlinde anlaşmaya tarih koyarak boşanmayı kesinleştirir. Bu yöntemin geçerli olabilmesi için yerine getirilmesi gereken yasal şartlar vardır: eşlerin tüm boşanma koşullarında uzlaşmış olmaları, her iki eşin ayrı bir avukat tarafından temsil edilmesi, mutabakatın yazılı bir sözleşmeye dönüştürülmesi, en az on beş günlük bekleme süresinin sonunda taraflarca imzalanması, her iki avukatın imzalarıyla onaylanması ve son olarak noter tarafından uygunluk denetiminin yapılması. Noter tarafından onaylanan tarihle birlikte boşanma hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır.⁷⁷

Bununla birlikte bazı istisnai durumlarda anlaşmalı boşanma yoluna başvurulması mümkün değildir. Evlilikten doğan bir çocuğun, anne ve babası tarafından hâkim önünde dinlenme hakkı konusunda bilgilendirilmesinin ardından, bu hakkını kullanmak üzere hâkim tarafından dinlenmeyi talep etmesi hâlinde ya da eşlerden birinin vesayet gibi yargısal koruma altında bulunması halinde bu prosedür uygulanamaz.⁷⁸

Tüm sınırlamalara rağmen 2017 reformunun ardından Fransa'da anlaşmalı boşanma hızla yaygınlaşmıştır. Günümüzde Fransa'da boşanmaların yarısından fazlası bu yöntemle gerçekleştirilmektedir.⁷⁹ Yapılan araştırmalar, boşanma talebinde bulunan çiftlerin yaklaşık dörtte üçünün bu usulü olumlu değerlendirdiğini, %10'dan fazlasının ise çok olumlu bir yaklaşım sergilediğini ortaya koymaktadır. Ayrıca, 2000'li yılların başında tüm boşanmaların yaklaşık %40'ını oluşturan kusura dayalı boşanmaların oranı 2020 itibarıyla %5-7 düzeyine gerilemiştir. Öte yandan, 2017 öncesinde mevcut olmayan yargı dışı

Ryznar, Angelique Devaux, "Voila: Taking the Judge out of Divorce," *Seattle University Law Review*, 42, no. 1 (Fall 2018), s. 164.

⁷⁷ Harges, s. 135; Ryznar/ Devaux, s. 165.

⁷⁸ Harges, s. 135; Ryznar/ Devaux, s. 165.

⁷⁹ Ryznar/ Devaux, s. 165.

boşanmaların toplam içindeki payı, yalnızca dört yıl içerisinde %55'in üzerine çıkmıştır.⁸⁰

Almanya'da ise anlaşmalı boşanma kurumu biçimsel olarak tanınmamakla birlikte, uygulamada bu olgunun mevcut olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Alman Medeni Kanunu (BGB) yalnızca evlilik birliğinin temelinden sarsılması esasına dayanan boşanmayı tanımaktadır.⁸¹ BGB §1565 I' hükmüne göre, "Evlilik, eşler arasındaki ortak yaşamın artık mevcut olmaması ve eşlerin bu birliği yeniden kurmalarının beklenemeyeceği hallerde sona ermiş sayılır." Bu bağlamda, hâkimin evliliğin sona erip ermediği hususunda kanaat sahibi olması gerekir. Eşler henüz bir yıldır ayrı yaşamıyorlarsa, evlilik ancak diğer eşin kişiliğinden kaynaklanan nedenlerle evliliğin sürdürülmesinin başvuru sahibi için katlanılamayacak bir güçlük oluşturması hâlinde boşanabilir (BGB §1565 II). BGB §1566 hükmüne göre ise eşlerin bir yıldır ayrı yaşamaları⁸² ve her iki tarafın boşanma talebinde bulunması⁸³ veya taraflardan birinin boşanma talebine diğerinin onay vermesi⁸⁴ durumunda, evliliğin sona erdiği kesin karine olarak kabul edilmektedir. Ayrıca, eşlerin üç yıl süreyle ayrı yaşamış olmaları hâlinde, karşı tarafın rızası aranmaksızın evliliğin sona erdiği yine kesin olarak varsayılır.⁸⁵ Burada "ayrı yaşama" sadece fiziksel olarak farklı evlerde ikamet etmeyi değil, aynı konut içerisinde ancak birbirinden bağımsız yaşam sürdürüyor olmayı da kapsamaktadır (BGB § 1567 I 2).⁸⁶ İlk karinede, evliliğin sona erdiğine dair varsayımın

⁸⁰ Harges, s. 136.

⁸¹ Weber, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Herausgegeben von Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker, Bettina Limperg, Claudia Schubert, Verlag C.H. BECK München, 9. Auflage, 2022, BGB § 1565 Rn. 1.

⁸² Weber, Münchener Kommentar zum BGB, BGB § 1566 Rn. 2.

⁸³ Weber, Münchener Kommentar zum BGB, BGB § 1566 Rn. 13.

⁸⁴ Weber, Münchener Kommentar zum BGB, BGB § 1566 Rn. 15-16.

⁸⁵ Ilina Stefanovska, "Divorce by Mutual Consent in Comparative Law." *Iustinianus Primus Law Review*, vol. 5, no. 2, 2014, s. 11; Weber, Münchener Kommentar zum BGB, BGB § 1566 Rn. 34-37.

⁸⁶ Celia Caspary, "Voraussetzungen des Getrenntlebens innerhalb der Ehewohnung", *NJW-Spezial*, 2024, s. 324

yanında eşlerin karşılıklı rızası da aranmakta, bu rıza ortak bir başvuru ya da bir eşin talebine diğer eşin açık onayı ile gösterilebilmektedir. Bu durum, uygulamada anlaşmalı boşanmanın fiilen mevcut olduğuna işaret etmektedir.⁸⁷ Özellikle eşlerin bir yıl süreyle ayrı yaşamış olması ve bu dönemde karşılıklı rızanın bulunması hâlinde, hâkim boşanma sebebini veya evliliğin yeniden kurulma ihtimalini ayrıca araştırmaz. Bu çerçevede, karşılıklı rıza, evlilik birliğinin sona erip ermediğine ilişkin değerlendirmede mahkemenin işini kolaylaştıran bir unsur olarak rol oynamaktadır. Ancak ayrı yaşama olgusu, evliliğin sona erdiğine dair tartışmasız bir kanıt teşkil etmez; sadece bir karine niteliğindedir. Hâkim, evliliğin sona erdiği sonucuna ancak bu ayrı yaşamın karşılıklı rıza ile desteklenmesi veya ikinci karinede olduğu gibi üç yıllık fiili ayrılığın mevcut olması durumunda kesin olarak ulaşır.⁸⁸ Bu iki kesin karine, Alman Medeni Kanunu'nda düzenlenen iki istisna hükmüyle sınırlanmıştır. İlki, §1565 fıkra 2'de yer almakta olup, eşlerin henüz bir yıl ayrı yaşamadığı durumlarda, evliliğin sürdürülmesinin başvuruda bulunan eş açısından diğer eşin kişisel özelliklerinden kaynaklanan nedenlerle aşırı derecede ağır bir yük oluşturması hâlinde boşanma mümkün olabilmektedir.⁸⁹ İkinci istisna ise BGB §1568'de düzenlenmiştir. Buna göre, her ne kadar evlilik sona ermiş olsa da küçük çocukların yararı veya diğer eş açısından boşanmanın olağanüstü nitelikte ağır bir mağduriyet yaratacağı durumlarda, evliliğin korunması gerektiği yönünde istisnai bir durum söz konusu olabilir. Bu gibi durumlarda, başvuruda bulunan eşin menfaatleri de göz önünde bulundurulmakla birlikte, evliliğin sürdürülmesi daha uygun bir çözüm olarak değerlendirilebilir.⁹⁰

Alman aile hukukunun karakteristik bir yönü de idari boşanma usulünün tanınmamasıdır. Bu husus, BGB §1564'de açıkça ifade edilmiştir. Anılan hükme göre, *“Evlilik, yalnızca eşlerden birinin ya da her ikisinin başvurusu üzerine verilen bir mahkeme kararı ile sona erdirilebilir.*

⁸⁷ Stefanovska, s. 11.

⁸⁸ Stefanovska, s. 11.

⁸⁹ Weber, Münchener Kommentar zum BGB, BGB § 1565 Rn. 75-83.

⁹⁰ Stefanovska, s. 11, Weber, Münchener Kommentar zum BGB, BGB § 1566 Rn. 38; BGB § 1568 Rn.1-5.

Evlilik, karar kesinleştiği anda sona ermiş olur.”. Bu hüküm doğrultusunda, boşanma kararı yalnızca yargı makamlarınca verilebilmekte; noter, nüfus idaresi veya benzeri idari merciler eliyle boşanma mümkün değildir.⁹¹ Bu yönüyle Almanya, idari boşanmayı mümkün kılan Fransız hukukundan ayrılmaktadır.⁹²

Avusturya Hukukunda evlilik ilişkilerini düzenleyen **Evlilik Kanunu (Ehegesetz, EheG) § 55a’da** anlaşmalı boşanmayı iki temel ilke çerçevesinde ele almaktadır: Evliliğin sarsılması ilkesi (**Zerrüttungsprinzip**) ve anlaşmalı boşanma ilkesi (**Einvernehmlichkeitsprinzip**). **Evlilik birliğinin sarsılması ilkesi**, boşanma talebinin temelini, evliliğin onarılamaz şekilde bozulmuş olmasına dayandırır. Bu ilkeye göre, evlilik birliğinin en az altı ay boyunca fiilen sona ermiş olması ve tarafların karşılıklı olarak evliliğin devam ettirilemeyeceğini kabul etmeleri gerekmektedir. Böylece, boşanma talebinin dayandığı hukuki zemin, yalnızca sübjektif anlaşmazlıklar değil, evliliğin objektif olarak sürdürülemez hâle gelmiş olmasıdır. **Anlaşmalı boşanma** ise, boşanmanın yalnızca her iki eşin ortak bir başvurusu ve boşanmanın temel sonuçları üzerinde uzlaşmaya varması hâlinde mümkün olduğunu belirtir. Boşanmanın sonuçları; mal paylaşımı, nafaka yükümlülükleri, velayet ve kişisel ilişki düzenlemeleri gibi konuları kapsayan bir **sözleşme** ile yazılı olarak güvence altına alınmalıdır. Bu düzenleme, boşanmanın her iki taraf için şeffaf ve adil bir biçimde yürütülmesini sağlar ve olası uyuşmazlıkların önüne geçilmesine katkıda bulunur. Dolayısıyla, EheG § 55a çerçevesinde, anlaşmalı boşanma süreci, tarafların karşılıklı rızasına ve uzlaşma iradesine dayanır. Bu durum, sürecin daha hızlı, maliyet açısından daha düşük ve sosyal açıdan daha az yıpratıcı olmasını sağlamaktadır.⁹³

⁹¹ Weber, Münchener Kommentar zum BGB, BGB § 1564 Rn. 31.

⁹² Stefanovska, s. 11.

⁹³ Celine Hochrainer, Die Scheidungsfolgenvereinbarung nach § 55a Abs 2 EheG mit Schwerpunkt auf der Regelung der Obsorge, des Kontaktrechts und des Unterhaltes in Bezug auf gemeinsame Kinder, Masterarbeit, Eingereicht an der Universität Innsbruck, rechtswissenschaftliche Fakultät zur Erlangung des akademischen Grades, 2012, s. 10; Julia Fabia, Die verschiedenen Scheidungsmöglichkeiten in Österreich unter besonderer

Avrupa aile hukukunda bireyselleşme ve eşitlik temel yönelimlerdir. Ancak tam bir “Avrupa aile hukuku kodifikasyonu” ise kısa veya orta vadede mümkün gözükmemektedir.⁹⁴ Daha gerçekçi olan, ortak ilkeler üzerinden bir uyum süreci olduğu genel olarak kabul edilmektedir.⁹⁵ Avrupa Aile Hukuku Komisyonu (Commission on European Family Law – CEFL) da 2004 yılında boşanma hukukuna ilişkin ilke önerilerini yayımlamış ve bu yolla ulusal hukuk sistemlerinin uyumlaştırılmasına katkıda bulunmayı hedeflemiştir.⁹⁶ Anlaşmalı boşanma, boşanma ilkelerinin kaleme alındığı dönemde Avrupa Hukukunun ortak çekirdeğinde yer almamaktaydı. Taraf iradesi belirli ölçüde rol oynamakla birlikte, incelenen hukuk sistemlerinde kusura dayanmayan boşanmanın en yaygın sebebi, evlilik birliğinin temelden ve onarılamayacak şekilde sarsılmasıydı. Avrupa Aile Hukukunda baskın bir şekilde kabul edilen ortak boşanma rejiminden (kusur prensibi veya evlilik birliğinin temelinden sarsılması) sapılarak, tarafların boşanma iradesinin uyuşup uyuşmamasına bağlı olarak iki farklı boşanma türünün benimsenmesi yönündeki karar, ancak Komisyonda gerçekleştirilen yoğun müzakereler sonucunda alınabilmiştir. Bu karar, hem bireylerin kendi kaderini tayin etme hakkına hem de pratik zorunluluklara dayandırılmıştır. Avrupa ülkelerindeki boşanma oranları dikkate alındığında, evlilik birliğinin sarsılma nedenlerinin araştırılmasının isabetsiz olacağı, zira bunun

Berücksichtigung der einvernehmlichen Scheidung nach § 55a EheG im Vergleich zum kalifornischen Recht, Universitätsbibliothek Salzburg, 2022, s. 43.

⁹⁴ Máire Ní Shúilleabháin, “Ten Years of European Family Law: Retrospective Reflections from a Common Law Perspective”, *The International and Comparative Law Quarterly*, 2010, Vol. 59, No. 4, s. 1027.

⁹⁵ Walter Pintes, “Family law in Europe: developments and perspectives”, *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 2008, Vol. 41, No. 1, ss. 155-174.

⁹⁶ Fernanda G. Nicola, “Family Law Exceptionalism in Comparative Law, *The American Journal of Comparative Law*, FALL 2010, Vol. 58, No. 4, s. 782. Avrupa Aile Hukukunda gerçekleşen yeni düzenlemeler ve farklılaşan aile kavramı hakkında eleştirel bir bakış açısı için bkz.: Nina Dethloff, “Familienrecht in Europa – Quo vadis?”, *NJW*, 2018, ss. 23-28.

eşlerin özel hayatına gereksiz ve ölçüsüz müdahale teşkil edeceği değerlendirilmiştir. Ayrıca, uygulamada evlilik birliğinin temelden sarsıldığı olgusu, çoğunlukla eşlerin fiilen ayrı yaşamaları olgusundan hareketle tespit edilmekteydi; bu durum da esasen tarafların evliliği sona erdirmeye iradelerinin somut bir yansımasıydı. Bu nedenle, anlaşmalı boşanmanın doğrudan ve bağımsız bir boşanma sebebi olarak kabul edilmesinin daha isabetli olacağı sonucuna ulaşılmıştır.⁹⁷ Komisyon, eşlerin ortak başvurusu üzerine boşanma hâlinde, düşünme süresinden feragat edilmesini önermekte; özellikle de tarafların başvuru sırasında en az altı aydır ayrı yaşamış olmaları veya on altı yaşından küçük çocuğun bulunmaması ve boşanmanın tüm fer'î sonuçları üzerinde anlaşmaya varılmış olması durumlarında, bu sürecin hızlandırılmasını savunmaktadır. Diğer hâllerde ise altı veya üç aylık bir düşünme süresinin öngörülmesi tavsiye edilmektedir.⁹⁸

Mukayeseli hukuk incelendiğinde, birçok modern hukuk sisteminde evliliğin süresine bağlı katı süre şartlarının yer almadığı veya esnetilmiş olduğu görülmektedir. İsviçre ve Fransa örneklerinde olduğu gibi, evlilik birliğinin sona erdirilmesi sürecinde birey iradesine öncelik tanınması, çağdaş hukukta öne çıkan bir eğilimdir. Bu sistemlerde süreye dayalı kısıtlamalar yerine, tarafların özgür iradelerini açıklayıp açıklamadıkları ve çocukların menfaatlerinin korunup korunmadığı gibi maddi unsurlar ön plana çıkmaktadır.

Türk hukukundaki 1 yıl evli kalma şartı, tarafların evlilik birliğini sona erdirmeye konusundaki ortak kararlılıklarına rağmen, şekli bir engel oluşturarak kişisel özerklik alanına müdahale teşkil etmektedir. Bu yönüyle norm, günümüzün hızla değişen aile yapısı, evlilik pratikleri ve bireysel tercihleriyle uyumlu bir yapı arz etmemektedir. Mukayeseli hukuk perspektifinden değerlendirildiğinde,

⁹⁷ Cristina González Beilfuss, "Agreements in European Family Law– The Findings, Theoretical Assessments and Proposals of the Commission on European Family Law (CEFL)", *Eur. Rev. Contract Law*, 2022; 18(2), s. 164.

⁹⁸ Boele-Woelki/Ferrand/González-Beilfuss/Jänterä-Jareborg/Lowe/Martiny/Pintens, *Principles of European Family law regarding Divorce and Maintenance between Former Spouses*, Cambridge, Intersentia, 2004, ss. 32-33; González Beilfuss, s. 163.

Türk hukukunda da süre şartının kaldırılması ya da daha esnek hâle getirilmesi yönünde bir reform ihtiyacı olduğu sonucuna ulaşmak mümkündür. Bu bağlamda, Türk hukukunun da çağdaş hukuk uygulamalarını ve uluslararası eğilimleri dikkate alması gerektiği değerlendirilmektedir.⁹⁹

Sonuç ve De lege Ferenda Öneriler

Anlaşmalı boşanma davası açabilmek için evliliğin bir yıl sürmüş olma şartı, bireylerin ortak iradeleriyle boşanma haklarını kullanmasını şekli bir kriterle bağlamakta ve bireysel özerklik ile özel hayatın korunması ilkeleri bakımından tartışmalara yol açmaktadır. Anayasa Mahkemesi, 30 Mayıs 2024 tarihli kararında söz konusu düzenlemenin anayasaya aykırı olmadığı sonucuna varmış; karşı oy kullanan üyeler ise bireysel özerklik, özel hayatın korunması ve orantılılık ilkesi açısından eleştirel değerlendirmelerde bulunmuştur.

Çalışmada incelenen mukayeseli hukuk örnekleri, birçok gelişmiş hukuk sisteminde anlaşmalı boşanmanın evlilik süresine bağlı olmaksızın tarafların serbest iradesi ve mutabakatıyla gerçekleştirilebildiğini göstermektedir. Mevzuat hukuk olan İsviçre’de bu tür bir süre şartı bulunmaması, Türk hukukundaki düzenlemenin esneklik ve bireysel özerklik açısından sınırlı olduğunu ortaya koymaktadır.

Bu bağlamda mevcut düzenlemenin, güncel aile yapısı, temel haklar ve bireysel tercihler perspektifiyle yeniden değerlendirilmesi gerekmektedir. Tarafların çocuklara ilişkin sorumluluklarını ve mal rejimi gibi temel hususları düzenledikleri durumlarda, bir yıllık bekleme süresinin aranmaksızın anlaşmalı boşanmanın mümkün kılınması, birey haklarının güçlendirilmesi ve yargı süreçlerinin etkinliği açısından önemlidir.

Yasa koyucunun aile hukuku reformlarında bireysel özerkliği esas alan, mukayeseli hukuk deneyimlerinden beslenen esnek ve çağdaş bir yaklaşımı benimsemesi yerinde olacaktır. Bu yaklaşım, bireylerin

⁹⁹ AYM, 2023/109 E., 2024/113 K., 30. 05. 2024, Karşıoy Gerekçesi § 15.

özel hayatına saygıyı sağlamakla kalmayıp hukukun toplumun değişen yapısına uyum sağlama yükümlülüğünü de yansıtır.

Dolayısıyla *de lege ferenda* evliliğin süresine dayalı mutlak şart yerine, tarafların anlaşma ve iradesini esas alan esnek bir düzenleme geliştirilmelidir. Tarafların çocuk, mal ve diğer temel konularda anlaşmalarının mevcut olduğu durumlarda, yargı süreçleri hızlandırılarak adil ve güvenli bir boşanma imkanı sağlanmalı; yargı mercilerinin süreçleri yönetirken tarafların haklarını koruyacak rehberlik ve bilgilendirme mekanizmaları oluşturulmalı; hukuk uygulayıcılarına yönelik eğitim ve farkındalık programları ile bireysel özerklik ve toplumsal değişim konuları yansıtılmalı ve mevzuat değişiklikleri yapılırken farklı hukuk sistemlerindeki uygulama örnekleri ve deneyimler dikkate alınarak, toplumun değişen aile yapısına uygun politikalar geliştirilmelidir.

Bu öneriler, hem bireylerin temel haklarını güvence altına alacak hem de yargı süreçlerinin öngörülebilir ve etkin bir şekilde yürütülmesine katkı sağlayacaktır. Reformların uygulanması, Türkiye’de aile hukukunun çağdaş ve birey odaklı bir nitelik kazanmasını destekleyecektir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Peer-Review: Externes Peer-Review-Verfahren.

Interessenkonflikt: Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

Finanzielle Unterstützung: Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

EXTENDED SUMMARY

This article offers an extensive and critical examination of the legal and constitutional implications of the requirement that a marriage must last at least one year before spouses may file for a consensual divorce under Article 166(3) of the Turkish Civil Code. Consensual divorce is intended as a streamlined, non-contentious mechanism that allows couples to dissolve their marriage based on mutual consent while resolving key issues such as property division, financial arrangements, and child custody. Despite its procedural efficiency, the statutory one-year waiting period has generated significant debate, with critics questioning its compatibility with individual autonomy, the right to private and family life, and constitutional principles such as proportionality and equality. Proponents, on the other hand, argue that the measure serves to safeguard the institution of marriage, provide a reflective period, and prevent hasty decisions that could undermine social stability.

The first section of the article provides a doctrinal analysis of the consensual divorce framework under Turkish law. It clarifies the concept, explaining the procedural and substantive requirements that distinguish consensual divorce from contentious divorce proceedings. A key feature is the necessity for a joint application and the spouses' mutual agreement on fundamental matters, emphasizing the consensual nature of the mechanism. The one-year minimum duration is central to this framework, justified by the legislature as a measure to protect marital stability and reduce impulsive dissolutions. However, scholarly critiques argue that this condition may operate as an excessive formal barrier, particularly in situations where the marital bond has already irreversibly deteriorated, imposing unnecessary emotional, social, and financial burdens on the parties. The article analyzes the tension between the protective objectives of the legislature and the practical realities for couples seeking timely judicial relief, highlighting the potential dissonance between formal legal structures and lived experiences of marital breakdown.

The second section examines the constitutional dimensions of the rule, focusing on the Turkish Constitutional Court's decision dated 30 May 2024 (E.2023/109, K.2024/113). The Court upheld the one-year requirement, with the majority opinion emphasizing the legislature's legitimate objective to preserve the institution of marriage and uphold public interest. The Court suggested that the waiting period provides a reasonable timeframe for reflection,

ensuring that consensual divorces are not pursued impulsively. However, dissenting opinions raised substantial concerns, arguing that the requirement disproportionately interferes with personal autonomy, delays access to judicial remedies, and imposes an undue burden on couples who have mutually agreed to end their marriage. Dissenting judges highlighted constitutional protections under Articles 20 and 41, which guarantee individual autonomy and private life, contending that the one-year rule does not satisfy the proportionality principle and fails to achieve a fair balance between collective interest and individual rights. This analysis illustrates the ongoing challenge of reconciling societal objectives with constitutional safeguards for personal freedom.

The third section situates the Turkish experience in a comparative perspective. It notes that the Swiss Civil Code (ZGB Art. 111), a key influence on the Turkish Civil Code, does not impose a comparable time restriction; consensual divorce in Switzerland is primarily governed by the parties' agreement, without an imposed waiting period. Similarly, France permits divorces by mutual consent to be finalized through notarial procedures without judicial oversight or a statutory duration requirement. In Anglo-American and German legal systems, while procedural waiting periods or factual separation requirements may exist, these measures are generally intended to allow reflection or verify the factual breakdown of the marriage rather than serving as formal prerequisites solely based on the marriage's duration. This comparative analysis emphasizes the divergence between Turkish law and modern international practices, highlighting a broader trend toward facilitating consensual dissolution while respecting personal autonomy.

The final section provides a critical assessment and policy recommendations. It argues that the one-year rule is increasingly misaligned with contemporary social realities, the evolving conception of marriage as a personal contract, and prevailing international standards. The article recommends that the Turkish legislature consider reforming or repealing the duration requirement to enhance personal autonomy, streamline judicial procedures, and harmonize domestic law with liberal democratic principles. Such reform would not only support the protection of individual rights but also contribute to reducing the procedural burden on courts, thereby enhancing the efficiency of the judicial system. In conclusion, the study advocates for a rights-based, flexible approach to Turkish family law, in which consensual divorce

mechanisms operate effectively without arbitrary impediments and the legal system reflects the constitutional and societal significance of personal freedom in family life. By balancing the protection of marriage with respect for individual autonomy, the legal framework can ensure that consensual divorce fulfills its intended purpose while promoting fairness, efficiency, and alignment with both domestic and international legal standards.

KAYNAKÇA

- AYAR Ahmet, “Evliliğin Sona Ermesi”, *Aile Hukuku*, Editörler: Şebnem Akipek Öcal, Hayrunnisa Özdemir, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- BAYGIN Cem / NAR Ahmet, *Medeni Hukuk Dersleri- II Aile Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2025.
- BINKERT Monika, “Die Stellung der Frau in der Scheidungsrechtsrevision”, *Aktuelle Juristische Praxis*, 1993, 1357-1363.
- BOELE-WOELKI K. / FERRAND F. / GONZÁLEZ-BEILFUSS C. / JÄNTERÄ-JAREBORG M. / LOWE N. / MARTINY D. / PINTENS W., *Principles of European Family law regarding Divorce and Maintenance between Former Spouses*, Intersentia, 2004.
- BRÄM Verena, “Die Scheidung auf gemeinsames Begehren, die Wechsel der Verfahren (Art. 111-113, 116 ZGB) und die Anfechtung der Scheidung auf gemeinsames Begehren (149 ZGB)”, *Aktuelle Juristische Praxis*, 1999, 1511-1521.
- BRÄM Verena, “Tendenzen der Scheidungsrechtsrevision”, *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 86/1990, 257-264.
- CASPARY Celia, “Voraussetzungen des Getrenntlebens innerhalb der Ehwohnung”, *NJW-Spezial*, 2024, ss. 324-325.
- DETHLOFF, Nina, “Familienrecht in Europa – Quo vadis?”, *NJW*, 2018, 23-28.
- DURAL Mustafa / ÖĞÜZ Tufan / GÜMÜŞ Mustafa Alper, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, Gözden Geçirilmiş Yirminci Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2025.
- ERDEM Mehmet / MAKARACI BAŞAK Aslı, *Aile Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022.
- FABIA Julia, *Die verschiedenen Scheidungsmöglichkeiten in Österreich unter besonderer Berücksichtigung der einvernehmlichen Scheidung nach § 55a EheG im Vergleich zum kalifornischen Recht*, Universitätsbibliothek Salzburg, 2022.

FULCHIRON Hugues, "The New French Divorce Law," *International Survey of Family Law*, 2005 (2005), ss. 241-252.

GONZÁLEZ BEILFUSS Cristina, "Agreements in European Family Law– The Findings, Theoretical Assessments and Proposals of the Commission on European Family Law (CEFL)", *Eur. Rev. Contract Law*, 2022; 18(2): 159–174.

GÖZLER Kemal, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Ekin, 2022.

HARGES Bobby, "Alternative Dispute Resolution in Divorce and Family Cases in France and the United States: What the Two Countries Can Learn from Each Other," *Loyola Law Review*, 70, no. 1 (Fall 2023), ss. 115-164.

HAUSHEER Heinz/ STECK Daniel, "Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen – mehr Privatautonomie bei verstärkter Inhaltskontrolle ein dringendes Reformanliegen?", *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins*, 144/2008, 922-973.

HOCHRAINER Celine, *Die Scheidungsfolgenvereinbarung nach § 55a Abs 2 EheG mit Schwerpunkt auf der Regelung der Obsorge, des Kontaktrechts und des Unterhaltes in Bezug auf gemeinsame Kinder*, Masterarbeit, Eingereicht an der Universität Innsbruck, rechtswissenschaftliche Fakultät zur Erlangung des akademischen Grades, 2012.

KIRBAŞ Özlem, *Türk Hukukunda Eşlerin Anlaşmasına Dayanan Boşanma*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1994.

LIATOWITSCH Peter, "Wieviel prozessuale Autonomie benötigen die Parteien im neuen Scheidungsrecht? Einige verfahrenstaktische und prozessuale Überlegungen zur Scheidung auf gemeinsames Begehren", *Aktuelle Juristische Praxis*, 1999, 1600-1605.

MİLASLI Gad Franko, "Boşanmanın Genişlemesi", *Hukuki Bilgiler Mecmuası*, No: 4.920, 4.951, 5.018, 5.113, 5.368, 5.348, İstanbul, 1936.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Herausgegeben von Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker, Bettina Limperg, Claudia Schubert, Verlag C.H. BECK München, 9. Auflage, 2022.

NICOLA Fernanda G., "Family Law Exceptionalism in Comparative Law, *The American Journal of Comparative Law*, FALL 2010, Vol. 58, No. 4, 777-810.

ÖZBUDUN Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin, 2023.

ÖZDEMİR Nevzat, *Türk-İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma*, Beta, 2003.

ÖZTAN Bilge, "3444 Sayılı Kanunla Getirilen Değişikliklerden Sonra Medeni Kanun'un 134. Maddesi", *Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan*, Ankara, 1990, ss.111-137.

PINTES Walter, "Family law in Europe: developments and perspectives", *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 2008, Vol. 41, No. 1, 155-174.

RYZNAR Margaret/ DEVAUX Angelique, "Voila: Taking the Judge out of Divorce," *Seattle University Law Review*, 42, no. 1 (Fall 2018), ss. 161-184.

SCHWENZER Ingeborg, "Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen", *Die Praxis des Familienrechts*, 2014, 966-1008.

SCHWENZER Ingeborg, *Modern Family Code*, Intersentia, 2006.

SCHWENZER Ingeborg, "Editorial: The Evolution of Family Law – From Status to Contract and Relation", *European Journal of Law Reform*, Vol.3, 2001, ss. 199-202.

SEÇER Öz, "Anlaşmalı Boşanmada Eşlerin Yaptıkları Anlaşma", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C. 7, S. 2, ss.259--286.

SHÚILLEABHÁIN Máire Ní, "Ten Years of European Family Law: Retrospective Reflections from a Common Law Perspective", *The International and Comparative Law Quarterly*, 2010, Vol. 59, No. 4, 1021-1053.

STECK Daniel, "Die Praxisentwicklung zu den Scheidungsgründen", *Die Praxis des Familienrechts*, 2004, 206-228.

STECK Daniel/GLOOR Urs, "Rückblick auf 10 Jahre neues Scheidungsrecht", *Die Praxis des Familienrechts*, 2010, 1-17.

STEFANOVSKA Ilin, "Divorce by Mutual Consent in Comparative Law." *Iustinianus Primus Law Review*, vol. 5, no. 2, 2014, 1-23.

TANÖR Bülent / YÜZBAŞIOĞLU Necmi, 1982 *Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta, 2019.

TEKİN Hilal Neval, *Anlaşmalı Boşanma*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.

TÜZÜNER Özlem, §4. Boşanma ve Boşanmanın Sebepleri", *Medeni Hukuk II Aile Hukuku*, Editörler: Metin İkizler/ Özlem Tüzüner, Adalet, 2. Baskı, Ankara, 2024.

WOLF Stephan, "Die Scheidung auf gemeinsames Begehren in Italien und in der Schweiz Gemeinsamkeiten und Unterschiede", *Privatrecht im Spannungsfeld zwischen gesellschaftlichem Wandel und ethischer Verantwortung Beiträge zum Familienrecht, Erbrecht, Persönlichkeitsrecht, Haftpflichtrecht, Medizinalrecht und allgemeinen Privatrecht Festschrift für Heinz Hausheer zum 65. Geburtstag*, Herausgegeben von: Thomas Geiser, Thomas Koller, Ruth Reusser, Hans Peter Walter, Wolfgang Wiegand, Stämpfli Verlag AG Bern, 2002.

YILMAZ Süleyman, *Medeni Hukuk Cilt III Aile Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.

ZEVKLİLER Aydın/ CUMALIOĞLU Emre / ACABEY Mehmet Beşir, *Medeni Hukuk III Aile Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024.

Yatırım Yoluyla Türk Vatandaşlığına Alınan Kişilerin On Sekiz Yaşını Dolduran Çocuklarının Vatandaşlık Durumunun Anayasal Açıdan Değerlendirilmesi

Der Staatsangehörigkeitsstatus volljähriger Kinder beim Erwerb der türkischen Staatsangehörigkeit durch Investition: Eine verfassungsrechtliche Analyse

Dr. Öğr. Üyesi Volkan Aslan*

ÖZ

Birkaç yıl öncesine kadar, ergin olmadıkları dönemde ebeveynleri ile birlikte yatırım yoluyla istisnai Türk vatandaşlığına alınma talebinde bulunan çocuklar ebeveynlerinin başvurusu üzerinden vatandaşlık hakkı kazanabilmekteydi. Ancak, herhangi bir mevzuat değişikliği yapılmaksızın, İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü bu uygulamaya son vermiş; anne veya babanın başvurusu sonuçlandığında çocuk ergin hale gelmişse, artık bu yolla vatandaşlık kazandırılmamaya başlanmıştır. Uygulama değişikliğine karşı açılan davalarda, ilk aşamada idare mahkemeleri ve ilgili bölge idare mahkemesi başvuruçular lehine kararlar vermiştir. Ancak, kesin

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı, volkan.aslan@istanbul.edu.tr. ORCID: 0000-0003-1136-7556. Bu makale, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığının 10/03/2025 tarihli ve 3229339 sayılı yazısı ile görevlendirilmemin ardından hazırlamış olduğum ve daha önce herhangi bir yerde yayımlanmayan bilimsel mutalaanın değişikliklerle ve eklemelerle yayına hazırlanmış halidir. Bu çerçevede makalede yararlanılan, Ankara İdare Mahkemeleri ve Ankara Bölge İdare Mahkemesi tarafından verilen kararların tamamı ile bu kararlara konu olaylar ve ilgili belgeler Av. Dr. Aytuğ Büyükatık ile Av. Zeynep Güven'den temin edilmiştir. Söz konusu katkıları için Av. Dr. Aytuğ Büyükatık'a ve Av. Zeynep Güven'e çok teşekkür ederim.



karar verme yetkisine sahip ilgili bölge idare mahkemesi, herhangi bir gerekçe sunmaksızın içtihadını değiştirmiştir. Bu durum, kanunilik ilkesi başta olmak üzere birçok anayasal ilkeye aykırı olup vatandaşlık başvurusu reddedilen kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlaline yol açmaktadır. Türkiye Büyük Millet Meclisi, vakit kaybetmeden, yatırım yoluyla Türk vatandaşlığına alınacak kişilerin çocuklarının hangi koşullarda vatandaşlık hakkı kazanacağını açıkça düzenleyen bir kanun çıkarmalıdır.

Anahtar kelimeler: İstisnai vatandaşlık kazanımı, yatırım yoluyla Türk vatandaşlığı, çocukların vatandaşlık hakkı

Constitutional Assessment of the Citizenship Status of Adult Children in Turkish Citizenship-by-Investment

ABSTRACT

Until a few years ago, although they would acquire citizenship at a later stage than their parents, minor children who applied jointly with their parents for exceptional acquisition of Turkish citizenship through investment could, after a certain lapse of time, derive citizenship rights based on their parents' successful application. Subsequently, the General Directorate of Population and Citizenship Affairs unilaterally abandoned this practice without any legislative amendment. Under the revised approach, if the child had attained the age of majority by the time the parent's application was finalized, citizenship through the parent's application ceased to be granted. Judicial challenges to this administrative shift initially resulted in rulings in favor of the applicants, both before administrative courts of first instance and the relevant regional administrative court. Nevertheless, the competent regional administrative court, which is empowered to issue final judgments on disputes regarding citizenship acquisitions, later altered its established jurisprudence without providing any reasoning whatsoever. Such a development constitutes a violation of the principle of legality, among other fundamental constitutional and administrative tenets, and amounts to an

infringement upon the fundamental rights and freedoms of individuals whose citizenship applications are denied. The Grand National Assembly of Türkiye should, without undue delay, enact explicit statutory provisions delineating the precise conditions under which the minor children of persons acquiring Turkish citizenship through investment may be eligible for such citizenship.

Keywords: *Exceptional acquisition of citizenship, Turkish citizenship by investment, children's right to citizenship*

I. Giriş

Makalenin konusu, ergin olmadığı dönemde ebeveyni ile birlikte 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 12. maddesi uyarınca yatırım yoluyla istisnai olarak Türk vatandaşlığına alınma talebiyle başvuru yapan; ancak başvuru süreci devam ederken ergin olduğundan bahisle talebi reddedilen kişilerin durumunun anayasal açıdan incelenmesidir. Yakın zamana kadar, başvuru esnasında ergin olmayan çocuklar, anne veya babalarının istisnai yoldan vatandaşlık kazanmasından belli bir süre sonra, bu başvuru üzerinden vatandaşlık hakkı elde edebilmekteydi. Ancak herhangi bir mevzuat değişikliği olmaksızın, İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü bu uygulamaya son vermiştir. Bu durumda bulunan kişilerin yargıya başvurması üzerine, idare mahkemeleri ve ilgili bölge idare mahkemesi başlangıçta başvurucular lehine kararlar vermiştir. Bununla birlikte, tespit edilebildiği kadarıyla Aralık 2024'ten itibaren yetkili bölge idare mahkemesi aksi yönde kararlar almaya başlamıştır. Bu çalışmada, herhangi bir mevzuat değişikliği yapılmaksızın hem idari uygulamada hem de yargı içtihadında meydana gelen bu değişikliğin 1982 Anayasası'na uygunluğu, özellikle hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması bağlamında ele alınmıştır. Bu çerçevede, öncelikle konuya ilişkin mevzuat incelenmiş; ardından uygulama ve yargı kararları değerlendirilmiştir. Sonrasında ise kanunilik ilkesi ile müdahale edilen hak ve özgürlükler bağlamında anayasal değerlendirmeler yapılmıştır.

II. İlgili Mevzuat

1. 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu, m. 12, 20:

Türk vatandaşlığının kazanılmasında istisnai haller

“MADDE 12 – (1) Millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak şartıyla Cumhurbaşkanı kararı ile aşağıda belirtilen yabancılar Türk vatandaşlığını kazanabilirler.

a) Türkiye’ye sanayi tesisleri getiren veya bilimsel, teknolojik, ekonomik, sosyal, sportif, kültürel, sanatsal alanlarda olağanüstü hizmeti geçen ya da geçeceği düşünülen ve ilgili bakanlıklarca haklarında gerekçeli teklifte bulunulan kişiler.

b) 4/4/2013 tarihli ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun 31 inci maddesinin birinci fıkrasının (j) bendi uyarınca ikamet izni alanlar ile Turkuaz Kart sahibi yabancılar ve bunların yabancı eşi, kendisinin ve eşinin ergin olmayan veya bağımlı yabancı çocuğu.¹

c) Vatandaşlığa alınması zaruri görülen kişiler.

d) Göçmen olarak kabul edilen kişiler.

(2) Millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek hali bulunanların talepleri Bakanlıkça reddedilir.”

Yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığının kazanılmasının geçerliliği ve sonuçları

“MADDE 20 – (1) Türk vatandaşlığının kazanılmasına ilişkin kararlar, karar tarihinden itibaren hüküm ifade eder.

(2) Yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığının kazanılması eşin vatandaşlığına tesir etmez. Ana veya babanın velayeti kendisinde bulunan çocukları, diğer eşin muvafakat etmesi

¹ 4/4/2013 tarihli ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun 31 inci maddesinin birinci fıkrasının (j) bendi şu şekildedir: Kısa dönem ikamet izni MADDE 31 – (1) “Aşağıda belirtilen yabancılara kısa dönem ikamet izni verilebilir: (...) j) Türkiye’de çalışmayan ancak Cumhurbaşkanınca belirlenecek kapsam ve tutarda yatırım yapacaklar ile bunların yabancı eşi, kendisinin ve eşinin ergin olmayan veya bağımlı yabancı çocuğu”.

halinde Türk vatandaşlığını kazanır. Muvafakat verilmemesi halinde ana veya babanın mutad meskeninin bulunduğu ülkedeki hakim kararına göre işlem yapılır. Türk vatandaşlığını birlikte kazanan ana ve babanın çocukları da Türk vatandaşlığını kazanır.^[5]

(3) Ana veya babanın Türk vatandaşlığını kazandığı tarihte kendileri ile birlikte işlem görmeyen çocukları, ergin olduktan sonra Türk vatandaşlığını kazanmak üzere başvurdukları takdirde haklarında 11 inci madde hükümleri uygulanır."

2. Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, m. 20/1, 2-a, b

Türk vatandaşlığının istisnai olarak kazanılması, başvuru için gerekli belgeler ve yapılacak işlemler

"MADDE 20 – (1) Kanunun 12 nci maddesinde sayılan hallerde yabancı, istisnai olarak Türk vatandaşlığını kazanabilir.

(2) Aşağıdaki şartlardan herhangi birini sağlayan yabancı, Kanunun 12 nci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında Cumhurbaşkanı kararı ile Türk vatandaşlığını kazanabilir:

a) En az 500.000 Amerikan Doları veya karşılığı döviz tutarında sabit sermaye yatırımı gerçekleştirdiği Sanayi ve Teknoloji Bakanlığınca tespit edilen.

b) En az 400.000 Amerikan Doları veya karşılığı döviz tutarındaki kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulmuş ya da üzerinde yapı bulunan arsa vasıflı taşınmazı tapu kayıtlarına üç yıl satılmaması şerhi koyulmak şartıyla satın aldığı veya kat mülkiyeti ya da kat irtifakı kurulmuş, en az 400.000 Amerikan Doları veya karşılığı döviz tutarı peşin olarak yatırılan ve tapu siciline üç yıl süreyle devir ve terkini yapılmayacağı taahhüdü şerh edilmek şartıyla noterde düzenlenmiş sözleşme ile taşınmazın satışının vaat edildiği Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığınca tespit edilen."

İlgili düzenlemeler bakımından çalışma konusu olaydaki temel sorunun 2901 sayılı Kanun'un 12. maddesinde yer alan, *"6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun 31 inci maddesinin birinci fıkrasının (j) bendi uyarınca ikamet izni alanlar ile Turkuaz Kart sahibi yabancılar ve bunların yabancı eşi, kendisinin ve eşinin ergin olmayan veya bağımlı yabancı çocuğu"*nun Türk vatandaşlığını kazanabilmesine ilişkin düzenlemenin yorumundan kaynaklandığı görülmektedir. Söz konusu düzenlemede ve anılan 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun 31 inci maddesinin birinci fıkrasının (j) bendinde annesi veya babasının yapacağı yatırım sayesinde vatandaşlık kazanacak çocuğun başvurunun hangi aşamasında ergin olması gerektiğine ilişkin bir belirleme bulunmamaktadır.

III. Uygulama ve Konuyla İlgili Yargı Kararları

Yakın zamana kadar uygulamada, anne veya babasına göre daha geç elde edecek olsalar da yatırım yoluyla vatandaşlık başvurusu esnasında ergin olmayan çocukların anne veya babalarının istisnai yoldan vatandaşlık elde etmesinden belli bir süre sonra anne ve babalarının başvurusu üzerinden vatandaşlığa hak kazandıkları görülmüştür. Bu çerçevede uygulamada, istisnai yoldan vatandaşlık başvurusunda bulunmuş kişilerin vatandaşlık başvurularının onaylandığı tarihte ergin olan çocuklarının vatandaşlık taleplerinin kabulü hususunda görüşülmek üzere nüfus hizmetleri merkezlerine randevu alarak müracaat etmeleri gerektiği yolunda kısa mesajlar gönderildiği tespit edilmiştir. Ancak Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü bu uygulamaya son vererek yatırım yoluyla istisnai yoldan vatandaşlık başvurusunda bulunmuş kişilerin vatandaşlık başvurularının onaylandığı tarihte çocuklarının 18 yaşını doldurmamış olması gerektiği yolunda kararlar vermeye başlamıştır. Söz konusu uygulama değişikliğinin ne zaman gerçekleştiği tam olarak tespit edilemese de ulaşılan yargı kararlarından söz konusu uygulama değişikliğinin 2023 yılından itibaren gerçekleştiği tahmin edilmektedir. Ancak konu ile ilgili Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü'nün resmi internet sitesine bakıldığında, uygulama ile ilgili değişikliğe çok daha sonra yer verildiği görülmektedir.

2 Nisan 2025 tarihinde erişilen Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğünün resmi internet sitesine yer alan, “*Vatandaşlık Hizmetleri Sıkça Sorulan Sorular*” kısmında “*Türk Vatandaşlığını kazanma başvurusu sırasında yaşı küçük olmakla birlikte işlemlerin devamı sırasında reşit olan çocuklar için ne yapılmalıdır?*” şeklindeki soruya idare tarafından şu yönde cevap verilmektedir: “*Anne ve babalarına bağlı olarak vatandaşlık durumları incelenen küçük çocukların, vatandaşlık işlemleri sonuçlanmadan reşit olmaları halinde, müracaat makamlarına bilgi verilerek adlarına vatandaşlık dosyasının düzenlenmesi gerekmektedir.*” 10 Ağustos 2025 tarihinde erişilen sitede ise söz konusu cevabın değiştirildiği tespit edilmiştir: “*Anne ve babalarına bağlı olarak vatandaşlık durumları incelenen küçüklerin, başvuru süreci tamamlanmadan reşit hale gelmeleri durumunda, kişisel statüleri değişmekte olup, artık ergin birey sıfatıyla işlem görmeleri gerekmektedir. Bu nedenle, Türk vatandaşlığını anne ve babalarına bağlı olarak kazanmaları mümkün değildir. Bu durumda söz konusu kişilerin, 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu’nda öngörülen usul ve esaslar çerçevesinde, gerekli şartları sağlamaları durumunda, bireysel olarak vatandaşlık başvurusunda bulunmaları ve ilgili başvurularının bu kapsamda değerlendirilmesi gerekmektedir.*” Aşağıda 2 Nisan 2025 ve 10 Ağustos 2025 tarihlerinde resmi internet sitesinden elde edilen görüntülere² yer verilmektedir:

² <https://www.nvi.gov.tr/sss-vatandaslik-hizmetleri>, Erişim tarihleri: 2 Nisan 2025, 10 Ağustos 2025.

T.C. İÇİŞLERİ BAKANLIĞI
NÜFUS VE VATANDAŞLIK İŞLERİ GENEL MÜDÜRLÜĞÜ

GENEL MÜDÜRLÜK e-HİZMETLER GÜNDEM İL MÜDÜRLÜKLERİ İLETİŞİM

Vatandaşlık Hizmetleri Sıkça Sorulan Sorular

1- Türk Vatandaşlığını kazanma başvurusu yapmak istiyorum. Nereye başvurmam gerekiyor?

2- Türk Vatandaşlığını kazanma/ Türk Vatandaşlığından çıkma izni başvurusu hakkında detaylı bilgiye nereden ulaşabilirim?

3- Türk Vatandaşlığını kazanma/ Türk Vatandaşlığından çıkma izni başvurumun durumunu nasıl öğrenebilirim?

4- Başvuru No nedir? Ne işe yarar?

5- Başvuru No'sunu nereden öğrenebilirim?

6- Türk Vatandaşlığını kazanma başvurusu sırasında yaşı küçük olmakla birlikte işlemlerin devamı sırasında reşit olan çocuklar için ne yapılmalıdır?

Anne ve babalarına bağlı olarak vatandaşlık durumları incelenen küçük çocukların, vatandaşlık işlemleri sonuçlanmadan reşit olmaları halinde, müracaat makamlarına bilgi verilerek adlarına vatandaşlık dosyasının düzenlenmesi gerekmektedir.

T.C. İÇİŞLERİ BAKANLIĞI
NÜFUS VE VATANDAŞLIK İŞLERİ GENEL MÜDÜRLÜĞÜ

GENEL MÜDÜRLÜK e-HİZMETLER GÜNDEM İL MÜDÜRLÜKLERİ İLETİŞİM

Vatandaşlık Hizmetleri Sıkça Sorulan Sorular

1- Türk Vatandaşlığını kazanma başvurusu yapmak istiyorum. Nereye başvurmam gerekiyor?

2- Türk Vatandaşlığını kazanma/ Türk Vatandaşlığından çıkma izni başvurusu hakkında detaylı bilgiye nereden ulaşabilirim?

3- Türk Vatandaşlığını kazanma/ Türk Vatandaşlığından çıkma izni başvurumun durumunu nasıl öğrenebilirim?

4- Başvuru No nedir? Ne işe yarar?

5- Başvuru No'sunu nereden öğrenebilirim?

6- Türk Vatandaşlığını kazanma başvurusu sırasında yaşı küçük olmakla birlikte işlemlerin devamı sırasında reşit olan çocuklar için ne yapılmalıdır?

Anne ve babalarına bağlı olarak vatandaşlık durumları incelenen küçüklerin, başvuru süreci tamamlanmadan reşit hale gelmeleri durumunda, kişisel statüleri değişmekte olup, artık ergin birey sıfatıyla işlem görmeleri gerekmektedir. Bu nedenle, Türk vatandaşlığını anne ve babalarına bağlı olarak kazanmaları mümkün değildir. Bu durumda söz konusu kişilerin, 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununda öngörülen usul ve esaslar çerçevesinde, gerekli şartları sağlamaları durumunda, bireysel olarak vatandaşlık başvurusunda bulunmaları ve ilgili başvurularının bu kapsamda değerlendirilmesi gerekmektedir.

Sonuç olarak anne veya babasına göre daha geç elde edecek olsalar da başvuru esnasında ergin olmayan çocukların anne veya babalarının istisnai yoldan vatandaşlık elde etmesinden belli bir süre sonra anne ve babalarının başvurusu üzerinden vatandaşlığa hak kazanacaklarının birkaç ay öncesine kadar resmi kaynaklarda belirtildiği görülmekte; uygulamanın da muhtemelen 2023 yılına kadar bu şekilde olduğu anlaşılmaktadır. Sonrasında ise Nüfus ve Vatandaşlık İşleri

Genel Müdürlüğü uygulamasını değiştirmiş, buna ilişkin bilgilendirmeyi çok daha geç bir tarihte resmi internet sitesine koymuştur.

Herhangi bir mevzuat değişikliği ve bilgilendirme olmaksızın gerçekleşen değişikliğin ardından vatandaşlık başvurusu reddedilen kişiler yargıya başvurmuş ve yargıdan idare aleyhine kararlar çıkmıştır. Aşağıda söz konusu kararlardan alıntılar paylaşılmaktadır:

“Dava dosyasının incelenmesinden; davacının babası, annesi ve reşit olmayan üç kardeşi ile birlikte 5901 sayılı Kanunun 12. maddesinin (b) bendi uyarınca yatırım yolu ile istisnai olarak Türk Vatandaşlığına alınma talebinde bulunduğu, davacının babasının, annesinin ve reşit olmayan üç kardeşinin 5901 sayılı Kanunun 12. maddesinin (b) bendi uyarınca yatırımcı olarak Cumhurbaşkanının 22/07/2019 tarihli ve 1353 sayılı kararı ile Türk Vatandaşlığını kazandığı, ancak davacının Cumhurbaşkanlığının karar tarihi itibarıyla reşit olduğundan aynı bent uyarınca işlemlerinin sonuçlandırılmadığı ve davacının babası tarafından da bu işlemin düzeltilmesi için 23/08/2019 tarihinde İstanbul Valiliği İl Nüfus ve Vatandaşlık Müdürlüğü’ne başvuru yapıldığı, yapılan başvurunun zımnen reddi üzerine bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Uyuşmazlık konusu olayda, 15.07.2001 doğumlu olan davacının ailesi ile birlikte Türk vatandaşlığına alınma talebinde bulunduğu 06/03/2019 tarihinde henüz reşit olmadığı, işlemlerin tamamlanarak Cumhurbaşkanlığının 22/07/2019 tarihli ve 1353 sayılı kararının verildiği tarih itibarıyla reşit olduğu görülmektedir. Bu açıklamalar karşısında, ailesinin Türk vatandaşlığına alınmasında bir sakınca görülmeyerek Türk vatandaşlığına kabul edilmiş oldukları dikkate alındığında davacının başvuru tarihindeki yaşının dikkate alınarak işlem tesis edilmesinin hukuk ve hakkaniyete uygun olacağı sonuç ve kanaatine varılmıştır. Kaldı ki, başvuru sonrası yürütülen iş ve işlemlerin ne kadar sürede tamamlanacağı belli olmadığından, işlemlerdeki uzamanın ilgililer aleyhine sonuç doğurması da hukuken kabul edilebilir değildir. Açıklanan nedenlerle; davacı

İSTİNAF İSTEMİNİN KABULÜNE, Ankara 16. İdare Mahkemesi’nce verilen 03/07/2020 gün ve E: 2019/2313, K: 2020/1028 sayılı kararın KALDIRILMASINA, 2577 sayılı Yasanın değişik 45/4 maddesi uyarınca yeniden yapılan inceleme sonucunda DAVA KONUSU İŞLEMİN İPTALİNE (...)”³

“(...) davacının, başvurunun neticelendirilmesi adına geçen sürede reşit hale gelmesinde kendisine isnat edilebilecek bir kusur bulunmadığı, başvurunun neticelendirilmesindeki gecikmeden davacının değil, davalıların sorumlu tutulması gerektiği ve ayrıca tüm aile fertlerinin başvurusunun da uygun görülüp Türk Vatandaşlığı’nı kazanmalarına ilişkin karar verildiği, davaya konu işlemde hukuka ve hakkaniyete uygunluk bulunmadığının kabulü gerektiği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline ilişkin olarak Ankara 7. İdare Mahkemesi’nce verilen 21/03/2022 gün ve E:2020/186, K:2022/619 sayılı kararın, işlemin hukuka uygun olarak tesis edildiği ileri sürülerek kaldırılması istenmektedir. Ankara 7. İdare Mahkemesi’nce verilen 21/03/2022 gün ve E:2020/186, K:2022/619 sayılı karar usul ve hukuka uygun olup kaldırılmasını gerektiren bir neden bulunmadığından, davalı tarafın istinaf isteminin REDDİNE (...)”⁴

“(...) incelemenin ilgililerin başvuru tarihindeki durumları esas alınarak yapılması gerektiği, aksi halin kabulünün idari işlemin sonuçlandırılma sürecindeki gecikmelerin olumsuz sonuçlarının hiçbir kusuru bulunmayan ilgililere yüklenmesi şeklinde hukuken kabul edilemeyecek bir duruma neden olacağı dolayısıyla başvuru esnasında gerekli ergin olmama koşulunu taşıyan davacının karar tarihi itibari ile reşit olduğundan bahisle tesis olunan dava konusu işlemde hukuka uyarlık görülmemiştir. Nitekim benzer bir uyuşmazlıkta Ankara Bölge

³ Ankara Bölge İdare Mahkemesi 10. İdari Dava Dairesi, E: 2020/2923, K: 2020/2523, T: 19.11.2020.

⁴ Ankara Bölge İdare Mahkemesi 10. İdare Dava Dairesi, E: 2022/2520, K: 2022/2652, T: 10/06/2022.

İdare Mahkemesi 10. İdari Dava Dairesinin 24.11.2021 tarih ve E:2021/3854, K:2021/4018 sayılı kararı da aynı yöndedir (...)"⁵

Ankara Bölge İdare Mahkemesi 10. İdari Dava Dairesinin 2024 yılının sonlarına kadar bu içtihadını sürdürdüğü görülmektedir. Bu çerçevede Dairenin 11 Eylül 2024 tarihli kararı anılabilir. Davacı tarafından istisnai vatandaşlık başvurusunun, kendi ülke milli kanununa göre ergin olduğundan bahisle reddine dair 01.11.2023 tarih ve 551897 sayılı işlemin iptali istemiyle açılan davadaki olgulara bakıldığında, 6 Haziran 2005 doğum tarihli davacının, babası tarafından Türk vatandaşlığına alınma başvurusunda bulunulduğu 24.01.2023 tarihinde henüz ergin olmadığı, Türk vatandaşlığını istisnai usulde kazanma başvurusunda bulunan baba ile birlikte ergin olmayan çocuk sıfatıyla işlem görmesi gerektiği, vatandaşlık başvurusunun davacı yönünden reddine ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava açılmış ve dava kabul edilmiştir.⁶ Davalı idare vekili tarafından, mevzuata uygun işlem tesis edildiği ileri sürülerek kararın kaldırılması istenmiş; Ankara Bölge İdare Mahkemesi 10. İdari Dava Dairesi ise, idare mahkemesi tarafından verilen kararın usul ve hukuka uygun olup kaldırılmasını gerektiren bir neden bulunmadığından, davalı tarafın istinaf istemini 11 Eylül 2024 tarihli kararıyla⁷ reddetmiştir.

Tam bu noktada ilginç olan, olguları yukarıda anılan davayla örtüşen bir diğer davada Ankara Bölge İdare Mahkemesi 10. İdari Dava Dairesinin yaklaşık 3 ay sonra tam aksi yönde karar vermiş olmasıdır.⁸ Söz konusu Dairenin iki karardaki üye kompozisyonu farklı olmakla birlikte her iki kararda da Daire üyesi olan aynı üyenin olguları aynı olan ikinci davada 3 ay sonra neden tam aksi yönde karar verdiği anlaşılamamıştır. Bu örnekteki istinafa konu olan ilk derece

⁵ Ankara 9. İdare Mahkemesi, E: 2023/2171, K: 2024/814, T: 09/05/2024.

⁶ Ankara 5. İdare Mahkemesi, E: 2024/408, K: 2024/942, T: 31.05.2024.

⁷ Ankara Bölge İdare Mahkemesi 10. İdari Dava Dairesi, E: 2024/6218, K: 2024/4491, T: 11.09.2024.

⁸ Ankara Bölge İdare Mahkemesi 10. İdari Dava Dairesi, E: 2024/6291, K: 2024/7751, T: 09.12.2024.

mahkemesinin kararındaki belirlemeler yukarıdaki karar alıntılarına benzer şekildedir:

“Olayda dava dosyasında yer alan bilgi ve belgeler ile yukarıda yer verilen mevzuat hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, davacının annesi (...)’nin 07.08.2023 tarihinde kendisi ve ailesi ile o tarihte ergin olmayan davacı çocuğu için Türk vatandaşlığına alınma talebiyle başvuru yaptığı, 06.10.2005 doğumlu olan davacının başvuru tarihinde 18 yaşından küçük olduğu, davacının annesi tarafından yapılan başvurunun Cumhurbaşkanlığı’nın 27 .05.2024 tarih ve 8550 sayılı kararı ile sonuçlandırılarak davacının annesinin Türk vatandaşlığına kabul edildiği, ancak davacının dava konusu işlem tarihi olan 19.10.2023 tarihinde reşit olduğundan bahisle vatandaşlık talebinin reddedildiği görülmekte ise de; incelemenin ilgililerin başvuru tarihindeki durumları esas alınarak yapılması gerektiği, aksi halin kabulünün idari işlemin sonuçlandırılma sürecindeki gecikmelerin olumsuz sonuçlarının hiçbir kusuru bulunmayan ilgililere yüklenmesi şeklinde hukuken kabul edilemeyecek bir duruma neden olacağı, dolayısıyla başvuru esnasında gerekli bulunan ergin olmama koşulunu taşıyan davacının karar tarihi itibari ile reşit olduğundan bahisle tesis olunan dava konusu işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Öte yandan, işbu iptal kararının, davacıya doğrudan Türk vatandaşlığı verilmesi sonucunu doğurmamakta olup kararın gerekçesi doğrultusunda davacının koşulları sağlayıp sağlamadığı bakımından değerlendirme yapılacağı açıktır. Nitekim, Ankara Bölge İdare Mahkemesi 10.İdari Dava Dairesinin 20.02.2024 tarihli ve E:2024/547 K:2024/693 sayılı kararı da bu yöndedir.”⁹

Bu karara karşı idarenin istinaf yoluna başvurusu üzerine, yukarıda da belirtildiği üzere, Ankara Bölge İdare Mahkemesi 10. İdari Dava Dairesi davalı idarenin istinaf talebini kabul etmiş; Ankara 12. İdare Mahkemesi tarafından verilen kararı kaldırarak davayı kesin

⁹ Ankara 12. İdare Mahkemesi, E: 2024/43, K: 2024/964, T: 30.05.2024.

olarak reddetmiştir. İstinaf kararında özetle, 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununa göre, anne veya babanın velayeti altında olup ergin olmayan çocukların istisnai yoldan Türk Vatandaşlığına alınması uygulamasında ilgililerin Cumhurbaşkanlığı'nın karar tarihinde tüm şartları sağlamaları gerektiği; davacının ise Cumhurbaşkanı kararından önce ergin olduğu ve Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 12. maddesinde belirtilen şartları taşımadığı belirtilmiştir.

IV. Kanunilik İlkesi Çerçevesinde Değerlendirme

Vatandaşlık bakımından kanunilik ilkesi Anayasamızın 66. maddesinde özel olarak düzenlenmektedir. Anayasamızın 66. maddesinin 3. fıkrası gereğince *“Vatandaşlık, kanunun gösterdiği şartlarla kazanılır ve ancak kanunda belirtilen hallerde kaybedilir.”* Esasında bu düzenleme olmasa dahi kişilerin vatandaşlık hakkından mahrum bırakılmasını gerektiren sebeplerin Anayasamızın 13. ve 16. maddeleri gereğince de kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Bu çerçevede vatandaşlığın kazanılması ve kaybı koşullarının hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde, açık ifadelerle kanunlarda düzenlenmesi gerekmektedir.¹⁰ Her ne kadar vatandaşlığa ilişkin düzenlemelerin şekli manada kanunla düzenlenmesi gerekli olsa da kanunilik ilkesinin gereklerinin karşılanması bakımından bu gereklilik yeterli değildir.

Anayasamız uyarınca temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması için gerekli olan "kanun" deyiminden ilk olarak anlaşılması gereken Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından yapılan şekli anlamda kanundur. Ancak hem Anayasamızın 2. maddesinde güvence altına alınan hukuk devleti ilkesi bağlamında hem de Anayasamızın yukarıda anılan 13. maddesi bağlamında kanunilik ilkesi, kanunun içerik bakımından da belirli özelliklere, bir başka deyişle *“kalite standartlarına”* sahip olmasını gerektirmektedir. Anayasa Mahkemesinin birçok kararında belirttiği üzere, kanunilik koşulunun sağlanması bakımından şekli anlamda kanun gerekli ancak yetersiz olup

¹⁰ Necla Öztürk, *Yatırım Yoluyla İkamet Etme ve Vatandaşlık Kazanma*, On İki Levha, İstanbul, 2022, s. 176. Ayrıca bkz.: Bahadır Erdem, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 7. Baskı, Beta, İstanbul, 2019, s. 16.

“kanunun kalitesi” de temel hak ve özgürlükler sınırlandırılırken önem arz etmektedir:

“Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak kanunun kalitesi de kanunilik koşulunun sağlanıp sağlanmadığının tespitinde önem arz etmektedir. Zira hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri hukuk devletinin ön koşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.”¹¹

Bir başka kararında ise Yüksek Mahkeme şu belirlemelerde bulunmaktadır:

“(…) temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin kanunların şeklen var olması yeterli değildir. Kanunilik ölçütü aynı zamanda maddi bir içeriği de gerektirmekte olup bu noktada kanunun niteliği önem kazanmaktadır. Kanunla sınırlama ölçütü sınırlamanın erişilebilirliğini, öngörülebilirliğini ve kesinliğini ifade etmekte; böylece uygulayıcının keyfi davranışlarının önüne geçtiği gibi kişinin hukuku bilmesine de yardımcı olmakta; bu yönüyle hukuk güvenliği teminatı sağlamaktadır.”¹²

¹¹ AYM, E: 2021/84, K: 2022/117, T: 13/10/2022, § 64. Benzer belirlemelere yer verilen güncel bir bireysel başvuru kararı için bkz.: AYM, Yusuf Açıkgül Başvurusu, B. No: 2018/37665, T: 29/3/2023, § 49: “Kanunun varlığı kadar kanun metninin ve uygulamasının da bireylerin davranışlarının sonucunu öngörebileceği kadar hukuki belirlilik taşıması gerekir. Bir diğer ifadeyle kanunun kalitesi de kanunilik koşulunun sağlanıp sağlanmadığının tespitinde önem arz etmektedir.”

¹² Örneğin bkz.: AYM, Halime Sare Aysal Başvurusu [GK], B. No: 2013/1789, T: 11/11/2015, § 62; AYM, Fatih Saraman Başvurusu [GK], B. No: 2014/7256, T: 27/2/2019, § 66.

Haliyle temel hak ve özgürlükleri sınırlayan kanunun şeklen var olması yeterli olmayıp kanundaki kuralların keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir düzenlemeler niteliğinde olması gerekmektedir.¹³ Kanunun belirli kalite standartlarına sahip olması aynı zamanda Anayasamızın öngördüğü idarenin kanuniliği ilkesinin de gereği olarak karşımıza çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesinin belirttiği üzere,

“Anayasa’nın 123. maddesinin birinci fıkrasında ise “İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.” hükmü yer almaktadır. Bu maddede yer alan düzenleme, idarenin kanuniliği ilkesini güvence altına almaktadır. İdarenin kanuniliği ilkesi, idarenin ve organlarının görev ve yetkilerinin hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde, açık bir biçimde kanunla düzenlenmesini gerekli kılar.”¹⁴

Kanunilik ilkesi aynı zamanda 1982 Anayasası’nın 7. maddesinde düzenlenen yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinin de bir görünümü niteliğindedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de idarelerin yapısına, görev ve yetkilerine ilişkin kanunla açık düzenlemelere yer verilmeksizin bu hususlarda idarelere yetki tanınmasını idarenin kanuniliği ilkesi ile birlikte yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine de aykırı bulmaktadır.¹⁵ Bu bakımdan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi parlamentonun kanunla düzenlemesi gereken bir alanın düzenlenmesini kendi düzenlemeden yürütme organına bırakmamasını gerektirmektedir.¹⁶ Belirli hususların yönetmelik gibi yürütmenin düzenleyici işlemleriyle düzenlenebilmesi için ilk olarak kanun yahut Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi gerekmektedir.¹⁷ Nitekim Anayasamızın 124. maddesi de Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerinin, kendi görev

¹³ Örneğin bkz.: AYM, E: 2023/49, K: 2024/54, T: 22/02/2024, § 19.

¹⁴ AYM, E: 2020/67, K: 2022/139, T: 09/11/2022, § 66. Aynı yönde: AYM, E: 2021/88, K: 2021/105, T: 30/12/2021, § 18.

¹⁵ Örneğin bkz.: AYM, E: 2020/67, K: 2022/139, T: 09/11/2022, § 67.

¹⁶ Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri: Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin, Ankara, 2024, s. 685-686.

¹⁷ Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C. I, Ekin, Bursa, 2019, s. 1392.

alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabileceklerini belirtmektedir. Buna paralel olarak yürütme organının ve idarenin yapacağı işlemleri objektif olmaktan uzaklaştıracak, keyfi uygulamalara sebebiyet verecek geniş bir takdir yetkisi tanınmasının bu çerçevede yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı olacağı kabul edilmektedir.¹⁸ Haliyle, vatandaşlığı kazanma şartları kanun ile belirlenir ve bu konuda yeni bir şart getirme yetkisi münhasıran kanun koyucuya aittir. Bu durumun sonucu olarak Vatandaşlık Kanunu'nda öngörülmeven şartların İçişleri Bakanlığı tarafından getirilmesi açıkça hukuka aykırılık oluşturur.¹⁹

Anayasa Mahkemesinin birçok kararında vurguladığı üzere,

“Hukukun kendisi -beraberinde getireceği idari pratiğin dışında- söz konusu işlemin meşru amacını da gözönünde tutarak keyfî müdahalelere karşı bireyi korumak için yetkili makamlara bırakılan takdir yetkisinin kapsamını yeterince açık bir şekilde göstermelidir. Diğer bir anlatımla hukuk sistemi, kamu makamlarına hangi şartlarda ve hangi sınırlar içinde müdahalelerde bulunma yetkisinin verildiğini açık ifadelerle ortaya koyacak nitelikte olmalı ve bu bağlamda ilgili müdahalenin muhataplarına müdahaleye zemin hazırlayan şartlar ile müdahalenin sonuçları açısından bir öngörüde bulunabilmeleri imkânı tanımalıdır (...) Öte yandan her ihtimale çözüm getiremeyecek olan yasal mevzuatın sağladığı koruma seviyesi, büyük ölçüde ilgili metnin düzenlediği alan ve içeriğiyle birlikte muhataplarının niteliği ve sayısıyla yakından bağlantılıdır. Bu nedenle kuralın karmaşık olması ya da belirli ölçülerde soyutluk içermesi ve buna bağlı olarak hukuki yardım ile tam olarak anlaşılabilir hâle gelmesi tek başına hukuken öngörülebilirlik ilkesine aykırı görülemez. Bu kapsamda hak ya

¹⁸ Cengiz Arıkan, *Türk Anayasa Hukukunda Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi*, Yetkin, Ankara, 2011, s. 125.

¹⁹ Mustafa Erkan, “Türk Vatandaşlığı Kanununda 7039 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliklerin İncelenmesi”, *Public and Private International Law Bulletin*, C. 39, S. 2, 2019, 415-446, s. 423.

da özgürlüğe müdahale eden kural belirli ölçülerdeki takdir alanını elbette uygulayıcıya bırakabilir. Fakat bu takdir alanının sınırlarının da yeterli açıklıkta belirlenmesi ve kuralın öngörülebilirliği sağlayacak şekilde asgari bir kesinlik içermesi zaruridir.”²⁰

Haliyle, vatandaşlığın kazanılması konusunda yerine getirilmesi gereken şartlar yorumlanırken bu şartların kapsamının genişletilmesi de kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edecektir.²¹ Öğretide de Türk vatandaşlığının kazanılması bakımından yabancı yatırımcıya bağlı olarak eş ve çocuklarının vatandaşlık kazanması için bazı ek koşulların aranabileceği ancak söz konusu ek koşulların mutlaka kanunla düzenlenmesi gerektiği belirtilmektedir.²² Bu bakımdan makale konusuyla ilgili öğretide farklı görüşler söz konusudur. Örneğin Yüksek’e göre ergin olma anının tespitinin vatandaşlık kazanmak amacıyla başvurunun yapıldığı ana göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Yatırımcının çocuğunun on sekiz yaşından küçük olduğu fakat yetkili makam kararını vereceği zaman çocuğun on sekiz yaşını doldurması durumunda ne yapılacağını sorgulayan yazar, 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu’nun aradığı şartların, başvuru esnasında gerçekleşmiş olması arandığından, çocuğun on sekiz yaşını doldurma anının tespitinin de vatandaşlık kazanmak amacıyla başvurunun yapıldığı ana göre değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır.²³ Bu çerçevede yazar Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik’in 64. maddesinin 6. fıkrasını²⁴ da dayanak olarak göstermektedir.

²⁰ Birçok karar arasında bkz.: AYM, Kemal Gömi Başvurusu, B. No: 2020/12572, T: 21/5/2024, § 32-33; AYM, Ahmet Muhammet Çay Başvurusu, B. No: 2020/9481, T: 18/4/2024, § 43-44; AYM, Fatih Özaltın ve İbrahim Esinler Başvurusu [GK], B. No: 2019/17374, T: 29/11/2023, §§ 46-47.

²¹ Öztürk, s. 177.

²² Öztürk, s. 184-185.

²³ Elif Yüksek, *Türk Vatandaşlığının Yatırım Yoluyla Kazanılması*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 178-179.

²⁴ “Vatandaşlık işlemlerinde başvuru tarihi olarak kişinin form dilekçesinin müracaat makamınca evrak kaydına alındığı tarih esas alınır.”

Öğretide konu ile ilgili aksi yönde yorumlanmaya müsait belirlemeler de bulunmaktadır. Örneğin bir çalışmada²⁵ anne veya babanın Türk vatandaşlığını kazandığı tarihte kendileri ile birlikte işlem görmeyen çocuklarının ergin olduktan sonra Türk vatandaşlığını kazanmak üzere başvurdukları takdirde haklarında genel olarak vatandaşlığa alınmayı düzenleyen Kanun'un 11. maddesinin hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir. Yazar devamında anne ya da babaları Türk vatandaşlığını kazandığı sırada ergin olan çocukların anne ya da babaya bağlı olarak vatandaşlık kazanılabilmesi için ergin olmama şartı arandığından bu kazanımdan yararlanamayacağı; Kanunda ya da Yönetmelikte anne ya da babaları Türk vatandaşlığını kazandığı sırada ergin olan çocuklarla ilgili özel bir düzenleme bulunmadığından, söz konusu kişilerin Vatandaşlık Kanunu'nun 11. maddesinden ve diğer yetkili makam kararıyla vatandaşlığa alınma yollarından durumlarına uyan ve şartlarını yerine getirdikleri vatandaşlığı kazanma yollarından yararlanabilecekleri belirtmektedir.²⁶ Bir başka yazar ise anne ve babaları vatandaşlığa başvurduğu sırada ergin olmayan ancak başvuru yapıldıktan sonra henüz sonuçlanmadan önce ergin olan çocukların Cumhurbaşkanı'nın vatandaşlık başvurusunu onayladığı tarihte ergin oldukları için aileleri ile birlikte vatandaşlık kazanamayacaklarını ancak ek bir başvuru ile durumu anlatan bir dilekçe yazarak, vatandaşlık kazanan anne ve babanın Türk kimliklerini koyarak yeni bir istisnai yatırımcı türünden başvuru yapmasının mümkün olduğunu belirtmektedir.²⁷

Yukarıda belirtildiği gibi önceki uygulamaya bakıldığında, başvuru esnasında ergin olmayan çocukların anne veya babalarının istisnai yoldan vatandaşlık elde etmesinden belli bir süre sonra anne ve babalarının başvurusu üzerinden vatandaşlığa hak kazandıkları görülmektedir. Bu husus incelenen davalardan birinin dilekçesinde de

²⁵ Neşe Baran Çelik, "Güncel Gelişmeler Işığında Türk Vatandaşlığının İstisnai Haller Kapsamında Kazanılması", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 130, 2017, 357-418, s. 404.

²⁶ Çelik, s. 405-406.

²⁷ Uygur Günerbüyük, *Yabancıların Taşınmaz Alımı ile Vatandaşlık Kazanmaları: Uygulamacı El Kitabı*, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2023, s. 145.

“(...) iptali talep edilen ret kararı son zamanlarda verilmeye başlanmış olup, yaklaşık 3-4 ay önceye kadar her zaman 18 yaşını dolduran çocuk için ek başvuru kararı verilerek yeni bir vekaletname ve bekarlık belgesi talep edilmiştir. Bugüne dek gerek tarafımız vekillerce yapılan başvurular gerekse de yerel idarenin yönlendirmesiyle ek başvuru adı altında yatırımcı anne/babadan sonra tüm çocuklar vatandaşlık kazanmıştır.”²⁸ şeklinde ifade edilmiştir. İdarenin herhangi bir mevzuat değişikliği söz konusu olmaksızın uygulamasını değiştirme sebebi yapılan araştırmalardan anlaşılamamıştır. Benzer şekilde, ret kararına karşı açılan dava kazanıldıktan sonra davalı idarenin başvurusunun ardından davayı reddeden Ankara Bölge İdare Mahkemesi 10. İdari Dava Dairesinin 3 ay önce benzer olgular içeren başka bir davada aksi yönde karar vermesine rağmen kısa bir süre içerisinde neden tam aksi yönde karar verdiği anlaşılamamıştır.

Mahkemelerin belirli konularda farklı kararlar vermesi yahut benzer olgulara ilişkin kararların zaman içerisinde farklılık göstermesi mümkündür. Anayasa Mahkemesinin de kabul ettiği üzere, belirlilik ilkesi yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği de ifade etmektedir. Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olma gibi niteliksel gereklilikleri karşılaması koşuluyla, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Bu bakımdan hukuki belirlilik ilkesinde asıl olan, bir hukuk normunun uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçların o hukuk düzeninde öngörülebilir olmasıdır.²⁹ Ancak aynı hususta daha önce çıkan kararlardan farklı bir hüküm kurulması hâlinde mahkemelerce bu farklılaşmaya ilişkin makul bir açıklama

²⁸ Ankara 12. İdare Mahkemesi, E: 2024/43, K: 2024/964, T: 30.05.2024, Dava dilekçesi.

²⁹ AYM, E: 2015/15, K: 2015/118, T: 23/12/2015, § 7. *“Hukuk güvenliği, temel hak güvencelerinde korunan ortak değerdir. Hukuk devleti hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm işlem ve eylemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerektirir.”* Bkz.: AYM, E: 2008/19, K: 2010/17, T: 28/01/2010. Ayrıca bkz.: AYM, Recep Yılmaz Yazıcıoğlu Başvurusu [2.B.], B. No: 2017/33714, T: 25/5/2022, § 37.

getirilmesi gerekmektedir.³⁰ Farklı yüksek mahkemelerin yahut yüksek mahkemelerin farklı dairelerinin birbirinden farklılaşan karar verdikleri durumlarda dahi geçerli olan bu ilke aynı derece mahkemesi tarafından kısa süre içerisinde farklı kararlar verilmesi durumunda evleviyetle geçerlidir. Hele ki vatandaşlıkla alakalı olarak uygulamada ve yargı kararlarında birliği sağlaması beklenen Ankara Bölge İdare Mahkemesi 10. İdare Dava Dairesinin benzer davalarda tatmin edici bir gerekçe göstermeksizin farklı sonuçlara ulaşması, Anayasa Mahkemesinin birçok kararında belirttiği üzere³¹ hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine ters düşmektedir. Anayasa Mahkemesinin belirttiği üzere,

“Özellikle aynı somut olay ve hukuksal durumdaki farklı kişilerce açılan davalarda birbiriyle çelişen sonuçlara ulaşılması hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine ters düşebilir. Yargı mercilerinin anılan ilkelerin bir sonucu olarak kamuoyu nezdinde yargıya olan güveni muhafaza etme bakımından kararlarında belli bir istikrar sağlaması beklenir.”³²

Aksi takdirde hukuk kurallarının yorum ve uygulanmasının “öngörülemez” nitelikte olması nedeniyle Yüksek Mahkeme tarafından ihlal kararı verilmektedir. Sonuç olarak vatandaşlığın kazanılmasına yönelik müdahalenin kanuni dayanağının olması, hem temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlandırılmasını öngören 13. maddenin, hem vatandaşlığı düzenleyen 66. maddenin, hem idarenin kanuniliği ilkesinin hem de yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinin bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim kamu hukukumuzda yetkisizlik esastır. İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü de dahil olmak üzere tüm kamu kurumlarının bir konuda yetki

³⁰ Bu yönde Anayasa Mahkemesi kararları için bkz.: AYM, Feyzullah Caner Başvurusu [1.B.], B. No: 2017/31906, T: 18/11/2020, § 25; AYM, Murat Cihangiroğlu Başvurusu [2.B.], B. No: 2014/952, T: 22/9/2016, § 40; AYM, Türkan Bal Başvurusu [GK], B. No: 2013/6932, T: 06/01/2015, § 55.

³¹ Örneğin bkz.: AYM, Ziya Metehan Arısoy Başvurusu [2.B.], B. No: 2019/22055, 15/11/2023, §§ 28-29; AYM, Semra Bekiroğlu ve Diğerleri Başvurusu [1.B.], B. No: 2013/6717, T: 16/12/2015, §§ 68-76; AYM, Türkan Bal Başvurusu [GK], B. No: 2013/6932, T: 06/01/2015, §§ 63-71.

³² AYM, Hakan Altınca Başvurusu [GK], B. No: 2016/13021, T: 17/5/2018, § 48.

kullanabilmesi için söz konusu yetkinin kanunlarda açıkça tanınması gerekmektedir. Aksi takdirde idarenin kanuniliği ilkesi başta olmak üzere birçok anayasal ilkeye aykırı hareket edilmiş olacaktır. Ayrıca bu ilkelerin gereği olarak, kanunlarda idareye takdir yetkisi kullanabileceği bir alan bırakılmışsa bu yetkinin objektif bir şekilde kullanılması ve keyfi uygulamalar olarak ortaya konulmaması gerekmektedir. İdarenin kanuniliği ilkesi, idari makamların kullanacağı yetkilerin tüm ayrıntılarıyla düzenlenmesini gerektirmese de bir yetkinin tanındığını kabul edebilmek için kanundaki ifadelerin tanındığı iddia edilen yetkinin varlığı anlamına gelecek şekilde yorumlanması gerekmektedir.³³ Aksi yöndeki uygulamalar hukuka aykırı ve keyfi niteliktedir.

Tüm bu değerlendirmeler ışığında, Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğünün uygulama değişikliği ile Ankara Bölge İdare Mahkemesi 10. İdare Dava Dairesinin gerekçesiz bir şekilde içtihadını değiştirmesinin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması bakımından kanunilik ilkesine aykırı olduğu kanaatine ulaşılmıştır. Herhangi bir kanun değişikliği olmaksızın mevcut kanuni düzenlemenin idare tarafından temel hak ve özgürlükleri daha fazla sınırlandıracak şekilde farklı bir şekilde uygulanmaya başlanması; bu uygulama mahkemeler tarafından hukuka aykırı bulunuyorken hiçbir gerekçeyle yer vermeksizin kısa süre içerisinde bu içtihattan dönülmesi söz konusu kanaatin temel gerekçeleridir.

V. Müdahale Edilen Haklar

Ebeveyninin yatırım yoluyla vatandaşlık başvurusu değerlendirme aşamasındayken ergin olduğu gerekçesiyle vatandaşlık alması reddedilen kişilerin gerekçeli karar hakkı ile özel hayata saygı hakkına yönelik bir müdahale söz konusudur. Aynı zamanda söz konusu durumun eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı çerçevesinde değerlendirilmesinde de fayda bulunmaktadır.

³³ Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, *Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s. 1002.

A. Gerekçeli Karar Hakkı

Anayasa Mahkemesinin birçok kararında belirttiği üzere derece mahkemeleri, kendilerine sunulan tüm iddialara yanıt vermek zorunda değilse de gerekçeli karara bakıldığında davanın esas sorunlarının incelenmiş olduğu bu karardan mutlaka anlaşılmalıdır. Yargılama esnasında açık ve somut bir biçimde öne sürülen iddia ve savunmaların davanın sonucunu değiştirebilecek nitelikte bulunması hâlinde davayla doğrudan ilgili olan bu hususlara mahkemelerce makul bir gerekçe ile yanıt verilmesi adil yargılanma hakkının gerektirdiği bir zorunluluktur.³⁴ Makale konusu uyuşmazlıklarda vatandaşlığın kazanılması ile ilgili iddialar davanın sonucunu değiştirebilecek nitelikte olmasına rağmen eski içtihadını gerekçesiz bir şekilde değiştiren Ankara Bölge İdare Mahkemesi 10. İdare Dava Dairesinin bu hususlara değinmediği görülmektedir.³⁵ Bu durum da gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğini göstermektedir.

Ancak Anayasa Mahkemesi adil yargılanma hakkının kapsam ve içeriğinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) "Adil yargılanma hakkı" kenar başlıklı 6. maddesi çerçevesinde belirlenmesi gerektiğini kabul etmektedir.³⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ise Sözleşme'de ayrıca güvence altına alınmayan vatandaşlık hakkının, Sözleşme'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı bakımından medeni hak ve yükümlülükler arasında yer almadığını kabul etmektedir.³⁷ AİHM kararlarına paralel şekilde Türk

³⁴ Örneğin bkz.: AYM, Yavuz Çıtak Başvurusu, B. No: 2014/2421, T: 21/6/2017, §§ 24-25. Ayrıca bkz.: Sibel İnceoğlu, "Adil Yargılanma Hakkı", *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, 2. Baskı, Sibel İnceoğlu (ed.), Beta, İstanbul, 2013, 209-286, s. 252.

³⁵ Bkz.: Ankara Bölge İdare Mahkemesi 10. İdari Dava Dairesi, E: 2024/6291, K: 2024/7751, T: 09.12.2024.

³⁶ Örneğin bkz.: AYM, Onurhan Solmaz Başvurusu [1.B.], B. No: 2012/1049, T: 26/03/2013, § 22; AYM, Elmaz Kırımlı Başvurusu [2.B.], B. No: 2018/35678, T: 21/10/2020, § 25.

³⁷ Örneğin bkz.: Case of Sergey Smirnov v. Russia, Application No: 14085/04, Decision, 06/07/2006.

Anayasa Mahkemesi de vatandaşlık hakkı ile ilgili uyuşmazlıkların adil yargılanma hakkı bağlamında medeni hak ve yükümlülük olmadığını ve bu nedenle “vatandaşlık hakkı” kapsamındaki şikayetlerin adil yargılanma hakkı yönünden incelenmesinin mümkün olmadığına yönelik kararlar vermektedir.³⁸ Tüm bu hususlar ışığında her ne kadar çalışma konusu davalarda bölge idare mahkemesinin verdiği kararlar davacıların gerekçeli karar hakkını ve adil yargılanma hakkını ihlal etse de bu konuda yapılan bireysel başvurularda bu iddialarla ilgili olarak Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadı uyarınca kabul edilmezlik kararı vermesi büyük bir olasılıktır.

Yine de Anayasa Mahkemesinin vatandaşlığın kazanılmasına ilişkin uyuşmazlıklarda açılan davalardaki gerekçeli karar hakkı ile adil yargılanma hakkının diğer unsurlarına yönelik ihlal iddiaları açısından yeni bir içtihat ortaya koyarak bu iddialara ilişkin esas incelemesi yapması önünde bir engel bulunmamaktadır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleri taraf devletlerin mevzuatında tanınmış olabilecek insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlandıracak veya onları ihlal edecek biçimde yorumlanamaz (Sözleşme, m. 53). Bu çerçevede gerekçeli karar hakkı Anayasamızda özel olarak düzenlenmekte olup bu hakkın adil yargılanma hakkının diğer bileşenlerine göre daha iyi bir korumaya tabi kılınmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Anayasamızın 141. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, “*Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır.*” Her ne kadar Anayasa Mahkemesi gerekçeli karar hakkının Anayasa’nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının kapsamında kaldığını kabul etse de Anayasa’nın bütünlüğü ilkesi gereği Anayasamızın 141. maddesinin de gerekçeli karar hakkının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulması gerektiğine hükmetmektedir.³⁹ Tüm bu hususlar ışığında Anayasa Mahkemesi, adil yargılanma hakkının kapsamını

³⁸ Örneğin bkz.: AYM, Elmaz Kırımlı Başvurusu [2.B.], B. No: 2018/35678, T: 21/10/2020, §§ 26-28; AYM, Aynura Safarzade Başvurusu [1.B.], B. No: 2018/24825, T: 04/05/2020, §§ 13-14.

³⁹ Örneğin bkz.: AYM, Mehmet Çetin Başvurusu [1.B.], B. No: 2020/23944, T: 03/10/2024, §§ 33-34; AYM, Bayram Altın Başvurusu [GK], B. No: 2021/32528, T: 29/05/2024, §§ 28-29.

AIHS'in 6. maddesi çerçevesinde belirlese de gerekçeli karar hakkını daha üst düzeyde koruyacak bir içtihat ortaya koyabilir.

Öte yandan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bakımından Sözleşme'nin 6. maddesindeki "medeni hak ve yükümlülükler" in içeriğinin özel hukuk alanına dahil olmayan hususlarla genişletilmesi yolunda bir eğilim de dikkat çekmektedir.⁴⁰ Bu bakımdan vatandaşlık birçok devlette "haklara sahip olabilme hakkı" olarak geliştiğinden vatandaşlığa ilişkin uyumsuzlukların 6. madde kapsamında görülmemesi kararlarına karşı güçlü argümanlar ortaya konulmaya başlanmıştır.⁴¹

B. Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı

Yukarıda belirtildiği üzere, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde veya ek protokollerinde belirli bir vatandaşlığa sahip olma yahut vatandaşlık kazanma gibi bir hak düzenlenmemektedir. Ancak AİHM'nin birçok kararında,⁴² vatandaşlığın keyfî olarak reddedilmesinin bazı durumlarda bireyin özel yaşamı üzerindeki etkisi sebebiyle Sözleşme'nin 8. maddesi açısından sorun oluşturabileceği kabul edilmektedir.⁴³ Yine AİHM, vatandaşlık bireyin kişiliğinin önemli

⁴⁰ Eva Ersbøll, "The Right to a Nationality and the European Convention on Human Rights", *Human Rights in Turmoil: Facing Threats, Consolidating Achievements*, Stéphanie Lagoutte/Hans-Otto Sano/Peter Scharff Smith (ed.), Martinus Nijhoff, 2006, s. 265.

⁴¹ Ersbøll, s. 265. Yazarın atıf verdiği bir kararda yer alan karşı oylarda 6. maddedeki "medeni hak ve yükümlülüklerin" cezai nitelikte olmayan hak ve özgürlükleri ifade ettiği, 6. maddenin Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi uyarınca yorumlanması gerektiği yolunda bir görüş bulunmaktadır. Bkz.: Case of Maaouia v. France, Application No: 39652/98, Judgment, 05/10/2000, Dissenting Opinion of Judge Loucaides Joined by Judge Traja.

⁴² Örneğin bkz.: Case of Ahmadov v. Azerbaijan, Application No: 32538/10, Judgment, 30/01/2020, § 42; Case of Alpeyeva and Dzhlagoniya v. Russia, Application Nos: 7549/09, 33330/11, Judgment, 12/06/2018, § 108; Case of Genovese v. Malta, Application No: 53124/09, Judgment, 11/10/2011, § 30; Case of Karashev v. Finland, Application No: 31414/96, Decision, 12/01/1999.

⁴³ Ersbøll, s. 266-267.

bir parçası olduğundan bu hakkın keyfi şekilde tanınmamasının Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlaline sebebiyet verebileceğini kabul etmektedir. Mahkemenin yakın tarihli bir kararında belirttiği üzere,

“Vatandaşlık hakkı Sözleşme veya Protokoller tarafından güvence altına alınmamış olsa da bu haktan keyfi bir şekilde mahrum bırakılma, Sözleşmenin 8. maddesi kapsamında bir sorun yaratabilir. Bu çerçevede Mahkeme bu nedenle vatandaşlığın bireylerin kimliğinin bir unsuru olduğunu hatırlatmaktadır.”⁴⁴

Dolayısıyla vatandaşlığın hukuka aykırı bir şekilde reddi, adil yargılanma hakkı kapsamında görülmesi dahi bu reddin bazı durumlarda bireyin özel yaşamı üzerindeki etkisi sebebiyle yahut vatandaşlığın bireylerin kimliğinin bir unsuru olması⁴⁵ itibariyle özel hayata saygı hakkı kapsamında incelenebilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi vatandaşlık verilmemesinin, vatandaşlık vermeyen devletlerdeki çeşitli haklardan yararlanma konusunda olumsuz etkiler yarattığını ve o ülkelerdeki hukuki statü bakımından belirsizlik yarattığını kabul ederek bu hususların kişilerin özel hayatlarına müdahale niteliğinde olduğunu kabul etmektedir.⁴⁶ Böyle durumlarda kişiye vatandaşlık tanınmaması yolundaki kararın keyfi nitelikte olup olmadığını, kanuni dayanağının bulunup bulunmadığını ve bu karar alınırken gerekli usuli güvencelerin tanınıp tanınmadığını

⁴⁴ “Bien que le droit à la nationalité ne soit pas en tant que tel garanti par la Convention ou par ses Protocoles, une déchéance arbitraire de nationalité peut poser un problème au regard de l'article 8 de la Convention. La Cour rappelle ainsi que la nationalité est un élément de l'identité des individus.” Affaire Zeggai c. France, Requête No: 12456/19, Arrêt, 13/10/2022, § 28.

⁴⁵ Bu yöndeki diğer kararlar için bkz.: Affaire Ghoumid et Autres c. France, Requête No: 52273/16 et 4 autres, Arrêt, 25/06/2020, § 43; Case of Ramadan v. Malta, Application No: 76136/12, Judgment, 21/06/2016, § 62. Ayrıca bkz.: Gülay Arslan Öncü, *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 8, Avrupa Konseyi, Ankara, 2019, s. 75.

⁴⁶ Örneğin bkz.: Case of Ahmadov v. Azerbaijan, Application No: 32538/10, Judgment, 30/01/2020, § 46.

denetlemektedir. Bu bakımdan söz konusu kanuni dayanağın öngörülebilir ve açık olması gerekmektedir. Söz konusu kanuni dayanak vatandaşlık hakkının tanınması bakımından bir toplumda hukukun üstünlüğü ilkesi gereğince bireylere hak kazandıkları asgari koruma düzeyini sağlamak amacıyla, kamu otoritelerine verilen ilgili takdir yetkisinin kapsamını ve kullanım biçimini makul bir açıklıkla belirtmelidir.⁴⁷ Vatandaşlık başvurusunun reddine dayanak olarak gösterilen kanuni dayanağın yerel otoritelerce farklı yönde yorumlanıp uygulanması keyfi bir hal aldığında bu durum Sözleşme'nin 8. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkının ihlali olarak kabul edilmektedir.⁴⁸

Türk Anayasa Mahkemesi de benzer şekilde vatandaşlık talebinin reddinin belirli durumlarda Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkına bir müdahale olduğunu kabul etmekte ve ihlal kararı verebilmektedir. Örneğin bir başvuruda Mahkeme, başvurusunun özel hayatına ilişkin bazı bilgilere dayanılarak Türk vatandaşlığı kazanmak amacıyla yaptığı başvurusunun reddedildiği yönündeki şikâyetinin Anayasa'nın 20. maddesi ile güvence altına alınan özel hayata saygı hakkı kapsamında incelenmesini uygun görmüştür.⁴⁹ Bu çerçevede vatandaşlık başvurusunun reddi kişilerin özel hayatlarıyla ilgili hakları bakımından iki şekilde sonuç doğurabilir. Anayasa Mahkemesinin ifadesiyle kişilerin vatandaşlık talebinin özel hayatlarına ilişkin bir sebebe dayanılarak reddedilmesi yahut vatandaşlık talebinin reddedilmesinin sonucu itibarıyla özel hayata ve aile hayatına bir etkisinin bulunması hâlinde özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı yönünden bir inceleme yapılması gerekebilmektedir.⁵⁰

⁴⁷ Örneğin bkz.: Case of Ahmadov v. Azerbaijan, Application No: 32538/10, Judgment, 30/01/2020, § 47.

⁴⁸ Örneğin bkz.: Case of Ahmadov v. Azerbaijan, Application No: 32538/10, Judgment, 30/01/2020, §§ 48-55.

⁴⁹ AYM, A.S. Başvurusu [1.B.], B. No: 2018/31431, T: 03/03/2022.

⁵⁰ AYM, Ahlam Muhamed Başvurusu [2.B.], B. No: 2020/34394, T: 02/10/2024, § 27.

Makale konusu olaylarda da vatandaşlık talebinin reddedilmesinin sonucu itibarıyla ilgili kişilerin özel hayatına ve aile hayatına bir etkisi çoğunlukla söz konusu olmaktadır. Zira bu durumdaki kişiler ebeveynleri vatandaşlık kazanmasına rağmen kendileri kazanamamakta, vatandaşlarla aynı haklardan yararlanamamaktadırlar. Ancak bu çerçevede önemle vurgulanması gereken husus, vatandaşlık başvurusunun reddinin kişilerin Türkiye'deki yaşantısına herhangi bir etkisi olmasa dahi Anayasa Mahkemesinin başvuruları kabul edilebilir bulup ihlal kararı verebildiği hususudur. Bu gibi durumlarda Mahkeme, meşru amacı bulunan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olup olmadığını incelemekte, bu incelemeyi yaparken ilgili ve yeterli gerekçenin ortaya konulup konulmadığına da önem vermektedir:

“Öncelikle belirtmek gerekir ki somut olayda başvurucunun vatandaşlığa alınma talebinin reddedilmesi sonucunda ikamet tezkeresinin iptal edilmesi veya sınır dışı edilmesi söz konusu değildir. Bununla birlikte bireysel başvuruya konu edilen karar nedeniyle başvurucunun T.K. ile yaşadığı ilişkinin ve mevcut sosyal yaşantısının etkilenmediği görülmüştür. Başvurucunun vatandaşlığa alınma talebinin reddedilmesinin Türkiye'deki mevcut sosyal yaşantısına yönelik herhangi bir etkisinin olmadığı, mülk edinme suretiyle kendisine verilmiş olan ikamet tezkeresiyle Türkiye'de yaşamaya devam ettiği anlaşılmıştır. Bu bağlamda başvurucunun vatandaşlığa alınma talebinin reddedilmesi şeklindeki idari işlemin sonucu itibarıyla özel hayata saygı hakkına müdahale oluşturmadığı görülmekte ise de işlemin sebebi bakımından ortaya çıkan, kanuni bir dayanağı olan ve meşru amacı bulunan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir. Öte yandan başvurucunun vatandaşlığa alınma talebinin reddedilmesinin sebebi kapsamında ortaya çıkan özel hayata saygı hakkına yönelik müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olup olmadığı incelenirken ilgili

ve yeterli gerekçenin ortaya konulup konulmadığı önem arz etmektedir.”⁵¹

Dolayısıyla, idarenin takdir yetkisini kullanırken bu yetkinin keyfi şekilde kullanılmasını önleyecek bir yargısal denetim yapılmaması durumunda da özel hayata saygı hakkının ihlal edilmesi söz konusu olabilmektedir. Bu çerçevede mahkemeler iddia sahipleri hakkında bireyselleştirilmiş bir gerekçeye yer vermek zorundadır. İdarenin verdiği kararlarda ve bu kararlara karşı açılan davalarda verilen kararlarda, kullanılan takdir yetkisinin kanuni dayanaklarının gösterilmesi, müdahalenin nedenlerine ve başvuru üzerindeki etkilerine ilişkin bireyselleştirilmiş, güçlü ve yeterli gerekçe sunulmak zorundadır. Aksi takdirde özel hayata saygı hakkına yönelik müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk koşulunu sağlamadığı gerekçesiyle ihlal kararı verilebilmektedir.⁵²

Tüm bu hususlar ışığında vatandaşlık başvurusu gerekçesiz ve keyfi bir şekilde reddedilen yabancıların özel ve aile hayatlarına saygı hakkının ihlal edildiği de söylenebilir. Bu sonuca ulaşılmasında vatandaşlık başvurusunun reddi yolundaki müdahalenin kişilerin özel hayatı üzerindeki etkileri göz önünde bulundurulduğu gibi, bu etkiler söz konusu olmasaydı dahi idari ret kararlarının ve yargı kararlarının keyfi ve gerekçesiz olması etkili olmuştur.

C. Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı

1982 Anayasası’nın 10. maddesi uyarınca herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olup devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar. Anayasa Mahkemesinin birçok kararında belirttiği üzere, Anayasamızın 10. maddesindeki eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusu olup eşitlik ilkesinin amacı aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık

⁵¹ AYM, A.S. Başvurusu [1.B.], B. No: 2018/31431, T: 03/03/2022, §§ 39-40.

⁵² Örneğin bkz.: AYM, Mustafa Akyıldız Başvurusu [2.B.], B. No: 2020/23302, T: 02/10/2024, §§ 50-52.

tanınmasını önlemektir. Bu bakımdan eşitlik ilkesiyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Eşitlik ilkesinin zedelenmemesi için kişilerin farklı kurallara tabi tutulmasının durumlarındaki özellikler tarafından meşru kılınması gerekmektedir. Aynı hukuksal durumların aynı, farklı hukuksal durumların farklı kurallara bağlı tutulması ise Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesini zedelememektedir.⁵³

Eşitlik ilkesi yönünden yapılacak değerlendirmede öncelikle Anayasa'nın 10. maddesi çerçevesinde aynı ya da benzer durumda bulunan kişilere farklı muamele yapılıp yapılmadığı belirlenmekte, bu bağlamda aynı ya da benzer durumdaki kişiler arasında farklılık gözetilip gözetilmediği tespit edilmektedir. Ancak aynı ya da benzer durumda olmak, karşılaştırılacak şeyler arasında mutlak bir özdeşlik olmasını gerektirmemektedir.⁵⁴ Nitekim karşılaştırılabilir şeyler belirli açılardan eşit iken belirli açılardan eşit olmayabilir.⁵⁵ Bu tespitin ardından farklı muamelenin nesnel ve makul bir temele dayanıp dayanmadığı ve ölçülü olup olmadığı hususları irdelenmektedir.⁵⁶ Hukuksal durumları aynı veya benzer olanlara yönelik farklı muamelenin objektif ve makul bir sebebe dayandığı, farklı muamelenin öngörülen meşru amaç ile orantılı olduğu, farklı muameleye tabi tutulan kişiye aşırı ve olağanın ötesinde bir külfet yüklenmediği hâllerde eşitlik ilkesi ihlal edilmezken aksi durumlar eşitlik ilkesinin ihlaliyle sonuçlanmaktadır.⁵⁷ Anayasa Mahkemesinin belirttiği üzere,

“(...) kanun önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı aynı durumdaki kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, kişilere ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumdaki kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı

⁵³ Örneğin bkz.: AYM, E: 2023/79, K: 2024/80, T: 14/03/2024, § 22; AYM, E: 2023/115, K: 2024/13, T: 18/01/2024, § 23.

⁵⁴ Eren, s. 465.

⁵⁵ Eren, s. 465.

⁵⁶ Örneğin bkz.: AYM, E: 2018/96, K: 2023/222, T: 27/12/2023, §§ 277-282.

⁵⁷ AYM, E: 2023/104, K: 2023/177, T: 11/10/2023, § 48.

kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, aynı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez (...) Eşitlik ilkesi yönünden yapılacak anayasallık denetiminde öncelikle Anayasa'nın 10. maddesi çerçevesinde aynı ya da benzer durumda bulunan kişilere farklı muamelenin mevcut olup olmadığı tespit edilmeli, bu bağlamda aynı ya da benzer durumdaki kişiler arasında farklılık gözetilip gözetilmediği belirlenmelidir. Bundan sonra farklı muamelenin nesnel ve makul bir temele dayanıp dayanmadığı, nihayetinde nesnel ve makul bir temele dayanıyorsa söz konusu farklı muamelenin orantılı olup olmadığı hususları irdelenmelidir. Orantılılık ilkesi, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Diğer bir ifadeyle bu ilke, farklı muamelenin öngörülen nesnel amaç ile orantılı olmasını gerektirmektedir.”⁵⁸

Çalışma kapsamında incelenen uyuşmazlıklarda yatırım yapan yabancıların başvuru yaptıkları esnada ergin olmayan çocuklarının yaptığı vatandaşlık başvurularının reddi söz konusudur. Yukarıda belirtildiği üzere, kısa zaman öncesine kadar benzer durumda olan diğer kişilere farklı bir muamelede bulunulduğu anlaşılmaktadır. Bu çerçevede bazı kişilerin ebeveynlerinin istisnai vatandaşlık başvurusu Cumhurbaşkanı tarafından onaylandığında ergin olmalarına rağmen kendilerine de vatandaşlık verildiği görülmektedir. Bu çerçevede örneğin bir yabancıнын istisnai olarak Türk vatandaşlığının kazanılması başvurusunun Cumhurbaşkanı'nın 09.12.2021 tarihli kararı ile onaylandığı, eşinin de aynı tarih ve sayılı karar ile vatandaşlık kazandığı; çiftin başvuru tarihinde ergin olmayan ancak vatandaşlığı kazandıkları zaman ergin olan kızlarının vatandaşlık başvurusunun ise Cumhurbaşkanı'nın 30.03.2023 tarihli kararı ile onaylandığı tespit edilmiştir. Hukuksal durumları aynı olan bu şahıslar ile başvurusu reddedilen kişiler arasında gerçekleştirilen yakın tarihli farklı muamelelerin objektif ve makul bir sebebe dayandığı bu bakımdan söylenememektedir.

⁵⁸ AYM, E: 2023/110, K: 2024/35, T: 01/02/2024, §§ 23-24.

Sonuç

Yatırım yoluyla vatandaşlığın kazanılması yerinde bir uygulama olmayabilir. Nitekim öğretide, vatandaşlığın bu şekilde kazanılmasının “*vatandaşlığın manevi değerini adeta devalüasyona uğrattığı*”,⁵⁹ hatta bu tarz bir vatandaşlığın “*devlet ile hukukî bir bağ kurulmasını sağlasa da söz konusu bağın genel devlet teorisi çerçevesinde vatandaşlık kavramını tam olarak karşılamadığı*”⁶⁰ belirtilmektedir. Ancak vatandaşlığın kazanılması bakımından bu hak hukuk düzenimizde var olduğu sürece hakka yönelik sınırlamaların anayasal gerekliliklerle uyumlu olması gerekmektedir. Ergin olmadığı dönemde ebeveyni ile birlikte 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 12. maddesi uyarınca yatırım yoluyla istisnai olarak Türk vatandaşlığına alınma talebiyle başvuru yapan, başvuru ile ilgili işlemler devam ederken ergin olduğundan bahisle başvurusu reddedilen kişilerin durumunun anayasal bakış açısıyla değerlendirilmesi sonucu ulaşılan sonuç, bu durumun kanunilik ilkesi başta olmak üzere birçok anayasal ve idari ilkeye aykırı olduğu, bu sebeplerle vatandaşlık başvurusu reddedilen kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin ihlal edildiği yolundadır. Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğünün makalede ele alınan uygulama değişikliğini ancak kanun değişikliğinden sonra gerçekleştirmesi gerekirdi. İdari yargı verdiği kararlarla söz konusu hukuka aykırılığı düzeltme imkânı bulmuşsa da Ankara Bölge İdare Mahkemesinin hiçbir gerekçe ortaya koymaksızın içtihadını değiştirmesi suretiyle bu imkân da ortadan kalkmıştır. Söz konusu sorunun giderilmesi için Türkiye Büyük Millet Meclisinin yapacağı kanuni düzenlemeyle yatırım yoluyla istisnai olarak Türk vatandaşlığına alınan kişilerin çocuklarının hangi aşamada (vatandaşlık başvurusu aşamasında/başvurunun sonuçlanması aşamasında) ergin olmamaları gerektiğini açıkça düzenlemesi gerekmektedir. Söz konusu belirleme temel hak ve özgürlükler üzerinde sınırlandırıcı etki yarattığından bu hususun idari düzenleyici işlemlerle

⁵⁹ Ömer Emrullah Egeliği, “Yurt Dışında Yaşayan Türk Vatandaşlarının Oy Hakkı ve Temsili”, *Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, 2024, 386-444, s. 428-429.

⁶⁰ Didem Kayalı, “Etkili Vatandaşlık İlkesi ile Yatırım Yoluyla Vatandaşlık Programları Üzerine Bazı Düşünceler”, *Public and Private International Law Bulletin*, C. 43, 2023, 105 – 137, s. 133. Ayrıca bkz.: Talat Kaya, “Dünyadaki Örnekler Işığında Yatırım Yoluyla Vatandaşlık Uygulamasına Eleştirel Bir Bakış”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, 2021, 115-132.

yahut idarenin takdir yetkisine dayalı olarak değil kanunla açıkça düzenlenmesi gerekmektedir. Ancak şu noktayı da belirtmekte fayda bulunmaktadır: Ergin olmama şartının başvurunun sonuçlandığı zaman aranacağına kanunla açıkça düzenlenmesi durumunda dahi bu makalede ele alınan sorunların tamamen giderileceği düşünülmemektedir. Zira başvuruların onaylanma zamanlarının birbirinden farklılaşması durumunda yine öngörülmez bir durum yaratılacak, vatandaşlığın kazanılması bakımından öngörülmez ve eşitsiz durumlar söz konusu olacaktır. Bu çerçevede yatırım yapacak kişilerin çocukları vatandaşlık almaya devam edecekse kanunla düzenlenecek objektif koşulların başvuru zamanında aranmasında fayda bulunmaktadır – ebeveynin başvurduğu zaman çocuğunun 15 yaşını doldurmamış olması gibi. Aksi takdirde konuyla ilgili birçok bireysel başvurunun Anayasa Mahkemesi önüne gelmesi söz konusu olabilir. Anayasa Mahkemesinin özellikle özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının ve bu hakla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine yönelik kararlar vermesi mümkün olmakla birlikte başvuruları açıkça dayanaktan yoksun bulması yahut kabul edilebilir bulmakla birlikte ihlal kararı vermemesi durumunda söz konusu uyuşmazlıkların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne taşınması da söz konusu olacaktır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Peer-Review: Externes Peer-Review-Verfahren.

Interessenkonflikt: Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

Finanzielle Unterstützung: Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

EXTENDED SUMMARY

This study provides a constitutional analysis of the legal status of adult children of foreign investors who acquire Turkish citizenship through investment. It focuses on individuals who applied as minors with their parents under Article 12 of the Turkish Citizenship Law (Law No. 5901) but reached the age of majority during application processing and were subsequently denied citizenship. Until 2023, these individuals were typically granted citizenship following their parents' acquisition. However, the General Directorate of Population and Citizenship Affairs abruptly changed this practice without statutory amendment, requiring children to remain minors until the final decision on their parents' application. This shift, coupled with inconsistent rulings from the regional administrative court, raises significant constitutional concerns regarding the principle of legality and the protection of fundamental rights and freedoms.

The research begins with an outline of the legal framework governing exceptional acquisition of Turkish citizenship by investment. Article 12 of the Citizenship Law permits the President of the Republic to confer citizenship on foreign nationals who make significant economic contributions, including investors, as well as on their minor or dependent children. However, neither the Citizenship Law nor the Law on Foreigners and International Protection (Law No. 6458) specifies at what point in the application process a child must be a minor to benefit from the parents' application. This legislative gap allowed differing interpretations. For years, administrative practice permitted minor children to acquire citizenship even if they turned eighteen before the final presidential decision, provided they were minors at the time of application.

Beginning around 2023, however, the General Directorate abruptly abandoned this practice. Applications from children who reached majority by the time of the presidential decision were rejected, even though they had been minors at application. Notably, this shift occurred without any amendment to the statutory provisions or implementing regulations. More concerning, the Directorate updated its official online guidance only in mid-2025, long after it had begun applying the new approach. This created a legal environment characterized by unpredictability and arbitrariness, undermining the constitutional principle of legal certainty.

The judicial response to this change was initially favorable to applicants. Administrative courts and the regional court ruled that minority status should be assessed at the time of application, not at the time of decision, and that applicants should not suffer from bureaucratic delays. However, in late 2024, the responsible regional administrative court—the Ankara 10th Regional Administrative Court—reversed its established jurisprudence, dismissing similar claims without addressing the legal basis for the change. This inconsistency in judicial practice further undermined the constitutional principles of legal certainty and foreseeability.

From a constitutional perspective, the principle of legality plays a central role. Under Article 66 of the Constitution, citizenship can be acquired only under conditions set by law. Similarly, Articles 13 and 16 require that restrictions on fundamental rights and freedoms be prescribed by law. The principle of legality demands not only a formal statutory basis but also that laws be clear, foreseeable, and precise enough to prevent arbitrary administrative action. By imposing a restriction not specified in the law, the Directorate violated the constitutional requirement that conditions for citizenship acquisition must be set by Parliament, not by executive interpretation.

Beyond violating the principle of legality, this administrative shift also infringes upon other fundamental rights. First, denying citizenship to applicants who were minors at application but adults at decision implicates the right to respect for private and family life under Article 20 of the Turkish Constitution and Article 8 of the European Convention on Human Rights. Citizenship is a key element of personal identity, and its arbitrary denial can disrupt family unity, legal status, and access to rights. Second, the inconsistent and unexplained reversal of judicial practice infringes upon the right to reasoned decisions, which is inherent to the right to a fair trial. Although citizenship disputes are traditionally excluded from the scope of "civil rights and obligations" with respect to right to a fair trial under Turkish and European jurisprudence, courts increasingly recognize that arbitrary nationality denials may engage fair trial guarantees when fundamental rights are at stake.

The principle of equality under Article 10 of the Turkish Constitution is also implicated. Individuals in similar legal situations received different

treatment based on the timing of their applications. While some adult children were granted citizenship despite reaching majority before finalization, others were denied under the new practice. This inconsistent treatment, without objective and reasonable justification, violates the prohibition of discrimination and undermines the rule of law.

In conclusion, the abrupt administrative change and inconsistent judicial responses are unconstitutional. The Directorate lacked authority to impose an additional requirement not set forth in the law. The judiciary's inconsistent reasoning undermined legal certainty and foreseeability. These developments amount to violations of the principle of legality, the right to private and family life, the right to reasoned decisions, and the principle of equality. To resolve this uncertainty, the Turkish Parliament must enact clear statutory provisions specifying at which point in the application process minority status is assessed. Given the implications for fundamental rights, such clarification cannot be left to administrative discretion or subordinate regulations. Moreover, the study recommends assessing minority status at the time of application, as this approach best ensures predictability, equality, and protection of rights while preventing penalties for bureaucratic delays.

By situating the issue within the broader constitutional framework, this study underscores the pressing need for legislative reform to align citizenship practice with constitutional principles. Without such reform, legal uncertainty will persist. This may lead to applications to the Turkish Constitutional Court and the European Court of Human Rights, with potential findings of violations of fundamental rights and freedoms.

KAYNAKÇA

- AKYILMAZ Bahtiyar/SEZGİNER Murat/KAYA Cemil, *Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.
- ARIKAN Cengiz, *Türk Anayasa Hukukunda Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi*, Yetkin, Ankara, 2011.
- ARSLAN ÖNCÜ Gülay, *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 8, Avrupa Konseyi, Ankara, 2019.
- ÇELİK Neşe Baran, “Güncel Gelişmeler Işığında Türk Vatandaşlığının İstisnai Haller Kapsamında Kazanılması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 130, 2017, 357 - 418.
- EGELİĞİ Ömer Emrullah, “Yurt Dışında Yaşayan Türk Vatandaşlarının Oy Hakkı ve Temsili”, *Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, 2024, 386 - 444.
- ERDEM Bahadır, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 7. Baskı, Beta, İstanbul, 2019.
- EREN Abdurrahman, *Anayasa Hukuku Dersleri: Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin, Ankara, 2024.
- ERKAN Mustafa, “Türk Vatandaşlığı Kanununda 7039 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliklerin İncelenmesi”, *Public and Private International Law Bulletin*, C. 39, S. 2, 2019, 415 - 446.
- ERSBØLL Eva, “The Right to a Nationality and the European Convention on Human Rights”, *Human Rights in Turmoil: Facing Threats, Consolidating Achievements*, Stéphanie Lagoutte/Hans-Otto Sano/Peter Scharff Smith (ed.), Martinus Nijhoff, 2006, 249 – 270.
- GÖZLER Kemal, *İdare Hukuku*, C. I, Ekin, Bursa, 2019.
- GÜNERBÜYÜK Uygur, *Yabancıların Taşınmaz Alımı ile Vatandaşlık Kazanmaları: Uygulamacı El Kitabı*, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2023.
- İNCEOĞLU Sibel, “Adil Yargılanma Hakkı”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*

Kapsamında Bir İnceleme, 2. Baskı, Sibel İnceoğlu (ed.), Beta, İstanbul, 2013, 209 – 286.

KAYA Talat, “Dünyadaki Örnekler Işığında Yatırım Yoluyla Vatandaşlık Uygulamasına Eleştirel Bir Bakış”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, 2021, 115-132.

KAYALI, Didem, “Etkili Vatandaşlık İlkesi ile Yatırım Yoluyla Vatandaşlık Programları Üzerine Bazı Düşünceler”, *Public and Private International Law Bulletin*, C. 43, 2023, 105 – 137.

ÖZTÜRK Necla, *Yatırım Yoluyla İkamet Etme ve Vatandaşlık Kazanma*, On İki Levha, İstanbul, 2022.

YÜKSEK Elif, *Türk Vatandaşlığının Yatırım Yoluyla Kazanılması*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.

Anayasa Mahkemesi Kararları

- AYM, E: 2008/19, K: 2010/17, T: 28/01/2010.
- AYM, E: 2015/15, K: 2015/118, T: 23/12/2015.
- AYM, E: 2021/88, K: 2021/105, T: 30/12/2021.
- AYM, E: 2021/84, K: 2022/117, T: 13/10/2022.
- AYM, E: 2020/67, K: 2022/139, T: 09/11/2022.
- AYM, E: 2023/104, K: 2023/177, T: 11/10/2023.
- AYM, E: 2018/96, K: 2023/222, T: 27/12/2023.
- AYM, E: 2023/115, K: 2024/13, T: 18/01/2024.
- AYM, E: 2023/110, K: 2024/35, T: 01/02/2024.
- AYM, E: 2023/49, K: 2024/54, T: 22/02/2024.
- AYM, E: 2023/79, K: 2024/80, T: 14/03/2024.
- AYM, Onurhan Solmaz Başvurusu [1.B.], B. No: 2012/1049, T: 26/03/2013.
- AYM, Türkan Bal Başvurusu [GK], B. No: 2013/6932, T: 06/01/2015.

- AYM, Halime Sare Aysal Başvurusu [GK], B. No: 2013/1789, T: 11/11/2015.
- AYM, Semra Bekiroğlu ve Diğerleri Başvurusu [1.B.], B. No: 2013/6717, T: 16/12/2015.
- AYM, Murat Cihangiroğlu Başvurusu [2.B.], B. No: 2014/952, T: 22/09/2016.
- AYM, Yavuz Çıtak Başvurusu, B. No: 2014/2421, T: 21/06/2017.
- AYM, Hakan Altıncan Başvurusu [GK], B. No: 2016/13021, T: 17/05/2018.
- AYM, Fatih Saraman Başvurusu [GK], B. No: 2014/7256, T: 27/02/2019.
- AYM, Aynura Safarzade Başvurusu [1.B.], B. No: 2018/24825, T: 04/05/2020.
- AYM, Elmaz Kırımlı Başvurusu [2.B.], B. No: 2018/35678, T: 21/10/2020.
- AYM, Feyzullah Caner Başvurusu [1.B.], B. No: 2017/31906, T: 18/11/2020.
- AYM, A.S. Başvurusu [1.B.], B. No: 2018/31431, T: 03/03/2022.
- AYM, Recep Yılmaz Yazıcıoğlu Başvurusu [2.B.], B. No: 2017/33714, T: 25/05/2022.
- AYM, Yusuf Açıkgül Başvurusu, B. No: 2018/37665, T: 29/03/2023.
- AYM, Ziya Metehan Arısoy Başvurusu [2.B.], B. No: 2019/22055, 15/11/2023.
- AYM, Fatih Özaltın ve İbrahim Esinler Başvurusu [GK], B. No: 2019/17374, T: 29/11/2023.
- AYM, Ahmet Muhammet Çay Başvurusu, B. No: 2020/9481, T: 18/04/2024.
- AYM, Kemal Gömi Başvurusu, B. No: 2020/12572, T: 21/05/2024.
- AYM, Bayram Altın Başvurusu [GK], B. No: 2021/32528, T: 29/05/2024.

- AYM, Mustafa Akyıldız Başvurusu [2.B.], B. No: 2020/23302, T: 02/10/2024.
- AYM, Ahlam Muhamed Başvurusu [2.B.], B. No: 2020/34394, T: 02/10/2024.
- AYM, Mehmet Çetin Başvurusu [1.B.], B. No: 2020/23944, T: 03/10/2024.

İdare ve Bölge İdare Mahkemesi Kararları

- Ankara 9. İdare Mahkemesi, E: 2023/2171, K: 2024/814, T: 09/05/2024.
- Ankara 12. İdare Mahkemesi, E: 2024/43, K: 2024/964, T: 30.05.2024.
- Ankara 5. İdare Mahkemesi, E: 2024/408, K: 2024/942, T: 31.05.2024.
- Ankara Bölge İdare Mahkemesi 10. İdari Dava Dairesi, E: 2020/2923, K: 2020/2523, T: 19.11.2020.
- Ankara Bölge İdare Mahkemesi 10. İdare Dava Dairesi, E: 2022/2520, K: 2022/2652, T: 10/06/2022.
- Ankara Bölge İdare Mahkemesi 10. İdari Dava Dairesi, E: 2024/6218, K: 2024/4491, T: 11.09.2024.
- Ankara Bölge İdare Mahkemesi 10. İdari Dava Dairesi, E: 2024/6291, K: 2024/7751, T: 09.12.2024.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

- Case of Karashev v. Finland, Application No: 31414/96, Decision, 12/01/1999.
- Case of Maaouia v. France, Application No: 39652/98, Judgment, 05/10/2000, Dissenting Opinion of Judge Loucaides Joined by Judge Traja.
- Case of Sergey Smirnov v. Russia, Application No: 14085/04, Decision, 06/07/2006.

- Case of Genovese v. Malta, Application No: 53124/09, Judgment, 11/10/2011.
- Case of Ramadan v. Malta, Application No: 76136/12, Judgment, 21/06/2016.
- Case of Alpeyeva and Dzhalagoniya v. Russia, Application Nos: 7549/09, 33330/11, Judgment, 12/06/2018.
- Case of Ahmadov v. Azerbaijan, Application No: 32538/10, Judgment, 30/01/2020.
- Affaire Ghoumid et Autres c. France, Requête No: 52273/16 et 4 autres, Arrêt, 25/06/2020.
- Affaire Zeggai c. France, Requête No: 12456/19, Arrêt, 13/10/2022.

Organize Yapılar Üzerindeki Hâkimiyette Dolaylı Faillik Kurumunun Haksızlık Teorisi Yardımıyla Gerekçelendirilmesi

Die Begründung der mittelbarer Täterschaft bei der Organisationsherrschaft mit Hilfe der Unrechtstheorie

Dr. Abdullah Yıldız*

ÖZ

Organize güç ilişkisine dayalı bir yapı içerisinde arkaplandaki kişinin tam sorumlu olan doğrudan failin işlediği suçtan dolayı dolaylı fail olarak cezalandırılması gerektiği görüşünün literatürde en yaygın gerekçesini oluşturan organizasyona egemenlik yoluyla fiili hâkimiyet teorisi ele alınıp, bu yaklaşımın neden hukuk felsefesi dayanağından yoksun olduğu ortaya konulmuştur. Alternatif bir fikir olarak söz konusu olaylarda dolaylı failliği gerekçelendirmek için haksızlık teorilerinden yardım alınabileceği ileri sürülmüştür. Faillik ve dolaylı faillik müesseselerini gerekçelendirirken fiili hâkimiyet teorisinden ayrışıp, haksızlık teorilerinden biri olarak literatürde kabul edilen ve haksızlığı özgür bireyler arası davranış normlarının ihlali sebebiyle hukuki ilişkilerin zarar görmesi üzerinden okuyan anlayışı kabul edecek olursak, organize yapılar üzerinde hâkimiyet yoluyla dolaylı faillik kurumunu sağlıklı bir şekilde gerekçelendirebiliriz.

Anahtar Kelimeler: *Dolaylı fail, organizasyon hâkimiyeti, örgütsel yapı, haksızlık teorisi, tanınma ilişkisi.*

The Justification of Indirect Perpetration in Organisational Governance with the Help of the Wrongfulness Theory

* Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg Hukuk Fakültesi Doktora Öğrencisi, (akademiker40@gmail.com). ORCID: 0009-0005-3426-5829.



ABSTRACT

The theory of control/domination of the act by virtue of a hierarchical organization which constitutes the most widely accepted justification in legal literature for the view that, within an organized power structure, the person in the background should be held responsible as an indirect perpetrator for the crime committed by the fully responsible direct perpetrator has been examined, and it has been argued that this approach lacks a convincing foundation in legal philosophy. As an alternative approach, it is proposed that theories of wrongdoing may be employed to justify indirect perpetration in such cases. If we depart from the theory of control over the act and instead adopt a view that recognized as one of the theories of wrongdoing in the literature, and interprets wrongdoing as the impairment of legal relations resulting from violations of norms governing conduct between free individuals, we can provide a more coherent justification for the institution of indirect perpetration through dominance over organized structures.

Keywords: *Indirect perpetrator, organizational dominance, organizational structure, wrongdoing theory, recognition relationship.*

I. GİRİŞ

Bu makalede organize yapılar üzerinde hâkimiyet kuran kimsenin bu yapılara bağlı olmakla birlikte doğrudan doğruya fiili icra eden failin gerçekleştirdiği suç neticesinden ceza hukuku bakımından sorumluluğu ve olası sorumluluğun ceza hukuk teorisi ve felsefesi açısından gerekçelendirilmesine odaklanılmıştır. Hiyerarşik ve örgütlü yapılar marifetiyle suç işlenmesini temin eden kimsenin dolaylı fail olarak cezalandırılmasının gerekçesinde yaygın olarak öne sürülen fiili hâkimiyet teorisinin özel bir görünüm şekli olarak kabul edilen irade hâkimiyeti anlayışı eleştirel bir gözle ele alınacaktır. Bu minvalde öncelikle kökenlerini Alman Ceza Hukuku öğretisinde bulan organize yapılar üzerindeki hâkimiyet teorisi şahsi sorumluluk prensibi çerçevesinde eleştirel bir yaklaşımla ele alınacak akabinde ise haksızlık teorilerinden yardım almak suretiyle söz konusu suçlarda dolaylı faillik

kurumunun nasıl gerekçelendirilebileceği alternatif bir yaklaşımla ortaya konulacaktır.

2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 220/5 örgüt yöneticilerinin örgüt faaliyetleri çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılacağını öngörmesi bu konunun Türk Ceza Hukuku bakımından da önem taşıdığını göstermektedir. Lakin makalemizin içeriğinde sadece bu kanun maddesine de gerekçe oluşturan, alman hukuk öğretisinde kaynağını bulan ve özellikle Uluslararası Ceza Mahkemesi kararlarında kabul edilen organize yapılara hâkimiyet yoluyla dolaylı faillik teorisi Alman Ceza Hukuku doktrini ekseninde değerlendirilecektir.¹

II. DOLAYLI FAİLLİK

A. Genel Tanım

Dolaylı faillik, faillik kurumunun görünüm şekillerinden biri olarak Türk Ceza Kanunu'nda kabul edilmektedir.² TCK m. 37/2'de "suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail

¹ TCK madde 220/5'e ilişkin Türk hukukundaki eserler için bkz. İsfen Osman, "Yeni TCK'da Organize Hâkimiyet Mekanizmalarına Dayalı Dolaylı Faillik Kuramı (TCK M. 220/5)", Hukuki Perspektifler Dergisi 2006/7, s. 54 vd.; Üzülmüş, İlhan; Dolaylı Faillik (TCK 37/2), EÜHFD Cilt I, Sayı 2, 2006 s. 79 vd.;Tulay Muhammed Emre: "Suç örgütü liderinin cezai sorumluluğuna ilişkin hukuki analiz ve öneriler (TCK m. 220/5)", TAAD, Yıl: 11, Sayı: 38 (Nisan 2019), s. 89 vd.; Erdem, Mustafa Ruhan: "Organize Yapı İçerisinde Otoriter İlişkilerden Kaynaklanan Egemenliğe Dayalı Dolaylı Faillik Kurumu ve TCK m. 220/5", CHKD 2/2014, s. 30 vd.; İnci, Özen: "Objektif Bir Sorumluluk Hali Olan Türk Ceza Kanunu'nun 220/5' inci Maddesi' nin Anayasaya Aykırılığı", İzmir Barosu Dergisi, s. 20.

² Doğrudan dolaylı fail ayrımı ABD Ceza Kanunlarında açıkça belirtilmemektedir. Benzer şekilde Fransız ceza kanunlarında da müstakil bir faillik kurumu olarak tanınmamaktadır. Bkz. Schünemann, ZIS 2006, s. 301 vd.; Ambos, AT des Völkerstrafrechts, s. 568; Portekiz ceza kanununda ise bir başkasını kasten suç işlemek için görevlendiren kimseler de suçun gerçekleştirilmiş veya başlatılmış olması kaydıyla fail olarak kabul edilmişlerdir. Bkz. Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff, s. 91 Dipnot 165.

olarak sorumlu tutulur” denilmektedir.³ Bu düzenleme ışığında dolaylı fail bir başkasını suç işlemekte araç olarak kullanan kişi olarak tanımlanabilir. Esasen dolaylı faillikte suçun işlenmesinde en az iki kişinin katkısı vardır⁴: Dolaylı fail ve onun aracılığıyla suçu işleyen “bir başkası”. Bu tanım uyarınca suçu doğrudan işleyen esas failin hareketinin dolaylı faile isnat edilebilmesi gerekmektedir ki, arka plandaki bu kişi de sanki suç teşkil eden fiili kendi gerçekleştirmiş gibi dolaylı fail olarak cezalandırılabilsin.⁵ Bu zaviyeden bakıldığında dolaylı failli kurumunun hukuki meşruiyeti söz konusu isnadiyet bağlantısının normatif olarak kurulmasına bağlıdır. Bu gerekçelendirmede temel sav arka plandaki kişinin ön plandaki esas faili suçun icrasına koşması, suçun icrasında görevlendirmesi onu bir araç olarak kullanması dolayısıyla dolaylı fail olarak cezalandırılması gerekliliğidir. Araç olarak kullanmaktan bahsedebilmek için ise arka plandaki kişinin esas failin iradesi yahut hareketi üzerinde kuvvetli bir hâkimiyet kurmuş olması ve bu sayede o kişiyi dilediği gibi yönlendirebilmesidir. Bu durum genellikle araç olarak kullanılan kişi de cezalandırılabilirliğe ilişkin bir eksiklik ortaya çıkması neticesinde gündeme gelmektedir.⁶ Cezalandırılabilirlik engelleri, doğrudan failin cebir ve tehdit altında fiilini gerçekleştirmiş olması, hata vb. sebeplerle kasıtlı hareket etmemiş olması yahut kusuru bulunmaması durumlarından ileri gelebilir. Görüldüğü üzere her üç durumda da arka plandaki kişi genel olay

³ Alman Ceza Hukuku Literatüründe ve mahkeme kararlarında dolaylı faillik kurumu bir süre üstü kapalı olarak dikkate alınmış ama ilk defa 1975 yılında Alman Ceza Kanunu’nda (StGB) 25. Madde de şu şekilde ifade edilmiştir: Suçu bizzat ya da başkası aracılığıyla işleyen kişi fail olarak cezalandırılır. Bu tanımda kanun dolaylı fail kimdir sorusunu değil, kimin dolaylı fail olarak cezalandırılacağını açıklamıştır. Bu minvaldeki ilk Alman mahkeme kararı için bkz. RGSt. 1, 147 vd.; Zaczyk, GA 2006, s. 413.

⁴ Burada tek bir fiile katılan iki kişiden değil suçun işlenişinde katkısı bulunan iki ayrı figürden bahsedilebilir. Esas failin fiilinin arkadaki kişiye isnadiyetinin ne şekilde kurulacağı ve bunun iştirak formlarından hangisini oluşturacağı meselesi tartışmanın konusunu oluşturacaktır.

⁵ Schönke-Schröder-Cramer, StGB Kommentar, § 25 No. 6.

⁶ Otto, AT, § 21 No. 69 vd.; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, AT, § 25 No. 105 vd.

örgüsüne ve dolayısıyla suçun işleniş sürecine kendi üstün pozisyonu sayesinde çok daha etkin bir şekilde hükmetmektedir ve esas faili ve onun eylemini suçun işlenişinde sadece bir araç pozisyonuna indirgeyip istismar etmektedir.⁷

B. Fail Arkasında Fail – Masa Başı Fail

Bu bağlamda makalemizin hukuk felsefesini ilgilendiren temel tartışma noktalarından biri olarak şu soru akla gelmektedir: Hukuka aykırı, kasıtlı ve kusurlu bir davranışla kanunda tanımlanan suçun tipikliğini oluşturan unsurları gerçekleştiren bir kişi, arka plandaki herhangi bir kimsenin aracı mesabesine indirgenebilir mi? Esas failin özgür iradesi ile gerçekleştirdiği fiil, arka plandaki kimseyle kendisine fail sıfatı kazandıracak şekilde ilişkilendirilebilir ve gerçekleşen netice bu kimseye fail olarak yüklenebilir mi?⁸ Doğrudan fail hataya düşmeden yahut cebir veya tehdit yoluyla suça koşulmadan da kendisinin hizmetine organize bir yapının oluşturduğu güç aygıtı sunularak emirlerinin icrası ve suçun ifası arka plandaki kişi için garanti altına alınabilir mi? Bu hususta literatürde yoğun bir şekilde tartışılan husus ve ekseriyetle desteklenen tez ise suç tipini kasten, hukuka aykırı ve kusurlu olarak bizzat gerçekleştiren kişi üzerinde dahi arka plandaki kişinin egemenlik kurabileceğidir. Bu durum fail arkasındaki fail⁹ yahut

⁷ Esas failin araçsallaşması terminolojisine ilişkin: Krey/Eser, AT, No. 873; Kühl, AT, § 20 No. 39; Jakobs, AT, 21/62 vd.; bu kavramın dilbilimsel açıdan yanlış kullanıldığına ilişkin bkz: Bottke, JuS 2002, s. 322; Herzberg, Täterschaft, s. 42 vd.

⁸ Bu husustaki tartışma için bkz.: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, AT, § 25 No. 136 vd.; Kühl, Strafrecht AT, § 20 No. 73 vd.; Roxin, AT II, § 25 No. 94 vd.; Heinrich, Strafrecht AT, No. 1254.

Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, No. 782; fail arkasındaki fail kurumunu reddeden görüşler için bkz. Jakobs, AT, 21/63; Krey/Eser, Strafrecht AT, No. 875 vd.; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, s. 663 vd.; Bloy, Zurechnungstypus, s. 347 vd.; Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff, s. 81 vd.; Welzel, SJZ 1947, s. 645, 650; Hruschka, ZStW 1998, s. 606 vd.; Hillenkamp, AT – Probleme, s. 146 vd.

⁹ Orijinal Almanca ifadeyi (Täter hinter dem Täter) ilk defa kullanan: Kohlrausch/Lange, StGB, vor § 47 Anm. I B 1; ayrıca F. C. Schroeder, Täter hinter dem Täter, 1965.

masa başı fail olarak adlandırılmaktadır ve doğrudan doğruya fiile gerçekleştiren kişilerin arkasındaki bu kişilerin de dolaylı fail olarak cezalandırılabilceği savunulmaktadır.¹⁰ Organize yapılar üzerindeki hâkimiyet teorisi ise dolaylı failliğin müstakil ve yeni bir görünüm şekli olarak kabul edilmektedir.

1. Organize Yapılar Üzerindeki Hâkimiyet Teorisinin Tarihi Gelişimi

Her ne kadar ontolojik olarak doğrudan failin fiili üzerinde fiili hâkimiyet kurmamış olsalar da üstün etkileme ve hükmetme becerilerinden dolayı suç tipinin gerçekleştirilmesi bakımından suçun icrası üzerinde hâkimiyet kurdukları düşüncesiyle organize yapıların yöneticisi pozisyonundaki kişilerin bu yapıya mensup kişilerin tam sorumlu olarak işledikleri suçlardan dolayı ayrıca dolaylı fail olarak sorumlu olmaları gerektiği tezi yaygın kabule dönüşmüştür. Bu teori özellikle Nazi Almanyası döneminde işlenen suçların cezasız kalmaması için o dönem kabul edilen sübjektif teorisin reddedilmesi ile neşvünema bulmuştur. Zira o dönem kabul edilen sübjektif teoriye göre suça katılanların iştirak statüsü her bir kişinin objektif olarak suça katkısı dikkate alınarak kendi bakış açısı çerçevesinde belirlenmekteydi. Kendi ad ve hesabına hareket eden kişiler fail olarak görülmekteyken başkası nam ve hesabına suç fiiline iştirak edenler ise yardım eden olarak değerlendirilmekteydi. Bunun sonucunda da fiili kendisi için isteyen kişi fail, başkası için isteyen kişi ise yardım eden sayılmaktaydı. Zira iştirak statüsü belirlemede dayanak noktası olarak kişinin fiile ilişkin iç tasavvuru dikkate alınıyordu.¹¹ Nazi Almanyası döneminde suç işleyen devlet görevlileri kendisi için değil siyasi liderliğin iradesi doğrultusunda hareket ettiğinden sadece yardım eden olarak cezalandırılabilmekteydiler. Bu istikamette Alman Federal Mahkemesi (BGHSt) 1962 yılında verdiği bir kararda gizli haber alma servisinin görevlendirmesiyle bir başkasını bizzat öldüren ajanın yardım eden,

¹⁰ Murmann, JA 2008, s. 324; Kühl, AT, § 20 No. 73 vd.; Küpper, GA 1998, s. 523 vd.

¹¹ Kohlrausch/Lange, StGB, vor § 47 Anm. I B 1; Roxin, LK-StGB, § 25 No. 56.; F. C. Schroeder, Täter hinter dem Täter, s. 43, 47 vd.

arka plandaki kişinin ise fail olarak cezalandırılması gerektiği kararına varmıştır.¹² (*Stachynskij* olayı)

“*Schreibtschtäter*” yani masa başı fail ifadesi ilk defa *Hannah Arendt* tarafından *Eichmann* Davası bağlamında kullanılmıştır.¹³ Akabinde bu ifade ilk defa alman ceza hukukçuları *Claus Roxin*¹⁴ ve *F. C. Schroeder*¹⁵ tarafından ceza hukuku nazariyesine uygun olarak yorumlanmış ve genel olarak organize yapılar üzerinde spesifik olarak somut olayda suç fiili üzerinde hâkimiyet kişinin iştirak statüsü bir dolaylı faillik kurumu olarak sistematize edilmiştir. Bilhassa ismi anılan bu iki hukukçunun yol gösterici görüşleri çerçevesinde organize yapılar üzerindeki hâkimiyet teorisi sistemleştirilmiş ve dolaylı faillik kurumunun olası bir sınırsız genişleme tehlikesinin önü alınmak istenmiştir. Alman Federal Yüksek Mahkemesi kararlarında ise uzun süren sessizliğin ardından bu teori doğrultusunda ilk defa 1988 yılında bir güç aparatına dönüştürülmüş kişi tarafından islenen suçtan dolayı bu aygıtı elinde bulunduran kişilerin de doğrudan faillerin tam sorumluluğuna zeval gelmeden dolaylı fail olarak cezalandırılabileceği kabul edilmiştir (*Katzenkonig*-Kararı).¹⁶ Alman Federal Yüksek

¹² Kühl, Strafrecht AT, § 20 No. 22.

¹³ Arendt, *Eichmann in Jerusalem*, München 2009; Herzberg, *Täterschaft*, s. 42 vd.; Herzberg, *Jura* 1990, s. 23 vd.

¹⁴ Roxin, *GA* 1963, s. 193 vd.; Roxin, *Täterschaft*, s. 242 vd.

¹⁵ F. C. Schroeder, *Täter hinter dem Täter*, s. 167 vd.

¹⁶ BGHSt 35, 353: “Kedi Kral davası” ilginç tespitlere dayanıyordu: Arka plandaki kişiler doğrudan faili korkunç Kedi Kral'ın dünyayı tehdit ettiğine ikna etmişlerdi. Onu sakinleştirmek için birçok insanı kurtaracak bir fedakârlık yapılması gerekiyordu. Gerçekte ise bu kişiler bir düşmanlarını bertaraf etmek istiyorlardı. Bu kişilerin etkisinde kalan doğrudan fail hedefteki kurbanı öldürmeye teşebbüs etmiştir. Federal Adalet Divanı, failin kaçınılabılır bir yasak hatasına düştüğünü, bunun da suçluluğu ortadan kaldırmadığını, sadece ceza indirimine yol açtığını kabul etmiştir Arka plandaki kişiler ise bu hataya neden oldukları ve bu hatadan yararlandıkları için failin arkasındaki dolaylı failer olarak değerlendirilmiştir. Buna karşılık, literatürün büyük bir kısmı dolaylı failliği ancak yasaklama hatası kaçınılmazsa kabul etmek istemektedir, aksi takdirde bu tahrik olacaktır.; BGHSt 35, 347, 353; Murmann, *GA* 1998, s. 78 vd.; Roxin, *ZStW* 7/2006, s. 293

Mahkemesi açısından belirleyici dönüm noktası, 5. Ceza Senatosu'nun, Doğu Almanya Ulusal Savunma Konseyi üyelerinin, tam suç kastı ve tam kusurlu olarak hareket etmiş olmaları koşuluyla, sınır muhafızları tarafından doğrudan gerçekleştirilen ölümcül atışlar için dolaylı failler olarak cezalandırılacaklarına dair kararıdır.¹⁷ Masa başı faili kavramının ceza hukukundaki rolü, devlet tarafından örgütlenmiş iktidar aygıtlarıyla ilgilenmekle sınırlı kalmamış, tüm hukuk sisteminde başlangıçta hayal bile edilemeyecek bir uygulama alanına sahip olmuştur. Bunlar arasında despotik rejimler, suç örgütleri, devlet ya da gizli devlet iktidar aygıtları, hatta yasal ekonomik işletmeler bile yer almaktadır. Özellikle bu teorinin uluslararası ceza hukuku, örgütlü suçlar ve ekonomi ceza hukuku alanlarında uygulama alanı bulmasıyla birlikte ulusal ve uluslararası mahkemelerde de yaygın bir kullanım alanına ulaştığı söylenebilir. Bununla birlikte zaman içerisinde söz konusu teoriye yönelik eleştirel yaklaşımlar da görünürlüklerini artırmışlardır. Bu teorinin uygulamada “çok amaçlı bir silah” haline geldiği vurgulanıp, ölçüsüz ve dayanaksız genişlemeye karşı çıkan eleştirel sesler giderek artmakta ve bahsedilen tüm vakaların yasal katılım biçimleri yardımıyla çözüme kavuşturulabileceği iddia edilmektedir.

2. *Claus Roxin*’in Perspektifinden Organize Yapılar Üzerindeki Hâkimiyet

Öncelikle belirtmek gerekir ki *Roxin*’in ortaya koyduğu organizasyona hâkimiyet yoluyla dolaylı faillik teorisi yazarın fiil

vd; mahkeme kararlarının seyrine ilişkin bakınız: Jakobs, NStZ 1995, s. 26; Gropp, JuS 1996, s. 13 vd.; Joecks, MK-StGB, § 25 No. 137 vd.

¹⁷ BGHSt 40, 218 vd.; 44, 204 vd.: Bu kararlar Almanya’nın iç sınırında mültecilerin öldürülmesinden sorumlu olan Doğu Almanya Ulusal Savunma Konseyi üyelerinin devlet iktidar yapıları çerçevesinde emir verenler olarak doğrudan failin gerçekleştirdiği sınır ihlali yapanların öldürülmesi eylemlerden dolayı dolaylı failler olarak cezalandırılmaları ile ilgiliydi. Azmettirici olarak cezalandırma, örgütün başındaki “masa başı fail” in rolüne uygun düşmeyeceği değerlendirilmiştir. Öğretide yazarların çoğunluğu bu görüşü takip etmiştir.

üzerindeki hâkimiyet öğretisine (*Tatherrschaft*) dayanmaktadır.¹⁸ Buna göre faili kurumunun temel şartlarında biri suçun gerçekleştirilme süreci yahut başka bir deyişle vakıaların seyri üzerinde kontrolün sağlanmasıdır. Bu hâkimiyet temelde harekete hâkimiyet, iradeye hâkimiyet ve fonksiyonel hâkimiyet olmak üzere üç şekilde sağlanabilir.¹⁹ Suçu kendi eliyle doğrudan işleyen kişinin hareket üzerindeki hâkimiyetinden bahsedilebilir. İradeye hâkim olan kişi ise suç teşkil eden fiili bir başkası aracılığıyla onun iradesini kontrol etmek suretiyle işlemektedir. Suçun müşterek icrasında ise fiil üzerinde her bir müşterek failin fonksiyonel hâkimiyetinden bahsedilmektedir.

İradeye tahakküm yoluyla dolaylı faillik kurumu dolaylı failin suçu işlemesi için hataya düşürülmüş bir kişiyi, zorlanmış bir kişiyi veya muhakeme yeteneğinden yoksun bir kişiyi kullanarak suçu bu aracı kişiler marifetiyle işlediği durumları içerir. Bunların haricinde Roxin'in temel kabulüne göre fail fiilin icrasına doğrudan girişmeden de suç teşkil eden olay üzerinde organize bir güç aygıtı kullanmak suretiyle iradi hâkimiyet tesis edebilir.²⁰ Dolayısıyla, perde arkasındaki kişinin bireylerden bağımsız olarak bir güç aygıtını kontrol etmesi ve bu aygıtın işleyiş biçimi sonucunda suç işleme kararını doğrudan faile bırakmak zorunda kalmadan suçun gerçekleşmesini otomatik olarak sağlaması halinde, örgütsel tahakküm irade tahakkümünün bir başka tezahürü olarak değerlendirilebilir. Bu durumda suçu doğrudan işleyen kişinin fiil üzerindeki hâkimiyeti suça yakınlığından kaynaklanırken, arka plandaki kişi ise üstün konumu ve bunun sonucunda tüm organizasyonu etkileme kabiliyeti sayesinde suçun işleniş üzerinde

¹⁸ Fiil hâkimiyeti suç neticesinin gerçekleşmesine kadar vakıaların gelişim sürecine hükmetmek olarak anlaşılmalıdır.; *Tatherrschaft* teorisi için bkz.: Roxin, GA 2012, s. 395 vd. Roxin, *Täterschaft*, s. 242 vd.

¹⁹ Roxin, GA 2012, s. 395; irade üzerindeki hâkimiyet kavramına ilişkin bkz.: Roxin, *Strafrecht AT II*, S. 22 vd.; Roxin, *Täterschaft*, s. 141 vd.; kavramın literatürdeki karşılığı için bkz.: Kühl, *Strafrecht AT*, § 20 No. 27; Gropp, *Strafrecht AT*, § 10 No. 38; Hoyer, *SK- StGB* § 25 No. 13, 27.

²⁰ Roxin, *AT II*, § 25 No. 105.

hâkim pozisyona gelir. *Roxin, Eichmann* davasına²¹ , *Stachynsky* davasına²² ve özellikle Nasyonal Sosyalist şiddet uygulamalarına²³ atıfta bulunarak oluşturduğu kavramın temellerini şu şekilde sistematize etmektedir:

Hiyerarşik olarak yapılandırılmış bir güç-iktidar aygıtının varlığı ilk ve vazgeçilmez ön koşuldur. Çünkü bu tür yapılarda dolaylı faillik, perde arkasındaki kişinin organize yapıyı elinde bir güç aygıtı şeklinde tutmasına ve bu aygıtın sistematik işleyişine dayanır. Bu tip örgütsel yapılar, astların, yani birbirinin yerine geçebilen tek tek kişilerin varlığından bağımsız olarak, hayati işlevlerini otomatik olarak yerine getirir.²⁴ Arka plandaki perde arkasındaki kişi fiziksel olarak suç mahallinden uzakta olsa, hatta doğrudan fiili icra eden kişileri tanımasa bile, bu mesafe güç aygıtı üzerindeki belirleyici etkisiyle telafi edilir. Çünkü bu kişi, örgütlü yapı adına karar verip, bu organizasyonun kollarını oluşturup, emri altındakilere emirler vererek suçun uygulanmasını kontrol etmek suretiyle suçun işlenme sürecine hükmeder, olay akışını kendi iradesine göre dilediği şekilde yönlendirebilir.²⁵ Fiili doğrudan icra eden kişi, organizasyon içerisindeki sistematize bir şekilde işleyen çarkın basit bir dişlisi mesabesine

²¹ Yazar, bu davalardaki savunmaların örgütsel kontrolün en önemli özelliklerinden bahsettiğini ancak bunları belirli ve sistematik hale getirmediğini varsaymaktadır: Roxin, *Täterschaft*, s. 246 vd.

²² BGHSt 18, 87, 89: Mahkeme, komuta yetkisi sayesinde Almanya'da bir suikast girişiminde bulunan bir ajanın Moskova'daki müdürlerini dolaylı fail olarak değerlendirirken, fiili doğrudan gerçekleştiren kişinin suç ortağı olduğuna karar vermiştir; bkz. Schmidhäuser, *Lehrbuch*, 14/165; ikame edilebilirlik eksikliği hakkında: Herzberg, *JuS* 1974, s. 374.

²³ Roxin bu durumlarda ne zorlama ne de hataya düşürme yoluyla irade tahakkümünün kurulduğundan bahsedilebileceğini savunur: Roxin, *GA* 1963, s. 201 vd.; Eleştirel değerlendirme ve farklı yorum için bkz.: Kieß, *GA* 2006, s. 306.

²⁴ Roxin, *GA* 1963, s. 200; böylesi bir otomatik işleyişe karşı görüş: Zaczek, *GA* 2006, s. 414; Rogall, in: Roxin/Widmaier, s. 426 vd.

²⁵ Roxin, *GA* 1963, s. 200 vd.; Roxin, *Täterschaft*, s. 245, 247; buna karşın Renzikowski suçun işleniş odaklı faillik anlayışına karşı çıkmaktadır: Renzikowski, *Restriktiver Täterbegriff*, s. 89.

indirgenmiştir.²⁶ Sonuç olarak, arka plandaki masa başı fail, elindeki birbirleri yerine ikame edilebilir²⁷ onlarca doğrudan aktörlerden oluşan güç aygıtından faydalanarak, ön planda herhangi bir aldatılmış veya zorlanmış kişiyi suçun işlenişine dahil etmeden eylemin hayata geçirilmesini kontrol altında tutmayı başarır. Arka planda organize yapıyı kontrol altında tutan kişi verdiği emrin ikame edilebilir çok sayıda astından herhangi biri tarafından yerine getirileceğinden kesinlikle emindir. *Roxin*'in teorisine göre masa başı failin organizasyon üzerinde mutlak manada hâkimiyet kurması yeterlidir, emir komuta zincirinin son halkasını oluşturan ve suç teşkil eden fiili doğrudan gerçekleştiren kişinin davranışına da ayrıca hükmetmesi gerekmez.

Üçüncü şart ise, perde arkasındaki fail tarafından suçu gerçekleştirmek için kullanılan güç aygıtının tamamen hukuk sisteminin dışında hareket etmesidir.²⁸ Yani hukuk sisteminden soyutlanmış bir örgütsel yapıdan bahsedilmektedir ki, bu şart organizasyon hâkimiyeti teorisinin uygulama alanını bir hayli sınırlandırmaktadır. Bu kriterin sebebi ise yönetim ve icra organlarının kendileri dışındaki bir hukuk düzenine bağlı olduğu durumlarda hukuka aykırı bir emrin yerine getirilmesi talebiyle karşılaşan kişi böylesi bir emri ifadan kaçınıp, en üst kategorideki emredici hükümlerin şemsiyesi altına sığınabilir. Çünkü yasalar en yüksek normlar olarak kabul edilir ve bunlara uyulması haklı olarak tüm ilgililerden talep edilir. İster devlet ister devlet dışı olsun, hiçbir yapılandırılmış iktidar aygıtı, yasa koyucunun toplumda geçerli normlara uyma beklentisini dışlayamaz ve “organize yapılar üzerindeki iktidar yoluyla iradenin üstünlüğü” tezini gerekçelendiremez. Bu emredici hukuk normları arka plandaki kişinin irade gücünün doğal

²⁶ Roxin, FS für Grünwald, s. 556 vd.; Hefendehl, GA 2004, s. 579; karşıt görüş: Jakobs, AT, § 21/103 Dipnot 190.

²⁷ Roxin, GA 1963, s. 200; bu unsuru destekleyen görüşler: Schünemann, FS für Schroeder, s. 407; Bloy, GA 1996, s. 441; karşıt görüşler: Rotsch, ZStW 112 (2000), s. 518 vd.; Nack, GA 2006, s. 344; Gropp JuS 1996, s. 16 vd.; Murmann, GA 1996, s. 273; Ambos, Völkerstrafrecht, s. 598; Radtke, GA 2006, s. 355 vd.

²⁸ Roxin, Täterschaft, s. 249 vd.; Joecks, MK-StGB, § 25 No. 151; aykırı görüşler için bkz.: Schild, Täterschaft als Tatherrschaft, s. 22 vd.; Herzberg ZIS 2009, s. 577; Rotsch, ZStW 112 (2000), s. 534; Ambos, Völkerstrafrecht, s. 606 vd.

sınırları olduğu için perde arkasındaki organize yapıya hâkim irade doğrudan failin davranışına egemen olmayı gerektirecek bir etkiye sahip değildir.²⁹

Roxin yukarıda zikredilen üç temel koşulun gerçekleşmesine bağlı olarak masa başı failin fiil üzerindeki egemenliğini kabul etmiştir. Zaman içinde yazar, *F. C. Schroeder*'in tezinden türetilen dördüncü bir kriteri bağımsız olarak değil ama ana kriterlerden türetilen dördüncü ekleme olarak kabul etmiştir. Buna göre hiyerarşik olarak yapılandırılmış örgüte bağlı ikame edilebilir failler bu tip bir ilişki içerisinde bulunmayan diğer kişilere göre suç işlemeye daha istekli olarak vasıflandırılabilirler. Buna göre, suç işleme isteğinin önemli ölçüde artması, Roxin tarafından “örgüte özgü suç işleme eğilimi” adı altında örgütsel hâkimiyetin kurulması için dördüncü kriter olarak dahil edilmiştir.³⁰ Çünkü bu unsur suçun gerçekleştirilmesi için perde arkasındaki kişinin hâkimiyetini doğrulamakta ve desteklemektedir.

3. *F. C. Schroeder*’in Perspektifinden Organize Yapılar Üzerinde Hâkimiyet

Organize yapılar üzerinde hâkimiyet yoluyla dolaylı failliği *Dohna Davası*³¹ vesilesiyle ilk kabul eden yazarlardan olan *F. C. Schroeder* bu hukuki kurumu dolaylı failliğin müstakil bir alt kategorisi olarak değil somut olayın şartlarına göre ya dolaylı faillğe yahut birlikte faillğe sebebiyet verebilecek özgün bir hukuki kurum olarak tasvir etmektedir.³² Otomatik ve kurallı işleyen suç işleme sürecini dikkate almakla birlikte yazarın *Roxin*’in görüşünden ayrıldığı husus ikame edilebilirlik kriteri yerine, karşıdaki kişinin hâlihazırda tamamlanmış ancak hala koşullu olan suç işleme kararından arka plandaki kişinin

²⁹ Roxin, LK-StGB § 25 No. 129.

³⁰ Roxin, ZIS 2009, s. 567; Roxin, ZIS 7/2006, s. 298 vd.; Roxin, ZStR 125 (2007), s. 15 vd.

³¹ Dohna Davası için bkz.: Schroeder, Täter hinter dem Täter, s. 143 vd.; Roxin Täterschaft, s. 700 vd.

³² F. C. Schroeder, Der Täter hinter dem Täter, s. 152, 168; F. C. Schroeder, ZIS 2010, s. 569 vd.; F. C. Schroeder, JR 1995, s. 178 vd.; benzer görüş: Schmidhäuser, Lehrbuch, 14/49; karşıt görüş: Ambos GA 1998, s. 229 vd.; Rotsch, ZStW 112 (2000), s. 525 vd.

yararlanmasını bu kişinin iştirak statüsünü belirlemede temel olarak görmesidir. Bir başkasının suç işlemeye yönelik hâlihazırda mevcut ve tamamlanmış olan kararını istismar edip, şarta bağlanmış olan fiilin ifası için gerekli şartı yerine getiren arka plandaki kişinin dolaylı fail olarak cezalandırılması gerektiğini kabul etmektedir.³³ Organizasyonun hiyerarşik yapısı içinde üst düzeyde bulunan arka plandaki kişinin dolaylı failliğini gerekçelendirmede organize yapı bünyesinde fiili işlemeye hazır ve hiyerarşi içerisinde talimat verme makamında bulunan arka plandaki kişilerce de varlığı bilinen kişilerden yararlanılması gerçekliğine dayanılmıştır.

F.C. Schroeder'in yaklaşımında değiştirilebilirlik kurucu bir özellik olarak kabul edilemez, ancak sadece suçun işlendiğini tespit etmek için belirleyici bir itici güç olarak kabul edilebilir.³⁴ Dolaylı failliğin tespitinde belirleyici faktör, perde arkasındaki kişinin suçun gerçekleşmesine ilişkin emin olması halidir ve bu eminlik azmettireninkinden daha yüksek olması gerekir.³⁵ *F. C. Schroeder*, suçu işlemeye kararlı bir kişinin yardımıyla suçun gerçekleşmesinin kesinliğini garanti edebilen dolaylı faile kıyasla azmettirenin başarısının kesin olmamasına atıfta bulunmaktadır. Öte yandan, bu yaklaşım azmettirme ve dolaylı faillik arasındaki sınırı görünmez kılmaktadır ve bu bakımdan literatürde çok sayıda haklı itiraz almıştır.³⁶

4. Alman Federal Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Organizasyon Hâkimiyeti Teorisi

1988 yılında, *Katzenkönig* davası olarak bilinen davada, Alman Federal Mahkemesi ilk kez, örgütlü bir güç yapısı çerçevesinde işlenen suçlarda, doğrudan suç işleyen failin yanı sıra, perde arkasındakilerin de “failin arkasındaki failler” olarak cezalandırılabilceğini kabul

³³ F. C. Schroeder, JR 1995, s. 177 vd.

³⁴ F. C. Schroeder, Der Täter hinter dem Täter, s. 168.

³⁵ Schroeder, ZIS 2010, s. 569 vd.; Roxin, GA 1963, s. 201; Stein, Beteiligungsformenlehre, s. 203.

³⁶ Dolaylı failin azmettirenine kıyasla suçun gerçekleşeceğinden daha fazla emin olması halinin dolaylı failliği gerekçelendirmede kriter olmaması gerektiğine ilişkin bkz.: Murmann, GA 1996, s. 274; Bloy, Zurechnungstypus, s. 363; Rotsch, NSTZ 2005, s. 14.

etmiştir.³⁷ Kısa bir süre sonra Beşinci Ceza Dairesi, Doğu Almanya Ulusal Savunma Konseyi üyeleri hakkında verdiği ünlü kararda bu hukuki kavramı uygulamıştır. Buna göre, ölümcül ateşi açan sınır askerlerinin yanı sıra Doğu Almanya Ulusal Savunma Konseyi üyeleri de tam suç kastı ve tam sorumlulukla hareket etmiş olmaları koşuluyla dolaylı failer olarak cezalandırılmıştır.³⁸ Kararın özü aşağıdaki paragrafta ifade edilmektedir: “Bununla birlikte, sınırsız sorumlulukla hareket eden bir aracıya rağmen, suç ortağının katkısının neredeyse otomatik olarak bu suç ortağı tarafından amaçlanan suçun gerçekleşmesine yol açtığı vaka grupları vardır. Bu durum, suç ortağının suça katkısının düzenli süreçleri tetiklediği belirli çerçeve koşullarından yararlanmak için örgütsel yapıları kullanması halinde söz konusu olabilir. Düzenli prosedürlere sahip bu tür çerçeve koşulları özellikle devlet, şirket veya işletme benzeri örgütsel yapılar ve komuta hiyerarşileri söz konusu olduğunda geçerlidir. Böyle bir durumda, perde arkasındaki kişi bu koşulları bilerek hareket ederse, özellikle de doğrudan hareket eden kişinin suçu yerine getirme konusundaki koşulsuz isteğini istismar ederse ve perde arkasındaki kişi neticenin kendi eylemlerinin sonucu olmasını isterse, dolaylı fail olarak kabul edilir.”³⁹

Görüldüğü üzere Alman Federal Mahkemesi emir komuta zincirinin otomatik olarak suç fiiline dönüşmesinden, organize yapının

³⁷ BGHSt 35, 347, 353; BGHSt 18, 87, 89, 96.

³⁸ BGHSt 40, 218 vd.; 44, 204 vd: Bu kararlar Almanya'nın iç sınırında mültecilerin öldürülmesinden sorumlu olan Doğu Almanya Ulusal Savunma Konseyi üyelerinin devlet iktidar yapıları çerçevesinde emir verenler olarak doğrudan failin gerçekleştirdiği sınır ihlali yapanların öldürülmesi eylemlerden dolayı dolaylı failer olarak cezalandırılmaları ile ilgiliydi. Azmettirici olarak cezalandırma, örgütün başındaki “masa başı fail” in rolüne uygun düşmeyeceği değerlendirilmiştir. Literatürün çoğunluğu bu görüşü takip etmiştir. BGHSt 39, 1 vd.; BGHSt 42, 65, 69 vd.; BGHSt 45, 270, 296 vd.; duvar koruma olayına ilişkin ayrıntılar için bkz.: Gropp, JuS, 1996, s. 13 vd.; Jung, JuS 1995, s. 173 vd.; emir veren kişiler bazı olaylarda sadece yardım eden olarak cezalandırılmışlardır: BGHSt 47, 100, 104.

³⁹ BGHSt 40, 218 vd.

mutat işleyişinin suç neticesini doğurmasından ve doğrudan failin iradesinin istismar edilmesinden yola çıkarak dolaylı failliği gerekçelendirmeye çalışmıştır.

Alman Federal Mahkemesinin değiştirilebilirlik yani ikame edilebilirlik yerine “doğrudan aktörün suçu yerine getirme konusundaki koşulsuz istekliliğinin istismar edilmesini” ifade etmesi dolaylı failliği gerekçelendirirken hem *Roxin*’in hem de *F. C. Schroeder*’in tezinden dayanaklar edindiğini göstermektedir.⁴⁰ Ancak gerekçenin geneline bakıldığında, açıkça belirtilmeyen değiştirilebilirlik kriterinin, organize yapılarda düzenli ve kurallı süreçlerin oluşturulması ve perde arkasındaki kişi tarafından amaçlanan suçun uygulanmasına ilişkin yarı-otomatizm kriterleri ile ikame edildiği sonucuna varılabilir.⁴¹

Söz konusu davalarda Alman Federal Mahkemesi, azmettirmeye kıyasla başarının kesinliğindeki artışı şu cümlelerle teyit etmektedir: “Burada karara bağlanacak türden davalarda, suçun arkasındaki kişi, hala aracı tarafından verilmesi gereken ancak çerçeve koşullar tarafından önceden belirlenmiş olan yasaya aykırı kararın, amaçladığı başarının gerçekleşmesine bir engel teşkil etmediğini biliyorsa, suçu işlemek için kapsamlı bir iradeye de sahiptir.”⁴²

Alman Federal Mahkemesi kararları ile literatürde ileri sürülen görüşler arasındaki en bariz farklılık organize yapılar üzerindeki hâkimiyet teorisinin uygulama alanında yatmaktadır. Kavramı hukuki düzenden sıyrılmış iktidar aygıtlarıyla sınırlı tutan ve yalnızca devlet iktidarı, yeraltı hareketleri, gizli örgütler veya güçlü terör örgütleri tarafından işlenen eylemler bağlamında uygulanabilir kabul eden Roxin’in aksine Alman Federal Mahkemesi, “kurumsal veya işletme

⁴⁰ O dönemde bu karara müdahil olan Federal yargıç Nack, mahkemenin değiştirilebilirlik kriterini uygun bulmadığını, ancak kasıtlı olarak dolaylı faillğe ilişkin farklı bir görüşü tercih ettiğini açıklamıştır: Nack, GA 2006, s. 344.

⁴¹ Langneff, *Beteiligtenstrafbarkeit*, s. 77

⁴² BGHSt 40, 218, 237.

benzeri örgütsel yapıları ve komuta hiyerarşilerini”⁴³ de ekleyerek teorinin uygulama kapsamını genişletmiştir.⁴⁴

Alman Federal Mahkemesi 90’lı yıllardan itibaren doğrudan faille bizatihi isnad edilebilen neticeleri işletme yöneticilerine de dolaylı fail olarak yükleyebilmek için organize yapılar üzerindeki hâkimiyet yoluyla dolaylı faillik kurumuna başvurmuştur.⁴⁵ Kararların gerekçelendirilmesindeki dayanak ise totaliter rejimlerle yönetilen devletlerin karar ve emir komuta aşamalarındaki sistematik işleyişin özü itibariyle cari hukuk içerisinde faaliyet gösteren ekonomik işletmeler için de geçerli olduğu tezidir. Söz konusu kararlarda eğer ticari işletme organizasyonunun yapısı içerisinde suç tipinin gerçekleşmesi için organizasyon yapısının ortaya çıkardığı çerçeve koşullar oluşturulmuş ve bunlardan yararlanılmış ise araç olarak kullanılan doğrudan hareket eden şirket çalışanlarının tam ceza sorumluluğunun yanı sıra söz konusu şirketin yöneticisi durumundaki kişilerin de organizasyon hâkimiyeti dolayısıyla dolaylı fail olduğu kabul edilmiştir.⁴⁶ Mahkemeye göre dolaylı failliğin varlığı, doğrudan failin kusurlu hareket etmesinden bağımsızdır.

Doğaya zarar verecek şekilde atıkların etkisiz hale getirilmesine ilişkin başka bir olayda Alman Federal Mahkemesi, bir şirkette işletme yöneticisi durumunda olan kişinin dolaylı faillik statüsünü gerekçelendirirken suç tipinin gerçekleşmesine “yol açtığına ve izlenecek yolu gösterdiğine” atıfta bulunmuştur. Mahkeme, işletme yöneticisinin atıkların kurallara uygun olarak etkisiz hale getirilmesi hususunda taşıdığı sorumluluk ve söz konusu fiilden sağladığı yarara

⁴³ BGHSt 43, 219 vd.; BGH NJW 1998, 767, 769.

⁴⁴ BGHSt. 40, 218, 236 vd.; BGH NStZ 2008, 89, 90; BGH JR 2004, 245, 246; BGHSt 48, 331, 342; bu yaklaşıma ilişkin eleştirel değerlendirmeler için bkz.: Roxin, Strafrecht AT II, § 25, No. 129 vd.; Schroeder, JR 1995, 177, 179; Schünemann, LK- StGB, § 25 No. 125, 130 vd.

⁴⁵ Rübenstahl, Die Übertragung der Grundsätze zur Tatherrschaft Kraft Organisationsherrschaft auf Unternehmen durch den BGH -zugleich Besprechung von BGH, Urteil vom 3.7.2003, HRRS 2003, s. 2011 vd.

⁴⁶ BGHSt 48, 231 vd.; Rotsch, ZIS 2007, s. 262; Rübenstahl, HRRS 2003, s. 210 vd.

vurgu yapıp işletme yöneticisini de bu fiilden dolayı dolaylı fail olarak sorumlu tutmuştur.⁴⁷ İkame edilebilirlik ve doğrudan failin fiili işlemeye koşulsuz hazır olmasından faydalanılması kriterlerinden yola çıkarak mahkeme fiile egemenlik için arka plandaki kişinin gerekli iradeye sahip olduğunu ifade etmiştir.

Bu doktrinin uygulama alanının Federal Mahkeme tarafından genişletilmesi haklı olarak yoğun ve keskin eleştirilere neden olmuştur. Bu eleştirilerin odak noktası fail kavramının aşırı genişletilmesi⁴⁸ ve muğlaklaştırılmasıdır.⁴⁹ Ticari işletmelerde dolaylı failliğin tanınmasının da organize yapılar üzerindeki hâkimiyet teorisini ile gerekçelendirildiği mevcut kararlar⁵⁰ dikkate alındığında, Federal Mahkemenin *Roxin* ve *F. C. Schroeder* tarafından geliştirilen kavramın ötesine geçtiği ve kendine özgü ve oldukça esnek bir tanım oluşturduğu söylenebilir.⁵¹ İşletme bünyesinde işlenen suçlara ilişkin kararlarda işletmenin türüne, organizasyon yapısına ve karar verme süreçlerine ilişkin herhangi bir değerlendirme yapılmadan organizasyonu yönetenlerin doğrudan dolaylı fail olarak tanımlanması toptancı bir yaklaşımdır ve kabul edilemez.

Alman Federal Mahkemesi faillik ve şeriklik arasındaki ayrımı “geçişlerin değişken olduğu açık bir değerlendirme sorunu”⁵² olarak gördüğünden, öğretilerdeki yazarların bir kısmı mahkemenin içtihadını bu ayrımı normatif olarak yaptığından bahisle, yani belirli kurallara göre değil yalnızca belirli davaların özelliklerine bağlı olarak olgusal olarak tanımlamakla eleştirmektedir.⁵³ Bu düşünce, federal mahkemenin yaklaşımının, belirli ön koşullara bağlı olan örgütsel kontrolün hukuki

⁴⁷ BGHSt 43, s. 231 vd.

⁴⁸ Herzberg, in: Amelung, s. 47; Joecks, MK-StGB, § 25 no.131 vd.; Koch, JuS 2008, s. 498.

⁴⁹ Rotsch, ZStW 112 (2000), s. 554.

⁵⁰ BGH, NSTZ 2004, 457 vd.; BGHSt 48, 331 vd.

⁵¹ Rotsch, ZIS 2007, s. 262; Rotsch, NSTZ 2005, s. 16 vd.; Koch, JuS, s. 496 vd.

⁵² BGHSt 43, 219, 231 vd.; 35, 347, 353 vd.; BGHSt 39, 381, 388 vd.

⁵³ Rotsch, ZIS 2007, s. 260 vd.; Otto, Jura 2001, s. 757; bu eleştiriye karşı olarak: Rogall, in: Roxin/Widmaier, s. 426 vd.

kavramını tanımaktan ziyade, doğrudan failliğin tespiti için belirleyici kriterleri oluşturmaya çalışmakta olduğu görüşüne yol açmaktadır.

Bu kararlar ışığında Alman Federal Mahkemesinin örgütsel yapılar çerçevesinde işlenen suçlara yönelik genel yaklaşımının, düzenli süreçlere sahip bu tür çerçeve koşullarının tüm komuta hiyerarşilerinde mevcut olması nedeniyle, faillik kurumunda bir önem kaybına yol açmakta olduğu belirtilmelidir. Özellikle Federal Mahkeme'nin dolaylı failliği, akışkan geçişlere sahip bir “açık değerlendirme sorunu” olarak tanımlandığına dikkatimizi çektiğimizde tespitin doğruluğu ortaya çıkmış olacaktır. Mahkeme aslında ilgili dava dizilerinde, düzenli süreçlere ve “failin suç işleme iradesine” dayanan kendi normatif yaklaşımını izlemektedir. Bu nedenle, içtihadın görüşü *Roxin* veya *F. C. Schroeder* tarafından geliştirilen hukuki örgütsel hâkimiyet kavramıyla doğrudan bağlantılı veya uyumlu değildir, zira örgütsel hâkimiyet doktrininin kurucu gerekliliklerinden yoksundur.

5. Uluslararası Ceza Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Organizasyon Hâkimiyeti Teorisi

Uluslararası hukuk kapsamındaki suçlar⁵⁴, icrasında doğal olarak çok sayıda kişinin birlikte bulunduğu ve esas olarak bir devlet veya ordu, yani örgütlü bir birlik tarafından işlenen kolektif suçlar olarak belirlendiği ve soruşturulduğu için, suça iştirak müessesesi ve isnadiyet teorileri evleviyetle gündeme gelmekte, özellikle bu konuların örgütsel hâkimiyet doktrini ile bağlantısı önem kazanmaktadır.⁵⁵ Makalemizde

⁵⁴ Bunlar soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçları olup Roma Statüsü'nün 5-8. maddelerinde belirlenmiş ve tanımlanmıştır. Ayrıntılar için bkz.: Werle/Burghardt, FS für Maiwald, s. 851 vd.; Uluslararası Ceza Mahkemesinin yargı yetkisi hakkında daha fazla bilgi için: Ambos, Internationales Strafrecht, § 7 para. 117 vd.; Satzger, Völkerstrafrecht, § 14 para. 8.

⁵⁵ Bu gerçeklik, sivil nüfusa karşı sistematik bir saldırı olan insanlığa karşı suç gibi uluslararası suçların doğasından kaynaklanmaktadır. Sadece nadir istisnai durumlarda uluslararası suçlar bireyler tarafından işlenebilir. Uluslararası ceza hukuku kolektif sorumluluğu benimsememektedir. Buna mukabil sadece gerçek kişiler bireysel olarak sorumlu olabilir. Tüzel kişilerin ve diğer derneklerin cezai sorumluluğu uluslararası ceza hukukunda söz

uluslararası ceza mahkemesi kararlarında özellikle devlet aygıtını yöneten idareci veya askeri komutanların bu organize yapılar vasıtasıyla astlarının üzerinde kurdukları hâkimiyet dolayısıyla tam sorumlu doğrudan faillerin işledikleri suçlardan dolayı onlarla birlikte dolaylı fail olarak cezalandırılıp cezalandırılmayacakları hususuna değinilmektedir.

Uluslararası Ceza Mahkemesinin kurucu metni olan Roma Statüsü 'nün (UCM Statüsü) yürürlüğe girmesine kadar uzun bir süre boyunca uluslararası hukuk alanında organize bir yapı bünyesinde beraberce hareket edip suç işleyen kişilerin durumu ad hoc mahkemelerince o dönemde üstün sorumluluk, azmettirme, planlama ve emir verme temelinde veya - Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi kararında olduğu gibi - ortak suç girişimine (JCE) katılma temelinde değerlendiriliyordu.⁵⁶ Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü (Roma Statüsü) kabul edilene kadar, organize yapı eliyle işlenen uluslararası suçlardan dolayı dolaylı failler müşterek failliğin bir alt türü olarak geliştirilen bu hukuki kurum vasıtasıyla cezalandırılabilmekteydi. JCE'ler yani müşterek suç girişimi kurumu⁵⁷, ICTY (Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi) ve ICTR (Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi) Statülerinde açık ve spesifik bir düzenleme olmadığı için, işlenen diğer uluslararası suçlara

konusu değildir, bkz. Vogel, ZStW 114 (2002), s. 432; Ambos, Internationales Strafrecht, § 7 No. 10 vd.; Satzger, Völkerstrafrecht, § 14, para. 50.

⁵⁶ Ortak suç girişimi, savaş suçları mahkemeleri sırasında, bir gruptaki bireyleri söz konusu grubun eylemlerinden dolayı kovuşturmak için kullanılan hukuki bir doktrindir: Werle/Jeßberger, Völkerstrafrecht, No. 551 vd.; Werle/Burghardt, FS für Maiwald, s. 853; Ambos, Internationales Strafrecht, § 7 No. 30 vd.

⁵⁷ Bu hukuki kavram ilk kez Temyiz Dairesi tarafından Tadic kararında geliştirilmiş ve literatürde sistemik atıf modeli olarak nitelendirilmiştir: ICTY Prosecutor v. Tadic, IT-94-1-A, 15.07.1999, para. 227 vd. Ayrıca ICTY, Prosecutor v. Kvočka, IT-98-30/1-A, 28 Şubat 2005, para. 97, 99, 112; ayrıca Ambos, AT des Völkerstrafrechts, § 15 para. 55 vd.; Vogel, ZStW 114 (2002), s. 420 vd.; Satzger, Völkerstrafrecht, § 15 para. 55 vd.; Herzog, ZIS 2013, s. 190; Werle/Jeßberger, Völkerstrafrecht, No. 551 vd.; Ambos, Internationales Strafrecht, § 7 No. 30 vd.

uygulanabilmeleri amacıyla, özellikle ad hoc mahkemelerin içtihatlarında müsterek failliğin bir alt biçimi olarak geliştirilmişlerdi.

Temmuz 1998'de Roma'da uluslararası hukukun temellerini içeren Uluslararası Ceza Mahkemesinin kurucu metni olan Roma Statüsü kabul edilmiştir.⁵⁸ Bu metinle birlikte isnadiyet biçimleri çerçevesinde geliştirilen hukuki figürler, uluslararası ceza hukuku kapsamında sistemik suçlar anlamında örgüt liderlerinin cezalandırılması için otomatik olarak önem kazanmıştır. Ad hoc mahkemelerin gerekçeli kararları UCM Statüsü 'ne otomatik olarak geçirilmeyip statüde isnadiyet biçimlerini bağımsız olarak sistematik hale getirilmiş ve kapsamı belirlenmiştir.⁵⁹ Yerel yasalarla karşılaştırıldığında, Roma Statü'sünün dolaylı failliğe ilişkin ek bir ifade içermesi dikkat çekicidir; bu ifade, suçun arkasındaki kişinin cezai sorumluluğunun, tam ceza sorumluluğu ile hareket eden failden bağımsız olduğunu açıkça vurgulamaktadır ("*regardless of whether that other person criminally responsible*").⁶⁰ Bu vurgu, katı şahsi sorumluluk ilkesi ile "failin arkasındaki fail" figürü arasındaki çatışmayı çözmeye hizmet etmektedir. Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü madde 25/3 a uyarınca tamamen sorumlu olan ön plandaki failin arkasındaki kişinin de dolaylı fail olarak cezalandırılabilceği açıkça kabul edilmiştir.⁶¹ Bu düzenlemede arka plandaki kişinin ceza sorumluluğu

⁵⁸ Ambos, ZStW 1999, s. 175 vd.

⁵⁹ Werle/Jeßberger, Völkerstrafrecht, No. 561.

⁶⁰ Hükmün ilgili kısmının çevirisi (§ 25 III lit. a. ICC Statüsü): "Mahkemenin yargı yetkisi dahilindeki bir suç, diğerinin cezai sorumluluğu olup olmadığına bakılmaksızın, kendisi, bir başkasıyla birlikte veya bir başkası aracılığıyla işleyen" herkes ceza kovuşturmasına tabidir.; bkz. Roxin, ZIS 2009, s. 565 vd.; bu normun sınıflandırılmasında Anglo-Amerikan yazar ile Alman literatürü arasındaki fark hakkında Kreß, GA 2006, s. 307; ayrıca Vogel, ZStW 114(2002), s. 427 vd. ve 112. Dipnot.

⁶¹ Werle/Jeßberger, Völkerstrafrecht, para. 572; Ambos, Internationales Strafrecht, § 7 para. 25 vd., Ambos AT des Völkerstrafrechts, s. 568 vd; Satzger, Völkerstrafrecht, § 15 No. 59; Roxin, ZIS 2009, s. 565 vd.; Uluslararası ceza hukuku perspektifini eleştiren Kreß, GA 2006, s. 305; Randtke sözde varsayımı değerlendirirken dikkatli olmayı tercih eder. Çünkü uluslararası ceza hukuku alanında çeşitli atıf modelleri vardır ve bu

doğrudan failin cezalandırılabilmesi koşuluna bağlı tutulmadığı için doğrudan ve dolaylı failin yan yana sorumluluğu Roma Statü'süne göre mümkündür.⁶²

Roma Statüsünün söz konusu maddesi uyarınca verilmiş uluslararası ceza mahkemesi kararlarında örgütsel yapı aracılığıyla failin iradesine tahakküm kurma durumunun tespiti, hiyerarşik olarak yapılandırılmış bir devlet iktidar aygıtına hakim olan ve bu şekilde başkalarını suç işlemek için kullanan kişilerin cezalandırılması açısından büyük ve pratik öneme sahiptir.

UCM Ön Soruşturma Dairesi de ilgili maddeleri örgütsel hâkimiyet doktrini ışığında yorumlamış ve sanıklar Kongolu milis lideri *Lubanga Dyilo*⁶³, *Katanga* ve *Ngudjolo Chui*⁶⁴ ve ordu mensuplarına emir verme yetkisine sahip olan Sudan Devlet Başkanı *El-Beşir*⁶⁵, hakkında tutuklama kararı çıkarmıştır. Hiyerarşik devlet yapılanmasını kontrol altında tutan kişilere kasıtlı olarak söz konusu suçları işlemek için ön plandaki doğrudan faillerden yararlanmış olmaları nedeniyle tam sorumlu olan doğrudan faillerin gerçekleştirdiği fiillerin isnat edilebileceği kabul edilmektedir.⁶⁶

Benzer şekilde Arjantin askeri diktatörlükleri ve Peru'da *Alberto Fujimori*'nin başkanlığı döneminde, birçok insan devlet tarafından organize edilen güç aygıtları tarafından kaçırılmış, işkence görmüş ve öldürülmüştür. Bu dönemde işlenen suçlar dolayısıyla gerçekleşen yargılamalarda Ceza Mahkemeleri organize bir yapıyı yönlendirme

ifade bunlardan birinin altına yerleştirilebilir. Radtke, GA 2006, s. 352 vd.; bu tür bir tanınmanın gerekliliğine ilişkin karşıt görüş: Vogel, ZStW 114 (2002), s. 427, 112 numaralı dipnot.

⁶² Radtke, GA 2006, s. 352.

⁶³ UCD'nın 29.1.2007 tarihli kararı (Lubanga Dyilo, Pre-Trial Chamber I), § 326-339.

⁶⁴ UCD'nın 30.9.2008 tarihli kararı (Katanga and Ngudjolo Chui, Pre-Trial Chamber I), § 484 vd.

⁶⁵ UCD'nın 4.3.2009 tarihli kararı (El-Beşir, Pre-Trial Chamber I), § 147.

⁶⁶ Burghardt/Geneuss, ZIS 2009, s. 138 vd.

yoluyla doğrudan faillerin iradesi üzerinde kurulan egemenliğine işaret ederek dolaylı faillik kurumunu gerekçelendirmeye çalışmışlardır.⁶⁷

III. ORGANİZASYON HÂKİMİYETİ TEORİSİNE KARŞI ELEŞTİRİLER

A. Giriş

Organize yapılar üzerinde kurulan hâkimiyetten kaynaklanan iradeye egemenlik yoluyla dolaylı faillik kurumu köklerini Alman Ceza Hukuku nazariyesinde bulmuş olsa da, farklı ülkelerin ceza kanunlarında ve mahkeme kararlarında da kabul edilmiş, özellikle Uluslararası ceza hukukunda da organize yapıya egemenlik dolayısıyla dolaylı faillik müessesesinin tam sorumlu doğrudan fail yanında gündeme gelebileceği Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü m. 25/3-a'da açıkça kabul edilmiştir. Literatürde baskın görüş haline dönüşen ve mahkeme kararlarında uygulama alanının sürekli genişlemekte olduğu bu teori aşağıdaki satırlarda eleştirel bir incelemeye tabi tutulacaktır. Zira Roxin'in pragmatik hukuk öğretisinde yer tutan bu teori hem tarihsel gelişim serüveninde hem de günümüzdeki örgütsel suçlulukla mücadelede ceza hukuk enstrümanları içerisinde başat role bürünmüş olsa da ceza hukukunun temel kavramları ve nazariyesi muvazenesinde sistematik bir eleştiriden muaf tutulmamalıdır.

Bu eleştiriler iki ana başlık altında ele alınabilir. Öncelikle organize yapılara hâkimiyet yoluyla fiil hâkimiyeti sağlamak için gerekli olduğu söylenen normatif kriterler doğrulukları ve kendi içlerindeki tutarlılıkları bakımından değerlendirilecektir. Akabinde ise dolaylı failliği gerekçelendirmek için kullanılan ölçütler müstakil olarak ele alınacak, kişilerin irade ve fiilinde bağımsızlığı ve şahsi sorumluluk prensipleri özellikle ön plana çıkarılacak ve fiil hâkimiyetinin doğrudan failin iradi özgürlük alanı sınırlanmadan mümkün olamayacağı vurgulanacaktır.

Özet olarak ifade edecek olursak, örgütsel kontrolün dolaylı failliğin ayrı bir türü olarak kabul edilmesine yönelik itirazlar temel

⁶⁷ Jakobs, ZIS 11/2009, S. 572 vd.; Ambos, ZIS 2009, s. 552 vd.; Roxin, ZIS 2009, s. 565 vd.; Herzberg, ZIS 2009, s. 576 vd.

olarak sınırsız bir şahsi sorumluluk anlayışının kabul edilmesi, bunun sonucunda doğrudan doğruya kendi kararı ile suç işleyen failin araçsal bir aygıtı indirgenmesi ve fail sorumluluğunun esas fail ile arka plandaki kişi arasında olası dağılımının eleştirilmesi ile ilgilidir.

B. Örgütsel Güç Aygıtı Kriteri

Organize bir yapı bünyesinde ve üstlerden gelen emir ve talimat sonucu işlenen bir suç söz konusu olduğunda, bu organize yapının bir “güç aygıtı” olup olmadığını ve suça özgü bir şekilde “hukuktan ayrılıp ayrılmadığını” değerlendirmek hâkimin görev alanına girmektedir. Yer, zaman, kapsam ve yoğunluk açısından “henüz değil” ile “ama şimdi” arasındaki çizgiyi nerede ve nasıl çizeceği kendi takdirine bırakılmıştır. Bu nedenle, söz konusu teorinin bilimsel olarak kullanılabilir olup olmadığı konusunda şüphe duyulmaktadır. Ayrıca teorinin kullanım alanı da zaman içerisinde kontrolsüzce genişlemiştir. Bunun sebebi ise sınırlarının ve içeriğinin tam olarak belli olmaması, ölçütlerinin yoruma açık kalmasıdır. Teorinin geliştiricilerinden olan Roxin bile ticari işletme yöneticilerinin sorumluluk alanını genişletici ve şirket çalışanlarının suç teşkil eden işlemlerinden dolayı yöneticilerin dolaylı fail olarak cezalandırılabileceği şeklinde gelişen Alman Federal Mahkeme kararlarından duyduğu rahatsızlığı belirtmiştir.⁶⁸

C. Neticeden Emniyet Ölçütü

Organize bir yapı kullanılması durumunun faile neticenin gerçekleşmesi hususunda daha kesin bir güven verebileceği iddiası ise gerçekçi değildir. Bir suç aparatına dönüşmüş organize yapının bu yapının yöneticilerine suç neticesini gerçekleşmesi hususunda daha kati bir güvence ve hâkimiyet sağlayacağı iddiası ispata muhtaçtır. Otomatik bir şekilde harekete geçen doğrudan failer yanında pek tabi emre itaat etmeyen, vicdanının sesini dinleyen, hedefi bulmada başarısız olan yahut tembellik veya umursamazlık gibi sebeplerle neticenin gerçekleşmesi ihtimalini arka plandaki kişi için kuvvetlendirmeyen kişiler de organize yapı içerisinde var olabilir.⁶⁹ Azmettirilen kişinin fiili icra edip etmeyeceği hususunda kendi kararına göre hareket edeceğini

⁶⁸ Roxin, AT II, § 25 No. 129 vd.

⁶⁹ Herzberg, in: Amelung, s. 39.

kabul edip, organizasyon bünyesinde hareket eden bir örgüt mensubu için bu karar mekanizmasını bila kayd u şart reddetmek ve esas failin özgür irade ve kusur sorumluluğu ilkeleri çerçevesinde alacağı kararı yok saymak doğru değildir.

D. İkame Edilebilirlik Ölçütü

Doğrudan failerin ikame edilebilirliğine yöneltlen en önemli eleştiri ikame edilen bir fail tarafından işlenen fiilin gerçekleşmeyen önceki fiille aynı fiil, dolayısıyla aynı suç olmaması vakiasıdır.⁷⁰ Örneğin, bir kaçağı öldürme emri bir sınır muhafızı tarafından reddedilirse, yerine geçen fiil veya başka bir askerin sonraki fiili artık aynı fiil değildir.⁷¹ Bilhassa sadece belirli özellikler veya sıfatlara sahip kişiler tarafından işlenebilen suçlarda ikame edilebilirlik kriteri fonksiyonunu ifa edemeyecektir.⁷² Bu minvalde eş zamanlılık prensibinden hareketle failliği gerekçelendiren fiil üzerindeki hâkimiyetin her hâlükârda belirli bir fiil üzerinde tesis edilmesi gerekliliği vurgulanmıştır.⁷³ İkame hareketle gerçekleşen haksızlığın ilk hareketle gerçekleşmesi beklenen haksızlık ile aynı muhteviyata sahip olduğu iddia edilemez. Çünkü fiil üzerindeki hâkimiyetten doğan faillik statüsünün fiilin icra aşamasında mevcut bulunması gerekmektedir. Hâlbuki ileri sürülen teoride üçüncü kişilerin varsayımsal eylemleri üzerinde kurulacak hâkimiyet dolaylı failliğin gerekçelendirilmesinde kullanılmaktadır.⁷⁴ İkame edilebilirlik kriterinden doğan her hal ve şartta suçun işlenmesi durumu ise arka planda emir veren kişiye fiil üzerinde değil sadece neticenin gerçekleşmesi üzerinde görece bir

⁷⁰ Rotsch, ZStW 112 (2000), s. 528.

⁷¹ Rotsch, ZStW 112 (2000), s. 528 vd.; Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff, s. 89; Heinrich, Rechtsgutszugriff, s. 31; buna karşın Roxin'in fiilin masa başı fail için tek ve aynı suçun icrası anlamını taşıdığı yönünde savunması için bkz.: Roxin, AT II, § 25 Dipnot 117.

⁷² F. C. Schroeder, JR 1995, s. 178.; Freund, Strafrecht AT, § 10, No. 92; Ambos, AT des Völkerstrafrechts, s. 598; Joecks, MK-StGB, § 25 No. 149; Bosch, Organisationsverschulden, s. 236 vd.; Bu eleştiriye Roxin de kabul etmektedir: Roxin, ZIS 7/2006, s. 297; Roxin, AT II, § 25 No. 118.

⁷³ Rotsch, ZStW 112 (2000), s. 561.

⁷⁴ Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff, s. 89.

hâkimiyet sağlamış olabilir.⁷⁵ Arka plandaki kişi kontrolü altındaki örgütsel yapı sayesinde fiili bilfiil icra edecek kişiden bağımsız olarak kendi planını hayata geçirme imkânına sahiptir. Lakin bu imkân somut olayda eksik olan gerçek fiil hâkimiyetini ikame edemez.⁷⁶ Bunun sebebi ise araya giren organizasyon içerisindeki emir komuta zinciri, emri veren arka plandaki kişinin eylemini gerçekten ortaya çıkan suçun icrasından koparmaktadır. Bu nedenle, suçun gerçekleştirilmesi için ikame edilebilir bir aktör tarafından sağlandığı iddia edilen güvence, dolaylı failliği gerekçelendiremez ve azmettirmeden farklılığını makul bir şekilde haklı gösteremez veya kanıtlayamaz.⁷⁷

E. Hukuk Düzeninden Sıyrılmış Olma Ölçütü

Hukuk düzeninden sıyrılmış olma ölçütü de birçok yazar tarafından eleştiriye tabi tutulmaktadır.⁷⁸ Bu kriterin organize yapılar üzerinde hâkimiyet yoluyla dolaylı failliği gerekçelendirmek için bir gerek şart olarak kabul edildiği takdirde arka plandaki kişinin fiil üzerinde hâkimiyet kurması da bu ölçüte bağlı kılınmalıydı. Hâlbuki durum birçok örnekte böyle değildir. Tam tersine eğer arka plandaki kişinin kontrolündeki bir güç aparatına dönüşen organize yapı hukuk düzeninin tanıdığı bir örgütlenme yahut devlet aygıtının kendisi ise bu durumda bu kişinin suç teşkil eden eylem üzerindeki hâkimiyeti daha güçlü ve neticenin gerçekleşmesi yönünden daha emniyetli olacaktır.⁷⁹ Bu ölçütün eleştirildiği bir diğer nokta ise bazı durumlarda organize yapının sadece belirli bir kısmı mevcut hukuk düzeninden kopuk olması ve bu durumda bu yapının tamamının nasıl değerlendirileceğinin meçhul kalmasıdır. Son olarak organize yapının hiyerarşisi ve işleyişi ile ilgili olarak bazı tutarsızlıklar ortaya çıkabilir. Mesela mafyatik düzenle işleyen bir devlet aygıtı mevzu bahis olduğunda bu organizasyonun

⁷⁵ Rotsch, NStZ 1998, s. 493.

⁷⁶ Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff, s. 89.

⁷⁷ Rotsch, ZStW 112 (2000), s. 526, 561; Hoyer, SK-StGB, § 25 No. 90.

⁷⁸ Ambos, GA 1998, s. 243 vd.; Rotsch, ZStW 112 (2000), s. 533 vd.; Schild, Täterschaft, s. 22 vd.; F .C. Schroeder, Täter hinter dem Täter, s. 168; Herzberg, ZIS 2009, s. 577; karşıt görüş için bkz.: Munoz Conde, FS für Roxin, s. 620.

⁷⁹ Ambos, GA 1998, s. 242 vd.

hukuk düzeninden sıyrılmış mı olduğu yoksa hala meşru devlet organlarına sahip olmaya devam mı ettiği hususu tartışmalı kalacaktır. Darbe yönetimleri, askeri cuntalar yahut nasyonal sosyalizm dönemindeki alman yönetim komisyonu üyelerinin kurmuş oldukları organizasyonların devletin o dönemki cari hukukuyla bağlı olmadığını iddia etmek doğru olmayacaktır.

F. İradi Bağımsızlık Ve Şahsi Sorumluluk Prensibi Çerçevesindeki Eleştiriler

Bu aşamaya kadar olan eleştirel yaklaşımlar büyük oranda organize yapılar üzerindeki hâkimiyet teorisinin kriterlerinin kendi içerisindeki eksikleri, yanlışları ve çelişkileri üzerine serdedilmişti. Bundan sonra ise dolaylı failliğin gerekçelendirilmesinde başvuru kriterler ve prensiplerin suç fiili üzerindeki hâkimiyet teorisinden ayrışıp müstakil bir gerekçe oluşturduğu noktalar gündeme taşınacaktır. Organize yapılar üzerinde kurulan hâkimiyetin dolaylı failliğin yeni bir görünüm şekli olduğu iddiasını ele almadan önce, dolaylı faillik kurumunun hukuki dayanak noktalarını ve gerekçelendirilmesini açıklamak faydalı olacaktır. Fiil üzerindeki hâkimiyet teorisini failin gerçek manada olayların gelişimi üzerindeki etkisine, katkısına ve hâkimiyetine bağlayan anlayışın eleştirildiği noktalar gündeme gelecektir. Nihayetinde ortaya konulacak temel tez şudur: Suç eylemi üzerindeki hâkimiyet teorisi çerçevesinde gerekçelendirilen faillik anlayışından neşet eden bu teori dolaylı failliği gerekçelendirmede farklı kriterler kullanıldığında geçerliliğini yitirebilir.

Alman Ceza Hukuku literatüründe ve mahkeme kararlarında yaygın olarak kabul edilen görüşe göre dolaylı failliği gerekçelendiren temel unsur arka plandaki kişinin suç fiili üzerinde irade hâkimiyetinden kaynaklanan fiil hâkimiyetinin olmasıdır. Organize yapılar söz konusu olduğunda ise arka plandaki kişi bu irade hâkimiyetini kurup yönettiği organize örgütsel yapı marifetiyle elde etmektedir. Bu kabulün eleştirildiği temel nokta şudur: Hataya düşürülen, cebir ve tehdit ile iradesi sakatlanan yahut yaş küçüklüğü veya akıl hastalığı gibi sebeplerle kusurluluğu bulunmayan kişi üzerinde irade hâkimiyetinin arka plandaki fail tarafından kurulabileceği üzerinde ittifak varken, tam sorumlu bir kişinin sırf

herhangi bir organize yapıya dâhil olduğu için iradesi üzerinde hâkimiyet kurulduğunu iddia etmek şahsi sorumluluk ve kişinin irade ve eylemlerinde bağımsızlığı prensiplerine aykırıdır. Şahsi sorumluluk prensibi şu şekilde anlaşılmalıdır: “Her kişi sadece kendi davranışlarından sorumludur ve asla özgürce hareket eden diğerlerinin davranışlarından sorumlu değildir”.⁸⁰ Nihai düzeyde şahsi sorumluluk ilkesi, bir fiilin öncelikle tam sorumlu doğrudan faile isnad edilebilmesi halinde arka plandaki başka bir kişinin fiili olarak değerlendirilmesine yönelik bir yasak olarak işlev görür.

Faillik tanımı yaparken fiil hâkimiyeti kavramının özel bir formu olan irade hâkimiyeti unsurunu somut olaydaki nedensel süreçler üzerindeki fiili belirleyici güç ve etkinin sahibi üzerinden okursak⁸¹ şu hataya düşebiliriz. Organize bir yapı vasıtasıyla kast ettiği bir suç neticesinin gerçekleşmesini sağlayan kişi suç tipinin gerçekleşmesinde çoğu zaman azmettirenenden hatta doğrudan failden bile daha etkili bir irade hâkimiyeti, bu vesileyle de fiil hâkimiyetine sahip olabilir.⁸² Bu bakımdan fiil hâkimiyetinin özel bir görünüş şekli olarak kabul edilen iradi hâkimiyet kavramını fiili durumdan yola çıkarak değil normatif açıdan ele almak gerekmektedir.

Dolaylı failliği gerekçelendirirken dikkate alınması gereken somut gerçeklikten en önemlisi doğrudan suç fiilini gerçekleştiren esas failin iradi yönden tam bağımsız olmaması halidir. Kendi davranışlarını hukuk normları çerçevesinde değerlendirebilecek ve hukuken meşru görülen alan içerisinde sergileyebilecek imkân ve kabiliyete sahip olmayan, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, hataya düşme hali yahut cebir ve tehdit altında olması hasebiyle iradesi sakatlanmış ve bağımsız davranabilme imkânını yitirmiş bulunan kişinin bu halinden istifade eden ve sakatlanan bu iradeyi kendi şahsi plan ve kastına göre

⁸⁰ Otto, AT, § 6 No. 49; Schumann, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, s. 6, 42; Walther, Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung, s. 80; Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff, s. 73.

⁸¹ Roxin irade hâkimiyeti kavramını fiil hâkimiyeti olarak yorumlamaktadır: Roxin, Festschrift für Friedrich- Christian Schroeder, s. 398.

⁸² Greco, ZIS 2011, s. 11 vd.

yönlendirip suç işleme yönünde sevk eden arka plandaki şahsa dolaylı fail demektedir. Bu durumların ortak noktası ise fiili doğrudan gerçekleştiren kişinin iradi ve eylemsel bağımsızlık hali zarar gördüğü yahut önemli ölçüde sınırlandığı için iradesini serbestçe yönlendirme imkânına sahip olmamasıdır. Bir kişi başka bir bireyin iradesini ancak o birey bunu kendisi yapabilecek durumda değilse, yani kendini kontrol edemiyorsa hâkimiyeti altında tutabilir.⁸³ Dolaylı faillikte arka plandaki kişinin faillik statüsünü kazanabilmesi için ön plandaki doğrudan failin özerkliğinin hilafına onu önemli ölçüde sınırlandıran bir irade ortaya koyması gerekir. Tersten okuma yapacak olursak ön plandaki esas failin hareketinde özerk ve iradesinde bağımsız olması arka plandaki herhangi bir kişinin fiil üzerinde hâkimiyet kurmasına mâni olacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken husus sadece doğrudan failin iradi yönden bağımsızlığının sınırlandırılmış olması değil, bu eksiklikten ötürü arka plandaki kişinin esas failin fiili üzerinde hâkim pozisyona geçmesi hali dolaylı failliği gerekçelendirmektedir. Kişinin iradesinin bağımsızlığı var yahut yok şeklinde değil dereceli bir sınıflandırılmaya tabi tutulmalıdır. Bu derecelendirme ve değerlendirme pek tabi bu iradeyi sınırlandıran, onu baskılayan hatta ona hâkim pozisyona bürünen bir başka üst konumlu irade göz önüne alınarak yapılmalıdır. Dolayısıyla dolaylı faillikte arka plandaki kişinin fiil hâkimiyeti ile ön plandaki esas failin iradesindeki bağımsızlığın birlikte ve karşılıklı değerlendirilmesi gerekir. Bu şekilde ortaya konulmaktadır ki, sadece ve sadece doğrudan fiili icra eden kişi kendi iradesini yönlendirme yeteneğinden mahrum ise veya bu hale getirilmiş ise o kişinin fiili, hâkim iradeden kaynaklı olarak yönetilebilir, yönlendirilebilir.

Organize bir yapının işleyişi esnasında doğrudan failin fiilinin arka plandaki kişinin iradesinden bir şekilde az ya da çok etkilendiği doğrudur. Lakin bu etkilenme şahsi sorumluluğu ve iradesindeki bağımsızlığı etkileyecek seviyede değildir. Emri veren taraf, ikame edilebilen kişiler topluluğu üzerindeki kontrolü sayesinde suç

⁸³ Welzel, SJZ 1947, s. 650; Otto, Jura 2001, s. 756 vd.; Jescheck/Weigend, AT § 62 II 8; Murmann, GA 1996, s. 275 vd.; Kutzner, Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter und der Typus der mittelbaren Täterschaft, s. 250; Zaczyk, GA 2006, s. 413.

neticesinin gerçekleşmesini ağırlıklı olarak kontrol edebilse de bu ona suç fiili üzerinde kontrol yerine suçun başarısı, neticenin gerçekleşme ihtimali üzerinde görece bir kontrol kurmayı sağlar ve bu da faillik statüsünü kanıtlamak için yeterli veri sayılamaz. Organize yapı üyelerinin ikame edilebilirliği ve sıkı hiyerarşik yapı arka plandaki kişi için suç neticesinin gerçekleşme ihtimalini kuvvetlendirme görevi yapabilir. Bu gerçekliğe rağmen söz konusu teori neticenin gerçekleşmesi için emniyet sağlayan unsura, yani organize yapının kurulup yönetilmesine, yanlış bir şekilde failin fiiline doğrudan hükmetme kabiliyeti tanımıştır.

Lakin cebir tehdit yahut hata gibi esas failin iradesi üzerinde doğrudan tesir etmeyen bu tip psikolojik yahut fiziki unsurlar kararlarında ve davranışlarında muhtariyet sahibi olduğu kabulünü taşıdığımız insani kullanışlı bir araç statüsüne indirgememize izin vermemelidir. Sırf bir organize yapıya üye olduğu için suç işleme yönünde emir ve talimat alan kişinin iradesindeki muhtariyette bu bakımdan bir eksiklikten bahsedilemez. Sıkı hiyerarşik örgütlenmelere sahip yapılar muhakkak kişinin özgür iradesi üzerinde birtakım etkilerde bulunurlar, lakin sosyal hayatta yaşamak, diğer insanlarla çeşitli ünsiyetler geliştirme noktasında birçok fiziki veya fikri düzlemdeki bağılıklar kişinin kişiliğinin, karakterinin ve yaşam tarzının bir parçası olarak değerlendirilmelidir. Dernek, vakıf, spor kulübü üyeliği, askerlik vazifesi, devlet memurluğu, şirket personeli olma yahut herhangi bir aileye mensup olma gibi günlük hayatta karşımıza çıkan birçok sosyal birliktelikler kendi dinamikleri içerisinde hiyerarşik bir örgütlenme arz edebilirler. Emir talimat veren ve bu talimatları icra etme pozisyonunda olan kişiler birlikteliğin hukuki statüsüne bakılmaksızın sosyal hayatın her katmanında ortaya çıkabilir. Bu yapılar eliyle suç işleme ihtimalleri ortaya çıktığında ise emir talimat veren arka plandaki kişi ile suçun icrasını kendi elleriyle gerçekleştiren doğrudan fail arasındaki ilişki de ilkesel olarak iştirak hukukuna ilişkin temel kaideler üzerinden değerlendirilmelidir. Her ne kadar failin iradesi üzerinde mensup olduğu yapı bir etki de bulunmuş olsa da her bir birey belirli bir suç tipini gerçekleştirme anlamında hareket etme kararında hala özgür ve bağımsızdır. Hukuka aykırı emir ve talimatı alan herkes bu emri ifadan kaçınma hakkına irade hürriyeti ve hukuk

devletine sadakat yükümlülüğü zaviyesinden sahiptir. Pek tabi bazı özel durumlar için fail ile mağdur arasındaki ilişkinin normatif olarak tanımlanması ve o noktadan bir dolaylı faillik gerekçelendirilmesi yapılması aşağıdaki satırlarda görüleceği üzere imkân dâhilindedir.

IV. ORGANİZE YAPILAR MARİFETİYLE İŞLENEN SUÇLARDA ARKA PLANDAKİ KİŞİNİN STATÜSÜNE İLİŞKİN YAKLAŞIMLAR

A. Arka Plandaki Kişiyi Azmettiren Olarak Kabul Eden Yaklaşım

Literatürde dikkat çeken bir diğer görüş ise bir organize yapıya hükmetme marifetiyle astlarına emir vererek suç işlenmesini temin eden kişinin doğrudan failin işlediği suçtan dolayı azmettiren olarak cezalandırılması gerektiğidir.⁸⁴ Bu görüşler genelde faillik kavramına yükledikleri anlam, şahsi sorumluluk prensibine yaptıkları vurgu ve organize yapılar üzerinde hâkimiyet yoluyla dolaylı faillik kabulünü eksik yahut yanlış bulmaları bakımından öne çıkmaktadırlar. Her ne kadar kanunda azmettirme için belirli bir tanım yapılmamış olsa da azmettirme bir başka kişide kasıtlı ve hukuka aykırı bir fiil gerçekleştirme fikrinin oluşmasını sağlamaktır şeklinde tanımlanabilir.⁸⁵ Bu meyanda suçun işlenmesi için örgütsel bir güç yapısı bünyesinde suç işlemesi için yönlendirilip teşvik edilen kişiler genel kurallar çerçevesinde azmettirilen olarak değerlendirilmelidir. Suçu doğrudan işleyen failin anlamı ve fonksiyonu organize yapıyı kurup kontrol altında tutan kimse için suç işlemeye teşvik edilen dolayısıyla azmettirilen olarak kabul edilen kişiden farklı değildir.⁸⁶ Azmettirme kurumunda mündemiç bulunan dikey ilişki biçimi, yani olay örgüsü ve gelişiminin yukarıdan aşağıya, tetikleyiciden tetiklenene doğru

⁸⁴ Herzberg, in: Amelung, s. 33, 47 vd.; Herzberg, ZIS 2009, s. 576 vd.; zincirleme azmettiren tabiri için bkz.: Rotsch, ZStW 112 (2000), s. 561 vd.; Rotsch, NStZ 2005, s. 13 vd.; Köhler, AT, s. 510 vd.; Renzikowski bu görüşünü otonomi prensibi ile açıklamaktadır: Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff, s. 87 vd.; Zaczyk, GA 2006, s. 414.

⁸⁵ Tanım için TCK 38. madde gerekçesine bakınız.

⁸⁶ Herzberg, in: Amelung, s. 47 vd.; karşıt görüş için bkz.: Spendel, FS für Lange, s. 164.

seyretmesi bu tip organize yapılar marifetiyle işlenen suçlardaki ilişki biçimine çok daha uygun düşmektedir.

İştirak müesseselerine ilişkin doktrindeki gelişmeleri kronolojik ve içeriksel olarak analiz eden *Hruschka*, dolaylı failliği organize yapılar üzerindeki hâkimiyet yoluyla gerçekleşen suçlarda arka plandaki kişi için kabul eden görüşlerin 18. yüzyılda *Pufendorf* tarafından sistematize edilen ikili iştirak sistemine dayandığını vurgulamaktadır. Buna göre suça katılanlar eser sahibi (*Urheber*) ve yardım eden (*Gehilfe*) olarak ayrılmaktaydı. Eser sahibi kavramı “fiziksel ve entelektüel” olarak ikiye ayrılmış, ikincisi yaygın kanaate göre azmettiren olarak görülmüştür ve bir başka kişinin iradesini kasıtlı olarak suç işlemeye yönlendirme olarak tanımlanmıştır.⁸⁷ O dönemdeki ikili ayırım açısından kabul edilebilir olan teori, şu an yürürlükte olan 3 dereceli iştirak öğretisine göre ise -bir başka kişiyi suç işlemeye kasıtlı olarak yönlendiren kişi azmettiren olarak değerlendirildiği için- geçersizdir.

Azmettirmeyi bir başkasında kasıtlı ve hukuka aykırı bir fiil icra etme düşüncesi oluşturmak olarak tanımladığımızda, organize yapılar marifetiyle astlarına suç işleme emri veren ve bu güç aygıtı yardımıyla suç neticesinin gerçekleşmesini emniyet altına alan kişinin hareketi eğer kendisinin emir ve talimatı hukuki manada bir cebir, tehdit yahut aldatma içermiyor ve doğrudan failin iradesini önemli ölçüde sakatlamıyorsa ve kendisinin şahsi sorumluluğuna zeval getirmiyorsa sadece azmettirme olarak değerlendirilebilir.

Arka plandaki kişinin emir ve talimatları ve kendi kararlarını dayatmasından yola çıkarak fiilin işlenip işlenmeyeceğine karar veren merciinin kendisi olduğu vurgusu ile bu durumun dolaylı failliği gerekçelendireceğini iddia etmek doğru değildir. Çünkü arka plandaki kişi suç neticesinin gerçekleştirilmesine ilişkin kararı veren kişi olsa dahi, belirli olan o suç tipinin diğer maddi unsurları olan fail ve fiili üzerinde hâkimiyet kurmuş değildir. Vermiş olduğu karar suç tipinin bu unsurlarını ihata etmemektedir. Neticenin gerçekleşmesini bir vesile ile sağlayabiliyor olmak yahut neticeyi garanti altına alacak

⁸⁷ Feuerbach, Lehrbuch, § 44 s. 50 vd.; Hruschka ZStW 110 (1998), s. 595; Haas, ZStW 119 (2007), s. 538.

düzenlemeleri yapmış olmak somut olayın faili ve oluş biçimini üzerinde iradi ve eylemsel bir hâkimiyet kurulduğunu ispatlamaya yetmeyecektir. Bu sebepten arka plandaki kişinin tam sorumlu olan doğrudan failin işlediği fiil üzerinde değil suç neticesinin gerçekleşmesi üzerinde bir hâkimiyetinden bahsedilebilir. Gerçekleşen suç neticesinden verdiği emir sebebiyle merkezi sorumluluğu devam etmektedir lakin güç aparatını kurup yönettiği için kendisine somut olayın akışı üzerinde üstün bir irade hâkimiyeti tanımak gerçekle bağdaşmamaktadır.

Bununla birlikte bahsettiğimiz olayların birçoğunda özellikle askeri hiyerarşi içerisinde devlet otoritesinin kendisi genel hukuk normları dışında hareket etmektedir. Bu durumda emir ve talimat alan kişi sığınabileceği bir hukuk sistemi olmadığı için aynı zamanda fiili olarak cebir ve tehdit altında sayılabilir. Bu sebepten söz konusu olaylarda bir başka özgür kişide suç işleme kararı uyandırmak olarak tanımlanan azmettirme fiilinden daha kapsamlı olarak doğrudan failin iradesi üzerinde çok daha etkin ve belirleyici bir güçten bahsedebiliriz. Organizasyonu yöneten kişinin davranışı ile sıradan bir azmettiricinin davranışı mukayese edilemez.⁸⁸ Dolayısıyla bu vakıaların hem doğrudan fail hem de arka plandaki kişi açısından azmettirme müessesesinden çok daha farklı bir boyutu olduğunu kabul etmek gerekir.

B. Arka Plandaki Kişiyi Müsterek Fail Olarak Kabul Eden Yaklaşım

Birden fazla kişinin birlikte suç işleme kararı alıp, suçun kanuni tanımındaki fiili birlikte gerçekleştirdikleri durumda müsterek faillikten bahsedilmektedir.⁸⁹ Öğretide birçok yazar arka plandaki kişi ile fiili doğrudan işleyen kişiyi, organizasyona egemenlik durumunda iş birliği yaptıklarından ötürü birlikte fail olarak nitelendirmektedir.⁹⁰

⁸⁸ Ambos, AT des Volkerstrafrechts, s. 593.

⁸⁹ Koca-Üzülmez, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 422.

⁹⁰ Jakobs, AT, 21/103; Otto, Grundkurs Strafrecht, § 21 no. 92; Otto, Jura 2001, s. 753 vd.; Haas, ZStW 119 (2007), s. 542 vd.; Jescheck/Weigend, AT, § 62 II 8; Lampe, ZStW 119 (2007), s. 508 vd.

Organize bir otoriter yapı bünyesinde doğrudan fiili icra eden kişi ile hiyerarşik olarak onun üzerinde bulunan emir vericiler arasında ortak suç işleme kararı bulunduğu tezi bu görüşü savunanlarca iddia edilmektedir. Bir suçu işlemeye yönelik ortak bir karardan bahsedebilmek için, emri verenin talimatları doğrultusunda belirli bir fiilin veya aynı türden birkaç fiilin gerçekleştirileceğinin emir veren arka plandaki kişi ve doğrudan doğruya fiili gerçekleştiren fail tarafından bilinmesi yeterlidir.⁹¹ Bu durumun iki görünüm şekli vardır. İlk durumda kendisine üstü konumundaki kişi tarafından eksik suç planı intikal eden kişi planı tamamlamakta ve suç işlenişine ilişkin fiile yaptığı katkı dolayısıyla hiyerarşik amirinin planına ortak hale gelmektedir. Müşterek faillikte faillerin diğer failin davranışını tüm ayrıntıları ile bilmesine gerek olmadığı için, bu tip bir fiili davranışlarla ortaya çıkan zımnî mutabakat suç planına ilişkin ortak karar ve icra aşamasındaki birliktelik şartlarını sağlamaktadır. İkinci durumda ise tam ve eksiksiz olan emri alan doğrudan fail buna tam uygun bir icra faaliyeti gerçekleştirmektedir. Bu durumda ise bu kişi organize bir yapıya dahil olması, o yapının amacına hizmet ettiğinin farkında olması ve fiili gerçekleştirmeye yönelik talimata uygun hareket etmesi sebepleriyle soyut suç işlemeye hazır olma halinden sıyrılıp, somut olarak bir fiil emri veren arka plandaki kişinin suç işleme kararına eşlik etmek ve suç fiilini doğrudan doğruya gerçekleştirmek suretiyle müşterek fail statüsüne geçiş yapmıştır.⁹² Tam ve şahsi sorumlu olarak aldığı emri yerine getiren bir kimsenin iradesine hükmedildiğinden bahsedilemeyeceği için bu kişi suç fiilini icra suretiyle arka plandaki tasarlayıcının planına ortak olmuş müşterek fail statüsü kazanmıştır.⁹³ Birlikte failler arasında kişisel ve direk bir bağlantı bulunmadan, organize yapı mensubiyeti ve kararların ifasında iştirak etmeleri durumu dikkate alınarak kişilerin her ikisi de birlikte fail olarak sınıflandırılabilirler.

Bu kabule dayanak olarak öne sürülen bir diğer görüş ise faillik iradesiyle hareket etmiş olmak koşuluyla henüz suçun icra hareketleri başlamadan hazırlık aşamasında gerçekleştirilen bir katkının da birlikte

⁹¹ Jescheck/Weigend, AT, § 62 II 8.

⁹² Jakobs, AT, 21/103.

⁹³ Otto, Grundkurs Strafrecht, § 21 No. 92; Jakobs, NStZ 1995, s. 27.

failliğin kabulü için yeterli olduğudur.⁹⁴ Organize bir yapı içerisinde arka plandaki kişinin suçu işlemeye yol açan organize yapıyı hazır tutması hâksiz neticenin gerçekleşmesi bakımından önemlidir ve bu sebeple “fiili birlikte işleme” olarak değerlendirilmelidir.

Bu noktadaki tartışma ortak suç işleme kararından ne anlaşılması gerektiği üzerinde yoğunlaşmaktadır. Öğretide bizimde katıldığımız bir görüş böyle bir kararın varlığının kabul edilebilmesi için, eşit derecedeki kişiler arasında işbölümüne dayalı ve fiilin icrası sırasında mevcut bulunan bir anlaşmayı şart koşarken⁹⁵, diğer görüş organize yapıya dâhil olmak suretiyle soyut olarak suç işlemeye hazır olma halindeki kişinin verilen emri yerine getirerek arka plandaki kişinin suç işleme kararıyla örtüşen ve somut bir eyleme dönüşen suç işleme kararına dâhil olma halini yeterli görmektedir.⁹⁶ Birlikte failliği savunan yazarlar ortak karar alınması için kararın oluşumunda tarafların eşit güç ve konumda bulunmasını değil verilen talimatı ve anlamını bilip bu bilince uygun bir istençle eylemi gerçekleştirmenin karara iştirak için yeterli olduğunu belirtmektedirler. Bu görüşü savunanlarca emir verenin talimatlarına uygun olarak suç fiilini gerçekleştirdiğinin bilincinde olan kişinin ortak suç işleme kararından bahsetmek mümkündür.⁹⁷

İştirak ettiğimiz görüşe göre ise hukuken eşit statülerde bulunmayan, astlık üstlük ilişkisi içerisinde bulunan kişiler arasında gerçekleşen emir talimat biçimindeki bağlantılar ortak karar olarak adlandırılmaz.⁹⁸ İstek ve iradesini üzerinde mutabık kalınan konuda serbestçe ifade edip, gerçekleşecek fiile yansıtmı becerinden mahrum olan bir kişinin ortak verilmiş bir kararın paydaşı olması düşünülemez. Ayrıca müşterek failliğin diğer unsuru olan suçun birlikte icrası kriteri de söz konusu olaylarda gerçekleşmemiştir. Zira talimat veren kişi suç fiilinin icra hareketlerine dâhil olmamıştır. Çoğu durumda eylemin gerçekleştiği yer ve zamandan dahi habersizdir. Hazırlık aşamasında suç tipinin gerçekleşmesi adına sunduğu katkı ise sadece planlamadır,

⁹⁴ Jecheck/Weigend, AT, § 63 III 1; Roxin, AT II, § 25 No. 92.

⁹⁵ Kuhl, AT, § 20 No. 99; Seher, JuS 2009, s. 304 vd.

⁹⁶ Otto, Jura 2001, s. 758; Otto, Grundkurs Strafrecht, § 21 IV 3 d.; Jakobs, AT, 21/103.

⁹⁷ Jescheck/Weigend, AT, § 62 II 8.

⁹⁸ Roxin, AT II, § 25 No. 121; Roxin, ZIS 2006, s. 293.

ortak bir icra gerçekleşmemiştir. Müşterek faillik için belirleyici olan iş bölümü unsuru ise talimatlarının gerçekleşmesi için tüm işleyişi altlarına yükleyen bir organizasyon yöneticisi söz konusu olduğunda mevzu bahis olmayacaktır.

III. FAİL İLE MAĞDUR ARASINDAKİ TANINMA İLİŞKİSİNİN ZEDELENMESİ

Faillik ve dolaylı faillik müesseselerini gerekçelendirirken fiili hâkimiyet teorisinden ayrışıp, haksızlık teorilerinden biri olarak literatürde kabul edilen ve haksızlığı özgür bireyler arası davranış normlarının ihlali sebebiyle hukuki ilişkilerin zarar görmesi üzerinden okuyan anlayışı kabul edecek olursak, organize yapılar üzerinde hâkimiyet yoluyla dolaylı faillik kurumunu sağlıklı bir şekilde gerekçelendirebiliriz. Kökenlerini Alman filozoflar *Kant* ve *Fichte*'nin bireysel otonomi anlayışından alan haksızlık teorisine göre kısaca ceza hukuku soyut hukuki değerlerin yani sıra, bu hukuki değerlerin taşıyıcısı olan bireylerin kişisel haklarını, bireylerin bağımsız olarak hareket edebilecekleri bu hak alanlarına muhatap kimselerden gelebilecek mütecaviz davranışlardan korumakla görevlidir. Bir başka deyişle haksızlık teşkil eden suç sübjektif hakların zarara uğratılması olarak tanımlanmaktadır.⁹⁹ Bahse konu haksızlık öğretisinde kişiler arası hukuki ilişkinin maddi özü ön plana çıkarılmakta ve ceza hukuku bakımından haksızlık kavramı kişiler arası hukuki ilişkide gerekli olan karşılıklı birliğin ve tanınma ilişkisinin fail tarafından yadsınması olarak kabul edilmektedir.¹⁰⁰ Fail, suç eylemini gerçekleştirerek kategorik buyruğun belirlediği davranış normlarını ihlal eder ve bu şekilde mağdur ile aralarında var olan eşitliğe dayalı tanınma ilişkisini bozarak onun özerk hak sahasını ihlal eder.

Özgür bireylerin bir arada yaşamasını düzenleyen ve mümkün kılan bir yapı olarak pozitif hukukun işlevi, geniş ölçekte toplumsal düzende tüm bireylerin özerk alanlarını korumaktır. Tüm öznelerin kısmen çatışan ve kısmen uyumlu pratik davranışları arasındaki denge pozitif hukuk düzeninin yardımıyla korunur. Hukuk düzeni özgür bireylerin aralarındaki hukuki ilişkileri ve statülerini düzenlenmesi anlamına gelir. İradi ve eylemsel açıdan özerk ve özgür bireylerin

⁹⁹ Greco, Feuerbach, s. 56 vd.

¹⁰⁰ Rath, Zur Unerheblichkeit, s. 32.

varlığının tanınması hukuk devleti ilkesinin temel kabulüdür. Bu bağlamda devletin ve pozitif ceza hukukunun temeli, kasıtlı veya taksirli suçlar şeklinde görülebilen bu kişisel alanlara yönelik mütecaviz davranışları önlemeye yönelik olmalıdır.

Bu temeldeki haksızlık anlayışına göre hukuki ilişkiler birden çok bireyin arasında tesis edilir ve üçlü bir yapı arz eder. Hak sahibi, üzerinde hak tesis edilen konu ve bu hakkın sahibine tanınan özerk alanı ihlal etmemekle yükümlü olan muhatap kişiler.¹⁰¹ Anayasa ve toplumsal normlarla kişilere tanınan hakların sınırlarının bir başka kişinin davranışı ile ihlal edilmesi durumunda ceza hukuku bakımından bir haksızlıktan ve dolayısıyla suçtan bahsetmek mümkündür. Ceza hukuku soyut normlarla ifade edilen hukuki değerlerin yanında toplumu oluşturan bireylerin her birinin özerk ve özgür olarak davranabildikleri somut hak alanlarını korumalı ve bu alanlara yönelik ihlalleri cezalandırmalıdır. Başka bir deyişle bu hak alanlarını korumak üzere tahsis edilen davranış normlarının ihlal edilmesi ceza hukukunun devreye girmesini gerektirmektedir. Suç fiili ise bir hukuki değerden neşet eden somut bir kişisel hak alanını ihlal eden bir başka kişinin mütecaviz davranışına denir. Suç, özgür bir kişi olarak mağdurun özerk alanının fail tarafından yadsınması ve ihlal edilmesi ve karşılıklı hukuki tanıma ilişkisinin kopması anlamına gelir.¹⁰² Fail mağdur ile kurmuş olduğu fiili münasebet dolayısıyla, yani mağdura tahsis edilen ve içerisinde özerk olarak hareket edebileceği hak sahasına müdahale etmek suretiyle aralarındaki hukuki ilişkiyi koparır. Bu hukuki ilişki içeriği ve kapsamı açısından yazılı hukuk metinleri ve toplumsal normlar tarafından belirlenir.

Yukarıda kısaca değinilen haksızlık teorisinin yardımı ile faillik kavramını nedensel süreçler üzerindeki fiili hâkimiyete indirgemek yerine, fail ile mağdur arasındaki normatif ilişkinin zarara uğratılması ve haksızlığı da mağdurun özerk alanına müdahale edilmesi nedeniyle fail ile mağdur arasındaki yasal olarak tanınan ilişkilerden doğan sorumluluğun ihlali şeklinde tanımladığımızda, organize bir yapı

¹⁰¹ Renzikowski, GA 2007, s. 566 vd.; Haas, Kausalität und Rechtsverletzung, s. 58 vd.

¹⁰² E. A Wolff, in: Hassamer, s. 211 vd.; karşıt görüş için bkz.: Roxin/Greco, AT I, § 2 No. 125 m vd.

marifetiyle gerçekleşen suçlarda dolaylı faillik müessesesini hukuken gerekçelendirebiliriz. Eğer arka plandaki kişiden mağdurla olan hukuki ilişkisi temelinde özel yükümlülükler talep edilebiliyor ve esas faile verdiği emir ve talimat bu ilişkiden doğan sorumluluğun ihlali şeklinde tanımlanabiliyorsa, bu kişinin mağdurun hak sahasına doğrudan müdahale ettiğinden ve dolayısıyla dolaylı faillik statüsünden bahsedilebilir.¹⁰³

Bu ilişki, ilgili yasal ilişkilerin özelliklerine bağlı olarak farklı şekillerde ihlal edilebilir. Örneğin dar anlamda devlet yöneticilerinin geniş anlamda ise devlet hiyerarşisi içerisinde bulunan tüm emir sahiplerinin vatandaşlar ile arasında anayasa ve kanunlardan kaynaklanan ve karşılıklı hak ve sorumlulukları taşıyan hukuki münasebetleri mevcuttur. Bu ilişki iki tarafa da belirli davranış normlarına uygun hareket etme yükümlüğü getirmektedir. Eğer bu davranış normları devlet aygıtını yönetenler tarafından ihlal edilir ve bireylerin özgürlük alanına kanunsuz bir şekilde müdahale edilirse bu müdahaleyi yapanlar vatandaşlar ile arasındaki hukuki ilişkiden kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal ettikleri için doğrudan failin gerçekleştirdiği fiilin dolaylı faili olarak değerlendirilebilirler. Suç örgütleri yahut ticari şirketler gibi organize yapılarda ise ticari işletmelerin yönetim organlarının veya suç örgütlerinin çete liderlerinin mağdurlara karşı aralarındaki hukuki ilişkiden kaynaklanan benzer bir yükümlülükleri prensip olarak mevcut değildir. Hukuki ilişkilerinde karşılıklı tanınmış hak alanları mevzu bahis olmadığı için taraflara özel bir davranış yükümlülüğünden bahsedilemez. Bu tip yapılarda organizasyondan sorumlu olanların garantör konumu organizasyonel risklerden kaynaklanır ve bu risklerden doğan hukuki ilişkilerin zarara uğraması durumlarıyla sınırlıdır. Ne şirket yöneticisi şirket personelinin müşterilerine karşı işlediği suçlara ilişkin ne de suç örgütü lideri örgüt üyelerinin işlediği suçlardan ötürü özel bir önleme yükümlülüğü olmadığı müddetçe dolaylı fail olarak cezalandırılmaz. Zira bahsi geçen kişiler arasında böylesi bir suç eylemine ilişkin özel önleme yükümlülüğü ilişkisi mevcut değildir. Ancak şirketin faaliyet alanı, olası riskler nedeniyle üçüncü bir kişiye, yani mağdura karşı bu tür

¹⁰³ Murmann, GA 1996, s. 278, 281.

görevlerin üstlenilmesini gerektiriyorsa, yöneticinin dolaylı failliği ihtimali müstakil olarak incelenip tespit edilebilir.¹⁰⁴

Bu çerçevede fiili hâkimiyet teorisine başvurmadan ve haksızlık kavramını kişiler arası tanınan hukuki ilişkilerin zedelenmesi ve mağdurun otonom şekilde hareket edebileceği hak sahasının fail tarafından mağdurla arasındaki hukuki ilişkisinden kaynaklı yükümlülüklerine aykırı bir şekilde yadsınması olarak tanımladığımızda organize yapılar yoluyla dolaylı faillik kurumunu tutarlı bir şekilde gerekçelendirip, uygulama sahasını da belirlemiş olmaktadır.

SONUÇ

Organize güç ilişkisine dayalı bir yapı içerisinde arka plandaki kişinin, tam sorumlu olan doğrudan failin işlediği fiile egemen olduğu savının hukuki dayanaktan yoksun olduğu ortaya konulmuş oldu. Şahsi sorumluluk prensibi ve özgür bireylerin davranışlarındaki muhtariyeti karinesi bu teorinin felsefi dayanaktan mahrum, pragmatik ve çözüm odaklı bir yaklaşım olduğu fikrini güçlendirdi. Doğrudan failin iradesi üzerinde hâkimiyet sağlamak için bu kişinin iradi yönden bir eksiklik taşıması ve onun bu durumunu dolaylı failin istismar etmesi durumu bahse konu olaylarda mevcut değildir. Söz konusu tezi gerekçelendirmek için kabul edilen organize yapılar üzerinde hâkimiyet yoluyla fiili hâkimiyet teorisinin belirli ön koşullara bağlı olan hukuksal bir faillik kurumun normatif yapısını oluşturmaktan ziyade dolaylı failliğin tespiti için belirleyici kriterleri oluşturmaya çalıştığı görülmüştür. Fakat faillik kavramının hukuk tekniği bakımından normatif içeriği belirlenirken organize yapılar üzerinde kurulan hâkimiyet ile esas failin fiili arasında kurulan ilişki yeterli açıklıkta kurulamamış, gerekçelendirilmemiştir.¹⁰⁵ Bununla beraber sıkı hiyerarşik ilişkilerin mevcut olduğu, emir altında birçok kişinin bulunduğu ve bu sayede neticenin gerçekleşmesinin organize yapıyı kontrol altında tutan kişi için görece kolaylaştığı örgütlü yapılarda, arka plandaki kişilerin gerçekleştirdiği haksızlığın herhangi bir azmettirenin

¹⁰⁴ Murmann, GA 1996, s. 280 vd.

¹⁰⁵ Zira bu gerekçelendirmeyi yapmak için geniş bir literatür oluşmuştur: Bottke, Gestaltungsherrschaft, s. 64; Schild, Täterschaft, s. 24; Hoyer, SK-StGB, § 25 No. 92; Murmann, GA 1996, s. 269 vd.

gerçekleştirdiği haksızlıktan nitelik ve niceliksel açıdan daha farklı ve ağır olduğu kabul edilmelidir.

Makalemizde arka plandaki kişinin organize yapıya hâkimiyeti nedeniyle doğrudan failin gerçekleştirdiği suç neticesinden dolayı fail olarak sorumlu tutulabilmesi için haksızlık teorilerinden yardım alınabileceği fikri önerilmiştir. Ceza hukuku bakımından haksızlık kavramını fail ile mağdur arasındaki yasal olarak tanınan hukuki ilişkilerden doğan sorumluluğun ihlali şeklinde tanımladığımızda, organize bir yapı marifetiyle gerçekleşen suçlarda dolaylı faillik müessesesini şu durumlarda gerekçelendirebileceğimiz kabul edilmiştir: Eğer arka plandaki kişiden mağdurla olan hukuki ilişkisi temelinde özel yükümlülükler talep edilebiliyor ve arka plandaki bu kişinin esas faile verdiği emir ve talimat bu ilişkiden doğan sorumluluğun ihlali anlamına geliyorsa, bu kişinin mağdurun hak sahasına doğrudan müdahale ettiğinden, bu şekilde mağdur kişinin irade ve eylemlerindeki özerklik statüsüne zarar verdiğinden ve dolayısıyla dolaylı faillik statüsünden bahsedilebilir. Bu yorum ile hem organize yapılar yoluyla işlenen suçlarda dolaylı faillik kurumu tutarlı bir şekilde gerekçelendirilmiş hem de uygulama alanının sınırları belirlenmiş olmaktadır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Peer-Review: Externes Peer-Review-Verfahren.

Interessenkonflikt: Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

Finanzielle Unterstützung: Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

ZUSAMMENFASSUNG

Dieser Artikel befasste sich mit der strafrechtlichen Verantwortung desjenigen, der die Herrschaft über organisierte Strukturen innehat, für den Erfolg der vom Täter begangenen Straftat, der, obwohl er diesen Strukturen angehört, die Tat unmittelbar ausführt, und mit der strafrechtstheoretischen und -philosophischen Begründung der möglichen strafrechtlichen Verantwortung. Die Theorie der Willensherrschaft durch Organisationsherrschaft, die als Sonderform der eigentlichen Tatherrschaft akzeptiert wird, die in der Rechtfertigung der Bestrafung desjenigen, der als mittelbarer Täter durch hierarchische und organisierte Strukturen für die Begehung einer Straftat sorgt, weit verbreitet ist, wurde kritisch beleuchtet.

Das Grundprinzip der Eigenverantwortung und die Annahme der Autonomie freier Individuen in ihrem Verhalten bestärkten den Gedanken, dass es sich bei dieser Theorie um einen pragmatischen und lösungsorientierten Ansatz handelt, der keine hinreichend befestigte philosophische Grundlage hat. Um den Willen des unmittelbaren Täters zu beherrschen, muss dieser einen Willensmangel aufweisen, und der mittelbare Täter muss diese Situation ausnutzen. Es wurde festgestellt, dass die Theorie der Organisationsherrschaft versucht, die maßgeblichen Kriterien für die Feststellung mittelbarer Täterschaft zu bestimmen, anstatt die normative Struktur eines Rechtsinstituts der mittelbaren Täterschaft zu etablieren, die bestimmten Voraussetzungen unterworfen sind.

Es muss jedoch akzeptiert werden, dass in organisierten Strukturen, in denen es strenge hierarchische Beziehungen gibt, in denen viele Menschen Befehlen unterworfen sind und somit die Verwirklichung des Erfolgs für die Person, die die organisierte Struktur kontrolliert, relativ einfach ist, dass das Unrecht, das von den Menschen im Hintergrund begangen wird, qualitativ und quantitativ anders und schwerwiegender ist als das Unrecht, das von irgendeinem Anstifter begangen wird. Deshalb ist näher zu untersuchen, warum die von den Personen im Hintergrund begangene Straftat einen Grund für mittelbar Täterschaft darstellen kann.

Diesbezüglich wurde als alternativer Ansatz vorgeschlagen, dass die Unrechtstheorien zur Rechtfertigung und Begründung der mittelbaren Täterschaft in diesen Fällen herangezogen werden können. Wenn man bei der

Rechtfertigung der Täterschaft und mittelbaren Täterschaft von der allgemein anerkannten Tatherrschaftslehre abweicht und das in der Literatur als eine der Unrechtstheorien akzeptierte Verständnis akzeptiert, das das strafrechtliche Unrecht durch die Schädigung des Anerkennungsverhältnisses zwischen freien Individuen aufgrund der Verletzung von Verhaltensnormen liest, kann man die mittelbare Täterschaft durch Herrschaft über organisierte Strukturen sachgerecht begründen.

In dieser Unrechtslehre wird das materielle Wesen des Rechtsverhältnisses zwischen Personen hervorgehoben und der strafrechtliche Unrechtsbegriff als Leugnung der im Rechtsverhältnis zwischen Personen erforderlichen gegenseitigen Einheit und Anerkennungsbeziehung durch den Täter angenommen. Wenn man dieses Verständnis auf die Lehre der Täterschaft sowie mittelbarer Täterschaft überträgt, kann man den begrifflichen Inhalt dieser Rechtsinstitute sachgemäß erfassen. Wenn von der Person im Hintergrund aufgrund ihres Rechtsverhältnisses zum Opfer besondere Pflichten verlangt werden können und die Befehle und Weisungen dieser Person an den unmittelbaren Täter eine Verletzung der sich aus diesem Verhältnis ergebenden Pflichten bedeuten, kann gesagt werden, dass diese Person im Hintergrund unmittelbar in den Bereich der Rechte des Opfers eingreift und dadurch die Autonomie des Opfers in seinem Willen und Handeln beeinträchtigt, und somit kann von mittelbarer Täterschaft gesprochen werden. Mit dieser Auslegung wird sowohl das Institut der mittelbaren Täterschaft bei Straftaten, die durch organisierte Strukturen begangen werden, kohärent begründet als auch die Grenzen des Anwendungsbereichs festgelegt.

KISALTMALAR CETVELİ

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
Anm.	: Anmerkung
AT	: Allgemeiner Teil
Aufl.	: Auflage
Bd.	: Band
BGH	: Bundesgerichtshof
BGHSt	: Entscheidungen des BGH in Strafsachen
Bkz.	: Bakınız
CHKD	: Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi
DDR	: Deutsche Demokratische Republik
Dn.	: Dipnot
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
F.-C.	: Friedrich Christian
FS	: Festschrift
GA	: Goltdammer' Archiv für Strafrecht
HRRS	: Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht
Hrsg.	: Herausgeber
ICC	: International Criminal Court
ICTR	: International Criminal Tribunal for Rwanda
ICTY	: International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia
JCE	: Joint criminal Enterprise
JR	: Juristische Rundschau
Jura	: Juristische Ausbildung
JA	: Juristischer Arbeitsblätter
JuS	: Juristische Schulung

LK- StGB	: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch
m.	: madde
MK-StGB	: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
No.	: Numara
Nr.	: Nummer
NStZ	: Neue Zeitschrift für Strafrecht
para.	: paragraf
RGSt	: Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
s.	: sayfa
SJZ	: Süddeutsche Juristen-Zeitung
SK-StGB	: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch
StGB	: Strafgesetzbuch
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
UCM	: Uluslararası Ceza Mahkemesi
v.	: versus
vd.	: ve devamı
ZIS	: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZStR	: Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZStW	: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

KAYNAKÇA

- AMBOS, Kai: Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, Ansätze einer Dogmatisierung, Berlin 2002.
- AMBOS, Kai: Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate, Eine kritische Bestandsaufnahme und weiterführende Ansätze, GA 1998, s. 226-245.
- AMBOS, Kai: Internationales Strafrecht, Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht Europäisches Strafrecht- Rechtshilfe. 5. Aufl., C.H. Beck, 2018.
- AMBOS, Kai: Politische und rechtliche Hintergründe des Urteils gegen den ehem. peruanischen Präsidenten Alberto Fujimori, ZIS 11/2009, s. 552-564.
- AMBOS, Kai: Zur Rechtsgrundlage des Internationalen Strafgerichtshofs, ZStW 111 (1999), s. 175-211
- ARENDT, Hannah: Eichmann in Jerusalem, Ein Bericht von der Banalität des Bösen, 4. Aufl., München 2009.
- BAUMANN, Jürgen/WEBER, Ulrich/MITSCH, Wolfgang/EISELE, Jörg: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 12. Aufl., Bielefeld 2016.
- BLOY, René: Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin 1985.
- BLOY, René: Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung, GA 1996, s. 424-442.
- BOSCH, Nikolaus: Organisationsverschulden in Unternehmen, 1. Aufl. Baden-Baden, 2002.
- BOTTKE, Wilfried: Täterschaft und Gestaltungsherrschaft, Zur Struktur von Täterschaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Baustein eines gemeineuropäischen Strafrechtssystems, Heidelberg 1992.

- BOTTKE, Wilfrid: Täterschaft und Teilnahme im deutschen Wirtschaftskriminalrecht- de lege lata und de lege ferenda, Heft 4, JuS 2002, s. 320-324.
- BURGHARDT, Boris/Geneuss, Julia: Der Präsident und sein Gericht, Die Entscheidung des Internationalen Strafgerichtshofs über den Erlass eines Haftbefehls gegen Al Bashir, ZIS 4/2009, s. 126-142.
- CRAMER, Peter: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, Kommentar, 23. Aufl., München 1988.
- ERDEM, Mustafa Ruhan: "Organize Yapı İçerisinde Otoriter İlişkilerden Kaynaklanan Egemenliğe Dayalı Dolaylı Faillik Kurumu ve TCK m. 220/5", CHKD 2/2014, s. 11-30.
- FEUERBACH, Anselm Ritter: Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, 12. Aufl., 1836.
- FREUND, Georg: Strafrecht Allgemeiner Teil, Personale Straftatlehre, 2. Aufl. Berlin/Heidelberg/New York 2009.
- GRECO, Luis: Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie. Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion, Berlin 2009.
- GRECO, Luis: Organisationsherrschaft und Selbstverantwortungsprinzip, ZIS 1/2011, s. 9-13.
- GROPP, Walter: Die Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates als „Mittelbare Mit-Täter hinter den Tätern?“, JuS 1996, s. 13-18.
- GROPP, Walter: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Berlin / Heidelberg 2005.
- HAAS, Volker: Kausalität und Rechtsverletzung. Ein Beitrag zu den Grundlagen strafrechtlicher Erfolgshaftung am Beispiel des Abbruchs rettender Kausalverläufe, Berlin 2002.
- HAAS, Volker: Kritik der Tatherrschaftslehre, ZStW 119 (2007), s. 519-546.
- HEFENDEHL, Roland: Tatherrschaft in Unternehmen vor kriminologischer Perspektive, GA 2004, s. 575-586.

- HEINRICH, Bernd: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Stuttgart 2016.
- HEINRICH, Manfred: Rechtsgutszugriff und Entscheidungsträgerschaft, in: Münchener Universitätsschriften, hrsg. von Claus-Wilhelm Canaris, Peter Lerche, Claus Roxin, Bd. 168, München 2002.
- HERZBERG, Rolf Dietrich: Abergläubische Gefahrabwendung und mittelbare Täterschaft durch Ausnutzung eines Verbotsirrtums–BGHSt 35, 347 –, Jura 1990, s. 16-26.
- HERZBERG, Rolf Dietrich: Das Fujimori-Urteil: Zur Beteiligung des Befehlsgebers an den Verbrechen seines Machtapparates, ZIS 11/2009, s. 576-580.
- HERZBERG, Rolf Dietrich: Grundfälle zur Lehre von Täterschaft und Teilnahme, JuS 1974, s. 374-379.
- HERZBERG, Rolf Dietrich: Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen, Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, hrsg. von Knut Amelung (Hrsg.), Sinzheim 2000.
- HERZBERG, Rolf Dietrich: Täterschaft und Teilnahme, Eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen, München 1977.
- HERZIG, Andreas: Die Tatherrschaftslehre in der Rechtsprechung des Internationalen Strafgerichtshof, ZIS 4/2013, s. 189-200.
- HILLENKAMP, Thomas: 32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 2012.
- HOYER, Andreas: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I §§ 1-37 StGB, 8. Aufl., Köln 2013.
- HRUSCHKA, Joachim: Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen, ZStW 110 (1998), s. 581-610.
- İSFEN Osman: “Yeni TCK’da Organize Hâkimiyet Mekanizmalarına Dayalı Dolaylı Faillik Kuramı (TCK M. 220/5)”, Hukuki Perspektifler Dergisi 2006/7, s. 53-61.

- İNCİ, Özen: "Objektif Bir Sorumluluk Hali Olan Türk Ceza Kanunu'nun 220/5' inci Maddesi' nin Anayasaya Aykırılığı", İzmir Barosu Dergisi, 2014, s. 10-33.
- JAKOBS, Günther: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 26.7.1994 -5 StR 98/94, NStZ 1995, s. 26 vd.
- JAKOBS, Günther: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Aufl., Berlin/New York 1991.
- JAKOBS, Günther: Zur Täterschaft des Angeklagten Alberto Fujimori, ZIS 11/2009, s. 572-575.
- JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1996.
- JOECKS, Wolfgang: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1 §§ 1-37 StGB, 2. Aufl., München 2011.
- JUNG, Heike: Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Mitgliedern des Nationalen Verteidigungsrates der DDR für Tötungen an der DDR-Grenze, Heft 2, JuS 1995, s. 173-174.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Seçkin, Ankara 2018.
- KOCH, Arnd: Grundfälle zur mittelbaren Täterschaft, § 25 I Alt. 2 StGB, JuS 2008, s. 399-402, s. 496-499.
- KÖHLER, Michael: Strafrecht Allgemeiner Teil, 1. Aufl., 1997.
- KOHLRAUSCH, Edward/LANGE, Richard: Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Erläuterungen, nebst Nachtrag, 41. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin 1956.
- KRESS, Claus: Claus Roxins Lehre von der Organisationsherrschaft und das Völkerstrafrecht, GA 2006, s. 304-310.
- KREY, Volker/ESSER, Robert: Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Stuttgart 2016.
- KUTZNER, Lars: Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter und der Typus der mittelbaren Täterschaft, 2004.

- KÜHL, Kristian: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Auflage, München 2017.
- KÜPPER, Georg: Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen, GA 1998, s. 519-529.
- LAMPE, Ernst- Joachim: Tätersysteme: Spuren und Strukturen, ZStW 119 (2007), s. 471-518.
- LANGNEFF, Katja: Die Beteiligtenstrafbarkeit von Hintermännern innerhalb von Organisationsstrukturen bei vollverantwortlich handelndem Werkzeug, Aachen, Shaker, 2000.
- MUNOZ CONDE, Francisco: Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate im Rahmen „nichtrechtsgelöster“ Organisationen, hrsg. von Bernd Schünemann, Hans Achenbach, Wilfried Bottke, Bernhard Haffke, Hans-Joachim Rudolphi, in: Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, Berlin und New York 2001, s. 609-624.
- MURMANN, Uwe: Tatherrschaft durch Weisungsmacht, GA 1996, s. 269-281.
- MURMANN, Uwe: Grundwissen zur mittelbaren Täterschaft (§ 25 I 2. Alt. StGB), JA 2008, s. 321-326.
- MURMANN, Uwe: Zur mittelbaren Täterschaft bei Verbotsirrtum des Vordermannes, GA 1998, s. 78-88.
- NACK, Armin: Mittelbare Täterschaft durch Ausnutzung regelhafter Abläufe, GA 2006, s. 342-345.
- OTTO, Harro: Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl., Berlin/New York, 2004.
- OTTO, Harro: Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates, Jura 2001, s. 753-759.
- RADTKE, Henning: Mittelbare Täterschaft Kraft Organisationsherrschaft im nationalen und internationalen Strafrecht, GA 2006, s. 350. 356.
- RATH, Jürgen: Zur Unerheblichkeit des error in persona vel in objecto, Sinzheim 1996.

- RENNIKOWSKI, Joachim: Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, Tübingen 1997.
- RENNIKOWSKI, Joachim: Pflichten und Rechte – Rechtsverhältnis und Zurechnung, Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA) 2007, s. 423-439.
- ROGALL, Klaus: Bewältigung von Systemkriminalität, in: Claus Roxin/Gunter Widmaier (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. IV, München 2000, s. 383-438.
- ROTSCH, Thomas: Der ökonomische Täterbegriff, Zugleich ein Beitrag zu Differenzierung, Diversifizierung und Divisionalisierung der Strafrechtsdogmatik, ZIS 7/2007, s. 260-265.
- ROTSCH, Thomas: Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter bei der Begehung von Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate und ihre Übertragbarkeit auf wirtschaftliche Organisationsstrukturen, NStZ 1998, s. 491-495.
- ROTSCH, Thomas: Neues zur Organisationsherrschaft, NStZ 117, (2005), s. 13-18
- ROTSCH, Thomas: Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft? ZStW 112 (2000), s. 518-562.
- ROXIN, Claus: Bemerkungen zum Fujimori- Urteil des Obersten Gerichtshofs in Peru, ZIS 11/2009, s. 565-568.
- ROXIN, Claus: Strafrecht, Allgemeiner Teil Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, München 2003.
- ROXIN, Claus: Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, GA 1963, s. 193-207.
- ROXIN, Claus: Täterschaft und Tatherrschaft, 9. Auflage, Berlin 2015.
- ROXIN, Claus: Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit, ZIS, 7/2006, s. 293-300.
- ROXIN, Claus: Organisationsherrschaft als eigenständige Form der mittelbaren Täterschaft, ZStrR 125 (2007), s. 1-16.

ROXIN, Claus: Leipziger Kommentar, 11. Aufl., Erster Band, De Gruyter Recht, Berlin 2003.

ROXIN, Claus: Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität, in: Festschrift für Gerald Grünwald zum 70. Geburtstag, hrsg. von Erich Samson/Friedrich Dencker/Peter Frisch/Helmut Frister/Wolfram Reiß, Baden-Baden 1999, s. 549-561.

ROXIN, Claus: Zur neuesten Diskussion über die Organisationsherrschaft, GA 2012, s. 395-415.

ROXIN, Claus und GRECO, LUIS: Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenslehre, 5. Aufl. Band 1, München 2020.

RÜBENSTAHL, Markus: Die Übertragung der Grundsätze zur Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft auf Unternehmen durch den BGH -zugleich Besprechung von BGH, Urt. vom 3.7.2003, HRRS 2003.

SATZGER, Helmut: Internationales und europäisches Strafrecht, Strafanwendungsrecht, europäisches Straf- und Strafverfahrensrecht, Völkerstrafrecht. 8. Aufl., 2018.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 2. Auflage, Tübingen 1970.

SCHILD, Wolfgang: Täterschaft als Tatherrschaft, Berlin/New York 1994.

SCHUMANN, Heribert: Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986.

SCHÜNEMANN, Bernd: Die Rechtsfigur des „Täters hinter dem Täter“ und das Prinzip der Tatherrschaftsstufen, ZIS 7/2006, s. 301-308.

SCHÜNEMANN, Bernd: Leipziger Kommentar, 12. Aufl., Erster Band, Berlin 2006.

SCHROEDER, Friedrich-Christian: Der Sprung des Täters hinter dem Täter aus der Theorie in die Praxis- Zugleich Besprechungsaufsatz zum Urteil des BGH vom 26. 7. 94 – 5 StR 98/94 -, JR 1995, s. 177-180.

- SCHROEDER, Friedrich-Christian: Der Täter hinter dem Täter, Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft, Berlin 1965.
- SCHROEDER, Friedrich-Christian: Tatbereitschaft gegen Fungibilität, ZIS 11/2009, s. 569-571.
- SPENDEL, Günter: Der „Täter hinter dem Täter“- eine notwendige Rechtsfigur? Zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft, in: Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag, hrsg. von Günter Warda, Heribert Waider, Reinland von Hippel und Dieter Meurer, Berlin/New York 1976.
- STEIN, Ulrich: Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, Berlin 1988.
- TULAY, Muhammed Emre: Suç örgütü liderinin cezai sorumluluğuna ilişkin hukuki analiz ve öneriler (TCK m. 220/5), TAAD, Yıl: 11, Sayı: 38 (Nisan 2019), s. 89-106.
- ÜZÜLMEZ, İlhan: Dolaylı Faillik (TCK 37/2), EÜHFD Cilt I, Sayı 2, 2006, s. 79-95.
- WALTHER, Susanne: Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung: zur Abgrenzung der Verantwortungsbereiche von Täter und "Opfer" bei riskantem Zusammenwirken, Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg, 1991.
- WELZEL, Hans: Zur Kritik der subjektiven Teilnahmelehre, Süddeutsche Juristen-Zeitung (SJZ), Bd. 2, Nr. 12, 1947.
- WERLE, Gerhard / FLORIAN Jeßberger: Völkerstrafrecht. 4. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen 2016.
- WERLE, Gerhard/ BURGHARDT, Boris: Die mittelbare Mittäterschaft-Fortentwicklung deutscher Strafrechtsdogmatik im Völkerstrafrecht?, in: Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, hrsg. Von Rene Bloy, Martin Böse, Thomas Hillenkamp, Carsten Momsen und Peter Rackow, Duncker & Humblot, Berlin 2010.

WESSELS, Johannes/ BEULKE, Werner/ SATZGER, Helmut: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, 47. Auflage, Heidelberg 2013.

WOLFF, E. A.: Die Abgrenzung von Kriminalunrecht zu anderen Unrechtsformen, in: Hassemer (Hrsg.) 1987.

VOGEL, Joachim: Individuelle Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht, ZStW 114 (2002), s. 403-436.

ZACZYK, Rainer: Die Tatherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate und der BGH, GA 2006, s. 411-415.

Kiralananın El Değiştirmesi Durumunda Güvence Bedelinin Akıbeti

Das Schicksal der Sicherheitsleistung im Falle eines Eigentümerwechsels an der Mietsache

Araş. Gör. Dr. Gökçen Doğan Bandır*

ÖZ

Konut ve çatılı işyerlerine ilişkin olarak kiracıdan talep edilebilecek güvence bedeli TBK m. 342 hükmünde özel olarak düzenlenmiştir. TBK m. 342/f. 2 uyarınca taraflarca kira konusu konut ve çatılı işyeri için güvence bedeli olarak bir miktar paranın veya kıymetli evrakin verilmesinin kararlaştırılması durumunda söz konusu güvencenin bankada saklanması gerekmektedir. Uygulamada ise yaygın olarak bu emredici hukuk kuralına uyulmadığı ve halen bir miktar paranın doğrudan kiracı tarafından kiraya verene güvence bedeli olarak verildiği görülmektedir. Güvence bedelinin TBK m. 342/f. 2'ye aykırı olarak kiraya verene doğrudan teslim edildiği durumlarda daha sonra kiralanın el değiştirirse güvence bedelinin akıbeti ayrı bir sorun teşkil etmekte, zira kanuna aykırı olarak kiraya verene teslim edilen güvence bedelinin yeni malike devri de söz konusu olamayacağından kimden talep edileceği sorunuyla karşılaşmaktadır.

Kiralananın el değiştirmesi durumunda TBK m. 310 uyarınca kira ilişkisi kiralanamı edinen yeni malike geçer. Bunun sonucunda kiralananın konu olduğu kira sözleşmesi taşınmazın yeni maliki ile kiracı arasında devam eder. Kira sözleşmesinin sona ermesi durumunda taraflarca bu hususta yapılan anlaşmaya dayanarak kiracının önceki malike vermiş olduğu uygulamada depozito olarak adlandırılan

* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi, e- posta: g.dogan@tau.edu.tr, ORCID: 0000-0002-5173-0172.



güvence bedelinin iadesi gündeme gelir. Güvence bedelini iade borcu kural olarak kiraya verendedir. Bununla birlikte önceki kiraya verenin söz konusu güvence bedelini, taşınmazı temlik alana ayrıca temlik etmediği durumlarda kiraya verenin yararlanamadığı güvence borcunun iadesi talebiyle karşı karşıya kaldığı görülmektedir. Yargıtay'ın ilgili depozito bedelinin ayrıca temlik alana temlik edildiğinin ispatlanamadığı durumlarda iade talebinin muhatabının eski malik olduğu yönünde kararları mevcuttur. Bu kararların somut olay adaletinin sağlanması -ve aynı zamanda usul ekonomisi- amacıyla verilmiş olduğuna şüphe yoktur. Bununla birlikte özellikle kiralanan el değiştirdikten sonra uzun yıllar devam eden kira ilişkileri bakımından kiracının güvence bedelini önceki kiraya verenden talep etmesi çeşitli zorluklar barındırmakta ve çoğu zaman adres değişikliği gibi nedenlerle mümkün olmadığından kiracının güvence bedelini elde edememesi sonucunda mağduriyeti söz konusu olmaktadır.

Çalışmamızda öncelikle güvence bedelinin hukuki niteliği üzerinde durulmuş; devamında ise konut ve çatılı işyeri sözleşmesi ve diğer kira sözleşmelerinin TBK m. 310 kapsamında kira konusunu temlik alana geçişinden sonra sona ermesi halinde kiracının güvence bedeline ilişkin iade talebinin muhatabının kim olması gerektiği meselesi ele alınmıştır.

Anahtar kelimeler: Kira sözleşmesi, güvence bedeli, depozito, kira konusunun temliki, TBK m. 310, TBK m. 342.

An Assessment of the Fate of the Security Deposit in Case of a Change of Ownership of the Leased Property

ABSTRACT

Regarding residential and roofed workplace leases, the security deposit that may be demanded from the tenant is specifically regulated under Article 342 of the Turkish Code of Obligations (TCO). According to Article 342(2) of the TCO, if the parties agree that a certain amount of money or valuable papers will be provided as a security deposit for the

leased residence or roofed workplace, such security must be held in a bank. In practice, however, this mandatory legal rule is often disregarded, and it is still common for the tenant to hand over a certain amount of money directly to the lessor as a security deposit. When the security deposit is delivered directly to the lessor in violation of Article 342(2) of the TCO, the situation becomes problematic if the leased property is later transferred to a new owner. Since the deposit, unlawfully handed directly to the former lessor, cannot be deemed to have been transferred to the new owner, the question arises as to whom the tenant should claim it from.

In the event of the transfer of the leased property, pursuant to Article 310 of the TCO, the lease relationship passes to the new owner acquiring the property. As a result, the lease agreement concerning the leased property continues between the new owner of the immovable and the tenant. Upon termination of the lease agreement, the issue of returning the security deposit – commonly referred to in practice as a “deposit” – which the tenant had provided to the former lessor under the agreement, arises. As a rule, the obligation to return the security deposit lies with the lessor. However, in cases where the former lessor has not transferred the said deposit to the transferee of the immovable, it is observed that the new lessor (the transferee) may face a claim for the return of a security deposit from which they did not benefit. The Court of Cassation (Yargıtay) has rendered numerous decisions stating that in situations where the security deposit has not been specifically transferred to the new owner, the person liable for the refund is the former owner. There is no doubt that these decisions have been issued with the aim of serving justice in the specific circumstances of each case. Nevertheless, particularly in lease relationships that continue for many years after the property has changed ownership, requiring the tenant to claim the security deposit from the previous owner presents various difficulties. Often, due to reasons such as changes of address, it becomes impossible to reach the former lessor, resulting in the tenant’s inability to recover the security deposit and consequent hardship.

In this study, the legal nature of the security deposit is first examined. Subsequently, within the framework of Article 310 of the

TCO, the issue of who should be the addressee of the tenant's claim for the return of the security deposit upon termination of the lease — after the transfer of the leased property to a new owner — is analysed from the perspectives of current law.

Keywords: Lease agreement, security deposit, deposit, assignment of lease, Art. 310 of TCO, Art. 342 of TCO.

I. Kiracının Kira Sözleşmesi Kapsamında Güvence Verme Borcu

1. Genel Olarak Güvence Kavramı

Kiraya veren, kira sözleşmesi kapsamında kira konusunu kiracının kullanımına bırakmasıyla birlikte birtakım riskleri göze almış olur. Çeşitli şekillerde ortaya çıkabilen bu risklere örnek olarak kira bedelinin veya yan edim yükümlülüklerinin ödenmemesi veya kira konusuna olağan kullanımı aşan derecede zarar verilmesi¹ veya kiracının üstlenmiş olduğu sözleşme kapsamındaki yan edim yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi bunlardan ilk akla sayılabilir. Ortaya çıkabilecek bu risklerin bertaraf edilmesi adına taraflar, kiraya

¹ Olağan kullanım kapsamında kira konusunda meydana gelebilecek zararlardan kiracının sorumlu olmayacağı TBK m. 334 hükmünde açıkça düzenlenmiştir. TBK m. 334 uyarınca “Kiracı kiralananı ne durumda teslim almışsa, kira sözleşmesinin bitiminde o durumda geri vermekle yükümlüdür. Ancak, kiracı sözleşmeye uygun kullanma dolayısıyla kiralananı meydana gelen eskimelerden ve bozulmalardan sorumlu değildir. Kiracının, sözleşmenin sona ermesi hâlinde, sözleşmeye aykırı kullanmadan doğacak zararları giderme dışında, başkaca bir tazminat ödeyeceğini önceden taahhüt etmesine ilişkin anlaşmalar geçersizdir.” Anılan hüküm kapsamında kiralananın olağan kullanımı kapsamındaki eskimelerinden dolayı depozitodan kesinti yapamayacağı ve bunun aksinin taraflarca kararlaştırılamayacağı açıktır. Bu hususta bkz. M. Murat İncoğlu/Ece Baş, “Türk Borçlar Kanunu Açısından Depozito ve Bankaların Bundan Kaynaklanan Sorumluluğu”, *BATİDER*, C. 28, S. 1, 2012, 111-154, s. 113.

verene bir güvence² verilmesi veya diğer bir şekilde teminat sağlanması üzerinde anlaşabilirler. Kiracı tarafından teminat gösterilmesi borcu yan edim borcu olup taraflarca kararlaştırılmadıkça kiracıdan talep edilemez³.

Kira sözleşmesi kapsamında kiracının kiraya verene sağlamış olduğu güvence ya da uygulamadaki adıyla depozitoya ilişkin 818 sayılı Türk Borçlar Kanununda bir düzenleme bulunmamaktaydı⁴. Bununla birlikte uygulamada güvence olarak kiracı kiraya verene doğrudan nakden para vermekteydi.

Geniş anlamıyla güvenceden anlaşılan kiraya verene kiracı tarafından kiracının sözleşme kapsamındaki borçları ihlal etmesi halinde başvurusu amacıyla verilen her türlü teminatıdır. Kural olarak herhangi bir teminat aracı kiracı tarafından kiraya verene güvence olarak sağlanabilir. Kiraya verenlerin kiracılarından kendi borçları için üçüncü bir kişiyi kefil göstermelerini talep etmesi veya tacir olmaları durumunda banka teminat mektubu vermelerini talep etmesi bu kapsamda akla gelebilir. Teminat konusunda örnekler çoğaltılsa da uygulamada en çok bir miktar paranın veya kıymetli evrakın kira sözleşmesi kurulurken kiraya verene peşin olarak verilmesiyle karşılaşılmaktadır.

² Güvence kelimesinin sözlükteki ilk anlamı, “güvenilecek şey”; ikinci anlamı ise “bir anlaşmada taraflardan birinin sorumluluğu üzerine alması; inanca, teminat, garanti” olarak belirtilmiştir. (Çevrimiçi) <https://sozluk.gov.tr/> Erişim Tarihi: 4.10.2025.

³ Hasibe Sena Akkışla, *Kira İlişkisinden Doğan Yan Edim Yükümlülükleri ve İhlalinin Sonuçları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 311.

⁴ Mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun m. 16’da ise bu hususta kısmen bir düzenleme söz konusuydu. İlgili madde şu şekildedir: “Hava parası olarak veyahut her ne nam ve suretle olursa olsun bu kanuna göre taayyün eden kira bedelinden fazla para alanlar, bunlar namına hareket edenler veya bunlara tavassut edenlere 15 inci madde hükmüne aykırı hareket edenler hakkında altı aydan bir seneye kadar hapis ve üç yıllık kira bedeli tutarınca ağır para cezası hükmolunur. Mükerrirler hakkında bu cezalar bir misli artırılır.”

2. Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında TBK m. 342 Hükmü Uyarınca Kiracıdan Talep Edilebilecek Güvence Bedeli

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere uygulamada 818 sayılı Kanun döneminden beri ‘depozito’ olarak anılan⁵ teminat kira sözleşmeleri kapsamındaki ikinci ayırım olan “konut ve çatılı işyeri kiralari” başlıklı ayırımda yer alan TBK m. 342’de “güvence bedeli” başlığı altında düzenlenmiştir. Bu nedenle, kiracının güvence vermesine ilişkin TBK m. 342 hükmü sadece konut ve çatılı işyeri kiralalarına ilişkin olup konusu konut ve çatılı işyeri kirası olmayan kira sözleşmelerinde taraflar arasında bir güvence bedeli kararlaştırılmış olsa bile TBK m. 342 hükmü uygulanmayacak; taraflar arasında yapılan düzenlemeye göre hareket edilecektir.

TBK m. 342/f. 1 hükmünün konut ve çatılı işyeri kiralalarına ilişkin olarak sözleşmeyle kiracıya güvence verme borcu getirilmişse” şeklindeki ifadesinden güvence bedeli borcunun yasal bir borç olmadığı ancak taraflarca bu hususta bir sözleşme yapılmışsa söz konusu olacağı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kiracının güvence verme borcunun varlığı tarafların ayrı bir sözleşme ile ya da kira sözleşmesinin içinde bu yönde bir belirleme yapmaları ile söz konusu olur⁶. Taraflar TBK m. 342 uyarınca güvence bedeli verileceği hususunda kira sözleşmesinin kurulduğu sırada anlaşabileceği gibi⁷ sözleşme kurulduktan sonra da bu hususta anlaşarak güvence bedelinin verilmesini kararlaştırabilirler⁸.

Konusu konut ve çatılı işyeri olan kira sözleşmelerinde kiracıdan talep edilebilecek güvencenin, miktarı, türü, nasıl sağlanacağı ve iade edileceği TBK m. 342 hükmünde özel olarak düzenlenmiştir. Dar ve

⁵ Akkışla, s. 313.

⁶ Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 19. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2024, s. 328; Akkışla, s. 310; Faruk Acar, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Bakımından Güvence Olarak Kararlaştırılan Paranın Bankaya Yatırılması Zorunluluğu (TBK. m. 342/2)”, *Mustafa Dural’a Armağan*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, 1-20, s. 8.

⁷ Jürgen Herrlein/Kai-Oliver Knops/Lea Spiegelberg (Hrsg.), *Kommentar zum Mietrecht*, 5. Auflage, Springer Verlag, 2021, s. 317, n. 40.

⁸ İncoğlu/Baş, s. 117; Acar, 6098 sayılı TBK Bakımından Güvencenin Bankaya Yatırılması Zorunluluğu, s. 9

teknik anlamıyla kira hukukundaki güvence bedelinden anlaşılması gereken TBK m. 342 hükmündeki düzenlemedir. TBK m. 342/f. 1 hükmü uyarınca “*Konut ve çatılı işyeri kiralarında sözleşmeyle kiracıya güvence verme borcu getirilmişse, bu güvence üç aylık kira bedelini aşamaz.*” Dolayısıyla kira sözleşmesinin konusunun konut ve çatılı işyeri olması durumunda taraflar kiracının güvence bedeli vermesi üzerinde anlaşmışsa, bu bedel üç kira bedelini geçemez. Konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerine özel düzenleme yapılmasının amacı, tarafların arasında kiracının güvence vermesi kararlaştırılmışsa, kiracının aşırı güvence vermekten ve de güvencenin iadesi alacağını kiraya verenin iflasıyla kaybetmekten korunmasıdır⁹. Bu koruma, kiracıdan talep edilebilecek güvence bedeline üç kira bedeli üst sınırı getirilmesi ve söz konusu güvence bedelinin banka hesabında bulundurularak kiraya verenin malvarlığına karışmasının önlenmesiyle sağlanmaktadır.

Üç aylık kira bedeli ile neyin kastedildiği konusunda öğretide iki ayrı görüş ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden ilkinde göre üç aylık kira bedeli hükmün amacı göz önünde bulundurulduğunda kira bedeli dışında yan giderleri de kapsamalıdır¹⁰. Bu görüş karşısında ileri sürülen ikinci görüşe göre ise hükümdeki kira bedeli ifadesi bilinçli kullanılmıştır ve yapılacak hesapta kiracının ödemekle yükümlü olduğu yan giderler dikkate alınmamalıdır¹¹. Öğretide hâkim konumda olan

⁹ Nihat Yavuz, *Kira Hukuku*, 5. Bası, Adalet Kitabevi, Ankara, 2017, s. 455; Gülen Sinem Tek, “Bağlantılı Sözleşme, Kullanma Giderleri, Güvence, TBK m.340-342”. *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu C. 2*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, 2007–2044, m. 342, n. 2; M. Murat İnceoğlu, *Kira Hukuku, C. II*, 3. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014, s. 64.

¹⁰ Üç aylık bedelin “üç aylık ödeme” şeklinde kiracının yaptığı yan giderleri de kapsayan ödemelerin toplamı şeklinde anlaşılması gerektiği yönünde AYDOĞDU Murat, “Konut ve Çatılı İşyeri Kirası Sözleşmelerinde Kiracının Güvence (Depozito) Verme Borcu”, *DEÜHFD*, 14/1, 1-53, s. 7; Murat Aydoğdu/Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 549.

¹¹ Faruk Acar, “Kira Sözleşmesinde Bağlantılı İşlem ve Güvence”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, S. 9, C. 103-104, 163-170, s. 166; M. Murat İnceoğlu, *Kira Hukuku, C. II*, 3. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014, s. 68; İnceoğlu/Baş, s. 119; Tek, m. 342, n. 14.

görüş ikinci görüş olup depozitonun üst sınırına ilişkin yapılacak hesaplamada esas alınacak değer net kira bedeli olduğu kabul edilmektedir¹².

TBK m. 342 hükmünün ikinci ve üçüncü fıkralarında ise konut veya çatılı işyerinin kiracısı tarafından sağlanacak güvencenin para veya kıymetli evrak olarak verilmesi durumuna özgü bir takım nisbi emredici kurallar öngörülmüştür¹³. Bu düzenlemeler kapsamında kiracının güvence bedeli olarak vereceği parayı ya da kıymetli evrakı doğrudan kiraya verene teslim etmemesi, güvence bedeli para ise açacağı vadeli tasarruf hesabına koyması gereklidir. Gerçekten TBK m. 342/f. 2'nin ilk cümlesi *“Güvence olarak para veya kıymetli evrak verilmesi kararlaştırılmışsa kiracı, kiraya verenin onayı olmaksızın çekilmemek üzere, parayı vadeli bir tasarruf hesabına yatırır, kıymetli evrakı ise bir bankaya depo eder.”* şeklindedir. Hükümden güvencenin yatırılacağı banka hesabının kimin adına açılması gerektiği tam olarak anlaşılmamaktadır. Öğretideki hâkim görüş hükmün amacının kiracıyı koruyarak kiraya verenin iflası halinde vermiş olduğu güvenceyi geri alabilmesini sağlamak olduğundan hareketle banka hesabının kiracı adına açılması gerektiği yönündedir¹⁴. Bununla birlikte “depozito”ya ilişkin yerleşik uygulama

¹² İsviçre hukukunda da söz konusu hesaplamada net kira bedelinin esas alınacağı yönünde bkz. Zinon Koumbarakis, “Sicherheitsleistungen in der Mietpraxis”, MRA, 2/21, s. 57.

¹³ Tek, m. 342, n. 11.

¹⁴ İnceoğlu/Baş, s. 123; Yavuz/Acar/Özen, s. 330-331; Zeynep Damla Taşkın, *Mevduat Rehni Özelinde Alacak Rehni*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 122-123. Güvence bedelinin yatırılacağı banka hesabında kiracı tarafından kiraya verenin rızası olmaksızın işlem yapılamamasından hareketle söz konusu hesabın müşterek hesap niteliğinde olup olmadığı öğretide tartışılmıştır. Birden fazla kişinin birlikte sahip olduğu mevduat hesaplarını ifade eden müşterek hesap kavramını bireysel hesaptan ayıran temel unsur, birden fazla kişinin söz konusu banka hesabının sahibi olmasıdır. (Tülay Aydın Ünver, *Müşterek Hesap*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 5). Her ne kadar yukarıda vurguladığımız gibi TBK m. 342 hükmünde vadeli tasarruf hesabının kimin adına açılacağı açıkça belirtilmemiş ise de öğretide kabul edilen söz konusu hesabın kiracı tarafından açılması gerektiğidir. Kiracı her ne kadar kendi adına açmış olduğu bu hesapta kiraya verenin izni

TBK m. 342/f.2 düzenlemesine rağmen hala kiracının kiraya verene güvenceyi vermesi yönündedir. Bu gerçek göz önünde bulundurulduğunda TBK m. 342/f. 2 hükmünün amacının sağlanabilmesi adına öğretilde kiraya verenin de elde ettiği banka güvencesini bankaya yatırma yükümlülüğünün bulunması gerektiği ileri sürülmüştür¹⁵. Biz de bu görüşe katılmaktayız. Zira TBK m. 342/f. 2'nin lafzı her ne kadar güvence bedeli olarak belirlenen parayı bankaya yatırma ve kıymetli evrakı bankada depo etme yükümlülüğünü kiracıya yüklese de hükmün amacı söz konusu güvence bedelinin bankada nezdinde tutulması olduğundan kiraya veren de kendisine verilen güvence bedelini bankaya yatırmakla yükümlü olmalıdır.

Hükümde ayrıca söz konusu güvencenin kiracıya geri verilmesinin koşulları da düzenlenmiş olduğundan kiraya verenin kira sözleşmesi sona ermesine rağmen keyfi sebeplerle güvence bedelini iade etmekten kaçınmasının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır¹⁶.

TBK m. 342'de özel olarak düzenlenen güvence bedelinin kapsamı tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu yalnızca kiraya verenin kira sözleşmesine aykırı davranışlar sonucu kira konusunda meydana gelmiş zararları karşılaması için ona sağlanan bir teminattır¹⁷. Bu görüşün karşısında ise güvencenin kiraya verenin bütün alacakları için teminat teşkil ettiği görüşü savunulmaktadır¹⁸. Anılan ikinci görüşe göre kiracı

olmaksızın tasarrufta bulunamaması hesabın bireysel hesap olması gerçeğini değiştirmez. Kiracının bu hesapta tek başına tasarrufta bulunamaması, TBK m. 342 hükmü gereği kiracının güvence üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlandırılmış olmasından kaynaklanmaktadır. Bu hususta ayrıntılı açıklamalar için bkz. Aydın Ünver, s. 41-48.

¹⁵ Yavuz/Acar/Özen, s. 331.

¹⁶ Tek, m. 342, n. 2.

¹⁷ M. Murat İnceoğlu, *Kira Hukuku C. I*, 3. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014, s. 596.

¹⁸ İnceoğlu/Baş, s. 118, Yavuz, s. 3566. *Gümüş'e* göre ise kira sözleşmesi kapsamında kira bedeli için ayrıca bir teminat verilmişse örneğin kiracı tarafından kefil gösterilmişse bu durumda para veya kıymetli evrak olarak verilen güvence bedeli taraflar aksini kararlaştırmamışsa kira bedeli için teminat teşkil etmeyecektir. (Bkz. Mustafa Alper Gümüş, *Kira Hukuku*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 160, 161) Kira bedellerinin

tarafından ödenmeyen kira bedelleri veya yan giderler de kiraya veren tarafından ilgili güvence bedelinden mahsup edilebilecektir¹⁹. İsviçre hukukundaki hâkim görüş de aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça güvencenin kira sözleşmesinden kaynaklanan tüm borçlar için teminat teşkil ettiği yönündedir²⁰. Yargıtay'ın da görüşü bu yönde olup taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça depozitonun kiraya verenin kira sözleşmesinden kaynaklanan her türlü alacağının temini için verilmiş olduğunu kabul etmektedir²¹.

TBK m. 342 hükmü mehz İsviçre Borçlar Kanunu m. 257e esas alınarak düzenlense de bazı noktalarda farklılıklar içermektedir. İlk farklılık, İsviçre Borçlar Kanunu m. 257e hükmünde güvence bedelinin miktarına ilişkin sınırlamanın yalnızca konut kiralari için öngörölmüş

ödenmemesi durumunda güvenceye rağmen kefile başvurulması anlamına gelen bu görüş kiracıyla kıyaslandığında menfaatleri onun önünde tutulması gereken kefilin korunma ihtiyacına aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bu eleştiri için bkz. İnceoğlu/Baş, s. 118.

¹⁹ Aydın Zevkililer/ Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 20. Bası, Vedat Kitapçılık, 2020, s. 321; Akkışla, s. 319

²⁰ Daniel Reudt, *SVIT Kommentar*, 5. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2025, Art. 257e, n. 8.

²¹ “Kira Depozitosu sözleşme ile herhangi bir alacağa özgülenmediği durumda kiralayanın kira sözleşmesinden kaynaklanan her türlü alacağını temini için verilmiş olduğunun kabulü gerekir. Kiracının kira ilişkisi sona erdiğinde herhangi bir borcu yok ise depozito olarak alınmış paranın iadesi gerekir.” Y. 6. HD., E. 2013/5349 K. 2013/16244 T. 4.12.2013. Depozitonun yan giderleri de kapsadığı yönündeki diğer bir karar için bkz. Y. 3. HD., E. 2010/4729 K. 2010/6965 T. 20.04.2010 Kararda şu ifade kullanılmaktadır: “Taraflar arasında imzalanmış bulunan kira sözleşmesinde ise, davacı mal sahibinin davalı kiracıdan o dönemdeki bir aylık kira karşılığı tutarı 45 TL. depozit aldığı belirtilmiş, depozitonun kira, genel apartman giderleri, telefon, elektrik gideri ve oluşacak hasarların güvencesi olduğu ve iadesine ilişkin başka herhangi bir düzenleme yapılmadığı anlaşılmıştır.” Aynı yönde bkz. Y. 13. HD., E. 2008/11843 K. 2009/3235 T. 12.03.2009.

olmasıdır. TBK m. 342’de ise hem konut hem de çatılı işyeri kiralari için güvence bedeline bir üst sınır getirilmiştir²².

İsviçre Borçlar Kanunu m. 257e hükmü TBK m. 342 hükmüne esas alınırken mehzaz hükmün birinci fıkrası ile ikinci fıkrasının yeri değiştirilmiştir. Hükmün ilk iki fıkrasının yeri değişince para ve kıymetli evrak ibaresi ikinci fıkranın başında kalmış ve bu da hükmün yalnızca lafzı dikkate alındığında birinci fıkra hükmündeki miktara ilişkin sınırlamanın konusu konut ve çatılı işyeri olan kira sözleşmeleri kapsamında verilecek diğer teminatlara ilişkin olarak da uygulanması gerektiği gibi bir sonuca yol açmaktadır²³. Bununla birlikte öğretide haklı olarak TBK m. 342/f. 1 deki miktara ilişkin sınırlamanın hükmün amacına ve mehzaz İsviçre Borçlar Kanunu düzenlemesine uygun olarak sadece para veya kıymetli evrakın güvence olarak verilmesi durumunda uygulanması gerektiği belirtilmiştir²⁴. Dolayısıyla TBK m. 342 hükmünün uygulanabilmesi için kira sözleşmesi kapsamında güvence olarak para²⁵ ya da kıymetli evrak verilmelidir. Para veya kıymetli evrak haricinde verilecek diğer güvenceler bakımından TBK m. 342 hükmü

²² İşyeri kira sözleşmelerinde kiracının ödeyeceği güvence bedeli miktarının da üç kira bedeli ile sınırlandırılmış olması öğretide çatılı işyeri kiracılarının konut kiracısıyla aynı düzeyde korunma ihtiyacı olmadığı göz önünde bulundurulduğunda güvence bedelindeki sınırlama ile sözleşme tarafları arasındaki menfaat dengesinin kiraya veren aleyhine bozulduğu gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmektedir. Bu hususta bkz. İncoğlu/Baş, s. 116; Gümüş, *Kira Hukuku*, s. 161.

²³ Aynı yönde bkz. İncoğlu, *Kira Hukuku*, C. II, s. 64.

²⁴ M. Murat İncoğlu, “Kira Sözleşmesine İlişkin Başlıca Değişiklik ve Yenilikler”, *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu*, Derleyen: Prof. Dr. Çiğdem Kırca, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, 173-212., s. 187; İncoğlu/Baş, s. 114-115.

²⁵ Altın, gümüş, platin vb. kıymetli madenlerin de para ve kıymetli evrakla aynı kapsamda olduğu yönünde Aydoğdu, s. 38; Güvencenin yabancı para cinsinden verilmesinin mümkün olduğu yönünde bkz. Acar, *6098 sayılı TBK Bakımından Güvencenin Bankaya Yatırılması Zorunluluğu*, s. 8; Güvencenin yabancı para cinsinden verilmiş olması durumunda üç aylık kira bedeli hesaplanırken kira sözleşmesinin yapıldığı günkü kurun esas alınması gerektiği yönünde bkz. İncoğlu/Baş, s. 119.

uygulanmayacağından bu tür teminatlarda üç kira bedeli üst sınırı söz konusu olmayacaktır²⁶.

TBK m. 342'nin farklı olarak düzenlediği diğer bir husus da teminatın miktarına ilişkin üç kira bedeli sınırlamasının İsviçre Borçlar Kanunu m. 257e hükmünden farklı olarak hem konut hem de çatılı işyerleri için öngörülmüş olmasıdır. İsviçre Borçlar Kanunu m. 257e uyarınca yalnızca konut kiralari için bir sınırlama getirilmiş olup çatılı işyerleri için bir sınırlama yoktur²⁷.

Güvence için söz konusu olan üç aylık kira bedeli tutarının kira bedeli artışıyla birlikte tamamlanması gerekmediği gibi istisnai durumlarda kiranın azalmasıyla birlikte kiracıya iadesi de söz konusu olmaz²⁸. Ancak, kira sözleşmesinin taraflarının sözleşmede kira artışıyla birlikte güvence bedelinin artış oranında tamamlanmasını kararlaştırmalarının önünde bir engel yoktur²⁹.

3. Güvence Bedelinin İadesi Borcu

Kira sözleşmesi süresince kiracının güvence hesabı üzerinde tek başına tasarruf edebilmesi mümkün değildir. Kira sözleşmesi boyunca kiracının güvence bedeli üzerinde tasarruf edebilmesi ve özellikle güvence bedelini geri alabilmesi için hem kiracı hem kiraya verenin bu husustaki rızasını bankaya bildirmesi gerekmektedir. Bunun yanı sıra bankaya sunulan kesinleşmiş icra takibi veya kesinleşmiş mahkeme kararına dayanarak da banka güvenceleri kiracıya geri verebilir.

²⁶ Bu bağlamda anılan teminatlar için miktara yönelik üç aylık kira bedeli sınırlamasının geçerli olmadığına ilişkin bkz. Zevkliler/Gökyayla, 322, 323; İnceoğlu, Kira Hukuku, C. II, s. 66; Yavuz/Acar/Özen, s. 328

²⁷ Peter Higi/ Anton Bühlmann/ Christoph Wildisen, *Zürcher Kommentar, Die Miete, Vorbemerkungen zum 8. Titel (Art. 253 - 273c OR)*, Jörg Schmid (Hrsg), 5. neu bearbeitete Auflage, Schulthess, 2019, Art. 257e, n. 7; Hans Giger, *Berner Kommentar Die Miete, Art. 253-273c*, Regina Aebi-Müller, Christoph Müller (Hrsg.), Stämpfli Verlag AG, 2020, Art. 257e, n. 24; Richard Permann, *OFK-Mietrecht Kommentar*, Orell Füssli Verlag AG, 2007, Art. 257e, n. 2.

²⁸ İnceoğlu/Baş, s. 120; Gümüş, Kira Hukuku, s. 161; Yavuz/Acar/Özen, s. 329; Aksi yönde Higi/Bühlmann/Wildisen, Art. 257e, n. 34.

²⁹ Yavuz/Acar/Özen, s. 329.

Kira sözleşmesinin sona ermesi durumunda ise güvence bedelinin kiracıya iade edilmesi borcu doğar. Bununla birlikte TBK m. 342/f. 3'te belirtildiği üzere kiraya veren, kira sözleşmesinin sona ermesini izleyen üç ay içinde kiracıya karşı kira sözleşmesine ilişkin dava açtığını veya icra ya da iflas yoluyla takibe giriştiğini bankaya yazılı olarak bildirerek bedelinin kiracıya iade edilmesinin önüne geçebilir. Kiraya verenin kira sözleşmesinin sona erdiği tarihten itibaren üç ay içinde³⁰ belirtilen şekilde bildirim yapmaması durumunda banka kiracının istemi üzerine güvenceyi geri vermekle yükümlüdür.

II. Güvence Bedelinin Hukuki Niteliği

Güvence bedelinin hukuki niteliği bağlamında öğretide ileri sürülen bir görüşe göre TBK m. 342 uyarınca güvence bedelinin bankaya yatırılmasında teminat amaçlı tevdi söz konusudur ve saklama (vedia) sözleşmesine ilişkin hükümler, TBK m. 342'nin amacı doğrultusunda kıyasen uygulanacaktır³¹. Bu görüş kabul edilirse kiraya veren, üçüncü kişilerin haczi veya üçüncü kişiler tarafından hesap üzerine rehin konulması gibi durumlarda korunmamış olacağından güvence bedeli, güvence fonksiyonunu yerine getirmemiş olur.

³⁰ Üç aylık süre geçtikten sonra kiraya veren tarafından bankaya bildirimde bulunulduğu ve bu süre içinde kiracı tarafından güvence bedelinin talep edilmemiş olduğu hallerde ne yapılması gerektiği hususunda belirsizlik söz konusudur. Bu hususta ileri sürülen bir görüşe göre üç aylık süre geçmiş dahi olsa kendisine karşı dava açılmış veya takip yapılmış kiracı, kiraya verenin güvenceye başvurmasını engelleyemez. (İnceoğlu, *Kira Hukuku C. II*, s. 87-88) Bu görüşün karşısında ise güvencenin yatırılacağı hesabın müşterek hesap niteliğinde olduğu ve hükümde yer alan kira sözleşmesinin sona ermesinden itibaren üç aylık sürenin geçmesiyle kiracının bireysel hesabına dönüşeceğinden hareketle üç aylık süre geçtikten sonra kiraya veren tarafından yapılan bildirimlerin kiracının iade hakkını kullanmasını engelleyemeyeceği savunulmaktadır. (Faruk Acar, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Değerlendirilmesi Sempozyumu – Kira Sözleşmesi", *Legal Hukuk Dergisi*, C. 3, S. 34, Y. 2005, 3685-3691, s. 3687) Söz konusu bildirimün üç ay içinde yapılmamasının bir bozucu koşul niteliğinde olduğu ve alacak üzerinde kiraya verenin rehin hakkını sona erdirdiği yönünde farklı bir görüş için bkz. Taşkın, s. 124.

³¹ Yavuz/Acar/Özen, s. 331

Bu hususta bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre ise güvence bedelinin hukuki niteliği alacak rehnidir³². Güvence bedeli, TBK m. 342 hükmünde kanuni³³ bir alacak rehni olarak düzenlenmiş olup kiracı bankada güvence hesabı açarak hesaba yatırdığı güvence bedeliyle hesap üzerinde kiraya verenin rehin hakkına sahip olduğu bir alacak hakkı elde eder³⁴.

Güvence bedelinin hukuki niteliğinin kanuni alacak rehni olması hükmün amacına uygundur. Zira hem kiracı kendi adına hesap açılması sonucu banka karşısında alacaklı olduğundan kiraya verenin iflasından etkilenmemekte; hem de kiraya veren bankanın veya üçüncü kişilerin güvence bedeli üzerinde sahip olabilecekleri rehin hakkı karşısında kanuni rehin hakkı sahibi olarak öncelikli konumdadır. Güvence bedeli üzerindeki rehnin kanuni rehin olmasının diğer bir sonucu da alacak rehni için TMK m. 955 uyarınca aranan yazılı şekil şartının burada aranmayacak olmasıdır³⁵. Kira sözleşmesi sözlü şekilde yapılmamış olsa da kiraya veren lehine rehin hakkı doğar. Ancak kira sözleşmesinin sözlü yapılmış olması kiraya veren açısından sakıncalıdır. Zira böyle bir durumda bankada kiracı adına güvencenin yatırılacağı vadeli tasarruf hesabı açılırken kiraya verenin adının verilmesi ve bu hesabın kira sözleşmesi kapsamında TBK m. 342 uyarınca güvence bedelinin yatırıldığı hesap olduğunun belirtilmesi gerekir ki, bu hususlar belirtilmezse banka doğrudan kiracı adına alelade bir vadeli hesap açacağından kiracı talep ettiğinde güvence bedelini doğrudan kiracıya iadesi gündeme gelecektir³⁶.

³² İnceoğlu/Baş, s. 126; Taşkın, s. 122-123.

³³ Kanuni rehin hakkı olarak kabul edilmesi neticesinde rehin hakkının doğumu için TMK m. 955'te yer alan şartlar aranmayacaktır. Yazılı olarak yapılmış olması durumunda kira sözleşmesinde yer alan güvence bedeline ilişkin hükmün yazılı rehin sözleşmesi yerine geçeceği yönünde İnceoğlu, *Kira Hukuku C. II*, s. 78; Kira sözleşmesinin sözlü yapılmış olması halinde ayrıca yazılı bir rehin sözleşmesi aranacağı yönünde İnceoğlu/Baş, s. 126.

³⁴ Taşkın, s. 124.

³⁵ Taşkın, s. 125.

³⁶ Taşkın, s. 125.

III. Kiralananın El Değiştirmesi Nedeniyle Kira Sözleşmesinin Yasal Devri (TBK m. 310-311)

TBK m. 310 ve m. 311 kira sözleşmesinin kanun gereği üçüncü kişiye geçişi düzenlenmektedir. TBK m. 310 uyarınca *“Sözleşmenin kurulmasından sonra kiralanan herhangi bir sebeple el değiştirirse, yeni malik kira sözleşmesinin tarafı olur”*. TBK m. 311’e göre de *“Sözleşmenin kurulmasından sonra üçüncü bir kişi, kiralanan üzerinde kiracının hakkını etkileyen bir aynı hak sahibi olursa, kiralananın el değiştirmesiyle ilgili hükümler kıyas yoluyla uygulanır.”* Kira sözleşmesi kurulduktan sonra kiralananın herhangi bir sebeple el değiştirmesi veya üçüncü kişinin kiralanan üzerinde kiracının hakkını etkileyen bir aynı hak sahibi olması halinde kiralanan üzerinde aynı hak sahibi olan kişi kira sözleşmesinin tarafı haline gelecektir. Böylece kanun koyucu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu döneminden önce hâkim olan *“satım kirayı bozar”* ilkesinden ayrılarak *“satım kirayı bozmaz”* ilkesini benimsemiştir³⁷.

TBK m. 310 hükmü kapsamında kiralananın el değiştirmesinden anlaşılması gereken üçüncü kişinin herhangi bir hukuki işleme dayanarak cüz’i halefiyet sonucu kiralananın mülkiyetini kazanmış olmasıdır. Bu nedenle, miras yoluyla geçiş, malvarlığı veya işletmenin aktif ve pasifiyle devri ya da işletmenin birleşmesi gibi külli halefiyet halleri hükmün kapsamı dışındadır³⁸.

Kiralananın mülkiyetini edinen veya kiralanan üzerinde kira sözleşmesiyle bağdaşmayan sınırlı aynı hak elde eden kişi, bu hakkı elde ettiği andan itibaren ileriye etkili olarak kira sözleşmesinin tarafı haline gelir³⁹. Kira sözleşmesinin taraf sıfatının ileriye etkili kazanılması kapsamında sözleşmenin yeni tarafı taşınmazı devralmadan önce

³⁷ Pınar Altınok Ormancı, *“Kira Sözleşmesinin Kurulmasından Sonra Kiralananın El Değiştirmesi: “Satım Kirayı Bozmaz” İlkesinin Sonuçları”*, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 12, S.24, 2013/2, 125-141, s. 126, 127; Sezer Çabri, *“Kira Sözleşmesinde Kiralananın Mülkiyetinin El Değiştirmesinin veya Üçüncü Kişinin Kiralanan Üzerinde Sınırlı Aynı Hak Sahibi Olmasının Sözleşmeye Etkisi”*, MÜHF – HAD, C. 18, S. 3, 163-199, 164.

³⁸ Çabri, s. 165.

³⁹ Öktem Çevik, s. 175; Altınok Ormancı, s. 129; Acar, Kira Hukuku Şerhi, m. 310, n. 71.

gerçekleşen borca aykırılıklardan sorumlu olmayacağı gibi aynı zamanda devralmadan önce muaccel olup ödenmeyen kira alacaklarını da talep edemeyecektir. Kiralananın el değiştirmesinden veya üzerinde sınırlı aynı hak tesis edilmesinden önceki zaman dilimindeki alacak ve borçlar yalnızca kira sözleşmesini kuran taraflar arasında ileri sürülebilecektir.

IV. Kiralananın El Değiştirmesi Halinde Güvence Bedelinin Akıbeti

1. 818 Sayılı TBK Döneminde Yapılan Kira Sözleşmeleri ve 6098 Sayılı TBK Döneminde Yapılan Konusu Konut ve Çatılı İşyeri Olmayan Kira Sözleşmeleri Kapsamında Verilen Depozitonun Akıbeti

818 sayılı Türk Borçlar Kanunu döneminde güvence olarak verilen depozitonun bankaya yatırılma zorunluluğu yoktu. Dolayısıyla taraflar, konut ve çatılı işyeri kiralarda depozitonun kiracı tarafından doğrudan kiraya verene verilmesi hususunda geçerli biçimde anlaşma yapabiliyordu. Keza 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu uyarınca da konut ve çatılı işyeri kiralari dışındaki kira sözleşmelerine ilişkin olarak depozito olarak bir miktar paranın doğrudan kiraya verene verilmesinin kararlaştırılmasının önünde de bir engel yoktur. Böyle bir durumda kiraya verene misli bir eşya teminat amaçlı tevdi edilmekte olup borçlu kiracının sözleşme kapsamındaki yükümlölüklerini yerine getirmiş olması halinde kiraya veren alacaklı misli eşyayı aynen iade etme yükümlölüğü altına girdiğinden kiraya veren lehine düzensiz rehin⁴⁰ söz konusu olmaktadır.

Kiraya verene kiracının borçlarını ödememe ihtimaline ilişkin bir teminat olarak verilmesinden hareketle depozitonun kira sözleşmesini devreden tarafından devirle birlikte artık kendisinin yerine sözleşmeye taraf olan yeni malike veya taşınmazdaki üstün hak sahibine devredilmesi gerektiği savunulmaktaydı⁴¹. Depozitoya ilişkin devir

⁴⁰ Özgün Çelebi, “Düzensiz Rehin İlişkisine Teslime Bağlı Taşınır Rehni Hükümlerinin Kıyasen Uygulanmasına Dair Bazı Sorunlar”, *BUHFD*, Y. 2024, C. 19, S. 218, 119-171, s. 121, 134.

⁴¹ İnceoğlu, *Kira Hukuku*, C. I, s. 593.

gerçekleşmemişse de bu sonuç değişmeyecektir; zira 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde TBK m. 342 benzeri bir hüküm bulunmuyorken kiracı tarafından kiraya verene doğrudan bir miktar para olarak verilen depozito düzensiz rehin olması ve taşınır rehnine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması kapsamında bağlı alacak teşkil ederek yasal devirle birlikte devralana kendiliğinden geçer ve taşınmazı devralandan istenmesi gerekir⁴².

2. 6098 sayılı TBK Uyarınca Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Güvence Bedelinin Akıbeti

A. Güvence Bedelinin TBK m. 342 kapsamında öngörülen şartlara uygun olarak verilmiş olması durumunda

TBK m. 342 kapsamında verilen güvence bedelinin hukuki niteliği yukarıda ifade ettiğimiz üzere alacak rehni teşkil ettiğinden kira sözleşmesinin TBK m. 310 uyarınca taşınmazı edinen üçüncü kişiye geçişi ile birlikte bu rehin hakkı bağlı hak olması dolayısıyla doğrudan kiralananın yeni malikine geçer. Diğer bir ifadeyle kiralananın el değiştirmesi durumunda TBK m. 342 kapsamında kiracı tarafından verilen güvence bedeli üzerindeki rehin hakkı TBK m. 189/f.1 uyarınca sözleşmenin yeni tarafı olan kiralananı devralana geçer⁴³. Zira kiraya verenin konumunu devralan yeni malik sözleşme kapsamında devreden alacaklarına ilişkin sahip olduğu güvenceye de sahip olur⁴⁴. Bu kapsamda önceki kiraya verenin güvence bedeli üzerindeki hakkı da devirle birlikte kendiliğinden yeni malike geçtiğinden bankadaki güvence hesabında da devralan kiraya verenin adına geçirilmesi için gerekli işlemler yapılmalıdır⁴⁵. Bu kapsamda kiraya veren bankaya

⁴² İnceoğlu, Kira Hukuku C. I, s. 593; Özlem Sarı Fidan, "Kira Sözleşmesinde Taraf Değişikliğinin Mevcut Teminatlar Etkisi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXVI, S. 3, 2022, 325-366, s. 357.

⁴³ Seda Öktem Çevik, *Kira Sözleşmesine Etkisi Bakımından Kiralananın Devri ve Sınırlı Ayni Hakka Konu Olması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 236-237.

⁴⁴ İnceoğlu, *Kira Hukuku*, C. I, s. 593; Sarı Fidan, Kira Sözleşmesinde Taraf Değişikliğinin Mevcut Teminatlar Etkisi, s. 356.

⁴⁵ Bu kapsamda kiracı, yeni malik ve devreden kiraya vereninin devralanın kira sözleşmesine taraf olduğunu kanıtlayan örneğin tapu veya kira

kiralananın devredildiğini bildirmeli ve ilgili banka hesabı üzerinde yeni malikin hak sahibi kılınması için gerekli işlemleri yapmalıdır⁴⁶. Bu da banka hesabının ona devri ile mümkün olabilir. Banka hesabı kendisine devredilen yeni malik güvence üzerindeki alacak rehninin lehdarı konumuna gelir. Önemle belirtilmelidir ki, güvence bedeli üzerindeki rehni kanuni bir rehin hakkı olarak kabul ettiğimiz için bu rehnin doğumu için TMK m. 995'teki kuruluş işlemleri aranmayacağı gibi⁴⁷ kira sözleşmesinin taşınmazı devralana geçişiyle söz konusu rehin kendiliğinden devralana geçecektir. Bu kapsamda bankaya yapılan bildirim yalnızca açıklayıcı niteliktedir. İsviçre hukukunda da TBK m. 342'nin mehzaz hükmü İsviçre Borçlar Kanunu m. 257e'ye uygun olarak verilen güvence bedelinin bir yan hak olarak devirle birlikte devralana geçeceği hususunda görüş birliği mevcuttur⁴⁸.

B. Güvence Bedelinin TBK m. 342 hükmüne aykırı olarak doğrudan kiraya verene teslimi durumunda güvence bedelinin akıbeti

TBK m. 342 hükmündeki emredici düzenlemeye aykırı olarak kiracı tarafından verilecek güvence bedelinin kiraya verene teslimi kararlaştırılmışsa tarafların arasında bu hususta yapılan anlaşma kesin hükümsüzdür. Söz konusu anlaşma kira sözleşmesinin içinde yer alıyorsa TBK m. 27/f. 2 uyarınca kısmi kesin hükümsüzlük söz konusu

sözleşmesindeki değişikliklerle birlikte bankaya başvurusu ve gerekli değişikliklerin yapılması gerektiği yönünde bkz. Sarı Fidan, *Kira Sözleşmesinde Taraf Değişikliğinin Mevcut Teminatlarla Etkisi*, s. 356-357. Güvence bedeli kira sözleşmesinin bitimiyle birlikte muaccel olduğundan bu bedelin iadesiyle sözleşmeyi devralan taşınmazın yeni malikinin sorumlu olduğu bununla birlikte güvence yeni malikin üzerine geçirilmemişse ve hala eski kiraya verenin üzerinde ise bu durumda kiracının eski kiraya verenden güvence bedelini talep edebileceği yönünde bkz. Faruk Acar, *Kira hukuku Şerhi*, 4. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, TBK m. 310, n. 83.

⁴⁶ Öktem Çevik, s. 237; Acar, *Kira Hukuku Şerhi*, TBK m. 310, n. 83

⁴⁷ Taşkın, s. 124

⁴⁸ Higi/Bühlmann/Wildisen, Art. 257e, n. 9.

olacak; kira sözleşmesinin güvence bedeli dışındaki hükümleri, güvence bedelinin hükümsüz olmasından etkilenmeyecektir⁴⁹.

TBK m. 342 hükmüne aykırı olarak doğrudan kiraya verene teslim edilmiş, dolayısıyla onun malvarlığına dahil olmuş güvence bedeli sebepsiz zenginleşme kapsamında kiraya verenden talep edilebilecektir. Bu halde kiracı, kira ödeme borcu ile sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan alacağını takas edebilir⁵⁰. Ancak kiracı bu alacağını takas etmeden kiraya veren iflas ederse bu durumda söz konusu güvence bedeli iflas masasına dahil olur.

Her ne kadar TBK m. 342 hükmü emredici olsa da uygulamada hala kira sözleşmelerinde taraflar arasında güvence bedelinin kiraya verene teslim edileceğinin kararlaştırıldığı görülmektedir. TBK m. 342 hükmü hukuk uygulaması bakımından fiilen 'kadük' durumdadır. Bu nedenle bir görüşe göre güvence bedelinin TBK m. 342'ye uygun olmayan şekilde verilmiş olduğu durumlarda kiralanın devri halinde sözleşmenin TBK m. 310 uyarınca tarafı olan yeni malikin mevcut kira sözleşmesinin sona ermesi durumunda güvence bedelinin iadesinden sorumlu tutulmaması gerekir⁵¹. Zira kesin hükümsüz olan güvence bedeli kira sözleşmesini devralan yeni malike hiç geçmemiştir.

Güvence bedelinin iadesi borcu kira sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte muaccel olmaktadır. Bununla birlikte TBK m. 342'ye aykırı olarak önceki kiraya verene verilmiş tutar onun lehine sebepsiz zenginleşme teşkil eder ve TBK m. 310 kapsamında sözleşmenin tarafı olan yeni malike intikal etmez. Bu nedenle de kiracı söz konusu bedeli önceki malikten talep etmelidir. Kiracının sözleşme kapsamındaki herhangi bir borcuna aykırı davranması durumunda kiraya verenin hiçbir şekilde yararlanamayacağı bu tutarın iadesinden de sorumlu tutulmaması gerekir⁵². Bu kapsamda kiracı sebepsiz zenginleşme

⁴⁹ İnceoğlu/Baş, s. 132.

⁵⁰ Reudt, Art. 257e, n. 16; İnceoğlu/Baş, s. 132.

⁵¹ Sarı Fidan, Kira Sözleşmesinde Taraf Değişikliğinin Mevcut Teminatlara Etkisi, s. 358.

⁵² Sarı Fidan, Kira Sözleşmesinde Taraf Değişikliğinin Mevcut Teminatlara Etkisi, s. 358.

hükümlerine dayanarak kira sözleşmesini devreden kiracıya başvuracaktır. Kiracının kiraya veren ilk malike yönelteceği talep TBK m. 82 uyarınca sebepsiz zenginleşme zamanaşımına tabidir. Bu kapsamda kiracı uzun yıllar kira konusunu edinen ile kira ilişkisini sürdürmüştü hükümde yer alan zamanaşımının üst sınırı olan 10 yıllık süreyi de kaçırmış olabilecektir. Zira 10 yıllık süre sebepsiz zenginleşmenin gerçekleşme anı olan güvence bedeli olarak belirlenen tutarın kiraya verenin malvarlığına geçtiği anda başlayacaktır.

Yukarıda yer verdiğimiz görüşün karşısında ise TBK m. 342'nin karşılığı olan mehzat İsviçre Borçlar Kanunu m. 257e'ye uygun olmadan verilen güvence bedelinin dahi yeni malik önceki kiraya verenin halefi olarak sözleşmeyi tüm hak ve borçlarıyla devraldığı için taşınmazı devralan yeni kiraya verenden talep edilmesi gerektiği öne sürülmektedir⁵³. Zira taşınmazı devralmasıyla birlikte kira sözleşmesi onun taraf olduğu zamanda sona erdiği için iade borcunun muhatabı da yeni malik olmalıdır. Bununla birlikte İsviçre Federal Mahkemesi aksi görüşte olup yukarıda ifade ettiğimiz birinci görüşü savunmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi, önüne gelen bir uyuşmazlıkta⁵⁴ kiraya veren tarafından hukuka uygun şekilde tutulmayan bir güvence bedelinin iadesinin taşınmazın devriyle birlikte yeni malikten istenemeyeceği, kiracının iade talebini taşınmazın önceki maliki olan taşınmazı devredene karşı ileri sürmesi gerektiğini belirtmiştir.

Federal Mahkeme'ye göre taşınmazı devralan üçüncü kişi, kiracıya karşı, kiraya veren tarafından İsviçre Borçlar Kanunu m. 257e hükmüne aykırı olarak bankaya yatırılmayan depozitonun kiracıya iadesinden sorumlu değildir. Zira kiraya verene güvence veren kiracı, bu paranın kiraya veren tarafından kanuna uygun olarak saklandığını denetlemekle yükümlüdür. Bankadan uygun bir süre içinde güvence bedelinin kanuna uygun şekilde saklandığına ilişkin bir teyit almazsa bu durumda o kiraya verenden vermiş olduğu güvenceyi kendisine

⁵³ Markus Wyttenbach, "Zur Auswirkung der Spaltungstheorie auf die Ansprüche des Mieters (Art. 261 OR)", *Mietrechtspraxis*, 2011, 1-36, s. 10.

⁵⁴ BGE 127 III 273 (Swisslex) Erişim Tarihi: 25.11.2025

vermesini talep etmeli veya muaccel kira borçlarıyla bu alacağını takas etmelidir⁵⁵.

Hukuki gerekçesini açıkça ortaya koymasa da Yargıtay 6. Hukuk Dairesi bu hususta vermiş olduğu iki kararında⁵⁶ da kira sözleşmesinin TBK m. 310 kapsamında taşınmazı devralana geçtiği durumlarda, kiracıdan TBK m. 342'ye aykırı olarak doğrudan teslim almış olduğu güvence bedelini yeni malike teslim ettiğini kanıtlamadığı müddetçe depozitonun iadesinden taşınmazı ilk kiraya verenin sorumlu olacağına hükmetmektedir. Diğer bir ifadeyle Yargıtay, eski kiraya verenin güvence bedelini iade borcundan kurtulabilmesi için borcun yeni malik tarafından üstlenilmesini aramaktadır. Bununla birlikte yine Yargıtay 6. Hukuk Dairesi 2013 tarihli bir kararında⁵⁷ ise yeni kiraya verene söz konusu güvence bedeli önceki malik tarafından devredilmemiş olsa dahi yeni kiraya verenin önceki kiraya verenin halefi olduğu gerekçesiyle depozitoyu iade etmekle yükümlü olduğuna hükmetmiştir.

Kanaatimizce birinci görüşe üstünlük tanınmalıdır. TBK m. 342 hükmünün emredici niteliği karşısında konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerinde doğrudan kiraya verene teslim edilen güvence bedeli, kira hukuku kapsamında onun alacakları için bir teminat oluşturmayacak; kiraya veren lehine sebepsiz zenginleşme teşkil edecektir. Bu nedenle kira sözleşmesi TBK m. 310, 311 hükümleri kapsamında aynı hak sahibine geçse dahi, kiracı tarafından önceki kiraya verene ödenmiş olan söz konusu tutarlar yeni kiraya verenden talep edilemeyecek; önceki kiraya verenden sebepsiz zenginleşme kapsamında istenebilecektir.

Sonuç

Kiralananın el değiştirmesi durumunda, özellikle konut ve çatılı işyeri kiralalarında güvence bedelinin (depozito) kimden talep edileceği hususu hem teorik hem de pratik açıdan önemli bir hukuki sorun teşkil

⁵⁵ Wyttenbach, s. 11.

⁵⁶ Y. 6 HD. E. 2014/2092, K. 2014/12561, T. 18.11.2014; Y. 6. HD. E. 2014/9248 K. 2014/13342 T. 2.12.2014. (Lexpera) Erişim Tarihi: 25.11.2025;

⁵⁷ Y. 6. HD. 2012/15914 E., 2013/9504 K. T. 29.5.2023. (Lexpera) Erişim Tarihi: 25.11.2025

etmektedir. Yapılan incelemeler neticesinde, güvence bedelinin akıbetinin, tarafların TBK m. 342’de öngörülen emredici düzenleme kapsamında güvence bedelinin kiracı adına açılacak ve kiraya verenin onayı olmaksızın üzerinde tasarruf edilemeyecek vadeli tasarruf hesabına yatırılması zorunluluğuna uyup uymadıklarına göre belirlenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

Eğer taraflar TBK m. 342 hükmüne uygun hareket ederek güvence bedelini bir banka hesabına bloke etmişlerse, kira sözleşmesinin yasal devri ile birlikte bu bedel üzerindeki rehin hakkı da fer’i bir hak olarak kendiliğinden yeni malike geçer. Bu senaryoda yeni malik, sözleşmenin tarafı haline gelerek güvence hesabı üzerinde hak sahibi olur. Bu kapsamda yapılması gereken yalnızca bankaya bildirimde bulunarak yeni maliki kiraya veren olarak banka nezdinde tanıtılmasıdır.

Ancak uygulamada sıklıkla görüldüğü üzere, güvence bedelinin TBK m. 342’nin emredici hükmüne aykırı olarak doğrudan kiraya veren eski malike nakden ödendiği durumlarda hukuki nitelendirme değişmektedir. Kanaatimizce, kanuna aykırı olarak elden teslim edilen bu bedel, hukuken geçersiz bir anlaşmaya dayandığından kira sözleşmesinin yasal devri kapsamında yeni malike intikal etmez. Eski malikin malvarlığına giren bu tutar, onun açısından bir sebepsiz zenginleşme teşkil eder.

Yargıtay’ın bu konuda farklı yönde kararları bulunmakla birlikte; hukuka aykırı işlemin sonuçlarından, bu işlemde hiçbir menfaat sağlamayan ve parayı fiilen teslim almayan yeni malikin sorumlu tutulması hakkaniyete aykırıdır. Bu nedenle, elden ödenen ve yeni malike devredildiği ispatlanamayan güvence bedelleri için kiracının muhatabı yeni malik değil, parayı tahsil eden önceki malik olmalıdır. Kiracı, iade talebini sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde taşınmazı devreden önceki kiraya verene yöneltmelidir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Peer-Review: Externes Peer-Review-Verfahren.

Interessenkonflikt: Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

Finanzielle Unterstützung: Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

ZUSAMMENFASSUNG

Im Falle der Veräußerung der Mietsache geht das Mietverhältnis gemäß Art. 310 tOR (türkisches Obligationenrecht) auf den neuen Eigentümer über, der die Mietsache erwirbt. Infolgedessen wird der Mietvertrag über die Mietsache zwischen dem neuen Eigentümer der Immobilie und dem Mieter fortgesetzt. Bei Beendigung des Mietverhältnisses stellt sich die Frage der Rückerstattung der Sicherheitsleistung – in der Praxis als Kautions bezeichnet –, die der Mieter dem früheren Eigentümer aufgrund einer entsprechenden Vereinbarung der Parteien geleistet hat. Die Pflicht zur Rückerstattung der Sicherheitsleistung liegt grundsätzlich beim Vermieter. Es ist jedoch zu beobachten, dass der neue Vermieter (Erwerber) mit Rückforderungsansprüchen bezüglich einer Sicherheitsleistung konfrontiert wird, von der er nicht profitiert hat, sofern der frühere Vermieter diese Sicherheitsleistung nicht gesondert an den Erwerber der Immobilie übertragen hat.

In diesem Zusammenhang gibt es zahlreiche Entscheidungen des Kassationshofs (Yargıtay), wonach der Adressat des Rückforderungsanspruchs der frühere Eigentümer ist, wenn nicht nachgewiesen werden kann, dass die betreffende Kautions gesondert an den Erwerber übertragen wurde. Es besteht kein Zweifel daran, dass diese Entscheidungen im Hinblick auf die Einzelfallgerechtigkeit – sowie aus Gründen der Prozessökonomie – getroffen wurden. Dennoch birgt die Forderung der Sicherheitsleistung vom früheren Eigentümer, insbesondere bei Mietverhältnissen, die nach dem Eigentümerwechsel noch viele Jahre andauern, verschiedene Schwierigkeiten. Da dies oft aus Gründen wie Adressänderungen nicht möglich ist, erleidet der Mieter Nachteile, da er die Sicherheitsleistung nicht zurückerlangen kann.

Die Sicherheitsleistung, die vom Mieter in Bezug auf Wohn- und Geschäftsräume verlangt werden kann, ist in Art. 342 tOR gesondert geregelt. Gemäß Art. 342 Abs. 2 tOR muss die Sicherheit bei einer Bank hinterlegt werden, wenn die Parteien vereinbart haben, dass für die gemieteten Wohn- oder Geschäftsräume ein Geldbetrag oder Wertpapiere als Sicherheitsleistung erbracht werden. In der Praxis ist jedoch weit verbreitet, dass diese zwingende Rechtsvorschrift nicht befolgt wird und nach wie vor ein Geldbetrag vom Mieter direkt an den Vermieter als

Sicherheitsleistung übergeben wird. In Fällen, in denen die Sicherheitsleistung entgegen Art. 342 Abs. 2 tOR direkt an den Vermieter übergeben wurde, stellt das Schicksal der Sicherheitsleistung bei einem späteren Eigentümerwechsel der Mietsache ein gesondertes Problem dar; da eine Übertragung der gesetzeswidrig an den Vermieter übergebenen Sicherheitsleistung auf den neuen Eigentümer nicht in Frage kommt, stellt sich das Problem, von wem diese zurückzufordern ist.

In unserer Arbeit wird zunächst auf die Rechtsnatur der Sicherheitsleistung eingegangen. Im Anschluss wird die Frage behandelt, an wen sich der Rückforderungsanspruch des Mieters bezüglich der Sicherheitsleistung richten muss, wenn Wohn- und Geschäftsraummietverträge sowie andere Mietverträge nach dem Übergang der Mietsache auf den Erwerber im Rahmen von Art. 310 tOR enden.

Die Frage, von wem die Sicherheitsleistung (Kautions) im Falle eines Eigentümerwechsels an der Mietsache, insbesondere bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen, zurückgefordert werden kann, stellt sowohl theoretisch als auch praktisch ein wichtiges Rechtsproblem dar. Im Ergebnis der Untersuchungen wurde festgestellt, dass das Schicksal der Sicherheitsleistung davon abhängt, ob die Parteien die zwingende Vorschrift des Art. 342 tOR eingehalten haben. Diese schreibt vor, dass die Sicherheitsleistung auf ein auf den Namen des Mieters lautendes Termineinlagekonto einzuzahlen ist, über das ohne Zustimmung des Vermieters nicht verfügt werden darf.

Haben die Parteien gemäß Art. 342 tOR gehandelt und die Sicherheitsleistung auf einem Bankkonto blockiert, geht mit dem gesetzlichen Übergang des Mietvertrags auch das Pfandrecht an diesem Betrag als Nebenrecht automatisch auf den neuen Eigentümer über. In diesem Szenario wird der neue Eigentümer Vertragspartei und erlangt die Berechtigung am Kautionskonto. In diesem Rahmen ist es lediglich erforderlich, die Bank zu benachrichtigen und den neuen Eigentümer gegenüber der Bank als Vermieter bekannt zu machen.

Wie in der Praxis jedoch häufig zu beobachten ist, ändert sich die rechtliche Beurteilung, wenn die Sicherheitsleistung entgegen der zwingenden Vorschrift des Art. 342 tOR direkt an den alten Vermieter (den früheren Eigentümer) in bar gezahlt wurde. Unserer Ansicht nach geht dieser

gesetzeswidrig von Hand zu Hand übergebene Betrag im Rahmen des gesetzlichen Übergangs des Mietvertrags nicht auf den neuen Eigentümer über, da er auf einer rechtlich unwirksamen Vereinbarung beruht. Dieser Betrag, der in das Vermögen des alten Eigentümers gelangt ist, stellt für diesen eine ungerechtfertigte Bereicherung dar.

Zwar liegen hierzu unterschiedliche Entscheidungen des Kassationshofs vor; es widerspricht jedoch der Billigkeit, den neuen Eigentümer, der aus diesem Vorgang keinen Nutzen gezogen und das Geld nicht tatsächlich erhalten hat, für die Folgen des rechtswidrigen Geschäfts haftbar zu machen. Aus diesem Grund sollte bei bar gezahlten Sicherheitsleistungen, deren Übertragung auf den neuen Eigentümer nicht nachgewiesen werden kann, nicht der neue Eigentümer, sondern der frühere Eigentümer, der das Geld vereinnahmt hat, der Anspruchsgegner des Mieters sein. Der Mieter muss seinen Rückforderungsanspruch im Rahmen der Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung gegen den alten Vermieter richten.

KAYNAKÇA

- ACAR Faruk, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Bakımından Güvence Olarak Kararlaştırılan Paranın Bankaya Yatırılması Zorunluluğu (TBK. m. 342/2)”, *Mustafa Dural’a Armağan*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 1-20. (kısaca “6098 sayılı TBK Bakımından Güvencenin Bankaya Yatırılması Zorunluluğu”)
- ACAR Faruk, “Kira Sözleşmesinde Bağlantılı İşlem ve Güvence”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, S. 9, C. 103-104, s. 163-170.
- ACAR Faruk, *Kira Hukuku Şerhi*, 4. Baskı, Beta Yayıncılık, 2017.
- ACAR, Faruk “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nın Değerlendirilmesi Sempozyumu – Kira Sözleşmesi”, *Legal Hukuk Dergisi*, C. 3, S. 34, Y. 2005, 3685-3691, s. 3687
- AKKIŞLA Hasibe Sena, *Kira İlişkisinden Doğan Yan Edim Yükümlülükleri ve İhlalinin Sonuçları*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2023.
- ALTIN Hayrünnisa, *Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının Güvence Vermesi*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017.
- ALTINOK ORMANCI Pınar, “Kira Sözleşmesinin Kurulmasından Sonra Kiralananın El Değiştirmesi: “Satım Kirayı Bozmaz” İlkesinin Sonuçları”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Y. 12, S.24, 2013/2, s. 125-141.
- AYDIN ÜNVER Tülay, *Müşterek Hesap*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- AYDOĞDU Murat, “Konut ve Çatılı İşyeri Kirası Sözleşmelerinde Kiracının Güvence (Depozito) Verme Borcu”, *DEÜHFD*, 14/1, s. 1-53.
- AYDOĞDU Murat/ KAHVECİ Nalan, *Türk Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- ÇABRİ Sezer, “Kira Sözleşmesinde Kiralananın Mülkiyetinin El Değiştirmesinin veya Üçüncü Kişinin Kiralanan Üzerinde Sınırlı Ayni Hak Sahibi Olmasının Sözleşmeye Etkisi”, *MÜHF – HAD*, C. 18, S. 3, s. 163-199.

ÇELEBİ Özgün, “Düzensiz Rehin İlişisine Teslime Bağlı Taşınır Rehni Hükümlerinin Kıyasen Uygulanmasına Dair Bazı Sorunlar”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 218, Ocak-Şubat 2024, s. 119-171.

GİGER, Hans Berner *Kommentar Die Miete, Art. 253-273c*, Regina Aebi-Müller, Christoph Müller (Hrsg.), Stämpfli Verlag AG, 2020, Art. 257e.

GÜMÜŞ Mustafa Alper, *Kira Hukuku*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

HERRLEIN Jürgen/KNOPS Kai-Oliver/Spiegelberg Lea (Hrsg.), *Kommentar zum Mietrecht*, 5. Auflage, Springer Verlag, 2021.

HIGI Peter / BÜHLMANN Anton / WILDISEN Christoph, Zürcher Kommentar, Die Miete, Vorbemerkungen zum 8. Titel ((Art. 253 - 273c OR), Art. 253 - 265 OR), Jörg Schmid (Hrsg), 5. Neu bearbeitere Auflage, Schulthess, 2019.

İNCEOĞLU M. Murat, “Kira Sözleşmesine İlişkin Başlıca Değişiklik ve Yenilikler”, *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu*, Derleyen: Prof. Dr. Çiğdem Kırca, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 173-212.

İNCEOĞLU M. Murat, *Kira Hukuku C. I*, 3. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014.

İNCEOĞLU M. Murat, *Kira Hukuku, C. II*, 3. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014.

İNCEOĞLU M. Murat/BAŞ Ece, “Türk Borçlar Kanunu Açısından Depozito ve Bankaların Bundan Kaynaklanan Sorumluluğu”, *BATİDER*, C. 28, S. 1, 2012, s. 111-154.

KOUMBARAKİS Zinon, “Sicherheitsleistungen in der Mietpraxis”, *MRA* 2/21 S. 55-77.

ÖKTEM ÇEVİK Seda, *Kira Sözleşmesine Etkisi Bakımından Kiralananın Devri ve Sınırlı Aynı Hakka Konu Olması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

PERMANN Richard, *OFK-Mietrecht Kommentar*, Orell Füssli Verlag AG, 2007

REUDT Daniel, *SVIT Kommentar*, 5. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2025, Art. 257e, n. 8.

SARI FİDAN Özlem, “Kira Sözleşmesinde Taraf Değişikliğinin Mevcut Teminatlara Etkisi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXVI, S. 3, 2022, s. 325-366.

TAŞKIN Zeynep Damla, *Mevduat Rehni Özelinde Alacak Rehni*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.

TEK Gülen Sinem, “Bağlantılı Sözleşme, Kullanma Giderleri, Güvence, TBK m.340-342”. *İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu C. 2*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 2007–2044.

WYTTEBACH, Markus “Zur Auswirkung der Spaltungstheorie auf die Ansprüche des Mieters (Art. 261 OR)”, *Mietrechtspraxis*, 2011, 1-36

YAVUZ Cevdet/ ACAR Faruk/ ÖZEN Burak, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 19. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2024.

YAVUZ Nihat, *Kira Hukuku*, 5. Bası, Adalet Kitabevi, Ankara, 2017.

ZEVKLİLER Aydın/ GÖKYAYLA Emre, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 20. Bası, Vedat Kitapçılık, 2020.

Çevrimiçi Kaynakça

<https://sozluk.gov.tr/> Erişim tarihi: 25.11.2025

Davalı Yabancı Devlete Tebligat Sorunu

Das Problem der Zustellung an den beklagten ausländischen Staat

Dr. Zeynep Çalışkan*

ÖZ

Yabancı devletin özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklarında yargı muafiyeti bulunmamaktadır. Dolayısıyla, yabancı devlet aleyhine açılan davanın görülebilmesi için, kendisine usulüne uygun tebligat yapılması gerekir. Davalı yabancı devlete tebligat önemli bir konudur. Zira, tebligat, davalının adil yargılanma hakkı ve hukuki dinlenilme hakkının ön koşuludur. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 49(2) maddesinde, yabancı devletin özel hukuk ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklarda yabancı devletin diplomatik temsilcilerine tebligat yapılabilir şeklinde özel bir düzenleme yer almaktadır. Ancak, tebligatın hangi usulde yapılacağı bu madde de düzenlenmediğinden, doktrindeki farklı görüşler incelenecektir. Konuyla ilgili uluslararası teamül ve diğer devlet uygulamalarından örnekler verilerek, bu maddenin nasıl uygulanması gerektiği açıklanacaktır. Yabancı devlete 1965 Lahey Tebligat Anlaşması kapsamında da tebligat yapılmaktadır. Bu anlaşmanın uygulanmasına ilişkin 2025 Tarihli “Lahey Tebligat Anlaşmasının Uygulanması Üzerine Pratik El Kitabı”, uygulayıcılar için önemli bir rehberdir. Devletlerin egemenliği gereği, devletlerin yasal düzenlemelerinde ve uygulamalarında, bu anlaşma uygulanırken, her devlet açısından dikkat edilmesi gereken esaslar bulunmaktadır. Türk mahkemelerince yabancı devletlere 1965 Lahey Tebligat Anlaşması kapsamında yapılacak tebligatlarda, 2011 tarihli 63/3 sayılı Genelgenin Ek-9 ‘da “Hukuki ve Ticari Konularda Uluslararası Tebligat İşlemlerinde Devletlere Göre Uygulanacak Esaslar” belirtilen hükümlere uyulması gerekir. Bu

* Dr, Çalışkan Partners Law Firm, Milletlerarası Özel Hukuk, E-Posta:zeynepakgulgulcaliskan@gmail.com; ORCID: 0000-0002-4945-5896.



bağlamda, bu çalışmada davalı yabancı devlete tebligat usulünde, tebliğ tarihinden itibaren cevap süresi olarak altmış günlük bir süre tanınması, uluslararası teamül hukuku, İngiltere, ABD ve Pakistan gibi devletlerin yasal düzenlemelerinden örnekler verilerek incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: *Yabancı devlet, tebligat, 1965 Lahey tebligat anlaşması, uluslararası teamül hukuku, merkezi makam*

The Problem of Service of Process on the Defendant Foreign State

ABSTRACT

There is no immunity from jurisdiction in disputes relating to private law involving a foreign state. Therefore, for a lawsuit filed against a foreign state to be heard, proper service of process must be made to that state. Service of process on the defendant foreign state is an essential issue. Indeed, service of process is a prerequisite for the defendant's right to a fair trial and the right to be heard. Article 49(2) of the Turkish Private International and Procedural Law Act contains a specific provision stating that service of process may be made to the diplomatic representatives of a foreign state in disputes arising from private law relations of that foreign state. However, since this article does not specify the method of service of process, the different opinions in the doctrine will be examined. Examples from international custom and other state practices on the subject will be given to explain how this article should be implemented. Service of process is also effected to foreign states under the 1965 Hague Service Convention. The 2025 "Practical Handbook on the Application of the Hague Service Convention" is an important guide for practitioners regarding the implementation of this Convention. In accordance with the sovereignty of states, there are principles that each state must observe in its legal regulations and practices when implementing this Convention. Service of process to be made by Turkish courts to foreign states within the scope of the 1965 Hague Service Convention, the provisions set out in Annex-9 of Circular No. 63/3 dated 2011, entitled "Principles to be Applied to States in International Service of Process Procedures in

Legal and Commercial Matters" must be complied with. In this context, this study will examine the granting of a sixty-day response period from the date of service in the service of process to the defendant foreign state, citing examples from international customary law and the legal regulations of states such as the United Kingdom, the United States of America, and Pakistan.

Keywords: *Foreign state, service of process, 1965 Hague service convention, customary international law, central authority*

GİRİŞ

Ulusal mahkemelerde egemen devletlere karşı dava açılması önemli bir konudur. Dava ile ilgili usul işlemlerinin davalıya tebliği, savunma hakkına uymanın temel unsurunu teşkil eder. Tebligat işlemi usulüne uygun olarak yerine getirilmedikçe dava görülemez. Zira tebligat, davalının adil yargılanma hakkı ve hukuki dinlenilme hakkının ön koşuludur. Davalı egemen bir yabancı devlet olduğunda, aleyhine açılan davanın görülebilmesi için, kendisine usulüne uygun tebligat yapılması gerekir. Bu çalışmada ilk olarak, uluslararası hukukun devletin yargı yetkisine getirmiş olduğu yargı bağıışıklığı kavramı ile icra bağıışıklığı kavramları açıklanacaktır.

Yargı muafiyetinin tanınmadığı durumlarda davalı yabancı devlete karşı açılan davalarda, davalı yabancı devlete tebligata ilişkin Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunumuzun (MÖHUK) 49(2) maddesi özel ve alternatif bir düzenleme içermektedir. Bu maddeye göre, yabancı devletin özel hukuk ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklarda yabancı devletin diplomatik temsilcilerine tebligat yapılabilir. Ancak tebligatın nasıl ve hangi usulde yapılacağına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrin, bu tebligat işleminin Tebligat Kanunu'nda düzenlenen mahalli tebligat usulüne göre yapılmasını kabul etmektedir. Bu çalışmada, bu düzenleme ve doktrin görüşü uluslararası teamül hukuku, mukayeseli hukuk ve uygulama açısından değerlendirilecektir. Özellikle, bu çalışmada, davalı yabancı devlete tebligat usulünde, tebliğ tarihinden itibaren cevap süresi olarak altmış günlük bir süre tanınması, uluslararası teamül hukuku, İngiltere,

ABD ve Pakistan gibi devletlerin yasal düzenlemelerinden örnekler verilerek açıklanacaktır.

Davalı yabancı devlete yapılacak tebligata ilişkin uygulamada kabul gören en önemli usul, tebligatın 1965 tarihli Hukuki ve Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Anlaşma hükümlerine göre yapılmasıdır. Bu anlaşma hükümlerine göre tebligatın yapılmasında dikkat edilmesi gereken önemli hususlar bulunmaktadır. Özellikle devletlerin egemenliği gereği, yabancı devletlere yapılacak tebligatlarda tebliğden itibaren altmış günlük bir süre verilmesine dikkat edilmesi ve her devletin Anlaşmayı imzalarken yapmış oldukları beyanların göz önünde bulundurulması gerekir. Bu hususlara dikkat edilmemesi durumu, yargılamanın ilerlemesini önemli ölçüde geciktirebilir ve maliyetlerin artmasına sebep olabilir. 2025 yılında yayınlanan Lahey Tebligat Anlaşmasının Uygulanması Üzerine Pratik El Kitabı¹, mahkemelere ve uygulayıcılara önemli bir rehberdir. Bu çalışmada, bu anlaşma kapsamında yabancı devlete yapılacak tebligatlar, uluslararası teamül hukuku, bahsedilen El Kitabı, mukayeseli hukuk ve uygulama dikkate alınarak incelenecektir.

I. Yabancı Devletin Yargı ve İcra Bağımsızlığı

A. Yabancı Devletin Yargı Bağımsızlığı

Davalı yabancı devlete karşı tebligat sorununu incelemeden önce, yabancı devletin yargı ve icra bağımsızlığından kısaca bahsetmek gerekir. Yargı yetkisi, devletin egemenlik hakkının bir görünümü olup, devlet kural olarak ülkesinde bulunan herkes hakkında yargı yetkisini kullanabilir. Ancak, uluslararası hukuk, devletin yargı yetkisine önemli sınırlamalar getirmiştir². Devletlerin yargı yetkisine getirilen sınırlama, belirli kişilere tanınmış olan “yargı bağımsızlığı” kavramı ile ifade

¹ Hague Conference on Private International Law (HCCH), *Practical Handbook on the Operation of the Service Convention*, 5th Edition, Hague, Netherlands, 2025.

² Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, Yenilenmiş 23. Bası, Beta, İstanbul, 2021, s. 431; Cemal Şanlı/ Emre Esen/İnci Ataman Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 11. Bası, Beta, İstanbul, 2024, s. 438.

edilmektedir. Ancak uluslararası hukukun kabul ettiği bağışıklık iki farklı türde karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan birincisi, yargılama yapılmasından ve hüküm verilmesinden muafiyet anlamında kullanılan yargı bağışıklığı olup, devletlerin yargı yetkisi sınırlandırılmıştır. İkincisi ise, mahkeme veya hakem kararlarının icrasından muafiyete ilişkin olarak kabul edilen icra muafiyetidir³.

Yargı bağışıklığı (yargı muafiyeti) olarak ifade edilen ve uluslararası anlaşmalar ve teamül hukukundan kaynaklanan bazı istisnai statüde bulunanlar hakkında devletin yargı yetkisi yoktur. Bu bağlamda, yabancılık unsuru taşıyan bir özel hukuk uyuşmazlığının Türk mahkemelerinde görülebilmesi için, Türk mahkemelerinin yargı yetkisini kısıtlayan bir uluslararası hukuk kuralının bulunmaması gerekir⁴.

“Yargı yetkisinin mevcudiyeti”, dava şartı olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK) 114 (1/a) maddesinde düzenlenmiştir. Yargı bağışıklığı bulunan bir kimse veya kuruluş hakkında mahkemenin yargı yetkisi mevcut olmadığından, mahkeme davayı usulden reddedecektir⁵.

Uluslararası hukukta, önceleri yargı muafiyeti mutlak muafiyet (*absolute immunity*) olarak kabul edilmekteydi. Diğer bir ifadeyle, yabancı devletin bütün eylemlerinin yargı muafiyeti kapsamında olduğu benimsenmişti. Zira, devletlerin egemenliği ve eşitliği ilkesine göre, eşitin eşiti yargılayamayacağı (*par in parem non habet jurisdictionem*) kabul edilmekteydi⁶. Ancak 19. ve 20. yüzyıllarda, sanayi devriminin

³ Sibel Özel/Mustafa Erkan /Hatice Selin Pürselim/Hüseyin Akif Karaca, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 3. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2024, s. 556; Hatice Özdemir-Kocasakal, “Devletlerin Yargı ve İcra Muafiyetleri ve Bunların Tahkim Yargılamasındaki Rolü”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 22, sy. 2, Haziran 2011, 525-76, s. 526; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 440.

⁴ Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 8. Bası, Beta, İstanbul, 2023, s.119.

⁵ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 439; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, s. 559.

⁶ Aysel Çelikel, Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 18. Bası, Beta, İstanbul, 2024, s. 702; Ergin Nomer, *Milletlerarası Usul Hukuku*, Yenilenmiş 2.

etkisiyle, devletlerin ticari faaliyetlerde etkin katılımı ile birlikte, devletlerin taraf olduğu uyuşmazlıkların artması ve bu uyuşmazlıklarda devletlere tanınan mutlak yargı bağışıklığı⁷, hukuki ve ticari anlamda adaletsiz sonuçlar doğurduğundan, mutlak yargı muafiyeti anlayışının yerine, sınırlı yargı muafiyeti (*restrictive immunity*) anlayışı uluslararası hukukta ve mukayeseli hukukta kabul edilmiştir⁸.

Yabancı devletin yargı muafiyetiyle ilgili uluslararası ve ulusal düzenlemelerde, yabancı devletin yargı muafiyeti kural olarak kabul edilmiş ve bunun istisnaları düzenlenmiştir⁹. Türk hukukunda da yabancı devletin yargı muafiyeti MÖHUK'un 49. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, yabancı devletlere, özel hukuk ilişkilerinden doğan hukuki uyuşmazlıklarda yargı muafiyeti tanınmaz. Türk hukukunda bu düzenleme ile sınırlı yargı muafiyeti ilkesinin kabul edildiği görülmektedir¹⁰. Ancak belirtmek gerekir ki, bu madde sadece yabancı devletin yargı muafiyetini düzenlemektedir. Zira Diplomatik temsilcilerin yargı bağışıklığı, Türkiye'nin taraf olduğu 1961 Tarihli "Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi"nde (1961 Tarihli

Bası, Beta, İstanbul, 2018, s. 59; Esra Dardağan-Kibar,, "Yargı Kararları Işığında Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı Alanında Güncel Gelişmelere Bakış", *Prof. Dr. Rona Aybay'a Armağan*, İstanbul 2014, s. 68; Rona Aybay, "Yargıtay İçtihatlarına Göre Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt: 20, Sayı: 72, Eylül 2007, Sayfa: 109.

⁷ Ernest K. Bankas, *The State Immunity Controversy in International Law Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts*, Second Edition, Springer, 2022, s.33-34; Yıldırar Sak, *Devletin Yargı Bağışıklığı ve Temel Hakların Korunması*, Seçkin, İstanbul, 2015, s 53-58.

⁸ Yusuf Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk -I-*, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 8. Baskı, Seçkin, Ankara, 2025, s. 347; Özdemir-Kocasakal, *Devletlerin Yargı ve İcra Muafiyetleri ve Bunların Tahkim Yargılamasındaki Rolü*, s. 527-530; Bankas, s.120.

⁹ Ceyda Süral, *Uluslararası Özel Hukukta Yabancı Devletlerin Sınırlı Yargı ve İcra Muafiyeti*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015 s.39-64.

¹⁰ Ziya Akıncı, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 179; Süral, s. 282.

Viyana Sözleşmesi)¹¹, Konsolosluk temsilcilerin yargı muafiyeti, Türkiye'nin de taraf olduğu "Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi"nde¹² (1963 Tarihli Viyana Sözleşmesi) düzenlemiş olup, bu sözleşme hükümlerine göre diplomatik temsilcilerin ve konsolosluk temsilcilerin özel hukuk ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklarda yargı muafiyetlerinin olup olmadığı belirlenmelidir.

MÖHUK m. 49 uyarınca, yabancı devlete özel hukuk ilişkilerinden doğan hukuki uyuşmazlıklarda yargı muafiyeti tanınmaz. Bu düzenleme, yabancı devletin yargı muafiyetine ilişkin olarak uluslararası uygulamada kabul edilen görüş ve anlayışa uygundur¹³. Bu düzenleme ile sınırlı yargı muafiyeti kabul edilmiş olup, yabancı devletin yargı muafiyetinden yararlanamayacağı durum belirtilmiştir. Yabancı devletin özel hukuk ilişkilerinden doğan hukuki uyuşmazlıklar dışında, yargı muafiyetinin olduğu kabul edilmiştir. Dolayısıyla uygulamada önemli olan, hangi işlem ve eylemin özel hukuk ilişkisi hangisinin hakimiyet tasarrufu olduğu konusunun belirlenmesi, yabancı devletin yargı muafiyetinin olup olmadığı noktasında önem arz etmektedir.

¹¹ 18 Nisan 1961 Tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkındaki Viyana Sözleşmesine Katılmamızın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, 04/09/1984 tarihinde kabul edilmiş, 12/09/1984 tarihli ve 18513 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Türkiye açısından, 6 Mart 1985 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme hakkında bilgi için bkz: https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?src=treaty&mtdsg_no=iii-3&chapter=3&clang=_en (Erişim tarihi: 4.10.2025).

¹² 24 Nisan 1963 Tarihinde Viyana'da İmzalanan Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesine Katılmamızın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, 20/05/1975 tarihinde kabul edilmiş olup, 29/05/1975 tarihli ve 15249 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Türkiye açısından, 19 Şubat 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme hakkında bilgi için bkz: https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?src=treaty&mtdsg_no=iii-6&chapter=3 (Erişim tarihi: 4.10.2025).

¹³ Nomer, *Milletlerarası Usul Hukuku*, s. 64; Süral, s. 282, Ersin Erdoğan, "Yabancı devletin yargı bağımsızlığının sınırları hakkında güncel sorunlar ve terör suçları açısından yargı bağımsızlığı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65, S. 4, Aralık 2016, s. 3378.

Yabancı devlete karşı açılan davalarda, dava konusu işlem veya eylemin özel hukuk tasarrufu mu (*acts jure gestionis*) yoksa egemenlik tasarrufu mu (*acts jure imperii*) olduğunun hangi hukuka göre tespiti hususunda doktrinde farklı görüşler de bulunsa, çoğunluğun kabul ettiği görüş, bu tespitin *lex fori*ye göre belirlenmesi gerektiğidir¹⁴. Bu bağlamda, uyuşmazlık konusu işlem veya eylemin, davaya bakan hâkimin hukukunda nasıl düzenlendiği, diğer bir ifadeyle hukuki niteliğinden hareket etmek gerekir. Türk hâkimi, yabancı devlete karşı açılan davada, uyuşmazlık konusu yabancı devletin işleminin hukuki niteliğini Türk hukukuna göre belirleyecektir¹⁵.

Yabancı devlete karşı açılan davalarda, uyuşmazlık konusunun özel hukuk tasarrufu olduğu durumlarda yabancı devletin yargı bağımsızlığı yoktur. Örneğin, yabancı devletin Türkiye’de kiraladığı binaya ilişkin kira sözleşmesinden doğan tahliye ve kira parası alacağının tahsili, elçilik bünyesinde sigortalı olarak iş sözleşmesi ile çalışan işçinin, sigortasız geçen hizmetlerinin tespiti için açılan davalarda¹⁶, yabancı devletin atom santralini işletmesinden, taşınmaz satın alması, demiryolu işletmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar için açılan davalarda yabancı devletin yargı bağımsızlığı bulunmamaktadır¹⁷.

Burada belirtmek gerekir ki, Türk hukuku mukayeseli hukuk ve uluslararası teamül kuralı kabul edilen sınırlı yargı muafiyeti prensibini kabul etmiş olmakla beraber, bu kuralın kapsamını belirleyen bir teamül kuralı bulunmamaktadır¹⁸. Dolayısıyla, bu kuralı kabul eden devletler, taraf oldukları uluslararası anlaşmalar dışında, sınırlı yargı muafiyetinin

¹⁴ Vahit Doğan/ Alper Çağrı Yılmaz/Lale Ayhan İzmirli/ *Milletlerarası Özel Hukuk*, 10. Baskıdan Tıpkı 11. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2025, s. 44; Süral, s. 284; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, s. 385; Özdemir Kocasakal, *Devletlerin Yargı ve İcra Muafiyetleri ve Bunların Tahkim Yargılamasındaki Rolü* s. 536; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, s. 560.

¹⁵ Doğan/Yılmaz/İzmirli, s. 44.

¹⁶ Fügen Sargın, *Türk Milletlerarası Usul Hukuku*, Yetkin, Ankara, 2024, s. 420-423.

¹⁷ Zeynep Derya Tarman, *Özgün Şemalarla Milletlerarası Özel Hukuk Kısa Ders Kitabı*, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2023, s. 37.

¹⁸ Süral, s. 285.

kapsamını belirleme konusunda serbesttirler. Bu bağlamda, Türk hâkimi, sınırlı yargı muafiyeti prensibini uygularken, diğer bir ifadeyle, uyuşmazlık konusu yabancı devletin işleminin özel hukuk kapsamına girip girmediğini tespit ederken, uluslararası anlaşma düzenlemelerini ve karşılaştırmalı hukuk uygulamasını da dikkate almalıdır¹⁹. Özellikle, doktrinde haklı olarak savunulduğu üzere, Türk hâkimi devletin yargı bağımsızlığı konusunda uluslararası teamül kurallarına da dikkat etmelidir. Bu noktada özellikle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uluslararası Adalet Divanının kararlarında uluslararası teamül kurallarını yansıttığı kabul edilen 2004 Tarihli Devletler ve Devlet Mallarının Yargı Muafiyetine İlişkin Birleşmiş Miller Sözleşmesinin²⁰ (2004 Tarihli BM Sözleşmesi) önemli bir yol gösterici kaynaktır²¹.

Vurgulamak gerekir ki, yargı bağımsızlığının en önemli istisnalarından biri, yabancı devletin yargı muafiyetinden kendi isteğiyle feragat etmesidir. Devlet uluslararası bir anlaşma ile belirli bir konuda ya da belirli bir sözleşme veya dava için yargı bağımsızlığından feragat edebilir. Ayrıca, karşılaştırmalı hukuk ve uluslararası hukukta kabul edildiği üzere, devletin başka bir devlet mahkemesinde dava açması, açılmış bir davaya müdahale etmesi veya kendisine karşı açılan bir davada esasa ilişkin itirazlar da bulunması halinde yargı bağımsızlığından feragat etmiş kabul edilmektedir²².

B. Yabancı Devletin İcra Bağımsızlığı

¹⁹ Fügen Sargın, “1961 Tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkındaki Viyana Sözleşmesi Hükümleri Dahilinde MÖHUK’un 33. Maddesinin Uygulanabilirliği Sorunu”, (1961 Tarihli Sözleşme), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.52, S.1, 2003,13-36, s. 14.

²⁰ United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, New York, 2 December 2004. Sözleşmeyi 28 devlet imzalamış olmakla birlikte, Sözleşme hükümlerine göre, Sözleşmeye yürürlüğe girmemiştir. Sözleşme hakkında bilgi için bkz: https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?src=treaty&mtdsg_no=iii-13&chapter=3&clang=_en (Erişim tarihi: 5.10.2025).

²¹ Aksar, s. 349: Süral, s.43-44.

²² Süral, s. 289.

Yabancı devletin icra bağışıklığı, yabancı bir devletin kendi aleyhine verilen hükmün icrasından bağışık olması anlamına gelmekte olup bundan dolayı da yargı muafiyetinden farklı bir konudur. Zira, yukarıda da ifade edildiği üzere yargı muafiyetinin belirlenmesinde uyuşmazlığa konu işlem veya ilişkinin hukuki niteliğine bakılmaktayken, icra muafiyetinin olup olmadığının tespitinde ise icraya konu olan malın mahiyeti ve kullanım biçimine bakılmaktadır²³. Yabancı devletin kamusal amaçlarına tahsis edilmiş mallar, icra bağışıklığı kapsamında değerlendirilmektedir. Buna karşılık, yabancı devletin malları ticari amaçlara tahsis edilmişse, bu malların icra muafiyeti bulunmamakta, icraya konu olabilmektedir²⁴.

MÖHUK m. 49'da yabancı devletin icra muafiyetine ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. Ancak Türk hukukunda da uluslararası hukuk ve mukayeseli hukuktaki uygulamaya uygun olarak sınırlı bir icra bağışıklığı olduğu kabul edilmektedir²⁵. Devlet mallarının haczedilemeyeceğine ilişkin İcra ve İflas Kanunu'nun (İİK) 82(1) maddesi, yabancı devlet mallarını değil, Türkiye Cumhuriyeti devletinin mallarını kapsamaktadır. Ancak, İİK'nın 32(2) maddesinde yer alan hükme göre *"Yabancı devlet aleyhine başlatılan ilamlı icra takiplerine ilişkin icra emrinde uluslararası andlaşmalar saklı kalmak kaydıyla, borçlu devlete ait olan mallar hakkında cebri icra yapılabileceği hususu ayrıca ihtar edilir"* ve 42(2) maddesinde yer alan hükme göre *"Yabancı devlet aleyhine ilamsız takip yoluna başvurulamaz"*. Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde yabancı devlet aleyhine ilamlı icra takibi yapılabileceği anlaşılmaktadır²⁶. Ayrıca belirtmek gerekir ki, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanununun 40(3) maddesinde 2022 yılında yapılan değişiklikle, *"Banka nezdinde bulunan yabancı ülke merkez bankalarına ait*

²³ Nomer, *Milletlerarası Usul Hukuku*, s. 70, Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, s. 573.

²⁴ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 451; Doğan/Yılmaz/İzmirli, s. 46.

²⁵ Süral, s. 310-311.

²⁶ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 452-453; Süral, s. 310-311.

para, alacak, mal, hak ve varlıklar haczedilemez, üzerlerine ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz konulamaz.”²⁷.

Vurgulamak gerekir ki, yargı bağısıklığında olduğu gibi, yabancı devlet icra bağısıklığı kapsamında bulunun malları konusunda icra bağısıklığından feragat edebilir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, yabancı devletin yargı bağısıklığından feragat etmesi, icra bağısıklığından da feragat ettiği anlamına gelmemektedir. İcra bağısıklığından feragat etmek istiyorsa, bunu ayrıca yapması gerekir²⁸.

II. Davalı Yabancı Devlete Tebligat

A. Genel Olarak

Türk hukukunda yabancı devletlere özel hukuk ilişkilerinden doğan hukuki uyuşmazlıklarda yargı muafiyetinin tanınmadığı dikkate alındığında, yabancı devlete yapılacak tebligatlarda, ulusal ve uluslararası düzenlemelere titizlikle uyulması gerekmektedir. Tebligat, Anayasamızın 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyetinin somut araçları olan dava ve savunma hakkının en önemli unsurudur. Diğer bir ifadeyle, tebligat, adil yargılanma hakkının var olmasının ön koşuludur. Dolayısıyla, tebligatın hukuka uygun olarak yapılması adil yargılanma hakkı bağlamında önemli olup, adaletin gerçekleşmesi için tebligatın usulüne uygun olarak yapılması gerekir²⁹.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 36. maddesine göre, “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir”. Tebligat, hak arama hürriyeti temelinde, adil yargılanma hakkı ve hukuki dinlenilme hakkı açısından temel bir unsurdur³⁰. HMK’nın 27. maddesine göre, davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına

²⁷ 7351 Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu ile Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 1. Madde, RG.22.01.2022-31727.

²⁸ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 454.

²⁹ Ahmet Cemal Ruhi, *Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Yabancılar ve Yurt Dışındaki Kişilere Yapılan Tebligat*, Seçkin, 2023, s. 28-32.

³⁰ Çelikel/Erdem, s. 554.

sahiptir. Bu hak, yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını, açıklama ve ispat hakkını, mahkemelerin açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini içerir³¹. Tebligat, yargılamanın hukuki dinlenilme hakkına uygun olarak yürütülmesini sağlamaktadır. Dava süresince tarafların bilgilendirilmesi, usulüne uygun olarak yapılacak tebligat ile mümkündür. Diğer bir ifade ile, davalının adil yargılanma hakkı ve hukuki dinlenilme hakkından yararlanabilmesi için kendisine karşı açılan davadan ve bu davanın içeriğinden haberdar olması gerekir.

Yabancı devletlere yapılacak tebligata ilişkin MÖHUK m. 49 (2)'de özel bir düzenleme yer almaktadır. Bu maddeye göre, yabancı devletin özel hukuk ilişkilerinden doğan hukuki uyumsuzluklarda yabancı devletin diplomatik temsilciliğine tebligat yapılabilir. Vurgulamak gerekir ki, burada, yabancı devletin diplomatik temsilcilerine yapılan tebligat, devleti temsilendir³².

MÖHUK m. 49 (2)'deki düzenleme, yabancı devlete yapılacak tebligat usulünde bir alternatif düzenleme olup, bu hükme göre tebligat yapılması zorunlu değildir. Diğer bir ifadeyle, yabancı devlete tebligatın diplomatik usulle veya uluslararası anlaşmaların öngördüğü usullerle yapılması mümkündür³³. Dolayısıyla yabancı devlete tebligat, Dışişleri Bakanlığı aracılığıyla yabancı devletin Türkiye'deki temsilciliklerine veya devletlerin taraf olduğu tebligata ilişkin uluslararası anlaşmalar çerçevesinde yapılabilir³⁴.

Yabancı devlete yapılacak tebligat, Adalet Bakanlığı Tebliğ ve Genelgeleri dikkate alınarak Tebligat Kanunu ve Tebligat Yönetmeliği'nin ilgili hükümlerine ve Türkiye'nin taraf olduğu ikili ve çok taraflı anlaşma hükümlerine göre yapılacaktır. Özellikle iki taraflı ve çok taraflı anlaşmalara uygun olarak tebligatın nasıl yapılacağı

³¹ Gizem Ersen Perçin, *Milletlerarası Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s.7-11, 85 vd.

³² Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 627.

³³ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 626; Nomer, *Milletlerarası Usul Hukuku*, s. 68.

³⁴ Süral, s. 308.

Adalet Bakanlığı Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü'nün 16.11.2011 tarihli 63/3 sayılı Genelgesinde ayrıntılı hükümlerle düzenlenmiştir³⁵. Tebligat yapılırken, bütün bu kaynaklardan hangisine göre yapılıyor ise, o kaynakta belirtilen ve düzenlenen usullere göre yapılması gerekir³⁶. Çünkü bu sıkı şekil kurallarının amacı, tebliğin muhataba ulaşmasını ve onun tarafından kabul edilmesini sağlamaktır. Bundan dolayı, kanun, yönetmelik, genelge ve anlaşma hükümlerine en ufak ayrıntısına kadar uyulması gerekir. Bu düzenlemelerdeki hükümlere uygun olmadan yapılan tebligat, usulsüz tebligat olarak kabul edilmektedir³⁷.

B. MÖHUK m. 49 Uyarınca Tebligat

Aşağıda, 1965 tarihli Hukuki ve Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Anlaşmasını³⁸ (1965 Tarihli Lahey Tebligat Anlaşması) anlatmadan önce, MÖHUK m. 49 (2)'deki düzenleme hakkında doktrindeki tartışmalardan ve uygulamasından bahsetmek yerinde olacaktır. Belirtmek gerekir ki, bu madde yürürlükten kalkan 2675 sayılı MÖHUK m.33/2 ile aynı düzenlemeyi içermektedir³⁹.

MÖHUK m. 49 (2) ile özel hukuk ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklarda, yabancı devletin diplomatik temsilcilerine tebligat yapılabileceği hüküm altına alınmıştır. Doktrindeki bir görüşe göre, bu madde, devletin sınırlı yargı muafiyetine ilişkin düzenlemenin etkisiz kalmaması için getirilmiştir⁴⁰. Bu görüşe göre, “Özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda yabancı devletin diplomatik temsilcilerine tebligat

³⁵ Genelgenin tam metni için bkz: <https://diabgm.adalet.gov.tr/Home/BilgiDetay/3> (Erişim tarihi: 4.10.2025).

³⁶ Çelikel/Erdem, s. 568.

³⁷ Çelikel/ Erdem, s. 568.

³⁸ 09/07/1971 tarihli ve 1483 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan, 17/06/1972 gün ve 14218 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan söz konusu Anlaşma, Türkiye bakımından 28/04/1972 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Anlaşma hakkında bilgiler için bkz: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/service> (Erişim tarihi: 4.10.2025).

³⁹ Çelikel/ Erdem, s. 710; Nomer, *Milletlerarası Usul Hukuku*, s. 67.

⁴⁰ Süral, s. 307.

yapılabileceğini” düzenleyen bir madde getirilmemiş olsaydı, “Yabancı devlete, özel hukuk ilişkilerinden doğan hukukî uyumsuzluklarda yargı muafiyeti tanınmayacağı” şeklinde getirilen düzenlemenin uygulanması mümkün olmayacak ve hukuki bir değeri kalmayacaktı⁴¹. Bu görüşe göre, 49. maddenin ikinci fıkrası, birinci fıkranın uygulanabilmesi için getirilmiş zorunlu bir düzenlemedir⁴².

Doktrindeki hakim görüşe göre, diplomatik temsilcilere diplomatik yol ile tebligat zorunluluğu yalnızca diplomatik temsilcilerin resmi görevlerinin ifası ile ilgili olup, davalı yabancı devlete karşı açılan davalarda bu durum uygulanmaz⁴³. Dolayısıyla, yabancı devlete karşı açılan davalarda davalı yabancı devlete tebligat için 1961 Tarihli Viyana Sözleşmesi uygulama zorunluluğu yoktur⁴⁴. Tekrar vurgulamak gerekirse, diplomatik temsilcilerin resmi görevlerini güven içinde yapmaları için 1961 Tarihli Viyana Sözleşmesi ile getirilen diplomatik temsilcilere muafiyet tanınmayan hallerde açılan davalarda diplomatik yol dışında tebligat yapılamayacağına ilişkin düzenleme, bu kişilerin temsil ettiği Devlet aleyhine açılan davalar hakkında uygulanmayacaktır⁴⁵.

Doktrindeki bir diğer görüş ise, yabancı devlete karşı açılan davalara ilişkin tebligatın MÖHUK m. 49/2 bağlamında diplomatik temsilciye yapılmasının diplomatik temsilcinin kendi diplomatik dokunulmazlığı ile bağdaşmadığı ve uluslararası hukuka aykırı olduğu yönündedir⁴⁶. Özellikle, 1961 Tarihli Viyana Sözleşmesi ile diplomatik temsilcilere yargı muafiyetinin tanındığı ve bu muafiyetin sözleşmede belirtilen sınırlı durumlarda ortadan kalktığı dikkate alındığı ve bu hallerde dahi doğrudan diplomatik temsilciye tebligat yapılamadığı göz önünde bulundurulduğunda, yabancı devlete karşı açılan davalarda

⁴¹ Çelikel/ Erdem, s. 711.

⁴² Çelikel/ Erdem, s. 711.

⁴³ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 627; Nomer, *Milletlerarası Usul Hukuku*, s. 67.

⁴⁴ Süral, s. 307-308.

⁴⁵ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 627.

⁴⁶ Aslan Gündüz, *Yabancı Devletin Yargı Bağımsızlığı ve Milletlerarası Hukuk*, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1984, s. 307.

tebligatın diplomatik temsilciye yapılması, 1961 Tarihli Viyana Sözleşmesine aykırılık teşkil edecektir. Ayrıca, yabancı devlete tebligat, diplomatik yollar ile ve uluslararası anlaşmalar ile yapılabilmekte olup, MÖHUK'un ilgili hükmünün kaldırılması gerektiği de ileri sürülmüştür⁴⁷.

Diplomatik veya Konsolosluk temsilcilerinin yargı bağıışıklığından yararlanmadığı ve kendisinin bizzat uyuşmazlığın tarafı olduğu davalarda, diplomatik ve konsolosluk temsilcisine tebligat, 1961 Tarihli Viyana Sözleşmesine ve 1963 Tarihli Viyana Sözleşmesi hükümlerine göre diplomatik usulle yapılacaktır. Diğer bir ifadeyle, tebligat, Adalet Bakanlığı aracı kılınarak, Dışışleri Bakanlığı vasıtasıyla yapılacaktır⁴⁸. Nitekim, yabancı devletin diplomatik temsilcilerine tebligatın nasıl yapılacağı Adalet Bakanlığı'nın genelgelerinde düzenlenmektedir. 16.11.2011 Tarihli ve 63/3 sayılı Hukuki Alanda Uluslararası Adli Tebligat İşlemleri Konulu Genelgede (Tebligat Genelgesi), yabancı devlet diplomatik temsilcilerine tebligatın nasıl yapılacağı, 39-43 paragraflarında açıkça düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, *“Diplomatik ayrıcalığı bulunan misyon mensupları ile elçilik veya konsolosluklarda görevli kişilerle ilgili dava ve icra takiplerinde, Türkiye'nin de taraf olduğu “Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi”nin 22, 30, 31 ve 37'nci maddeleri hükümleri ile “Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi”nin 31, 33, 43, 53, 58 ve 70'inci maddeleri hükümlerinin de göz önünde tutulması gerekir.”* Genelgenin 41. Paragrafında belirtildiği üzere, *“...yabancı misyonlara ve Birleşmiş Milletler temsilcilik ve kuruluşlarına karşı yürütülecek tebligat işlemlerinin Dışışleri Bakanlığı aracılığı ile yapılması gerekir.”*

Ayrıca, tebligatın nasıl yapılacağı şu şekilde belirtilmiştir: *“Birleşmiş Milletler ile Türkiye’de yabancı bir devletin temsilcisi sıfatıyla görevli bulunan büyükelçiler, elçiler, maslahatgüzarlar, yabancı elçilik müsteşar ve kâtipleri, elçilik ataşeleri ile bu görevde bulunanların eşleri ve yanlarında bulunan çocukları ve diğer aile fertleri ile konsolosluk ilişkileri çerçevesinde diplomatik ayrıcalık ve bağıışıklıktan yararlanmaları kabul edilmiş kişilerle ilgili*

⁴⁷ Sargın, 1961 Tarihli Sözleşme, s.23-24, 34.

⁴⁸ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 627.

dava ve icra takiplerinde, diplomatik ayrıcalığı bulunan misyon mensuplarına adli makamlarca çıkarılan her türlü tebligat evrakı, tebliği çıkaran adli makam tarafından Bakanlığımıza gönderilir.” Bu düzenleme, diplomatik temsilcilerin muafiyeti bulunmadığı durumlarda açılan dava ve icra takiplerindeki tebligata ilişkindir. Ancak, yabancı devlete karşı açılan davalarda devleti temsilen yabancı diplomatik temsilcilere yapılan tebligatın bu hükümler kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği belirtilmektedir⁴⁹.

Uygulamada, MÖHUK m. 49/2 gereğince yabancı devlete tebligat konusunda sorunlar olduğu görülmekte ve bu nedenle Dışişleri Bakanlığı aracılığıyla, diplomatik yoldan veya 1965 Lahey Tebligat Anlaşmasına göre tebligat yapıldığı görülmektedir⁵⁰. Örneğin, 1961 Tarihli Viyana Sözleşmesinin 22. maddesine göre, temsilcinin rızası olmadıkça misyon binasına girmek yasak olup⁵¹, bu hüküm tebligatlarda sorun çıkarabilecek bir düzenlemedir. Dolayısıyla, yabancı devleti temsilen diplomatik temsilcilere diplomatik yol ile tebligatın yapılması uygulama açısından da sorunu çözecektir. Örneğin, 23.1.2019 tarihinde İstanbul Anadolu 17. İcra Dairesi, yabancı devletin dış temsilciliğine diplomatik yol ile tebligat yapılması gerektiğini ve PTT vasıtası ile tebligat yapılamayacağı gerekçesi ile tebligatı yapamamıştır⁵².

Vurgulamak gerekir ki, yabancı devlete karşı açılan davalarda, MÖHUK m. 49/2 uyarınca tebligatın o devlet dış temsilciliğine yapılabileceği düzenlenmiş olmasına rağmen tebligat usulüne ilişkin açık bir hüküm yoktur. Bu tebligat işleminin, Tebligat Kanunu’nda belirtilen mahalli tebligat usulüne göre yapılması gerektiği doktrinde ifade edilmiştir⁵³. Bu bağlamda, doktrindeki bir görüşe göre, yabancı devlete karşı açılan davalarda davalı yabancı devlete izafen yabancı

⁴⁹ Çelikel/ Erdem, s. 714-715; Süral, s. 309.

⁵⁰ Süral, s. 310.

⁵¹ 1961 Tarihli Viyana Sözleşmesinin 22. Madde (1): “Misyon binaları dokunulmazlığı haizdir. Kabul eden Devlet yetkilileri misyon şefinin rızası olmadıkça bu binalara giremezler”.

⁵² Ahmet Cemal Ruhi, *Milletlerarası Usul Hukukunda Tebligat*, Onikilevha Yayıncılık, Eylül 2019, s. 163, dn 411.

⁵³ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 626; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, s. 708.

devletin diplomatik temsilcilerine tebligatın, diplomatik usullere gerek kalmadan, HMK'nın 438. maddesinin göndermesiyle, Tebligat Kanunu'nun 9. maddesinde kabul edilen tebligat kurallarına göre yapılması gerekir⁵⁴.

Belirtmek gerekir ki MÖHUK'un 49(2) maddesinin pratikte uygulanabilirliğinin bulunmadığı iddia edilebilir⁵⁵. Davalı yabancı devlete izafeten o devletin dış temsilciliğine tebligatın yapılması halinde de uygulanacak usul, 2012 Tarihli Tebligat Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmeliğin 45'inci maddesi ve Tebligat Genelgesi'nin 39-43'üncü maddelerinde belirtildiği şekilde olmalıdır. Diğer bir ifadeyle, tebligatın Dışişleri Bakanlığı aracılığıyla diplomatik yolla yapılması gerekir. Bu bağlamda, yabancı devletin Türkiye'deki diplomatik temsilcilerine diplomatik yolla yapılan tebligat alt düzeyde tebligat olarak değerlendirilmektedir⁵⁶. Yabancı devletin ülkesinde Dışişleri Bakanlığı'na yapılan tebligat üst düzeyde diplomatik tebligat olarak kabul edilmektedir⁵⁷.

Tebligat Yönetmeliği'nin 45'inci maddesinde Türkiye'de yabancılara tebligat düzenlenmiş olup, madde şu şekildedir:

(1) *Türkiye'de kendisine tebligat yapılamayacak olan bir yabancıya tebligat çıkarılması durumunda muhatap, tebliğ memuruna kendisine tebligat yapılamayacağını beyan eder veya tebliğ memuru bu hususu bizzat öğrenirse keyfiyet tebliğ mazbatasına şerh edilerek evrak iade olunur.*

(2) *Muhataap, tebliğ yapılabilecek kişilerden olmasına rağmen, muhatabın adresi, "ülke dışı" muamelesi gören bir yer ise ve tebliğ memuru tebligatı yapamazsa birinci fıkra gereğince işlem yapılır.*

(3) *Birinci ve ikinci fıkralarda belirtilen hallerde, tebellüğden kaçınma gibi bu Yönetmelik hükümlerine göre diğer bir işlem yapılmaz.*

⁵⁴ Doğan/ Yılmaz/ İzmirli, s.49.

⁵⁵ Sargın, Milletlerarası Usul Hukuku, s. 426.

⁵⁶ Gülin Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*, Yetkin, 5. Bası, Ankara, 2025, s. 253.

⁵⁷ Güngör, s. 253.

(4) Birinci ve ikinci fıkralarda belirtilen hallerde tebligatı çıkaran merci, tebliğ evrakını, bağlı olduğu bakanlık kanalıyla Dışişleri Bakanlığına gönderir.

(5) Türkiye’de kendilerine tebligat yapılamayacak olan elçi, elçilik katibi gibi kişiler Dışişleri Bakanlığı tarafından belirlenir.” Bu maddenin dördüncü ve beşinci fıkra düzenlemelerinden anlaşılacağı üzere, yargı muafiyetinin bulunmadığı durumlarda dış temsilciliklere yapılan tebligat, Dışişleri Bakanlığı aracılığıyla diplomatik yoldan yapılacaktır⁵⁸. Bu nedenle Yönetmelikte bu hüküm, uluslararası teamül hukukuna uygun bir düzenlemedir⁵⁹.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, Tebligat Genelgesi’nin 41’inci maddesinde yer alan “yabancı misyonlara ve Birleşmiş Milletler temsilcilik ve kuruluşlarına karşı yürütülecek tebligat işlemlerinin Dışişleri Bakanlığı aracılığı ile yapılması gerekir” hükmünden yabancı devlet diplomatik temsilciliklerine yapılacak tüm tebligat işlemleri anlaşılmalıdır⁶⁰. Genelgede, dış temsilciliklere tebligat usulünün belirlenmesinde, “yabancı devlet aleyhine açılan davalarda” ya da “dış temsilcilik aleyhine açılan davalarda” tebligat usulü şeklinde bir ayırım bulunmamaktadır⁶¹.

Ancak doktrinde bir görüşe göre, Tebligat Yönetmeliği’nin 45. maddesi, MÖHUK’un 49 (2) maddesine açıkça aykırılık teşkil ettiğinden, yeniden düzenlenmelidir⁶². Bu görüşe göre, Yönetmeliğin 45. maddesi hem yabancı devletin hem de diplomatik temsilcilerinin yargı bağımsızlığından muaf olmadıkları hallerde, diplomatik temsilciye tebligatın yapılmasını açıkça düzenlemelidir⁶³. Ancak, kanaatimizce, Tebligat Yönetmeliğinin ilgili hükmü hem uluslararası teamül hukuku hem de uygulama açısından yerinde bir düzenlemedir. Aşağıda 1965 Lahey Tebligat Anlaşması kapsamında yabancı devletlere yapılacak

⁵⁸ Sargın, *Türk Milletlerarası Usul Hukuku*, s. 426-427.

⁵⁹ Sargın, *Türk Milletlerarası Usul Hukuku*, s. 427.

⁶⁰ Gonca Gülfem Bozdağ, “1965 Tarihli Lahey Sözleşmesi Bakımından Tebligat Kanunu’na İlişkin Bazı Sorunlar”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XX, Y. 2016, Sa. 2, 269-310, s. 300.

⁶¹ Bozdağ, s.300.

⁶² Mine Tan Dehmen, *Diplomatik Temsilcinin Yargı Bağımsızlığı*, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2024, s. 181.

⁶³ Dehmen, s. 181.

tebligatlarda uygulamada çıkan sorunlar ve devletlerin egemenlik ilkesi gereği davalı yabancı devlete yapılacak tebligatlarda gerekli hassasiyetin gösterilmesi, uluslararası teamül hukukunda ve birçok devletin kanunlarında kabul edilen 60 günlük ek sürenin tanınması gibi hususlarda dikkate alındığında, MÖHUK'un 49(2). maddesi gereğince yabancı devlete izafeten yabancı devletin diplomatik temsilcilerine tebligatın diplomatik yolla yapılması yerinde bir uygulamadır.

2025 yılında yayınlanan Lahey Tebligat Anlaşmasının Uygulanması Üzerine Pratik El Kitabında açıkça belirtildiği üzere, devlet uygulamalarına ve uluslararası teamül hukukuna göre, büyükelçilik ve konsoloslukların tesislerinin dokunulmazlığı ve muafiyeti nedeniyle bu kurumlara doğrudan tebligat yapılamayacağı kabul edilmektedir⁶⁴. Dolayısıyla, MÖHUK m. 49 (2) anlamında tebligat diplomatik yolla yapılmalıdır.

C. Diğer Devletlerin Uygulamaları

Yabancı bir devlete tebligatın diplomatik yol veya uygulanabilir bir uluslararası sözleşme yoluyla yapılması gerektiğine dair uluslararası teamül hukuku kuralını tesis eden devlet uygulamalarından örnek vermek gerekir. Özellikle Uluslararası teamül hukuku kapsamında değerlendirilen 2004 Tarihli BM Sözleşmesi'nin 22. maddesinde yabancı devletlere yapılacak tebligat düzenlenmiş olup, bu maddeye göre, uluslararası anlaşmalar uyarınca tebligat yapılabileceği gibi, tebligatın diplomatik kanallar aracılığıyla ilgili Devletin Dışişleri Bakanlığına yapılacağı düzenlenmiştir⁶⁵.

⁶⁴ 2024 SC'nin C&R No 114 nolu, HCCH Özel Komisyon kararı paragraf, 104'de diplomatik misyonlarda tebligat yapılmasının yasak olduğu açıkça kaleme alınmıştır. HCCH, s. 97.

⁶⁵ Madde 22'e göre "1. Bir Devlete karşı açılan davada, tebligat, aşağıdaki şekillere yapılabilir: (a) mahkemenin bulunduğu Devlet ve ilgili Devlet bakımından bağlayıcı olan bir uluslararası anlaşma uyarınca; veya (b) mahkemenin bulunduğu Devletin hukuku tarafından bir engel olmadıkça, davacı ile ilgili Devlet arasında tebligat konusunda yapılmış özel bir anlaşma uyarınca veya (c) böyle bir antlaşma veya özel bir anlaşmanın yokluğu halinde:

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 19 Kasım 2012 tarihli *Wallishauser v Austria*, No. 156/04 kararında, yabancı devlete yapılacak tebligatların uluslararası anlaşmalar dışında, diplomatik yolla yapılmasını uluslararası teamül hukuku olarak kabul etmiştir. Bu kararın 68 ve 69. paragrafında ifade edildiği üzere⁶⁶ “68. Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun 1991 Taslak Maddelerinde (Devletlerin ve Mülkiyetlerinin Yargı Dokunulmazlıkları Hakkında Taslak Maddeler), yani 20. Maddede, tebligatla ilgili bir hüküm bulunmaktadır. Madde 20 § 1 (b) (i), bir devlete karşı dava açan dava tebligatının, ilgili uluslararası bir sözleşme bulunmaması halinde, diplomatik yol aracılığıyla ilgili devletin Dışişleri Bakanlığına iletilmesi suretiyle gerçekleştirileceğini öngörmektedir. Ayrıca, 20. maddenin 2. fıkrası uyarınca, 1. fıkranın (b) bendinin (i) alt bendi ile atıfta bulunulan tebligat, Dışişleri Bakanlığı’nın belgeleri almasıyla yapılmış sayılmaktadır. Aynı içeriğe sahip kurallar, 2004 Sözleşmesinin 22. maddesinin 1. fıkrasının (c) (i) bendi ve 2. fıkrasında yer almaktadır (ayrıca bkz. 1972 tarihli Devlet Dokunulmazlığı Avrupa Sözleşmesinin 16. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında yer alan benzer hükümler). 69. Bu nedenle, Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun 1991 Taslak Maddelerinin 20. maddesinde yer alan kuralların Avusturya için uluslararası teamül hukuku kuralları olarak geçerli olup olmadığı sorusu ortaya çıkmaktadır. Mahkeme’nin görüşüne göre, bu soru olumlu yanıtlanmalıdır...”

Ayrıca, 16 Mayıs 1972 tarihli Devlet Muafiyetine İlişkin Avrupa Sözleşmesi de yabancı devlete yapılacak tebligatın diplomatik yoldan

(i) diplomatik kanallar aracılığıyla ilgili Devletin Dışişleri Bakanlığı’na veya
(ii) mahkemenin bulunduğu Devletin hukuku tarafından kabul edilen bir yöntemle.

2. Paragraf 1 (c) (i)’de belirtilen tebligatın, belgelerin Dışişleri Bakanlığı tarafından teslim alınmasıyla gerçekleştirilmiş sayılır.

3. Bu belgeler, gerekirse, ilgili Devletin resmi diline veya resmi dillerinden birine tercüme edilmelidir.,

4. Kendisine karşı açılan bir davanın esasına cevap veren bir Devlet, daha sonra tebligatın paragraf 1-3 hükümlerine uygun olmadığını ileri süremez.” Sözleşmesinin tercümesi için bkz: Süral, s. 351-365.

⁶⁶ Case Of Wallishauser V. Austria (Application no. 156/04) Final 19/11/2012, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-112194%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-112194%22]}) (Erişim tarihi: 4.10.2025).

iletilmesini öngörmektedir. Bu sözleşmenin 16. maddesine göre, bir akit devlet mahkemeleri önünde bir başka Akit Devlete karşı görülen davalarda, yetkili makamlara iletmek üzere, Davalı Devletin Dış İşleri Bakanlığına diplomatik kanallarda tebligat yapılır⁶⁷.

Birçok devletin yasal düzenlemelerinde de uluslararası anlaşmalara göre veya diplomatik yolla yabancı devlete tebligatın yapılması gerektiğini düzenlemiştir. Örneğin, İngiltere'nin 1978 tarihli Devletlerin Yargı Muafiyeti Kanunu'nun 12 (1) maddesine göre, bir devlete karşı dava açmak için tebliğ edilmesi gereken her türlü mahkeme emri veya diğer belgeler, Dışişleri, Milletler Topluluğu ve Kalkınma Bakanlığı aracılığıyla ilgili devletin Dışişleri Bakanlığına iletilerek tebliğ edilir ve mahkeme emri veya belge Bakanlık tarafından alındığında tebliğ işlemi tamamlanmış sayılır⁶⁸.

Avustralya'nın Yabancı Devletlerin Yargı Muafiyeti Hakkında 1985 tarihli Kanununun 23, ve 24 (1) maddeleri de yabancı bir devlete tebligatın devletin taraf olduğu bir anlaşmaya veya Dışişleri Bakanlığı tarafından o bakanlığa eşdeğer yabancı devletin bakanlığına veya organına iletmek üzere yapılabileceğini öngörmektedir⁶⁹.

Kanada'nın Yargı Muafiyeti Kanununun 9. maddesi, yabancı bir devlete tebligatın yapılmasını devletin kabul ettiği herhangi bir şekilde ve devletin taraf olduğu herhangi bir uluslararası sözleşmeye uygun olarak veya diplomatik yolla yapılacağını düzenlemiştir⁷⁰. Pakistan'ın 1981 tarihli Yargı Muafiyeti Düzenlemesinin 13(1) hükmüne göre, bir devlete karşı dava açmak için tebliğ edilmesi gereken her türlü bildirim

⁶⁷ Devlet Muafiyetine İlişkin Avrupa Sözleşmesi, Türkçe tercümesi için bkz: Süral, s. 367-380. European Convention on State Immunity, Basle, 16.V.1972, European Treaty Series- No. 74, <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatyenum=074> (Erişim tarihi: 4.10.2025).

⁶⁸ UK State Immunity Act 1978, 1978 Chapter 33, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/33> (Erişim tarihi: 4.10.2025).

⁶⁹ Australia Foreign States Immunities Act 1985, https://www.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdb/au/legis/cth/consol_act/fsia1985288/ (Erişim tarihi: 4.10.2025).

⁷⁰ Canada State Immunity Act R.S.C., 1985, c. S-18, <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/S-18/> (Erişim tarihi: 4.10.2025).

veya diğer belgeler, Pakistan Dışişleri Bakanlığı aracılığıyla iletilerek tebliğ edilir⁷¹. Güney Afrika'nın Yabancı Devletlerin Yargı Muafiyeti Hakkında 1981 tarihli 87 sayılı Kanununun 13(1) maddesine göre, yabancı bir devlete karşı dava açmak için tebliğ edilmesi gereken her türlü belge veya diğer evrak, Cumhuriyet Dışişleri ve Enformasyon Bakanlığı aracılığıyla yabancı devletin dışişleri bakanlığına iletilerek tebliğ edilir ve bu belge veya diğer evrak söz konusu bakanlık tarafından alındığında tebliğ işlemi tamamlanmış sayılır⁷². Amerika Birleşik Devletleri (ABD)'nin 1976 tarihli Yabancı Devletlerin Yargı Muafiyeti Kanunu'nun 1608. maddesine göre, yabancı devlete yapılacak tebligata ilişkin uluslararası teamül hukukuna uygun olarak, tebligatın uluslararası anlaşmaya veya diplomatik yolla yapılacağı hüküm altına alınmıştır⁷³.

D. 1965 Tarihli Lahey Tebligat Anlaşmasına Göre Tebligat

1. Genel Olarak

Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu uluslararası tebligat konusunu düzenleyen iki çok taraflı anlaşma mevcuttur: 1954 Hukuk Usulüne Dair Lahey Anlaşması⁷⁴ ve 1965 Tarihli Lahey Tebligat Anlaşması. Çalışmamızda, uygulama açısından öneminden dolayı 1965 Tarihli Lahey Tebligat Anlaşması davalı yabancı devletlere yapılacak tebligat noktasında incelenmiştir. Belirtmek gerekir ki, 1965 Tarihli

⁷¹ Pakistan State Immunity Ordinance, 1981. <https://pakistancode.gov.pk/english/UY2FqaJw1-apaUY2Fqa-bZuY-sg-jjjjjjjjjjjj> (Erişim tarihi: 4.10.2025).

⁷² South Africa Foreign States Immunity Act 87 of 1981, <https://www.gov.za/documents/foreign-states-immunities-act-24-mar-2015-1355> (Erişim tarihi: 4.10.2025).

⁷³ USA, 28 U.S. Code § 1608 - Service; time to answer; default, <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1608> (Erişim tarihi: 4.10.2025).

⁷⁴ 14/03/1972 tarihli ve 1574 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan, 28/05/1973 tarihli ve 14547 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan söz konusu Sözleşme, Türkiye yönünden 11/07/1973 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme için bkz: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=33> (Erişim tarihi: 4.10.2025).

Lahey Tebligat Anlaşması Türkiye Cumhuriyeti açısından 28.04.1972 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁷⁵.

1965 Lahey Tebligat Anlaşmasının 1. maddesine göre, anlaşma aşağıdaki durumlarda uygulanır: 1. Tebliğ evrakını gönderen makamın bulunduğu devletin ve muhatabın bulunduğu (tebligatın yapılacağı) devletin Anlaşmaya taraf devletler olması, 2. Tebliğ edilecek kişinin (Muhatabın) adresinin bilinmesi, 3. Tebliğ edilecek evrakın adli veya gayri adli belge olması, 4. Tebliğ edilecek belgenin hukuki veya ticari bir konuya ilişkin olması⁷⁶. Bu şartlar kümülatif olup, bütün bu şartlar yerine getirildiği takdirde, Sözleşmede öngörülen tebligat yöntemlerinin uygulanması mümkün olacaktır.

2. Davalı Yabancı Devletlere Yapılanacak Tebligatlar Açısından Uygulama

1965 Tarihli Lahey Tebligat Anlaşması, özel hukuk anlamında gerçek veya tüzel kişilere, devletlere, devlet kurumlarına veya devlet adına hareket eden kişilere, konsolosluk veya diplomatik temsilcilere, devlet şirketlerine veya devletin bir bölgesel birimine tebligat yapılmasına uygulanabilmektedir⁷⁷. Anlaşmanın hazırlık çalışmaları incelendiğinde veya anlaşmanın lafzına bakıldığında, yalnızca özel kişilere uygulanabileceği sonucuna varılması mümkün değildir. Örneğin, Hollanda Yüksek Mahkemesi (*Hoge Raad*), yabancı bir devlete tebligat yapılması durumunda anlaşmanın uygulanabilir olduğunu doğru bir şekilde belirlemiştir⁷⁸.

ABD mahkemeleri, yabancı bir Merkez Makamın Anlaşmaya uygun olarak o devlete tebligat yapılması için iletilen talepleri alabileceğini, ancak Merkez Makama iletilmesinin o devlete fiilen

⁷⁵ Sözleşme için bkz: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/service> (Erişim tarihi: 4.10.2025).

⁷⁶ Hatice Özdemir Kocasakal, “Yabancı Ülkelerde Bulunan Kişilere Tebligat”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2009/1,27-63, s.39-42; Bozdağ, s. 278.

⁷⁷ HCCH, s.94-95.

⁷⁸ VS v. Delsman, HR, 3 October 1997, NJ 1998, p. 887.

tebligat yapılmasıyla eşdeğer olmadığını belirtmiştir⁷⁹. Nitekim ABD uygulamasında, Anlaşma uyarınca, Merkezi Makam tebligat taleplerini almakla görevlidir ve bu nedenle, Anlaşma uyarınca iletilen, o devlete tebligat taleplerini alır⁸⁰. Ancak, Merkez Makam, devlete yöneltilen tebligatları kabul etme konusunda, tebligatı alan egemen devletin hukuki eşdeğeri değildir. Önemli olan yabancı bir devlete yapılan tebligatlar, o yabancı devletin iç hukukuna ve tebligatı alan devletin egemenliğine uygun olmalıdır⁸¹. 1965 Lahey Tebligat Anlaşmasının 13. maddesine göre, talep edilen devletin Merkez Makamı, talebin yerine getirilmesinin talep edilen devletin egemenliğine veya güvenliğine zarar vereceğini düşünürse, talebin yerine getirilmesini reddedebilir. Bu gibi durumlarda, karar genellikle devletin yargı muafiyeti kurallarına göre verilir⁸².

Tebliğatın yabancı bir devlete veya devlet memuruna sunulacağı durumlarda, genellikle bir belgenin yurt dışına iletilmesi gerekeceğinden, Anlaşma uygulanacaktır. Buna göre, Anlaşmada kabul edilen tebligat yöntemlerinden biri kullanılabilir. Bu tür durumlarda, belgeler örneğin Merkez Makam aracılığıyla veya Anlaşmanın 9(2) maddesi uyarınca diplomatik yolla iletilir. Ancak diplomatik yolla bir devlete tebligatın, bu iletim yönteminin Anlaşma ile uyumlu “istisnai durumlar” dan biri olduğu unutulmamalıdır⁸³.

Uygulamada, Anlaşmaya taraf olan devletler, Anlaşmanın 9(2) maddesi uyarınca diplomatik yollarla veya Merkezi Makam kanalıyla

⁷⁹ HCCH, s. 95.

⁸⁰ Sarah E. Kramer, *International Service of Process, A Guide for Judges*, Federal Judicial Center, 2021, s.7.

⁸¹ ABD Mahkemesi kararları incelendiğinde, 1965 Lahey Tebligat Anlaşmasına göre yabancı bir devlete tebligatın 5(1) maddesi uyarınca Merkezi Otorite aracılığıyla veya 9. madde uyarınca diplomatik kanallar aracılığıyla iletebileceğine karar vermiştir, ancak Merkezi Otoriteye iletilmesi durumu tebligatla eşdeğer değildir; bkz. Saint-Gobain Performance Plastics Europe v. Bolivarian Republic of Venezuela, 23 F.4th 1036, 1041 (D.C. Cir.), 143 S. Ct. 113 (2022).

⁸² HCCH, s. 95.

⁸³ HCCH, s. 96.

devletlere veya devlet görevlilerine tebligat taleplerini iletmek için Anlaşmaya başvurmuşlardır⁸⁴. Bazı devletler ise uluslararası teamül hukuku kapsamında diplomatik yollarla tebligatı uygulamaktadırlar. Rusya ve Azerbaycan ise, kendi devletlerine ve devlet görevlilerine belgelerin tebliğ edilmesini, diplomatik yol aracılığıyla iletilmesinin son derece arzu edilir olduğunu 1965 Lahey Tebligat Anlaşmasına taraf olurken beyan yoluyla açıklayıp, sınırlandırmışlardır⁸⁵.

2024 yılında 1965 Lahey Tebligat Anlaşmasının değerlendirilmesi için yapılan Özel Komisyon toplantısında, birkaç delegasyon kendi devletleri, devlet yetkilileri ve devlet şirketlerine tebligat yöntemleri hakkında bilgi paylaşmıştır. Örneğin, Arjantin, tebligatın Anlaşmanın 9. maddesi uyarınca diplomatik yolun yanı sıra Merkezi Makam aracılığıyla da yapılabileceğini belirtmiştir. Avustralya, devlete veya devlet kurumlarına tebligat için Merkezi Makam yönteminin kullanılmasına itiraz etmediklerini, ancak tebligat talebinin Merkez Makamına teslim edilmesinin devlete tebligat teşkil etmediğini belirtmiştir. Avrupa Birliği delegasyonu ise medeni veya ticari konularda devletlere tebligatın, diplomatik yolun kullanılması da dahil olmak üzere, Anlaşmaya uygun olarak yapılması gerektiğini açıkça ifade etmiştir. Özellikle Almanya, devlet veya devlet görevlilerine tebligat taleplerini Anlaşma kapsamında “istisnai” durumlar olarak değerlendirdiğini belirtmiştir. Buna göre, Alman Devleti veya devlet görevlilerine ilişkin tebligat talepleri, her durumda, Model Form kullanılmaksızın diplomatik yol aracılığıyla Alman Dışişleri Bakanlığı'na iletilmelidir. Almanya, egemenliğin ihlali olduğunu

⁸⁴ HCCH, s. 96.

⁸⁵ Örneğin, Azerbaycan devletinin beyanına göre, Azerbaycan Cumhuriyeti'ne, Azerbaycan Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı'na, Azerbaycan Cumhuriyeti Birinci Başkan Yardımcısı ve Başkan Yardımcılarına, Azerbaycan Cumhuriyeti Hükümeti'ne ve Azerbaycan Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı'na tebliğ edilmesi amaçlanan belgelerin diplomatik yollarla iletilmesinin arzu edildiği açıkça ifade edilmiştir. <https://www.hcch.net/en/states/authorities/details3/?aid=1190> (Erişim tarihi: 4.10.2025).

değerlendirdiğinden, diplomatik veya konsolosluk misyonlarına tebligat yapılmasını kabul etmemektedir⁸⁶.

ABD, Anlaşmanın 5. maddesi uyarınca medeni veya ticari konularda devlete tebligat yapılmasını kabul etmekle birlikte, 5. madde uyarınca ABD Merkez Makamına tebligat talebinde bulunmanın devlete tebligat yapılmasını teşkil etmediğini vurgulamıştır. Ayrıca, Merkezi Makamın devlete tebligat yapma talebini kabul etmesi, yargı bağımsızlığından feragat edildiği anlamına gelmediğini belirtmiştir. Merkezi Makam, yine de ABD hükümetinin ilgili dava makamına tebligat yapmak zorundadır. ABD, uluslararası teamül hukuku uyarınca diplomatik kanallar yoluyla tebligatı da kabul etmektedir⁸⁷. Yukarıda görüldüğü üzere, yabancı devletlere tebligat konusunda devletlerin farklı uygulamaları bulunmaktadır. Bu nedenle, Özel Komisyon, anlaşma taraflarına yabancı Devletlere ve Devlet yetkililerine tebligat hakkında bilgi vermelerini teşvik etmiştir⁸⁸.

Uluslararası hukukun genel ilkeleri uyarınca, büyükelçilik ve konsoloslukların tesislerinin dokunulmazlığı ve muafiyeti nedeniyle bu kurumlara doğrudan tebligat yapılamayacağı kabul edilmektedir⁸⁹. Buna göre, bu tür durumlarda, tebligat ilgili Devletin Dışişleri Bakanlığı aracılığıyla yapılmalıdır⁹⁰. Egemenlik gereği yabancı devlete yapılacak tebligat talepleri, uluslararası teamül hukukunun uygulanabilirliği nedeniyle, özel şahıslara tebligat taleplerinden daha fazla ek şartlar içerebileceğinden, tebligatın yapılacağı Devletin Merkez Makamıyla, tebligat talebinin tüm geçerli şartlara uygun olduğundan emin olmak için, tebligatın iletilmesinden önce iletişime geçilmesi HCCH tarafından

⁸⁶ HCCH, s. 96-97.

⁸⁷ HCCH, s. 97.

⁸⁸ Conclusions & Recommendations (C&R) No 112 of the 2024 Special Committee (SC.)

⁸⁹ 2024 SC'nin C&R No 114 nolu, HCCH Özel Komisyon kararı paragraf, 104'de diplomatik misyonlarda tebligat yapılmasının yasak olduğunu açıkça kaleme alınmıştır.

⁹⁰ 18 Nisan 1961 tarihli Viyana Diplomatik İlişkiler Sözleşmesi'nin 22. maddesi ve 24 Nisan 1963 tarihli Viyana Konsolosluk İlişkileri Sözleşmesi'nin 31. Maddesi bağlamında diplomatik yolla yapılmalıdır.

tavsiye edilmektedir. Ancak, Komisyon tarafından da teyit edildiği üzere, bir Akit Tarafın Merkez Makamının özel alındı belgesi, o devlet veya yetkililerine etkili bir tebligat yapıldığı anlamına gelmemektedir⁹¹. Özel Komisyon ayrıca, Sözleşme kapsamında egemen taraflara tebligat yapılırken, geçerli uluslararası teamül hukuku gerekliliklerine uyulmasının önemini sürekli vurgulamıştır. Örneğin, aşağıda da açıklanacağı üzere, ABD, geçerli uluslararası teamül hukuku kurallarına göre, 1965 Lahey Tebligat Anlaşmasının 5. maddesi uyarınca devlete tebligat yapılması talebinin (1) Anlaşma ile uyumlu olması, (2) Cevap dilekçesi veya duruşma tarihinden en az altmış (60) gün önce yapılması ve (3) Dava ile ilgili dava dilekçesi veya diğer benzer belgeleri içermesi ve bu belgelerde talepler, devletin davaya taraf olarak gösterilme nedenleri ve talep edilen durumun hukuki niteliği açıklanması aramaktadır⁹².

1965 tarihli Lahey Tebligat Anlaşmasının 5. maddesi, uluslararası alanda hukuki belgelerin tebliği için merkezi mekanizmayı oluşturmaktadır⁹³. Diğer bir ifadeyle, bu anlaşmada kabul edilen tebligat yöntemi kural olarak merkezi makam yoluyla yapılan tebligat yöntemidir⁹⁴. Anlaşmanın 2. maddesi gereğince taraf devletlerden her biri, diğer taraf devletlerden gelecek tebliğ taleplerini kabul etmek ve 3 ilâ 6. maddeler hükümlerine göre işlem yapmak üzere kendi kanunlarına göre bir merkezi makam tespit edecektir⁹⁵.

Anlaşmanın 3. maddesi gereğince belgelerin gönderildiği devletin kanunlarına göre yetkili makam, resmî bir tasdik veya benzeri bir formaliteye lüzum kalmaksızın talep edilen devletin merkezi

⁹¹ C&R No 114 of the 2024 SC.

⁹² C&R No 113 of the 2024 SC, HCCH, s.98.

⁹³ Özdemir-Kocasakal, *Yabancı Ülkelerde Bulunan Kişilere Tebligat*, s. 46.

⁹⁴ Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, s. 696.

⁹⁵ Türkiye bakımından bu görevi yerine getiren merkezi makam, Adalet Bakanlığı Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü'dür. <https://diabgm.adalet.gov.tr/> (Erişim tarihi: 4.10.2025).

makamına tebliğ edilecek evrakın aslı ve suretini de ekleyerek talepte bulunulan merkezi makama talepname gönderir⁹⁶.

Talepte bulunulan merkezi makam, tebliğ talebini Anlaşmaya uygun olduğu takdirde, kendisi veya yetkilendirdiği başka bir makam aracılığı ile kendi devletin kanunlarında geçerli olan usule göre veya kendi kanunlarına aykırı olmamak kaydı ile talepte bulunan makam tarafından belirtilen özel usule göre yapar⁹⁷. Talepte bulunulan merkezi makam, tebligatı yaptıktan sonra yapıldığını belgeleyen evrakı ya da yapılmamış ise bunun nedenini de göstererek yapılamadığını gösteren evrakı, doğrudan kendisinden talepte bulunan taraf devletteki tebligatı çıkaran makama gönderir⁹⁸. Bu madde, sınır ötesi tebligat taleplerinin iletilmesi ve yerine getirilmesi için açık, kolay ve hızlı bir yöntem sunmakta, tebligat sürecinin kötüye kullanılmasını önleyerek, etkili, standartlaştırılmış uluslararası tebligatın sağlanmasında merkezi bir rol oynamaktadır⁹⁹.

Anlaşmada tebligat için merkezi makam yoluyla tebligat yapılması dışında, alternatif tebligat usulleri de 8, 9 ve 10. maddelerde kabul edilmiştir¹⁰⁰. Özellikle davalı yabancı devlete yapılacak tebligatlarda uygulanan 9. maddedeki diplomatik yolla tebligat yönteminden kısaca bahsetmek gerekir. Anlaşmanın 9(1) maddesi dolaylı konsolosluk yöntemi kabul etmektedir. Buna göre, belgenin, alıcıya tebliğ amacıyla menşe devletin konsolosu tarafından varış devleti tarafından belirlenen ilgili makamlara iletilmesi imkânı bulunmaktadır. Bu durumda konsolosluklar vasıtasıyla intikal ettirilen belgeleri kabule yetkili makamın neresi olduğunu taraf devletlerin her biri Anlaşmanın 21. maddesine göre bildirmelidir. Her ne kadar 21. madde de merkezi

⁹⁶ Ali Gümrah Toker, “15 Kasım 1965 Tarihli Hukukî veya Ticarî Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Lahey Sözleşmesi Uyarınca Tebligat Yapılması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 13, Sayı: 2, 2011, Basım Yılı: 2013, 107-152, s. 125-126.

⁹⁷ Çelikel/Erdem, s. 532-533.

⁹⁸ Toker, s. 128.

⁹⁹ Bahadır Erdem, *Türk Milletlerarası Usul Hukukunda Tebligat*, Beta, İstanbul, 1992, s. 77.

¹⁰⁰ HCCH, s. 167-169.

makamlar ve konsolosluk yöntemi için yetkili makam ayrımı yapılmış olsa da çoğu anlaşma tarafı devlet 9. madde için de yetkili makam olarak Merkezi Makamlarını belirlemiştir¹⁰¹.

Belirtmek gerekir ki, Anlaşmanın 9(2) maddesine göre, Dolaylı diplomatik yöntem, yalnızca istisnai durumlar gerektirdiğinde kullanılabilir¹⁰². Bu durumda, belge, menşe devletin Dışişleri Bakanlığı tarafından, menşe devletin varış devletinde akredite diplomatik temsilcisine iletilir ve bu temsilci, belgeyi varış devletindeki ilgili makamlara, adrese tebliğ amacıyla iletir¹⁰³. Bu istisnai yöntemin kullanıma en uygun örnek, yabancı bir egemen devlete yapılacak olan tebligattır¹⁰⁴. Yukarıda da ifade edildiği üzere, bazı taraf devletler, kendi devletlerine veya devlet yetkililerine belge tebliği konusunda, diplomatik kanalların kullanılmasını mutlak surette tercih etmektedir. 2022 yılında HCCH tarafından yapılan bir ankette, bazı taraf devletler, devletlere ve devlet görevlilerine tebligat yapmak için 9(2) maddesi uyarınca diplomatik kanalı kullandıklarını belirtmiştir¹⁰⁵.

Yabancı devlete yapılacak tebligatlarda, Anlaşmanın 13'üncü maddesi önemli bir düzenlemedir¹⁰⁶. Anlaşmanın 13.maddesinde; "Talep edilen Devlet işbu Anlaşmaya uygun olarak yapılan bir tebliğ isteğinin yerine getirilmesini, ancak egemenlik veya güvenliği zedeleyici bulunduğu takdirde reddedebilir." hükmü ile, tebliğ talebinin reddedilebileceği halleri belirtilmiştir. Bu madde, talep edilen devletin, talebin yerine getirilmesinin devletin egemenliğini veya güvenliğini ihlal edeceğini düşünmesi halinde, tebligat talebini reddedebileceğini öngörmektedir. Bu, talep edilen devletin Anlaşmanın şartlarına uygun bir talebi reddedebileceği tek gerekçedir. Bu gerekçe, ancak talep edilen devletin talebin yerine getirilmesinin egemenliğini veya güvenliğini

¹⁰¹ HCCH, s. 177.

¹⁰² Özdemir Kocasakal, *Yabancı Ülkelerde Bulunan Kişilere Tebligat*, s. 50.

¹⁰³ HCCH, s. 177.

¹⁰⁴ HCCH, s. 178.

¹⁰⁵ İlgili anket ve sonuçları için bkz: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/publications1/?dtid=33&cid=17> (Erişim tarihi: 4.10.2025).

¹⁰⁶ Bozdağ, s.301.

ihlal edeceğini düşünmesi durumunda geçerlidir¹⁰⁷. Özel Komisyon, bu maddede belirtilen red gerekçelerinin kapsamlı niteliğini kabul ederek, talebin yerine getirilmesinin reddedilmesi durumunda red bildiriminin yapılmasının önemini vurgulamıştır¹⁰⁸.

1965 Lahey Tebligat Anlaşmasının 13. maddesine göre, talebin yerine getirilmesinin egemenliği veya güvenliği ihlal edip etmeyeceğini talep edilen devlet belirler. Bu bağlamda, talep edilen devletin yetkilileri takdir yetkisini kullanabilirler¹⁰⁹. Bu nedenle, talep eden Devletin makamları, talep edilen Devletin makamlarının 13(1) maddesi uyarınca tebligat talebini reddetme kararını gözden geçirmekten kaçınmalıdır¹¹⁰. Uygulama açısından bakıldığında, HCCH tarafından 2022 yılında yapılan ankete göre, ankete katılan taraf devletlerin azının, tebligat taleplerini 13(1) maddesi uyarınca ret ettiklerini belirttikleri görülmektedir¹¹¹. Doktrinde belirtildiği üzere, bu madde gereğince geri gönderilen tebligatın tekrar yapılabilmesi için tebligatın reddine neden olan unsurların ikili diplomatik ilişkiler çerçevesinde çözümlenmesi gerekir¹¹².

3. Devletlere Göre Özel Olarak Uyulması Gereken Kurallar: ABD Örneği

Anlaşmanın uygulanması konusunda problem olmaması için, tebliğin hangi koşullarda ve nasıl yapılacağı, anlaşmaya taraf ülkelerin belirledikleri merkezi makamların ad ve adresleri, yabancı devletlere yapılacak tebligatlarda her devlet açısından dikkat edilmesi gereken hususlar da dahil olmak üzere, yukarıda da ifade edildiği üzere Adalet Bakanlığı tarafından 1990 yılından itibaren her yıl düzenli olarak çıkarılan tebliğler ve Adalet Bakanlığı Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü'nün 16.11.2011 tarihli 63/3 sayılı Genelgesi

¹⁰⁷ HCCH, s.163.

¹⁰⁸ C&R No 101 of the 2024 SC.

¹⁰⁹ HCCH, s. 164.

¹¹⁰ HCCH, s. 164.

¹¹¹ İlgili anket ve sonuçları için bkz: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/publications1/?dtid=33&cid=17> (Erişim tarihi: 4.10.2025).

¹¹² Bozdağ, s.301.

bulunmaktadır¹¹³. Özellikle, Genelge'nin 51. paragrafında, şu şekilde bir hüküm yer almaktadır: *"Tebliğat taleplerinde devletlere göre özel olarak uyulması gereken kurallar Ek (9)'da yer almaktadır."* Bu hüküm gereğince, uygulamada devletlere göre özel olarak uyulması gereken kurallara uygun tebligatın yapılması gerekir. Aksi halde, tebligat o tebligatın merkezi tarafından kendi hukuklarına aykırı olduğu için, icra edilemeyecek ve tebligat yapılamayacaktır.

Yukarıda da açıklandığı üzere, Anlaşma, tebliği çıkaran makam tarafından tebliğ evrakının doğrudan tebligatın yapılacağı ülkedeki Merkezi Makama gönderilmesi imkânı veren bir usulü düzenlemiştir. Genelgede belirtilen hususlar dikkate alınarak hazırlanan talepname ve ekleri, tebliğin yapılacağı devletteki Merkezi Makama gönderilir. 1965 Lahey Tebligat Anlaşması'nın 4 ve 6. maddesine göre, kendisine tebliğ talebi gelen devletin Merkezi Makamda, gelen talepnameyi 1965 Lahey Tebligat Anlaşması'na uygun bulmadığı takdirde, eksik bulduğu veya itiraz ettiği noktaları da belirterek talepte bulunan tarafa durumu bildirir¹¹⁴.

Yukarıda ifade edildiği üzere, 1965 Lahey Tebligat Anlaşmasına göre yapılacak tebligatlarda, tebligat talebinde bulunulacak devletin özel düzenlemelerine dikkat edilmesi elzemdir. Zira, yurtdışına yapılacak tebligat muhatap devletin hukukunu da ilgilendiren bir konudur¹¹⁵. Lahey Tebligat Anlaşmasının Uygulanması Üzerine Pratik El Kitabında¹¹⁶ ve Adalet Bakanlığı'nın 16.11.2011 tarihli 63/3 sayılı

¹¹³ <https://diabgm.adalet.gov.tr/Home/BilgiDetay/3> (Erişim tarihi: 4.10.2025).

¹¹⁴ Doğan/ Yılmaz/ İzmirli, s.110; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, s. 695-696.

¹¹⁵ Hacı Can, Ekin Tuna, *Milletlerarası Usul Hukuku*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 262.

¹¹⁶ Hague Conference on Private International Law (HCCH), *Practical Handbook on the Operation of the Service Convention*, 5th Edition, 2025. El Kitabı, Sözleşme ile ilgili yorum ve uygulama sorularına ilişkin güvenilir bir kaynak olup, Örneğin Amerikan mahkemeleri tarafından sıklıkla yararlı bir bilgi kaynağı olarak atıfta bulunmaktadır. Bkz. örneğin, *Water Splash v. Menon*, 581 U.S. 271, 280 (2017); *Harris v. NGK North American, Inc.*, 19 A.3d 1053 (Pa. Super. Ct. 2011).

Genelgesinin Ek-9’unda tebligat talebinde bulunacak devletin özel düzenlemeleri uygulamalar bağlamında yer almaktadır.

Genelge Ek-9 “Hukuki ve Ticari Konularda Uluslararası Tebligat İşlemlerinde Devletlere Göre Uygulanacak Esaslar” başlığını taşımaktadır¹¹⁷.

Her devlet açısından özel düzenlemeleri belirtmeden önce, EK-9’un giriş bölümünde, *“Genelgenin “Genel Hükümler” bölümünde hukuki ve ticarî konularda Türkiye’den yurt dışına yapılacak tebligat taleplerinin tabi olduğu usul ve esaslar genel olarak açıklanmıştır. Bu bölümde Genelgenin Genel Hükümler bölümündeki açıklamalara ilave olarak bazı devletlere göre özel olarak uyulması gereken kurallar aşağıda açıklanmıştır.”* şeklinde bir hüküm yer almaktadır. Dolayısıyla, yabancı devletlere yapılacak tebligat taleplerinde uyulması gereken özel kurallara riayet edilmesi gerektiği genelgede açıkça ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

Bir örnek ile bu durumu detaylı açıklamak, uygulamada yabancı devlete karşı 1965 Lahey Tebligat Anlaşması bağlamında tebligat yapılırken, dikkat edilmesi gereken hususları göstermek açısından önemlidir. Örneğin Davalı Amerika Birleşik Devletine ait olan patentin hükümsüzlüğüne ilişkin davanın davalı Amerika Birleşik Devletleri’ne 1965 Lahey Tebligat Sözleşmesi kapsamında yapılacak tebligatının usulüne uygun olarak yapılıp yapılmadığı noktasında aşağıdaki hususlara dikkat etmek gerekmektedir.

Yukarıda ifade edilen EK-9’da yer alan düzenlemede yer aldığı üzere, Amerika Birleşik Devletleri ile Türkiye arasında adli iş birliğine ilişkin ikili bir anlaşma bulunmamaktadır. Amerika Birleşik Devletleri, 1965 Lahey Tebligat Anlaşmasına taraf olup, 1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair Lahey Anlaşmasına taraf değildir. 1965 Lahey Tebligat Anlaşmasına göre, tebligat evrakı 184 numaralı forma (Ek:3) bağlı olarak

¹¹⁷ Ek-9: Hukuki ve Ticari Konularda Uluslararası Tebligat İşlemlerinde Devletlere Göre Uygulanacak Esaslar (Güncellenme Tarihi: 6.1.2025): Hukuki Alanda Uluslararası Adli Tebligat İşlemleri, Genelge 63/3 <https://diabgm.adalet.gov.tr/Home/BilgiDetay/3> (Erişim tarihi: 4.10.2025).

Türkçe ve İngilizce tercümeleri olmak üzere iki takım olarak düzenlenecektir¹¹⁸.

Amerika Birleşik Devletleri'nin davalı olarak bulunduğu durumlarda tebligata ilişkin dikkat edilmesi gereken hususlar, ayrıntılı olarak EK-9' da şu şekilde hüküm altına alınmıştır:

“f) ABD devlet kurumlarının, ABD devlet tüzelkişiliği dışında tüzelkişilikleri bulunmadığından aleyhlerine açılacak davalarda davalı olarak sadece Amerika Birleşik Devletinin gösterilmesi istenmektedir. Bu tebligatlar diplomatik yoldan yapıldığından masraf talep edilmemektedir.

g) ABD devleti aleyhine açılan davalarda evrakın ABD merkezi makamınca alınmasından itibaren, cevap verme veya duruşma vaktine kadar en az 60 günlük bir süre verilmesi istenmektedir.”¹¹⁹

Amerika Birleşik Devletleri'nin Adalet Bakanlığı'nın Uluslararası Adli Yardımlaşma Ofisi (“OIJA”), 1965 tarihli Lahey Tebligat Anlaşması uyarınca Merkezi Makam olarak belirtilmiştir¹²⁰. Türkiye'nin Merkezi Makamı olan “Adalet Bakanlığı Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü” içinde geçerli olduğu üzere, OIJA, “talep eden Devletlerden tebligat taleplerini almak ve bunları yerine getirmek veya yerine getirilmesini sağlamakla görevli bir kabul makamıdır” ayrıca Merkezi Makamlar “davalının belgenin tebliğ edilebileceği bir temsilcisi olarak” görülemezler¹²¹. Bu durum, Lahey Devletler Özel Hukuku Konferansı tarafından bizzat hazırlanan “Lahey Tebligat Anlaşmasının Uygulanması Üzerine Pratik El Kitabı'nda” açıkça kaleme alınmıştır. OIJA, Birleşik Devletler Merkezi Makamı, davalı Amerika Birleşik Devletleri'ne yönelik tebligat taleplerini alır ve bu talepleri icra eder, ancak Merkezi Makam, Amerika Birleşik Devletleri'nin yasal vekili veya temsilcisi değildir. Bu nedenle, 1965 Tarihli Lahey Tebligat Anlaşması 5.

¹¹⁸ Ek-9, s.2.

¹¹⁹ Ek-9, s.2-3.

¹²⁰ <https://www.hcch.net/en/states/authorities/details3/?aid=279> ; <https://www.abcllegal.com/international/service-of-process-overview> (Erişim tarihi: 4.10.2025).

¹²¹ HCCH, s. 95.

maddesi uyarınca Birleşik Devletler Merkezi Makamının bir yabancı mahkemeden tebligat talebi alması, Amerika Birleşik Devletleri'ne yapılan geçerli tebligat değildir¹²². Tebligat, ancak, OIJA tarafından belgelerin Anlaşma uyarınca tebliğ edildiğini ve uygun bir Birleşik Devletler Hükümeti dairesinin veya temsilciliğinin elinde olduğunu gösteren bir kabul tasdiknamesi düzenlediğinde tamamlanmış olacaktır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, Amerika Birleşik Devletleri Merkezi Makamı, 1965 tarihli Lahey Tebligat Anlaşması uyarınca adli ve gayri adli belgelerin özel şahıs ve şirketlere tebligatı işlemini bir süreç sunucusu olan ABC Legal adlı şirkete devretmiştir¹²³. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, ABC Legal şirketine gönderilecek adli ve gayri adli belgelerin tebligat talepleri sadece Amerika Birleşik Devletlerindeki gerçek kişi ve şirketlere yöneliktir. Davalı olarak Amerika Birleşik Devletleri'nin olduğu davalarda, tebligat talebi, Amerika Birleşik Devletleri Merkez Makamı olan, Amerika Birleşik Devletleri'nin Adalet Bakanlığı'nın Uluslararası Adli Yardımlaşma Ofisi'ne ("OIJA") gönderilmelidir¹²⁴. Uygulamada, ABD devletine karşı açılan davalarda, Türk mahkemeleri hatalı olarak tebligatı OIJA yerine ABC Legal Şirketine yapabilmektedirler.

Amerika Birleşik Devletleri'nde, uluslararası teamül hukukunda kabul edildiği üzere, devlete yapılacak tebligatlarda, tebligatın uygun bir Birleşik Devletler Hükümeti dairesinin veya temsilciliğinin elinde olduğunu gösteren kabul tasdiknamesinin tarihinden itibaren 60 günlük sürenin tanınması bir zorunluluktur. Diğer bir ifadeyle Amerika Birleşik Devletleri Hükümetine, ilk cevabı vermek, yabancı devlette adli yetkililer huzuruna çıkmak ve/veya duruşmada bulunmak için,

¹²² HCCH, s. 97.

¹²³ İlgili Bildirim için bkz: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/notifications/?csid=428&disp=resdn> (Erişim tarihi: 4.10.2025).

¹²⁴ United States of America - Central Authority & practical information, (Amerika Birleşik Devletleri- Merkezi Makam& Uygulama Bilgileri): <https://www.hcch.net/en/states/authorities/details3/?aid=279> (Erişim tarihi: 4.10.2025).

belgelerin tebliğinin kabul edildiğini gösteren tasdiknamenin tarihinden itibaren 60 günlük bir süre tanınması gerekmektedir.¹²⁵

Amerika Birleşik Devletleri'nin uluslararası tebligata ilişkin uygulamasını detaylı bir şekilde açıklayan Amerika Birleşik Devletleri Adalet Bakanlığı'nın ilgili web sayfasında¹²⁶ yayımlanan 12 Ocak 2018 Tarihli OIJA Birleşik Devletler Hükümetine Yapılacak Tebligatlara İlişkin Rehber, uygulama açısından ve özellikle davalı Amerika Birleşik Devletine yapılacak tebligat için önemli olup, Türkçe dilinde de kaleme alınmış hali yer almaktadır.

Bu rehberin ilgili bölümünü vurgulamak gerekir¹²⁷:

“Tebliğat, belgelerin Amerika Birleşik Devletler Merkezi Makamına teslimatı ile geçerli sayılmadığından, Merkezi Makamın belgeleri ilgili Hükümet dairesi veya temsilciliğine sunması için yeterli zaman tanınmalı ve ardından Amerika Birleşik Devletler Hükümeti dairesi veya temsilciliğine, ilk cevabı vermek, yabancı devlette adli yetkililer huzuruna çıkmak ve/veya duruşmada bulunmak için, belgelerin tebliğ alınma tarihinden itibaren 60 günlük bir süre tanınması gerekir.

Örneğin, bir ülkenin iç hukuku geçerli tebligat tarihinden itibaren iki hafta içerisinde yazılı bir cevap gerektiriyorsa, bu gereksinimden mahkeme dokümanlarında kesin bir şekilde feragat edilmelidir ve Birleşik Devletler Hükümetine, belgelerin tebliğ alınma tarihinden itibaren ilk cevabın verilmesi gereken tarihe kadar tam olarak 60 gün süre tanınmalıdır. Bir ülkenin iç hukuku belirlenen duruşma gününden 10 gün önce yazılı bir cevap gönderilmesini gerektiriyorsa, duruşma tarihi bu kuralı göz önünde

¹²⁵ Amerika Birleşik Devletleri 1976 tarihli Yabancı Devletlerin Yargı Muafiyeti Kanunu 28 U.S.C. § 1608 uyarınca 60 gün tanımaktadır. <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1608> (Erişim tarihi: 4.10.2025).

¹²⁶ U.S. Department of Justice, Civil Division, Service Requests, <https://www.justice.gov/civil/service-requests> (Erişim tarihi: 4.10.2025).

¹²⁷ U.S. Department of Justice Civil Division Office of International Judicial Assistance, Lahey Tebligat Sözleşmesi Uyarınca Birleşik Devletler Hükümetine Adli Dokümanların Tebliği, 12 Ocak 2018, <https://www.justice.gov/civil/page/file/1036561/dl?inline> (Erişim tarihi: 4.10.2025).

bulundurmanın yanı sıra, Birleşik Devletler Hükümetine, tebligat tarihinden itibaren ilk cevaba kadar yine 60 gün süre tanıyacak şekilde belirlenmelidir.

Bu gereksinimler çerçevesinde talebin incelenmesi üzerine Birleşik Devletler Merkezi Otoritesi, Talepte Bulunan Makama postalanacak bir kabul veya ret belgesi çıkartacaktır. Ancak Birleşik Devletler Merkezi Otoritesi kabul belgesini çıkardığı takdirde tebligat geçerli ve uygun sayılır. Tebligat, kabul belgesi üzerinde belirtilen tarihte geçerli olacaktır. Birleşik Devletler Merkezi Otoritesinin ret belgesi çıkarması durumunda tebligat geçersiz sayılacaktır, Birleşik Devletler Hükümeti davaya taraf değildir, bir cevap göndermeyecektir veya duruşmada bulunmayacaktır ve Amerika Birleşik Devletleri kendisine karşı verilebilecek hiçbir hükmün geçerliliğini tanımayacaktır."

Dolayısıyla, yukarıda açıklanan rehbera aykırı olarak 1965 Lahey Tebligat Anlaşmasına göre davalı Amerika Birleşik Devletleri'ne tebligat yapmaya çalışıp, tebliğ talepleri gönderildiğinde, ABD'nin Merkezi Makamı Türk mahkemelerine göndereceği tebliğ sertifikalarında, taleplerin 1965 Lahey Tebligat Anlaşması'nın 4 ve 6. maddeleri gereğince icra edilmeden iade edilip, iade nedenlerinin neler olduğu açıkça belirtecektir.

Yukarıda ifade edildiği üzere, tebliğ taleplerini yukarıdaki kurallara aykırı olarak gönderilmişse, bu talepler Amerika Birleşik Devletleri Merkezi Makamı tarafından icra edilmeden ret sebepleri de belirtilerek iade edilmektedir. Özellikle, uluslararası teamül hukukunda ve Adalet Bakanlığı'nın 16.11.2011 tarihli 63/3 sayılı Genelgesinin Ek-9'unda yer alan 60 günlük şartının yerine getirilmemiş olması nedeniyle, tebliğ taleplerini icra edilmeden ret edilmektedir. Bu nedenle davalı yabancı devletlere yapılacak tebligatlarda her bir devlet için uyulması gereken kurallara uyulması gerekir. Bu bağlamda devletin egemenliği gereği uluslararası teamül hukuku olarak kabul edilen 60 günlük ek süre konusuna hassas bir şekilde uyulmalıdır. Aksi halde yapılan tebliğ talepleri iade edilecektir.

4. Diğer Devlet Uygulamalarında 60 Günlük Süre

Uluslararası teamül hukuku olarak kabul edilen 60 gün şartını kabul eden uluslararası anlaşma ve devlet düzenlemelerinden de örnekler vermek gerekir. Örneğin Devlet Muafiyetine İlişkin Avrupa

Sözleşmesinin 16 (4) maddesine göre¹²⁸, “Devlet’in mahkeme önüne çıkması veya gıyabında verilen herhangi bir hükme karşı temyize gitmesi gereken süreler, yargılamanın başlatıldığı belgenin veya karar suretinin Dışişleri Bakanlığı’na ulaştığı tarihten itibaren iki ay sonra işlemeye başlar.” İngiltere’nin 1978 Devlet Muafiyeti Kanunu (Bölüm 33), 12. Bölümün İkinci fıkrası da benzer bir düzenleme içermektedir¹²⁹. Bu düzenlemeye göre, “(2) İfade vermek için herhangi bir süre (mahkeme kurallarıyla veya başka bir şekilde öngörülmüş olsun), ilamın veya belgenin yukarıda belirtildiği şekilde tebliğ edildiği tarihten itibaren iki ay sonra işlemeye başlar.” Kanada’nın 1985 tarihli Devlet Muafiyeti Kanunun 10. Madde hükmüne göre¹³⁰, “(1) Bir mahkemede görülen herhangi bir davada, yabancı bir devlete [...] asıl belgenin tebliğ edilmiş olması ve söz konusu devletin, mahkeme kurallarına göre veya kanunen öngörülen süre içinde, o mahkemede görülen davalarda davalı veya davacının atması gereken ilk adımı atmamış olması halinde, asıl belgenin tebliğ tarihinden itibaren en az altmış gün geçmedikçe, davada karara yönelik ilerlenemez.”

Bangladeş Hukuk Usulü Kanunun 4 Bölüm, 80 (1) göre¹³¹, “(1) Hükümet veya bir kamu görevlisi aleyhine, söz konusu kamu görevlisi tarafından resmi sıfatıyla yapıldığı iddia edilen herhangi bir şeyle ilgili olarak, yazılı bildirimin [...] ofisine teslim edilmesinden veya bırakılmasından sonraki iki ayın sona ermesinden sonra dava açılabilir.” Pakistan Devlet Muafiyeti Düzenlemesi 13(2) hükme göre¹³², “(2) Mahkemedeki herhangi bir

¹²⁸ Devlet Muafiyetine İlişkin Avrupa Sözleşmesi, Türkçe tercümesi için bkz: Süral, s. 367-380 European Convention on State Immunity, Basle, 16.V.1972, European Treaty Series- No. 74, <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=074> (Erişim tarihi: 4.10.2025).

¹²⁹ UK State Immunity Act 1978, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/33> (Erişim tarihi: 4.10.2025).

¹³⁰ Canada State Immunity Act R.S.C., 1985, c. S-18, <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/s-18/page-1.html#docCont> (Erişim tarihi: 4.10.2025).

¹³¹ Bangladesh The Code of Civil Procedure, 1908, <http://bdlaws.minlaw.gov.bd/act-86/section-15124.html> (Erişim tarihi: 4.10.2025).

¹³² Pakistan State Immunity Ordinance, 1981, <https://pakistancode.gov.pk/english/UY2FqaJw1-apaUY2Fqa-bZuY-sg-jjjjjjjjjjjj> (Erişim tarihi: 4.10.2025).

yargılama, ihbar veya belgenin yukarıda belirtildiği şekilde alındığı tarihten itibaren iki aydan önce başlayamaz.”

Güney Afrika’nın Yabancı Devlet Muafiyeti Kanunu’nun 13(2)’ hükmüne göre¹³³, “(2) Savunma ya da karşı çıkma niyetinin bildirilmesi ya da taraf olunması için mahkeme kurallarında ya da başka bir şekilde öngörülen herhangi bir süre, işlemin ya da belgenin yukarıda belirtildiği şekilde alındığı tarihten iki ay sonra işlemeye başlar.” Avustralya’nın Yabancı Devlet Muafiyeti Kanununun 24.(7) hükmüne göre¹³⁴, “Davaya katılma süresi, dava açma işleminin tebliğ edildiği tarihten itibaren 2 ay sonra işlemeye başlar.” Bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, yabancı devlete karşı açılan davalarda, davalı yabancı devlete tebligat usulünde, tebliğ tarihinden itibaren cevap süresi olarak altmış günlük bir süre tanınması, uluslararası teamül hukukuna uygun olacaktır.

SONUÇ

Yabancı devlete yapılacak tebligata ilişkin MÖHUK’un 49(2) maddesinde özel ve alternatif bir düzenleme yer almaktadır. Bu maddeye göre, yabancı devletin özel hukuk ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklarda yabancı devletin diplomatik temsilcilerine tebligat yapılabilir. Ancak bu madde de tebligatın nasıl ve hangi usulde yapılacağına ilişkin açık hüküm bulunmamaktadır. Doktrindeki çoğunluk görüş, bu tebligat işleminin Tebligat Kanunu’nda düzenlenen mahalli tebligat usulüne göre yapılmasını kabul etmektedir.

Ancak uygulama ve doktrindeki diğer bir görüş ise, yabancı devlete diplomatik yolla tebligatın yapılması gerektiğini, dolayısıyla bu maddenin uluslararası teamül hukuku ve Tebligat Yönetmeliğine aykırı olduğunu ifade etmektedir. Uluslararası teamül hukuku kapsamında değerlendirilen 2004 Tarihli BM Sözleşmesinin 22. maddesinde yabancı devletlere yapılacak tebligatın uluslararası anlaşmalar veya diplomatik kanallar aracılığıyla yapılacağı düzenlenmiştir. Ayrıca, İngiltere, ABD,

¹³³ South Africa Foreign States Immunities Act 87 OF 1981, https://www.saflii.org/za/legis/consol_act/fsia1981288/ (Erişim tarihi: 4.10.2025).

¹³⁴ Australia Foreign States Immunities Act 1985 - Sect 24 https://classic.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/fsia1985288/s24.html (Erişim tarihi: 4.10.2025).

Kanada, Pakistan gibi birçok devletin konuya ilişkin özel olarak bulunan yasal düzenlemelerinde de uluslararası anlaşmalara göre veya diplomatik yolla yabancı devlete tebligatın yapılması gerektiği kabul edilmiştir. Devletlerin düzenlemeleri incelendiğinde çoğu devlette, egemen devletlere tebligat yapma şartları özel şahıslara tebligat yapma şartlarından daha zor olduğu ve genellikle diplomatik yol aracılığıyla tebligat yapıldığı görülmektedir. Bu bağlamda, kanaatimizce Tebligat Yönetmeliği'nin 45. maddesi, Tebligat Genelgesi ve uluslararası teamül hukukuna göre, MÖHUK m. 49'daki düzenlemeyi, sadece diplomatik yolla yapılabilen bir tebligat olarak kabul etmek yerinde olacaktır.

Yabancı devletlere yapılacak tebligatlarda, 1965 Lahey Tebligat Anlaşması kullanılmaktadır. Anlaşmaya taraf bir devlete karşı, Anlaşmanın 5. maddesi bağlamında Merkezi Makam kanalıyla veya Anlaşmanın 9(2) maddesi uyarınca diplomatik yolla tebligat yapılmaktadır. 2025 Tarihinde HCCH tarafından yayınlanan Lahey Tebligat Anlaşmasının Uygulanması Üzerine Pratik El Kitabında, devlet uygulamaları incelendiğinde, devletlerin bu maddeler kapsamında yabancı devletlere tebligat yaptıkları görülmektedir. Ancak, devletlerin egemenliği gereği, devletlerin yasal düzenlemelerinde ve uygulamalarında, bu anlaşma uygulanırken, her devlet açısından dikkat edilmesi gereken hususların bulunduğu, bu bağlamda ilgili Merkezi Makamlarla irtibat kurulup, bilgi alınarak tebligat yapılmasının yerinde olacağını unutmamak gerekir. Çalışmamızda, belirtildiği üzere, 1965 Lahey Tebligat Anlaşması uyarınca örneğin davalı ABD devletine yapılacak tebligat için, 2011 tarihli 63/3 sayılı Genelgenin Ek-9 'da *"Hukuki ve Ticari Konularda Uluslararası Tebligat İşlemlerinde Devletlere Göre Uygulanacak Esaslar"* belirtilen hükümlere uyulması bir zorunluluktur. Özellikle bu bağlamda, çalışmamız da ifade edildiği üzere, ABD ve diğer devletlere karşı açılan davalarda, davalı yabancı devlete tebligat usulünde, tebliğ tarihinden itibaren cevap süresi olarak altmış günlük bir süre tanınması, uluslararası teamül hukuku ve İngiltere, ABD, Bangladeş, Pakistan, Güney Afrika, Kanada gibi devletlerin yasal düzenlemelerine ve uygulamalarına da uygun olacaktır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Peer-Review: Externes Peer-Review-Verfahren.

Interessenkonflikt: Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

Finanzielle Unterstützung: Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

EXTENDED SUMMARY

In international and national regulations concerning the immunity of foreign states from jurisdiction, the immunity of foreign states from jurisdiction has been accepted as a rule, and exceptions to this rule have been regulated. In Turkish law, the immunity of foreign states from jurisdiction is regulated in Article 49 of Turkish Private International and Procedural Law Act (TPIL). According to this article, foreign states are not granted immunity from jurisdiction in legal disputes arising from private law relationships. It can be seen that Turkish law accepts the principle of restrictive immunity from jurisdiction with this regulation.

In cases where jurisdictional immunity is not recognized, Article 49(2) of TPIL contains a special and alternative provision regarding the service of process on the defendant foreign state in lawsuits filed against it. According to this article, service may be effected on the diplomatic representatives of the foreign state in disputes arising from private law relations of the foreign state. However, there is no clear regulation on how and by what procedure service should be effected. The doctrine accepts that this service should be effected in accordance with the local service procedure regulated in the Service of Process Law. However, in case of notification to the diplomatic representatives of the defendant foreign state, the procedure to be applied should be as specified in Article 45 of the Regulation on the Implementation of the Notification Law of 2012 and Articles 39-43 of the Notification Circular. In other words, service must be effected through diplomatic channels via the Ministry of Foreign Affairs. Therefore, this provision in the Regulation is in accordance with customary international law.

This study provides examples of state practices (such as UK, Canada, USA, Pakistan) that establish the rule of customary international law requiring that service of process on a foreign state be effected through diplomatic channels or an applicable international treaty. In particular, article 22 of the 2004 UN Convention, which is considered within the scope of international customary law, regulates service of process on foreign states. According to this article, service of process may be effected in accordance with international agreements, or it may be effected through diplomatic channels to the Ministry of Foreign Affairs of the relevant State.

When examining the regulations of states, it is observed that in most states, the conditions for serving notices to sovereign states are more stringent than those for serving notices to private individuals and generally require service through diplomatic channels. In this context, in our opinion, it would be appropriate to accept the regulation in Article 49 of the MÖHUK as a notification that can only be made through diplomatic channels, in accordance with Article 45 of the Notification Regulation, the Notification Circular, and international customary law.

The provision in Article 49(2) of the TPIL is an alternative provision regarding the procedure for service of process on a foreign state, and therefore service of process is not mandatory under this provision. In other words, service of process on a foreign state may be effected through diplomatic channels or in accordance with the procedures provided for in international agreements.

States are generally utilized 1965 Hague Service Convention for service of process to foreign states. Service of process to a state party to the Convention are made through the Central Authority under Article 5 of the Convention or through diplomatic channels in accordance with Article 9(2) of the Convention. The Practical Handbook on the Operation of the 1965 Hague Service Convention, published by the HCCH in 2025, examines state practices and shows that states serve documents to foreign states under these articles.

However, it should be noted that, due to state sovereignty, there are matters in the legal regulations and practices of each state that must be taken into consideration when implementing this Convention. In this context, it would be appropriate to contact the relevant Central Authorities, obtain information, and then make notification. As stated in our study, in accordance with the 1965 Hague Service Convention, for example, for the notification to be made to the defendant US state, it is mandatory to comply with the provisions set out in Annex-9 of Circular No. 63/3 dated 2011, entitled "Principles to be Applied to States in International Notification Procedures in Legal and Commercial Matters". Particularly in this context, as stated in our study, in cases filed against foreign states, granting a period of sixty days as a response period from the date of notification to the defendant foreign state in the notification procedure would be in line with customary international law and the legal regulations and practices of states such as the UK, USA, Bangladesh, Pakistan, South Africa and Canada.

KISALTMALAR CETVELİ

ABD	Amerika Birleşik Devletleri
bkz	Bakınız
C.	Cilt,
C&R	Conclusions & Recommendations (HCCH)
HCCH	Hague Conference on Private International Law
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İİK	İcra ve İflas Kanunu
m.	Madde
MÖHUK	Milletlerarası Özel Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
OİJA	Uluslararası Adli Yardımlaşma Ofisi
RG	Resmi Gazete
s.	Sayfa
S.	Sayı
SC	Special Commission (HCCH)
TPIL	Turkish Private International and Procedural Law Act
v.	Versus
vd.	Ve devamı

KAYNAKÇA

- AKINCI Ziya, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.
- AKSAR Yusuf, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk -I-*, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 8. Baskı, Seçkin, Ankara, 2025.
- AYBAY Rona, "Yargıtay İçtihatlarına Göre Yabancı Devletin Yargı Bağımsızlığı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt: 20, Sayı: 72, Eylül 2007, s. 109-120.
- BANKAS Ernest K, *The State Immunity Controversy in International Law Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts*, Second Edition, Springer, 2022.
- BOZDAĞ Gonca Gülfem, "1965 Tarihli Lahey Sözleşmesi Bakımından Tebligat Kanunu'na İlişkin Bazı Sorunlar", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XX, Y. 2016, Sa. 2, 269-310.
- CAN Hacı/TUNA Ekin, *Milletlerarası Usul Hukuku*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- ÇELİKEL Aysel / ERDEM Bahadır, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 18. Bası, Beta, İstanbul, 2024, s. 702; Ergin Nomer *Milletlerarası Usul Hukuku*, Yenilenmiş 2. Bası, Beta, İstanbul, 2018.
- DARDAĞAN-KİBAR, Esra, "Yargı Kararları Işığında Yabancı Devletin Yargı Bağımsızlığı Alanında Güncel Gelişmelere Bakış", *Prof. Dr. Rona Aybay'a Armağan*, İstanbul 2014, s. 677-713.
- DOĞAN Vahit / YILMAZ Alper Çağrı / İZMİRLİ Lale Ayhan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 10. Baskıdan Tıpkı 11. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2025.
- ERDEM Bahadır, *Türk Milletlerarası Usul Hukukunda Tebligat*, Beta, İstanbul, 1992.
- ERDOĞAN Ersin, "Yabancı devletin yargı bağımsızlığının sınırları hakkında güncel sorunlar ve terör suçları açısından yargı bağımsızlığı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65, S. 4, Aralık 2016, s. 3375-91.

ERSEN PERÇİN Gizem, *Milletlerarası Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.

GÜNDÜZ Aslan, *Yabancı Devletin Yargı Bağımsızlığı ve Milletlerarası Hukuk*, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1984.

GÜNGÖR Gülin, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*, Yetkin, 5. Bası, Ankara, 2025.

HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW (HCCH), *Practical Handbook on the Operation of the Service Convention*, 5th Edition, Hague, Netherlands, 2025.

KRAMER Sarah E., *International Service of Process, A Guide for Judges*, Federal Judicial Center, 2021.

NOMER Ergin *Devletler Hususi Hukuku*, Yenilenmiş 23. Bası, Beta, İstanbul, 2021.

ÖZDEMİR-KOCASAKAL Hatice, “Devletlerin Yargı ve İcra Muafiyetleri ve Bunların Tahkim Yargılamasındaki Rolü”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 22, sy. 2, Haziran 2011, 525-76.

ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice, “Yabancı Ülkelerde Bulunan Kişilere Tebligat”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2009/1, 27-63.

ÖZEL Sibel / ERKAN Mustafa /PÜRSELİM Hatice Selin / KARACA Hüseyin Akif, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2022.

RUHİ Ahmet Cemal, *Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Yabancılar ve Yurt Dışındaki Kişilere Yapılan Tebligat*, Seçkin, 2023.

RUHİ Ahmet Cemal, *Milletlerarası Usul Hukukunda Tebligat*, Onikilevha Yayıncılık, Eylül 2019.

SAK Yıldırım, *Devletin Yargı Bağımsızlığı ve Temel Hakların Korunması*, Seçkin, İstanbul, 2015.

SARGIN Fügen, *Türk Milletlerarası Usul Hukuku*, Yetkin, Ankara, 2024.

SARGIN Fügen, “1961 Tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkındaki Viyana Sözleşmesi Hükümleri Dahilinde MÖHUK’un 33. Maddesinin Uygulanabilirliği Sorunu”, (1961 Tarihli Sözleşme), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.52, S.1, 2003,13-36.

SÜRAL Ceyda, *Uluslararası Özel Hukukta Yabancı Devletlerin Sınırlı Yargı ve İcra Muafiyeti*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

ŞANLI, Cemal, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 8. Bası, Beta, İstanbul, 2023.

ŞANLI Cemal / ESEN Emre / ATAMAN FİGANMEŞE İnci, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 11. Bası, Beta, İstanbul, 2024.

TARMAN Zeynep Derya, *Özgün Şemalarla Milletlerarası Özel Hukuk Kısa Ders Kitabı*, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2023.

TOKER Ali Gümrah, “15 Kasım 1965 Tarihli Hukukî veya Ticarî Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Lahey Sözleşmesi Uyarınca Tebligat Yapılması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 13, Sayı: 2, 2011, Basım Yılı: 2013, 107-152.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/service>.

https://www.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdb/au/legis/cth/consol_act/fsia1985288/.

<https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/S-18/>.

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22001-112194%22%7D>].

<https://diabgm.adalet.gov.tr/Home/BilgiDetay/3>.

<https://pakistancode.gov.pk/english/UY2FqaJw1-apaUY2Fqa-bZuY-sg-jjjjjjjjjjjj>.

<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/33>.

https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?src=treaty&mtdsg_no=iii-13&chapter=3&clang=_en.

<https://www.gov.za/documents/foreign-states-immunities-act-24-mar-2015-1355>.

<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1608>.

<https://diabgm.adalet.gov.tr/Home/BilgiDetay/3>.

<https://www.justice.gov/civil/service-requests>

<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=074>.

<http://bdlaws.minlaw.gov.bd/act-86/section-15124.html>.

Deniz Yoluyla Konteyner Taşımacılığında Eşyanın İncelenmesi ve Zararın Bildirimi (TTK M. 1184 ve 1185)

Untersuchung des Gutes und Schadensanzeige im Containertransport auf dem Seeweg (Art. 1184 und 1185 des Türkischen Handelsgesetzbuches)

Prof. Dr. Vural Seven*

Dr. Öğr. Üyesi Doğan Can Aydın**

ÖZ

Konteyner en genel haliyle, eşyaların içine yerleştirildiği bir taşıma gereci şeklinde ifade edilebilir. Günümüzde deniz yoluyla eşya taşımalarının önemi bir bölümü konteyner taşımacılığı şeklinde yapılmaktadır. Deniz yoluyla eşya taşımalarında eşyanın incelenmesi ve zıya, hasar veya geç tesliminin bildirimi taşıyanın sorumluluğunun tespitinde büyük bir öneme sahiptir. Türk Ticaret Kanunu'nun 1184. maddesinde düzenlenen incelemenin, konteyner ile yapılan taşımalarında uygulanma olanağının bulunmadığı görülmektedir. Çünkü hükmünde incelemenin, gönderilenin yükü teslim almasından önce yapılacağı düzenlendiğinden eşya gönderilene teslim edilmeden önce incelemenin başlamış olması gerekmektedir. Türk Ticaret Kanunu'nun 1185. maddesinde düzenlenen bildirim külfeti, deniz yoluyla konteyner taşımacılığı bakımından değerlendirildiğinde ise hükmün konteyner taşımalarının niteliklerine uygun olmadığı ve uygulanması bakımından yetersiz olduğu görülmektedir. Özellikle limandan limana yapılan

* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (seven@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0002-8241-3196.

** Uluslararası Final Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (dogan.aydin@final.edu.tr). ORCID: 0000-0002-5591-8623.



konteyner taşımalarında eşyaların incelenmesi ile zıya veya hasar bildiriminin yapılması için eşyanın tesliminden itibaren başlayan üç günlük sürenin yetersiz olduğu açıkça görülmektedir. Türk Ticaret Kanunu'nun 1185. maddesinde düzenlenen bildirim külfetinin yerine getirilmesi özellikle konteyner ile yapılan eşya taşımaları bakımından oldukça zordur ve bu nedenle de bildirim süresinin gözden geçirilmesi ve artırılması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: *Konteyner, eşya taşıma, taşıyanın sorumluluğu, eşyanın incelenmesi, zararın bildirimi.*

Inspection of Goods and Notification of Damage in Maritime Container Transportation (Arts. 1184 - 1185 TCC)

ABSTRACT

In its most general sense, a container may be defined as a means of transport in which goods are placed for carriage. Today, a significant portion of the transportation of goods by sea is carried out through container shipping. In maritime transport of goods, the inspection of the cargo and the notification of loss, damage, or delay play a crucial role in determining the carrier's liability. It appears that the inspection procedure regulated under Article 1184 of the Turkish Commercial Code cannot be effectively applied to transport operations carried out by containers. This is because the provision stipulates that the inspection must be conducted prior to the consignee's receipt of the cargo; therefore, the inspection must commence before the goods are delivered to the consignee. When the notification requirement regulated under Article 1185 of the Turkish Commercial Code is evaluated in the context of maritime container transportation, it becomes evident that the provision does not correspond to the characteristics of container transport and remains inadequate in terms of practical application. In particular, in port-to-port container shipments, it is clearly observed that the three-day period commencing from the delivery of the goods for inspection and notification of loss or damage is insufficient. Fulfilling the notification requirement stipulated in Article 1185 of the Turkish

Commercial Code is particularly challenging in the context of containerized carriage of goods; therefore, the notification period should be reconsidered and extended.

Keywords: *Container, carriage of goods, carrier's liability, inspection of goods, notification of damage.*

GİRİŞ

Deniz yoluyla eşya taşımalarında konteyner kullanımı 1950'li yıllarda başlamış olmakla birlikte, günümüzde deniz yoluyla yapılan eşya taşımalarının çok önemli bir kısmı konteyner kullanılarak yapılmaktadır. Taşımacılıkta konteyner kullanımı, uluslararası ticarete ve deniz yoluyla eşya taşımalarında neredeyse devrim etkisi oluşturarak taşıma işlerinin kolaylaşmasında ve teknolojik gelişmelere ayak uydurmasında önemli bir katkı sağlamıştır.

Konteyner, yapısı ve şekli itibariyle yükleri emniyetli bir şekilde taşımaya oldukça elverişli bir gereçtir. Ayrıca taşıma sırasında içinde bulunan eşyaların tek tek elleçlenmesine gerek olmaksızın konteynerin bir bütün olarak elleçlenebilmesi sayesinde konteyner kullanımı taşıma işlerinde hız, kolaylık ve mekanikleşmeyi sağlamaktadır. Konteyner, yükleri yükleme yerinden boşaltma yerine kadar en az maliyetle ve olumsuz etkilerden koruyarak taşımak için otomasyon taşıma sistemlerinin odağında yer almaktadır. Bu nedenle taşımacılıkta konteyner kullanımı, uluslararası ticaretin ve deniz yoluyla eşya taşımalarının gelişmesine büyük bir katkı sunmuştur. Konteynerin taşımacılıkta kullanılmasının birçok olumlu yönü olmakla birlikte bazı olumsuz yönleri de bulunmaktadır. Ancak bu olumsuz yönlerin, konteynerin ortaya çıkardığı faydalar yanında önemsiz kalması nedeniyle taşımacılıkta konteyner kullanımı günden güne artış göstermektedir.

Deniz yoluyla eşya taşımalarında, eşyanın incelenmesi (TTK m. 1184) ve zıya, hasar veya geç tesliminin bildirimi (TTK m. 1185) zararın ve taşıyanın sorumluluğunun tespiti bakımından çok önemli bir yere sahiptir.

Çalışmamızda, konteyner taşımaları açısından büyük özellik arz eden ve öğretilerde tartışılan eşyanın incelenmesi ve ziya, hasar veya geç tesliminin bildirimi konusu, öğretilerdeki görüşler ve yargı kararları ışığında ayrıntılı olarak incelenmiş ve ortaya çıkan hukuki sorunlara çözüm önerileri getirilmeye çalışılmıştır.

I. KONTEYNER

A. Konteynerin Tanımı ve Yapısı

Konteynerin, öğreti ile ulusal ve uluslararası düzenlemelerde ortak bir tanımı yer almamaktadır. Burada her hukuki metinde ihtiyaca uygun olarak ve konteynerin farklı nitelikleri ön plana çıkarılarak çeşitli tanımların yapıldığı görülmektedir. Konteyner en genel haliyle, eşyaların içine yerleştirildiği bir taşıma gereci olarak ifade edilebilir¹. “Konteyner” sözcüğü, İngilizce’de kullanılan “*container*” sözcüğünden dilimize kazandırılmıştır. “*Container*” sözcüğü ise yine İngilizce’de kullanılan “*içermek, muhafaza etmek*” anlamına gelen “*to contain*” fiilinden türetilerek isim durumuna gelmiştir².

Uluslararası Standartlar Örgütü (ISO) konteyneri; birden çok heterojen yüküm tek bir yükleme, taşıma ve boşaltma birimi durumuna gelmesini sağlayan, içine konan eşyanın birden fazla indirme ve bindirme işleminden sonra da taşınmasına olanak sağlayan, herhangi bir taşıma aracına sürekli ve ayrılmaz şekilde bağlı olmayan ve bir taşıma aracından diğerine teknik araçlar kullanılarak kolay bir şekilde

¹ Vural Seven, *Taşıma Hukuku*, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2010 (Taşıma Hukuku), s. 112; Doğan Can Aydın, *Deniz Yoluyla Konteyner Taşımacılığında Taşıyanın Hukuki Sorumluluğu ve Sorumluluğun Sigortalanması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2025, s. 5.

² Latif Çakıcı, *Taşıma Kapları ile Zincirleme Taşımacılık (Konteynerle Kombine Taşımacılık)*, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1978, s. 33, Ezgi Hepgülerler, *Deniz Yolu ile Gerçekleştirilen Konteyner Taşımacılığının Yükleme, İstif, Boşaltma ve Teslim Aşamalarında Görev Alanların Hukuki Sorumlulukları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 19; Nihal Koşer, *Deniz Yoluyla Konteyner Taşımacılığında Konteynere Uygulanacak Hukuki Rejim*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2015, s. 4.

aktarılabilen, indirme ve bindirmeyi mümkün kılmak için boyutları ve dizaynı uygun olan, tekrar kullanılabilmesini sağlamak için gerektiğinde sağlam inşa edilen sandıklar, taşıma kapları ve yüklükler olarak tanımlamıştır³. Deniz yolu ile eşya taşımalarının başladığı ilk dönemlerden günümüze kadar bugünkü konteyner gibi özellik ve standartları taşımasa da yüklerin korunması için ambalajlandığı veya kutu, sandık veya çuval gibi gereçlerin içine konulduğu görülmektedir⁴.

Türk Ticaret Kanunu (TTK) konteyneri açık bir şekilde tanımlamamıştır. Buna karşın, taşıyanın sorumluluğunun sınırlandırılmasına ilişkin Kanun'un 1186/3. fıkrasında "*Eşya topluca bir konteyner, palet veya benzeri bir taşıma gereğine konmuş ise,...*" ifade edilerek konteynerin "*bir taşıma gereci*" olarak kabul edildiği ortaya konulmuştur.

Konteynerin tanımı kanaatimizce şu şekilde yapılabilir; her türlü taşıma aracıyla taşınması mümkün olan, hiçbir taşıma aracına sürekli biçimde bağlı olmayan ve bir taşıma aracından diğerine üzerinde bulunan donanımlar sayesinde teknik araçlar kullanılarak kolaylıkla aktarılabilen, genellikle birçok heterojen eşyanın tek bir taşıma ünitesi haline gelmesini sağlayan, içinde taşıyacağı yükü taşımaya elverişli olan, ISO'nun belirlediği şekil ve ölçüler uyarınca boyutları ve dizaynı yüklemeye, boşaltmaya ve taşımaya uygun olan ve birden fazla kes kullanılabilmeye elverişli inşa edilen taşıma gerecidir⁵.

³ Çakıcı, s. 33; İnci Deniz, *Konteyner Taşımacılığı ve Hukuki Sorunları*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982 (Konteyner Taşımacılığı), s. 3.

⁴ Aydın, s. 5.

⁵ Aydın, s. 9. Benzer tanımlar için bkz: W. David Angus, "Legal Implications of "The Container Revolution" in International Carriage of Goods", *McGill Law Journal*, Vol. 14, No. 3, 1969, 395-429, s. 398-399; Klaus Beplat, *Probleme der Einführung des Containerverkehrs*, Verlag Weltarchiv, Hamburg, 1970, s. 32; Jürgen Steenken, *Der Containerverkehr aus der Sicht des Deutschen Seerechts*, Dissertation, München, 1972, s. 9; Detlev Joost/Lutz Strohn/Dörte Poelzig/Volker Sander, *Ebenroth/Boujong Handelsgesetzbuch Bd. II*, 5. Aufl., München, 2024, §407, Kn. 50; Ingo Koller, *Transportrecht - Kommentar zu Land-, Luft- und Binnengewässertransport von Gütern*, Spedition und Lagergeschäft, 10. Aufl., München, 2020, §407, Kn. 60; Seymour Simon, "The

Konteynerlerin yapımında kullanılan malzeme, büyüklük ve şekil, kullanılacakları taşıma türünün gereksinimlerine göre farklılık göstermektedir. Farklı yapısal özelliklere sahip olsalar da, konteynerler belirli standartlar çerçevesinde üretilmektedir. Günümüzde deniz yoluyla yapılan eşya taşımacılığında genellikle ISO standartlarına uygun olan 20 feet ve 40 feet büyüklüklerindeki standart konteynerler kullanılmaktadır. Konteynerler büyüklüklerine göre genel itibariyle bu şekilde sınıflanırken; içine yerleştirilen yükün türüne göre genel yük konteynerleri, termal konteynerler ve özel konteynerler; üretiminde kullanılan malzemenin türüne göre ise çelik, alüminyum ve plastik

Law Of Shipping Containers”, *J. Mar. L. & Com.*, Vol. 5, No. 3, April 1974, 507-538, s. 513; Deniz, Konteyner Taşımacılığı, s. 3; Hüseyin Ülgen, *Uluslararası Taşımacılık ve Hukuki Sorunları*, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, İstanbul, 1988, s. 85; İsmail Hakkı Sır, *Konteyner Taşımacılığı ve Türkiye’deki Uygulaması*, Sena Matbaası, İstanbul, 1988, s. 9; Ahmet Zeyneloğlu, *Taşıma Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 1993, s. 140; Evren Öztürk, *Konteynerize Yük Taşımacılığı ve Marmara Bölgesi Projeksiyonu*, Yıldız Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2007, s. 3; Burak Adıgüzel, *Multimodal Taşımalarda Taşıyıcının (MTO) Sorumluluğu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014 (Multimodal Taşıma), s. 10; Aksoy Yavaş, *Kara Yoluyla Konteyner ile Yapılan Yük Taşımada Kayıp veya Hasardan Doğan Sorumluluk (Türk Hukukunda ve Uluslararası Sözleşmelerde)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 17; Didem Algantürk Light, “Konteyner Taşımacılığında Uygulamada Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, S. 2-3, Temmuz-Ağustos 2017, 17-27, s. 17; Sami Aksoy, “Deniz Ticareti Hukukunda Konteynerin Taşıyana İadesi ve Konteyner Demurajı”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (BATIDER)*, C. 33, S. 1, 2017, 137-178, s. 139. Yargıtay bir kararında konteyneri şu şekilde tanımlamıştır; “Birçok heterojen malın tek bir yükleme ve taşıma ünitesi halinde gelmesine yardım eden, içinde konan malların birkaç indirme bindirme işleminden sonra da taşınmasını sağlayan hiçbir taşıma aracına bağlı olmayan ve bir araçtan diğerine teknik araçlar yardımı ile kolaylıkla aktarılabilen, büyüklüğü ve dizaynı indirme ve bindirmeye uygun olan, tekrar kullanılabilmesi için gerektiği kadar sağlam yapılan sandıklar ve taşıma kaplarına konteyner denilebilir.” [Yarg. 11. HD, 11.05.1984, E.1984/2187, K.1984/2760 (Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı)].

konteynerler olarak ayrılmaktadır⁶. Ortaya çıkan ihtiyaçlar doğrultusunda ise; standart konteynerler, üstü açılabilir konteynerler, üstü açık konteynerler, açık veya düz raf konteynerler, platform konteynerler, havalandırmalı konteynerler, soğutmalı konteynerler, dökme yük konteynerleri ve tank konteynerler gibi çeşitli türler geliştirilmiştir⁷.

Eşyaların konteyner içine yerleştirilerek taşınması, esasen eşyaların “birimleştirilmesi” yöntemine dayanmaktadır. Birimleştirme; farklı türdeki yüklerin ayrı ayrı işlem görmek yerine tek bir ünite oluşturacak biçimde bir araya getirilmesi ve mümkün olduğunca birlikte yükleme, istifleme ve boşaltma işlemlerine tabi tutulması şeklinde ifade edilebilir⁸. Bu yöntemle, farklı türdeki eşyalar bir araya getirilerek homojen taşıma üniteleri oluşturulmaktadır⁹. Birimleştirilmiş yükler, ağırlık ve boyut bakımından birbirinden ayrılmakta; kendisini meydana getiren yüklerin münferit özellikleri yapılacak taşıma sürecinde ön planda olmaktan çıkmaktadır¹⁰. Birimleştirme yoluyla eşyaların teknolojik araçlardan faydalanılarak yüklenmesi ve boşaltılması

⁶ Murat Kağan Kozanhan, “Konteyner Güvenlik Girişimi (CSI)”, *Konteyner Deniz ve Liman İşletmeciliği*, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, 233-242, s. 234.

⁷ Konteyner türleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: Çakıcı, s. 54-62; Koşer, s. 13-17; Buğrahan Bican, *Denizde Yük Taşımacılığında Konteyner Kaynaklı Zararlardan Doğan Sorumluluk*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020 (Konteyner), s. 51-54; Aydın, s. 17-23.

⁸ Beplat, s. 35; Deniz, Konteyner Taşımacılığı, s. 14; Hepgülerler, s. 51; Adıgüzel, Multimodal Taşıma, s. 14; Yavaş, s. 13.

⁹ Konteyner kullanılarak eşya taşınması, yükleri birimleştirme yöntemlerinden sadece bir tanesidir. Konteyner kullanılarak taşıma haricindeki birimleştirme yöntemleri arasında örnek olarak; palet taşıması, swap body taşıması, mavna (barç) taşıması ve römork veya yarı römork taşıması (Ro/Ro) sayılabilir (Yavaş, s. 13-14).

¹⁰ Deniz, Konteyner Taşımacılığı, s. 14-15; Hepgülerler, s. 51-52. Bu kapsamda ayrıca ifade edilmelidir ki, “birimleştirilmiş yük” kavramı ile taşıyanın sorumluluğunu sınırlandırma hakkını yer aldığı Türk Ticaret Kanunu’nun 1186. maddesinde düzenlenen “ünite” (birim) kavramı birbirinden farklı kavramlardır.

mümkün hâle gelmekte, böylece geleneksel eşya taşımacılığında yaşanan güçlükler büyük ölçüde ortadan kalkmaktadır¹¹.

B. Konteynerin Hukuki Niteliği

Konteynerin hukuki niteliği konusunda öğretide çeşitli görüşler bulunmakta ve farklı nitelendirmeler yapılmaktadır. Bu kapsamda öncelikle konteynerin; ambalaj¹², nakil vasıtası¹³, geminin yük bölümü¹⁴,

¹¹ Adıgüzel, *Multimodal Taşıma*, s. 15; Aydın, s. 10.

¹² Beplat, s. 34; Detlef Zschoche, “Die Per-Package-Limitation beim Transport in Containern”, *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 48, 1978, 2421-2425, s. 2425; Christine Schmidt, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch Bd. VII – Transportrecht*, 5. Aufl., München, 2023, §484, Kn. 5; Sabih Arkan, *Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1982, s. 118; Çakıcı, s. 34; Deniz, *Konteyner Taşımacılığı*, s. 5; Hepgülerler, s. 28; Yavaş, s. 19; Yargıtay’ın görüşü de bu yöndedir, Yarg. 11. HD, 11.05.1984, E.1984/2187, K.1984/2760 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı). Aksi yöndeki görüş için bkz: Zeyneloğlu, s. 141; Fahiman Tekil, *Deniz Hukuku*, 6. Bası, Alkım Yayınevi, İstanbul, 2001, s. 76; Öztürk, s. 9. Taşıtan tarafından sağlanan konteynerin ambalaj niteliğinde sayılacağına dair görüşler için bkz: Talal Aladwani, “The Supply of Containers and Seaworthiness – The Rotterdam Rules Perspective”, *J. Mar. L. & Com.*, Vol. 42, No. 2, 2011, 185-209, s. 186; Hakan Karan, *The Carrier’s Liability under International Maritime Conventions: The Hague, The Hague-Visby, and Hamburg Rules*, The Edwin Mellen Press, New York, 2004 (The Carrier’s Liability), s. 132. KEE, konteynerin taşıtan tarafından sağlandığı hallerde geminin değil, eşyanın bir parçası olduğu görüşündedir (Wong Kong Kee, “Containerisation: It’s Legal Implications”, *Malaya Raw Review*, Vol. 12, No. 2, December 1970, 364-375, s. 371).

¹³ Beplat, s. 33; Deniz, *Konteyner Taşımacılığı*, s. 4; Hepgülerler, s. 27; Zeyneloğlu, s. 141; Yavaş, s. 19; Yargıtay’ın görüşü de bu yöndedir, Yarg. 11. HD, 11.05.1984, E.1984/2187, K.1984/2760 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

¹⁴ Pierre-Jean Bordahandy, “Containers: A Conundrum or a Concept?”, *JIML*, Vol. 11, No. 5, 2005, 342-371, s. 368-369; New Jersey Margetson, “Liability of The Carrier Under The Hague (Visby) Rules for Cargo Damage Caused by Unseaworthiness of It’s Containers”, *JIML*, Vol. 14, No. 2, 2008, 153-161, s. 158-159; Aksoy, s. 141. Aksi yönde görüşler için bkz: Zschoche, s. 2425; Deniz, *Konteyner Taşımacılığı*, s. 5; Hepgülerler, s. 28; Taşıyan tarafından

yük veya yükün belli bir kısmı¹⁵ olarak nitelendirilemeyeceği kanaatindeyiz. Burada özel olarak gemi ile konteyner arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinin incelenmesi gerekmektedir.

Öğretide de kanımızca isabetli şekilde kabul edildiği üzere, konteyner geminin bütünleyici parçası olamaz, öğretide bu bakımdan bir tartışma yoktur¹⁶. Buna karşılık, konteynerin geminin eklentisi

sağlanan konteynerin geminin bir parçası ve hareketli gemi ambarı niteliğinde kabul edileceğine dair görüşler için bkz: Kee, s. 368; Simon, s. 512-513; Mei-Lin Hsu, *Haftungsprobleme beim Containerseeverkehr im Seefrachtrecht Taiwans (Republik China) im Vergleich mit der Bundesrepublik Deutschland*, Dissertation, Hamburg, 1995, s. 73 vd.; Aladwani, s. 186; Karan, s. 131.

¹⁵ Beplat, s. 33; Çakıcı, s. 35; Deniz, Konteyner Taşımacılığı, s. 4; Yarg. 11. HD, 11.05.1984, E.1984/2187, K.1984/2760 (Sinerji Mevzuat ve İċtihat Programı). “Boşaltmanın hiç veya süresinde yapılmaması” durumuna yer veren Türk Ticaret Kanunu’nun 1174. maddesinin uygulanması açısından konteynerin eşya kavramı içinde değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin bkz: Doğuş Taylan Türkel, “Deniz Ticareti Hukukunda Konteynerin Beklemesi ve Gecikmesi Üzerine Bir İnceleme”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21, S. 2, 2019, 707-776 (Konteynerin Beklemesi ve Gecikmesi), s. 725. Rotterdam Kuralları bakımından değerlendirildiğinde, taşıyanın taşıma sözleşmesi gereğince taşımayı taahhüt ettiği ve taşıyan tarafından veya taşıyan adına sağlanmayan ambalaj ve herhangi bir ekipman ya da konteyneri de kapsayan her türlü eşya, mal ve ürün, yük kapsamında ifade edilmiştir (m. 1 (24)). Bu tanım uyarınca, konteyner taşıtan tarafından veya onun adına sağlanmışsa yük tanımına dahil olacaktır. Buna karşın, taşıyanın sahibi olduğu veya olmadığı konteyneri eşya taşınması için taşıtana sağlaması halinde ise konteyner, Rotterdam Kuralları uyarınca yük kapsamına girmez [Cüneyt Süzel, *Deniz Ticareti Hukukunda Taşıtan ve Yükleten*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 377; Buğrahan Bican, “Büyük Metal Kutular: Denizde Yük Taşımacılığında Kullanılan Konteynerlerin “Koli”, “Ünite” ve “Yük” Kavramları Açısından Değerlendirilmesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 15, S. 167, Temmuz 2020, 1378-1389 (Büyük Metal Kutular), s. 1382].

¹⁶ Steenken, s. 37; Deniz, Konteyner Taşımacılığı, s. 6; Hepgülerler, s. 30; Yavaş, s. 19; Doğuş Taylan Türkel, “Taşıyanın Tedarik Ettiği Konteynerin Yüke Elverişsizliğinden Kaynaklanan Zıya veya Hasardan Doğan Sorumluluğu”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, C. 21, Özel S., 2019, 2469-2544 (Yüke Elverişsizlik), s. 2503; Melda

sayılıp sayılamayacağı hususu ise öğretide en tartışmalı konular arasındadır. Bir görüş, konteynerin geminin eklentisi olamayacağını savunurken¹⁷; diğer bir görüş belirli şartların varlığı hâlinde konteynerin geminin eklentisi olarak nitelendirilebileceğini ileri sürmektedir¹⁸. Esasen bu tartışmada belirleyici olan unsur, konteynerin taşıyan tarafından mı yoksa taşıtan veya yükleten tarafından mı temin edildiğidir. İlk olarak konteynerin taşıyan tarafından sağlanmadığı durumlarda, onun geminin bir eklentisi veya parçası olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Konteyner ile yapılan eşya taşımalarına bakıldığında, konteynerin münferit bir gemiye sürekli biçimde özgülendiği söylenemez¹⁹. Zira konteyner, birbirinden farklı gemilerde ve intermodal özelliği dolayısıyla gemi dışındaki diğer taşıma araçlarında da rahatlıkla taşınabildiği gibi, taşıma haricinde liman işletmelerinde, konteyner terminallerinde ve taşımayla ilgili olan diğer kişilerin zilyetliğinde de olabilmektedir. Bu itibarla, eklentinin asıl eşyadan geçici şekilde koparılması onun eklenti niteliğini ortadan kaldırmamakla birlikte, konteynerin uygulamada münferit bir gemiye sürekli ve ayrılmaz şekilde özgülmesi söz konusu olmadığı gibi gemiden geçici olarak koparılması gibi bir halden de söz edilemez²⁰.

Taşkın, *Deniz Yoluyla Konteyner Taşımalarında Taşıyanın Başlangıçtaki Elverişsizlikten Sorumluluğu*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2023, s. 66.

¹⁷ Steenken, s. 41; Hsu, s. 77; Yavaş, s. 22-24; Türkel, *Yüke Elverişsizlik*, s. 2504; Kübra Yetiş Şamlı, *Gemi Mülkiyetinin Hukuki İşlem Yoluyla Kazanılması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021 (Gemi Mülkiyeti), s. 62; Taşkın, s. 73.

¹⁸ Merih Kemal Omağ, "Konteynerli Taşımalara İlişkin Bazı Sorunlar", *İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi*, S. 2, 1973, 407-438, s. 418; Deniz, *Konteyner Taşımacılığı*, s. 10-11; Hepgülerler, s. 30-33.

¹⁹ Kerim Atamer, *Deniz Ticareti Hukuku Cilt II Gemilerin Eşya Hukuku (1. Fasikül: Giriş-Temel Kavramlar-Zilyetlik-Kanuni Rehin Hakları)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 43; Türkel, *Yüke Elverişsizlik*, s. 2504; Türkel, *Konteynerin Beklemesi ve Gecikmesi*, s. 724; Yetiş Şamlı, *Gemi Mülkiyeti*, s. 62; Taşkın, s. 70.

²⁰ Türkel, *Yüke Elverişsizlik*, s. 2504. Türkel, *Konteynerin Beklemesi ve Gecikmesi*, s. 724; Taşkın, s. 72-73. Öğretide konteynerin gemi güvertesine sürekli olarak sabit şekilde bağlanabileceği ve ticari kullanımı haricinde gemi malikinin iradesine göre gemide eklenti niteliğinde kullanılabileceği ifade edilmektedir (Deniz, *Konteyner Taşımacılığı*, s. 11). Bu şekilde bir

Ayrıca konteynerler taşıma ve işletme güvenliği bakımından gemide sabitlenmiş olsalar da, eklentiye ilişkin unsurlar bakımından gemiyle fiziksel bir birleşme veya bağlantı söz konusu değildir. Konteynerlerin yan yana ve üst üste dizilip gemiye sabitlenmek için birleştirilerek konteyner gemisinin gövdesi içinde ve güvertesinde taşındığı göz önüne alındığında, eklenti ilişkisini doğuracak bir bağlanmadan söz etmek mümkün değildir²¹.

Yukarıda yer verilen açıklamalar çerçevesinde, kanaatimizce konteyner, ne geminin bütünüleyici parçası ne de eklentisi olarak nitelendirilebilir. Bu kapsamda konteynerin hukuki niteliği bakımından belirli bir hukuki sınıflandırmaya tabi tutulması mümkün olmayıp, kendine özgü bir niteliğe sahip olduğu kabul edilmelidir. Taşımanın tüm aşamaları dikkate alındığında, konteynerin gemiyle diğer taşınan eşyalar gibi doğrudan bir bağının bulunmadığı görülmektedir. Konteynerler yalnızca bir gemide kullanım için özgülmemekte olup, pek çok farklı gemide ve diğer taşıma araçlarında kullanılmak üzere üretilmektedir. Bu gerekçelerle konteynerin, geminin içinde yer alan yük ambarlarıyla aynı hukuki nitelikte değerlendirilmesi mümkün değildir. Her ne kadar konteyner gemileri konteyner olmaksızın taşıma yapamayacak olsa da, bu durum konteynerin geminin parçası olduğu anlamına gelmez²². Sonuç itibarıyla konteyner ile gemi arasında herhangi bir hukuki bağlantı bulunmamakta olup, konteynerin gemiden

kullanım halinde konteynerin geminin eklentisi niteliğinde olabileceği kabul edilebilirse de, konteyner taşımacılığının genel işleyişi göz önüne alındığında ve konteyneri tanımında yer alan unsurlar arasında da belirtildiği üzere, konteynerin en temel özelliklerinden bir tanesini bir araçtan diğerine kolayca aktarılabilmesi ile hiçbir taşıma aracına sürekli şekilde bağlı olmaması oluşturmaktadır. Belirtilen şekilde bir kullanım ise, uygulamadaki konteyner taşımacılığına ve konteynerin genel tanımına uygun olmadığından, genel kuralı bozmayacağı görüşündeyiz (Aynı yönde bkz; Türkel, Yüke Elverişsizlik, s. 2504).

²¹ Türkel, Yüke Elverişsizlik, s. 2504; Türkel, Konteynerin Beklemesi ve Gecikmesi, s. 724-725; Taşkın, s. 67-69.

²² Bordahandy, s. 368-370; Margetson, s. 158-159.

ve diğer taşıma araçlarından bağımsız, müstakil bir taşıma gerci olduğu kanaatindeyiz²³.

II. EŞYANIN İNCELENMESİ

Eşyanın zıya uğraması, hasar görmesi veya geç teslim edilmesi durumunda, hem taşıyan hem de gönderilen taraf, kendi hak ve menfaatlerini koruyabilmek için belirli hususları ispat yükü altındadır. Eşyanın gönderilene teslim edilmesinden önce incelenmesi, hem gönderilen hem de taşıyan bakımından yükü ilgili mevcut maddi olguları uyumsuzluk ortaya çıkmadan önce tespit ettirmelerine ve kendi lehlerine delil toplamalarına olanak tanıyan bir hukuki imkândır²⁴.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1184. maddesinin birinci fıkrasına göre, gönderilen eşyayı teslim almadan önce; taşıyan, kaptan veya gönderilen eşyanın hâl ve durumunu, ölçüsünü, sayısını veya tartısını tespit ettirmek amacıyla eşyayı mahkemeye, diğer yetkili mercilere ya da bu konuda uzman kişilere inceletebilir²⁵. İnceleme sırasında, mümkün olduğunca karşı tarafın da hazır bulunması sağlanır²⁶. İnceleme giderleri, başvuruda bulunan tarafça karşılanır. Ancak inceleme talebi gönderilen tarafından yapılmış ve sonuçta taşıyanın sorumluluğunu gerektiren bir zıya veya hasar tespit edilmişse, bu durumda inceleme giderlerinden taşıyan sorumlu olur (TTK m. 1184/2).

²³ Aynı yönde görüş için bkz: Steenken, s. 41; Hsu, s. 73-78; Bordahandy, s. 369-370; Margetson, s. 159; Yavaş, s. 24; Aydın, s. 33-34.

²⁴ Samim Ünan, "Yük Sigortacısının Taşıyana Karşı Açtığı Halefiyete Dayanan Rücu Davasıyla İlgili Bazı Sorunlar", *Deniz Hukuku Dergisi*, Y. 2, S. 4, 1997, 99-114 (Yük Sigortacısı), s. 103; Yetiş Şamlı, Taşıyanın Sorumluluğu, s. 183.

²⁵ Münhasıran mahkeme veya yetkili makam ya da bu hususta resmen atanmış uzmanlar olmaksızın her iki tarafın uzmanlarının aynı anda eşyayı incelemeleri Türk Ticaret Kanunu'nun 1184. maddesi anlamında bir inceleme değildir (Heinz Pruißmann/Dieter Rabe, *Seehandelsrecht: fünftes Buch des Handelsgesetzbuches mit Nebenvorschriften und Internationalen Übereinkommen*, 4. neubearbeitete Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2000, s. 611).

²⁶ İncelemenin yapılacağı yer ve zamanın, katılımın sağlanabilmesi bakımından makul bir süre öncesinde karşı tarafa bildirilmiş olması burada yeterli kabul edilmelidir (Prußmann/Rabe, s. 606).

Anılan hüküm ile taraflara herhangi bir külfet getirilmemektedir. Bu şekilde taraflara sadece eşyayı incelettirme hakkı ve olanağı sağlanmaktadır. Zira eşyanın incelenmesi, yalnızca yükü ilgili kişinin değil ayrıca taşıyanın da menfaatine olan bir düzenlemedir. Türk Ticaret Kanunu çerçevesinde taraflar, dürüstlük kuralı gereğince eşyanın incelenmesi konusunda birbirlerine her türlü kolaylığı göstermek zorundadır²⁷. Böylece tarafların ileride birbirlerine karşı açabilecekleri olası davalar için delilleri ilk anda tespit ettirerek güvence altına alması sağlanmak istenmiştir²⁸. Türk Ticaret Kanunu'nun 1184. maddesinde düzenlenen incelemenin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen (HMK m. 400 vd.) delil tespiti ile yakın bir ilişkisi ve bazı benzerlikleri olduğu söylenebilecektir²⁹. Bununla birlikte Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen çekişmesiz yargı işleri arasında "Eşya taşımada eşyanın hasar ve eksiğinin tespit edilmesi; teslim edilememesi hâlinde Borçlar Kanunu hükümlerine göre satılmasına karar verilmesi; gönderilen eşyanın mahkeme marifetiyle muayenesi." de sayılmıştır (m. 382/2-e,7). Bu nedenle eşya üzerinde Türk Ticaret Kanunu'nun 1184. maddesi anlamında yapılacak incelemenin Hukuk Muhakemeleri Kanunu bakımından çekişmesiz yargı işi (HMK m. 382-388) niteliğinde olduğu görülmektedir³⁰.

²⁷ Pruißmann/Rabe, s. 611; Tahir Çağa/Rayegan Kender, *Deniz Ticareti Hukuku - II - Navlun Sözleşmesi*, 10. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 155.

²⁸ Sami Akıncı, *Deniz Hukuku Navlun Mukaveleleri*, Sermet Matbaası, İstanbul, 1968, s. 171; Emine Yazıcıoğlu, *Kender - Çetingil Deniz Ticareti Hukuku*, 17. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022 (Kender - Çetingil), s. 403; Kübra Yetiş Şamlı, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Taşıyanın Zıya, Hasar ve Geç Tesliminden Sorumluluğu*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013 (Taşıyanın Sorumluluğu), s. 183.

²⁹ Vural Seven, *Taşıyanın Yüke Özen Borcunun İhlalinden Doğan Sorumluluğu*, Yetkin Yayınları, Ankara 2003 (Yüke Özen Borcu), s. 148-149.

³⁰ Her ne kadar Seven 2003 yılında yayınlanan eserinde eşya üzerinde yapılacak bu incelemede delil tespiti hükümlerinin uygulanacağını belirtmiş ise de eserin yayınlandığı tarihte yürürlükte olan mevzuata göre bu tespitin yerinde olduğu söylenebilecektir (Seven, Yüke Özen Borcu, s. 148-149). Zira 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile

Eşyanın incelenmesi, eşyada kısmi ziya ve hasar söz konusu olduğunda dikkate alınabilecek bir durumdur. Çünkü, eşyanın maddi olarak yol olduğu tam ziya durumlarında inceleme yapılması da doğal olarak mümkün olamayacaktır³¹.

Konteyner ile yapılan eşya taşımaları bakımından değerlendirildiğinde, Türk Ticaret Kanunu'nun 1184. maddesinde düzenlenen incelemenin konteyner taşımalarında uygulanamayacağı görülmektedir. Çünkü maddede düzenlenen incelemenin, gönderilen eşyayı teslim almasından önce yapılması gerektiği öngörülmüş olup, eşya gönderilen tarafından teslim alınmadan önce incelemenin başlaması gerekmektedir. Bu bakımdan konteyner içinde taşınan eşyalar için Türk Ticaret Kanunu'nun 1184. maddesindeki incelemenin yaptırılması mümkün olmayacaktır³².

III. EŞYANIN ZIYA, HASAR VEYA GEÇ TESLİMİNİN BİLDİRİMİ

A. Genel Olarak

Türk Ticaret Kanunu, eşyanın ziya uğraması, hasar görmesi veya geç teslim edilmesi hâllerinde, gönderilene eşyayı çekince koyarak teslim alma ya da bu durumu taşıyana bildirme yükümlülüğü

çekişmesiz yargı işi kavramı hukuk dünyamıza girmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu öncesi dönemde bu incelemenin niteliğine dair kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktaydı. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte Türk Ticaret Kanunu'nun 1184. maddesinde düzenlenen incelemenin çekişmesiz yargı işi niteliğinde olduğu açıkça düzenlenmiştir.

³¹ Çağa/Kender, s. 152; Akıncı, s. 173; Vural Seven, *Yük Ziya veya Hasarının Tespit ve İhbarı*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1994 (Tespit ve İhbar), s. 23; Ünan, *Yük Sigortacısı*, s. 106; Pınar Akan, *Deniz Taşımacılığında Taşıyanın Yüke Özen Yükümlülüğünün İhlalinden Doğan Sorumluluğu* (TTK m. 1061), Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 112; Ahmet Batuhan Oyal, "Taşıma Hukukunda Ziya ve Hasar Kavramları", *Legal Hukuk Dergisi*, C. 22, S. 264, 2024, 4493-4546, s. 4531.

³² Kee, s. 373; Omağ, s. 423; Deniz, *Konteyner Taşımacılığı*, s. 89; Akan, s. 112; Hepgülerler, s.103; Aydın, s. 214.

getirmiştir. Bu yükümlülüğün gereği gibi yerine getirilmemesi durumunda, gönderilen aleyhine ziya veya hasar bakımından adi karineler doğabileceği gibi, teslimin gecikmesinden kaynaklanan zararlar yönünden talep hakkının düşmesi gibi ağır sonuçlar da ortaya çıkabilir³³. Bu düzenleme ile amaçlanan, meydana gelen zarara ilişkin incelemenin vakit kaybedilmeden yapılması, delillerin kaybolmadan toplanması³⁴ ve uyuşmazlıkların süratle çözüme kavuşturulmasıdır³⁵.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1185. maddesinin birinci fıkrasına göre, Kanun'un 1184. maddesi uyarınca bir inceleme yaptırılmadığı hâllerde³⁶, açıkça belli olan ziya veya hasarın en geç eşyanın gönderilene teslimi sırasında taşıyana yazılı olarak bildirilmesi zorunludur. Ancak, zararın yalnızca teslim işleminin tamamlanmasının ardından eşya incelendiğinde tespit edilebileceği durumlarda, bildirimin sadece teslim anında yapılmasının zorunlu olmadığı kabul edilmelidir. Çünkü meydana gelen zararı gösteren bir bildirimin hazırlanabilmesi için belirli bir süreye ihtiyaç duyulabilir. Bu nedenle, bildirimin teslim tamamlandıktan hemen sonra, ancak somut olayın koşullarına göre makul sayılabilecek bir süre aşılardan yapılması hâlinde de geçerli olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla bildirimin, teslim anı ile doğrudan

³³ Seven, Taşıma Hukuku, s. 211; Aydın, s. 214.

³⁴ Schmidt, §510, Kn. 1.

³⁵ Hartmut Oetker, *Handelsgesetzbuch – Kommentar*, 8. Aufl., München, 2024, §510, Kn.1.

³⁶ Burada ifade edilmelidir ki, eşyadaki incelemenin bildirim külfetinin yerini alabilmesi için Türk Ticaret Kanunu'nun 1184. maddesinde öngörülen şartların tam olarak yerine getirilmesi gerekir. Burada öncelikle incelemeye her iki tarafın katılımının sağlanması gerekmekte olup, incelemenin karşı tarafa bildirilmiş olması tek başına yeterli sayılamaz (Prußmann/Rabe, s. 611; Akıncı, s. 183). Buna karşın taraflardan birinin inceleme öncesinde incelemeye katılmayacağını veya katılımdan feragat ettiğini bildirmesi ya da mahkeme tarafından çağrılmasına rağmen incelemeye katılmaması durumunda bu koşulun sağlandığı kabul edilmelidir (Georg Schaps/Hans Jürgen Abraham, *Das Seerecht in der Bundesrepublik Deutschland: Kommentar und Materialsammlung, Seehandelsrecht – Erster Teil*, 2 Teile, vierte, vollig neubearbeitete Auflage, Walter de Gruyter, Teil I, Berlin vd., 1978, s. 675; Çağa/Kender, s. 155; Yetiş Şamlı, Taşıyanın Sorumluluğu, s. 192)

bağlantılı olduğu düşünülebilecek makul bir süre içinde yapılması yeterlidir³⁷.

Burada ayrıca belirtilmektedir ki, bildirim külfetinin doğması için somut olayda konişmento ya da diğer bir denizde taşıma senedinin düzenlenmiş olması zorunlu değildir³⁸. Konişmentoda FIO/S kaydının bulunması durumunda, eşya boşaltma işleminden önce gemide teslim alınmış olsa bile boşaltmanın fiilen bittiği anda zıya veya hasar bildiriminin yapılabileceği, boşaltma öncesinde yapma zorunluluğunun olmadığı kabul edilmelidir³⁹.

B. Zararın Bildirimi

Zıya veya hasarın haricen belli olmaması hâlinde, bildirim eşyanın gönderilene tesliminden itibaren kesintisiz olarak hesaplanacak üç gün içinde yapılması yeterlidir (TTK m. 1185/1). Haricen belli olmayan zıya ve hasarlarda bu üç günlük süre, bağımsız bir parti oluşturan eşyanın tamamının teslim edilmesiyle işlemeye başlar. Haricen belli olan zıya ve hasarlarda ise bildirim muhatabına ulaşmış olması gerekirken, haricen belli olmayanlarda bildirim üç gün içinde gönderilmesi yeterlidir. Bildirimin gönderilmesi, ispat kuralları dışında özel bir şekil şartına tabi değildir⁴⁰.

“Haricen belli olan” zıya veya hasar kavramı dar yorumlanmakta olup, özel bir inceleme veya teknik uzmanlık gerektirmeksizin, eşyanın tartılması, sayılması gibi olağan işlemler sırasında fark edilebilen; koklama, görme veya dokunma gibi duyu organlarıyla anlaşılabilir nitelikteki zararlar bu kapsamda

³⁷ Schaps/Abraham, s. 674; Prußmann/Rabe, s. 610; Çağa/Kender, s. 155; Ünan, Yük Sigortacısı, s. 108; İnci Deniz Kaner, *Deniz Ticareti Hukuku I-II*, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2024, s. 368; Yetiş Şamlı, Taşıyanın Sorumluluğu, s. 189.

³⁸ Schaps/Abraham, s. 673; Prußmann/Rabe, s. 607; Çağa/Kender, s. 154; Yetiş Şamlı, Taşıyanın Sorumluluğu, s. 189.

³⁹ Ünan, Yük Sigortacısı, s. 108; Akan, s. 115.

⁴⁰ Çağa/Kender, s. 154; Akıncı, s. 179; Bülent Sözer, *Deniz Ticareti Hukuku – I (Ders Kitabı): Giriş - Gemi - Donatan ve Navlun Sözleşmeleri*, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2022, s. 499; Yetiş Şamlı, Taşıyanın Sorumluluğu, s. 189.

değerlendirilir⁴¹. Gönderilen, teslim anında elverişli koşullar altında taşınan eşyanın türüne göre mutat kontrolü yapmakla yükümlüdür⁴². Örneğin, kuru yükün ıslanması veya kötü kokması, sıvı yüklerde sızıntı bulunması ya da bir parçanın eksik çıkması haricen belli olan zararlara örnek teşkil eder⁴³. Bununla birlikte konteyner, koli veya paketlerin içinin açılıp incelenmesiyle anlaşılacak zararlar, haricen belli olmayan zıya veya hasar olarak kabul edilir⁴⁴.

Uyuşmazlık hâlinde, eşyanın zıya veya hasarının haricen belli olmadığını ispat yükü tazminat talep eden kişiye aittir⁴⁵. Buna karşılık, zıya veya hasarın haricen belli olduğunu ispat yükü taşıyana aittir. Bildirimin yapılmış olduğunu yükü ilgili kişi ispat ederken, bildirimin süresinde yapılmadığını ispat yükü ise taşıyana düşer⁴⁶.

⁴¹ Hans Wüstendörfer, *Neuzeitliches Seehandelsrecht mit besonderer Berücksichtigung des angloamerikanischen und internationalen Rechts*, zweite durchgesehene und verbesserte Auflage, Tübingen, 1950, s. 291; Franz Schlegelberger/Rudolf Liesecke, *Seehandelsrecht: Zugleich Ergänzungsband zu Schlegelberger Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 2. neubearbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen GmbH, Berlin vd., 1964, s. 305; Schaps/Abraham, s. 674; Prüßmann/Rabe, s. 609; Schmidt, §510. Kn. 12; Çağa/Kender, s. 153; Ünan, *Yük Sigortacısı*, s. 107.

⁴² Schaps/Abraham, s. 674; Prüßmann/Rabe, s. 609; Sözer, *Deniz Ticareti*, s. 499; Ünan, *Yük Sigortacısı*, s. 107; Akan, s. 115; Yetiş Şamlı, *Taşıyanın Sorumluluğu*, s. 190; İbrahim Ağsakal, "Deniz Yolu ile Yapılan Taşımalarda Yükün Zıya ve Hasarı ile Teslimdeki Gecikmenin Bildirimi", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 2, Aralık 2012, 249-273, s. 256.

⁴³ Wüstendörfer, s. 291; Schaps/Abraham, s. 674; Çağa/Kender, s. 153; Seven, *Tespit ve İhbar*, s. 68; Sözer, *Deniz Ticareti*, s. 500; Ünan, *Yük Sigortacısı*, s. 107; Yetiş Şamlı, *Taşıyanın Sorumluluğu*, s. 190.

⁴⁴ Prüßmann/Rabe, s. 609; Sami Okay, *Deniz Ticareti Hukuku II: Navlun Mukaveleleri, Denizde Yolcu Taşıma ve Deniz Ödüncü Mukaveleleri*, 2. Bası, Kutulmuş Matbaası, İstanbul, 1971 (Deniz Ticareti), s. 197.

⁴⁵ Schaps/Abraham, s. 674; Prüßmann/Rabe, s. 610; Schmidt, §510. Kn. 11, 33; Yetiş Şamlı, *Taşıyanın Sorumluluğu*, s. 191.

⁴⁶ Okay, *Deniz Ticareti*, s. 200; Seven, *Tespit ve İhbar*, s. 75; Yarg. TD, 27.03.1958, E.1958/851, K.1958/862 (Sami Okay, *Deniz Ticareti Hukukuna İlişkin Yargıtay Kararları (1943-1961)*, 2. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul,

Bildirim süresinin başlangıcı bakımından, eşyanın fiilen gönderilene teslim edildiği an dikkate alınmalıdır⁴⁷. Kanun yalnızca teslimden söz etmekle kalmamış, teslim tarihinden itibaren sürenin başlayacağını da açıkça belirtmiştir. Bu nedenle, Türk Ticaret Kanunu'nun 1178. maddesinin üçüncü fıkrasının "b" ve "c" bentlerinde düzenlenen hâller, bu kapsamda gönderilene teslim niteliğinde değildir. Ancak, navlun sözleşmesi uyarınca ifayı kabul etmeyerek teslim almaktan kaçınan ya da kendi kusuruyla eşyayı liman idaresinden teslim almayan gönderilen bakımından bildirim süresinin ertelenmesi uygun değildir⁴⁸.

Bununla birlikte, Türk Ticaret Kanunu'nun 1185. maddesinin uygulanabilmesi için eşyanın en azından kısmen teslim edilmiş olması gerekir. Bu nedenle, eşyanın yalnızca kısmen zıya veya hasara uğradığı ya da geç teslim edildiği hâllerde gönderilen bildirimde bulunma yükümlülüğü altındadır. Eşyanın fiilen teslim edilemediği tam zıya hâllerinde ise bu hüküm uygulanamaz⁴⁹. Somut olayda tam veya kısmi zıyan söz konusu olup olmadığı, zıya uğrayan eşyanın bağımsız bir yük partisi oluşturup oluşturmadığına göre belirlenir⁵⁰. Bu tespitte konişmento kayıtları büyük önem taşımaktadır. Farklı bir konişmentoya

1963 (Yargıtay Kararları), s. 354-355); Yarg. TD, 27.03.1958, E.1958/867, K.1958/849 (Okay, Yargıtay Kararları, s. 355-358).

⁴⁷ Yazıcıoğlu, Kender - Çetingil, s. 403; Deniz, Konteyner Taşımacılığı, s. 87; Yetiş Şamlı, Taşıyanın Sorumluluğu, s. 188; Aslıhan Sevinç Kuyucu, Taşıyanın Eşyayı Teslim Etme Borcu, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 206-208.

⁴⁸ Karan, s. 251; Yetiş Şamlı, Taşıyanın Sorumluluğu, s. 189; Deniz, Konteyner Taşımacılığı, s. 88; Sevinç Kuyucu, s. 208.

⁴⁹ Wüstendörfer, s. 290; Schaps/Abraham, s. 672; Schlegelberger/Liesecke, s. 304; Prüßmann/Rabe, s. 607; Çağa/Kender, s. 153; Akıncı, s. 177; Okay, Deniz Ticareti, s. 195; Sözer, Deniz Ticareti, s. 499; Seven, Tespit ve İhbar, s. 23; Emine Yazıcıoğlu, *Hamburg Kuralları'na Göre Taşıyanın Sorumluluğu Lahey/Visby Kuralları ile Karşılaştırmalı Olarak*, Beta Yayınları, İstanbul, 2000 (Hamburg Kuralları), s. 135; Kaner, s. 370; Karan, s. 252; Akan, s. 115; Ağsakal, s. 255.

⁵⁰ Wüstendörfer, s. 290; Schaps/Abraham, s. 667; Prüßmann/Rabe, s. 607; Çağa/Kender, s. 152; Okay, Deniz Ticareti, s. 195.

bağlanmışsa veya konişmentoda yazan başka eşyalarda olup da başka bir numara veya marka konulmuşsa bağımsız nitelikte bir eşya bulunduğu kabul edilir⁵¹.

Gönderilecek bildirimin içeriğinde, zıya veya hasarın mahiyetinin genel olarak belirtilmesi gerekir (TTK m. 1185/1). Bildirimde zarara ilişkin tüm ayrıntıların yazılması zorunlu olmamakla birlikte, hangi yük partisine ilişkin olduğu, eksik miktar ve zararın niteliği bildirimin içeriğinden anlaşılabilir olmalıdır⁵². Bildirimin yazılı yapılması gerekliliği Kanunda açıkça düzenlendiğinden, sözlü bildirim geçerli sayılmaz. Meydana gelmiş veya meydana gelmesi muhtemel bir zıya ya da hasar söz konusu olduğunda, taşıyan ve gönderilen, eşyanın incelenmesi ve koli sayısının tespiti için birbirlerine gerekli kolaylığı göstermekle yükümlüdür (TTK m. 1185/3).

Eşyanın incelenmesi, mahkeme veya yetkili bir merci ya da bu konuda resmen atanmış uzmanlar tarafından ve tarafların katılımı sağlanarak yapılmışsa ayrıca bildirim yapılmasına gerek yoktur (TTK m. 1185/2). Anlaşılacağı üzere, tarafların incelemeye fiilen katılımı zorunludur. Bu nedenle tarafların yalnızca incelemeden haberdar edilmiş olmaları yeterli değildir⁵³. Bununla birlikte, taraflardan biri katılmayacağını veya katılmaktan feragat ettiğini önceden bildirmişse veya mahkeme tarafından çağrılmasına rağmen incelemeye katılmamışsa, bu koşulun gerçekleştiği kabul edilir⁵⁴. Ayrıca, maddede incelemenin yalnızca mahkeme, yetkili makam veya resmen atanmış uzmanlarca yapılabileceği açıkça düzenlendiğinden, tarafların kendi belirlediği uzmanlarca yapılan ortak inceleme, TTK m. 1185 kapsamında bildirimin yerini tutan bir inceleme olarak değerlendirilemez⁵⁵.

⁵¹ Schaps/Abraham, s. 668; Pruißmann/Rabe, s. 607; Çağa/Kender, s. 152; Yetiş Şamlı, Taşıyanın Sorumluluğu, s. 186.

⁵² Schaps/Abraham, s. 672; Pruißmann/Rabe, s. 609; Schmidt, §510. Kn. 17; Çağa/Kender, s. 154; Seven, Tespit ve İhbar, s. 74; Sözer, Deniz Ticareti, s. 500.

⁵³ Akıncı, s. 183; Yetiş Şamlı, Taşıyanın Sorumluluğu, s. 193.

⁵⁴ Çağa/Kender, s. 155; Ünan, Yük Sigortacısı, s. 105; Yetiş Şamlı, Taşıyanın Sorumluluğu, s. 193.

⁵⁵ Yetiş Şamlı, Taşıyanın Sorumluluğu, s. 194; Aydın, s. 218.

Son olarak ifade edilmelidir ki, Türk Ticaret Kanunu'nun 1184. maddesi uyarınca eşyanın tesliminden önce bir inceleme yapılmış ve diğer taraf bu incelemeye katılmışsa, ayrıca bir inceleme veya bildirim yapılmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Karşı tarafın incelemeye katılmadığı hallerde ise, bu durumu ileri sürmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ediyorsa, yine ek bir inceleme veya bildirim ihtiyacı olmadığı kabul edilmelidir⁵⁶. Buna karşın Türk Ticaret Kanunu'nun 1184. maddesi kapsamında yapılan incelemede, ileri sürülen zıya veya hasar haricinde tespit edilmemiş başka bir zararın sonradan ileri sürülmesi hâlinde, bu zararın ayrıca taşıyana bildirilmesi gerekir⁵⁷.

C. Bildirim Külfetini Yerine Getirmemenin Sonuçları

1. Eşyanın Zıya veya Hasara Uğraması Halinde

Eşyanın zıya veya hasarının tespit edilmemesi ya da bu durumun bildirilmeyip taşıyana iletilmemesi halinde, taşıyanın eşyayı taşıma senedinde belirtilen şekilde teslim ettiği ve eşyada meydana gelen olası zıya veya hasarın taşıyanın sorumlu tutulamayacağı bir sebepten kaynaklandığı kabul edilir (TTK m. 1185/4)⁵⁸. Bu düzenlemeye göre, eşyanın uğradığı zıya veya hasarın belirlenmemesi ya da bildiriminin yapılmaması durumunda, yükü ilgili kişi hak kaybına uğramaz; ancak taşıyan lehine, aksi ispatlanabilir nitelikte iki karine ortaya çıkmaktadır⁵⁹. Bu karinelere ilki, taşıyanın eşyayı taşıma senedinde yer aldığı biçimde teslim ettiğini; ikincisi ise, eşyada bir zıya veya hasar mevcutsa bunun taşıyanın sorumlu olmadığı bir sebepten

⁵⁶ Yetiş Şamlı, Taşıyanın Sorumluluğu, s. 184.

⁵⁷ Akan, s. 115; Aydın, s. 222.

⁵⁸ Yarg. 11. HD, 25.06.2019, E.2018/2995, K.2019/4827; Yarg. 11. HD, 04.03.2019, E.2017/5101, K.2019/1761; Yarg. 11. HD, 11.12.2017, E.2016/5527, K.2017/7101 (Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı).

⁵⁹ Ünan, Yük Sigortacısı, s. 110; Seven, Tespit ve İhbar, s. 77-80; Atilla Aybay/Aydın Aybay/Gündüz Aybay/Rona Aybay, *Denizciler, İşletmeciler ve Yöneticiler İçin Deniz Hukuku*, Aybay Yayınları, İstanbul, 1998, s. 675; Akan, s. 119; Ağsakal, s. 265; Yarg. 11. HD, 03.02.1986, E.1985/7691, K.1986/386 (Tekil, s. 350-351).

ileri geldiğini ifade etmektedir⁶⁰. Zararın tespitinin veya bildiriminin yapılmaması, taşıyanın ziya ya da hasardan doğan sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırmaz; ancak bu durumda zararın ispat yükü yükü ilgili kişiye geçer. Zira, bu iki karinenin aksini ortaya koyma yükümlülüğü yükü ilgili kişiye ait olduğundan, ispat yükü taşıyan lehine yer değiştirmiş olacaktır⁶¹. Dolayısıyla, taşıyanın sorumluluğunu ileri süren tarafın, hem eşyanın ziya veya hasara uğradığını hem de bu zararın taşıyanın sorumluluğunu gerektiren bir nedenden (örneğin adamlarının ticari kusurundan) kaynaklandığını ispat etmesi gerekir. Bununla birlikte, yükü ilgili kişi, bu karinelerin aksini her türlü delille ispat edebilir⁶².

Bir inceleme veya bildirim yapılmış olsa dahi, söz konusu işlemlerin Kanun'da öngörülen şekli veya maddi şartları taşımaması durumunda, bu eksikliğin ileri sürülmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmediği sürece, yapılan inceleme veya bildirimin hukuken geçerli

⁶⁰ “Bu durumda, teslim borcu, yükün gemiden çıkarak bordada gönderilene verilmekle, 22.8.1983 günü yerine getirilmiş demektir. Hal böyle olduğu halde, gönderilenin TTK.nun 1065. maddesi hükmüne göre, malların hal ve vaziyetini ölçü, sayı ve tartısını tesbit ettirmek maksadı ile muayene ettirmediği ve keza aynı kanunun 1066. maddesi hükmüne göre malların uğramış olduğu ziya ve hasarı taşıyana veya boşaltma limanındaki temsilcisine yazılı olarak ihbarda bulunması gerekirken, ihbar etmediği anlaşılmaktadır. Davalı, taşıyıcının malı 23.8.1983 günü teslim ettiği halde 9 gün sonra 1.9.1983 tarihinde düzenlenen ambar zabıt varakasinda ve keza teslimden çok sonra 24.10.1984 tarihinde düzenlenen kargo raporunda ve 18.10.1983 tarihli tutanakta taşınan mallardaki ziya ve hasar tesbit edilmiş ise de, bu belgelerde taşıyıcı veya temsilcisinin imzası bulunmadığı anlaşılmakla ve binnetice aynı maddenin 3. fıkrası hükmü gereğince, davalı taşıyıcının malları konşimentoda yazılı olan halde teslim ettiği ve mallardaki ziya ve hasarın taşıma sırasında meydana gelmediği yolunda taşıyıcı lehine karine olduğunun kabulü gerekmekte olup, davacı bu karinenin aksini ispat edememiştir. Bu durum karşısında ziya ve hasarın taşıma sırasında meydana geldiği davacı tarafça inandırıcı delillerle ispat edilemediğinden, davanın REDDİNE karar vermek gerekirken...” [Yarg. 11. HD, 05.12.1985, E.1985/6758, K.1985/6661 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)].

⁶¹ Akıncı, s. 186; Yazıcıoğlu, Kender - Çetingil, s. 404; Akan, s. 118; Yetiş Şamlı, Taşıyanın Sorumluluğu, s. 195.

⁶² Okay, Deniz Ticareti, s. 199; Akan, s. 121.

olduğu kabul edilemez; bu hâlde, hiç inceleme veya bildirim yapılmamış gibi değerlendirme yapılır⁶³.

Bildirim yükümlülüğünün, navlun sözleşmesi veya konişmento uyarınca gönderilen ya da onun eşyayı teslim almaya yetkili temsilcisi tarafından yerine getirilmesi gerekir⁶⁴. Bildirimin muhatabı bakımından ise, eşyanın fiilî taşıyan tarafından teslim edilmesi hâlinde, Türk Ticaret Kanunu'nun 1185. maddesi uyarınca fiilî taşıyana yöneltlen bildirim, taşıyana yapılmış sayılır; aynı şekilde, taşıyana yapılan bildirim de fiilî taşıyana yöneltilmiş kabul edilir. Bununla birlikte kaptan veya sorumlu gemi zabiti gibi, taşıyan ya da fiilî taşıyan adına ve hesabına hareket eden kişilere (örneğin acente) yöneltlen bildirimler de akdî veya fiilî taşıyana yapılmış hükmündedir (TTK m. 1185/6).

Taşıyanın, eşyanın teslimi esnasında zıya veya hasarı açıkça kabul etmesi hâlinde, ayrıca bildirimde bulunulmasına gerek olmadığı kabul edilmelidir⁶⁵. Zira zararın bildirimi, esasen tazminat talep etme hakkına sahip olan yük ilgisine ispat kolaylığı sağlayan, tamamlayıcı nitelikte bir işlemdir. Deniz yoluyla taşımada, taşımanın sona ermesiyle birlikte eşya gemiden boşaltılırken taşıyan veya temsilcisi tarafından bir kargo raporu düzenlenmekte; bu raporda boşaltılan eşyada mevcut zıya veya hasarlar belirtilmektedir. Yargıtay kararları incelendiğinde, eşyanın zıya veya hasara uğradığı hususunun taşıyan ya da onun kanunî veya akdî temsilcisi (örneğin kaptan veya acente) tarafından imzalanmış olgular tutanağı, olaylar çizelgesi (*statement of facts*) veya kargo raporu gibi belgelerde tespit edilmiş olması, inceleme ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmesi açısından yeterli sayılmaktadır⁶⁶.

⁶³ Schaps/Abraham, s. 675; Pruißmann/Rabe, s. 611; Yetiş Şamlı, Taşıyanın Sorumluluğu, s. 196.

⁶⁴ Çağa/Kender, s. 154; Okay, Deniz Ticareti, s. 196; Ünan, Yük Sigortacısı, s. 106; Akan, s. 118; Ağsakal, s. 251.

⁶⁵ Okay, Deniz Ticareti, s. 196; Hepgülerler, s. 101.

⁶⁶ Samim Ünan, "Deniz Yoluyla Yapılan Taşımalarda Yük Zararını Ödeyen Sigortacının Taşıyana Karşı Açtığı Halefiyete Dayanan Rücu Davasına İlişkin Bazı Sorunlar", *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu VIII: Bildiriler – Tartışmalar*, Ankara, 1991, 223-242 (Rücu Davası), s. 239; Yarg. 11. HD, 23.03.2021, E.2020/1602, K.2021/2748; Yarg. 11. HD, 06.05.2002,

Ancak konu ile ilgili içtihatlardan tam olarak anlaşılamamakla birlikte, kargo raporunun bildirimin yerini alabilmesi için, eşyayı teslim almaya yetkili olan kişinin taşıyana bildirimde bulunma iradesi olduğunun belgede açıkça anlaşılması ve raporun ihbar süresi içinde düzenlenmiş olması gerekir⁶⁷. Yükteki hasarı gösteren kargo raporunun taşıyan bakımından bağlayıcı olabilmesi için, taşıyan veya onu temsile yetkili kişilerce imzalanması zorunludur⁶⁸. Bununla birlikte, taşıyan veya yetkili temsilcisi tarafından imzalanmış olmaları hâlinde, bu belgeler eşyanın konişmentoya uygun şekilde teslim edildiği yönündeki karinenin aksini ispat etmeye elverişli sayılabilir⁶⁹. Ayrıca, eşya sahibi bu belgelerde yer alan zıya veya hasar tespitlerinin eksik olduğunu düşünüyorsa, süresi içinde inceleme talep ederek zarar bildiriminde bulunmalıdır⁷⁰.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1185. maddesi, taşıyanın eşyanın zıya veya hasar görmesi ya da geç teslim edilmesi hallerinde doğacak sorumluluğuna ilişkin bildirim yükümlülüklerini hüküm altına almıştır. Taşıyanın gemiyi başlangıçta denize, yola veya yüke elverişli durumda bulundurmamasından kaynaklanan sorumluluk hallerinde ise bu

E.2002/216, K.2002/4357; Yarg. 11. HD, 12.06.2000, E.2000/4316, K.2000/5395; Yarg. 11. HD, 24.03.1987, E.1986/8075, K.1987/1707 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı); Yarg. 11. HD, 27.11.1992, E.1992/6707, K.1992/10949 (Gündüz Aybay, *Deniz Ticareti Hukuku ile ilgili Notlandırılmış Yargıtay Kararları*, Aybay Yayınları, İstanbul, 2000, s. 254); Yarg. 11. HD, 12.12.1988, E.1988/2958, K.1988/7625 (Ünan, Rücu Davası, s. 236).

⁶⁷ Yarg. 11. HD, 21.09.1992, E.1991/2014, K.1992/9130 (AYBAY, age, s.358); Yarg. 11. HD, 11.12.1989, E.1988/9925, K.1989/7000 (Aybay, s. 356).

⁶⁸ Ünan, Rücu Davası, s. 239; Taşıyan ya da onun yetkili temsilcisi olan kişinin katılımı olmadan ve geminin boşaltma limanına gelmesinden uzun bir zaman sonra tanzim edilen gümrük tutanağı, Türk Ticaret Kanunu'nun 1185. maddesinde düzenlenen bildirim külfetini ortadan kaldırmayacaktır, bkz; Yarg. 11. HD, 22.02.1985, E.1985/934, K.1985/902 (Aybay, s. 336).

⁶⁹ Seven, Tespit ve İhbar, s. 85; Seven, Yüke Özen Borcu, s. 157.

⁷⁰ Rayegan Kender, "Yükleme, Boşaltma ve Ardiye Safhasında Sorumluluk ve Sigorta İle İlgili Bazı Sorunlar", *Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından Eşya Taşımacılığı Sempozyumu: Bildiriler – Tartışmalar* 26-27 Ocak 1984, Ankara, 1984, 247-260, s. 257; Hepgülerler, s. 101.

bildirim yükümlülüğü geçerli değildir⁷¹. Bunun dışında, navlun sözleşmesinin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesinden veya haksız fiilden doğan sorumluluk durumlarında da 1185. madde hükümleri uygulanmaz⁷². Nitekim, Türk Ticaret Kanunu'nun 1190/1. fıkrası uyarınca, yalnızca taşıyanın sorumluluktan kurtulma sebepleri ile sorumluluğun sınırlandırılmasına dair hükümler; navlun sözleşmesine göre taşınan eşyanın zıya veya hasara uğraması ya da geç teslim edilmesi sebebiyle, taşıyan aleyhine haksız fiil veya başka bir hukuki nedene dayanılarak açılan tüm davalarda uygulanabilir. Zira yükle ilgilenen taraf, haksız fiile dayalı taleplerinde zararın taşıyanın sorumluluğunu gerektiren bir sebepten doğduğunu her durumda ispatla yükümlü olduğundan, bildirim yükümlülüğüne ilişkin hükmün haksız fiil esaslı taleplerde uygulanmasının, zıya veya hasar halleri bakımından pratik bir önemi bulunmamaktadır⁷³. Bununla birlikte zararın tespit edildiği ilk anda sebebinin kesin ve net olarak bilinmesi çoğu zaman mümkün olmayacaktır. Bu nedenle hak kaybına uğramamak bakımından her koşulda Türk Ticaret Kanunu'nun 1185. maddesine uygun şekilde zarar bildirimin yapılması uygun olacaktır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1185. maddesi, taşıyanın sorumluluğunu ortadan kaldıracak veya daraltacak biçimde değiştirilemeyeceği için, bildirim süresi kısaltılamaz ve daha ağır koşullara tabi tutulamaz (TTK m. 1243/1-a).

Ayrıca, gönderilenin yükte meydana gelen zıya veya hasara ilişkin bildirim yükümlülüğü, taşıma sigortası bakımından sigortacının halefiyet hakkı üzerinde de önemli bir etkiye sahiptir. Taşıma sigortası kapsamında aynı zamanda sigortalı sıfatına sahip gönderilenin, bildirim yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmemesi durumunda, taşıyan lehine doğacak karineler nedeniyle zararın taşıyandan tazmini oldukça zor hale gelmektedir. Bu durumun doğal bir sonucu olarak, rizikonun gerçekleşmesi üzerine sigorta tazminatını ödeyip sigortalının haklarına halef olan sigortacının, zararı taşıyandan tahsil etmesi de

⁷¹ Akıncı, s. 178. Aksi yönde bkz; Çağa/Kender, s. 151.

⁷² Çağa/Kender, s. 154; Okay, Deniz Ticareti, s. 195; Akan, s. 114-115; Ağsakal, s. 250; Bican, Konteyner, s. 152.

⁷³ Yetiş Şamlı, Taşıyanın Sorumluluğu, s. 186.

güçleşmektedir. Dolayısıyla, eşyanın zıyaı veya hasarı hakkındaki bildirimin usulüne uygun şekilde yapılmaması, sigortacının halefiyet haklarının ihlali sonucunu doğurur⁷⁴. Bununla birlikte, Türk Ticaret Kanunu’nun 1472/2 ve 1448. maddeleri uyarınca⁷⁵ sigortalının, sigortacının halefiyet haklarını ihlal etmemesi gerekmektedir. Sigortacının bildirim yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle bir zarara uğraması durumunda, sigortalı sıfatını taşıyan gönderilen, Türk Ticaret Kanunu’nun 1472/2 ve 1448. maddeleri uyarınca bu zarardan sorumlu olacaktır⁷⁶.

2. Eşyanın Geç Teslim Edilmesi Halinde

Eşyanın geç teslim edilmesi durumunda, gönderilenin, yükün kendisine teslim tarihinden itibaren kesintisiz olarak işlemeye başlayacak altmış günlük süre içinde taşıyana yazılı şekilde teslimde gecikme bildiriminde bulunması zorunludur. Eşyanın zıya veya hasarına ilişkin durumdan farklı olarak, gecikmeden doğan zararlarda belirlenen sürede bildirim yapılmazsa, tazminat talep hakkı sona erer ve

⁷⁴ Kübra Yetiş Şamlı, “Sigortalının Sigortacının Rücu Haklarını Koruma Yükümlülüğüne İlişkin TTK Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, S. 2-2, Temmuz-Ağustos 2017, 829-849 (Rücu Hakları), s. 843; Gülşah Yılmaz, “Taşıma Hukukunda, Gönderilenin Yükteki Zıya ve Hasarı Bildirim Külfetinin Taşıma Sigortasında Sigortacının Halefiyetine Etkisi”, *İzmir Barosu Dergisi*, C. 84, S. 1, Ocak 2019, 201-227, s. 213.

⁷⁵ Sigortalı, sigorta tazminatının ödenmesi neticesinde sigortacıya geçen haklarını ihlal edici şekilde hareket ederse, sigortacıya karşı sorumlu olur (TTK m. 1472/2). Türk Ticaret Kanunu’nun 1448. maddesine göre ise gönderilen, rizikonun gerçekleştiği veya gerçekleşme olasılığının yüksek olduğu durumlarda sigortacının üçüncü kişilere (taşıyana) olan rücu haklarının korunabilmesi için imkanları dahilinde gerekli önlemleri almak zorundadır. Bu yükümlülüğe aykırı hareket edilir ve sigortacının hakları zarar görürse, kusurun ağırlığı dikkate alınarak sigorta tazminatından indirim yapılacaktır (TTK m. 1448/2).

⁷⁶ Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: Ünan, Rücu Davası, s. 232 vd.; Yetiş Şamlı, Rücu Hakları, s. 842 vd.; Yılmaz, s. 218 vd.; Fatih Ölmez, *Sigortalının, Sigortacının Halefiyet Hakkını İhlal Etmeme Yükümlülüğü*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

taşıyan tazminat ödemekle yükümlü olmaz (TTK m. 1185/5). Bu sebeple, gecikmenin taşıyana, teslim tarihinden itibaren en geç altmış gün içinde bildirilmesi, tazminat talep hakkının korunması açısından zorunluluk arz etmektedir. Bu halde, gecikme bildirimi taşıyana ulaştığı anda hüküm ve sonuç doğurur⁷⁷.

Kanun hükmünde, bildirimin içeriğine ilişkin açık bir düzenleme yer almamaktadır. Bununla birlikte, bildirimin içeriğinde, kararlaştırılmış bir teslim süresi varsa bu sürenin; yoksa eşyanın teslim edilmesi gereken tarih ile fiili teslim tarihinin belirtilerek gecikmenin açıklanması ve bu gecikmeden doğan zararın genel hatlarıyla ifade edilmesi gerektiği kabul edilmelidir⁷⁸.

D. Konteyner Taşımacılığı Bakımından Eşyanın Zıya, Hasar veya Geç Tesliminin Bildirimi

Konteyner taşımacılığı bakımından Türk Ticaret Kanunu'nun 1185. maddesinde öngörülen bildirim yükümlülüğü incelendiğinde, söz konusu düzenlemenin konteyner taşımalarının kendine özgü niteliklerine tam olarak uygun düşmediği ve uygulamada yetersiz kaldığı anlaşılmaktadır. Yüklerin boşaltma limanında dağıtımının yapıldığı konteyner taşımalarında da genellikle eşya doğrudan gönderilene teslim edilmemekte ve konteyner boşaltma limanında gemiden indirilerek liman idaresine teslim edilmektedir⁷⁹.

Konteynerde meydana gelen zıya veya hasarın, taşıyan ya da onun yetkili temsilcileri tarafından imzalanan bir kargo raporu veya tutanakla tespit edilmesi hâlinde, gönderilenin ayrıca Türk Ticaret Kanunu'nun 1185. maddesi uyarınca bildirimde bulunmasına gerek bulunmamaktadır⁸⁰. Uygulamada konteyner, taşıyan tarafından boşaltılıp içerisindeki eşyalar gönderilene teslim edilebildiği gibi, gönderilen tarafından kapalı şekilde de teslim alınabilmektedir.

⁷⁷ Kaner, s. 372.

⁷⁸ Yazıcıoğlu, Hamburg Kuralları, s. 136; Yetiş Şamlı, Taşıyanın Sorumluluğu, s. 192.

⁷⁹ Deniz, Konteyner Taşımacılığı, s. 88; Akan, s. 124; Hepgülerler, s. 102; Aydın, s. 224.

⁸⁰ Yarg. 11. HD, 15.04.1986, E.1986/1381, K.1986/2176 (Aybay, s. 218).

Genellikle LCL kayıtlı konteynerlerde taşıyanlar veya adamları konteyneri boşaltma limanında açarak içindeki eşyaların teslimini yapmakta iken, FCL kayıtlı konteynerde eşyalar boşaltma limanında gönderilene konteynerler içinde kapalı bir şekilde teslim edilmektedir⁸¹.

Özellikle FCL kayıtlı konteyner taşımalarında görülen konteynerin gönderilen tarafından kapalı biçimde teslim alınması hâlinde, liman idaresince düzenlenen kargo raporları konteynerin içindeki eşyaların durumuna ilişkin bilgi içermemektedir. Zira konteynerin içindeki eşyalar gönderilen tarafından boşaltılacaksa, konteyner genellikle liman idaresinden kapalı olarak teslim alınmakta ve daha sonra taşınarak başka bir yerde boşaltılmaktadır⁸².

Bu gibi durumlarda konteyner içindeki eşyada meydana gelen zararlar, konteynerin dışına yansımadığı (örneğin akıntı, sızıntı veya koku gibi belirtiler göstermediği) sürece gizli zarar olarak kabul edilmektedir⁸³. Dolayısıyla liman idaresince yapılacak tespitler ve düzenlenecek kargo raporları yalnızca konteynerin dış görünümüne göre haricen fark edilebilen zıya veya hasarları gösterebileceğinden ve

⁸¹ Konteyner ile yapılan eşya taşımalarında konteynerin esas olarak iki şekilde kullanıldığı görülmektedir. Bu taşıma şekilleri, FCL ve LCL kısaltmaları ile anılmaktadır. FCL (Full container load) kaydı, tam dolu konteyner şeklinde ifade edilebilir. FCL türü konteyner taşımalarında, yükleten veya taşıtan tarafından taşınacak eşya konteynere yüklenmiş ve kapatılmış olarak taşıyana teslim edilmektedir. LCL (less than container load) kaydı ile yapılan konteyner taşımaları ise tek bir taşıtan veya yükleten tarafından teslim edilen yüklerin konteyneri dolduramadığı hallerde kullanılır ve birden çok yükleten veya taşıtana ait eşyaların parsiyel olarak konteynerde taşındığı anlamına gelir. LCL türü konteyner taşımalarında bir konteyneri doldurmayacak miktardaki eşyalar taşıyana konteynere yüklenmeden teslim edilerek, eşyaların konteynere yüklenmesi ve boşaltılması işlemleri taşıyan tarafından yerine getirilir. Bu gerekçelerle taşıma uygulamasında, FCL taşıma şekli tam dolu konteyner taşıması olarak anılmakta iken LCL taşıma şekli ise parsiyel (grupaj) konteyner taşıması olarak ifade edilmektedir (Hsu, s. 48-50; TÜRKEL, Yüke Elverişsizlik, s. 2479; TAŞKIN, Konteyner, s. 42-48; Aydın, s. 42-43).

⁸² Deniz, Konteyner Taşımacılığı, s. 88; Akan, s. 124.

⁸³ Hepgülerler, s. 102; Aydın, s. 224.

konteyner açılmadığından içindeki eşyalara ilişkin bir inceleme yapılması ve rapor düzenlenmesi mümkün olmayacaktır. Ayrıca konteyner yükleri limanlardaki açık alanlarda uzun süre bekletilebilmekte, bu süre zarfında hava ve deniz koşulları nedeniyle konteynerlerde önemli sıcaklık değişimleri veya ıslanma meydana gelebilmektedir. Bu sebeple konteynerlerin limanda hangi koşullarda ve ne kadar süreyle bekletildiğinin tespit edilmesi de büyük önem taşımaktadır⁸⁴.

Konteynerin limanda kapalı şekilde teslim alınması durumunda, içerisindeki eşyalarla ilgili zıya veya hasarlar haricen belli olmayan zarar niteliği taşıyacaktır. Bu halde bildirim süresi, konteynerin limanda teslim alındığı andan itibaren işlemeye başlayacaktır⁸⁵. Bu bildirimin, konteynerin teslim tarihinden itibaren aralıksız şekilde hesaplanacak üç gün içinde yapılması gerekecektir (TTK m. 1185/1).

Konteyner içindeki yüklerin taşıyan tarafından boşaltılıp, ambalajlı şekilde gönderilene teslim edilmesi hâlinde ise ambalajın dış görünüşü veya sayısına ilişkin olarak haricen fark edilebilen zıya veya hasarların teslim anında taşıyana bildirilmesi gerekmektedir. Buna karşılık, tespiti için ambalaj veya paketin açılmasını gerektiren zıya veya hasarlar gizli zarar niteliğinde kabul edilecektir. Bu zararlar da haricen belli olmayan zararlar olarak kabul edilecek ve bu zararlara ilişkin bildirimin, ambalajlı eşyanın tesliminden başlayarak aralıksız üç gün içinde iletilmesi gerekecektir⁸⁶.

Konteyner taşımacılığında çoğu durumda ve özellikle FCL kayıtlı konteyner taşımalarında, konteyner limanda açılmamakta, demiryolu veya karayolu aracılığıyla başka bir yere taşınmaktadır. Konteynerin veya ambalajlı eşyanın limanda açılmasının mümkün olmadığı, başka bir yere taşınarak orada açılıp incelenmesinin gerektiği hallerde, kanunda öngörülen üç günlük bildirim süresi uygulamada oldukça kısa kalmaktadır. Konteynerin teslim anından itibaren kesintisiz

⁸⁴ Algantürk Light, s. 26.

⁸⁵ Deniz, Konteyner Taşımacılığı, s. 88; Akan, s. 124; Hepgülerler, s. 102.

⁸⁶ Deniz, Konteyner Taşımacılığı, s. 89; Seven, Tespit ve İhbar, s. 85; Akan, s. 124; Yetiş Şamlı, Taşıyanın Sorumluluğu, s. 191.

biçimde belirlenen bu üç günlük süre, çoğu kez gönderilene yükü fiilen inceleme ve bildirimde bulunma imkânı tanımamaktadır⁸⁷. Bu nedenle üç günlük bildirim süresi ancak konteynerin limana yakın bir noktaya taşındığı durumlarda yeterli olabilecektir. Bu sebeple, bildirimin süresinde yapılamadığı zıya veya hasar durumlarında gönderilenin talep hakkı düşmese de, aleyhine aksinin ispatı zor olan iki güçlü karinenin doğacağı belirtilmelidir (TTK m. 1185/4). Buna göre, taşınan yükün limanda beklediği sırada, konteynerin karayolu veya demiryolu aracına yüklenmesi, bu taşıma sırasında ya da boşaltma sürecinde veya gönderilenin deposunda zarar gördüğü kabul edilir ve bu karinelerin aksinin ispatı yük ilgisince yapılması gerekir⁸⁸.

Ayrıca özellikle LCL kayıtlı konteynerlerde görülen yüklerin konteynerden boşaltılması aşamasının limanda bulunan gümrüklü alanlarda yapılması durumunda, bu işlemin uzman kişiler tarafından yürütülmesi gerekmektedir. Bununla birlikte uygulamada, boşaltma işlemlerinin çoğu kez gümrük komisyoncuları tarafından gerçekleştirildiği; bu kişilerin yüke özen borcunu yeterince yerine getirmemeleri nedeniyle hasarlı yüklerin zamanında tespit edilememesi ve bildirim süresinin aşılması gibi sorunlarla karşılaşıldığı görülmektedir⁸⁹.

Tüm bu açıklamalar ışığında, gönderilenin bildirim külfetini süresinde yerine getirebilmesi için, konteyner başka bir araca yüklenmeden önce eşyaları bulunduğu yerde konteynerden boşaltarak zıya veya hasar olup olmadığını incelemesi gerekmektedir. Fakat konteyner taşımacılığının en belirgin özelliklerinden birisi, eşyaların konteynerden boşaltılıp yeniden yüklenmesine gerek olmadan farklı taşıma araçları arasında kolaylıkla aktarılabilmesidir. Dolayısıyla, konteynerin limanda başka bir araca yüklenmeden önce eşyaların

⁸⁷ Deniz, Konteyner Taşımacılığı, s. 89; Seven, Tespit ve İhbar, s. 85; Hepgülerler, s. 102; Ağsakal, s. 250; Algantürk Light, s. 22; Aydın, s. 225.

⁸⁸ Algantürk Light, s. 25.

⁸⁹ Algantürk Light, s. 25; Aydın, s. 226.

konteynerden boşaltılarak incelenmesi, konteyner taşımacılığının temel yapısı ve tercih edilme sebepleriyle bağdaşmamaktadır⁹⁰.

Tüm bu aşamalar göz önüne alındığında, konteyner taşımalarında eşyaların incelenmesi ve zıya veya hasar bildiriminin yapılması için teslimden itibaren öngörülen üç günlük sürenin yetersiz olduğu açıktır. Bu gerekçelerle de, özellikle limandan limana yapılan konteyner taşımaları bakımından Türk Ticaret Kanunu'nun 1185. maddesinin uygulanabilirliğinin güç olduğu ve bildirim süresinin uzatılması gerektiği sonucuna varılmaktadır⁹¹.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1185/1. maddesinde öngörülen üç günlük sürenin kaynağını, 1924 tarihli Lahey Kuralları⁹²'nin m. 3/6 hükmü ve 1900 tarihinde yürürlüğe giren Alman Ticaret Kanunu (Handelsgesetzbuch "HGB")'nin § 510 hükmü oluşturmaktadır. Söz konusu hükümlerin yasalaştığı dönemlerde deniz yoluyla eşya taşımacılığı tamamen geleneksel yöntemlerle yapılmakta olup, söz konusu üç günlük süre de geleneksel eşya taşımalarının ihtiyaçları ve gerekleri öngörülerek belirlenmiştir. Bununla birlikte konteyner taşımacılığı, 1950'li yıllarda deniz yoluyla eşya taşımalarında kullanılmaya başlanmış ve hızla gelişerek geleneksel eşya taşımalarının yerini almıştır. Diğer bir deyişle, Kanunda düzenlenen üç günlük sürenin geçmişi konteyner taşımalarının başladığı tarihten öncesine dayanmakta olup, bu süre konteyner taşımaları dikkate alınmadan öngörülen bir süredir. Bu nedenle üç günlük bu kısa sürenin modern deniz yoluyla eşya taşımalarına uygun olmadığı söylenebilecektir. Zira teknolojinin gelişmesi ve konteyner kullanımı ile mekanik ve teknik araçlar daha fazla kullanılarak taşıma operasyonları büyümüş, gemilerin

⁹⁰ Aydın, s. 226.

⁹¹ Deniz, Konteyner Taşımacılığı, s. 89; Seven, Tespit ve İhbar, s. 85; Akan, s. 124-125; Aydın, s. 226-227.

⁹² 1924 tarihli Konişmentoya Müteallik Bazı Kaidelerin Tevhidi Hakkındaki Milletlerarası Sözleşme (International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading". Türkiye Sözleşme'yi 14.02.1955 tarih ve 6469 sayılı Kanun ile onaylamış ve 1924 tarihli Lahey Kuralları Türkiye için 04.01.1956 tarihinde yürürlüğe girmiştir (RG; 22.02.1955, 8936).

büyüklüğü ve taşıma hacimleri artmış, kapıdan kapıya yapılan taşımalar yaygınlaşmıştır. Bu durumlar dikkate alındığında haricen belli olmayan zıya veya hasarlar için öngörülen üç günlük sürenin yeterli kabul edilmesi mümkün değildir.

Tarihsel süreç incelendiğinde de konteyner taşımalarının başladığı tarihten sonra yayınlanan deniz yoluyla eşya taşımalarına ilişkin uluslararası sözleşmelerde bu durumun etkisi görülmektedir. Örneğin; haricen belli olmayan zıya veya hasarlar için, 1978 tarihli Hamburg Kuralları⁹³'nda on beş günlük bir bildirim süresi düzenlenmiş iken (m. 19/2), 2009 tarihli Rotterdam Kuralları⁹⁴'nda ise yedi iş günü bildirim süresi düzenlenmiştir (m. 23/1). Bu bakımdan konteyner taşımacılığının başladığı tarihten sonra yayınlanan deniz yoluyla eşya taşımalarına ilişkin uluslararası sözleşmelerde haricen belli olmayan zararlar bakımından bildirim süresinin uzatıldığı açıkça ortadadır. Diğer taraftan karayoluyla eşya taşımalarına ilişkin Türk Ticaret Kanunu'nun 889/2. maddesinde de haricen belli olmayan zıya veya hasarlar bakımından bildirim süresi yedi gün olarak düzenlenmiştir. Karayolu taşıma araçlarında genellikle bir adet konteyner taşınabildiği göz önüne alındığında, binlerce konteyner taşıyan gemiler ile yapılan taşımalarda öngörülen üç günlük süresinin ne kadar yetersiz olduğu bir kez daha anlaşılmaktadır⁹⁵. Tüm bu açıklamalar uyarınca, tarihsel süreç içerisinde

⁹³ 31.03.1978 tarihli Denizde Eşyaların Taşınmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea). Hamburg Kuralları, Türkiye tarafından onaylanmamış ve iç hukuka alınmamıştır.

⁹⁴ 2009 tarihli Kısmen veya Tamamen Deniz Yoluyla Uluslararası Eşya Taşınmasına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu "Rotterdam Kuralları" (United Nations Convention On Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea). Rotterdam Kuralları, Türkiye tarafından henüz onaylanmamış ve iç hukuka alınmamıştır.

⁹⁵ Ayrıca bir alt başlıkta da ayrıntılı olarak incelendiği üzere, değişik tür araçlar ile taşıma sözleşmelerinde bildirim külfeti Türk Ticaret Kanunu'nun 904/1. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre; zarar bildiriminin, zarar yerinin bilinip bilinmemesi veya sonradan belli olmasına bakılmadan 889. madde hükmünün uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu durumda aynı gemide

konteyner taşımalarının ortaya çıkması ile üç günlük sürenin artık yetersiz kaldığı, bu durumun daha sonradan yayınlanan uluslararası sözleşmelere de yansdığı ve Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen üç günlük sürenin de modern deniz yoluyla eşya taşımalarına uygun hale getirilmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır.

IV. KARMA TAŞIMALAR BAKIMINDAN EŞYANIN ZIYA, HASAR VEYA GEÇ TESLİMİNİN BİLDİRİMİ

Konteyner taşımacılığı, taşıma işlerinde sağladığı yeniliklerle karma (multimodal) taşımacılığın gelişmesine olanak tanımıştır. Bu nedenle konteyner taşımalarında sıklıkla karma taşıma sözleşmelerinin yapıldığı görülmektedir. Karma taşıma sözleşmesinin mevcut olduğu hallerde, Türk Ticaret Kanunu'nun "Taşıma İşleri" başlıklı Dördüncü Kitabı'nın "Değişik Tür Araçlarla Taşıma"ya ilişkin Dördüncü Kısım'ında, zarar bildirim külfetine dair özel bir düzenleme yer almaktadır⁹⁶. Bu sebeple, karma taşıma sözleşmelerinde öncelikle Türk Ticaret Kanunu'nun 904. maddesinin birinci fıkrası uygulanacak; deniz yoluyla eşya taşımalarına ilişkin olan 1185. madde ise doğrudan uygulama alanı bulamayacaktır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 904/1. fıkrasında ise şu hükme yer verilmiştir: *"Zararın bildirimine ilişkin olarak, zarar yerinin bilinip bilinmemesi veya sonradan belli olmasına bakılmaksızın, 889 uncu madde hükmü uygulanır. Taşımanın son kısmı için ayrı bir taşıma sözleşmesi yapılmış olsaydı, o sözleşmeye uygulanacak hükümlere uygun bir bildirimde bulunulması halinde de, zararın bildirimi için öngörülmüş olan şekil ve süreye uyulduğu kabul edilir."* Bu düzenlemeden anlaşıldığı üzere, zarar

taşıyan konteynerlerden biri karma taşıma sözleşmesi ile taşıyorsa bu konteynerdeki ziya veya hasar 889. maddeye göre yedi günlük bildirim süresine tabi olacak iken, sadece navlun sözleşmesi ile taşıyan diğer bir konteynerdeki ziya veya hasar ise 1185. maddeye göre üç günlük bildirim süresine tabi olacaktır. Bu durumda dahi adaletsiz sonuçlar ortaya çıkmakta olup, bildirim süresinin kısa kaldığı açıkça görülmektedir.

⁹⁶ Burak Adıgüzel, *Taşıma Hukuku*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024 (Taşıma Hukuku), s. 286.

bildirimine ilişkin esaslar fıkranın birinci ve ikinci cümlelerinde olmak üzere iki şekilde düzenlenmiştir⁹⁷.

Bu kapsamda ilk olarak, 904. maddenin birinci fıkrasının ilk cümlesinde karma taşımalar bakımından, zarar yerinin bilinip bilinmemesine veya sonradan belirlenip belirlenmemesine bakılmaksızın, karayoluyla eşya taşımalarında bildirim süresini düzenleyen 889. maddenin uygulanacağı hükme bağlanmıştır⁹⁸. Karma taşımalar genellikle zararın hangi taşıma kısmında meydana geldiğinin tespit edilemediği taşımalar olduğundan, zarar yerinin bilinip bilinmemesi koşulu aranmamış ve yükü ilgili kişiye tazminat talebinde bulunabilmesi için güvenli bir hukuki alan tanınmıştır. Zira karma taşımalarda çoğu zaman zararın hangi aşamada gerçekleştiği

⁹⁷ Aydın, s. 227.

⁹⁸ Türk Ticaret Kanunu'nda taşınma eşyaları bakımından ise ayrı hükümlere yer verildiği burada belirtilmelidir. Taşınma eşyası Kanunda; bir evden, bürodan veya benzeri bir yerden alınıp yine benzeri bir yere taşınan eşya olarak tanımlanmıştır (TTK m. 894/1). Yapılan taşımının taşınma eşyasına ilişkin olması halinde ise bildirimle ilişkin olarak 900. maddeye yer verilmiştir. Bu hükme göre; 889/1-2. fıkralarından farklı olarak; eşyada ziya veya hasar meydana geldiği açıkça görülüyorsa, en geç eşyanın tesliminden itibaren başlayan üç iş günü içinde taşıyıcıya bildirilmelidir. Eşyadaki ziya veya hasarın açıkça görünmemesi durumunda ise en geç eşyanın tesliminden itibaren on dört gün içinde taşıyıcıya bildirimde bulunulması gerekir. Aksi halde, eşyanın ziya veya hasarı nedeniyle ortaya çıkan talep hakları sona erer (TTK m. 900). Burada bildirimin yapılmamasının sonucu olarak Türk Ticaret Kanunu'nun 889. maddesinden farklı şekilde, eşyanın ziya veya hasarı nedeniyle ortaya çıkan talep haklarının sona ereceğinin düzenlendiği ayrıca vurgulanmalıdır. Ayrıca bu taşıma türü bakımından gönderen tüketici ise taşıyıcıya bir bilgilendirme yükümlülüğü de getirilmiş olup taşıyıcı, gönderileni en geç eşyanın teslimi anına kadar zarar bildiriminin şekli ve süresi ile bu bildirimin yerine getirilmemesi durumunda meydana gelecek hukuki neticeler hakkında bilgilendirmemişse, Türk Ticaret Kanunu'nun 900. maddesine dayanarak sorumluluktan kurtulamayacaktır (TTK m. 901/1-b).

belirlenememekte; bu durum da bildirimin hangi hükümlere göre yapılacağıın tespitinde belirsizlik meydana getirmektedir⁹⁹.

Türk Ticaret Kanunu'nun 889. maddesinin birinci fıkrasına göre, eşyanın zıya veya hasara uğradığı açıkça görülüyorsa, gönderen veya gönderilenin bu durumu en geç teslim anına kadar taşıyana bildirmesi gerekmektedir. Burada "açıkça görünen zıya veya hasar"dan anlaşılması gereken, dışarıdan yapılan normal bir incelemede duyu organlarıyla fark edilebilen zıya veya hasarlardır¹⁰⁰. Buna karşılık, zıya veya hasara ilişkin zararın açıkça fark edilemediği durumlarda ise bildirim, eşyanın tesliminden itibaren yedi gün içinde yapılmalıdır (TTK m. 889/2).

Bu süreler içinde zıya veya hasara ilişkin bildirimde bulunulmazsa, eşyanın sözleşmeye uygun şekilde teslim edildiği kabul edilir. Ayrıca yapılan bildirimde zararın yeterli biçimde açıklanması ve niteliğinin belirtilmesi zorunludur; bu kapsamda yalnızca zararın varlığının ifade edilmesi geçerli bir bildirim sayılamaz¹⁰¹.

Eşyanın geç teslim edilmesi hâlinde ise, gönderilenin bu durumu teslimden itibaren yirmi bir gün içinde taşıyana bildirmemesi hâlinde gecikmeden doğan hakları sona ermektedir (TTK m. 889/3). Gecikmeye ilişkin bildirim süresinin, zıya veya hasar bildirim süresine nazaran daha uzun tutulmasının nedeni, teslimde gecikmenin varlığının taşıma türüne ve somut olayın özelliklerine göre değişiklik gösterebilmesi ve dolaylı bir zarar bulunup bulunmadığının tespitinin zaman alabilmesidir¹⁰².

Eşyanın fiilen tamamen zıya uğraması durumunda ise teslim söz konusu olmadığından ayrıca bildirim yapılmasına gerek

⁹⁹ Adıgüzel, Multimodal Taşıma, s. 306; Adıgüzel, Taşıma Hukuku, s. 287; Gürkan Coşkun, *Çoklu (Multimodal) Taşıma Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 206.

¹⁰⁰ Adıgüzel, Taşıma Hukuku, s. 225; Aydın, s. 228.

¹⁰¹ Joost/Strohn/Poelzig/Sander, §438, Kn. 7; Koller, §438, Kn. 12; Schmidt, §438, Kn. 11; Oetker, §438, Kn. 6-7.

¹⁰² Adıgüzel, Multimodal Taşıma, s. 308.

bulunmamaktadır¹⁰³. Bunun yanında, taşıyıcının eşyanın zıya, hasar veya geç tesliminden haberdar olduğunun ispat edilmesi hâlinde de bildirim külfetinin ortadan kalktığı sonucuna varılmalıdır¹⁰⁴.

Görüldüğü üzere, eşyanın zıya veya hasarına ilişkin bildirimin süresinde yapılmaması, yükle ilgili kişinin tazminat hakkını ortadan kaldırmaz; ancak taşıyan lehine eşyanın sözleşmeye uygun şekilde teslim edildiğine dair bir karine ortaya çıkarır. Yükle ilgili kişi, bu karinenin aksini ispat etmek suretiyle tazminat talebinde bulunabilecektir. Buna karşın, geç teslim hâlinde bildirimin süresinde yapılmaması durumunda tazminat talep hakkı düşmekte ve taşıyanın tazminat ödeme yükümlülüğü sona ermektedir. Dolayısıyla geç teslimde öngörülen yirmi bir günlük bildirim süresi, hak düşürücü niteliktedir¹⁰⁵. Eşyanın geç teslim edildiği süresi içinde bildirilmez ise tazminat talep etme hakkı kaybedildiğinden, bildirim yapılmaması durumu hâkim tarafından re'sen dikkate alınacaktır.

Eşyanın teslimi esnasında yapılacak bildirim herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Fakat yükün tesliminden sonra yapılacak bildirimin yazılı şekilde yapılması zorunludur. Bunun yanında bildirim, elektronik posta veya faks gibi telekomünikasyon araçlarıyla da gerçekleştirilebilir. Gönderilen bildirimde, bildirimi yapan kişinin kimliğinin anlaşılabilmesi hâlinde imza aranmaz. Ayrıca bildirimin süresi bakımından, zamanında gönderilmiş olması yeterli kabul edilir (TTK m. 889/4). Bu bakımdan, bildirimin muhatabına ulaşması şartı aranmamaktadır. Eşyanın zıya, hasar veya geç teslimine ilişkin bildirim,

¹⁰³ Joost/Strohn/Poelzig/Sander, §438, Kn. 2; Koller, §438, Kn. 2; Adıgüzel, Taşıma Hukuku, s. 225; OYAL, s. 4531.

¹⁰⁴ Oetker, §438, Kn. 3; Koller, §438, Kn. 62; Jürgen Tunn, "Beweislast und Beweisführung für Güterschäden bei der Ablieferung von Sendungen nach § 438 HGB", *VersR*, C. 34, 2005, 1646-1651, s. 1649; Adıgüzel, Multimodal Taşıma, s. 308.

¹⁰⁵ Schmidt, §438, Kn. 26; Oetker, §438, Kn. 20; Joost/Strohn/Poelzig/Sander, §438, Kn. 24; Klaus Demuth, "Die Schadensanzeige des §438 HGB im Vergleich zu den Vorbehalten des Art. 30 CMR", *Transport – Wirtschaft – Recht: Gedächtnisschrift für Johann Georg Helm*, Berlin, 2001, 49-57, s. 57; Adıgüzel, Multimodal Taşıma, s. 308; Adıgüzel, Taşıma Hukuku, s. 230.

teslim sırasında yapılacaksa, Türk Ticaret Kanunu'nun 889. maddesinde belirtilen şartlara uygun şekilde eşyayı teslim eden kişiye yapılması yeterlidir (TTK m. 889/5). Dolayısıyla, teslim sırasında bildirimin taşıyıcının adamlarına veya alt taşıyıcıya yapılması da geçerli kabul edilmektedir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 904. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde ise karma taşımanın gönderilen tarafından bilinen son kısmı dikkate alınarak bu son taşıma kısmına uygulanacak hükümler, karma taşıma için uygulanacak farazi hukuk olarak kabul edilmektedir¹⁰⁶. Bu hükme göre, taşımanın son kısmı ile ilgili düzenlemelerde daha uzun bir bildirim süresi öngörülmüşse, bu sürele uygun biçimde yapılan bildirim de geçerli olacaktır¹⁰⁷. Başka bir ifadeyle, Türk Ticaret Kanunu'nun 889. maddesinde öngörülen süre geçmiş olsa dahi, taşımanın son kısmına uygulanacak kurallara göre belirlenen bildirim şekli ve süresine uyulduğu takdirde, yapılan bildirim geçerli sayılacaktır.

¹⁰⁶ Buna göre zarar bildirimi ile ilgili olarak, taşımanın son kısmını karayolu taşıması şeklinde gerçekleştirilmiş ise yine Türk Ticaret Kanunu'nun 889. maddesi uygulanacaktır. Bununla birlikte taşımanın son kısmı deniz yolu ve/veya iç su yolu taşıması şekilde gerçekleştirilmiş ise Türk Ticaret Kanunu'nun 1185. maddesi, taşımanın son kısmı havayolu taşıması şeklinde gerçekleştirilmiş ise Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun 128. maddesi ve taşımanın son kısmı demiryolu taşıması şeklinde gerçekleştirilmiş ise Rumeli Demiryollarının Umur-u Nakliyesi Hakkında Nizamname (Rumeli Demiryolları İşletme Nizamnamesi)'nin 15. ve 16. maddesi ile hüküm bulunmayan hallerde Türk Ticaret Kanunu'nun 852. maddesinin yollamasıyla 889. maddesi uygulanacaktır.

¹⁰⁷ Nil Kula Değirmenci, "Türk Deniz Hukuku'nda Çoklu Taşımacılığın Yeri; Uluslararası Sözleşmeler ile Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme", *Dokuz Eylül Üniversitesi Denizcilik Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 1, Mart 2010, 79-98, s. 95; Adıgüzel, Multimodal Taşıma, s. 309; Adıgüzel, Taşıma Hukuku, s. 289.

SONUÇ

Konteyner, Türk Ticaret Kanunu'nun 1186/3. fıkrasında da ifade edildiği gibi en basit tanımıyla bir "taşıma gereci"dir. Bu kapsamda konteyner, içine yerleştirildiği eşyaları koruyarak daha kolay taşınmalarını sağlayan, gemi ile arasında herhangi bir hukuki bağ bulunmayan, gemiden ve diğer taşıma araçlarından tamamen bağımsız müstakil bir taşıma gerecidir.

Konteyner taşımacılığı, deniz yoluyla eşya taşımalarında yüklerin dökme şekilde taşınması sebebiyle meydana gelen zararları en aza indirmek, eşyaları daha güvenli olan standartlaştırılmış taşıma gereçleri içerisinde taşımak ve yüklerin birimleştirilmesi sayesinde yükleme, boşaltma ve elleçleme sürelerini kısaltmak ve kolaylaştırmak için geliştirilmiş bir taşıma yöntemidir. 1950'li yılların sonunda başlayan deniz yolu ile konteyner taşımacılığının tarihinin, diğer taşıma türlerine göre kıyaslandığında çok kısa olduğu görülmekle birlikte, geline süreçte konteyner taşımacılığı çok hızlı bir şekilde büyümüş ve birçok alanda geleneksel taşımacılığın yerini almıştır.

Deniz yoluyla konteyner taşımacılığında eşyanın incelenmesi açısından bakıldığında; Türk Ticaret Kanunu'nun 1184. maddesinde düzenlenen incelemenin, konteyner taşımalarında uygulanma olanağının bulunmadığı görülmektedir. Zira hükümde düzenlenen incelemenin, gönderilenin yükü teslim almasından önce yapılacağı düzenlenmiştir. Bu nedenle eşya gönderilene teslim edilmeden önce incelemenin başlamış olması gerekmektedir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1185. maddesinde düzenlenen bildirim külfeti, deniz yoluyla konteyner taşımacılığı bakımından değerlendirildiğinde ise hükmün konteyner taşımalarının yapısına uygun olmadığı ve uygulanması bakımından yetersiz olduğu görülmektedir. Zira gönderilene yüklenen bildirim külfetinin süresi oldukça kısadır. Gönderilenin üzerine düşen bildirim külfetini kendisine tanınan kısa süre içinde yerine getirebilmesi için konteyneri başka bir araca yüklemeden, bulunduğu yerde eşyaları konteynerden boşaltarak zıya veya hasar bulunup bulunmadığını incelemesi gerekecektir. Ancak konteyner taşımalarının en temel özelliklerinden ve tercih sebeplerinden

birisi, eşyaların boşaltılıp tekrar yüklenmesine gerek olmaksızın bir araçtan diğerine kolayca bindirilmesidir. Bu bakımdan konteyneri boşaltma limanında gemiden indirdikten sonra taşınması için başka bir araca yüklemekten önce, eşyaları konteynerden boşaltarak inceleme yaptırılması konteyner taşımacılığının yapısına ve tercih sebeplerine uygun değildir.

Tüm bu taşıma süreçleri göz önüne alındığında, limandan limana yapılan konteyner taşımalarında eşyaların incelenmesi ile ziya veya hasar bildiriminin yapılması için gönderilene tanınan ve eşyanın tesliminden itibaren başlayan üç günlük sürenin yetersiz olduğu açıkça ortaya çıkmaktadır. Bu gerekçelerle, Türk Ticaret Kanunu'nun 1185. maddesinde düzenlenen bildirim külfetinin yerine getirilmesinin özellikle konteyner ile yapılan eşya taşımaları bakımından oldukça zor olduğu ve bu bakımdan bildirim süresinin gözden geçirilmesi ve uzatılması gerektiği görüşünderiz.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Peer-Review: Externes Peer-Review-Verfahren.

Interessenkonflikt: Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

Finanzielle Unterstützung: Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

EXTENDED SUMMARY

Although the use of containers in maritime transport began in the 1950s, today a significant portion of goods transported by sea is carried by means of containers. The use of containers in transportation has had a revolutionary impact on international trade and maritime carriage of goods, greatly contributing to the facilitation of transport operations and the adaptation to technological developments.

As stated in Article 1186 paragraph 3 of the Turkish Commercial Code, a container is, in its simplest definition, a “means of transport.”. In this regard, a container is an independent and self-contained means of transport that protects the goods placed inside it, facilitates their carriage, and has no legal connection with the ship or any other means of transport.

Due to its structure and form, a container is a highly suitable device for the safe transportation of cargo. Moreover, as containers can be handled as a single unit without the need to handle the goods inside individually, their use ensures speed, convenience, and mechanization in transport operations. Containers lie at the center of automated transport systems, designed to carry cargo from the place of loading to the place of discharge at minimal cost and with protection from adverse effects. For this reason, the use of containers in transportation has made a significant contribution to the development of international trade and maritime carriage of goods. Although there are many advantages to the use of containers in transportation, certain disadvantages also exist. However, since these disadvantages are negligible compared to the benefits brought by containerization, the use of containers in transportation continues to increase day by day.

In this study, the examination of goods (Article 1184 TCC) and the notification of loss, damage, or delay in delivery (Article 1185 TCC), which are of great importance in container transport and subject to debate in the doctrine, are examined in detail in light of doctrinal opinions and judicial decisions, with proposed solutions to the resulting legal issues.

From the perspective of the examination of goods in maritime container transport, it appears that the inspection regulated under Article 1184 of the Turkish Commercial Code cannot be applied in container transport. This is because the provision requires that the inspection be carried out before the

consignee takes delivery of the cargo. Therefore, the inspection must commence before the goods are delivered to the consignee.

When the notification requirement regulated in Article 1185 of the Turkish Commercial Code is evaluated in terms of maritime container transport, it is seen that the provision is not compatible with the nature of container transportation and is insufficient in its application. This is because the period imposed on the consignee for notification is quite short. In order for the consignee to fulfill the notification obligation within the short period granted, they would need to unload the goods from the container and inspect them for loss or damage before loading the container onto another vehicle. However, one of the fundamental features and main reasons for preferring container transport is that goods can be easily transferred from one vehicle to another without the need for unloading and reloading. In this respect, requiring the goods to be unloaded from the container for inspection at the discharge port before reloading onto another vehicle is inconsistent with the nature and rationale of container transport.

Considering all these transport processes, it is evident that the three-day period granted to the consignee, which begins upon delivery of the goods, is insufficient for conducting the inspection and giving notice of loss or damage in port-to-port container shipments. For these reasons, we are of the opinion that fulfilling the notification obligation set out in Article 1185 of the Turkish Commercial Code is particularly difficult in the case of containerized transport of goods, and that the notification period should therefore be reconsidered and extended.

KISALTMALAR

aşa.	: aşağıda
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviri
E.	: Esas
ed.	: Editör
ET	: Erişim Tarihi
FCL	: Full Container Load
FIO	: Free In and Out
FIOS	: Free In, Out and Stowed
FIOST	: Free In, Out, Stowed and Trimmed
FIOT	: Free In, Out and Trimmed
HD	: Hukuk Dairesi
HGB	: Handelgesetzbuch
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
ISO	: Uluslararası Standartlar Örgütü (<i>International Organization for Standardization</i>)
K.	: Karar
m.	: Madde
LCL	: Less Than Container Load
No	: Numara
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı

TD	: Ticaret Dairesi
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Vol	: Volume
Yarg.	: Yargıtay
yuk.	: yukarıda

KAYNAKÇA

- ADIGÜZEL Burak, *Multimodal Taşımalarda Taşıyıcının (MTO) Sorumluluğu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014 (Multimodal Taşıma).
- ADIGÜZEL Burak, *Taşıma Hukuku*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2024 (Taşıma Hukuku).
- AĞSAKAL İbrahim, “Deniz Yolu ile Yapılan Taşımalarda Yükün Zıya ve Hasarı ile Teslimdeki Gecikmenin Bildirimi”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 2, Aralık 2012, 249-273.
- AKAN Pınar, *Deniz Taşımacılığında Taşıyanın Yüke Özen Yükümlülüğünün İhlalinden Doğan Sorumluluğu (TTK m. 1061)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.
- AKINCI Sami, *Deniz Hukuku Navlun Mukaveleleri*, Sermet Matbaası, İstanbul, 1968.
- AKSOY Sami, “Deniz Ticareti Hukukunda Konteynerin Taşıyana İadesi ve Konteyner Demurajı”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (BATIDER)*, C. 33, S. 1, 2017, 137-178.
- ALGANTÜRK LIGHT Didem, “Konteyner Taşımacılığında Uygulamada Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, S. 2-3, Temmuz-Ağustos 2017, 17-27.
- ALADWANI Talal, “The Supply of Containers and Seaworthiness – The Rotterdam Rules Perspective”, *J. Mar. L. & Com.*, Vol. 42, No. 2, 2011, 185-209.
- ANGUS W. David, “Legal Implications of “The Container Revolution” in International Carriage of Goods”, *McGill Law Journal*, Vol. 14, No. 3, 1969, 395-429.
- ARKAN Sabih, *Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1982.

- ATAMER Kerim, *Deniz Ticareti Hukuku Cilt II Gemilerin Eşya Hukuku (1. Fasikül: Giriş-Temel Kavramlar-Zilyetlik-Kanuni Rehin Hakları)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- AYBAY Gündüz, *Deniz Ticareti Hukuku ile ilgili Notlandırılmış Yargıtay Kararları*, Aybay Yayınları, İstanbul, 2000.
- AYBAY Atilla/AYBAY Aydın/AYBAY Gündüz/AYBAY Rona, *Denizciler, İşletmeciler ve Yöneticiler İçin Deniz Hukuku*, Aybay Yayınları, İstanbul, 1998.
- AYDIN Doğan Can, *Deniz Yoluyla Konteyner Taşımacılığında Taşıyanın Hukuki Sorumluluğu ve Sorumluluğun Sigortalanması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2025.
- BEPLAT Klaus, *Probleme der Einführung des Containerverkehrs*, Verlag Weltarchiv, Hamburg, 1970.
- BİCAN Buğrahan, *Denizde Yük Taşımacılığında Konteyner Kaynaklı Zararlardan Doğan Sorumluluk*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020 (Konteyner).
- BİCAN Buğrahan, "Büyük Metal Kutular: Denizde Yük Taşımacılığında Kullanılan Konteynerlerin "Koli", "Ünite" ve "Yük" Kavramları Açısından Değerlendirilmesi", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 15, S. 167, Temmuz 2020, 1378-1389 (Büyük Metal Kutular).
- BORDAHANDY Pierre-Jean, "Containers: A Conundrum or a Concept?", *JIML*, Vol. 11, No. 5, 2005, 342-371.
- COŞKUN Gürkan, *Çoklu (Multimodal) Taşıma Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- ÇAĞA Tahir/KENDER Rayegan, *Deniz Ticareti Hukuku - II - Navlun Sözleşmesi*, 10. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- ÇAKICI Latif, *Taşıma Kapları ile Zincirleme Taşımacılık (Konteynerle Kombine Taşımacılık)*, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1978.
- DEMUTH Klaus, "Die Schadensanzeige des §438 HGB im Vergleich zu den Vorbehalten des Art. 30 CMR", *Transport – Wirtschaft – Recht: Gedächtnisschrift für Johann Georg Helm*, Berlin, 2001, 49-57.

DENİZ İnci, *Konteyner Taşımacılığı ve Hukuki Sorunları*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982 (Konteyner Taşımacılığı).

HEPGÜLERLER Ezgi, *Deniz Yolu ile Gerçekleştirilen Konteyner Taşımacılığının Yükleme, İstif, Boşaltma ve Teslim Aşamalarında Görev Alanların Hukuki Sorumlulukları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.

HSU Mei-Lin, *Haftungsprobleme beim Containerseeverkehr im Seefrachtrecht Taiwans (Republik China) im Vergleich mit der Bundesrepublik Deutschland*, Dissertation, Hamburg, 1995.

JOOST Detlev/STROHN Lutz/POELZIG Dörte/SANDER Volker, *Ebenroth/Boujong Handelsgesetzbuch Bd. II*, 5. Aufl., München, 2024.

KANER İnci Deniz, *Deniz Ticareti Hukuku I-II*, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2024.

KARAN Hakan, *The Carrier's Liability under International Maritime Conventions: The Hague, The Hague-Visby, and Hamburg Rules*, The Edwin Mellen Press, New York, 2004.

KEE Wong Kong, "Containerisation: It's Legal Implications", *Malaya Raw Review*, Vol. 12, No. 2, December 1970, 364-375.

KENDER Rayegan, "Yükleme, Boşaltma ve Ardiye Safhasında Sorumluluk ve Sigorta İle İlgili Bazı Sorunlar", *Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından Eşya Taşımacılığı Sempozyumu: Bildiriler – Tartışmalar 26-27 Ocak 1984*, Ankara, 1984, 247-260.

KOLLER Ingo, *Transportrecht - Kommentar zu Land-, Luft- und Binnengewässertransport von Gütern*, Spedition und Lagergeschäft, 10. Aufl., München, 2020.

KOŞER Nihal, *Deniz Yoluyla Konteyner Taşımacılığında Konteynere Uygulanacak Hukuki Rejim*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2015.

KOZANHAN Murat Kağan, "Konteyner Güvenlik Girişimi (CSI)", *Konteyner Deniz ve Liman İşletmeciliği*, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, 233-242.

- KULA DEĞİRMENCİ Nil, "Türk Deniz Hukuku'nda Çoklu Taşımacılığın Yeri; Uluslararası Sözleşmeler ile Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme", *Dokuz Eylül Üniversitesi Denizcilik Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 1, Mart 2010, 79-98.
- MARGETSON New Jersey, "Liability of The Carrier Under The Hague (Visby) Rules for Cargo Damage Caused by Unseaworthiness of It's Containers", *JIML*, Vol. 14, No. 2, 2008, 153-161.
- OETKER Hartmut, *Handelsgesetzbuch – Kommentar*, 8. Aufl., München, 2024.
- OKAY Sami, *Deniz Ticareti Hukukuna İlişkin Yargıtay Kararları (1943-1961)*, 2. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1963 (Yargıtay Kararları).
- OKAY Sami, *Deniz Ticareti Hukuku II: Navlun Mukaveleleri, Denizde Yolcu Taşıma ve Deniz Ödücü Mukaveleleri*, 2. Bası, Kutulmuş Matbaası, İstanbul, 1971 (Deniz Ticareti).
- OMAĞ Merih Kemal, "Konteynerli Taşımalara İlişkin Bazı Sorunlar", *İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi*, S. 2, 1973, 407-438.
- OYAL Ahmet Batuhan, "Taşıma Hukukunda Zıya ve Hasar Kavramları", *Legal Hukuk Dergisi*, C. 22, S. 264, 2024, 4493-4546.
- ÖLMEZ Fatih, *Sigortalının, Sigortacının Halefiyet Hakkını İhlal Etmeme Yükümlülüğü*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- ÖZTÜRK Evren, *Konteynerize Yük Taşımacılığı ve Marmara Bölgesi Projeksiyonu*, Yıldız Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2007.
- PRUßMANN Heinz/RABE Dieter, *Seehandelsrecht: fünftes Buch des Handelsgesetzbuches mit Nebenvorschriften und Internationalen Übereinkommen*, 4. neubearbeitete Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2000.
- SCHAPS Georg/ABRAHAM Hans Jürgen, *Das Seerecht in der Bundesrepublik Deutschland: Kommentar und Materialsammlung, Seehandelsrecht – Erster Teil*, 2 Teile, vierte, völlig neubearbeitete Auflage, Walter de Gruyter, Teil I, Berlin vd., 1978.

SCHLEGELBERGER Franz/LIESECKE Rudolf, *Seehandelsrecht: Zugleich Ergänzungsband zu Schlegelberger Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 2. neubearbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen GmbH, Berlin vd., 1964.

SCHMIDT Christine, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch Bd. VII – Transportrecht*, 5. Auflage, München, 2023.

SEVEN Vural, *Yük Zıya veya Hasarının Tespit ve İhbarı*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1994 (Tespit ve İhbar).

SEVEN Vural, *Taşıyanın Yüke Özen Borcunun İhlalinden Doğan Sorumluluğu*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003 (Yüke Özen Borcu).

SEVEN Vural, *Taşıma Hukuku*, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2010 (Taşıma Hukuku).

SEVİNÇ KUYUCU Aslıhan, *Taşıyanın Eşyayı Teslim Etme Borcu*, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.

SIMON Seymour, "The Law Of Shipping Containers", *J. Mar. L. & Com.*, Vol. 5, No. 3, April 1974, 507-538.

SİR İsmail Hakkı, *Konteyner Taşımacılığı ve Türkiye'deki Uygulaması*, Sena Matbaası, İstanbul, 1988.

SÖZER Bülent, *Deniz Ticareti Hukuku – I (Ders Kitabı): Giriş - Gemi - Donatan ve Navlun Sözleşmeleri*, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2022.

SÜZEL Cüneyt, *Deniz Ticareti Hukukunda Taşıtan ve Yükleten*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.

STEENKEN Jurgen, *Der Containerverkehr aus der Sicht des Deutschen Seerechts, Dissertation*, München, 1972.

TAŞKIN Melda, *Deniz Yoluyla Konteyner Taşımalarında Taşıyanın Başlangıçtaki Elverişsizlikten Sorumluluğu*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2023.

TEKİL Fahiman, *Deniz Hukuku*, 6. Bası, Alkım Yayınevi, İstanbul, 2001.

- TUNN Jürgen, “Beweislast und Beweisführung für Güterschäden bei der Ablieferung von Sendungen nach § 438 HGB”, *VersR*, C. 34, 2005, 1646-1651.
- TÜRKEL Doğuş Taylan, “Deniz Ticareti Hukukunda Konteynerin Beklemesi ve Gecikmesi Üzerine Bir İnceleme”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21, S. 2, 2019, 707-776 (Konteynerin Beklemesi ve Gecikmesi).
- TÜRKEL Doğuş Taylan, “Taşıyanın Tedarik Ettiği Konteynerin Yüke Elverişsizliğinden Kaynaklanan Zıya veya Hasardan Doğan Sorumluluğu”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C. 21, Özel S., 2019, 2469-2544 (Yüke Elverişsizlik).
- ÜLGEN Hüseyin, *Uluslararası Taşımacılık ve Hukuki Sorunları*, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, İstanbul, 1988.
- ÜNAN Samim, “Deniz Yoluyla Yapılan Taşımalarda Yük Zararını Ödeyen Sigortacının Taşıyana Karşı Açtığı Halefiyete Dayanan Rücu Davasına İlişkin Bazı Sorunlar”, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu VIII: Bildiriler – Tartışmalar*, Ankara, 1991, 223-242 (Rücu Davası).
- ÜNAN Samim, “Yük Sigortacısının Taşıyana Karşı Açtığı Halefiyete Dayanan Rücu Davasıyla İlgili Bazı Sorunlar”, *Deniz Hukuku Dergisi*, Y. 2, S. 4, 1997, 99-114 (Yük Sigortacısı).
- WUSTENDORFER Hans, *Neuzeitliches Seehandelsrecht mit besonderer Berücksichtigung des angloamerikanischen und internationalen Rechts*, zweite durchgesehene und verbesserte Auflage, Tubingen, 1950.
- YAVAŞ Aksoy, *Kara Yoluyla Konteyner ile Yapılan Yük Taşımada Kayıp veya Hasardan Doğan Sorumluluk (Türk Hukukunda ve Uluslararası Sözleşmelerde)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- YAZICIOĞLU Emine, *Kender - Çetingil Deniz Ticareti Hukuku*, 17. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022 (Kender - Çetingil).

YAZICIOĞLU Emine, *Hamburg Kuralları'na Göre Taşıyanın Sorumluluğu Lahey/Visby Kuralları ile Karşılaştırmalı Olarak*, Beta Yayınları, İstanbul, 2000 (Hamburg Kuralları).

YETİŞ ŞAMLI Kübra, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Taşıyanın Zıya, Hasar ve Geç Tesliminden Sorumluluğu*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013 (Taşıyanın Sorumluluğu).

YETİŞ ŞAMLI Kübra, "Sigortalının Sigortacının Rücu Haklarını Koruma Yükümlülüğüne İlişkin TTK Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, S. 2-2, Temmuz-Ağustos 2017, 829-849 (Rücu Hakları).

YETİŞ ŞAMLI Kübra, *Gemi Mülkiyetinin Hukuki İşlem Yoluyla Kazanılması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021 (Gemi Mülkiyeti).

YILMAZ Gülşah, "Taşıma Hukukunda, Gönderilenin Yükteki Zıya ve Hasarı Bildirim Külfetinin Taşıma Sigortasında Sigortacının Halefiyetine Etkisi", *İzmir Barosu Dergisi*, C. 84, S. 1, Ocak 2019, 201-227.

ZEYNELOĞLU Ahmet, *Taşıma Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993.

ZSCHOCHE Detlef, "Die Per-Package-Limitation beim Transport in Containern", *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 48, 1978, 2421-2425.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Tahkimde Hakemlerin İhtiyati Tedbir Kararı Vermesi

Einstweilige Verfügungen im Schiedsverfahren nach der türkischen Zivilprozessordnung

Av. Yasemin Mistaçoğlu*

ÖZ

HMK'nın 414. maddesi, hakem veya hakem kuruluna geçici hukuki koruma tedbirlerinden ihtiyati tedbir ve delil tespiti kararı verme yetkisi tanımaktadır. Bu yetkinin kullanılabilmesi için geçerli bir tahkim sözleşmesinin bulunması, uyuşmazlığın tahkime elverişli olması, taraflarca aksinin kararlaştırılmamış olması, hakem kurulunun oluşturulmuş bulunması ve taraflardan birinin talepte bulunması gerekir. İhtiyati tedbir talebinde bulunan taraf, talebinin dayanağını ve istediği tedbirin türünü belirtmeli; iddiasını yaklaşık ispat ölçüsünde ispat etmelidir. Hakemler, tam ispat aramaksızın talebin makul ve inandırıcı bir temele dayanıp dayanmadığını ise değerlendireceklerdir. Gerekli gördüklerinde tedbir kararını uygun bir teminat gösterilmesi şartına bağlayabilir veya re'sen teminat isteyebilirler. Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, karşı taraf dinlenmeden de karar verilebilir; ancak aleyhine karar verilen taraf derhâl bilgilendirilip itiraz hakkı tanınmalıdır. Hakem kararları yalnızca tahkim anlaşmasının taraflarını bağlar; üçüncü kişiler üzerinde etkili değildir. Kararın uygulanmaması hâlinde lehine karar verilen taraf, mahkemeden icra edilebilirlik kararı isteyebilir. Mahkeme, tahkim sözleşmesinin geçerliliği ve hakemlerin atanma usulüyle sınırlı bir inceleme yapar;

* İstanbul Barosu Avukatı; Yeditepe Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi, (mistacogluyasemin@gmail.com).
ORCID ID: 0009-0001-2365-9663.



esas inceleme yapamaz. Mahkeme kararları itiraz veya kanun yolu denetimine tabi değildir. Tahkimde verilen ihtiyati tedbir kararlarına karşı doğrudan bir itiraz yolu öngörülmemişse de hukuki dinlenilme hakkı gereği itiraz mümkündür. Hakemler, koşulların değişmesi hâlinde tedbiri değiştirebilir veya kaldırabilir; haksız tedbir nedeniyle doğan zararların tazmini istenebilir.

Anahtar Kelimeler: *Geçici hukuki koruma, ihtiyati tedbir, tahkim yargılaması, teminat, icra edilebilirlik, haksız ihtiyati tedbirden doğan tazminat.*

The Power of Arbitral Tribunals to Grant Interim Measures Under the Turkish Code of Civil Procedure

ABSTRACT

Article 414 of the Code of Civil Procedure authorizes the arbitrator or the arbitral tribunal to grant interim legal protection measures, namely injunctions and preservation of evidence. For this authority to be exercised, a valid arbitration agreement must exist, the dispute must be arbitrable, the parties must not have agreed otherwise, the arbitral tribunal must have been constituted, and one of the parties must have submitted a request. The party requesting an interim measure must specify the grounds and the type of measure sought and substantiate its claim to the extent of prima facie evidence. The arbitrators shall assess whether the request is based on a reasonable and convincing ground without requiring full proof. When necessary, they may condition the measure upon the provision of appropriate security or may request it ex officio. In cases of urgency, a decision may be rendered without hearing the other party; however, the party against whom the measure is granted must be immediately informed and granted the right to object. Arbitral decisions on interim measures bind only the parties to the arbitration agreement and have no effect on third parties. If the decision is not complied with, the party in whose favor it was rendered may request a court to declare it enforceable. The court examines only the validity of the arbitration agreement and the proper appointment of the arbitrators; it cannot review the merits. Such court

decisions are not subject to appeal or review. Although no direct objection procedure is regulated against interim measures in arbitration, an objection is possible as a requirement of the right to be heard. Arbitrators may modify or lift the measure if circumstances change, and compensation may be claimed for damages arising from unjust interim measures.

Keywords: *Provisional legal protection, interim injunction, arbitration proceedings, security, enforceability, compensation for wrongful interim injunction.*

GİRİŞ

Tahkim, taraf iradesine dayalı alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak, devlet yargısına kıyasla daha hızlı, esnek ve uzmanlaşmış bir yargılama süreci sunmaktadır. Ancak, tahkim yargılamasının temel amacı olan “etkin ve adil bir yargılama” ilkesinin gerçekleşebilmesi, yalnızca hakemlerin nihai kararıyla değil, yargılama sürecinde tarafların haklarının korunmasını sağlayan geçici hukuki koruma tedbirlerinin etkin biçimde uygulanmasıyla da mümkündür. Bu kapsamda ihtiyati tedbir, tahkim yargılamasında tarafların menfaat dengesini koruyan ve uyuşmazlığın esasına ilişkin karar verilmeden önce var olan durumu güvence altına alan önemli araçlardan biridir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK) 414. maddesi ile hakem veya hakem kuruluna, geçici hukuki koruma tedbiri olarak ihtiyati tedbir kararı verme yetkisi tanınmıştır. Ancak, tahkim yargılamasının özelliği gereği, hakemlerin bu yetkiyi kullanabilmesi birtakım koşullara bağlanmıştır. Geçerli bir tahkim sözleşmesinin bulunması, hakem veya hakem kurulunun usulüne uygun şekilde teşekkül etmiş olması, tarafların aksini kararlaştırmamış bulunması ve tedbir talebinin taraflardan biri tarafından ileri sürülmesi bu koşullar arasında yer almaktadır.

Bununla birlikte, hakemlerin ihtiyati tedbir kararı verirken dikkate alması gereken ölçütlerden biri de yaklaşık ispattır. Zira ihtiyati tedbirin amacı, esas hakkındaki uyuşmazlığı çözmek değil, taraflardan birinin haklarının korunması için geçici bir güvence sağlamaktır. Bu

nedenle hakemlerin, tam ispat aramaksızın, talebin makul ve inandırıcı bir temele dayanıp dayanmadığını değerlendirmeleri yeterlidir. Ayrıca, hakem veya hakem kurulu gerekli gördüğünde, kararın uygulanmasından doğabilecek zararların önlenmesi amacıyla teminat gösterilmesini de şart koşabilir.

Tahkim yargılamasında verilen ihtiyati tedbir kararlarının icrası, yargılamanın tarafları arasında en çok tartışma konusu olan alanlardan biridir. Zira hakemler tarafından verilen kararların icra edilebilirliği, ancak mahkemenin bu yönde karar vermesiyle mümkündür. HMK m. 414 gereğince, mahkeme yalnızca şekli bir denetim yapmakta; tahkim sözleşmesinin geçerliliği, hakemlerin yetkisi ve kamu düzenine uygunluk gibi unsurları incelemekte, esas incelemesine ise girmemektedir.

Bu çalışmada Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre hakem veya hakem kurulunun ihtiyati tedbir kararı vermesinin koşulları, kararın icra edilebilirliği ve verilen ihtiyati tedbir kararlarına karşı itiraz, iptal ve tazminat yolları, tahkim sürecinde tarafların hak arama özgürlüğünü ve yargısal güvencelerini teminat altına alan mekanizmalar ele alınacaktır. Böylelikle bu çalışma, Hukuk Muhakemeleri Kanunu çerçevesinde tahkim yargılamasında hakemlerin ihtiyati tedbir kararı verme yetkisini ve bu yetkinin uygulanma koşullarını bütüncül bir bakış açısıyla değerlendirmeyi amaçlamaktadır.

I. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Hakem veya Hakem Kurulunun İhtiyati Tedbir Kararı Vermesi

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 414. maddesinde, hakem veya hakem kurulunun geçici hukuki koruma tedbirlerinden olan ihtiyati tedbir¹ ile delil tespitine² karar verebileceği hususu ayrıntılı

¹ Saim Üstündağ, *İhtiyati Tedbirler [Geçici Hukuki Himaye (koruma) Önlemleri]*, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 1981, s. 1-5; Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku C. II*, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2025, s. 391-393; Cengiz Serhat Konuralp, *İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Tedbirler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 7 vd.; Mikail Bora Kaplan, *Sınai Mülkiyet Kanunu'nda İhtiyati Tedbirler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 133; Ali Cem Budak/Varol Karaaslan, *Medenî Usul Hukuku*, 8. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul,

olarak düzenlenmiştir³. Hakem veya hakem kurulunun ihtiyati tedbir kararı verebilmesine ilişkin koşullar kanunda açıkça belirtilmiştir⁴.

1. Tahkim Yargılamasında Hakem veya Hakem Kurulunun İhtiyati Tedbir Kararı Vermesinin Koşulları

1.1. Geçerli Bir Tahkim Sözleşmesinin Varlığı

Hakem veya hakem kurulu, tahkim yargılaması sürecinde taraflardan birinin talebi üzerine ihtiyati tedbire veya delil tespitine karar verebilir (HMK m. 414/1)⁵. Ancak bu yetkinin kullanılabilmesi için, geçerli bir tahkim sözleşmesinin varlığı ve uyuşmazlığın tahkime elverişli nitelikte olması gerekmektedir⁶. Hakemlerin kesin nitelikte bir hukuki koruma sağlayabilmeleri, geçerli bir tahkim sözleşmesinin varlığına bağlı olduğundan, bu sözleşmeye dayanılarak yürütülecek tahkim yargılamasında geçici hukuki koruma tedbirine karar verilebilmesi için de aynı koşulun bulunması gerekmektedir⁷.

2024, s. 496; Evrim Erişir, *Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 133 vd.; Abdullah Batuhan Baytaş/Ayşe Ece Acar, "İhtiyati Tedbire Muhalefet", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 29, S. 2, 2023, 946-947.

² Birce Arslandoğan, *Medeni Yargılama Hukukunda Delil Tespiti*, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 13 vd.; Leyla Akyol Aslan, *Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti (Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 27 vd.

³ Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku*, 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024, s. 785-786.

⁴ Feyiz Erdoğan, *Uluslararası Hukuk ve Tahkim*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 207-208; Rıfat Erten, *Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda Geçici Hukuki Koruma Önlemleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 63.

⁵ L. Şanal Görgün /Levent Börü/Mehmet Kodakoğlu, *Medeni Usul Hukuku*, 13. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024, s. 825-826.

⁶ İbrahim Özbay/Yavuz Korucu, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim (HMK m. 407-444)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 7; Nevzat Boztaş, *Tahkim Yargılamasında Mahkemenin Yardımı ve Denetimi*, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2021, s. 43; Kaplan, s. 133.

⁷ Budak/ Karaaslan, s. 496; Boztaş, s. 41-42.

1.2. Taraflarca Aksinin Kararlaştırılmamış Olması

HMK m. 414 hükmü uyarınca, taraflar aksini kararlaştırmadıkları sürece, hakem veya hakem kurulu ihtiyati tedbir ya da delil tespiti kararı vermeye yetkilidir. Buna göre, uyuşmazlıklarını tahkim yolu ile çözmeyi kararlaştıran taraflar, tahkim yargılaması sırasında ihtiyati tedbir veya delil tespiti kararı gerekli olduğunda, hakem veya hakem kuruluna bu yönde karar verme yetkisini de tanımış olmaktadırlar⁸.

Buna karşılık, taraflar kanunen hakem veya hakem kuruluna tanınan ihtiyati tedbir ya da delil tespiti kararı verme yetkisini sınırlamak veya kaldırmak istemeleri halinde, bu hususu açıkça kararlaştırmalıdırlar⁹.

Taraflar, hakemlerin ihtiyati tedbir veya delil tespiti kararı veremeyeceğini kararlaştırdıkları takdirde, hakemler bu yönde bir karar veremezler. Bu düzenleme, taraflarca tahkim sözleşmesi kapsamında veya tahkim yargılaması sırasında yapılabilir¹⁰.

1.3. Hakem veya Hakem Kurulunun Seçilmiş Olması

Hakem veya hakem kurulunun ihtiyati tedbir kararı verebilmesi için, öncelikle kurulun usulüne uygun şekilde oluşturulmuş olması gerekmektedir¹¹. Hakemlerin seçilmesinden önceki aşamada, ihtiyati tedbir kararı verilmesi yalnızca mahkemeden talep edilebilir. Ancak hakemlerin seçilmesinden sonra, mahkemece verilmiş olan ihtiyati tedbir kararı, taraflardan birinin talebi üzerine hakem veya hakem kurulu tarafından değiştirilebilir ya da kaldırılabilir. Hakemler, icra

⁸ Özbay/Korucu, s. 111; Kaplan, s. 133.

⁹ Nevzat Boztaş, "Tahkimde Geçici Hukuki Korumalar ve Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi", *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, C. 16, S. 45, 2020, s. 183; Özbay/Korucu, s. 111.

¹⁰ Özbay/Korucu, s. 111.

¹¹ Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 1201-1203; Erten, s. 63.

edilebilir nitelikte olmak kaydıyla, her türlü ihtiyati tedbir kararını verme yetkisine sahiptir¹².

1.4. Taraflardan Birinin İhtiyati Tedbir Talebi

Tahkim yargılamasında, hakem veya hakem kurulunun ihtiyati tedbir ya da delil tespiti kararı verebilmesi, tasarruf ilkesi gereği taraflardan birinin bu yönde talepte bulunmasına bağlıdır¹³. Tahkim yargılamasında ihtiyati tedbir kararı verilmesi, taraflardan birinin talebine bağlıdır; hakem veya hakem kurulunun re'sen böyle bir karar vermesi mümkün değildir¹⁴. Hakemlerin ihtiyati tedbir kararı verme yetkisi, yalnızca tahkim sözleşmesinin tarafları¹⁵ ile bu sözleşmenin konusu olan uyuşmazlıkla sınırlıdır¹⁶.

1.5. İhtiyati Tedbir Talep Eden Tarafın Dayandığı Tedbir Sebebinin Belirtmesi ve Yaklaşık Olarak İspat Etmesi

Tahkim yargılamasına konu olan bir uyuşmazlıkta, hakem veya hakem kurulunun ihtiyati tedbir kararı verebilmesi için¹⁷, tedbir

¹² Özbay/Korucu, s. 111.

¹³ Hakan Pekcanitez/Ali Yeşilırmak, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, C. V, 16. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2025, s. 4700.

¹⁴ Melis Taşpolat Tuğsavul, "4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca Hakemlerin ve Mahkemelerin Geçici Hukuki Koruma Kararı Verme Yetkisi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, C. 16, Özel Sayı 2014 (Basım Yılı: 2015), s. 2082; Özbay/Korucu, s. 111-112.

¹⁵ Tahkim sözleşmesinin tarafı olmayan üçüncü kişiler, hakemlerden ihtiyati tedbir kararı verilmesini talep etme yetkisine sahip değildirler. Bkz. Ali Cem Budak, "Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tahkim Hükümleri", *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, C. 1, S. 1, 2012, s. 45; Müjgan Tunç Yücel, *HMK Uyarınca Tahkimde İhtiyati Tedbir ve Delil Tespiti*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 86.

¹⁶ Boztaş, s. 42-43.

¹⁷ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 389. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişikliğin, hakkın elde edilmesini önemli ölçüde güçleştirmesi veya tamamen imkânsız hâle getirmesi ya da gecikmeden doğabilecek bir zarar veya sakınca ihtimalinin bulunması hâlinde, hakem veya hakem kurulu uyuşmazlık konusu

talebinde bulunan tarafın bu talebine dayanak oluşturan sebebi ve alınmasını istediği tedbirin türünü açıkça ortaya koyması gerekmektedir¹⁸.

Hakemler, ihtiyati tedbir talebini değerlendirirken, tam ispat değil yaklaşık ispat ölçüsünde bir inceleme gerçekleştirirler¹⁹. Hakem veya hakem kurulu, tedbir talep eden tarafın ileri sürdüğü iddiaların doğruluğunu tüm yönleriyle ispat etmesini beklemeden, mevcut deliller kapsamında talebin makul ve inandırıcı bir temele dayandığı kanaatine varmalıdır²⁰. Bu sebepten ötürü, ihtiyati tedbir kararı verilebilmesi için hakemin, olayın esasına ilişkin kesin bir yargıya ulaşması değil, tedbir talebinde bulunan tarafın iddialarının gerçeğe yakın ve haklı olduğuna dair bir kanaat edinmesi yeterlidir. Bu değerlendirme yapılırken, hakemlerin kararını geçerli ve somut nitelikteki delillere dayandırması gerekir. Zira ihtiyati tedbir kararları, tarafların menfaat dengesi üzerinde etkili olup, haksız biçimde verilmesi durumunda karşı taraf

hakkında ihtiyati tedbir kararı verebilir. Bkz. Ejder Yılmaz, *Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri C. I*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001, s. 169-176.

¹⁸ Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz /Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, *Medeni Usul Hukuku*, 10. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024, s. 643.

¹⁹ Burcu İrge Erdoğan, “UNCITRAL Model Kanunu Işığında Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda Yer Alan Düzenlemelerde İhtiyati Tedbirlerin Değerlendirilmesi”, *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 13, 2016, s. 107-108; Muhammet Özkes, *İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999, s. 217 vd.; Hakan Albayrak, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 64; Boztaş, s. 43; Tunç Yücel, s. 93-94; Yılmaz, *Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri C. I*, s. 893; Konuralp, s. 158; Kaplan, s. 134; Erten, s. 64.

²⁰ Ali Yeşilirmak, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, The Hague Kluwer Law International, 2005, s. 177 vd.; Bilgehan Yeşilova, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*, Güncel Yayınları, İzmir, 2008, s. 682; Boztaş, s. 43; İrge Erdoğan s. 107-108; Tunç Yücel, s. 93-94; Yılmaz, *Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri C. I*, s. 893-895.

bakımından telafisi güç zararlara yol açabilir²¹. Bu nedenle, hakem veya hakem kurulu, tedbir talebinin kabulü için gerekli koşulların varlığını değerlendirirken, tüm bu durumları gözetmesi gerekmektedir²². Dolayısıyla, ihtiyati tedbir talebine ilişkin incelemede aranan yaklaşık ispat, hakemlerin olayın esasına dair makul ve inandırıcı bir kanaate ulaşmasını yeterli görmekte olup; ancak bu kanaatin de tam ispat ölçüsüne varması beklenmez.

1.6. Hakem veya Hakem Kurulunun İhtiyati Tedbir Kararını Teminat Gösterilmesi Şartına Bağlaması

Hakem veya hakem kurulu, ihtiyati tedbir kararı verilmesini, uygun bir teminat verilmesi şartına bağlayabilir (HMK m. 414/1)²³. Tahkim yargılamasında teminata hükmedilip hükmedilmeyeceği hususu, hakem veya hakem kurulunun takdirine bırakılmıştır²⁴. Hakemlerin, ihtiyati tedbir talep eden taraftan teminat göstermesini istemeleri için karşı tarafın bu yönde özel bir talepte bulunması gerekmez; hakemler, gerekli gördükleri hâllerde re'sen teminat gösterilmesine karar verebilirler²⁵.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 414. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, hakem veya hakem kurulu, ihtiyati tedbir kararı verilmesini uygun bir teminat gösterilmesine bağlayabilir. Bu düzenleme uyarınca, **hakemlerin teminat konusunda takdir yetkisine**

²¹ Nevhis Deren Yıldırım, *Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku'nda İhtiyati Tedbirler*, 2. Bası, Alkım Yayınevi, İstanbul, 2002, s. 78-79; Yılmaz, *Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri C. I*, s. 992; Erten, s. 64.

²² Boztaş, s. 43; Tunç Yücel, s. 93-94; İrge Erdoğan, s. 107-108; Konuralp, s. 159.

²³ Özbay/Korucu, s. 111; Tunç Yücel, s. 76-80.

²⁴ Mahkemelerde ihtiyati tedbir kararı verilebilmesi için teminat gösterilmesi kural olarak zorunludur. Buna karşılık, tahkim yargılamasında teminata karar verilip verilmeyeceği, **hakem veya hakem kurulunun takdirine** bırakılmıştır. Hakemler, somut olayın özelliklerini, taraflar arasındaki menfaat dengesini ve tedbirin doğurabileceği olası sonuçları değerlendirerek, gerektiğinde teminat verilmesine hükmedebilir. Bkz. Özbay/Korucu, s. 111; Tunç Yücel, s. 76-80; Erten, s. 67.

²⁵ Erten, s. 67.

sahip olduğu kabul edilmektedir²⁶. Dolayısıyla, hakem veya hakem kurulu, somut olayın koşullarını dikkate alarak, gerekli gördüğü hâllerde uygun bir teminatın gösterilmesine karar verebilir²⁷. Tedbir talep eden tarafın iddialarını kesin delillerle desteklemesi durumunda, hakemler teminat şartı aramaksızın da ihtiyati tedbir kararı verebilirler²⁸.

İhtiyati tedbir kararı verilmesi hâlinde teminat gösterilmesine hükmedilmesinin ilk şartı, bu karar sebebiyle karşı tarafın zarara uğrama tehlikesinin bulunmasıdır. Hakemler, teminatın türü ve miktarı bakımından tarafların talepleriyle bağlı değildir; zira teminatın amacı, ihtiyati tedbirin uygulanması nedeniyle doğabilecek zararların önüne geçmektir. Bu sebepten ötürü, teminatın niteliği ve miktarı, **zararı hafifletmeye yönelik** olmalıdır²⁹.

Kanun koyucu, teminatın miktarı bakımından herhangi bir sınırlama öngörmemiştir. Ancak doktrinde, teminatın, ihtiyati tedbirin uygulanması sebebiyle karşı tarafın uğrayabileceği olası zarar tutarıyla orantılı olması gerektiği belirtilmiştir. Böylelikle aslında teminat, tedbirin uygulanması hâlinde doğabilecek zararların tazmininde işlevsel bir güvence oluşturur³⁰.

Kanaatimizce, teminatın türü ve miktarı her somut olayın özellikleri dikkate alınarak, **hakem veya hakem kurulu tarafından takdir edilmelidir**. Hakemlerin, tedbir talep eden taraftan teminat gösterilmesini kararlaştırdığı hâllerde, teminat verilmediğinde ihtiyati tedbir kararı verilmemelidir. Böylece, **taraflar arasındaki menfaat dengesi de korunmuş olacaktır**.

²⁶ Yılmaz, *Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri C. I*, s. 908.

²⁷ Hikmet Bilgin, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Tahkimde Geçici Hukuki Koruma Önlemleri ve Milletlerarası Tahkim Kanunu ile Karşılaştırmalı Bir İnceleme", *Prof. Dr. Ramazan Arslan' a Armağan*, C. 1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 417-418.

²⁸ Yılmaz, *Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri C. I*, s. 920; Bilgin, s. 417-418.

²⁹ Konuralp, s. 149-151; Yılmaz, *Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri C. I*, s. 908-909.

³⁰ Konuralp, s. 149-151; Yılmaz, *Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri C. I*, s. 908-909.

Hakemlerin, ihtiyati tedbir talebinde bulunan taraftan teminat göstermesini istemeleri için, karşı tarafın bu yönde özel bir talepte bulunması zorunlu değildir. Hakem veya hakem kurulu, **uyuşmazlığın niteliğini ve tarafların menfaat dengesini ve tedbirin olası sonuçlarını** değerlendirerek, gerekli gördüğü hâllerde **re'sen teminat verilmesine** karar verebilir.

Doktrinde, ihtiyati tedbir kararı verilmesi hâlinde ortaya çıkabilecek zararın türü ve miktarını en iyi bilecek olanın, tedbirin muhatabı olan karşı taraf olduğundan, **teminat kararı verilmeden önce karşı tarafın dinlenmesi** gerektiği ileri sürülmüştür. Bununla birlikte, karşı tarafın dinlenmesi sonrasında teminat talebinde bulunmaması hâlinde dahi, hakemler somut olayın koşullarını dikkate alarak **re'sen teminat verilmesini uygun görebilirler**³¹.

1.7. Hakem veya Hakem Kurulunun Karşı Tarafı Dinlemeden İhtiyati Tedbir Kararı Vermesi

İhtiyati tedbir talep edenin hakkının gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, mahkeme karşı tarafı dinlemeden ve yalnızca dosya üzerinden inceleme yaparak tedbir kararı verebilir. Bu hâllerde, talep sahibinin karşı tarafın yokluğunda mahkemeye başvurması üzerine, mahkeme karşı tarafa tebligat yapılmaksızın veya onu dinlemeksizin tedbir talebini karara bağlayabilir³².

³¹ Tunç Yücel, s. 80.

³² Hakan Pekcantez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukuku*, 14. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 1025-1026; Deren Yıldırım, *Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku'nda İhtiyati Tedbirler*, s. 106; Makbule Serra Korkut, "İhtiyatî Tedbir Taleplerinin Değerlendirilmesinde Hukukî Dinlenilme Hakkı", *Medeni Usûl Hukukunda Koruma Dilekçesi-SCHUTZSCHRIFT- Alman, İsviçre ve Türk Hukuku Perspektifinden*, ed. Prof. Dr. Murat Atalı, Doç. Dr. Anıl Köroğlu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024, s. 17-25; Erten, s. 67; Mikail Bora Kaplan/Aziz Çelik, "Türk Hukukunda Koruma Dilekçesinin Uygulanabilirliği Hakkında Bir Değerlendirme" *Medeni Usûl Hukukunda Koruma Dilekçesi-SCHUTZSCHRIFT- Alman, İsviçre ve Türk Hukuku Perspektifinden*, ed. Prof. Dr. Murat Atalı, Doç. Dr. Anıl Köroğlu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024, s. 88.

Gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda, mahkeme karşı tarafı dinlemeden ihtiyati tedbir kararı verebilir; ancak bu durumda, dinlenilmemiş olan tarafa sonradan savunma hakkı tanınmaktadır. Savunma hakkı, hukuki dinlenilme hakkının temel unsurlarından biri olup, tarafın kendisine yöneltilen tedbire karşı görüş ve itirazlarını sunabilmesini güvence altına alır. Dolayısıyla, karşı tarafın yokluğunda verilen ihtiyati tedbir kararında, aleyhine tedbir kararı verilen tarafın hukuki dinlenilme hakkını etkin biçimde kullanabilmesi için tedbir hakkında derhal bilgilendirilmesi ve duruşmada tedbire itiraz edebilme imkânına sahip olması gerekir³³. Aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilen tarafın dinlenmeden verilen ihtiyati tedbir kararında, hukuki dinlenilme hakkı ortadan kaldırılmamış, yalnızca bu hakkın kullanımı zamansal olarak ertelenmiş ve tedbir kararından sonraki itiraz sürecine bırakılmış olmaktadır³⁴.

Doktrinde tahkim yargılaması, taraf iradelerinin ön planda olduğu bir yargılama olduğundan, her iki tarafın iradesinin eşit şekilde gözetilmesi gereği ileri sürülerek hakemlerin tek taraflı olarak ihtiyati tedbir kararı veremeyeceği görüşü savunulmuştur³⁵. Bununla birlikte, tahkim sürecinde karşı tarafa bilgi verilmeden hakem kurulunun teşekkül etmesi mümkün değildir. Ancak hakem kurulunun oluşturulması belirli bir süre gerektirdiğinden, bu süreçte malvarlığının zarara uğrama, kaçırılma ya da davanın esasına ilişkin delillerin tahrip edilme ihtimali de bulunmaktadır. Hakem kurulunun teşekkülünden sonraki aşamada dahi, taraflardan birinin yokluğunda ihtiyati tedbir kararı verilmesi, uygun kabul edilmemektedir³⁶. Bu konuda, mahkemelerde uygulanan usulden farklı bir yaklaşımın tahkimde benimsenmesinin başlıca nedenlerinden biri, hakem kurulunca verilen

³³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 1025-1026, 1039-1042.

³⁴ Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, C. 4, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 5228; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 1039-1042.

³⁵ Yavuz Alangoya, *Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1973, s. 20; Özbay/Korucu, s. 115.

³⁶ Mustafa Serdar Özbek, *Tahkim Hukuku Cilt II*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 1543.

ihtiyati tedbir kararlarına karşı başvurulabilecek bir hukuki çarenin bulunmamasıdır.

Hakem kurulu ayrıca bir itiraz yolu öngörülmesine gerek olmaksızın verdiği tedbir kararını her zaman kaldırma yetkisine sahiptir. Aleyhine tedbir kararı verilen tarafın, sonradan dinlenmesinde bir engel bulunmamaktadır. Bu nedenle, hakem kurulu istisnai durumlarda taraflardan birinin yokluğunda da tedbir kararı verebilir³⁷. Doktrinde, hakemlerin her türlü ihtiyati tedbire hükmedebileceği yönündeki görüş uyarınca karşı taraf dinlenmeden de karar verilebileceği ileri sürülmüştür³⁸. Kanaatimizce, acele hâller veya tedbir talep edenin haklarının derhal korunmasını gerektiren durumlarda hakem, karşı tarafı dinlemeden karar verebilir; ancak somut olayın koşulları dikkate alınarak, hukuki dinlenilme hakkını ihlal etmeyecek biçimde bu takdir kullanılmalıdır.

1.8. Hakem veya Hakem Kurulunun Vermiş Olduğu İhtiyati Tedbir Kararının Üçüncü Kişileri Bağlamaması

Tahkim yargılaması, yalnızca tahkim anlaşmasının tarafları bakımından hüküm ve sonuç doğurur³⁹. Bu durum, hakemler tarafından verilen geçici hukuki koruma tedbirleri açısından da geçerlidir. HMK m. 414'te, hakemlerin verdiği ihtiyati tedbir kararlarının tahkim sözleşmesine taraf olmayan üçüncü kişileri bağlayacağına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır⁴⁰. Zira hakemler, yetkilerini tarafların iradesinden aldıklarından, tahkim sözleşmesinin tarafı olmayan üçüncü kişilere yönelik ihtiyati tedbir kararı tesis etmeleri mümkün değildir⁴¹. Üçüncü kişiler aleyhine bu tür kararların icra edilebilmesi, ancak bu kişilere karşı ileri sürülebilecek geçerli bir tahkim sözleşmesinin varlığı

³⁷ Nimet Özbek Hadimoğlu, *Milletlerarası Usul Hukukunda Geçici Hukuki Koruma*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 128.

³⁸ Julian D. M. Lew/Loukas A. Mistelis/Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, s. 607.

³⁹ Boztaş, s. 43; Bilgin, s. 427.

⁴⁰ Hakan Pekcanıtez, "Milletlerarası Tahkimde Geçici Hukuki Koruma Önlemleri", *Makaleler C. I*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 789; Özbay/Korucu, s. 116.

⁴¹ Özbay/Korucu, s. 116; Bilgin, s. 427-428.

hâlinde mümkündür. Ne var ki, üçüncü kişiler tahkim sözleşmesinin tarafı olmadıklarından, hakem kararlarının onlar yönünden bağlayıcılığından söz edilemez⁴².

II. Hakem veya Hakem Kurulunun Verdiği İhtiyati Tedbir Kararının İcra Edilebilirliğine Karar Verilmesi

Hakem veya hakem kurulunca verilen ihtiyati tedbir kararının, aleyhine karar verilen tarafça kendiliğinden yerine getirilmemesi hâlinde, lehine tedbir kararı verilen taraf mahkemeye başvurarak bu kararın icra edilebilirliğine hükmedilmesini talep edebilir. Mahkeme ise, geçerli bir tahkim sözleşmesinin varlığı koşuluyla, taraflardan birinin talebi üzerine hakem veya hakem kurulunun verdiği ihtiyati tedbir kararının icra edilebilirliğine karar verir (HMK m. 414)⁴³.

İhtiyati tedbir kararının icra edilebilirliğine hükmedilmesini isteme yetkisi taraflara aittir; hakemlere bu konuda yetki tanınmamıştır. Bu düzenleme uyarınca, mahkemenin icra edilebilirliğe karar verebilmesi için talebin hakem heyeti tarafından değil, taraflardan biri tarafından yapılması gerekir. Talepte bulunacak tarafın mutlaka tedbiri talep eden taraf olması zorunlu değildir. Bununla birlikte, kural olarak tedbirin icra edilebilirliğini talep edecek olan taraf, hakem kurulundan tedbir kararını talep eden taraftır⁴⁴.

Mahkeme, hakemler tarafından verilen ihtiyati tedbir kararını değerlendirirken, tedbirin şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini,

⁴² Tahkim anlaşmasına taraf olma, bu kapsamda bir yükümlülük üstlenme ya da hak elde etme yönünde iradesi bulunmayan üçüncü kişilerin, kendi iradelerine aykırı biçimde bu anlaşmanın hüküm ve sonuçlarına tâbi tutulmaları, başta adil yargılanma hakkı olmak üzere, maddi ve usul hukukunun temel ilkeleriyle bağdaşmamaktadır. Bkz. Pekcanitez, Milletlerarası Tahkimde Geçici Hukuki Koruma Önlemleri, s. 792; Özbay/Korucu, s. 116.

⁴³ Hakan Pekcanitez, "Milletlerarası Tahkim Kanunu'na Göre Verilen Hakem Kararlarının İcrası", *Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 569; Pekcanitez, Milletlerarası Tahkimde Geçici Hukuki Koruma Önlemleri, s. 80; Taşpolat Tuğsavul, s. 2082; Kaplan, s. 134; Boztaş, s. 42, 124; Özbay/Korucu, s. 112; Tunç Yücel, s. 76.

⁴⁴ Boztaş, s. 123-124.

yaklaşık ispat ölçüsünde koşulların varlığını inceler⁴⁵. Hâkimin, inceleme yaparken öncelikle geçerli bir tahkim sözleşmesinin varlığını, bu sözleşmede hakemlerin ihtiyati tedbir kararı verme yetkisinin kaldırılıp kaldırılmadığını ve uyuşmazlığın niteliği itibarıyla tahkime elverişli olup olmadığını incelemesi gerekir⁴⁶. İhtiyati tedbir kararının, mahiyeti gereği icra edilebilir nitelikte olması gerekir. Hakemler, HMK'da açıkça düzenlenmeyen bir tedbir kararına hükmedebilecek olsalar da mahkeme bu nitelikteki ihtiyati tedbir kararlarının icra edilebilirliğine karar veremez⁴⁷. Mahkeme, incelemesini yaparken aynı zamanda kararın kamu düzenine ve ahlaka aykırılık teşkil edip etmediğini de dikkate alacaktır⁴⁸.

Mahkeme, geçerli bir tahkim sözleşmesinin mevcut olduğunu ve hakemlerin usulüne uygun biçimde atandığını tespit etmesi hâlinde, ihtiyati tedbir kararının icra edilebilirliğine karar verir. Bununla birlikte, mahkeme bu inceleme sırasında tahkim yargılamasının esasına giremez. Mahkemenin denetim yetkisi, Kanunda öngörülen hususlarla sınırlı olup, bunların dışında hakemlerce verilen ihtiyati tedbir kararının içeriğini incelemesi mümkün değildir⁴⁹.

Mahkemenin, belirtilen sınırlar çerçevesinde yapacağı inceleme sonucunda, hakemler tarafından verilen ihtiyati tedbir kararının icra edilebilirliğine ilişkin olarak verdiği karara karşı HMK m. 394 uyarınca itiraz edilemez; aynı şekilde bu itiraz üzerine verilen kararlara karşı da

⁴⁵ Hakem veya hakem kurulunca verilen ihtiyati tedbir kararlarının, mahkeme tarafından bir üst denetim mercii gibi incelenmesi ve bu yönde bir denetim yapılması söz konusu değildir. Bkz. Boztaş, s. 42-43.

⁴⁶ Boztaş, s. 42.

⁴⁷ İrge Erdoğan, s. 107.

⁴⁸ Boztaş, Tahkimde Geçici Hukuki Korumalar ve Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, s. 183; Tunç Yücel s. 93-94.

⁴⁹ Mahkeme, tarafların talepleriyle bağlı olup, uygulanması mümkün olmayan bir ihtiyati tedbir kararını değiştirerek icra edilebilir hale getiremeyeceği gibi, hakemler tarafından verilen tedbirden tamamen farklı nitelikte yeni bir karar da tesis edemez. Bununla birlikte, mahkeme talebin kapsamına bağlı kalarak, hakemlerce verilen ihtiyati tedbir kararının yalnızca bir kısmının icra edilebilirliğine ise hükmedebilir. Bkz. Boztaş, s. 44-45.

kanun yoluna başvurulması da mümkün değildir. Zira mahkemenin, hakem kurulunca verilen ihtiyati tedbir kararının icra edilebilirliğine veya icra edilebilir olmadığına ilişkin verdiği karar, niteliği itibarıyla bir ihtiyati tedbir kararı değildir⁵⁰.

III. Hakem veya Hakem Kurulunca Verilen İhtiyati Tedbir Kararına Karşı Başvuru Yolları ve Haksız İhtiyati Tedbirden Kaynaklanan Tazminat Davası

1. İhtiyati Tedbir Kararına İtiraz Edilmesi

HMK m. 414'te, tahkim yargılaması kapsamında mahkeme veya hakemler tarafından verilen ihtiyati tedbir kararlarına karşı itiraz usulüne ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak hukuki dinlenilme hakkının bir gereği olarak, ihtiyati tedbir kararına karşı itiraz edilebileceği konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamalıdır. Bu konuda, HMK'nın ihtiyati tedbire itirazı düzenleyen genel hükümleri (HMK m. 394 ve m. 444) kıyasen uygulanır⁵¹.

Hakemler tarafından verilen bir ihtiyati tedbir kararına itiraz edilebilmesi için, öncelikle mahkemece bu kararın icra edilebilirliğine hükmedilmiş olması gerekir. Mahkeme tarafından icra edilebilirliğine karar verilmemiş bir tedbir kararı bağlayıcı nitelik taşımadığından, aleyhine tedbir kararı verilen taraf bu karara uymak zorunda olmayıp, itiraz yoluna gitmeksizin kararı uygulamayabilir⁵².

Mahkeme, taraflardan birinin talebi üzerine hakemlerce verilen ihtiyati tedbir kararının icra edilebilirliğine hükmetmiş olsa dahi, tedbir

⁵⁰ Hakemler tarafından verilen ihtiyati tedbir kararının mahkemece icra edilebilirliğine hükmedilmesi hâlinde, ilgili tarafın HMK m. 393/1 uyarınca, bu kararın verildiği tarihten itibaren bir hafta içinde tedbirin uygulanmasını talep etmesi gerekmektedir. Tedbirin uygulanması, kararı veren mahkemenin yargı çevresinde bulunan veya tedbir konusu mal ya da hakkın bulunduğu yerdeki icra dairesinden talep edilir. Bkz. Boztaş s. 42.

⁵¹ Nagehan Okumuş, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Hakem Kararlarının İptali*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 56; Tunç Yücel, s. 98; Boztaş, s. 50-51; Konuralp, s. 167.

⁵² Özbek, s. 1562-1563.

kararına ilişkin esas yetki ve görev hakemlere ait olduğundan, ihtiyati tedbire itirazın hakemlere yapılması gerekmektedir⁵³.

Mahkeme tarafından verilen ihtiyati tedbir kararına karşı itiraz, tahkim davası henüz açılmamışsa tedbir kararını veren mahkemeye; tahkim davası açılmışsa, yargılamayı yürüten hakemlere yöneltilmelidir. Hakemler, itiraz üzerine veya koşulların değişmesi hâlinde talep üzerine, mahkemece verilen ihtiyati tedbir kararını değiştirebilir ya da kaldırabilir (HMK m. 414)⁵⁴.

İhtiyati tedbir kararı, karşı taraf dinlenmiş olsun ya da olmasın⁵⁵, her hâlükârda itiraz yoluna konu edilebilir⁵⁶.

Tahkim yargılamasında hakemler, tahkim sözleşmesinin tarafı olmayan üçüncü kişiler bakımından bağlayıcı nitelikte ihtiyati tedbir kararı veremezler; dolayısıyla üçüncü kişilerin, hakemler tarafından verilen bu tür kararlara itiraz etme hakları bulunmamaktadır. Ancak, ihtiyati tedbir kararının uygulanması sonucunda menfaati açıkça ihlâl edilen üçüncü kişiler, tahkim yargılamasından önce veya tahkim süreci devam ederken mahkemece verilen ihtiyati tedbir kararının şartlarına ve teminata ilişkin olarak, ihtiyati tedbiri öğrendikleri tarihten itibaren bir hafta içinde itiraz edebilirler⁵⁷.

2. İhtiyati Tedbir Kararına Karşı İptal Davası Açılması

Hakemler tarafından verilen ihtiyati tedbir talebinin reddine veya ihtiyati tedbir kararına karşı yapılan itirazın reddine ilişkin

⁵³ Boztaş, s. 51.

⁵⁴ Nuray Ekşi, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim (6100 Sayılı HMK md. 407-444)*, 2. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 175; Umar, s. 1201-1203; Erten, s. 66; Yeşilırmak, s. 184 vd.; Özbay/Korucu, s. 116.

⁵⁵ İhtiyati tedbir kararı verilirken dinlenmeyen taraf, tedbirin uygulanması sırasında hazır bulunuyorsa, tedbirin uygulanmasından itibaren; hazır bulunmuyorsa, tedbirin uygulanmasına ilişkin tutanağın kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren bir hafta içinde, tedbirin şartlarına, hakemlerin yetkisine veya teminata ilişkin hususlarda kararı veren hakemlere itiraz edebilir (HMK m. 394/2). Bkz. Konuralp s. 167.

⁵⁶ Özbek, s. 1562-1563.

⁵⁷ Özbay/Korucu, s. 116.

kararlara karşı iptal davası yoluna başvurulabilir⁵⁸. Zira hakemlerin ihtiyati tedbire ilişkin kararı da bir hakem kararı niteliği taşımaktadır⁵⁹. Bu nedenle, HMK m. 439/2'de sayılan iptal sebeplerinden birinin, hakem tarafından verilen ihtiyati tedbir kararında da mevcut olması hâlinde, söz konusu karara karşı iptal davası açılması mümkündür⁶⁰.

3. Haksız İhtiyati Tedbir Kararından Dolayı Tazminat Davası

HMK'da, tahkim yargılamasında verilen ihtiyati tedbir kararlarından doğan zararların tazminine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, HMK m. 399 hükmü kıyasen ve uygun düştüğü ölçüde tahkim yargılamasında da uygulanabilecektir. Buna göre, lehine ihtiyati tedbir kararı verilen tarafın, tedbir talebi anında haksız olduğunun anlaşılması, tedbir kararının kendiliğinden ortadan kalkması veya itiraz üzerine kaldırılması hallerinde, haksız ihtiyati tedbir nedeniyle meydana gelen zararların tazmini, devam eden tahkim yargılamasında talep edilebileceği gibi, açılacak ayrı bir tahkim davasında da istenebilir (HMK m. 399)⁶¹. İhtiyati tedbirin hakemlerce ya da mahkeme tarafından verilmiş olması, tazminat talebinin ileri sürülebilmesi bakımından bir farklılık yaratmaz. Ancak, tedbir kararının hakem veya hakem kurulunca verilmesi halinde bu tedbirden doğan

⁵⁸ İptal davasına konu edilebilecek karar, doğrudan hakem veya hakem kurulu tarafından verilen ihtiyati tedbir talebinin reddine yahut ihtiyati tedbir kararına yönelik itirazın reddine ilişkin karardır. Buna karşılık, mahkemenin hakem veya hakem kurulunca verilen tedbir kararının icra edilebilirliğine ilişkin olarak verdiği karar, iptal davasına konu edilemez. Bkz. Okumuş, s. 56; Tunç Yücel, s. 112.

⁵⁹ Pekcanitez, Milletlerarası Tahkim Kanunu'na Göre Verilen Hakem Kararlarının İcrası, s. 583; Özbay/Korucu, s. 116.

⁶⁰ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 866. Okumuşa göre, HMK m. 414'te tahkim yargılamasında ihtiyati tedbire ilişkin özel bir düzenleme yer aldığından ve bu hükümde bir itiraz yoluna yer verilmediğinden, HMK m. 444 uyarınca ihtiyati tedbire ilişkin genel hükümleri burada uygulanamaz. Taraflar aksini kararlaştırmadıkça, hakemlerce verilen ihtiyati tedbir kararı ile ihtiyati tedbir talebinin reddine ilişkin kararlara karşı iptal davası açılmaz. Bkz. Okumuş, s. 57.

⁶¹ Muhammet Özekes, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku Cilt III*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 2542-2543.

zararların tazmini talebi hakem veya hakem kuruluna, tedbirin mahkemece verilmesi durumunda ise tazminat talebi mahkemeye yöneltilecektir⁶².

Haksız ihtiyati tedbir nedeniyle tazminat davası açılabilmesi için, mahkemece hakem veya hakem kurulunun vermiş olduğu tedbir kararının icra edilebilirliğine ilişkin bir karar verilmiş olması şart değildir. Tazminat talebinin ileri sürülebilmesi bakımından, tedbir kararının haksızlığının ortaya konulması, tedbirin uygulanmış olması ve bu uygulama sonucunda bir zararın meydana gelmiş olması yeterlidir⁶³. Tazminat davası açma hakkı, hükmün kesinleşmesinden veya ihtiyati tedbir kararının kalkmasından itibaren bir yıllık süre içinde kullanılmadığı takdirde zamanaşımına uğrar. Tazminat talebinin kabul edilmesi halinde, davacının uğradığı zarar öncelikle tedbir talebinde bulunan tarafça gösterilen teminattan karşılanır⁶⁴. Asıl davaya ilişkin hükmün kesinleşmesinden veya tedbir kararının kalkmasından itibaren bir ay içinde tazminat davası açılmadığı takdirde ise, gösterilen teminatın iadesine karar verilir (HMK m. 392)⁶⁵.

IV. SONUÇ

Tahkim yargılamasında ihtiyati tedbir kurumu, tarafların menfaatlerinin korunması ve uyuşmazlığın adil biçimde sonuçlanması bakımından hayati bir öneme sahiptir. HMK m. 414 hükmüyle hakem veya hakem kuruluna bu konuda tanınan yetki, tahkimin etkinliğini artırmakta ve taraflara devlet yargısına benzer koruma imkânları sağlamaktadır. Ancak bu yetkinin kullanımı, belirli usul ve esaslara bağlıdır. Geçerli bir tahkim sözleşmesi, taraf talebi, hakem kurulunun

⁶² Özbek, s. 1566-1567.

⁶³ İhtiyati tedbir nedeniyle açılacak tazminat davasına ilişkin koşulların, Türk Borçlar Kanunu'nun 49 ve devamı maddelerinde yer alan haksız fiil sorumluluğuna ilişkin genel hükümler çerçevesinde belirlenebileceği kabul edilmektedir. Bkz. E. İlhan Postacıoğlu, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 6. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1975, s. 494; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. IV, 6. Bası, Demir Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001, s. 4377; Tunç Yücel, s. 114.

⁶⁴ Yeşilirmak, s. 231.

⁶⁵ Özekes, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku Cilt III*, s. 2549.

teşekkülü ve yaklaşık ispat ölçütü gibi unsurlar, hakemlerin vereceği tedbir kararlarının hukuki geçerliliğini belirleyen temel kriterlerdir.

Hakemlerin ihtiyati tedbir kararı verirken bir teminat öngörmeleri haksız tedbirden doğabilecek zararları önlemeye yönelik bir güvence işlevi görecektir. Bununla birlikte, hakemler tarafından verilen ihtiyati tedbir kararlarının icra edilebilirliği, ancak mahkeme tarafından yapılacak şekli bir denetim sonucunda mümkündür.

Tahkim yargılamasında ihtiyati tedbire karşı başvuru yolları, hukuki dinlenilme hakkı ve adil yargılanma ilkesiyle doğrudan ilişkilidir. Bu kapsamda, tedbir kararına karşı itiraz veya iptal davası açılabilmesi, tarafların yargısal güvencelerini temin etmekle birlikte haksız ihtiyati tedbir nedeniyle zarar gören tarafın tazminat davası açabilmesine olanak tanınması da diğer bir güvencedir.

Sonuç olarak, tahkim yargılamasında ihtiyati tedbir müessesesi, yalnızca tarafların geçici hukuki koruma ihtiyacını karşılayan bir araç değil, aynı zamanda tahkimin güvenilirliğini ve tarafların hak arama özgürlüğünü güvence altına alan bir mekanizmadır. Bu nedenle, hem hakemlerin karar verirken kanunun öngördüğü sınırlar içinde hareket etmesi hem de mahkemelerin icra edilebilirlik ve tazminat taleplerinde bu sınırları gözetmesi büyük önem taşımaktadır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Peer-Review: Externes Peer-Review-Verfahren.

Interessenkonflikt: Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

Finanzielle Unterstützung: Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

EXTENDED SUMMARY

This study examines, within the framework of the Code of Civil Procedure, the authority of the arbitral tribunal or arbitrators to grant interim measures, the conditions for exercising this authority, the enforceability of such decisions under judicial supervision, and the remedies available against these decisions, as well as the liability for damages arising from wrongful interim measures. The main purpose of the study is to reveal how the arbitration process, based on party autonomy, functions regarding provisional legal protection measures and the extent to which the balance of interests, legal safeguards, and the right to a fair trial are preserved.

Arbitration, as an alternative dispute resolution method to state adjudication, offers the parties a procedural framework based on flexibility, confidentiality, and expertise. However, the effectiveness of arbitration as a functioning dispute resolution mechanism depends not only on the arbitrators' ability to render a final award but also on the application of provisional legal protection measures ensuring the parties' rights during the proceedings. In this context, the institution of interim measures plays a central role in preventing harm, preserving the status quo, and guaranteeing the enforceability of the final award.

Article 414 of the Code of Civil Procedure grants the arbitral tribunal or arbitrators the authority to order interim measures and the taking of evidence. However, this authority is not unlimited; it requires the existence of a valid arbitration agreement, the arbitrability of the dispute, the absence of an agreement to the contrary, and the proper constitution of the arbitral tribunal. Moreover, in accordance with the principle of party disposition, arbitrators may issue such measures only upon a party's request, not ex officio.

For the granting of an interim measure, a standard of approximate proof is sufficient. The arbitrator, without requiring the applicant to establish full proof, assesses whether the claim is based on a reasonable and convincing foundation through partial evidence. This standard serves both the purpose of speed and practicality in arbitration and the preservation of the balance of interests between the parties. Nevertheless, the arbitrator or arbitral tribunal may make the interim measure conditional upon the provision of security. The purpose of such security is to prevent damages arising from the execution of the

interim measure and to ensure protection against wrongful measures. Arbitrators may, even without a party's request, decide ex officio on the requirement of security.

In arbitration, an interim measure may, in certain circumstances, be granted without hearing the opposing party. However, this exception applies only in cases where delay may cause harm and provided that the opposing party is later allowed to exercise the right of defense.

Arbitral interim measures are binding only upon the parties to the arbitration agreement and produce no legal effect on third parties. This results from the contractual nature of arbitration. The issuance or enforcement of an arbitral decision against third parties is possible only if they are also parties to the arbitration agreement.

For an interim measure ordered by arbitrators or an arbitral tribunal to be enforceable, a court decision is required. Pursuant to Article 414 of the Code of Civil Procedure, the court examines the existence of a valid arbitration agreement, the proper appointment of the arbitrators, and whether the measure contravenes public policy, yet it does not review the merits of the dispute. The court's review is procedural in nature, and under Article 394, no objection or appeal may be filed against the decision on enforceability.

In arbitration, the remedies of objection, annulment, and compensation against interim measures also serve as complementary safeguards for the parties' legal protection. Although Article 414 of the Code of Civil Procedure contains no specific provision on this matter, Articles 394 and 444 apply by analogy. The right to object may be exercised regardless of whether the opposing party was heard, and arbitrators may modify or revoke the measure upon objection or a change in circumstances.

As for the annulment action, the interim measure rendered by arbitrators also constitutes an arbitral award; therefore, if any of the annulment grounds listed in Article 439/2 of the Code of Civil Procedure exists, such a decision may be challenged through an annulment action. Thus, the mechanism of legal supervision in arbitration proceedings is preserved.

The study also addresses the issue of liability for damages arising from wrongful interim measures. Although the Code of Civil Procedure contains no explicit provision specific to arbitration, Article 399 may be applied by analogy.

Accordingly, if the party in whose favor the measure was granted is later found to have been unjustified, or if the measure lapses or is revoked upon objection, compensation may be sought for damages caused by the wrongful interim measure.

For a compensation claim to be filed, it is not required that the court has rendered a decision regarding the enforceability of the interim measure. What matters is that the measure is unjust, has been implemented, and has caused damage. If such an action is not brought within one year from the finalization of the judgment or the termination of the measure, it becomes time-barred. If the claim is upheld, the damage is first covered from the security provided by the applicant; if no action is filed within one month, the security is released.

In conclusion, the study emphasizes the significance of the interim measure mechanism in arbitration proceedings from both procedural law and the right to a fair trial perspectives. The authority of arbitrators to grant interim measures ensures the efficiency of arbitration and maintains the balance of interests between the parties, while judicial supervision and available remedies guarantee that the process proceeds fairly and in accordance with the law. Allowing compensation for damages arising from wrongful interim measures constitutes one of the key mechanisms completing judicial protection in arbitration proceedings.

In this context, the study aims to contribute to arbitration practice by comprehensively examining the theoretical foundations, practical conditions, and legal consequences of arbitrators' authority to grant interim measures within the framework of the Code of Civil Procedure.

KAYNAKÇA

- AKYOL ASLAN Leyla, *Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti (Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.
- ALANGOYA Yavuz, *Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1973.
- ALBAYRAK Hakan, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder/TAŞPINAR AYVAZ Sema/HANAĞASI Emel, *Medeni Usul Hukuku*, 10. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024.
- ARSLANDOĞAN Birce, *Medeni Yargılama Hukukunda Delil Tespiti*, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- ATALI Murat/ERMENEK İbrahim/ERDOĞAN Ersin, *Medeni Usul Hukuku*, 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024.
- BAYTAZ Abdullah Batuhan/ACAR Ayşe Ece, "İhtiyati Tedbire Muhalefet", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 29, S. 2, 2023, 945-962.
- BİLGİN Hikmet, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Tahkimde Geçici Hukuki Koruma Önlemleri ve Milletlerarası Tahkim Kanunu ile Karşılaştırmalı Bir İnceleme", *Prof. Dr. Ramazan Arslan' a Armağan*, C. 1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, 401-438.
- BOZTAŞ Nevzat, *Tahkim Yargılamasında Mahkemenin Yardımı ve Denetimi*, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2021.
- BOZTAŞ Nevzat, "Tahkimde Geçici Hukuki Korumalar ve Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi", *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, C. 16, S. 45, 2020, 163-220.
- BUDAK Ali Cem, "Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tahkim Hükümleri", *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, C. 1, S. 1, 2012, 31-60.
- BUDAK Ali Cem/ KARAASLAN Varol, *Medenî Usul Hukuku*, 8. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2024.

DEREN YILDIRIM Nevhis, *Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku'nda İhtiyati Tedbirler*, 2. Bası, Alkım Yayınevi, İstanbul, 2002.

EKŞİ Nuray, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim (6100 Sayılı HMK md. 407-444)*, 2. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019.

ERDOĞAN Feyiz, *Uluslararası Hukuk ve Tahkim*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.

ERİŞİR Evrim, *Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

ERTEN Rıfat, *Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda Geçici Hukuki Koruma Önlemleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

GÖRGÜN L. Şanal/BÖRÜ Levent/KODAKOĞLU Mehmet, *Medeni Usul Hukuku*, 13. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024.

İRGE ERDOĞAN Burcu, "UNCITRAL Model Kanunu Işığında Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda Yer Alan Düzenlemelerde İhtiyati Tedbirlerin Değerlendirilmesi", *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 13, 2016, 91-133.

KAPLAN Mikail Bora, *Sınai Mülkiyet Kanunu'nda İhtiyati Tedbirler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

KAPLAN Mikail Bora/ÇELİK Aziz, "Türk Hukukunda Koruma Dilekçesinin Uygulanabilirliği Hakkında Bir Değerlendirme" *Medeni Usûl Hukukunda Koruma Dilekçesi-SCHUTZSCHRIFT-Alman, İsviçre ve Türk Hukuku Perspektifinden*, ed. Prof. Dr. Murat Atalı, Doç. Dr. Anıl Köroğlu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024, 79-110.

KONURALP Cengiz Serhat, *İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Tedbirler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

KORKUT Makbule Serra, "İhtiyatî Tedbir Taleplerinin Değerlendirilmesinde Hukukî Dinlenilme Hakkı", *Medeni Usûl Hukukunda Koruma Dilekçesi-SCHUTZSCHRIFT- Alman, İsviçre ve*

- Türk Hukuku Perspektifinden*, ed. Prof. Dr. Murat Atalı, Doç. Dr. Anıl Köroğlu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024, 13-34.
- KURU Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. IV, 6. Bası, Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001.
- LEW Julian D. M./MİSTELİS Loukas A./KRÖLL Stefan M., *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003.
- OKUMUŞ Nagehan, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Hakem Kararlarının İptali*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- ÖZBAY İbrahim/ KORUCU Yavuz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim (HMK m. 407-444)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- ÖZBEK HADİMOĞLU Nimet, *Milletlerarası Usul Hukukunda Geçici Hukuki Koruma*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- ÖZBEK Mustafa Serdar, *Tahkim Hukuku Cilt II*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- ÖZEKES Muhammet, *İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999.
- ÖZEKES Muhammet, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku Cilt III*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- PEKCANITEZ Hakan, "Milletlerarası Tahkimde Geçici Hukuki Koruma Önlemleri", *Makaleler C. I*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, 781-822.
- PEKCANITEZ Hakan, "Milletlerarası Tahkim Kanunu'na Göre Verilen Hakem Kararlarının İcrası", *Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, 569-587.
- PEKCANITEZ Hakan/YEŞİLİRMAK Ali, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, C. V, 16. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2025.
- PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet, *Medeni Usul Hukuku*, 14. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

- POSTACIOĞLU E. İlhan, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 6. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1975.
- TANRIVER Süha, *Medeni Usul Hukuku C. II*, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2025.
- TAŞPOLAT TUĞSAVUL Melis, “4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca Hakemlerin ve Mahkemelerin Geçici Hukuki Koruma Kararı Verme Yetkisi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez’e Armağan, C. 16, Özel Sayı 2014 (Basım Yılı: 2015), 2063-2113.
- TUNÇ YÜCEL Müjgan, *HMK Uyarınca Tahkimde İhtiyati Tedbir ve Delil Tespiti*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- UMAR Bilge, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- ÜSTÜNDAĞ Saim, *İhtiyati Tedbirler [Geçici Hukuki Himaye (koruma) Önlemleri]*, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 1981.
- YEŞİLIRMAK Ali, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, The Hague Kluwer Law International, 2005.
- YEŞİLOVA Bilgehan, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*, Güncel Yayınları, İzmir, 2008.
- YILMAZ Ejder, *Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri C. I*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001.
- YILMAZ Ejder, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, C. 4, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

Limited Şirket Ortaklarına Şirket Sözleşmesinde Tanınan Veto Hakkı

Das den Gesellschaftern einer GmbH in den Statuten eingeräumte Vetorecht

Abdullah Revaha Gencer*

ÖZ

Limited şirket ortaklarına şirket sözleşmesinde tanınabilecek veto hakkı, TTK m. 577/1-e’de oldukça yüzeysel şekilde düzenlenmiş olup veto hakkının tesisi, kullanım usulü gibi birçok konuda farklı yorumlar bulunmaktadır. Bu makalede öncelikle veto hakkı kavramı ele alınmıştır. Akabinde veto hakkının hukuki niteliği incelenmiş bu kapsamda hakkın kişisel bir hak olma özelliği ortaya konulurken bununla bağlantılı olarak gündeme gelen “belirlenebilir ortaklara” veto hakkı tanınması gibi konulara ilişkin görüş ve tespitlerimiz aktarılmıştır. Ayrıca veto hakkının doğurduğu etki nedeniyle yenilik doğuran hak olarak olduğu tespit edilmiştir. Daha sonra veto hakkının tesisi başlığı altında hakkın nasıl tesis edileceğiyle bağlantılı olan bu hususta şirket sözleşmesinin hangi karar nisabıyla değiştirilebileceği, şirket sözleşmesinde genel veto hakkının düzenlenip düzenlemeyeceği ve veto hakkının kullanım usulünün düzenlenmesine ilişkin olan konular ele alınmıştır. Son olarak veto hakkının kullanım usulü değerlendirilmiş hakkın kullanılma zamanı tespit edilmiştir. Bu bağlamda veto hakkının yenilik doğuran hak niteliğinin genel kurul toplantısından önce kullanılmasına engel teşkil edip etmediği irdelenmiştir.

* İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, (abdullahrevahag@gmail.com). ORCID: 0000-0002-2637-1155.



Anahtar Kelimeler: *Veto hakkı, yenilik doğuran hak, genel kurul kararı, veto hakkının kullanılması, müktesep hak.*

Veto Right Granted to Limited Company Partners by The Articles of Association

ABSTRACT

The veto right that may be granted to limited company partners in the articles of association is regulated rather superficially in Article 577/1-e of the Turkish Commercial Code, and there are differing interpretations on many issues such as the establishment of the veto right and the procedure for its exercise. This article primarily addresses the concept of the veto right. Subsequently, the legal nature of the veto right is examined, highlighting its characteristic as a personal right, and the author's observations regarding the granting of veto rights to 'identifiable partners' are presented. Furthermore, it has been determined that the right of veto is an innovative right due to the effect it produces. Subsequently, under the heading of the establishment of the veto right, issues related to how the right is established are addressed, including the quorum required to amend the company's articles of association, whether the general veto right should be regulated in the articles of association, and the regulation of the procedure for exercising the veto right. It has been determined that the right of veto is a formative right due to the effect it produces, and it has been examined whether the nature of the right prevents its use before the general assembly meeting. Finally, the procedure for exercising the veto right is evaluated, and the timing of its exercise is determined. In this context, it has been examined whether the innovative nature of the veto right prevents its use prior to the general assembly meeting.

Keywords: *Veto right, formative right, general meeting decision, exercise of the veto right, acquired right.*

GİRİŞ

Limited şirket yapısı itibarıyla şahıs unsurunun da ön plana çıktığı bir sermaye şirkettir. Şirketin türünün bu ikili karakteri, hem ortakların birbirlerine duyduğu kişisel güvene dayalı unsurları hem de anonim şirket mantığını bünyesinde barındırmaktadır. Kanun koyucunun limited şirketlerin sözleşmeleri bakımından sunduğu sözleşme serbestisi de bu özgün yapıyı destekleyici bir rol oynamakta ortakların şirketin iradesinin oluşturulmasına ilişkin işleyişi biçimlendirebilmesine imkân sağlamaktadır. Bu kapsamda veto hakkı da belirli veya belirlenebilir ortaklara genel kurulun belirli konulara ilişkin karar alma sürecini önemli derecede etkileme imkânı sağlayan bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır.

Veto hakkı, şirket içi güç dengelerinin düzenlenmesinde, azınlık pay sahiplerinin korunmasında ve belirli ortaklara stratejik roller tanınmasında işlevsel bir araç kullanılabilecek niteliktedir. Ancak hakkın kapsamı, tanınması, kullanılma zamanı ve usulü gibi konulara ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır. Bu çalışmada da veto hakkı kavramı ve hukuki niteliği ele alınacak ardından hakkın özellikleri, şirket sözleşmesinde nasıl tesis edileceği ve kullanım usulü incelenecektir.

I. Veto Hakkı Kavramı

Veto kelimesinin anlamı “karşı çıkma, engelleme, reddetme”dir¹. Limited şirketlerde ortak lehine tesis edilen veto hakkı ise gerekli nisaplara uyularak alınan bir genel kurul kararının hüküm ve sonuç doğurmasının engellenmesini sağlayan hak olarak tanımlanabilir². Belirli kararların nisaplarının şirket sözleşmesiyle ağırlaştırılarak oybirliğine tabi kılınması halinde ise her bir ortak, kararın alınması bakımından olumlu oy kullanmamak suretiyle kararın alınmasına engel olabilir. Böylece ortak, olumlu oy kullanmayarak fiilen kararın alınmasını engelleme imkanına kavuşur. Aynı durum Türk Ticaret

¹ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr/>, E.T.: 19.08.2025.

² İsmail Kırca/Abuzer Kendigelen, Şirketler Hukuku Cilt III: Sermayesi Paylara Bölünmüş (Paylı) Komandit Şirket ile Limited Şirket, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, N. 652.

Kanunu ("TTK")'nın oybirliğine tabi kıldığı kararlar için de geçerlidir. Kararın alınması bakımından olumsuz oy kullanılması durumunda ise kelimesel anlamı ile kararın alınması veto edilmiş yani engellenmiş olur.

Doktrinde bazı yazarlar tarafından limited şirketlerde genel kurulun oybirliği ile karar alınmasının öngörüldüğü tüm durumlarda her bir ortağa münferiden veto hakkı tanınmış olduğu ifade edilerek bu hakkın "kanuni veto hakkı" olduğu savunulmaktadır³. Ancak veto hakkının kullanılabilmesi için öncelikle olumlu oylar itibarıyla gerekli nisapları sağlayan bir kararın alınabilir olması gerekir⁴. Oybirliği ile alınması gereken kararlar bakımından esasında ilgili ortağın oy hakkını kullanmadığı durumda karar dahi alınamamaktadır. Dolayısıyla pay sahibinin oy hakkını kullanmaması bir veto hakkı olarak yorumlanamaz. Gerekli nisapların bulunmaması halinde veto edilecek bir hukuki işlem dahi ortaya çıkmamıştır. Bu sebeple nisap olarak oybirliğini gerektiren kararlar bakımından her bir ortağın kararın alınmasını engelleyebilmesi olanağının ise teknik anlamda veto hakkı olmadığı kanaatindeyiz⁵.

II. Veto Hakkının Hukuki Niteliği

Veto hakkı, niteliği itibarıyla oy hakkına benzer bir karaktere sahip⁶, kişisel (kişiye sıkı surette bağlı) nitelikte⁷ bir yenilik doğuran

³ Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi Cilt III, 5. Bs., Adalet Yayınevi, Ankara 2024, § 66 N. 178; Altan Fahri Gülerci, Limited Şirketlerde Ortaklara Veto Hakkı Tanınması, Legal Hukuk Dergisi, Cilt: 18, Sayı: 211, Yıl: 2020, 3051-3084, s. 3071.

⁴ Thomas Jutzi/Luca Yousef, "Personalisierung der GmbH: Statutarische vs. obligatorische Gestaltungsmöglichkeiten", Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, 6/2024, Schulthess Juristische Medien AG, s. 708. Veto hakkının, alınacak bir ortaklar toplantısı kararına yalnızca "olumsuz" bir etki yapabileceği, veto hakkı ile olumlu bir ortaklar toplantısı kararı alınamayacağı yönünde ayrıca bkz. Jutzi /Yousef, s. 708 dpn. 65.

⁵ Kırca/Kendigelen, N. 652; Esra Hamamcıoğlu, Aile Tipi Limited Şirketlerde Şirket Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 311-312.

⁶ Rino Siffert / Marc Pascal Fischer/Martin Petrin, in: GmbH Recht Revidiertes Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 772-827 OR) Stämpfli Handkommentar, Stämpfli Verlag AG, 2008, OR Art. 807 N. 3; Urs Gasser/

haktır⁸. Veto hakkının yenilik doğuran niteliği, kullanılması ile tıpkı genel kurul kararının olumsuz oyların fazla olması nedeniyle reddedilmesinde olduğu gibi ilgili kararın hukuki sonuç doğurması nedeniyledir⁹. Yenilik doğuran hakkın bozucu mu yoksa değiştirici mi olduğu hususunda farklı görüşler bulunmaktadır. Veto hakkı bir

Christian Eggenberger/Richard Stäuber, in: OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, 4. Aufl., Orell Füssli Verlag AG, 2023, OFK OR Art. 807 N. 1; Oruç Hami Şener, Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017 s. 56; Gülerci, s. 3061.

⁷ Nisap olarak oybirliğini gerektiren kararlarda her bir ortağın kararın alınmasını engelleyebilmesi olanağının veto hakkı sayılmayacağı, kanun veya şirket sözleşmesi tarafından tanınan müktesep hak niteliği taşıdığı yönünde bkz. Kırca/Kendigelen, N. 652. Yazar ayrıca haklı olarak ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerinin üstlenilmesinde olduğu gibi (TTK m. 607) genel kurul kararıyla bir borç üstlenmesi için ortakların onayının arandığı hâllerde bir ortağın onay vermemesinin diğer ortakların borç üstlenmesine engel oluşturmaması nedeniyle bu hallerin kanuni veto hakkı olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmektedir. Ayrıca bkz. bu görüşte Muhammed Sulu, “Limited Ortaklıklardaki Veto Hakkı ve Veto İşleminin Hükümsüzlüğüne Dair İncelemeler”, MÜHF-HAD, C. 29, S. 1, 2023, 574-595, s. 580.

⁸ Yenilik doğuran haklar, sahibine tek taraflı olarak bir hukuki ilişkiyi kurma, değiştirme veya sona erdirmeye suretiyle başka bir kişinin hukuk alanında değişiklik meydana getirebilme yetkisi veren haklardır. Bu yönde birçokları yerine bkz. Selahattin Suphi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, Tekinay, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bs., Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 16-17; Vedat Buz, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 57; Mustafa Alper Gümüş, Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 76

⁹ Sandro Germann, Die personalistische AG und GmbH, Dike Verlag, 2015, N. 1304. Yazar bir karara karşı veto hakkı kullanımının, “evet” oylarının sayısına bakılmaksızın “hayır” oyları tarafından sayıca aşılması ve dolayısıyla ilgili önerenin reddedilmesi anlamına geleceğini ifade etmektedir.; Sulu, s. 577; Ece Deniz Günay, “Limited Şirketlerde Ortaklara Şirket Sözleşmesi ile Tanınan Veto Hakkı ve Hakkın Hukuki Niteliği”, BUHFD, C. 19, S. 218, 53-75, s. 56.

görüŖe¹⁰ göre, deęiŖtirici yenilik doğuran hak (*rechtsänderndes Gestaltungsrecht*) niteliğinde iken bir diğer görüŖe¹¹ göre, bozucu yenilik doğuran hak niteliğindedir. DeęiŖtirici yenilik doğuran hak görüŖünü savunan yazarlar bu tespitleri bakımından bir gerekçe ileri sürmemiŖtir. Bozucu yenilik doğuran hak görüŖü ise mevcut bir hukuki durumun sona erdiği gerekçesiyle savunulmuŖtur¹². Kanaatimizce yenilik doğuran hakkın niteliği veto hakkının oluŖturduęu etki ile alakalıdır. Veto hakkının kullanılması ile karar reddedilmiŖ gibi olmakta ve bu nedenle sonuç doęurmamaktadır¹³. Hakkın kural olarak genel kurulda karar alınırken kullanılması ile kararın yönünün kabulden redde dönüŖtüęü ve bu nedenle deęiŖtirici yenilik doğuran hak görüŖünün daha isabetli olduğu kanaatindeyiz. Bununla birlikte bozucu yenilik doğuran hak görüŖü ancak veto hakkının iptale benzer bir etkisi olduğu ve kullanılması¹⁴ ile kararın bu Ŗekilde sonuç doğurmadığı kabul edilerek savunulabilecektir.

TTK m. 577/1-e. uyarınca veto hakkı, belirli veya belirlenebilir ortaklara tanınır. Anılan hükümden hareketle veto hakkının kiŖisel

¹⁰ Gasser/Eggenberger/Stäuber, OFK OR Art. 807 N. 1; Siffert/Fischer/Petrin SHK OR Art. 807 N. 3.

¹¹ Sulu, s. 577; Günay, s. 56. Yazara göre, ortağın veto hakkının kullanarak kararın alınmasına baŖtan engel olabileceği gibi yürürlüğe girmesine de engel olabilecektir. Her iki iŖlev bakımından da veto hakkının kullanımının bozucu yenilik doğuran iŖlevinin ortaya çıkacağı ifade edilmektedir.

¹² Sulu, s. 577; Günay, s. 56.

¹³ Roland Truffer / Dieter Dubs, in Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR, Art. 1-6 SchlT AG, Art. 1-11 Übest GmbH, Hrsg. Heinrich Honsell,/Peter Nedim Vogt/Rolf Watter, 5. Aufl., Basel 2016, BSK OR-II Art. 807 N. 3; Brigitta Kratz, CHK Handkommentar zum Schweizer Privatrecht GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere - Art. 772-1186 OR - Bucheffektengesetz; 4. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG, 2024, CHK OR Art. 807 N. 6b; Hanife Doğrusöz KoŖut, Limited Ŗirkette Oy Hakkı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021, s. 193; Hamamcioğlu, s. 329; Kırca/Kendigelen, N. 652; Sulu, s. 577, s. 580.

¹⁴ Gülerci veto hakkının genel kurul kararından sonra kullanılması suretiyle kararın iptalinin mümkün olduğunu belirterek bu ihtimalde kararın sonuç doğurmasının engellenmesini iptal ile açıklamaktadır. Bkz. Gülerci, s. 3065.

nitelikte bir hak olduğu kabul edilir¹⁵. Bu nedenle doktrinde hâkim görüşe göre, hak esas sermaye payına bağlı nitelikte olmayıp devredilemez¹⁶. Bu görüşe göre, veto hakkının tanındığı ortağın ölümü gibi ortaklık sıfatını yitirmesi halinde hak da sona erer¹⁷. Ancak birleşme bölünme gibi halefiyet hallerinde hakkın sona ermemesi mümkündür¹⁸. Doktrinde azınlık teşkil eden görüşe göre, veto hakkının esas sermaye payına ve pay grubuna tanınması mümkündür¹⁹. Kanunda geçen belirlenebilir ifadesi, belirli sermaye payları karşılığı elde edilen hakkı ifade etmek için kullanılmaktadır²⁰. Belirlenebilir ortaklar ifadesinden hareketle veto hakkının belirli bir aileye mensubiyet veya belirli bir soyadını taşımak koşuluyla kullanılabileceğini ifade eden yazarlar da²¹

¹⁵ Peter Böckli, “Das neue schweizerische GmbH-Recht – was ist wirklich neu? Eine Übersicht / VI. Verbesserungen der Funktion der Organe”, Das neue schweizerische GmbH-Recht, Schulthess Juristische Medien AG, 2006, 23-39, s. 29; Siffert/Fischer/Petrin SHK OR Art. 807 N. 18; Germann, N. 1303; Pulaşlı, § 66 N. 171; Gülerci, s. 3060; Kırca/Kendigelen, N. 663.

¹⁶ Germann, N. 1303; Lukas Glanzmann, “Verhältnis von Aktiengesellschaft und Gesellschaft mit beschränkter Haftung unter dem neuen Aktienrecht”, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, Dike Verlag AG, 4/2023, 431-450, s. 442; Pulaşlı, § 66 N. 171, N. 176; Gülerci, s. 3060; Kırca/Kendigelen, N. 663.

¹⁷ Botschaft 2001, s. 3209; Böckli, s. 29; Siffert/Fischer/Petrin SHK OR Art. 807 N. 18; Lukas Handschin/Christof Truniger, Die GmbH, 3. Bs., Schulthess Juristische Medien AG, 2019, N. 79; Gema Olivar Pascual/Andrea Petra Roth “Organisation Der GmbH Gemäss Revidiertem Recht Kompetenzordnung und deren Ausgestaltungsmöglichkeiten”, Der Schweizer Treuhänder, Treuhand-Kammer Verlag, 2007, 470-473, s. 471; Pulaşlı, § 66 N. 171; Şener, s. 58; Kırca/Kendigelen, N. 663.

¹⁸ Truffer/Dubs, BSK OR-II Art. 807 N. 6; Gasser/Eggenberger/Stäuber, OFK OR Art. 807 N. 6; Kratz, CHK OR Art. 807 N. 6; Doğrusöz Koşut, s. 188; Kırca/Kendigelen, N. 663; Limited şirketin bir anonim şirket ile birleşmesi halinde veto hakkı da sona erecektir. Bu yönde bkz. Doğrusöz Koşut, s. 188.

¹⁹ Fatih Bilgili/Ertan Demirkapı, Şirketler Hukuku, Dora Yayıncılık, Bursa 2013, s. 637.

²⁰ Bilgili/Demirkapı, s. 637.

²¹ Germann, N. 1290; Yazar kişisel limited şirketlerde farklı kategorilerde hisseler varsa, bunlardan sadece birine veto hakkı tanınmasının düşünülebileceğini; bu sayede, ilgili kategoride halihazırda mevcut olan

esasında veto hakkının şahsi niteliğini aşan bir yorumu benimsemiş olmaktadır. Zira esas sermaye payının şirket sözleşmesinde belirtilen aileye mensup bir bireye veya ilgili soyadını taşıyan birine devredilmesi halinde hak, esas sermaye payını devralanlar tarafından kullanılabilir ve bu da veto hakkının devri sonucunu doğuracaktır²². Kanaatimizce de veto hakkı kişisel bir hak olup esas sermaye payına, pay grubuna tanınması mümkün değildir. Kanunun lafzı açıkça hakkın ortaklara tanınacağını ifade ettiğinden “belirlenebilir ortaklar” ifadesi hakkın kişisel niteliği ile bağdaşır şekilde yorumlanmalıdır²³. Hükmün mehazı olan İsvBK m. 807’de de veto hakkı kişisel bir hak olarak düzenlenmiştir²⁴. Belirlenebilir ortaklar ifadesi mehaz hükümlere ve

ayrıcılıklar güçlendirilebileceğini veya dezavantajlı durumun dengelenebileceğini belirtmektedir. Ayrıca, veto hakkının verilmesinin belirli kişisel yeteneklere veya özelliklere bağlı kılınabileceğini savunmakta ve buna örnek olarak bir aile şirketinde, nesillerdir işleri yürüten ve şirketin iyiliğine kendini adanmış aile üyelerine, özellikle de şirket için finansal veya kişisel hizmetlerle katkıda bulunan veya katkıda bulunmaya devam edenleri göstermektedir.; Pulaşlı, § 66 N. 170; Gülerci, s. 3061.

²² Kırca/Kendigelen, N. 663.

²³ Veto hakkının esas sermaye payına bağlı nitelikte düzenlenmesi öngörülecek olsa madde metninde “belirlenebilir ortaklar” ifadesi yerine doğrudan veto hakkının esas sermaye paylarına veya sahiplerine tanınabileceği ifade edilebilirdi. Ancak hakkın belirli de olsa belirlenebilir de olsa ortağa tanınması, hakkın kişisel niteliğine işaret etmektedir. Benimsediğimiz yorumun hükmün amacına ve açıkça ortaklardan bahseden lafzına daha uygun olacağı yönünde ayrıca bkz. Hamamcıoğlu, s. 326.

²⁴ İsvBK m. 807’nin TTK’ya alınmamasının bilinçli bir tercihin ürünü olmadığı, bu eksikliğin arkasında veto hakkına ilişkin düzenlemede sadece mehaz İsviçre hukukundaki Ön Tasarıdan yararlanılmasına rağmen Son Tasarı aşamasında eklenen İsvBK 807 hükmünün göz ardı edilmesinin yattığı yönünde bkz. Kırca/Kendigelen, N. 654. Hakim TK 577/1-(e)’nin yorumlanmasında ve veto hakkına ilişkin boşlukların doldurulmasında İsvBK m. 807 ve bu maddeye ilişkin İsviçre hukukundaki bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanabilmektedir. Bu hususta bkz. Kırca/Kendigelen, N. 654; Şener, s. 57; Gülerci, s. 3058-3059. Aksi görüş için bkz Bilgili/Demirkapı, s. 637 dnp. 102. Yazarlar İsvBK m. 807 hükümlerinin TTK’ya alınmadığından bunlardan kaynaklanan sonuçların hukukumuz

veto hakkının kişisel hak niteliğine uygun olarak anlaşılmalı, şirket sözleşmesinde düzenlenen veto hakkının kurucular gibi yine ortakların şahsını hedef alması gerekmektedir²⁵. Dolayısıyla belirlenebilirliğin sınırı, şirket sözleşmesinde mevcut ortağı tarif etmesi ile çizilmeli, müstakbel esas sermaye payını devralanların belirli kriterleri taşıması halinde aktifleşecek bir veto hakkının şirket sözleşmesinde düzenlenmesi mümkün olmamalıdır. Şirket sözleşmesinde yer alan bir grup pay sahibinin veya kurucuların belirli genel kurul kararları bakımından veto hakkına sahip olacaklarına dair düzenlemeler de mevcut pay sahipleri ile sınırlı olarak yorumlanmalı ve bu kapsamda geçerli sayılmalıdır.

Bizim de katıldığımız görüşe göre, veto hakkı, sahibi ortağın iradesi dışında alınan bir organ kararı ile sınırlandırılıp kaldırılamayacağından müktesep hak niteliğindedir²⁶. Bir diğer görüşe göre, veto hakkı müktesep hak olarak kabul edildiğinde alınan genel kurul kararlarını sürekli veto ederek rızası olmaksızın da bu hakkın kendisinden alınamayacağını bilen ortak, bu durumda ortakların vazgeçilemez nitelikte olan oy hakkını engellemiş olur ki bu durum şirketi ve diğer ortakları zarara uğratar²⁷. Yetkilerin paralelliği uyarınca veto hakkı genel kurul tarafından hakkın tanındığı pay sahibinden geri alınabilmelidir²⁸. Bu görüşe göre, veto hakkı sahibi ortağa özel haklar veren, özel bir ortaklık hakkı olarak nitelendirilmelidir²⁹. Esasında müktesep hakkın geri alınması bakımından hak sahibi ortağın onayının bulunması halinde de hakkın geri alınması, şirket sözleşmesinin

bakımından kabul edilemeyeceği görüşündedirler. Halbuki kanunun lafzında “belirlenebilir ortaklar” ifadesi ile esas sermaye payına bağlı veto hakkı tanınabileceği yönünde bir emare bulunmamaktadır.

²⁵ Kırca/Kendigelen, N. 658; Kırca/Kendigelen, N. 153.

²⁶ Sulu, s. 579-580; Hakkın ancak sahibinin rızası ile kaldırılabilirliği yönünde bkz. Kırca/Kendigelen, N. 658; Bir görüşe göre, veto hakkının tesis edilmesi ve kaldırılması için TTK m. 589/1 uygulanacağından bu görüşün de aksi görüşler arasından zikredilmesi gerekir. Görüş için bkz. Doğrusöz Koşut, s. 189.

²⁷ Günay, s. 65.

²⁸ Günay, s. 65.

²⁹ Günay, s. 65.

değişikliği sonucunu doğuran bir genel kurul kararının alınması ile gerçekleştiğinden yetkilerin paralelliği ile ilgili bir mesele bulunmamaktadır. Veto hakkının oluşturulması kararı da oybirliği ile alındığından geri alınması bakımından da hak sahibinin onayının alınması yetkilerin paralelliğiyle ilgili bir sakınca doğurmamaktadır. Alınan genel kurul kararlarının sürekli olarak veto edilmesinin diğer ortakların oy hakkını engellemiş durumda olduğu iddiası³⁰ da veto hakkının ilgili ortağın rızası hilafına kaldırılabilir olmasına gerekçe teşkil etmez. Bu şekilde bir kabul en başında ilgili ortağa veto hakkı tanınmasının mantığı ve amacı ile bağdaşmaz. Hakkın kötüye kullanılabilir olması ise somut olayla ilgili bir mesele olup veto hakkının kaldırılmasına ilişkin tespit edilecek nisap bakımından bir gerekçe teşkil etmez. Hem ilgili somut olayda veto hakkının kullanılmasının hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında sınırlandırılması hem de haklı nedenle fesih davası kapsamında veto hakkına müdahale imkanının bulunması³¹ hakkın kötüye kullanılması ile ilgili sakıncaları giderecek niteliktedir.

Veto hakkının şahsi hak niteliği gereği esas sermaye payına tanınamaması imtiyaz olarak nitelenmesine engeldir³². Ancak TTK m.

³⁰ Esasında veto neticesinde veto edilen karar bakımından diğer pay sahipleri oy kullanmaya devam ederler. Engellenen, oy kullanılması ile istenilen olası neticenin alınmasıdır. Aksi kabulde şirket sözleşmesinde ağırlaştırılmış karar nisaplarının düzenlendiği ve ilgili oranda çoğunluk paya sahip ortağın bulunduğu bir şirkette diğer azınlık pay sahipleri bakımından da oy hakkının kullanılmasının engellendiği pekâlâ söylenebilir.

³¹ Haklı nedenle fesih davasında mahkemenin fesih yerine veto hakkının kaldırılması veya sınırlandırılmasına karar verebileceği yönünde bkz. Truffer/Dubs, BSK OR-II Art. 807 N. 2; Kratz, CHK OR Art. 807 N. 4; Gasser/Eggenberger/Stäuber, OFK OR Art. 807 N. 2; Doğrusöz Koşut, s. 194; Hamamcıoğlu, s. 323; Kırca/Kendigelen, N. 665; Gülerci, s. 3077.

³² Gülerci, s. 3061; Sulu, s. 583; Hamamcıoğlu, s. 313; Veto hakkının imtiyaz niteliğinde olmadığı yönünde ayrıca bkz. Doğrusöz Koşut, s. 188 dpn. 681; Yargı 11. HD E. 2011/15478 K. 2013/2491 T. 13.02.2013 “...Mahkemenin de kabulünde olduğu üzere imtiyazın “pay”a bağlanması, yani üstünlüğün “pay”a tanınmış olması icap eder. Paya değil de “kişi”ye veya “sıfat”a veya “makam”a bağlanan haklar, üstünlükler ve imkanlar, 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanununa göre

360'ta düzenlenen, nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınması imkanından hareketle imtiyazın pay sahipliğine de tanınabileceği gerekçe gösterilerek ortaklara tanınan veto hakkının da geniş anlamda imtiyaz ve özel kategori hak sahipliği olduğu da savunulmaktadır³³. Nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine yönetimde temsil hakkının düzenlendiği TTK m. 360'ın bir özel hüküm olarak TTK m. 478'in istisnası olduğu ve istisnaların dar yorumlanması ilkesi gereği imtiyazın pay sahiplerine tanınabileceği gerekçesi ile veto hakkının bir imtiyaz niteliğinde olduğu görüşüne katılma imkânı bulamıyoruz.

III. Veto Hakkının Tesisi

TTK m. 577/1-e uyarınca limited şirkette ortaklara veto hakkı tanınması için hakkın şirket sözleşmesinde düzenlenmiş olması gerekir. Maddenin gerekçesinde de hükümde düzenlenen kayıtların şirketler hukuku yönünden bağlayıcı olması ve bir ortaklık anayasası kuralı olarak kabul edilmesinin şirket sözleşmesinde düzenlenmesine bağlı olduğu, hükümlerin şirket sözleşmesi dışında öngörülmesi halinde ancak bir borçlar hukuku sözleşmesinin hükümlerini doğuracağı belirtilmiştir³⁴.

imtiyaz değildir. Mesela pay sahibi (A)'ya ömür boyu murahhas üyelik tanıyan veya veto hakkı veren esas sözleşme hükümleri -geçerli oldukları sonucuna varılan durumlarda- imtiyaz olarak nitelendirilemezler. Çünkü, üstün hak tanınan "pay" veya "paylar" değil, pay sahibi (A)'dır. Bu tür haklar "akdi hak"lar diye anılır ve genel hükümler çerçevesinde değerlendirilir ve sözleşmenin taraflarca karşılıklı olarak anlaşmak suretiyle değiştirilmesi mümkündür... Her ne kadar yukarıda belirtildiği üzere imtiyazın paya tanınması söz konusu ise de ana sözleşme değişikliğiyle birlikte davacıya tanınan bu hak bir imtiyaz hakkı olmayıp sözleşmesel bir haktır. Sözleşmesel bir hakkın hak sahibinin izni olmadan ortadan kaldırılması da mümkün değildir...". www.lexpera.com (E.T.: 08.09.2025); İmtiyazın paya tanınabileceği yönünde bkz. Abuzer Kendigelen, Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, Beta Yayıncılık, İstanbul 1999, s. 26.

³³ Günay, s. 68.

³⁴ Kırca/Kendigelen, N. 653. Şirket sözleşmesi dışında sözleşmelerde düzenlenen veto hakkı, genel kurul tarafından alınan kararın sonuç doğurmasını engellemeyecektir. Bu yönde bkz. Bilgili/Demirkapı, s. 636.

Veto hakkına ilişkin düzenleme kuruluş sözleşmesinde yer alabileceği gibi şirket sözleşmesinde yapılabilecek bir değişiklikle sonradan da eklenebilir. Bu şekilde bir değişikliğin yapılması için kararın hangi nisapla alınması gerektiğine dair doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, şirket sözleşmesinin değiştirilmesi yoluyla veto hakkı tanınabilmesi için TTK m. 589/1’de düzenlenen nisap uygulanır ve şirket sözleşmesinde aksi kararlaştırılmamışsa esas sermayenin 2/3’sini temsil eden ortakların değişikliğe onay vermesi gerekir³⁵. Zira TTK’da konuya ilişkin özel bir yetersayı düzenlenmemiş olması şirket sözleşme değişikliğinde TTK m. 589’un uygulanmasını gerektirmektedir³⁶. Bizim de katıldığımız görüşe göre, veto hakkının şirket sözleşmesine eklenmesine ilişkin değişiklik için alınacak genel kurul kararı oybirliği nisabına tabidir³⁷. Zira veto hakkı genel kurulda iradenin oluşumunu esaslı biçimde etkileyecektir³⁸. TTK’da konuya ilişkin bir yetersayı düzenlenmemesi bilinçli bir susma değil, bu husustaki bir ihmal nedeniyledir. Dolayısıyla kanun koyucunun iradesi, veto hakkının düzenlenmesini özel bir yetersayı düzenlemeyerek şirket sözleşme değişiklikleri bakımından genel kural şeklinde düzenlenen nisaba tabi kılmak değildir. Alınacak kararın niteliğinin nisabın oybirliği olmasını gerektirmesine ek olarak boşluğun doldurulmasında İsvBK m. 807 ile bu maddeye ilişkin İsviçre hukukundaki bilimsel görüşlerden faydalanılması suretiyle de aynı sonuca ulaşılmaktadır³⁹.

³⁵ Doğrusöz Koşut, s. 189; Hamamcıoğlu, s. 321.

³⁶ Hamamcıoğlu, s. 321.

³⁷ Kırca/Kendigelen, N. 660; Gülerci, s. 3062-3063. Hamamcıoğlu hükmün mehzazı olan OR. Art. 807/2’de de veto hakkının sonradan getirilmesinin tüm ortakların onayına bağlandığını, mehzadaki düzenlemenin TTK’ya alınmamasının önemli bir eksiklik olduğunu belirterek veto hakkının sonradan şirket sözleşmesi değişikliği ile öngörölmesi ortakların irade oluşumunu önemli ölçüde etkilediğinden, söz konusu değişikliğe ilişkin kararın tüm ortakların onayı ile alınabileceğinin düzenlenmesinin amaca uygun olacağını ifade etmekte ve böylece de lege feranda bu görüşe katılmaktadır.

³⁸ Kırca/Kendigelen, N. 660; Gülerci, s. 3062-3063.

³⁹ Botschaft 2001, s. 3209; Kırca/Kendigelen, N. 660; Gülerci, s. 3062-3063. Yazarlar bu görüşü savunurken İsvBK m. 807/2’ye atıf yapmaktadır.

Şirket sözleşmesinde veto hakkına ilişkin düzenleme getirilirken dikkate alınması gereken birtakım kurallar bulunmaktadır. Düzenlemede veto hakkının belirli ortaklar için öngörülmesi halinde doğrudan hakkın tanındığı gerçek kişi ortağın ismen veya tüzel kişi ortağın adı ya da ticaret ünvanı ile belirtilmesi mümkündür⁴⁰. Belirlenebilir ortaklara veto hakkı tanınması söz konusu ise düzenlemede yer alan özelliklerin mevcut bir ortağı tarif etmesi ve anılan kriterler ile hakkın sahibinin teşhis edilebilir olması önem arz etmektedir.

Veto hakkı, münhasıran genel kurul kararlarına karşı tanınabilmektedir⁴¹. Bununla birlikte TTK m. 625/2 uyarınca müdürlerin aldıkları belirli kararların genel kurul onayına sunmaları zorunlu kılınmışsa veto hakkının bu genel kurul kararlarına karşı kullanılabilmesi dolaylı olarak müdürler kurulu kararının da veto edilmesi sonucunu doğurabilecektir⁴².

Veto hakkının tesisinde incelenmesi gereken bir diğer konu, genel kurulun tüm kararlarına karşı bir genel veto hakkı tanınıp tanınamayacağı meselesidir. Bir görüşe göre, genel kurulun tüm kararlarına karşı kullanılabilecek bir genel veto hakkının şirket sözleşmesinde düzenlenmesi mümkündür⁴³. Görüşün gerekçesi TTK m. 577/1-e'nin bu şekilde bir sınırlama içermemesidir. Kanun'un mevcut düzenlenmesinde değişiklik yapılarak aksi düzenlenmedikçe genel nitelikte bir veto hakkı düzenlenmesi mümkün olacaktır⁴⁴. Bizim de katıldığımız görüşe göre, veto hakkı ancak genel kurulun belirli bir

⁴⁰ Siffert/Fischer/Petrin SHK OR Art. 807 N. 6; Kırca/Kendigelen, N. 658.

⁴¹ Botschaft 2001, s. 3209; Siffert/Fischer/Petrin SHK OR Art. 807 N. 12; Gasser/Eggenberger/Stäuber, OFK OR Art. 807 N. 3; Germann, N. 1293; Pulaşlı, § 66 N. 172; Gülerci, s. 3063-3064; Kırca/Kendigelen, N. 659.

⁴² Botschaft 2001, s. 3209; Siffert/Fischer/Petrin SHK OR Art. 807 N. 12; Gasser/Eggenberger/Stäuber, OFK OR Art. 807 N. 3; Germann, N. 1293; Pulaşlı, § 66 N. 172; Gülerci, s. 3063-3064; Kırca/Kendigelen, N. 659.

⁴³ Ali Haydar Yıldırım, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, Dora Yayıncılık, Bursa 2013, s. 361; Bilgili/Demirkapı, s. 638.

⁴⁴ Bilgili/Demirkapı, s. 638.

kısım kararlarının sonuç doğurmamasını sağlamak üzere tanınabilecektir⁴⁵. Bunun için esas sözleşmede veto hakkının hangi kararlara ilişkin olarak kullanılacağına açıkça düzenlenmesi gerekir⁴⁶. Genel nitelikte bir veto hakkı, şirketin işleyişini ciddi ölçüde sekteye uğratabilecek ve kilitlenmelere yol açabilecek olması nedenleriyle şirketin temel yapısına uygun nitelikte değildir⁴⁷. Mehaz İsviçre hukukunda da genel nitelikte bir veto hakkı tanınması kabul edilmemiştir. Veto hakkına ilişkin İsvBK m. 807 tasarı halinde iken genel kurulun kararlarına karşı veto hakkı tanınabileceği düzenlenmişken yasanın görüşülmesi sırasında oybirliği ile “belirli” ibaresi sonradan eklenerek veto hakkının belirli genel kurul kararları bakımından düzenlenebileceği açıklığa kavuşturulmuştur⁴⁸. Veto hakkına ilişkin TTK m. 577/1-e’nin İsvBK m. 807’den farklı olarak yüzeysel olması ve bu şekilde bir sınırlamayı açıkça düzenlenmemesi ise bilinçli bir tercihin ürünü olmadığından benimsediğimiz görüşün kabulü için düzenlemede değişiklik yapılmasına da gerek bulunmamaktadır.

Şirket sözleşmesinin veto hakkına ilişkin konuların düzenlenmesi bakımından geniş bir serbesti sunduğu kanaatindeyiz⁴⁹. Bu serbesti kapsamında şirket sözleşmesinde veto hakkının kullanım usulü ve şartları düzenlenebilecektir. Veto hakkının ortak tarafından tek başına kullanılması düzenlenebileceği gibi birden fazla ortağın hakkı

⁴⁵ Truffer/Dubs, BSK OR-II Art. 807 N. 4; Pulaşlı, § 66 N. 172; Şener, s. 58; Kırca/Kendigelen, N. 659; Gülerci, s. 3062-3063.

⁴⁶ Örneğin ortak A’nın sermaye artırımına yahut kâr payı dağıtılmasına ilişkin genel kurul kararlarına karşı veto hakkına sahip olduğu düzenlenebilecektir.

⁴⁷ Kırca/Kendigelen, N. 659.

⁴⁸ Veto hakkının “belirli” genel kurul kararları bakımından düzenlenebileceği açıklığa kavuşturulmadan önce 1. fıkraya göre, şirket sözleşmesi ile tüm veya belirli ortaklara, ortaklar toplantısının tüm veya belirli kararlarına karşı veto hakkı tanınabileceği yönünde bkz. Botschaft 2001, s. 3209. Komisyonun oybirliği ile genel veto hakkına karşı olduğu yönünde bkz. Amtliches Bulletin Nationalrat Frühjahrssession 2005 Vierte Sitzung 02.03.05, AB 2005, N. 101.

⁴⁹ Germann, N. 1299.

birlikte kullanılabileceği de düzenlenebilir⁵⁰. Buna ek olarak belirli veya belirlenebilir ortağın olumlu oy kullandığı kararlar bakımından veto hakkının doğmayacağına da düzenlenebilmesi gerekir. Veto hakkının süresiz şekilde öngörülmesi mümkün olduğu gibi süreli şekilde düzenlenmesi de mümkündür⁵¹. Veto hakkının kuruluştan itibaren yapılacak ilk üç sermaye artırımına ilişkin karar için kullanılabileceği şeklinde şarta bağlı sınırlamaların getirilmesinin de mümkün olduğu kanaatindeyiz.

IV. Veto Hakkının Kullanılması

Veto hakkı, fiziki olarak toplanan genel kurulda kullanılabileceği gibi sirküler tipi karar alma usulünde de kullanılabilecektir⁵². Hakkın genel kurul tutanağına geçirilmek kaydıyla sözlü bir beyanla kullanılması da mümkündür⁵³.

Ortağın sahip olduğu veto hakkı ile oy hakkının titizlikle ayırt edilmesi gerekir. Oy hakkı ve veto hakkının hukuki temelleri birbirinden farklıdır. Genel kurulda alınacak karara karşı veto hakkı sahibi ortağın olumsuz oy kullanması tek başına karara karşı veto hakkının kullandığı şeklinde yorumlanmamalıdır⁵⁴. Ortağın kararın alınmasına ilişkin görüşü olumsuz olmakla birlikte diğer ortakların görüşlerine aldıkları karara saygı duyması yahut farklı bir nedenle veto hakkını kullanmak istememesi mümkündür. Veto hakkının kullanılması için yenilik doğuran hak niteliği gereği muhataba yöneltilmesi ve muhatabı belirsizlik içerisinde bırakmayacak açıklıkta olması gerekir.

⁵⁰ Truffer/Dubs, BSK OR-II Art. 807 N. 3. Yazarlar bu şekilde veto hakkı öngörülmesini kollektif veto olarak adlandırmaktadır.; Kırca/Kendigelen, N. 657.

⁵¹ Botschaft 2001, s. 3209; Böckli, s. 29; Truffer/Dubs, BSK OR-II Art. 807 N. 3; Pulaşlı, § 66 N. 173; Şener, s. 58; Kırca/Kendigelen, N. 657.

⁵² Siffert/Fischer/Petrin SHK OR Art. 807 N. 11; Doğrusöz Koşut, s. 191; Hamamcıoğlu, s. 328; Gülerci, s. 3065.

⁵³ Siffert/Fischer/Petrin SHK OR Art. 807 N. 15; Gasser/Eggenberger/Stäuber, OFK OR Art. 807 N. 5; Germann, N. 1300; Hamamcıoğlu, s. 328.

⁵⁴ Aksi görüş için Bkz. Kırca/Kendigelen, N. 662. Yazar veto hakkı sahibinin karara olumsuz oy vermesinin aynı zamanda kararı veto ettiği şeklinde yorumlanması gerektiği görüşündedir.

Dolayısıyla ortağın karara karşı olumsuz oy kullanması istisnai olarak ek birtakım olgularla birlikte veto hakkının kullanılması olarak yorumlanabilir. Ancak kural, ortak tarafından veto hakkının kullanıldığının açıkça beyan edilmesidir. Bununla birlikte şirket sözleşmesinde oy hakkının olumsuz yönde kullanılmasının veto hakkının kullanılması sayılacağı düzenlenebilecektir.

Ortak oy hakkından yoksun olduğu hallerde veto hakkını da kullanamayacaktır⁵⁵. Zira çeşitli sebeplerle gündem maddesine ilişkin oy hakkını kullanamayan ortağın veto hakkını kullanması makul ve tutarlı olmayacaktır⁵⁶.

Veto hakkının kullanılabilceği zamana ilişkin olarak TTK'da ve mehaz İsvBK'da açık bir düzenleme yer almamaktadır. Bununla birlikte veto hakkının genel kurul esnasında kullanılabilceği hususunda bir şüphe bulunmamaktadır⁵⁷. Esasen bu, hakkın kullanılması bakımından en uygun yoldur⁵⁸. Pay sahibi toplantı esnasında karara ilişkin oylama yapılırken veto hakkını kullanabilceği gibi oylamadan sonra ve fakat toplantı sona ermeden önce de ilgili karara karşı veto hakkını kullanabilecektir. Bazı yazarlar şirket sözleşmesinde hüküm bulunmayan hallerde veto hakkının kural olarak toplantı esnasında kullanılabilceğini kabul etmektedir⁵⁹.

Genel kurul kararına karşı olumlu oy kullanan pay sahibinin veto hakkını kullanıp kullanamayacağı, bunun çelişkili davranış yasağını ihlal edip etmeyeceği de incelenmelidir. Bir görüşe göre, her iki oyun aynı genel kurulda aynı gündem maddesine ilişkin kullanılması

⁵⁵ Siffert/Fischer/Petrin SHK OR Art. 807 N. 9; Doğrusöz Koşut, s. 188; Hamamcıoğlu, 327; Kırca/Kendigelen, N. 659.

⁵⁶ Benzer gerekçe için bkz. Siffert/Fischer/Petrin SHK OR Art. 807 N. 9; Gülerci, s. 3079; Doğrusöz Koşut, s. 188-189; Oydan yoksunluk hükümlerinin öngörülmesindeki temel amacın oydan yoksun bırakılan kişinin, şirket ve diğer ortakların menfaati karşısında kendi menfaatlerini üstün tutarak oy kullanma ihtimalinin önüne geçilmesi olduğu gerekçesiyle oydan yoksun ortağın veto hakkını kullanamayacağı yönünde bkz. Hamamcıoğlu, s. 327.

⁵⁷ Truffer/Dubs, BSK OR-II Art. 807 N. 3; Doğrusöz Koşut, s. 187.

⁵⁸ Siffert/Fischer/Petrin SHK OR Art. 807 N. 11; Hamamcıoğlu, s. 327.

⁵⁹ Kırca/Kendigelen, N. 662.

ortağın çelişkili davrandığı izlenimi uyandırorsa da veto ve oy haklarının hukuki temellerinin farklı olması ortağın çelişkili davrandığı sonucuna ulaşmaya engeldir⁶⁰. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre, karara ilişkin olumlu oy kullanan ortağın sonradan veto hakkını kullanması çelişkili davranış yasağı (*venire contra factum proprium*) kapsamındadır ve veto hakkının kullanımı geçersizdir⁶¹. Bununla birlikte istisnai olarak ortağın bir oy sözleşmesinin gereği oy kullanma taahhüdü varsa veto hakkının kullanılmasının bu yasağın kapsamına girmemesi mümkündür⁶².

Veto hakkının genel kurul toplantısında kullanılmasına ilişkin ihtimaller incelendikten sonra veto hakkının toplantı sonrasında kullanılıp kullanılamayacağı değerlendirilmelidir. Öncelikle veto hakkının kullanılması usulü şirket sözleşmesinde düzenlenmiş ve genel kurul toplantısından sonra hakkın belirli süre içerisinde kullanılacağı düzenlenmişse bu düzenlemenin geçerli olduğunu ve veto hakkının toplantıdan sonra kullanılabileceğini belirtmek gerekir⁶³. Bir görüşe göre, şirket sözleşmesinde düzenleme bulunmayan hallerde de veto hakkının toplantı sonrasında kullanılması mümkündür⁶⁴. Genel kurul kararlarının iptalini gerektiren hallerde şartları uygunsa veto hakkının kullanılabilmesi her zaman için mümkün olmalıdır⁶⁵. Kanaatimizce şirket sözleşmesinde bu şekilde bir düzenleme yoksa veto hakkının en geç toplantı sırasında kullanılması gerekir⁶⁶. Aksi halde genel kurul

⁶⁰ Doğrusöz Koşut, s. 195.

⁶¹ Siffert/Fischer/Petrin SHK OR Art. 807 N. 16; Gülerci, s. 3066. Yazarlar veto hakkının genel kurul toplantısından sonra kullanılması ihtimali bakımından bu görüştedir. Kanaatimizce karar bakımından olumlu oy kullanan pay sahibinin veto hakkını toplantı esnasında yahut sonrasında kullanmasının çelişkili davranış yasağı bakımından önemi bulunmamaktadır; Hamamcioğlu, s. 328 dpn. 1038.

⁶² Hamamcioğlu, s. 328 dpn. 1038.

⁶³ Bu belirli sürenin iptal davası açma süresinden daha uzun olamayacağı yönünde bkz. Germann, N. 130.

⁶⁴ Gülerci, s. 3065.

⁶⁵ Gülerci, s. 3065-3066.

⁶⁶ Truffer/Dubs, BSK OR-II Art. 807 N. 3; Germann, N. 1301; Aksi görüş için bkz. Gülerci, s. 3065.

kararının akıbeti konusunda belirsizlik yaşanacak kararın uygulanıp uygulanmayacağı hususunda yaşanan tereddütler şirket işleyişini olumsuz etkileyecektir. Şirket sözleşmesinde toplantı sonrasında belirli süre içinde kullanılan veto hakkı bakımından kararın ne zaman sonuç doğuracağını tespit etmek mümkün olduğundan belirtilen sakınca en azından öngörülen sürenin sonunda giderilmiş olacaktır. Bununla birlikte hakkın genel kurul sırasında kullanılacağını kabul edildiği durumlarda çağrının usulsüz yapılması, genel kurul toplantısından haksız şekilde çıkarılma gibi şirketten kaynaklanan nedenlerle toplantı sırasında veto hakkını kullanamayan ortağın toplantıdan sonra da kararın varlığını öğrendiğinin akabinde ilk fırsatta veto hakkını kullandığını şirkete bildirmesi mümkündür⁶⁷.

Doktrinde genel kurul toplantısından önce veto hakkının kullanılmasına ihtiyatlı yaklaşılmaktadır. Bir görüşe göre, veto hakkının genel kurul toplantısından önce kullanılmasına izin verilmemelidir⁶⁸. Zira veto hakkının genel kurul toplantısından veya ilgili oylamadan önce kullanılması, genel kurul toplantılarındaki karar verme ve müzakere sürecine zarar verecektir⁶⁹. Veto hakkı tanınan gündem maddesine ilişkin toplantı sırasında dile getirilen görüşlerin, yapılan tartışmalar veto hakkının daha sağlıklı kullanılması açısından da önemli olduğu belirtilmektedir⁷⁰. Bir diğer görüşe göre, veto hakkının önleyici bir tedbir olarak genel kurul toplantısından önce kullanılması mümkündür⁷¹. Bu görüşe göre, veto hakkının oylamadan önce kullanıldığı her durumda genel kurul iradesinin teşekkül etmesine engel olacağı kabul edilmelidir⁷².

Öncelikle genel kuruldan önce ortada veto hakkına konu olabilecek bir karar, karar nisabını sağlayan olumlu yönde bir oy kullanımı dahi bulunmadığını belirtmek gerekir. Dolayısıyla bu şekilde veto hakkının kullanılması ve sonuç doğurmasının genel kurul

⁶⁷ Kırca/Kendigelen, N. 662.

⁶⁸ Hamamcıoğlu, s. 328.

⁶⁹ Hamamcıoğlu, s. 328.

⁷⁰ Hamamcıoğlu, s. 328.

⁷¹ Gülerci, s. 3065.

⁷² Gülerci, s. 3065.

toplantısından önceki aşamada şarta bağlı olduğu kabul edilmelidir. Veto hakkının ise yenilik doğuran hak niteliğinde olduğu ifade edilmişti. Yenilik doğuran hakların kullanılması ise kural olarak şarta bağlanamamaktadır⁷³. Bu nedenle veto hakkının toplantıdan önce kullanılamayacağı düşünülebilir. Ancak yenilik doğuran hak kullanımının şarta bağlanamaması kuralının temelinde borçluyu hukuki bir belirsizlik içinde bırakmama düşüncesi yatmaktadır⁷⁴. Bu amaç doğrultusunda yenilik doğuran hakkın kullanımının şarta bağlanabileceği istisnalar da bulunmaktadır. Doktrindeki hâkim görüşe göre, hakkın şarta bağlı kullanımının borçluyu belirsizlik içinde bırakma tehlikesinin bulunmadığı hallerde şarta bağlı yenilik doğuran hak kullanımını geçerlidir⁷⁵. Şartın gerçekleşip gerçekleşmemesinin yenilik doğuran beyanın yöneldiği kişinin hakimiyet alanında ve onun iradesine bağlı olduğu hallerde şarta bağlı yenilik doğuran hakkın kendisine bağlanan sonuçları doğuracağı kabul edilmektedir⁷⁶. Bu kural veto hakkı bakımından uygulanırsa şirket organı genel kurul tarafından karar alınması doğrudan şirketin kendi iradesini oluşturduğundan bu durum yenilik doğuran beyanın muhatabı şirketin iradesine bağlı olan ve bilgisi dahilinde bir husustur. Dolayısıyla veto hakkının olumlu karar nisabının sağlanması şartına bağlı olarak ilgili karar için kullanılması mümkündür. Bu şekilde bir şartın muhatap şirketi belirsizlik içinde bırakması mümkün değildir. Veto hakkının yenilik doğuran hak niteliğinin genel kurul toplantısından önce kullanılmasına engel teşkil etmediği tespit edildikten sonra hakkın toplantıdan önce kullanılmasına ilişkin dile getirilen sakıncaların da isabetli olmadığını belirtmek gerekir. Genel kurul toplantılarındaki karar verme ve müzakere sürecine zarar verme bir ihtimal olup müzakerelerin yapılması ne genel kurul kararının alınması ne de veto hakkının kullanılması bakımından bir şart niteliğindedir. Ortakların çeşitli nedenlerle gündem maddelerinde kullanacağı oylara ilişkin net bir kanaatle toplantıya katıldığı hallerde

⁷³ Kemal Oğuzman/ Nami Barlas, *Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar*, 27. Bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, N. 566; Buz, s. 258.

⁷⁴ Oğuzman/Barlas, N. 566; Buz, s. 259.

⁷⁵ Oğuzman/Barlas, N. 566; Buz, s. 259.

⁷⁶ Oğuzman/Barlas, N. 566; Buz, s. 259.

dile getirilen sakınca gündeme dahi gelmemektedir. Şirket ortağının genel kurul toplantısından önce veto hakkını şirkete yazılı bir beyan olarak ulaştırması mümkündür⁷⁷. Bu usulde esasen şirket yönetimi ve müdür sıfatı bulunan ortaklar veto hakkının kullanıldığından haberdar olmaktadır. Dolayısıyla bu bilginin genel kurula katılan ortaklar ile paylaşılması ve oylama sonrasında çıkan sonuca göre veto hakkının kullanılmış olduğunun belirtilmesi yahut kararın nisap sağlanamaması nedeniyle alınmamış olması halinde veto hakkı kullanımının hiç açıklanmaması dahi mümkündür. Bu ihtimallerde de veto hakkının kullanıldığı genel kurul toplantısından önce bildirilmekte ve fakat müzakere süreci etkilenmemektedir. Veto hakkı sahibinin veto hakkına ilişkin kararını ne şekilde verdiği iradesini hangi bilgi ve saik çerçevesinde oluşturduğu da hakkın kullanılma şartları bakımından önemli değildir. Veto hakkı sahibi bakımından diğer ortaklarla görüş alışverişinde bulunmak müspet bir durum olarak düşünülebilirse de eksikliği hakkın sağlıklı kullanımına engel değildir. Tüm bu hususlara ek olarak genel kurula katılım sağlayan ortakların veto hakkının kullanıldığından haberdar olup ilgili karar bakımından oylamaya katılmaktan vazgeçmesi de imkân dahilindedir.

Veto hakkının somut bir genel kurul kararı ilişkin kullanılması gerekir. Peşinen şirket sözleşmesinde belirtilen türdeki kararların gelecekte alınmasının veto edilmesi geçersiz olup bu şekilde şirket genel kurulunun belirtilen hususta karar alamayacağı ileri sürülemeyecektir. Veto hakkının kullanılması, gerekli nisabın sağlanamaması nedeniyle ilgili genel kurul toplantısının ertelenmesi halinde ertelenen genel kurulda alınan karar bakımından da geçerli kabul edilmelidir. Ancak ortakların genel kurul toplantısına katılmaktan yahut ilgili konuda karar almaktan veto hakkının kullanımından haberdar olmaları yahut farklı bir nedenle vazgeçmesi halinde veto hakkı kullanılamamış olur. Bu nedenle genel kurulun daha sonraki bir vakitte veto hakkının kullanılabileceği konuda karar almak istemesi halinde veto hakkının tekrar kullanılması gerekecektir.

⁷⁷ Siffert/Fischer/Petrin SHK OR Art. 807 N. 15.

Son olarak veto hakkının bizzat ortak tarafından kullanılabilceği gibi temsilcisi tarafından da kullanılabilceğini belirtmek gerekir⁷⁸.

SONUÇ

Veto hakkı, gerekli nisaplara uyularak alınan bir genel kurul kararının hüküm ve sonuç doğurmasının engellenmesini sağlayan haktır. Nisap olarak oybirliğini gerektiren kararlar bakımından her bir ortağın kararın alınmasını engelleyebilmesi olanağı teknik anlamda veto hakkı olarak kabul edilemez. Zira gerekli nisapların bulunmaması halinde veto edilecek bir hukuki işlem dahi ortaya çıkmamıştır.

Veto hakkının yenilik doğuran hak niteliği oluşturduğu etki ile alakalıdır. Veto hakkı kural olarak genel kurulda karar alınırken kullanılması ile kararın yönünün kabulden redde dönüşmesini sağlaması nedeniyle değiştirici yenilik doğuran hak niteliğindedir.

Veto hakkı, kişisel (kişiye sıkı surette bağlı) nitelikte bir hak olması nedeniyle esas sermaye payına bağlanamaz ve devredilemez. TTK m. 577/1-e’de geçen “belirlenebilir ortaklar” ifadesi mehz hükümlere ve veto hakkının kişisel hak niteliğine uygun olarak anlaşılmalı, şirket sözleşmesinde düzenlenen veto hakkının kurucular gibi yine ortakların şahsını hedef alması gerekmektedir. Belirlenebilirliğin sınırı, şirket sözleşmesinde mevcut ortağı tarif etmesi ile çizilmeli, müstakbel esas sermaye payını devralanların belirli kriterleri taşıması halinde aktifleşecek bir veto hakkının şirket sözleşmesinde düzenlenmesi mümkün olmamalıdır.

Veto hakkı, sahibi ortağın iradesi dışında alınan bir organ kararı ile sınırlandırılıp kaldırılamayacağından müktesep hak niteliğini haizdir. Ayrıca veto hakkının kişisel hak niteliği gereği esas sermaye payına tanınamaması imtiyaz olarak nitelenmesine engeldir.

Veto hakkının şirket sözleşmesine eklenmesine ilişkin değişiklik için alınacak genel kurul kararı oybirliği nisabına tabidir. TTK’da konuya ilişkin bir yetersayı düzenlenmemesi bilinçli bir susma değil, bu

⁷⁸ Truffer/Dubs, BSK OR-II Art. 807 N. 3; Siffert/Fischer/Petrin SHK OR Art. 807 N. 19; Kratz, CHK OR Art. 807 N. 6a; Gasser/Eggenberger/Stäuber, OFK OR Art. 807 N. 6.

hususdaki bir ihmal nedeniyledir. Dolayısıyla kanun koyucunun iradesi, veto hakkının düzenlenmesini özel bir yetersayı düzenlemeyerek şirket sözleşme değişiklikleri bakımından genel kural şeklinde düzenlenen nisaba tabi kılmak değildir.

Veto hakkının kullanım usulü şirket sözleşmesinde düzenlenebilir. Ortağın veto hakkını kullanması için bu iradesini açıklaması gerekir. Ortağın karara karşı olumsuz oy kullanması istisnai olarak ek birtakım olgularla birlikte veto hakkının kullanılması olarak yorumlanabilir. Şirket sözleşmesinde ise veto hakkı sahibi ortağın bu hakkını kullanması için karara karşı olumsuz oy kullanmasının yeterli olduğu düzenlenebilecektir.

Veto hakkı genel kurul esnasında kullanılabilir. Şirket sözleşmesinde veto hakkının genel kurulda karar alınmasından sonra kullanılabileceği düzenlenmemişse veto hakkının en geç toplantı sırasında kullanılması gerekir. Ancak veto hakkının genel kurul toplantısından önce yahut toplantı esnasında gündeme ilişkin oylama öncesinde kullanılması da mümkündür. Veto hakkının yenilik doğuran hak niteliği buna engel değildir. Genel kurul toplantısından önce veto hakkının kullanılması için şirket ortağının şirkete bu hususta yazılı bir beyan ulaştırması mümkündür.

Veto hakkının somut bir genel kurul kararına ilişkin kullanılması gerekir. Veto hakkının kullanılması, gerekli nisabın sağlanamaması nedeniyle ilgili genel kurul toplantısının ertelenmesi halinde ertelenen genel kurulda alınan karar bakımından da geçerli kabul edilmelidir. Ancak genel kurulun daha sonraki bir vakitte veto hakkının kullanılabileceği konuda karar almak istemesi halinde veto hakkının tekrar kullanılması gerekecektir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Peer-Review: Externes Peer-Review-Verfahren.

Interessenkonflikt: Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

Finanzielle Unterstützung: Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

ZUSAMMENFASSUNG

Das Vetorecht ist das Recht, die Wirksamkeit und die rechtlichen Folgen eines mit den erforderlichen Quoren gefassten Gesellschafterbeschlusses zu verhindern. Im Hinblick auf Beschlüsse, die Einstimmigkeit erfordern, kann die Möglichkeit eines jeden Gesellschafters, die Beschlussfassung zu verhindern, im technischen Sinne nicht als Vetorecht im eigentlichen Sinne angesehen werden. Denn solange die erforderlichen Quoren nicht vorliegen, ist noch kein rechtliches Geschäft entstanden, das überhaupt hätte vetoisiert werden können.

Das Vetorecht stellt ein Gestaltungsrecht dar, dessen rechtliche Wirkung mit seiner auslösenden Wirkung zusammenhängt. Es handelt sich grundsätzlich um ein statutarisches, rechtsänderndes Gestaltungsrecht, da es durch seine Ausübung im Rahmen der Beschlussfassung die Richtung des Beschlusses von Zustimmung zu Ablehnung verändern kann.

Da das Vetorecht ein Recht persönlicher Natur ist, kann es weder an den Geschäftsanteil gebunden noch übertragen werden. Der Ausdruck „bestimmbare Gesellschafter“ in Art. 577 Abs. 1 lit. e TTK ist daher im Einklang mit den Vorbildregelungen und der höchstpersönlichen Natur des Vetorechts auszulegen. Das im Gesellschaftsvertrag geregelte Vetorecht muss, wie bei den Gründungsgesellschaftern, auf die Person der Gesellschafter bezogen sein. Die Grenze der Bestimmbarkeit ist dort zu ziehen, wo der Gesellschaftsvertrag den bestehenden Gesellschafter beschreibt. Es darf im Gesellschaftsvertrag kein Vetorecht vorgesehen werden, das für künftige Erwerber von Geschäftsanteilen nur bei Vorliegen bestimmter Kriterien wirksam werden soll.

Das Vetorecht stellt ein wohlerworbenes Recht dar, da es nicht durch einen Organbeschluss gegen den Willen des Berechtigten eingeschränkt oder aufgehoben werden kann. Aufgrund seines persönlichen Charakters kann das Vetorecht auch nicht einem Geschäftsanteil beigelegt werden; daher ist es nicht als Vorzugsrecht (Privileg) im Sinne des Gesellschaftsrechts zu qualifizieren.

Ein Beschluss der Gesellschafterversammlung, der eine Änderung des Gesellschaftsvertrags zur Einführung eines Vetorechts vorsieht, unterliegt dem Einstimmigkeitserfordernis. Dass der TTK insoweit keine ausdrückliche Quorumsregelung enthält, ist nicht als bewusstes Schweigen, sondern als gesetzgeberisches Versehen zu verstehen. Der Gesetzgeber wollte das Vetorecht

nicht einem besonderen Quorum unterstellen, sondern die allgemeinen Vorschriften über Satzungsänderungen für anwendbar erklären.

Die Ausübungsmodalitäten des Vetorechts können im Gesellschaftsvertrag geregelt werden. Zur Ausübung des Vetorechts muss der Gesellschafter seinen entgegenstehenden Willen ausdrücklich erklären. Die Abgabe einer Gegenstimme kann ausnahmsweise – zusammen mit weiteren Umständen – als Ausübung des Vetorechts gedeutet werden. Im Gesellschaftsvertrag kann auch bestimmt werden, dass die Abgabe einer Gegenstimme durch den berechtigten Gesellschafter zur Ausübung des Vetorechts genügt.

Das Vetorecht kann während der Gesellschafterversammlung ausgeübt werden. Ist im Gesellschaftsvertrag nicht ausdrücklich vorgesehen, dass das Vetorecht auch nach der Beschlussfassung ausgeübt werden kann, so muss es spätestens während der Versammlung ausgeübt werden. Es ist jedoch zulässig, dass das Vetorecht vor oder während der Versammlung, insbesondere vor der Abstimmung über den betreffenden Tagesordnungspunkt, ausgeübt wird. Die rechtsgestaltende Natur des Vetorechts steht dem nicht entgegen. Vor der Gesellschafterversammlung kann der Gesellschafter sein Vetorecht durch eine schriftliche Erklärung gegenüber der Gesellschaft ausüben.

Das Vetorecht ist stets in Bezug auf einen konkreten Beschluss der Gesellschafterversammlung auszuüben. Wird die Gesellschafterversammlung wegen Nichterreichens des Quorums vertagt, so gilt die Ausübung des Vetorechts auch für den in der vertagten Versammlung gefassten Beschluss. Soll die Gesellschafterversammlung jedoch zu einem späteren Zeitpunkt über denselben Gegenstand erneut Beschluss fassen, so ist das Vetorecht erneut auszuüben.

KAYNAKÇA

- BİLGİLİ Fatih/DEMİRKAPI Ertan, Şirketler Hukuku, Dora Yayıncılık, Bursa 2013.
- BÖCKLİ Peter, “Das neue schweizerische GmbH-Recht – was ist wirklich neu? Eine Übersicht / VI. Verbesserungen der Funktion der Organe”, Das neue schweizerische GmbH-Recht, Schulthess Juristische Medien AG, 2006, s. 23-39.
- BUZ Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.
- DOĞRUSÖZ KOŞUT Hanife, Limited Şirkette Oy Hakkı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021.
- GASSER Urs/EGGENBERGER Christian/STÄUBER Richard, in: OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, 4. Aufl., Orell Füssli Verlag AG, 2023 (OFK OR Art. N.)
- GLANZMANN Lukas, “Verhältnis von Aktiengesellschaft und Gesellschaft mit beschränkter Haftung unter dem neuen Aktienrecht”, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, Dike Verlag AG, 2023, s. 431-450.
- GÜLERCİ Altan Fahri, Limited Şirketlerde Ortaklara Veto Hakkı Tanınması, Legal Hukuk Dergisi, Cilt: 18, Sayı: 211, Yıl: 2020, s. 3051-3084.
- GÜMÜŞ Mustafa Alper, Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- GÜNAY Ece Deniz “Limited Şirketlerde Ortaklara Şirket Sözleşmesi ile Tanınan Veto Hakkı ve Hakkın Hukuki Niteliği”, BUHFD, C. 19, S. 218, s. 53-75.
- HAMAMCIOĞLU Esra, Aile Tipi Limited Şirketlerde Şirket Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
- HANDSCHİN Lukas/ TRUNİGER, Christof, Die GmbH, 3. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG, 2019.

KENDİGELEN Abuzer, Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, Beta Yayıncılık, İstanbul 1999.

KIRCA İsmail / KENDİGELEN Abuzer, Şirketler Hukuku Cilt III: Sermayesi Paylara Bölünmüş (Paylı) Komandit Şirket ile Limited Şirket, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.

JUTZİ Thomas/ LUCA Yousef, "Personalisierung der GmbH: Statutarische vs. obligatorische Gestaltungsmöglichkeiten", Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, 6/2024, s. 704-717.

KRATZ Brigitta, CHK Handkommentar zum Schweizer Privatrecht GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere - Art. 772-1186 OR - Bucheffektengesetz; 4. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG, 2024, CHK OR Art. 807 N. 6b.

OĞUZMAN Kemal/ BARLAS Nami, Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 27. Bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.

OLIVAR PASCUAL Gema/ ROTH Andrea Petra, "Organisation Der GmbH Gemäss Revidiertem Recht Kompetenzordnung und deren Ausgestaltungsmöglichkeiten", Der Schweizer Treuhänder, Treuhand-Kammer Verlag, 2007, 470-473.

PULAŞLI Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi Cilt III, 5. Bs., Adalet Yayınevi, Ankara 2024.

SIFFERT Rino/FISCHER Marc Pascal/PETRIN, Martin, in: GmbH Recht Revidiertes Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 772-827 OR) Stämpflis Handkommentar, Stämpfli Verlag AG, 2008 (SHK OR Art. N.).

SULU Muhammed "Limited Ortaklıklardaki Veto Hakkı ve Veto İşleminin Hukuksüzlüğüne Dair İncelemeler", MÜHF-HAD, C. 29, S. 1, 2023, s. 574-595.

ŞENER Oruç Hami, Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.

TEKİNAY Selahattin Suphi/AKMAN Sermet/BURCUOĞLU
Haluk/ALTOP Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler,
7. Bs., Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.

TRUFFER Roland/DUBS Dieter, in Basler Kommentar,
Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR, Art. 1-6 SchlT AG, Art. 1-
11 Übest GmbH, Hrsg. Heinrich Honsell/Peter Nedim Vogt/Rolf
Watter, 5. Aufl., Basel 2016 (BSK OR-II Art. N.).

YILDIRIM Ali Haydar, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre
Limited Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, Dora Yayıncılık, Bursa
2013.

İnternet Kaynakları

www.lexpera.com

Karşılıklı Edimlere İlişkin İlâmlı İcra

Zwangsvollstreckung bei Leistung Zug um Zug

Dr. Öğr. Üyesi Zeynep Sümeyra Deveci*

ÖZ

Hukukumuzda karşılıklı edimleri içeren ilâmlar ile ilâm niteliğinde belgelerin ne şekilde icra edileceği mevzuatta açıkça düzenlenmemiştir. Alman ve İsviçre hukukunda ise bu yönde açık hükümler bulunmaktadır. Her ne kadar mevzuatımızda bu hususta açık bir düzenleme bulunmasa da yürürlükteki İcra ve İflas Kanunu'nda yer alan düzenlemeler çerçevesinde ilâmlı icra yoluna başvurulabileceği kabul edilmelidir. Nitekim Yargıtay kararlarında da mevcut hükümler çerçevesinde bazı çözüm önerileri getirilmiştir. Söz konusu icra takibinde özellikle icra takibine hangi tarafın başvuru hakkı bulunduğu, ilâm veya ilâm niteliğinde belgenin konusuna göre hangi takip yoluna başvurulabileceği, takibin devamına yönelik olarak hangi işlemlerin yapılması gerektiği hususlarına dikkat edilmesi gerekmektedir. Mevcut hükümler çerçevesinde bazı çözüm yolları bulmak mümkün olsa da İcra ve İflâs Kanunu ile bu hususlara ilişkin açık düzenleme yapılması uygulamadaki belirsizlikleri gidermek açısından faydalı olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Karşılıklı edimler, karşılıklı edimleri içeren ilâmlar, karşılıklı edimleri içeren ilâm niteliğinde belgeler, icra takibi, ilâmlı icra

Enforcement of Judgments Involving Reciprocal Obligations

* Uluslararası Fınal Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (av.zeynepdeveci@gmail.com)
ORCID: 0000-0003-2135-6471.



ABSTRACT

In our law, the enforcement of court orders involving reciprocal obligations and documents having the force of such orders is not explicitly regulated in the legislation. In contrast, German and Swiss legal systems contain clear provisions on this matter. Although Turkish legislation lacks specific regulation, it should be accepted that the enforcement of court orders involving reciprocal obligations may proceed within the framework of the existing provisions of the Enforcement and Bankruptcy Law. Indeed, the Court of Cassation has proposed certain solutions through its case law in light of the current regulations. In such enforcement proceedings, particular attention must be paid to which party has the right to initiate enforcement, which enforcement procedure is applicable depending on the content of the court order or document, and which steps are required for the continuation of the proceedings. While some practical solutions can be found under the existing provisions, introducing explicit regulations into the Enforcement and Bankruptcy Law would be beneficial in eliminating uncertainties and providing legal clarity in practice.

Keywords: *Reciprocal obligations, judgments involving reciprocal obligations, documents having the force of court orders involving reciprocal obligations, enforcement proceeding, enforcement of court orders*

GİRİŞ

Karşılıklı iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, uyuşmazlığın çözümü hususunda, her iki taraf bakımından da yükümlülük getiren edimlerin ifasının kararlaştırılması mümkündür. Söz konusu bu edimlerin aynı anda ifa edilmesinin kararlaştırılması halinde, bu hususun bir şart oluşturup oluşturmadığı bir sorun teşkil etmektedir. Zira gerek 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK)¹ gerekse 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda (HMK)²

¹ RG, 04.02.2011, S. 27836.

² RG, 04.02.2011, S. 27836.

bu hususta doğrudan bir hüküm bulunmamaktadır. Aynı şekilde bu yönde bir karar verilmesi durumunda bu hükmün veya anlaşmanın ne şekilde icra edileceği de 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda (İİK)³ açıkça düzenlenmemiştir. Her iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin hukukumuzda geniş bir uygulama alanı bulması, karşılıklı edimlerin ifasına ilişkin anlaşmalar ile kararların da sıkça karşımıza çıkması nedeniyle, bunların icrasının hangi şartlar altında yapılacağının tespit edilmesi önem arz etmektedir.

Karşılıklı edimleri içeren ilâmların ve ilâm niteliğinde belgelerin mevcut olması halinde bunların icrasının İcra ve İflas Kanunu'nda özel olarak düzenlenmemiş olması bunlara ilişkin icranın mümkün olup olmadığı ve mümkün olması halinde hangi şartlar altında gerçekleşeceği yönünde tartışmalara sebep olmuştur. Keza kanunda bu yöndeki icraya ilişkin açık bir düzenleme bulunmaması nedeniyle doktrinde mahkemelerce böyle bir karar verilemeyeceği, taraflar arasında buna ilişkin bir anlaşma yapıldıysa ilâm niteliğinde belge olarak kabul edilemeyeceği de savunulmaktadır. Yargıtay kararlarında mahkemeler tarafından edimlerin karşılıklı ifası yönünde kararların verildiği, ayrıca bu yönde anlaşmalar ile karşılıklı edimleri içeren ilâm niteliğinde belgelerin meydana geldiği ve bu kararların icrası bakımından mevcut düzenlemeler kapsamında bazı uygulamaların geliştirildiği görülmektedir. Bu uygulamaların ne ölçüde doğru olduğu ve meydana çıkabilecek diğer sorunlar da tespit edilerek bunların açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Karşılıklı edimlere ilişkin mahkeme kararları ile bunların icrası Alman hukukunda açıkça düzenlenmiştir. Yine İsviçre hukukunda da kısmen bu yönde bazı hükümler bulunmaktadır. Hukukumuz bakımından yol gösterici olması açısından bu düzenlemelerin dikkate alınarak bazı çözüm önerilerinin getirilmesi uygun olacaktır.

Çalışmamızda öncelikle karşılıklı edim kavramından genel olarak bahsedilmiş ve bu kavramdan ne anlaşılması gerektiği farklı ihtimallere göre açıklanmıştır. Genel olarak karşılıklı edimleri içeren ilâmlar ve ilâm niteliğinde belgeler tespit edilerek bunların icrası, icra

³ RG 19.06.1932, S. 2128.

takibinin farklı aşamalarına göre alt başlıklar halinde ele alınmıştır. Bu hususta öncelikle Alman ve İsviçre hukukundaki düzenlemelerden genel olarak bahsedilmiş, ayrıca mevcut düzenlemeler çerçevesinde hukukumuz bakımından değerlendirmeler yapılmıştır. Son olarak konuyla ilgili Cebri İcra Kanunu Taslağı'nda yer alan hükümler değerlendirilmiştir.

I. Karşılıklı Edim Kavramı

A. Genel Olarak

Bir borç ilişkisi kapsamında, borçlunun yerine getirmekle mükellef olduğu ve alacaklının da talep hakkına sahip olduğu borcun konusu edim olarak adlandırılır⁴. Borcun konusunu oluşturan edimin sözleşmeler bakımından görünümü, tek tarafa borç yükleyen, iki tarafa borç yükleyen veya çok tarafa borç yükleyen sözleşme olarak karşımıza çıkar⁵. Her iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan birinin edimi, diğer tarafın ediminin sebebini ve karşılığını oluşturur. Bu sebeple her iki tarafın edimleri arasında tam bir karşılıklılık ilişkisi söz konusudur⁶. Edimlerin taahhütlerindeki bağlılık, edim ve karşı edim arasında sıkı bir bağlılığa sebep olur ve her bir edim diğerinin karşılığı

⁴ Mustafa Reşit Karahasan, *Sorumluluk Hukuku*, Sözleşmeler, Beta Basım, 6. Baskı, İstanbul 2003, s. 56; Selahattin Sulhi Tekinay/ Sermet Akman/ Haluk Burcuoğlu / Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Filiz Kitabevi, 7. Baskı, İstanbul 1993; Fikret Eren/ Ünsal Dönmez, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi*, Cilt I, Yetkin, Ankara 2022, s. 151; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Legem Yayınevi, 29. Baskı, Ankara 2024, s. 98; Rona Serozan, *İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme*, Üçüncü Cilt, İstanbul, 2002, s. 63; Kemal Oğuzman, / Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt-1, 23. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2025, s. 7.

⁵ Ayşe Havutçu, *Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Olumlu Zararın Tazmini*, İzmir 1995, s. 3; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 53; Eren/Dönmez, s. 279; Eren, s. 220; Oğuzman/Öz, s. 356.

⁶ Karahasan, *Sözleşmeler*, s. 107; Salomon Kaniti, *Akdin İfa Edilmediği Def'i*, İstanbul, 1962, s. 49; Eren/Dönmez, s. 279; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 53; Eren, s. 1118; Oğuzman/Öz, s. 356; Serozan, s. 54; Havutçu, s. 4; Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt III, Legal Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 65.

niteliğindedir⁷. Her iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karşılıklılık ilişkisi ile borçların birbirine bağlı olmasının diğer bir sonucu ise bu borçların karşılıklı ve aynı anda ifa edilmesinin gerekmesidir⁸.

İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden kaynaklanan karşılıklı edim kavramı, sözleşmenin düzenlenmesinden sonra tarafların arasında bir uyuşmazlık meydana gelmesi halinde, uyuşmazlığın çözümü noktasında da karşımıza çıkar. Tıpkı sözleşmelerde olduğu gibi, bu halde de her iki tarafın edimi, diğer tarafın ediminin sebebi ve karşılığı niteliğindedir.

Taraflar arasında uyuşmazlık meydana geldikten sonra, uyuşmazlığın çözümü için mahkeme veya hakem kararı ile yahut taraflar arasındaki anlaşma ile edimlerin aynı anda ifa edilmesi gerektiği kararlaştırılabilir. Bu yöndeki bir karar ise ancak her iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından karşımıza çıkar⁹. Uygulamada ve yargı kararlarında özellikle tarafların aynı anda ve karşılıklı olarak edimlerini ifa etmesinin kararlaştırılması karşımıza çıkmakta ve bu halde kararların icrası konusunda sorunlar meydana gelmektedir. Öncelikle bu kapsamdaki ilâmlar ile ilâm niteliğinde belgelerin genel olarak tespit edilmesi çalışmamız açısından faydalı olacaktır.

B. Karşılıklı Edimleri İçeren İlâmlar ve İlâm Niteliğinde Belgeler

İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların, yargılama yoluyla veya yargılama dışı uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile çözüme kavuşturulması mümkündür. Dava şartı arabuluculuk veya öncelikle tüketici hakem heyetine başvuru

⁷ Eren/Dönmez, s. 279; Havutçu, s. 4; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 53; Antalya, s. 65.

⁸ Kaniti, s. 55.

⁹ Çiğdem Yazıcı, "Bir İşin Yapılmasına veya Yapılmamasına İlişkin İlâmların İcrası", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 16, Özel Sayı 2014, s. 2738. Bir işin yapılması veya yapılmamasına ilişkin ilâmların icrası hakkında ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. Mine Akkan, *Bir İşin Yapılması veya Yapılmamasına İlişkin İlâmların İcrası (İİK m.30, m. 343)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

zorunluluğu olan haller dışında, uygulamada genel olarak uyuşmazlığın çözümü için mahkemelere başvurulmaktadır. Bu sebeple karşılıklı edimlere ilişkin ilâmlar da genel olarak uyuşmazlığın taraflarca mahkeme önüne getirilmesi neticesinde, mahkeme tarafından bu yönde bir karar verilmesi şeklinde karşımıza çıkar.

Taraflarca ileri sürülen talebin niteliğine ve uyuşmazlığın türüne göre mahkeme tarafından, tarafların edimlerini aynı anda ve karşılıklı olarak ifa etmesine karar verilmesi söz konusu olabilir. Mahkeme tarafından bu yönde bir kararın verilmesinin mümkün olup olmadığı doktrinde şarta bağlı hüküm sorunu kapsamında ele alınmaktadır¹⁰. Şarta bağlı hüküm sorunu ayrı bir çalışmanın konusunu oluşturacak kapsamda olduğundan çalışmamızda ayrıntılı olarak bu husus incelenmeyecek, karşılıklı edimleri içeren ilâm ve ilâm niteliğinde belgelerin şarta bağlı hüküm kapsamında olup olmadığı tespit edildikten sonra çalışmamıza temel teşkil etmesi nedeniyle kısaca bunlar hakkında açıklamalara yer verilecektir.

Hukukumuzda edimlerin karşılıklı ve aynı anda ifası, özellikle iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin mahkeme huzurunda ödemezlik def'i ileri sürmesi hali bakımından karşımıza çıkar. Taraflar arasında iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme bulunuyor ve kendi edimini yerine getirmeyen taraf mahkemeden karşı tarafın edimini yerine getirmesi talebinde bulunuyorsa, davalının bu durumda ödemezlik def'inde bulunabilmesi mümkündür. Bu durumda mahkemece ne yönde karar verilmesi gerektiği tartışmalıdır. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, davalı tarafından ödemezlik def'i ileri sürülmüşse, mahkemenin davanın "şimdilik reddine"¹¹ karar vermesi

¹⁰ Örn. bkz. Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, Cilt I-II, 7. Baskı, İstanbul 2000, (Medeni Yargılama), s. 804; Süha Tanrıver, "Şarta Bağlı Hüküm Kavramı ve Verilip Verilemeyeceği Sorunu", *BATIDER*, (Şarta Bağlı Hüküm), s. 47; Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, Cilt I, Yetkin, 5. Bası, Ankara, 2024, (Usûl), s. 1147.

¹¹ Şimdilik ret kararı hakkında bkz. Muhammet Özekes / Nilüfer Boran Güneysu, "Mevsimsiz (Zamansız/Erken) Davanın Yargı Kararları Kapsamında Değerlendirilmesi", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, Cilt 81, Sayı 3, 2023, s. 895 vd.

gerekir¹². Yine aynı yöndeki başka bir görüş ise davanın şimdilik reddinden bahsetmeksizin, davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmaktadır¹³. Diğer görüşe göre ise, davalı tarafça ödemezlik def'i ileri sürülmüşse mahkemenin davacı ve davalıyı aynı anda edimlerini ifaya mahkûm etmesi mümkündür¹⁴. Fakat mahkemenin bu yönde karar verebilmesi için davalının alacağını def'i olarak ileri sürmüş olması gerekir, hâkim bu hususta re'sen araştırma yaparak karar veremez¹⁵.

Davanın reddi görüşünü savunan yazarlara göre, tarafları edimlerini ayna anda ifaya mahkûm etmek hukukumuz bakımından mümkün değildir¹⁶. Zira burada taraflardan birinin edimi karşı tarafın

¹² Kaniti, s. 171; Üstündağ, s. 804; Karahasan, Sorumluluk, s. 112; Oğuzman/Öz, s. 370; Eren, s. 1127; Kenan Tunçomağ, Borçlar Hukuku, *İÜHFD*, Cilt 28 Sayı 3-4, 1962, s. 843; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt II, 2. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977, s. 138.

¹³ Tanrıver, Şarta Bağlı Hüküm, s. 47; Tanrıver, Usûl, s. 1148; Antalya, s. 70. Eğer alacaklı temerrüdü yaratacak şekilde ifa teklifinde bulunulmuş ve bu teklif reddedilmişse, ödemezlik def'inin ortadan kalkacağı ve tek taraflı mahkûmiyet kararı verilmesi gerektiği yönünde bkz. Kaniti, s. 132 vd.

¹⁴ İlhan Postacioğlu, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 6. Bası, 1975, (Medeni Usul), s. 713; İlhan Postacioğlu / Sümer Altay, *Medenî Usûl Hukuku Dersleri*, 2015, (Medenî Usûl), s. 766; Esat Arsebük, *Borçlar Hukuku*, Cilt 1 ve 2, 3. Basım, Ankara 1950, s. 725; Halil Arslanlı, *Ticarî Bey*, 3. Bası, İstanbul 1952, s. 354; Saim Üstündağ, *Tapu Kütüğünün Tashihi Dâvası*, İstanbul, 1959, (Tapu Kütüğü), s. 138; Hakan Pekcanitez / Cemil Simil, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, Cilt II, 16. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2025, s. 1499; Cüneyt Pekmez, *Borcun İfa Edilmediği Defi (Ödemezlik Defi)*, İstanbul, 2021, s. 456. Bu görüşün usûl ekonomisine daha uygun olduğu yönünde bkz. Hakan Pekcanitez/ Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, On İki Levha Yayıncılık, 13. Bası, 2025, s. 443-444; Murat Atalı /Efe Direnisa, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, Cilt IV, 16. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2025, s. 1979; Ahu Ayanoglu Morali, "Taraflardan Birinin Dava Esnasında Borcun İfa Edilmediği Def'ini İleri Sürmesine Bağlanabilecek Sonuçlar", *MİHDER*, 2008/2, s. 464.

¹⁵ Üstündağ, Tapu Kütüğü, s. 138.

¹⁶ Üstündağ, Medeni Yargılama, s. 804; Tanrıver, Şarta Bağlı Hüküm, s. 47-48; Tanrıver, Usûl, s. 1147.

edimini yerine getirmesine bağlıdır ve burada bir şart söz konusudur. Hukukumuzda ise şarta bağlı hüküm verilmesini öngören bir düzenleme yoktur. Ayrıca bu yönde bir karar verilmesi halinde, aynı anda edimlerin ifasına ilişkin açık bir düzenleme bulunmadığından, hükmün icrası bakımından sorunlar meydana gelir¹⁷. Buna karşılık doktrinde, mahkemenin tarafları aynı anda ifaya mahkûm etmesinin usûl ekonomisine daha uygun olduğu, şarta bağlı hükmün çok geniş olarak yorumlanmaması ve hüküm açık ve icraya elverişli olduğu sürece, bu yöndeki hükmün yasak kapsamında sayılmaması gerektiği ileri sürülmüştür¹⁸.

Kanaatimizce de yargılamada davalının ödemezlik def'i ileri sürmesi davanın reddi sebebi olarak kabul edilmemeli, bunun yerine mahkemece taraflar edimlerini aynı anda ifaya mahkûm edilmelidir. Zira davanın reddine karar verilmesi halinde, davacı edimini ifa ettikten veya ifasını teklif ettikten sonra, davalı yine edimini yerine getirmezse yeniden dava açmak zorunda kalacaktır. Tarafları aynı anda ifaya mahkûm ederek uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması mümkünken, Türk hukukunda bu hükmün icrasına ilişkin açık bir düzenlemenin bulunmaması, bu hükmün bir şart teşkil edeceği ve şarta bağlı hüküm verilmesinin mümkün olmadığı gerekçeleriyle davanın reddine karar verilmesinin uygun olmayacağı kanaatindeyiz. Zira tarafların karşılıklı ve aynı anda ifaya mahkûm edilmesi, hükmün belirsiz ve açık olmaması sonucunu doğuran şarta bağlı hükümler kapsamında değerlendirilmemelidir¹⁹. Şarta bağlı hüküm konusunda tartışmalar bulunmakla birlikte bu çalışmanın kapsamını aştığından burada onlara değinmiyoruz²⁰. Mahkemece tarafların edimlerinin açık bir şekilde

¹⁷ Üstündağ, *Medeni Yargılama*, s. 804; Tanrıver, *Şarta Bağlı Hüküm*, s. 47-48; Tanrıver, *Usûl*, s. 1147.

¹⁸ Pekcanitez, /Atalay/Özekes, s. 443-444; Atalı/Direnisa, s. 1979.

¹⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 312.

²⁰ Şarta bağlı hüküm konusundaki tartışmalar için bkz. Üstündağ, *Medeni Yargılama*, s. 804; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt III*, 6. Baskı, İstanbul, 2001, (Cilt III), s. 3073; Tanrıver, *Şarta Bağlı Hüküm*, s. 49; Tanrıver, *Usûl*, s. 1149-1150; İlhan Postacıoğlu, "Şarta Muallak Hükümler", *Adliye Ceridesi*, Yıl 32, Sayı 2, 1941, (Şart), s. 112-118; Postacıoğlu, *Medeni Usul*, s.

hükümde belirtilmesi halinde bu hükmün cebri icrasını engelleyecek bir durum da söz konusu olmayacaktır. Bu sebeplerle, şarta bağlı hükümle ilgili tartışmalar bir yana, tarafların edimlerini karşılıklı ve aynı anda ifaya mahkûm edilmesi şarta bağlı hüküm olarak kabul edilmemeli ve mahkemenin bu yönde hüküm kurması mümkün kabul edilmelidir.

Tarafların karşılıklı edimlerle yüklenmesi ödemezlik def'i ileri sürülmesi hali dışında satış sözleşmesinde taraflardan birinin dönme hakkını kullanması durumunda edimlerin iadesi noktasında, tüketici işlemlerinde tüketicinin seçimlik haklardan olan ayıpsız misliyle değişim hakkını kullanması halinde (TKHK²¹ m. 11/1-ç), önalım davalarında ve Yargıtay tarafından kabul edilen diğer bazı hallerde karşımıza çıkabilir²².

Karşılıklı edimlere ilişkin ilâmlar mahkeme kararları dışında tahkim yargılaması neticesinde verilen kararlarla da söz konusu olabilecektir. İki tarafa borç yükleyen bir sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesi halinde de tahkim yargılamasının tarafları bakımından karşılıklı ve aynı anda ifaya ilişkin mahkûmiyet kararı verilmesi mümkündür.

Tarafların karşılıklı olarak edimle yüklenmesi ilâmlar dışında ilâm niteliğinde belgelerle de mümkündür. Bu kapsamda özellikle arabuluculuk anlaşma belgesi, sulh sözleşmesi, Avukatlık Kanunu²³ m. 35/A kapsamındaki uzlaşma tutanağı ve tüketici hakem heyeti kararları gibi belgeler gösterilebilir. Şüphesiz bunlar dışında karşılıklı edimleri içeren ilâm niteliğinde belgelerin ortaya çıkması da mümkündür. Doktrinde bu belgeler bakımından genel olarak şarta bağlı anlaşmaların yapılıp yapılamayacağı tartışılmıştır²⁴. Çalışmamız bakımından şarta

713; Mustafa Reşit Belgesay, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt II, Kısım III, İstanbul, 1939, s. 300.

²¹ 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, (RG, 28.11.2013, S. 28835).

²² Örn bkz. 15. HD, T. 4.4.2019, E. 2019/445, K. 2019/1552; 19. HD, E. 2007/2920, K. 2007/9834, T. 9.11.2007 (Legalbank).

²³ RG, 07.04.1969, S. 13168.

²⁴ Örn. bkz. Oğuz Atalay, "Tasarı Üzerine Genel Tartışma ve Değerlendirme", *Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-VI, Medenî Usûl Hukukunda*

bağlı hükümlerden ziyade karşılıklı edimlere ilişkin inceleme yapılmakta olduğundan bu tartışmalara yer verilmeyecektir. Ancak kanaatimizce ilâmlar bakımından da ifade etmiş olduğumuz üzere karşılıklı edimlerin kararlaştırılmış olması şart teşkil edecek nitelikte değildir. Bu sebeple gerek arabuluculuk süreci neticesindeki anlaşmalarla gerek sulh sözleşmesi ile gerekse taraflar ve avukatların bir araya gelerek imza altına almış olduğu Avukatlık Kanunu m. 35/A kapsamındaki uzlaşma tutanakları ve yine tüketici hakem heyeti kararları ile her iki tarafın edimlerini karşılıklı ve aynı anda ifa edeceği kararlaştırılabilir. Bunların ne şekilde icra edileceği ise aşağıda ayrıca incelenecektir.

II. Alman ve İsviçre Hukukunda Karşılıklı Edimlere İlişkin İlâmlı İcra

A. Alman Hukukunda

Karşılıklı ve aynı anda edimleri içeren ilâmların ne şekilde icra edileceği gerek Alman Borçlar Kanunu § 274/2 ile gerekse Alman Medenî Usûl Kanunu (ZPO) § 726/II, § 756 ve § 765 ile özel olarak düzenlenmiştir. Alman Medenî Kanunu (BGB) § 322/3'te yer alan atıf hükmü nedeniyle, bu madde gereğince verilecek olan karşılıklı ve aynı anda edimleri içeren ilâmların icrası bakımından da BGB § 274/2 uygulama alanı bulur. Söz konusu düzenlemeye göre, borçlunun kabulde temerrüde düşmesi halinde, alacaklı kendisine düşen edimi ifa etmeksizin borçlunun edimi ifası için cibrî icra yoluna başvurabilir.

Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir/Çeşme, 19-20 Ekim 2007, s. 286; Gökçe Arıkan, "Üçüncü Kişi Lehine Arabuluculuk Sözleşmesi ile Şarta Bağlı Arabuluculuk Sözleşmesinin İcra Edilebilirliği", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 25, Sayı 2, 2021, s. 137-142; Meral Sungurtekin Özkan, "Avukatlık Kanunu'nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi", *MİHDER*, 2005/II, s. 361-362; Atalı/Direnisa, s. 3430-3431; Alper Bulur, "Avukatlık Kanunu m. 35/A'nın Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Çerçevesinde İrdelenmesi ve Bir Düzenleme Önerisi", *TBB Dergisi*, 2010/89, s. 225; Melis Taşpolat Tuğsavul, *Türk Hukukunda Arabuluculuk*, Ankara, 2012, s. 78; Mustafa Özbek, "Avukatlık Kanunu'nun 35/A Maddesine Göre Arabuluculuk", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 59, 2001/3, s. 1260.

Dolayısıyla karşılıklı ve aynı anda edimleri içeren ilâmların icra edilebilmesi için borçlunun kabulde temerrüdü bir ön koşuldur²⁵. Zira borçlunun, alacaklının üstlendiği edimin ifasını kabul etmesi halinde, karşılıklı ve aynı anda ifa hükmü değil, başlı başına bir eda hükmü söz konusu olur²⁶.

Alman Medenî Usûl Kanunu'nda karşılıklı ve aynı anda edimleri içeren ilâmların ne şekilde icra edileceği esas olarak § 756 ile düzenlenmiştir. Söz konusu maddeden ayrı olarak ZPO § 726/II ve § 765'te de bu hükümlerin icrasına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Çalışmamızda öncelikle esas düzenleme olan § 756 incelenecek ve daha sonra diğer hükümlere ilişkin kısaca açıklamalara yer verilecektir.

ZPO § 756 iki fıkradan oluşmakta olup hükmün ilk fıkrasına göre, eğer icra takibinin konusu alacaklının borçlu ile aynı anda ifade bulunmasına bağlıysa, borçlunun tatmin edildiği veya kabulde temerrüde düştüğü resmî veya resmî olarak onaylanmış belgelerle kanıtlanmadıkça ve bu belgelerin bir sureti daha önce veya aynı anda tebliğ edilmedikçe, borçluya kabuldeki gecikmeyi haklı çıkaracak bir edim teklif etmeden, icra memuru icraya başlayamaz. Yine hükmün ikinci fıkrası gereğince, icra memurunun ifa teklifine karşı borçlu ifayı kabul etmeyeceğini beyan ederse, icra memuru icra takibine başlayabilir. Söz konusu hüküm gerek aynı anda edimleri içeren ilâmlar gerekse ilâm niteliğinde belgeler bakımından uygulama alanı bulur²⁷.

ZPO § 756 kapsamında icra takibinin yapılabilmesi için öncelikle icra memuru tarafından karşılıklı edimleri içeren bir ilâmın mevcut olup

²⁵ Andreas Günther, "Probleme bei der Vollstreckung von Zug-um-Zug-Urteilen aufgrund der Verklammerung von Leistung und Gegenleistung", *Deutsche Gerichtsvollzieher Zeitung*, 123. Jahrgang, Nr. 12, 2008, (Probleme), s. 178.

²⁶ Günther, Probleme, s. 178.

²⁷ Hans-Joachim Heßler, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, (Herausgegeben von Thomas Rauscher/Wolfgang Krüger), 6. Auflage, München, 2020, § 756 Rn. 6; Andreas Günther, *Die Vollstreckung von Urteilen auf Leistung Zug um Zug*, Marburg, 2010, (Vollstreckung), s. 70.

olmadığı kontrol edilmelidir²⁸. İcra elverişli bir ilâmdan bahsedebilmek için her iki edimin de açık bir şekilde kararda gösterilmiş olması gerekir²⁹. Eğer karşı edim kararda yeterince açık olarak gösterilmemişse tespit davası yoluyla edimin bağlayıcı bir şekilde açıklığa kavuşturulabileceği ve böylece icra takibine konu edilebileceği kabul edilmektedir³⁰. Bu ilâma dayalı olarak takip yapabilecek olan taraf ise yalnızca davacıdır³¹. Zira karşılıklı ve aynı anda edimleri içeren ilâmlar borçluya (davalıya) icra takibine başvurma hakkı tanımaz³². ZPO § 756 doğrultusunda icra edilecek kısım ilâmın yalnızca tarafların ana edimlerine ilişkin kısmıdır. İlâmın yargılama giderlerine ilişkin kısmı için ise bu madde uygulama alanı bulmaz³³.

Usûlüne uygun bir ilâmın mevcut olması halinde, takip talebini alan icra memuru, alacaklının takip talebinde sunduğu belgelere göre

²⁸ Daniel Schmidt, *Die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug und deren Vollstreckung*, Winterthur, 1963, s. 42; Bernhard Ulrici, *BeckOK ZPO*, (Herausgegeben von Volkert Vorwerk/Christian Wolf), 50. Edition, München, 2023, § 756 Rn. 2.4; David-Christoph Bittmann, *Wieczorek/Schütze Zivilprozessordnung und Nebengesetze Großkommentar*, 5. neu bearbeitete Auflage, 2023, § 756 Rn. 6.

²⁹ Ulrici, § 756 Rn. 4; Wolfgang Münzberg, *Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 7, 22. Auflage, 2002, s. 490; Henning Müller, *juris Praxiskommentar Elektronischer Rechtsverkehr*, Band 2-Zivilverfahren, 2. Auflage, Saarbrücken, 2022, § 756 Rn. 16; Mark Seibel, *Zöller Zivilprozessordnung*, 35. Auflage, 2024, § 756 Rn. 3; Bittmann, § 756 Rn. 8.

³⁰ OLG München, Beschluss vom 15.4.2016, 34 Wx 37/16 (Neue Juristische Online-Zeitschrift, 2016, 833, www.beckonline.de, erişim tarihi 27.12.2023)

³¹ Schmidt, *Zug um Zug*, s. 36; Daniel Ulber, *Erman Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar*, (Herausgegeben von Peter Westermann/Barbara Grunewald/Georg Maier-Reimer), 17. Auflage, Köln, 2023, § 322 Rn. 12.

³² Schmidt, *Zug um Zug*, s. 36; Johann Kindl, *Zivilprozessordnung*, (Herausgegeben von Ingo Saenger), 10. Auflage, Baden-Baden, 2023, §756 Rn. 2; Seibel, *Zöller ZPO § 756 Rn. 3*.

³³ Rolf Lackmann, *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar*, (Herausgegeben von Hans Joachim Musielak-Wolfgang Voit), 20. neubearbeitete Auflage, München, 2023, § 756 Rn. 3; Heßler, § 756 Rn. 10; Kindl, §756 Rn. 2; Münzberg, s. 490; Bittmann, § 756 Rn. 7; Günther, *Vollstreckung*, s. 71.

bir yol izler. Zira alacaklı, borçlunun kabulde temerrüde düştüğünü gösterecek resmî belge sunmuşsa, icra memurunun ayrıca borçluya edimin ifasını teklif etmesine gerek yoktur³⁴. Borçlu, yargılamanın devam ettiği sırada da kabulde temerrüde düşmüş olabilir. BGB'de yer alan düzenlemeler gereğince borçlu kabulde temerrüde düşmüş olsa da ödemezlik def'i ileri sürebilir ve bu halde mahkemece yine aynı anda ifaya mahkûmiyet kararı verilir. Ancak bu durumda alacaklının mahkemeden kabulde temerrüdün ilâmda tespit edilmesini talep etmesi mümkündür³⁵. Bu halde söz konusu ilâm da borçlunun kabulde temerrüdünü gösteren resmî belge niteliğindedir³⁶. Dolayısıyla icranın yapılabilmesi için gereken borçlunun kabulde temerrüdü, dava açılmadan önce veya sonra ya da karar verilmeden önce veya sonra gerçekleşmiş olabilir³⁷. ZPO § 756 gereğince, alacaklının kabulde temerrüde düştüğüne ilişkin belgelerin icra dairesine sunulması yeterli olmayıp en geç icra takibinin başlangıcında bu belgeler borçluya da tebliğ edilmiş olmalıdır³⁸. Bu yüzden icra memuru, alacaklı tarafından sunulan belgeler yanında bu belgelerin borçluya tebliğ edilip edilmediğini de kontrol etmelidir³⁹. Alacaklı tarafından takip talebinde bu yönde belgelerin sunulmuş olması halinde icra memuru takibe doğrudan başlar⁴⁰.

³⁴ Ulrici, § 756 Rn. 10; Bittmann, § 756 Rn. 17. Kabulde temerrüdün noter senetleriyle kanıtlanması hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Stefan Heinze, "Annahmeverzugsnachweis durch noterielle Urkunden bei Zugum-Zug-Zahlungstiteln (Gesellschaftsanteile)" *Neue Juiristische Wochenschrift*, Heft 34, 2023, 2468-2470,

³⁵ Günther, Probleme, s. 181; Günther, Vollstreckung, s. 31; Volker Emmerich, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, (Herausgegeben von Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Betta Limperg), 9. Auflage, München, 2022, MüKoBGB § 322 Rn. 21; Tettinger, § 322 Rn. 7; Artz, Erman BGB, § 274 Rn. 6.

³⁶ Günther, Probleme, s. 181; Emmerich, § 322 Rn. 21.

³⁷ Bittmann, § 756 Rn. 18.

³⁸ Ulrici, § 756 Rn. 11; Müller, § 756 Rn. 24.

³⁹ Bittmann, § 756 Rn. 20.

⁴⁰ Werner Sternal, *Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung Handkommentar*, (Herausgegeben von Johann Kindl/Caroline Meller-Hannich), 4. Auflage,

Takip talebinde alacaklı tarafından borçlunun edimin ifasını kabulde temerrüde düştüğünü gösterecek resmî bir belge sunulmadıysa, kanundaki açık hüküm gereğince, icra memuru tarafından, kabulde temerrüdü haklı çıkaracak şekilde⁴¹, borçluya edimin ifasının kabul edilmesinin teklif edilmesi gerekir. Bunun öncesinde, öncelikle takip talebinde bulunurken alacaklı tarafından edimin ifası da teklif edilmiş olmalıdır⁴². Alacaklı tarafından sunulan ifa teklifinin ilâma uygun olup olmadığı kural olarak icra memuru tarafından kontrol edilir⁴³. Ancak icra memuru bunu tespit edecek yeterlilikte değilse edimin uygun olup olmadığı hususunda bilirkişiye başvurulabileceği kabul edilmektedir⁴⁴. Bilirkişi raporunun yeterli olmadığı durumlarda, yine edimin ilâma uygun olup olmadığı hususunda tespit davası açılabilmesi de mümkündür⁴⁵. Eğer icra memuru teklif edilen edimin ilâma uygun

2021, § 756 Rn. 8; Müller, § 756 Rn. 19; Kindl, §756 Rn. 10; Thomas Doms, “Eine Möglichkeit zur Vereinfachung der Zwangsvollstreckung bei Zug-um-Zug-Leistung”, *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 23, s. 1341.

⁴¹ Burada kabulde temerrüdün şartları bakımından BGB § 293 vd. hükümlerine dikkat edilmesi gerekmektedir. Ulrici, § 756 Rn. 5; Müller, § 756 Rn. 26; Kindl, §756 Rn. 3; Seibel, Zöller ZPO § 756 Rn. 7; Bittmann, § 756 Rn. 10.

⁴² Ulrici, § 756 Rn. 3.1; Rolf Lackmann, *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar*, (Herausgegeben von Hans Joachim Musielak-Wolfgang Voit), 20. neubearbeitete Auflage, München, 2023, § 756 Rn. 4; Münzberg, s. 492.

⁴³ Ulrici, § 756 Rn. 4; Sternal, Rn. 5; Lackmann, § 756 Rn. 8; Müller, § 756 Rn. 27; Kindl, §756 Rn. 5; Bittmann, § 756 Rn. 8.

⁴⁴ Sternal, § 756 Rn. 5; Lackmann, § 756 Rn. 8; Kindl, §756 Rn. 5; Emmerich, MüKoBGB § 322 Rn. 19; Münzberg, s. 491. Aksi yöndeki görüş ise, eğer icra memuru ifanın ilâma uygun olup olmadığını tespit edemiyorsa icra takibini reddetmesi gerektiği ileri sürmektedir. Bkz. Ulrici, § 756 Rn. 9.1.

⁴⁵ BGH 9. Zivilsenat, Urteil vom 30.09.2010, IX ZR 175/09 (www.juris.de, erişim tarihi 03.01.2024). Karara konu olayda öncelikle ilk mahkeme tarafından bir yazılımın teslim edilmesi ile karşılığında bedelin ödenmesi yönünde aynı anda ifa kararı verilmiştir. Karar gereğince yazılımın 1.0 sürümünün teslim edilmesi gerekirken icra aşamasında alacaklı tarafından artık bu versiyonun mevcut olmaması ve kullanılamaması nedeniyle yazılımın 1.5 sürümü teklif edilmiştir. Yazılımın aynı sürümde olmaması nedeniyle teklifin kabul

olmadığını tespit ederse, söz konusu ilâmı icra etmez. Bu halde icra memuru alacaklıyı bilgilendirmeli ve gerekirse eksikliğin giderilmesi için kendisine imkân tanınmalıdır⁴⁶.

Alacaklının teklif etmiş olduğu edim, icra memuru tarafından borçluya teklif edilmelidir (§ 756/1). Borçlu, edimin ifasını kabule hazır olduğunu beyan eder ve karşı edimini de ifa ederse, icra memuru alacaklının edimini borçluya teslim eder⁴⁷. Borçlunun edimin ifasını kabul ettiğini beyan etmekle birlikte kendi edimini ifa etmemesi de temerrüde düşmesine yol açar ve alacaklının edimi borçluya teslim edilmez⁴⁸. Bu durumda icra memuru alacaklının talebi doğrultusunda ilâmı icra edebilir⁴⁹. Ayrıca borçlu ifayı kabul etmeyeceğini açıkça beyan etmişse, ZPO § 756/2 gereğince icra memuru, borçlu aleyhine icra takibine başlayabilir. Gerek icra memuru tarafından yapılan teklif gerekse borçlunun ifayı kabul etmeyeceğine dair beyanı, § 762 gereğince tutanak altına alınmalıdır⁵⁰.

Alman hukukunda kanunda düzenlenen bazı takip türleri bakımından yetkili icra organının icra müdürlüğü değil icra mahkemesi olduğu kabul edilmiştir. ZPO § 828 vd. hükümleri gereğince, alacak hakları ile malvarlığı haklarına ilişkin icra takipleri icra mahkemesi tarafından yürütülür. Söz konusu icra takiplerinin konusunu karşılıklı ve aynı anda edimleri içeren ilâm veya ilâm niteliğinde belgeler

edilmemesi üzerine tespit davası açılarak 1.5 sürümün ilâma uygun bir edim olduğunun tespiti talep edilmiştir. Bu durumun icra memurunun tek başına tespit edemeyeceği ve bilirkişinin de yeterli olmaması durumunda edimin ilâma uygun olup olmadığı yönündeki tespitin mahkeme tarafından yapılmasının mümkün olduğu kabul edilmiştir.

⁴⁶ Heßler, § 756 Rn. 34.

⁴⁷ Sternal, § 756 Rn. 7; Lackmann, § 756 Rn. 6; Heßler, § 756 Rn. 17; Seibel, Zöller ZPO § 756 Rn. 6; Günther, Probleme, s. 181; Bittmann, § 756 Rn. 12.

⁴⁸ Lackmann, § 756 Rn. 6; Günther, Probleme, s. 181; Münzberg, s. 492; Bittmann, § 756 Rn. 12.

⁴⁹ Günther, Probleme, s. 181.

⁵⁰ Ulrici, § 756 Rn. 12.3; Lackmann, § 756 Rn. 5; Heßler, § 756 Rn. 40; Müller, § 756 Rn. 29; Kindl, § 756 Rn. 11; Seibel, Zöller ZPO, § 756 Rn. 7; Emmerich, MüKoBGB § 322 Rn. 19; Münzberg, s. 501; Bittmann, § 756 Rn. 5.

oluşturuyorsa, icra mahkemesi tarafından yürütülen bu takiplerde § 765 hükmü uygulama alanı bulacaktır. ZPO § 756 için geçerli olan açıklamalar büyük ölçüde bu icra takipleri bakımından da geçerli olmakla birlikte, icra memurundan farklı olarak icra mahkemesinin alacaklının edimini borçluya teklif etme yetkisi bulunmamaktadır⁵¹. Ayrıca yine § 756'dan farklı olarak belgelerin icranın başlangıcı aşamasında borçluya tebliği mümkün değildir⁵². § 765/1 gereğince takip yapılabilmesi için § 756'da olduğu gibi, borçlunun kabulde temerrüde düştüğü resmî veya resmî olarak onaylanmış belgelerle kanıtlanmalıdır. İcra memuru tarafından borçluya edimin teklif edilmesi ve borçlunun kabul etmemesi halinde bunun tespit edildiği tutanak da bu kapsamda resmî belge olarak kabul edilmektedir⁵³. Aynı şekilde § 756/2 kapsamında borçlu edimi kabul etmeyeceğini açıkça beyan etmiş ve bu beyan da tutanak altına alınmışsa icra mahkemesinin icra işlemlerine başlaması mümkündür⁵⁴.

Karşılıklı ve aynı anda edimlere ilişkin diğer bir düzenleme ise ZPO § 726/2'de yer almaktadır. Esasen bu madde, doğrudan ilâmın ne şekilde icra edileceğini düzenlememekte, ilâmın icra edilebilir bir suretinin verilmesine ilişkin bir düzenleme getirmektedir⁵⁵. Kural olarak karşılıklı ve aynı anda edimlere ilişkin bir ilâm söz konusu olduğunda ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek olmaksızın ilâmın icra edilebilir bir nüshası verilir ve ZPO § 756 ve § 765'te yer alan hükümler gereğince

⁵¹ Ulrici, § 765 Rn. 1; Lackmann, § 765 Rn. 1; Kindl, § 765 Rn. 1; Münzberg, s. 544; Seibel, Zöller ZPO § 765 Rn. 3; Bittmann, § 765 Rn. 2; Günther, Vollstreckung, s. 152.

⁵² Kindl, § 765 Rn. 1; Münzberg, s. 544; Bittmann, § 765 Rn. 2; Günther, Vollstreckung, s. 152.

⁵³ Lackmann, § 765 Rn. 2; Kindl, § 765 Rn. 2; Seibel, Zöller ZPO, § 765 Rn. 3.

⁵⁴ Lackmann, § 765 Rn. 2; Kindl, § 765 Rn. 3; Seibel, Zöller ZPO, § 765 Rn. 5; Bittmann, § 765 Rn. 3.

⁵⁵ Alman hukukunda ilâma dayalı olarak icra takibi yapılabilmesi için ilâmın icra edilebilir bir nüshasının bulunması icra şartları arasında yer almaktadır. Bu belge, ilâmın icra edilebilir nitelikte olduğuna dair resmî bir belge olup icra organlarını ilâmın icra edilebilir nitelikte olup olmadığını kontrol etmek zorunda olmaktan kurtarmaktadır. Bkz. Wolfgang Lücke, *Zivilprozessrecht II Zwangsvollstreckung*, 11. Auflage, 2021, s. 34.

icra organı tarafından karşı edimin yerine getirilip getirilmediği kontrol edilir⁵⁶. Ancak karşılıklı ve aynı anda edimleri içeren ilâmda borçlunun edimi bir irade beyanında bulunmaktan ibaretse, söz konusu hükümler uygulanmaz ve ZPO § 894 ile borçlunun korunması amacıyla farklı bir prosedür öngörülmüştür⁵⁷.

Bu hükümle bağlantılı olarak § 726/2 hükmünün dikkate alınması gerekir. Söz konusu hükme göre, eğer icra takibi, alacaklının borçluya aynı anda ifada bulunmasına bağlıysa ve borçlunun edimi bir irade beyanında bulunmaktan ibaretse, borçlunun tatmin edildiğinin veya kabulde temerrüde düştüğünün ispat edilmesi halinde bu ilâmın icra edilebilir bir suretinin verilebilmesi mümkündür. Söz konusu bu hüküm, yalnızca borçlunun irade beyanında bulunmaya yönelik yükümlülüğünün bir mahkeme kararından kaynaklanması durumunda uygulama alanı bulur. İlâm niteliğinde belgelerden kaynaklanması halinde söz konusu hükmün uygulanması mümkün değildir⁵⁸. Bu ilâmın icra edilebilir bir suretini elde etmek isteyen alacaklı, borçlunun tatmin edildiğini veya kabulde temerrüde düştüğünü, aynı maddenin ilk fıkrasında yer alan belgelerle, dolayısıyla resmî veya resmî olarak onaylanmış belgelerle ispat etmelidir⁵⁹. İlâmın icra edilebilir nüshasının verilmesi halinde, § 894'te yer alan açık hüküm gereğince, borçlunun yükümlülüğü olan irade beyanı gerçekleşmiş sayılır.

B. İsviçre Hukukunda

İsviçre hukukunda İsviçre Medenî Usûl Kanunu'nda (sZPO) karşılıklı ve aynı anda ifa yükümlülüğüne ilişkin mahkeme kararı verilmesini öngören doğrudan bir düzenleme bulunmamakta fakat bu

⁵⁶ Lackmann, § 726 Rn. 7; Seibel, Zöller ZPO, § 726 Rn. 11; Kindl, § 726 Rn. 1; Günther, Vollstreckung, s. 42.

⁵⁷ Lackmann, § 726 Rn. 7; Seibel, Zöller ZPO, § 726 Rn. 11; Kindl, § 726 Rn. 1; Günther, Vollstreckung, s. 157.

⁵⁸ Michael Giers / Haas, Ulrich: Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung Handkommentar, (Herausgegeben von Johann Kindl/Caroline Meller-Hannich), 4. Auflage, 2021, § 726 Rn. 15; Ulrici, § 726 Rn. 8; Lackmann, § 726 Rn. 7; Günther, Vollstreckung, s. 158. Aksi yönde bkz. Kindl, § 726 Rn. 1.

⁵⁹ Giers/Haas, § 726 Rn. 15; Lackmann, § 726 Rn. 7; Kindl, § 726 Rn. 1; Seibel, Zöller ZPO, § 726 Rn. 11.

yöndeki hükümlerin icrasının mümkün olduğu öngörülmektedir. Ayrıca İsviçre Borçlar Kanunu Art. 82 dayanak gösterilerek borçlunun yargılama sırasında ödemezlik def'i ileri sürmesi halinde, mahkemenin aynı anda ifaya mahkûmiyet kararı verebileceği kabul edilmektedir⁶⁰.

Edimlerin aynı anda ifasını içeren hükümlerin icrası bakımından İsviçre Medenî Usûl Kanunu Art. 342 ile özel bir düzenleme getirilmiştir. Söz konusu hüküm gereğince, şarta bağlı veya karşılıklı edimleri içeren ilâmlar, ancak icra mahkemesi tarafından şartın yerine getirildiği veya edimin usûlüne uygun olarak teklif edildiği, ifa edildiği veya güvence altına alındığı tespit edildikten sonra icra edilebilir. İcra bakımından getirilen bu düzenleme ile davayı kazanan tarafın, şartın gerçekleşip gerçekleşmediğini veya ifa edilen karşı edimin ilk derece mahkemesi önünde ikinci bir dava ile tespit ettirmek zorunda olmaması sağlanarak, ilâmın icrasının kolaylaştırılması amaçlanmaktadır⁶¹. İcra mahkemesi tarafından, edimin ifa edilip edilmediği, usûlüne uygun olarak teklif edilip edilmediği veya güvence altına alınıp alınmadığının tespit edilebilmesi için ilâmda karşı edimin açıkça gösterilmiş olması önemlidir⁶². İlâmda şart veya karşı edim yeterli açıklıkta gösterilmemişse icra takibi yapılamayacağından uyuşmazlığın olağan yargılama yoluyla çözülmesi gerekir⁶³.

sZPO Art. 342'de yer alan şartın gerçekleşip gerçekleşmediğini icra mahkemesi re'sen gözetme yetkisine sahip değildir. Burada taraflarca getirilme ilkesi geçerli olduğundan, borçlu tarafından bu

⁶⁰ Schmidt, Zug um Zug, s. 23 vd. Ayrıca bkz. Bundesgericht Schweiz, BGE 127 III 199, 04.04.2001 (www.swisslex.ch, erişim tarihi 03.01.2024).

⁶¹ Franz Kellerhals, *Schweizerische Zivilprozessordnung Berner Kommentar*, (Herausgegeben von Heinz Hausheer/Hans Peter Walter), Bern, 2012, s. 3133; Melanie Huber, *Die Vollstreckung von Urteilen nach der Schweizerischen ZPO*, 2016, Rn. 96; Reto M. Jenny, *ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar*, (Herausgegeben von Alexander Brunner/Dominik Gasser/IvoSchwander), 2. Auflage, 2016, s. 2585.

⁶² Huber, Rn. 98.

⁶³ Thomas Sutter-Somm / Benedikt Seiler, *Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Zürich-Basel-Genf, 2021, s. 1422.

yönde bir itiraz ileri sürülmüş olması halinde ancak bir inceleme yapılabilir⁶⁴.

İcra mahkemesi tarafından inceleme, sZPO Art. 339/2 gereğince basit yargılama usûlüne tâbidir. Bu yargılamada alacaklı, kendi üzerine düşen karşı edimi teklif ettiği, ifa ettiği ya da güvence altına aldığını ispat etmekle yükümlüdür⁶⁵. Bu ispat faaliyeti kapsamında alacaklının her türlü delile başvurabileceği kabul edilmektedir⁶⁶. Alacaklının bu kapsamda icra takibi yapabilmesi için edimini ifa etmiş olması zorunlu olmayıp ifayı teklif etmiş olması da yeterlidir⁶⁷. Zira burada takibin konusunu edimlerin aynı anda ifasını içeren bir ilâm oluşturur⁶⁸. Alacaklı tarafından edimin ifasının usûlüne uygun olarak teklif edildiği ve borçlunun da edimin ifasını kabulde temerrüde düştüğü ispatlanırsa, sZPO Art. 342’de yer alan şartların gerçekleştiği kabul edilmelidir⁶⁹. Bu durumda edimlerin aynı anda ifasını içeren ilâm icra edilebilir hale gelir⁷⁰. İcra mahkemesi tarafından yapılan bu yöndeki tespit yalnızca

⁶⁴ Sutter-Somm/Seiler, s. 1422; Kellerhals, s. 3134; Huber, Rn. 102; Dominik Gasser / Brigitte Rickli, *Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kurzkommentar*, 2. nachgeführte Auflage, Zürich, 2014, s. 347. Aksi yöndeki görüşe göre ise burada bir icra şartı söz konusu olduğundan ZPO Art. 341 gereğince bu hususun re’sen gözetilmesi gerekir, dolayısıyla borçlunun bu yönde bir itiraz ileri sürmesine gerek yoktur. Bkz. Rainer Egli, *ZPO Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung*, OFK-Orell Füssli Kommentar, (Herausgegeben von Myriam A. Gehri/Ingrid Jent-Sorensen/Martin Sarbach), 2. überarbeitete Auflage, Zürich, 2015, s. 688.

⁶⁵ Sutter-Somm/Seiler, s. 1423; Kellerhals, s. 3134-3135; Huber, Rn. 104; Jenny, s. 2586; Gasser/Rickli, s. 347; Egli, s. 688.

⁶⁶ Kellerhals, s. 3134; Huber, Rn. 104; Jenny, s. 2587; Daniel Staehelin, *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, (Herausgegeben von Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger), 3. Auflage, 2016, s. 2754; Sutter-Somm/Seiler, s. 1422; Egli, s. 688; Florian Bommer, *Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO)*, SHK-Stämpflis Handkommentar, (Herausgegeben von Baker/McKenzie), Bern, 2010, s. 1241-1242.

⁶⁷ Huber, Rn. 107; Staehelin, s. 2754.

⁶⁸ Huber, Rn. 107.

⁶⁹ Huber, Rn. 107.

⁷⁰ Kellerhals, s. 3135; Staehelin, s. 2753.

icra hukuku bakımından sonuç doğuracağından daha sonra genel mahkemelerde yapılacak bir yargılama ile koşulun gerçekleşip gerçekleşmediği veya edimin ilâma uygun olarak teklif edilip edilmediği hususu gündeme gelebilecektir⁷¹.

Karşılıklı ve aynı anda edimleri içeren ilâmların yanında şarta bağlı ilâmlar da sZPO Art. 342 kapsamında icra edilebilir. Ancak bu kapsamda yalnızca geciktirici şarta bağlı hükümlerin icra takibinin konusunu oluşturabileceği kabul edilmektedir⁷². Geciktirici şarta bağlı hükümlerin icrasında da şartın gerçekleşip gerçekleşmediği Art. 342'deki açık düzenleme sebebiyle icra mahkemesi tarafından kontrol edilir.

III. Hukukumuzda Karşılıklı Edimlere İlişkin İcranın Genel Çerçevesi

A. Genel Olarak

Karşılıklı ve aynı anda edimleri içeren ilâmlar ve ilâm niteliğinde belgeler bakımından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda doğrudan bir hüküm olmadığı gibi, mahkemece bu yönde bir karar verilmiş olması veya ilâm niteliğinde belgelerle uyumsuzluğun bu şekilde çözüme kavuşturulmuş olması halinde, bu nitelikteki ilâmlar ile ilâm niteliğinde belgelerin ne şekilde icra edileceğine dair de İcra ve İflas Kanunu'nda özel bir düzenleme yoktur. Kanunda bu hükümlerin icrasına ilişkin bir düzenlemenin bulunmaması gerek doktrinde gerekse Yargıtay kararlarında farklı görüşlerin ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir.

Doktrinde bazı yazarlarca İcra ve İflas Kanunu'nda şarta bağlı hükümlerin icrasına ilişkin bir düzenlemenin bulunmaması, mahkemelerce bu yönde karar verilmeyeceği şeklinde yorumlanmıştır⁷³. Çalışmamız bakımından önem arz eden husus karşılıklı ve aynı anda edimlere ilişkin icra takibi olduğundan, geciktirici veya bozucu şarta bağlı hükümlerin icrasına ilişkin tartışmalara burada yer vermiyoruz.

⁷¹ Kellerhalls, s. 3135; Sutter-Somm/Seiler, s. 1423.

⁷² Kellerhals, s. 3133; Jenny, s. 2585.

⁷³ Örn. Bkz. Üstündağ, Medeni Yargılama, s. 804; Tanrıver, Şarta Bağlı Hüküm, s. 47-48; Tanrıver, Usûl, s. 1147.

Karşılıklı ve aynı anda edimleri içeren ilâmların icrasının ne şekilde yapılacağı hususunda yürürlükteki kanunda açık bir hüküm bulunmamakla birlikte Cebrî İcra Kanunu Taslağı (CİKT) ile bu hususa ilişkin bazı düzenlemeler yapılmış olup söz konusu düzenlemeler aşağıda ilgili başlıklar altında ele alınacaktır.

B. Karşılıklı Edimleri İçeren İlâmlar ve İlâm Niteliğinde Belgelerin İcra Edilebilirliği Sorunu

Kanunda karşılıklı edimleri içeren ilâmların ne şekilde icra edileceğinin açıkça öngörülmemiş olması mahkemelerce bu yönde karar verilmiş olması halinde bunların icra edilip edilemeyeceği tartışmalarına yol açmıştır. İlâm niteliğinde belgeler de ilâmların icrası hükümlerine göre icra edilecek olduğundan esasen söz konusu tartışmalar karşılıklı edimleri içeren ilâm niteliğinde belgeler bakımından da geçerli olacaktır.

Karşılıklı edimleri içeren ilâmları şarta bağlı hüküm kapsamında değerlendiren yazarlarca mahkeme tarafından bu yönde bir hüküm verilemeyeceği kabul edilmektedir⁷⁴. Zira İcra ve İflas Kanunu'nda bu hükümlerin ne şekilde icra edileceği düzenlenmemiş olduğundan mahkeme tarafından karşılıklı edimlere karar verilmesi pratik bir fayda sağlamayacaktır⁷⁵. Bu görüşe göre burada edimler birbirinin şartını oluşturduğundan taraflardan her birinin bağımsız olarak kararı icra etme imkânı da bulunmamaktadır⁷⁶. Bu sebeple mahkemenin karşılıklı ve aynı anda ifaya yönelik mahkûmiyet kararı vermesi mümkün olmadığı gibi mahkemece böyle bir karar verilmiş olması halinde bunların icrası da mevcut hükümler çerçevesinde mümkün değildir⁷⁷.

Doktrinde bu görüşün aksine mahkemece karşılıklı edimlere ilişkin karar verilebileceği ve bu kararların icrasının mümkün olduğu da kabul edilmektedir. Bu konuda bir görüşe göre⁷⁸, kendi alacağı için takip başlatan alacaklı takip talebinde bulunana kadar kendi edimini ifa

⁷⁴ Üstündağ, Medeni Yargılama, s. 804; Tanrıver, Şarta Bağlı Hüküm, s. 47-48; Tanrıver, Usûl, s. 1147.

⁷⁵ Üstündağ, Medeni Yargılama, s. 804; Tanrıver, Şarta Bağlı Hüküm, s. 47.

⁷⁶ Tanrıver, Şarta Bağlı Hüküm, s. 47-48; Tanrıver, Usûl, s. 1148.

⁷⁷ Tanrıver, Şarta Bağlı Hüküm, s. 47; Tanrıver, Usûl, s. 1147.

⁷⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 312.

etmeli veya fiilen ifasını teklif etmelidir. Diğer görüşe göre⁷⁹ davacı, kendine yüklenen borcu yerine getirmiş olduğunu İİK m. 33 kapsamında ispat etmedikçe, bu ilâma dayalı olarak karşı taraf aleyhine icra takibine başvuramaz. Bunun için icra alacaklısının, edimini ifa ettiğinin tespiti için dava açması gerekir ve mahkemenin bu yöndeki tespiti sonrasında ilk mahkeme tarafından verilen kararı icra etme hakkına sahip olur. Fakat bu hususun uygulanabilmesi için ilk mahkeme kararında edimlere karşılıklı olarak hükmederken, aynı zamanda veya birinin diğerinden önce ifa edilmesi gerektiği hüküm fıkrasında açıkça belirtmiş olmalıdır. Eğer kararda aynı anda olduğu belirtilmeksizin taraflar birbirinden bağımsız olarak karşılıklı edimlerle yüklenmişse, bu karara dayalı olarak aleyhine icra takibi başlatılan taraf, diğer tarafın edimini ifa etmediğinden bahisle icra takibine karşı koyamaz⁸⁰. Başka bir görüş gereğince taraflardan her biri, ilâmı kendi bakımından icra takibine konu edebilir⁸¹. Yine diğer bir görüşe göre⁸²,

⁷⁹ Postacıoğlu/Altay, *Medenî Usûl*, s. 766.

⁸⁰ İlhan Postacıoğlu / Sümer Altay, *İcra Hukuku Esasları*, İstanbul, 2010, (İcra), s. 782.

⁸¹ Üstündağ, *Tapu Kütüğü*, s. 138; Saim Üstündağ, *İcra Hukukunun Esasları*, 8. Baskı, İstanbul, 2004, (İcra), s. 360. *Postacıoğlu* da daha eski tarihli eserinde bu yönde görüş beyan etmiştir. Bkz. İlhan E. Postacıoğlu, *İcra Hukuku Esasları*, İstanbul, 1982, (İcra), s. 630. Bu görüşün aksine *Tanrıver*, karşılıklı ve aynı anda ifaya mahkûmiyet kararı verilmesi halinde hükmolunan edimlerin birbirinin şartını oluşturduğunu, bunların birbirinden ayrı olarak icra edilmesine imkân tanınmasının hem bu hükümlerin özüne aykırı düşeceğini hem de edimler arasındaki sıkı bağlılığın maddî hukukun elvermediği bir şekilde birbirinden ayrılması sonucunu doğuracağını ifade etmektedir. Bkz. Tanrıver, *Usûl*, s. 1037.

Bu hususta bir Yargıtay kararında da aynı hususta ikinci bir icra takibi açılmayacağı kabul edilmiştir. “*Borçlu ... A.Ş. vekili, vekil edeni aleyhine başlatılan ilamlı takibe karşı icra mahkemesine başvurusunda; takip konusu ilamın karşılıklı borç ve alacakları içerdiğini, kendilerinin, bu takipten önce alacaklı aleyhine ... 12.İcra Müdürlüğü’nün 2015/749 Esas sayılı dosyasında, ilamdaki para borçlarını depo ederek senetlerin kendilerine teslimi istemiyle takip başlattıklarını, borçlunun da bu takipte hisse senetlerini icra müdürlüğüne teslim ederek depo edilen paranın hesaplarına aktarılmasını talep ettiğini, fakat aynı ilama dayalı olarak ikinci kez başlatılan bu takibin ise mükerrer olması ve 2. takipteki bütün alacakların*

ilâmı icraya koyacak olan davacı, karşı edimi sözleşmeye uygun olarak ifa ettiğini veya ifayı teklif ettiğini icra dairesi önünde ispat ederse, ilâmı doğrudan icra ettirebilir. Ayrıca işin niteliği uygun düştüğü ölçüde, icra dairesi ifa temsilcisi sıfatıyla ifa teklifini davalıya yapabilir. Eğer davacının karşı edimini bir malın teslimi oluşturuyorsa, davacı malın teslimine ilişkin ifa teklifini ispat etmeli veya gerektiği hallerde icra dairesine veya göstereceği üçüncü bir kişiye malı tevdi etmelidir. Karşı edimin yapma borcu olduğu hallerde, davacı (alacaklı) yapma borcunun ifasını teklif ettiğini ispat etmeli ve İİK m. 30 kapsamında icra emri gönderilmesini talep etmelidir⁸³.

Kanunda karşılıklı ve aynı anda edimleri içeren ilâmların icrasına ilişkin açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, Yargıtay kararları ile bu yöndeki icra takipleri bakımından, mevcut hükümler çerçevesinde, belirli çözüm yolları bulunmuştur. Bu yöndeki ilâmlar bakımından, Yargıtay kararlarında tarafların *“birlikte ifa yükümlülüğü”* altında olduğu kabul edilmektedir. Yerleşik içtihatlar gereğince,

ilk dosyada ödenmiş olması nedeniyle ... 19.İcra Müdürlüğü’nün 2015/3007 E. sayılı takibin iptalini talep etmiştir...

Takip dayanağı yabancı mahkeme ilâmı incelendiğinde; “102377,44 Euro ve ilaveten 30.03.2007 tarihi itibarı ile temel faiz oranları bazı üzerinde %5 faiz ödemesi ve ödemenin, davalıya ait hisse senedi evraklarının toplam 3000 hisse senedinin davalıya geri iadesi karşılığında yapılmasına” şeklinde hüküm kurulduğu, ilâmın bu haliyle; taraflara aynı zamanda ifa yükümlülüğü getiren karşılıklı edimleri içerdiği görülmektedir...

Yukarıda açıklanan icra dosya safahatı kapsamında, ilama konu para alacağının, ilk takip dosyasına depo edildiğini, paranın bu dosyadan tahsil edilme imkanının olduğunu ve hatta tahsil aşamasında olduğunu bildiği halde alacaklının aynı paranın tahsili için ... 19. İcra Müdürlüğü’nün 2015/3007 E. sayılı dosyası ile 09.02.2015 tarihinde yaptığı takip usule ve yasaya aykırıdır.” 12. HD, T. 2.5.2018, E. 2018/2185, K. 2018/4053 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

Karşılıklı ve aynı anda edimleri içerse dahi, aynı ilâma dayalı olarak birden fazla takip başlatılmasının usûl ekonomisine aykırı olduğu ve ikinci takibin iptal edilmesi gerektiği yönünde bkz. 12. HD, T. 18.6.2018, E. 2018/8269, K. 2018/163 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

⁸² Pekmez, s. 460.

⁸³ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Pekmez, s. 460-465.

tarafllara birlikte ifa yükümlülüğü yükleyen bir ilâma dayalı olarak, alacaklı tarafından kendi edimini ifa etmeden icra takibi başlatılmışsa alacaklı, yüklenmiş olduğı edimin ifasına hazır olduğunu bildirene ve bu edimin usûlüne uygun olarak ifası sağlanana kadar takibin durdurulmasına karar verilmesi gerekir. Örneğin bu yöndeki bir Yargıtay kararında şu ifadelere yer verilmiştir⁸⁴:

“İcra takibinin dayanağı, ... Asliye Ticaret Mahkemesi’nin 2014/598 Esas 2015/25 Karar sayılı ilamında ”... 106.767,31 TL’nin dava tarihinden itibaren avans faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine; birlikte ifa kuralı gereğince, davalı elinde bulunan ve yukarıda belirtilen satış bedelinin iadesine karar verilen 535 adet akünün davacı tarafından davalıya iadesine” karar verilmiştir. Anılan ilam edimlerin aynı zamanda ifası (birlikte ifa) yükümlülüğünü vermektedir. İlamın infazı, 535 adet akünün teslimi ile belirlenen tazminat tutarının ödenmesinin birlikte gerçekleştirilmesini gerektirir. Bu durumda takip başlatan alacaklının, ilamda belirtilen 535 adet akünün teslimine hazır olduğunu bildirene ve usulüne uygun iadesi sağlanana kadar takibin durdurulmasına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde sonuca gidilmesi doğru değildir.”

Yargıtay’ın bu yöndeki çözümü, alacaklının ediminin bir malın teslimini oluşturduğu haller bakımından söz konusu olmaktadır. Eğer alacaklının ilâm gereğince yüklenmiş olduğı edim, para borcunun ödenmesi niteliğindeyse, Yargıtay’a göre bu durumda alacaklı ödemesi gereken tutarı ödemeye hazır olduğunu bildirip, alacaklının bu bedeli usûlüne uygun olarak depo edip ödemesi sağlanana kadar takibin durdurulmasına karar verilmesi gerekir⁸⁵.

⁸⁴ 8. HD, T. 27.11.2017, E. 2015/15187, K. 2017/15606. Aynı yönde bkz. 8. HD, T. 30.01.2017, E. 2015/1106, K. 2017/876; 8. HD, T. 30.10.2017, E. 2015/11825, K. 2017/14000 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

⁸⁵ 12. HD, T. 20.9.2018, E. 2018/3546, K. 2018/8436 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

Adalet Bakanlığı Mevzuat Genel Müdürlüğü bünyesindeki bilim komisyonu tarafından hazırlanan Cebri İcra Kanunu Taslağı kamuoyu görüşüne sunulmuş olup söz konusu Taslak Kanun'da karşılıklı edimlere ilişkin icra takipleri bakımından da bazı düzenlemeler yer almaktadır. Karşılıklı edimlerin ifasını içeren ilamların icrası başlıklı CİKT m. 64 hükmü şu şekildedir⁸⁶:

“Karşılıklı edimlerin ifasını içeren icra emrinin tebliği üzerine borçlu iki hafta içinde dilekçeyle icra hukuk mahkemesine başvurarak, alacaklının kendi edimini ifa etmediğini veya ifayı teklif etmediğini ileri sürmek suretiyle icranın geri bırakılmasını talep edebilir. Bu husus 57 nci maddenin dördüncü fıkrası uyarınca icra emrinde borçluya ayrıca ihtar edilir.

Alacaklı, edimini ifa veya ifayı teklif ettiğini genel hükümler çerçevesinde ispatlayamadığı ya da bu hususları yargılama sırasında yerine getirmedeği takdirde icranın geri bırakılmasına karar verilir. Alacaklı, edimini ifa veya ifayı teklif ettiğini ispat ederse, icranın geri bırakılması talebi reddedilir”.

Yine CİKT m. 57/3 hükmüne göre “Dayanak ilam karşılıklı edimlerin ifası hükmünü içeriyor ise borçlunun, icra emrinin tebliğinden itibaren iki hafta içinde dilekçeyle icra hukuk mahkemesine başvurarak, alacaklının kendi edimini ifa etmediğini veya ifayı teklif etmediğini ileri sürerek icranın geri bırakılmasını talep edebileceği hususu icra emrinde yer alır”.

CİKT m. 64'ün gerekçesinde mahkemenin şarta bağlı hüküm veremese de özellikle tüketici mahkemelerinde yaygın olarak her iki tarafa edim yükleyen hükümlerin verildiği, bu hükümlerin esasen borçlar hukuku anlamında şarta bağlı nitelikte olmadığı, söz konusu hükümlerin nasıl icra edileceğinin 2004 sayılı Kanun'da yer almamasının yargılama ve icra aşamasında büyük sorunlara ve farklı uygulamalara yer açtığı ifade edilmiştir. Yine gerekçede ilgili kanun maddesi düzenlenirken Alman ve İsviçre Federal Usûl Kanunlarından

⁸⁶ <https://mgm.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/cebr-icra-kanunu-taslagi24072025041230> (Erişim Tarihi: 13.10.2025).

faydalanıldığı ve alacaklının kendi edimini ifa etmesi veya ifasını teklif etmesi kıstasının esas alındığı belirtilmiştir.

Gerek doktrinde ileri sürülen görüşler gerekse Yargıtay kararları çerçevesinde yapılacak değerlendirme ile karşılıklı ve aynı anda edimleri içeren ilâmlar ile ilâm niteliğinde belgeler bakımından, icra takibinin ne şekilde gerçekleştirilmesi gerektiği aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Yukarıda yer vermiş olduğumuz Cebrî İcra Kanunu Taslağı'nda yer alan hükümler ise ayrı bir başlık altında değerlendirilecektir.

C. İcra Takibinin Tarafları

Karşılıklı ve aynı anda edimleri içeren ilâmlar ve ilâm niteliğinde belgeler, her iki tarafa da belirli yükümlülükler yükler. Bu yüzden taraflar edimlerin ifasının sağlanabilmesi için cebrî icra yoluna başvuru hakkına sahiptir. İİK m. 38 gereğince ilâm niteliğinde belgelerin icrası da ilâmların icrası hakkındaki hükümlere tâbi olduğundan, kural olarak icra takibi hakkında yapılan açıklamalar takibin dayanağının gerek ilâm gerekse ilâm niteliğinde belge olması halinde geçerlidir. Ancak karşılıklı ve aynı anda edimleri içeren ilâmlar ve ilâm niteliğinde belgelerin cebrî icra yoluyla ifasının sağlanabilmesi için, hangi tarafın icra takibi yoluna başvurabileceği ilâmlar ve ilâm niteliğinde belgeler bakımından farklılık arz eder. Bu yüzden her birinin ayrı ayrı ele alınması gerekir.

İlâmlı icrada takip talebinde bulunmaya hakkı olan alacaklı, ilâm veya ilâm niteliğinde belge lehine olan, dolayısıyla ilâm veya ilâm niteliğinde belge gereğince alacaklı sıfatına sahip olan kişidir⁸⁷. Davacı tarafından bir edimin ifası için mahkemeden talepte bulunulması ve davalının ödemelik def'i ileri sürmüş olması halinde, mahkeme tarafından her iki tarafın edimini de aynı anda ifa etmesi yönünde karar

⁸⁷ Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2013, (El Kitabı), s. 904; Postacıoğlu/Altay, *İcra*, s. 781; Üstündağ, *İcra*, s. 358; Hakan Pekcanitez / Oğuz Atalay / Meral Sungurtekin Özkan / Muhammet Özkes, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, On İki Levha Yayıncılık, 12. Baskı, İstanbul, 2025, s. 322; Ramazan Arslan / Ejder Yılmaz / Sema Taşpınar Ayvaz / Emel Hanağası, *İcra ve İflâs Hukuku*, 10. Baskı, Ankara, 2024, s. 484; Talih Uyar, "İlama Aykırı Takiplerin İptali", *Ankara Barosu Dergisi*, 2014/2, s. 479.

verilir. Bu durumda söz konusu mahkeme kararının davacı tarafından icra takibine konu edilebilmesi mümkündür. Fakat aynı karara dayanarak davalının icra takibine başvurusu mümkün değildir⁸⁸. Zira davalı tarafından yalnızca ödemezlik def'i ileri sürülmüş ve bu ödemezlik def'i kapsamında mahkemece davacının talebi üzerine bir karar verilmiştir. Hukuk düzenimizde bir kimsenin ilâmlı icra yoluna başvurabilmesi için lehine verilmiş bir hüküm (ilâm) olması gerekir. Karşılıklı edimlerin yer aldığı bir hükümde, iki ayrı edim söz konusu olsa da, bu hüküm bir taraf lehine verilmiştir. Nihayetinde davacının davasının kabulüne karar verilmiştir, asıl hüküm budur; ancak bunun için kendi üzerine düşen edimi de yerine getirmesi gereklidir. Şayet davalı da kendi lehine icra edilebilir bir hüküm elde etmek istiyorsa bu durumda karşı dava açarak bu yönde bir karar verilmesini sağlamalı veya davalının açmış olduğu başka bir dava ile mevcut dava birleştirilmiş olmalıdır⁸⁹. Davalının karşı dava yoluyla mahkemeden talepte bulunmuş olması ve mahkemece bu talep doğrultusunda bir karar verilmiş olması halinde, davalı bakımından şarta bağlı bir hükümden değil, icrası kabil bir hükümden bahsedilir⁹⁰.

Alman hukukunda da mahkemece aynı anda ifa yönünde karar verilmesi halinde, bu karara karşı yalnızca davacının icra takibi talebinde bulunabileceği, davalının ise icra takibine başvurma hakkı bulunmadığı kabul edilmektedir⁹¹. Gerek hukukumuz bakımından ileri sürülen gerekse Alman hukukunda kabul edilen yalnızca davacının takip talebinde bulunabileceğine ilişkin görüş kanaatimizce de yerinde olup söz konusu ilâma dayalı olarak yalnızca davacının icra takibinin alacaklı tarafında bulunabilmesi mümkündür. Zira söz konusu ilâmın elde edildiği yargılamada, yargılama konusunu yalnızca davalının yerine getirmekle yükümlü olduğu edim oluşturur. Davacı tarafından yerine getirilmesi gereken karşı edim ise yargılamanın konusu olmayıp

⁸⁸ Çiğdem Yazıcı, *Medenî Usûl Hukukunda Karşı Dava*, İstanbul, 2021, (Karşı Dava), s. 59.

⁸⁹ Yazıcı, Karşı Dava, s. 59; Atalı/Direnisa, s. 1499.

⁹⁰ Yazıcı, Karşı Dava, s. 59.

⁹¹ Ulber, Erman BGB, § 322 Rn. 12; Kindl, § 756 Rn. 2; Seibel, Zöllner ZPO § 756 Rn. 3.

yalnızca davalı tarafça ileri sürülen bir savunma niteliğindedir. Bu yüzden davalı bakımından icra edilebilir bir ilâmdan bahsedilemez.

Ödemezlik def'i ileri sürülmesi hali dışında da mahkemelerce karşılıklı ve aynı anda ifa kararı verilebilir. Özellikle ayıplı malın iadesi ve yenisiyle değiştirilmesi veya ayıplı malın geri verilmesi ile ödenen bedelin iadesine ilişkin kararlarda taraflar, edimlerini karşılıklı ve aynı anda ifa etmekle yükümlüdür. Mahkemece bu yönde karar verilebilmesi için öncelikle ayıplı malı satın almış olan alıcının mahkemeye başvurarak talepte bulunması gerekir. Dolayısıyla ödemezlik def'i ileri sürülmesi haline benzer şekilde burada da karşı dava açmadığı sürece, esasen davalının doğrudan bir talebi söz konusu değildir. Bu sebeple yukarıdaki açıklamalarımıza paralel şekilde, bu halde de mahkemenin karşılıklı ve aynı anda ifa kararı vermesi durumunda, yalnızca davacı taraf bu ilâmı icra takibine konu edebilir. Uygulamada işin niteliği gereği çoğunlukla davacı taraf alacaklı sıfatıyla icra takibi yoluna başvurursa da Yargıtay'a konu bir kararda bunun aksine, karşılıklı ve aynı anda ifa içeren bir ilâma dayalı olarak davalının icra takibi başlattığı ve takibin davacı aleyhine yürütüldüğü görülmektedir⁹². Başka bir kararda

⁹² “Alacaklı tarafından borçlu aleyhine başlatılan ilamlı icra takibinde; borçlunun, icra mahkemesine başvurusunda; takip dayanağı ilamda bedelini ödeyerek satın aldığı makinenin satış bedelinin davalı alacaklıdan iadesine ve bu iade karşılığı makinenin davalıya teslimine karar verildiğini, davalı alacaklı aleyhine başlattıkları takipte alacaklı tarafından hiçbir ödeme yapılmadığını, alacaklı tarafın kendi üzerine düşen edimi yerine getirmeden makinenin iadesi için takip başlattığını belirterek takibin iptaline karar verilmesini talep ettiği, mahkemece, şikayetin kabulü ile ... İcra Müdürlüğü'nün 2015/10657 Esas sayılı dosyasında yapılan takibin iptaline karar verildiği görülmüştür. İcra takibinin dayanağı, ... 11.Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 29/03/2011 tarih 2007/448 Esas 2011/157 Karar sayılı ilamında ”...davacının davasının kabulü ile makine bedeli 60.000 Euro, tutkal bedeli 6.400 USD alacak tutarının temerrüt tarihi olan 09/04/2007 tarihinden itibaren 3095 Sayılı Yasanın 4/a maddesi hükmüne göre hesaplanacak faiziyle ve fiili ödeme günündeki Türk Lirası karşılığının davalıdan alınarak davacıya ödenmesine, dava konusu satın alınan ürünün davacı tarafından davalıya iadesine...” karar verilmiştir. Anılan ilam bu haliyle edimlerin aynı zamanda ifası (birlikte ifa) yükümlülüğünü vermektedir. İlâmın infazı, belirlenen tazminat tutarının ödenmesi ile ayıplı makinenin tesliminin birlikte gerçekleştirilmesini gerektirir.” 12. HD, T. 20.9.2018, E.

ise takip yapan tarafın kendisine düşen edimi yerine getirmesi gerektiği belirtilmiştir⁹³. Bu ifadeden kanaatimizce, Yargıtay'ın davalının da icra takibine başvurabileceğini kabul ettiği anlaşılmaktadır. Ancak bunun yukarıda açıkladığımız sebeplerle doğru olmadığını düşünüyoruz.

İlâm niteliğinde belgeye dayalı olarak kimin icra takibi yoluna başvurabileceği ise bu ilâm niteliğinde belgenin türüne göre tespit edilmelidir. Tüketici hakem heyeti kararları bir ilâm niteliğinde belge olmakla birlikte, taraflardan birinin hakem heyetinden talepte bulunması halinde bir inceleme ve değerlendirme yapılarak karar verilir. Bu sebeple mahkeme ilâmlarına paralel şekilde, burada da yalnızca tüketici hakem heyetinden talepte bulunan tarafın, hakem heyetinin kararı ile icra takibi başlatabileceği kabul edilmelidir. Zira burada diğer ilâm niteliğinde belgelerden farklı olarak, taraflar arasında bir anlaşmadan ziyade taraflar dışındaki bir irade tarafından karar verilmesi söz konusudur. Dolayısıyla tüketici hakem heyeti kararı her iki taraf bakımından da bir yükümlülük içerse dahi yalnızca talepte bulunan taraf bu karara dayanarak icra takibine başvurabilmelidir.

Özünde tarafların anlaşmasını barındıran sulh, arabuluculuk anlaşma belgesi ve Avukatlık Kanunu m. 35/A kapsamındaki ilâm niteliğinde belgeler bakımından ise her iki tarafın da icra takibine başvurabilmesi mümkündür⁹⁴. Zira bu hallerde kural olarak bir tarafın

2018/3546, K. 2018/8436 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi). Aynı yönde bkz. 8. HD, T. 20.10.2014, E. 2014/9355, K. 2014/18650 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

⁹³ "İcra takibinin dayanağı olan Bakırköy 17. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 04.12.2013 tarih 2013/1 Esas 2013/102 Karar sayılı ilamda "davalı tarafça davacı tarafa satılan 685.801,80 TL'lik 16/1 ve 24/1 tipi ipliklerin davalı tarafa iadesi ile davacı tarafça ödenen 496.147,94 TL 'nin ihtarnamenin tebliği tarihi olan 04.07.2011 tarihinden itibaren işleyecek avans faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacı tarafa verilmesine" karar verildiği görülmektedir. Anılan ilamda taraflara, eş zamanlı edim yüklenmiş olup, bu tür ilamların infazında, takip yapan tarafın kendisine düşen edimi yerine getirmesi gerekmektedir. Aksi takdirde takibe devam olunamaz." 8. HD, T. 25.5.2015, E. 2014/11451, K. 2015/11603 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

⁹⁴ Sulh sözleşmesinde sözleşmenin her iki tarafının da kendi lehine olan edimlerin icrasını ayrı ayrı talep edebileceği yönünde bkz. Ağah Kürşat

talebi üzerine karar verilmesi değil tarafların iradesi doğrultusunda icra edilebilir nitelikte bir anlaşmaya varılması söz konusudur. Bu tür durumlarda, ilâmlardan farklı olarak bir tarafın diğerine karşı yargı organlarından bir hukukî koruma talep etmesi değil, iki tarafın müzakeresi ya da birlikte başvurusu yahut birinin talebine diğerinin de katılması sonucu ortaya çıkan karşılıklı edimler mevcuttur. Bu sebeple her iki tarafın da bu anlaşmaya dayalı olarak icra takibine başvurmakta hukukî yararı bulunur. Yukarıda açıklamış olduğumuz üzere ilâmlar bakımından yalnızca davacının icra takibine başvurabileceğinin kabul edilmesi ise taraflar arasındaki anlaşmadan ziyade taraflardan birinin talebi üzerine üst bir merci tarafından uyuşmazlık hakkında karar verilmesi söz konusu olduğundan niteliğine daha uygundur. Bu sebeple ilâmlar ve ilâm niteliğinde belgeler bakımından (tüketici hakem heyeti kararları ayırık olmak üzere) takip talebinde bulunabilecek olanlar farklılık arz etmektedir.

Kanaatimizce HUAK⁹⁵ m. 18/2 hükmü de bu görüşümüzü destekler niteliktedir. Zira söz konusu hükümde “*Taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirler*” ifadesine yer verilmiştir. Kanun tarafından anlaşmanın her iki tarafına da icra edilebilirlik şerhi verilmesi için talepte bulunma hakkı tanınmıştır. Ancak anlaşma belgesi doğrultusunda tarafların bu yönde talepte bulunabilmesi için hukukî yararı bulunmalı, yani icra edilebilirlik şerhi talep eden tarafın hukukî durumu bu şerhin verilmesi ile değişecek veya

Karauz, *Sulh Sözleşmesi*, Adalet, Ankara, 2014, s. 100. Yine Avukatlık Kanunu 35/A kapsamındaki uzlaşma tutanakları bakımından taraflardan her birinin uzlaşmadan doğan karşılıklı edimlerin ifasını sağlamak amacıyla birbirinden bağımsız olarak tutanağın kendi lehine olan kısmının icrasını isteyebileceği yönünde bkz. Ömer Ulukapı, “Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair 4667 Sayılı Kanunla Getirilen “İlam Niteliğinde Belge” Üzerine İnceleme”, *Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan*, İstanbul, 2003, s. 459.

⁹⁵ 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (RG, 22.06.2012, S. 28331).

iyileşecek olmalıdır⁹⁶. İcra edilebilirlik şerhi talep edilmesinin amacı söz konusu anlaşma belgesine dayalı olarak icra takibi yoluna başvurmak olduğundan, bu yönde talepte bulunma hakkı bulunan tarafın, karşı taraf bir edim yükümlülüğü ile yüklenmişse, icra takibine başvurma hakkının da bulunduğu kabul edilmelidir.

D. Başvurulacak Takip Yolu

Elinde karşılıklı ve aynı anda edimlerin ifasını içeren bir ilâm bulunan alacaklı, sahip olduğu bu ilâma dayalı olarak ilâmlı icra yoluna başvuru hakkına sahip midir yoksa ilâmsız icra yoluna mı başvurması gerekir sorusuna da cevap verilmelidir. Eğer icra takibi başlatacak olan alacaklının elinde bir mahkeme kararı bulunuyorsa kural olarak alacaklı ilâmlı icra yoluna başvurmak zorundadır. Zira bu husustaki Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda açıkça ilâmların genel haciz yolu ile ilâmsız takibe konu edilemeyeceği kararlaştırılmıştır⁹⁷. Bu İçtihadı Birleştirme Kararı hakkında yapılan tartışmalar konumuz dışında kaldığından bunun üzerinde durmadan, karar doğrultusunda açıklama yapmaya çalışacağız.

Karşılıklı ve aynı anda edimleri içeren ilâmlar bakımından tartışılması gereken husus, bu ilâmların ilâmlı icra takibine konu edilebilecek nitelikte olup olmadığıdır. Doktrinde bazı yazarlarca mahkemelerce tarafların edimlerini karşılıklı ve aynı anda ifa etmesine yönelik olarak karar verilemeyeceği, bu yönde bir karar verilmesi

⁹⁶ Büşra Kazmaz Tepe, "Arabuluculuk Anlaşma Belgesine İlişkin İcra Edilebilirlik Şerhi Taleplerinde Yargılama Usûlü", *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, Cilt 5, Sayı 1, 2018, s. 133. Esasen bu husus talepte bulunan tarafın maddî anlamda ilgili sıfatının bulunması ile ilgilidir. Zira HUAK m. 18/3 gereğince icra edilebilirlik şerhi verilmesine ilişkin iş, çekişmesiz yargı işi niteliğindedir. Çekişmesiz yargı işlerinde de taraf kavramından ziyade ilgili kavramı önem arz etmekte olduğundan, kural olarak hukukî durumu bu yargılamadan etkilenecek olan maddî anlamda ilgililer mahkemeden talepte bulunma hakkına sahiptir. Bu hususta ayrıntılı açıklamalar için bkz. Zeynep Sümeysa Deveci, *Çekişmesiz Yargıda İlgili Kavramı ve Hukukî Durumu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2025.

⁹⁷ İBBGK, T. 17.03.2017, E. 2014/1, K. 2017/2 (21.07.2017 tarih ve 30310 sayılı Resmî Gazete).

durumunda bunların icrasının mümkün olmadığı ileri sürülmüştür. Bu görüşlerin kabulü halinde, davacı alacaklının elinde bir mahkeme ilâmı olsa dahi bunun ilâmlı icraya konu edilmesi mümkün olmayacaktır. Bu durumda alacaklının başvuracağı takip yolu ilâmsız icra takibi olacak, borçlunun ödeme emrine itiraz etmesi halinde de alacaklı tarafından kural olarak itirazın iptali veya itirazın kaldırılması yoluna başvurulacaktır. Bu aşamada ise alacaklının elindeki mahkeme kararı ile itirazın kaldırılması yoluna başvurup başvuramayacağı ve bu kararın İİK m. 68 anlamında bir belge olarak kabul edilip edilemeyeceği tartışması ortaya çıkacaktır.

Kanaatimizce elinde karşılıklı ve aynı anda edimleri içeren bir mahkeme veya hakem kararı bulunan alacaklı, ilâmlı icra takibi yoluna başvurma hakkına sahiptir. Yukarıda da açıklandığı üzere İcra ve İflâs Kanunu'nda doğrudan bu hükümlerin icrasına ilişkin bir düzenlemenin bulunmaması eksiklik olarak kabul edilebilir ancak bu eksiklik alacaklının ilâmlı icra yoluna başvurmasını tamamen engelleyecek şekilde yorumlanmamalıdır. Mevcut kanun hükümleri çerçevesinde bu ilâmların icrasına ilişkin çözüm yolu bulunabilmesi mümkündür. Nitekim Yargıtay kararlarında belirli ölçüde bu nitelikteki hükümlerin icrası bakımından çözümlerin bulunduğu görülmektedir. Elinde mahkeme kararı bulunan alacaklının ilâmsız icra yoluna başvurması gerektiğini savunmak da kanaatimizce doğru değildir. Zira mevcut İçtihadı Birleştirme Kararı karşısında alacaklının elindeki ilâm ile ilâmsız icra takibine başvuru hakkı yoktur. Dolayısıyla mahkeme kararı karşılıklı ve aynı anda edimleri içeriyorsa söz konusu kararın ilâmlı icra takibine konu edilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır.

Bu tür ilâmların hiçbir şekilde icrasını kabul etmemek, bunların icrası için bir çözüm üretmemek demek, hukuk düzeni içinde yok hüküm niteliğinde olmayan, geçerli bir hükmün hukukî sonuç ve etki doğurmaması demektir. Bu ise, bir yönüyle geçerli hükmü fiilen etkisiz hüküm haline getirmektir. Bu durum devletin hükümlerlik hakkının bir parçası olan mahkeme kararını etkisiz ve sonuçsuz bırakmak anlamına gelmesi yanında, aynı zamanda kişinin hak arama özgürlüğünü de dayanaksız şekilde sınırlandırmak olacaktır. Çünkü, hak arama özgürlüğü sadece bir dava açılması ve hüküm verilmesini sağlamak

demek değildir; aynı zamanda bu hükmün uygulanması, icra edilmesi ve hak sahibinin hakkına kavuşmasını sağlamak demektir. Bu etkin hukukî korumanın da bir gereğidir⁹⁸.

Hukuk düzeni içinde geçerli bir şekilde verilmiş, hatta çoğunlukla da gerekli kanun yollarından geçmiş bir hükmü, yine hukuk düzeninin açıkça yasaklamadığı gerekçelerle uygulanamaz hale getirmek, geçerli bir hükmü “etkisiz hüküm” haline getirmek demektir. Oysa bir hükmün ne zaman etkisiz hüküm sayılacağı halleri belirlidir⁹⁹. Karşılıklı edimleri içeren hükümler bunlardan biri değildir. Açıkça taraflara yüklenen hak ve borçların belirli olduğu bir hüküm (ilâm) geçersiz, sakat ve etkisiz kılınamaz. Açıkça geçerli olan, tarafların hak ve yükümlülüklerinin belirli olduğu bir hüküm, sadece karşılıklı edimler içeriyor diye etkisiz hale getirilemez. Dolayısıyla bu tür hükümlerin uygulanması mümkündür; ancak nasıl uygulanacağını belirlemek gerekir. Bu tür hükümleri hukuk düzeni içinde geçerli sayıp aynı hukuk düzeni içinde icra edilemez hale getirmek, aynı zamanda kendi içinde bir çelişkiyi barındırmaktadır. Sonuç olarak karşılıklı edimleri içeren bir hüküm verilebiliyorsa, geçerliyse, aynı zamanda icra da edilebilir.

Karşılıklı ve aynı anda edimler taraflarca ilâm niteliğinde belgeler ile de kararlaştırılmış olabilir. Bu durumda yine öncelikle İctihadı Birleştirme Kararı çerçevesinde bir değerlendirme yapılmalıdır. Kararda açıkça ilâmın ilâmsız icra takibinin konusu olamayacağı belirtilmiş olmasına rağmen, ilâm niteliğinde belgeler bakımından bir inceleme ve değerlendirme yapılmamıştır. Bu yüzden ilâm niteliğinde belgelerin ilâmsız icraya konu edilip edilemeyeceği tartışılmıştır.

⁹⁸ Muhammet Özkes, *İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz*, Seçkin, Ankara, 1999, s. 32; Muhammet Özkes / Evrim Erişir, “Konusu Para Alacağı Olan Geçici Hukukî Korumaların Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi”, *MİHDER*, 2006/3, Sayı 5, s. 1235-1236; Etkin hukukî koruma hakkında ayrıntılı incelemeler için bkz. Mine Akkan, “Medenî Usûl Hukukunda Etkin Hukukî Koruma”, *MİHDER*, Cilt 3, Sayı 6, 2007/1, s. 29 vd.

⁹⁹ Etkisiz hükümler hakkında bkz. Muhammet Özkes, “Medeni Usul Hukukunda Yok Hüküm ve Etkisiz Hüküm”, *Yargıtay Dergisi*, Cilt 26, Sayı. 4, 2000, s. 661-699; Atalı/Direnisa, s. 3449 vd.

Doktrinde bizim de katıldığımız görüş gereğince¹⁰⁰, söz konusu İctihadı Birleştirme Kararı hak arama özgürlüğünü kısıtladığından dar yorumlanmalı ve bu karar ilâm niteliğinde belgelerin ilâmsız icraya konu olmasını engellememelidir. Dolayısıyla ilâm niteliğinde belgenin karşılıklı ve aynı anda edimleri içermesi halinde alacaklı, ilâmsız icra takibine başvurabilir. Şüphesiz burada yalnızca takipte borçlu olarak gözüken tarafın borcunun bir para borcu olması halinde ilâmsız icra yoluna başvuru imkânı mevcuttur. Zira İİK m. 42 gereğince para ve teminat borçları dışındaki borçlarda ilâmsız icra yoluna başvurulamaz. Edimlerin karşılıklı ifasını içeren ilâm niteliğinde belgenin ilâmlı icraya konu edilip edilemeyeceği ise tartışmalıdır. Doktrinde bazı yazarlarca şarta bağlı edimler içeren ilâm niteliğinde belgelerin İİK m. 38 anlamında kabul edilemeyeceği ve ilâmlı icranın konusunu oluşturmasının mümkün olmadığı ileri sürülmüştür¹⁰¹. Aksi yönde görüşü savunan yazarlara göre ise ilâm niteliğinde belgenin bir şart içermesi tek başına icrasını engelleyecek nitelikte değildir. Bu yüzden İİK m. 38 gereğince ilâmlı icra takibine konu edilebilirler¹⁰².

¹⁰⁰ Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 308, dn. 42. Aynı yönde bkz. Murat Atalı / İbrahim Ermenek / Ersin Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 8. Baskı, Ankara, 2024, s. 434.

¹⁰¹ Sulh sözleşmeleri bakımından bkz. Kuru, Cilt III, s. 2690; Kuru, El Kitabı, s. 895; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, *İcra*, s. 480, dn. 5; Atalı/Direnisa, s. 3420-3421. *Kuru'ya* göre şarta bağlı sulh sözleşmesi kural olarak ilâmlı icraya konu edilemez ancak şarta bağlı sulh sözleşmesinde belli bir paranın belirli tarihte ödeneceği yazılı ise sulh sözleşmesi bu konuda ilâm niteliğindedir ve ilâmlı icraya konu edilebilir. Bkz. Kuru, Cilt IV, s. 3793. Şarta bağlı arabuluculuk sözleşmelerine icra edilebilirlik şerhi verilmemesi gerektiği yönünde bkz. Atalay, s. 286; Melis Taşpolat Tuğsavul, "Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 18, Sayı 1, 2019, (Hukuki Nitelik), s. 358; Emre Kıyak, "Arabuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl 6, Sayı 21, 2015, s. 532. AvK. m. 35A yönünden bkz. Sungurtekin Özkan, s. 361-362; Atalı/Direnisa, s. 3421; Bulur, s. 225.

¹⁰² Ergun Önen, *Medenî Yargılama Hukukunda Sulh*, Ankara, 1972, s. 159; Süha Tanrıver, *İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi*, Ankara, 1996,

Kanaatimizce de ilâm niteliğinde belge her iki taraf bakımından karşılıklı ve aynı anda edim yükümlülüğü içeriyorsa, tek başına bu husus ilâm niteliğinde belgenin ilâmlı icraya konu edilmesini engelleyecek nitelikte değildir. Doktrinde her ne kadar şart kapsamında değerlendirilse de bu yönde bir edim yükümlülüğü esasen cibrî icrayı engelleyecek bir şart niteliğinde kabul edilmemelidir. Örneğin ilâm niteliğinde belgeler arasında yer alan arabuluculuk anlaşma belgesinin ilâmlı icraya konu edilebilmesi için kural olarak icra edilebilirlik şerhi verilmesi gerekmektedir. HUAK m. 18/3'te anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cibrî icraya elverişli olması halinde şerh verilebileceği düzenlenmiş bunun dışında herhangi bir sınırlama yapılmamıştır. Dolayısıyla tarafların edimlerini karşılıklı ve aynı anda ifa etmeleri yönünde anlaşmış olması halinde bu husus tek başına cibrî icraya elverişli olmadığı şeklinde yorumlanmamalı ve anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilerek ilâmlı icraya konu edilmesi mümkün hale getirilmelidir. Yine Avukatlık Kanunu m. 35/A kapsamındaki anlaşmalar icra edilebilirlik şerhi gerekmeksizin doğrudan icra edilebilir nitelikte olduğundan, anlaşmanın edimlerin karşılıklı ve aynı anda ifasını içermesi halinde de doğrudan ilâmlı icranın konusunu oluşturması mümkündür. Yargıtay'ın ilâmlar bakımından bu yöndeki

(İlâmlı İcra), s. 101; İbrahim Özbay, "Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Tutanağının İlâm Niteliği", *Atatürk Üniversitesi Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 3-4, 2004, s. 413-414; Gökçe Arıkan, "Üçüncü Kişi Lehine Arabuluculuk Sözleşmesi ile Şarta Bağlı Arabuluculuk Sözleşmesinin İcra Edilebilirliği", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 25, Sayı 2, 2021, s. 146 vd; Şamil Demir, *Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi*, 2. Baskı, Ankara, 2014, s. 199-200. Atalı/Ermenek/Erdoğan'a göre bozucu şarta bağlı sulh söz konusu ise bu sulh derhal hüküm ve sonuçlarını doğurur ve İİK m. 38 gereğince icra edilebilir. Zira burada icra aşamasında şartın gerçekleşip gerçekleşmediği önemli değildir. Ancak bozucu şart gerçekleşir ve verilenlerin iadesi söz konusu olursa, icra dairesi bozucu şartın gerçekleşip gerçekleşmediğini araştıramaz. Bu yüzden verilenlerin iadesi durumunda bozucu şarta bağlı sulh İİK m. 38 anlamında ilâm niteliğinde belge olarak nitelendirilemez. Aynı gerekçe ile geciktirici şarta bağlı sulh sözleşmesi de ilâm niteliğinde belge olarak kabul edilemeyecektir. Bu hususta bkz. Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 444-445.

icra takiplerine ilişkin bir çözüm yolu getirdiği gözetildiğinde, ilâm niteliğinde belgeler de ilâmların icrası hükümlerine göre icra edileceğinden, aynı çözüm yolu burada da geçerli olmalıdır.

Şayet buna engel olunursa, yani bu tür belgelerin icrasına engel olunursa o zaman sulh, arabuluculuk, uzlaşma belgelerinin icrası çoğu kez mümkün olmayacaktır. Çünkü, bu tür belgeler genellikle karşılıklı hak ve edimler ihtiva ettiğinden ve yine çoğu kez de bu amaçla yapıldığından, yine hukuk düzeni de buna imkân tanıdığından bunların icrasını kabul etmemek aslında bu belgeleri işlevsiz ve gereksiz kılmak demektir.

Yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere, karşılıklı ve aynı anda edimleri içeren ilâm niteliğinde belgeler, belirli ölçüde ilâmsız icranın da konusunu oluşturabilmekle birlikte, çalışmamızda özellikle hem ilâmlar hem de ilâm niteliğinde belgelerin ilâmlı icra takibine konu edilmesi bakımından inceleme ve değerlendirmeler yapılacaktır.

IV. Takip Talebi

Karşılıklı ve aynı anda edimleri içeren ilâmlar ile ilâm niteliğinde belgelerin ilâmların icrası hükümlerine göre takip edilebileceğini tespit ettikten sonra hangi hükümler çerçevesinde icra takibinin başlatılacağı ve yürütüleceği, bu ilâm veya ilâm niteliğinde belge ile yükümlülük altına giren borçlunun borcunun niteliğine göre tespit edilmelidir. Zira İcra ve İflas Kanunu gereğince, ilâmlı icra takibinin konusunun para veya teminat verilmesine, taşınır teslimine, taşınmazların tahliyesi ile teslimine veya bir işin yapılmasına veya yapılmamasına ilişkin olması, farklı hükümlere tâbi kılınmıştır.

İlâm veya ilâm niteliğinde belge gereğince, borçlu para borcunun ifası ile yükümlü ise borçlu aleyhine ilâmlı icra takibi başlatmak isteyen alacaklı, kanunda karşılıklı ve aynı anda edimleri içeren ilâmlı icraya ilişkin özel bir hüküm bulunmadığından, İİK m. 32 hükmü kapsamında icra müdürlüğünden talepte bulunmalıdır. Bu husus özellikle

alacaklının bir malın iadesi karşılığında borçlunun ödenen paranın iadesi ile yükümlü kılınması halinde karşımıza çıkar¹⁰³.

İcra müdürlüğüne sunulacak olan takip talebi ile takibin dayanağı olan ilâm veya ilâm niteliğinde belgenin de bir örneğinin eklenmelidir. Söz konusu takip dayanağı belge ile esasen alacaklının da ifa etmesi gereken bir yükümlülük mevcuttur ve hem alacaklı hem de borçlu bu edimi eş zamanlı olarak ifa etmelidir. Bu sebeple yerleşik yargı kararlarında, alacaklının karşı tarafın ediminin ifasını sağlamak için icra takibine başvurabileceği, ancak alacaklının kendi üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirmeden icra takibine devam edemeyeceği kabul edilmektedir. Bu yüzden kanaatimizce alacaklının takip talebinde bulunurken aynı zamanda kendi ediminin ifasını da teklif etmesi uygun, hatta bunun gerekli olduğu da söylenebilir¹⁰⁴. Fakat takip talebinde bulunulması aşamasında alacaklı tarafından edimin doğrudan borçluya ifa edilmesi veya icra dairesinin göstereceği bir yere tevdi etmesi aranmamalıdır¹⁰⁵. Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi kararlarında alacaklının edimini ifa etmeden takibin devamına karar verilemeyeceğine yönelik görüş, icra emrinin de borçluya gönderilmeyeceği şeklinde anlaşılmaktadır. Nitekim İzmir Bölge Adliye Mahkemesi bu yönde bir kararında açıkça şu ifadelere yer verilmiştir¹⁰⁶:

“Anılan hüküm tarafların edimlerini birlikte ifa yükümlülüğü vermektedir. Bu durumda para alacaklısı ayıplı aracın teslimini

¹⁰³ Örn. bkz. “İcra takibinin dayanağı ilamda, ”... aracın masrafları da ait olmak üzere davalılara iadesine, alış bedeli olup ödenen 75.000 TL’nin ayıplı aracın davalılara teslim tarihinden itibaren işleyecek avans faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen alınıp davacıya verilmesine...” karar verilmiştir. Anılan ilamda birlikte ifaya hükmedilmiş olup, Mahkeme’nin de kabulünde olduğu üzere, ilamdaki iade kavramından aracın hukuken teslim edilmesi anlaşılmalıdır”. 8. HD, T. 20.3.2017, E. 2015/2962, K. 2017/3874 (Legalbank).

¹⁰⁴ Benzer yönde bkz. Atalı/Direnisa, s. 1500-1501.

¹⁰⁵ Alacaklının edimini teklif etmesinin yeterli olduğu, hiçbir koşulda önceden ifada bulunma yükümlülüğünün olmadığı yönünde bkz. Schmidt, Zug um Zug, s. 38.

¹⁰⁶ İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 12. HD, T. 26.1.2018, E. 2017/2803, K. 2018/216 (Legalbank).

gerçekleştireceğini ve ödemesi gereken değer kaybı bedelini ödemeye hazır olduğunu bildirerek icra takibini başlatabilir ise de takibe devam edilebilmesi için bu aracın teslimini sağlaması ve değer kaybı bedelini ödemesi gerekir. Ancak somut olayda davalı alacaklı tarafın takip talebinde bu yönde bir açıklama bulunmadığı gibi ilama uygun biçimde düzenlenmesi gereken icra emrinde de bu yönde bir ibare bulunmamaktadır.”

Kanaatimizce alacaklının takip talebinde bulunurken kendi edimini de ifa etmesinin aranması yerinde değildir. Zira takip talebi aşamasında henüz borçlunun borcunu ifa edip etmeyeceği belli değildir ve alacaklının yüklendiği edimin tevdi masraflı olabilir. Bu durumda sırf takip talebinde bulunabilmek için alacaklının tahsili henüz belli olmayan bir alacak için yüksek masraf altına girmesinin aranması, tarafların menfaat dengesi bakımından alacaklı aleyhine orantısızlık oluşturur¹⁰⁷.

Eğer icra takibine başlamadan önce alacaklı tarafından borçluya edimin ifası teklif edilmiş ancak alacaklı bu alacağı kabulde temerrüde düşmüşse, bu halde takip talebinde bulunurken alacaklının yeniden edimin ifasını teklif etmesi aranmamalı ve doğrudan talep

¹⁰⁷ Başka bir Yargıtay kararında ise alacaklının edimini doğrudan ifası aranmamış ve ifaya hazır olduğunu bildirmesi yeterli görülmüştür. Bkz. “Somut olayda, ilamda para alacağının tahsili ile ipliklerin iadesi birlikte ifa kuralına bağlıdır. Alacaklının, para alacağının tahsiline ilişkin takip başlatılabilmesi için kendisinde bulunan iplikleri iadeye hazır olduğunun belirlenmesine bağlıdır. Bu belirlemeyi sağlamak için yapılan 23.01.2014 tarihli İcra Müdürlüğü işlemi yerinde olup, Mahkemece şikayetin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulüne dair hüküm kurulması isabetsizdir.” 8. HD, T. 25.5.2015, E. 2014/11451, K. 2015/11603 (Legalbank).

Yine teslimin yapılacağına bildirilmesinin yeterli olduğu yönünde bkz. “Anılan ilam bu haliyle edimlerin aynı zamanda ifası (birlikte ifa) yükümlülüğünü vermektedir. İlamın infazı, ayıplı cihazın teslimi ile ayıpsız aynı nitelikte yenisi ile değiştirilmesinin birlikte gerçekleştirilmesini gerektirir. Bu durumda takip başlatan alacaklının ayıplı cihazın teslimine hazır olduğunu veya teslim adresi bildirilmesi halinde cihazın adrese teslim edileceği hususunda bir ihbar veya bir bildirim yapmadan takibe devam etmesine olanak bulunmamaktadır.” 8. HD, T. 4.4.2016, E. 2014/24687, K. 2016/5939 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

doğrultusunda borçluya icra emri gönderilmelidir. Nitekim gerek Alman hukuku gerekse İsviçre hukuku düzenlemelerinde, alacaklının icra takibine devam edebilmesi için edimin ifasını teklif etmesi veya karşı tarafın kabulde temerrüde düştüğünü ispat etmesi yeterli kabul edilmektedir. Hukukumuzda bu yönde açık bir düzenleme olmamakla birlikte, açıklamış olduğumuz sakıncalar da dikkate alınarak, karşılaştırmalı hukukla benzer şekilde edimin ifasının ilâma uygun şekilde teklif edilmesi, borçluya icra emri gönderilmesi için yeterli kabul edilmelidir. Nitekim uygulamada¹⁰⁸ alacaklının takip talebi üzerine borçluya icra emri gönderildiği ve icra emrinin gönderilmesinden sonraki aşamada edimlerin karşılıklı ve aynı anda ifasına ilişkin işlemlerin yapıldığı görülmektedir.

Karşılıklı ve aynı anda edimleri içeren ilâm veya ilâm niteliğinde belgede, icra takibi yapan alacaklının alacağı, bir taşınırın teslimini de oluşturuyor olabilir. Bu hal genellikle alacaklının ayıplı malı iade etmesi karşılığında borçlunun ayıpsız mislini teslim etmesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır¹⁰⁹. Bu durumda alacaklının İİK m. 24 kapsamında taşınır teslimine ilişkin ilâmlı icra yoluna başvurması gerekir. Yukarıdaki açıklamalarımıza paralel olarak, bu halde de alacaklı takip talebinde bulunurken kendi ediminin ifasını teklif etmeli, ayıplı aracı doğrudan borçluya veya icra dairesinin göstereceği bir yere tevdi etmesi aranmamalıdır. İlâm veya ilâm niteliğinde belge gereğince alacaklının yüklendiği borç, bir miktar paranın ödenmesi ile taşınırın iadesi de olabilir¹¹⁰. Bu durumda genellikle alacaklı tarafından para borcu, takip

¹⁰⁸ Tarafımızca İzmir/Karşıyaka İcra Müdürlüklerinde yapılan araştırma ve incelemeler neticesinde bu sonuca ulaşılmıştır.

¹⁰⁹ “Somut olayda, dayanak ilamda ”... dava konusu aracın (2011 model C5 SX HDI 4P) davalı tarafa iadesine ve davalı tarafça aynı model ayıpsız misli ile değiştirilmesine ...” karar verilmiştir. Anılan hüküm tarafların edimlerini birlikte ifa yükümlülüğü vermektedir. Bu durumda para alacaklısı ayıplı aracın teslimini gerçekleştireceğini bildirerek icra takibini başlatabilir ise de takibe devam edilebilmesi için bu aracın da teslimini sağlaması gerekir”. 8. HD, T. 14.11.2016, E. 2017/27197, K. 2016/15483 (Legalbank).

¹¹⁰ “İcra takibinin dayanağı ... Tüketici Mahkemesi’nin 23.10.2012 tarih 2009/231 Esas 2012/ 470 Karar sayılı dayanak ilamda ”.. davanın kısmen kabulüne, 11/01/2008 tarih, 0081293 nolu fatura ile 160.000,00 TL’ne alınan 1 plakalı araç ile

talebi ile birlikte icra dosyasına depo edilmektedir¹¹¹. Para borcunun icra dosyasına depo edilmesi alacaklı tarafından ekstra masraf oluşturacak nitelikte olmadığından, kanaatimizce takip talebi ile birlikte icra dairesi hesaplarında tutulmasında bir sakınca yoktur.

Takip talebinde bulunan alacaklı, üzerine düşen edim yükümlülüğünü takipten önce yerine getirmiş, daha sonra icra takibi ile birlikte borçlunun borcunu ifa etmesini talep ediyorsa, bu durumda takip talebinde bulunurken edimini ifa ettiğini ispat eden belgeleri de eklemelidir. Yargıtay, alacaklının edimini ifa ettiğini ancak İİK m. 33 anlamında belgelerle ispat edebileceğini kabul etmektedir¹¹². Kanaatimizce de icra memurunun sınırlı bir inceleme yapma yetkisi bulunduğundan, edimin ifasının ispatının belirli belgelerle sınırlandırılmış olması yerindedir. Fakat uygulamada söz konusu belgelerle ispat hususuna dikkat edilmemekte ve alacaklı tarafından teslimine ilişkin adi yazılı bir belge sunulması veya borçlu tarafından icra dairesine gelinerek alacaklının edimini ifa ettiğini beyan etmesi yeterli kabul edilmektedir.

Takip talebinde bulunan alacaklının edimini ifa etmesi imkânsız hale gelmiş ancak buna rağmen karşılıklı ve aynı anda edimleri içeren ilâm veya ilâm niteliğinde belge kapsamında icra müdürlüğünden talepte bulunmuşsa, bu halde ne yapılması gerektiği yargı kararlarında

15.000,00 TL'nin davalılara verilerek, aracın ayıpsız misliyle değiştirilmesine .." karar verilmiştir." 8. HD, T. 9.10.2017, E. 2015/10048, K. 2017/12452 (Legalbank).

¹¹¹ Bu yöndeki karar için bkz. 12. HD, T. 2.5.2018, E. 2018/2185, K. 2018/4053 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi). Takip talebinde bulunan alacaklının bu taleple birlikte kendi ediminin ifasını da icra dairesine depo ettirebileceği yönünde bkz. Atalı/Direnisa, s. 1501.

¹¹² *"Takip konusu olan ilam, karşılıklı edimleri içermekte olup, alacaklının takibe devam edebilmesi için kendi edimini yerine getirmesi gerekir. Alacaklı tarafından, edimin yerine getirildiğine dair İİK'nun 33. maddesi anlamında bir belge sunulmadığı gibi, ilama konu aracın iadesi yönünde icra müdürlüğüne yapılmış bir başvuru da bulunmamaktadır."* 12. HD, T. 21.4.2022, E. 2021/12358, K. 2022/5006 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi). Aynı yönde bkz. 8. HD, T. 13.12.2017, E. 2015/15376, K. 2017/16788 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

tartışmalıdır. Bölge Adliye Mahkemesi tarafından verilen kararlara göre, bu durumda söz konusu ilâma dayalı olarak ilâmlı icra takibi yapılabilmesi mümkün değildir¹¹³. Eğer takip talebi ile birlikte ilâmda yer alan yargılama giderleri de takibe konulmuşsa takibe yalnızca yargılama giderleri bakımından devam edilmelidir¹¹⁴. Yargıtay kararlarına göre ise alacaklının yüklendiği edimin parasal karşılığı icra müdürlüğünce bilirkişi marifetiyle tespit edilmeli ve bu doğrultuda takibe devam edilmelidir¹¹⁵.

V. İcra Emri

Alacaklı tarafından sunulan takip talebini ve dayanak belgeyi (ilâm veya ilâm niteliğinde belge) alan icra memuru, icra emri

¹¹³ “Takibe dayanak hükmün taraflara edimlerini birlikte ifa yükümlülüğü verdiği açıktır. Zira hükümde açıkça davacıya ait aracın davalılara iade edilerek 0 Km aynı nitelikte yenisi ile değiştirilmesine karar verilmiştir. Bu durumda para alacaklısı ayıplı aracın teslimini gerçekleştireceğini bildirerek icra takibini başlatabilir ise de takibe devam edilebilmesi için bu aracın da teslimini sağlaması gerekir. Oysa somut olayda iadesine karar verilen ayıplı araç para alacaklısı davalı tarafından satıldığından iadenin imkansız hale geldiği anlaşılmaktadır. Bu durumda dayanak ilamın ilamlı icra yoluyla infazı dahi olanaksız hale gelmiştir. (benzer mahiyette Yargıtay 8 HD’ nin 20/06/2016 tarih ve 2016/8334-10841 EK sayılı kararı) O halde artık bu aşamada icra müdürlüğünce para alacaklısının iade borcunun bedele dönüştüğünden bahisle karar alarak takibe devam etmesine yasal imkan bulunmamaktadır.” İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 12. HD, T. 3.11.2017, E. 2017/1792, K. 2017/2454 (Legalbank).

¹¹⁴ Adana Bölge Adliye Mahkemesi 10. HD, T. 8.6.2021, E. 2020/147, K. 2021/1401 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

¹¹⁵ “Somut olayda, dayanak ilamda “.. dava konusu aracın davalı tarafa iadesine ve davalı tarafça aynı model ayıpsız misli ile değiştirilmesine ..” karar verilmiştir. Anılan hüküm tarafların edimlerini birlikte ifa yükümlülüğü vermektedir. Bu durumda para alacaklısı ayıplı aracın teslimini gerçekleştireceğini bildirerek icra takibini başlatabilir isede takibe devam edilebilmesi için bu aracın da teslimini sağlaması gerekir. Teslimi gereken ayıpsız aracın para borçlusu elinde bulunmadığının bildirilmesi halinde, şayet ayıplının teslimi sağlanmış ise bu bildirim tarihi haciz tarihi olarak kabul edilerek ayıpsız aracın bu tarihe göre değeri belirlenmelidir.” 8. HD, T. 26.4.2016, E. 2016/5373, K. 2016/7660 (Legalbank). Aynı yönde bkz. 8. HD, T. 9.10.2017, E. 2015/10048, K. 2017/12452; 8. HD, T. 14.11.2016, E. 2014/27197, K. 2016/15483 (Legalbank).

düzenlemeden önce, talebin dayanak belgeye uygun olup olmadığını, bu belgenin ilâm veya ilâm niteliğinde belge olup olmadığını ve dayanak belgenin cibrî icraya uygun olup olmadığını kontrol etmelidir¹¹⁶. Bunlar kural olarak her ilâmlı icra takibinde gözetilmesi gereken hususlardır. Takip talebi ile birlikte sunulan dayanak belge, karşılıklı ve aynı anda edimleri içeriyorsa, icra memuru ayrıca talepte bulunan alacaklının kendi üzerine düşen edimi usûlüne uygun olarak teklif edip etmediğini de denetlemekle yükümlüdür¹¹⁷.

Belirtmiş olduğumuz bu hususlar bakımından bir eksiklik bulunmadığının tespit edilmesi üzerine icra müdürlüğünce icra emri düzenlenmesi gerekir. Alacaklının talebine ve borcun niteliğine göre, icra müdürlüğünce taşınır teslimine ilişkin örnek 2 nolu icra emri veya para borcuna ilişkin örnek 4-5 nolu icra emri düzenlenmelidir. Bu kapsamda öncelikle İİK m. 24 ve m. 32 hükümleri dikkate alınmalıdır. Fakat düzenlenecek olan bu icra emri bakımından diğer icra takiplerinden farklı olarak, karşılıklı ve aynı anda edimlere ilişkin ilâmlı icrada, icra emrinde alacaklının edimine karşılık olarak borçlunun edimini ifa edeceğine ilişkin bir ibarenin bulunması gerekir. Yargı içtihatlarında da bu hususun icra emrinde yer alması gerektiği belirtilmektedir¹¹⁸. Fakat uygulamada icra emrinde bu hususa ayrıca yer

¹¹⁶ Kuru, El Kitabı, s. 906; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 322; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, İcra, s. 485; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 446.

¹¹⁷ “Somut olayda, ilamda para alacağının tahsili ile ipliklerin iadesi birlikte ifa kuralına bağlıdır. Alacaklının, para alacağının tahsiline ilişkin takip başlatılabilmesi için kendisinde bulunan iplikleri iadeye hazır olduğunun belirlenmesine bağlıdır. Bu belirlemeyi sağlamak için yapılan 23.01.2014 tarihli İcra Müdürlüğü işlemi yerinde olup, Mahkemece şikayetin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulüne dair hüküm kurulması isabetsizdir.” 8. HD, T. 25.5.2015, E. 2014/11451, K. 2015/11603 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

¹¹⁸ “Anılan hüküm tarafların edimlerini birlikte ifa yükümlülüğü vermektedir. Bu durumda para alacaklısı ayıplı aracın teslimini gerçekleştireceğini ve ödemesi gereken değer kaybı bedelini ödemeye hazır olduğunu bildirerek icra takibini başlatabilir ise de takibe devam edilebilmesi için bu aracın teslimini sağlaması ve değer kaybı bedelini ödemesi gerekir. Ancak somut olayda davalı alacaklı

verilmemekte ve örnek 2 veya örnek 4-5 nolu icra emrine ilişkin matbu metinlerden oluşan icra emri borçluya tebliğ edilmektedir.

İcra müdürlüğünce düzenlenecek olan icra emrinde dikkat edilmesi gereken diğer bir husus, takipte borca işleyecek olan faize ilişkindir. Takibe dayanak belge taraflara aynı anda ifa yükümlülüğü yüklediğinden, faiz başlangıç süreleri de diğer takiplere göre farklılık gösterir. Takip dayanağı ilâm veya ilâm niteliğindeki belge gereğince, alacaklı tarafın üstlendiği edim yükümlülüğünü eğer bir malın teslimi oluşturuyorsa, para borçlusu olan borçludan faiz talep edebilmesi için, alacaklının öncelikle bu teslimi gerçekleştirmesi gerekir. Dolayısıyla bu durumda alacaklı, karar tarihinden veya takip tarihinden itibaren faiz talep edemez ve kendi üzerine düşen teslim yükümlülüğü yerine getirdikten sonra borçlunun para borcu bakımından faiz işlemeye başlar¹¹⁹. Eğer alacaklı kendi üzerine düşen edim yükümlülüğünü yerine getirmemiş olmasına rağmen daha önceki bir tarihten itibaren faiz işleyeceğine icra emrinde yer verildiyse icra emrindeki bu faiz kalemlerinin iptaline karar verilmesi gerekir¹²⁰. Faiz başlangıç tarihi,

tarafın takip talebinde bu yönde bir açıklama bulunmadığı gibi ilama uygun biçimde düzenlenmesi gereken icra emrinde de bu yönde bir ibare bulunmamaktadır.” İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 12. HD, T. 26.1.2018, E. 2017/2803, K. 2018/216 (Legalbank).

¹¹⁹ “Somut olayda: araç teslim borçlusu, 10.12.2009 tarihinde, fax göndermek sureti ile ayıplı malın teslim alınması için bir ihtar çekmiş ise de, bu ihtar ilam tarihinden önce olup usulüne uygun değildir. Takip dayanağı ilamda “... 42.414,40 TL’nin davalıdan alınarak davacıya verilmesine ve dava konusu aracın davalıya iadesine ” denilmek sureti ile birlikte ifa kuralını içerir şekilde hüküm kurulmuştur. Bu durumda para alacaklısının karar tarihinden itibaren faiz talep edemeyeceği, faiz başlangıç tarihinin, aracın teslim tarihi ya da teslimde temerrüde düştüğü tarih olacağı göz önünde bulundurulmadan yazılı gerekçe ile hüküm tesisi isabetli değildir.” 8. HD, T. 23.12.2015, E. 2014/20535, K. 2015/23070 (Legalbank). Aynı yönde bkz. 8. HD, T. 24.4.2017, E. 2015/4691, K. 2017/6029 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

¹²⁰ “İcra takibinin dayanağı ... Tüketici Mahkemesi’nin 13.06.2013 gün 2012/364 Esas 2013/738 Karar sayılı ilamında “...buzdolabının iadesi ile iade tarihinden itibaren 8.323,14 TL’nin avans faizi ile 950 TL tamir giderinin ise dava tarihinden itibaren avans faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine...” karar verilmiştir.

tarafllara karşılıklı ve aynı anda edim yükümlülüğü yükleyen mahkeme kararında açıkça belirtilebileceğı gibi¹²¹ bu husus belirtilmemiş olsa da icra emrini düzenleyen icra müdürlüğü tarafından faiz başlangıç tarihinin kendiliğinden gözetilmesi gerekir¹²².

Anılan ilamla birlikte ifaya hükmedilmiş olup, ilamdaki iade kavramından buzdolabının hukuken teslim edilmesi anlaşılmalıdır. Alacaklı tarafça ilama dayalı olarak takip başlatılması mümkün ise de, faiz talep edilebilmesi için ilama konu buzdolabının karşı tarafa hukuken teslim edilmiş olması gereklidir. Bu halde, Mahkemece, ilama konu buzdolabının bırakıldığı onarım atölyesinin borçlu şirkete bağlı bir yer olup olmadığı belirlenerek hukuken teslimin gerçekleşip gerçekleşmediğinin açıklığa kavuşturulması, hukuken teslim gerçekleşmiş ise icra emrinde yer alan takip tarihine kadar işlemler faiz kaleminin denetlenmesi, hukuken teslim gerçekleştirmemiş ise icra emrindeki faiz kaleminin iptaline, icra emrindeki diğer talepler yönünden hukuken teslim gerçekleşene kadar takibin durdurulmasına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ile sonuca gidilmesi isabetsizdir." 8. HD, T. 29.5.2017, E. 2015/5224, K. 2017/7894 (Legalbank).

¹²¹ Örn. bkz. "Takip dayanağı yabancı mahkeme ilamı incelendiğinde; "102377,44 Euro ve ilaveten 30.03.2007 tarihi itibarı ile temel faiz oranları bazı üzerinde %5 faiz ödemesi ve ödemenin, davalıya ait hisse senedi evraklarının toplam 3000 hisse senedinin davalıya geri iadesi karşılığında yapılmasına" şeklinde hüküm kurulduğu, ilamın bu haliyle; taraflara aynı zamanda ifa yükümlülüğü getiren karşılıklı edimleri içerdiği görülmektedir..." 12. HD, T. 2.5.2018, E. 2018/2185, K. 2018/4053 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

¹²² "Alacaklının İstanbul 4.Tüketici Mahkemesinden almış olduğu 28.02.2008 tarihli kararın hüküm bölümünün 1. nolu bendinde; "davanın kabulü ile aracın ayıplı olduğunun tespitine, aracın davacı tarafından davalıya iadesine, davacının ayıplı mala ödediğı 26.175,03 TL'nin davalıdan alınarak davacıya verilmesine" hükmedilmiştir... Somut olayda, araç davacı tarafından teslim edilmeksizin, ilamda belirtilen 26.175,03 TL'nin takip tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte tahsili için 09.08.2010 tarihinde icra takibine geçilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Takip konusu ilam karşılıklı edimleri içermektedir. İlam içeriğine göre öncelikle iade koşulunun gerçekleşmesi gerektiğinden, faizin başlangıç tarihinin aracın iade tarihi olarak kabulü zorunludur. O halde mahkemece borçlunun faize yönelik şikayetinin kabulü gerekirken yazılı gerekçeyle reddi isabetsizdir." 12. HD, T. 16.2.2023, E. 2011/20619, K. 2012/4983 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

VI. Takibin Devamına İlişkin Diğer İşlemler

A. Edimlerin Karşılıklı İfası Zorunluluğu

Alacaklının takip talebinde bulunmasıyla bu konuda yukarıda belirtilen denetim üzerine icra müdürlüğünce söz konusu takip talebi kapsamında borçluya icra emri tebliğ edilir. İcra emrinin tebliğinden sonra ilâmlı icra takibinin niteliğine göre borçlunun edimini ifa etmesi için gerekli olan süreler beklenir ve borçlunun edimini ifa etmemesi halinde takibe devam edilir.

Takibin konusunu oluşturan ilâm veya ilâm niteliğinde belgenin karşılıklı ve aynı anda edimlerin ifasını içermesi halinde, takibin devamı hususunda da bazı farklılıklar meydana gelir. Alacaklının takip dayanağı belge kapsamında borçludan talepte bulunabilmesi ve ifanın gerçekleşebilmesi için kendi edimini de ifa etmesi veya ifasını teklif etmesi gerekli olduğundan, bu hususta bir eksiklik bulunuyorsa takibe devam edilmesi mümkün değildir. Bu yüzden yerleşik Yargıtay içtihatlarında, alacaklının kendi üzerine düşen edimi ifa edene kadar takibin durdurulmasına karar verilmesi gerektiği kabul edilmektedir¹²³. Eğer alacaklının edimi bir taşınır teslimi ise ve sicile kaydı gereken bir taşınır söz konusuysa, teslimin gerçekleşmiş kabul edilebilmesi için taşınır üzerindeki takyidatların kaldırılması ile uygun bir yere tevdi edilmesi yeterli olmayıp, sicil kaydının da borçluya devredilmiş olması gerekir¹²⁴.

¹²³ “Anılan ilam bu haliyle edimlerin aynı zamanda ifası (birlikte ifa) yükümlülüğünü vermektedir. İlamın infazı, belirlenen tazminat tutarının ödenmesi ile ayıplı makinenin tesliminin birlikte gerçekleştirilmesini gerektirir. O halde mahkemece, takip başlatan alacaklının, ödemesi gereken belirlenen tazminat tutarını ödemeye hazır olduğunu bildirip, usulüne uygun depo edip ödemesi sağlanana kadar takibin durdurulmasına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde takibin iptaline karar verilmesi isabetsizdir.” 12. HD, T. 20.9.2018, E. 2018/3546, K. 2018/8436 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi). Aynı yönde bkz. 8. HD, T. 30.10.2017, E. 2015/11825, K. 2017/1400 (Legalbank); 8. HD, T. 8.5.2014, E. 2013/19455, K. 2014/9020 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

¹²⁴ 8. HD, T. 20.3.2017, E. 2015/2962, K. 2017/3874 (Legalbank).

B. Karşılıklı İfa Yükümlülüğüne Aykırılık

Alacaklının takip talebinde bulunurken kendi üzerine düşen edim yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması halinde karşılıklı ifa yükümlülüğüne aykırılık söz konusu olacaktır. Eğer alacaklı kendi edimini ifa etmemiş olmakla birlikte takip talebinde bulunmuş ve icra müdürlüğü tarafından takip işlemlerine devam edilmişse borçlu şikâyet yoluna başvurabilir. Bu durumda yine şikâyet yargılaması yapan icra mahkemesi tarafından, alacaklı edimini yerine getirene kadar takibin durdurulmasına karar verilmelidir. Sırf bu gerekçeyle takibin iptaline karar verilmesi ise mümkün değildir¹²⁵.

Yargıtay'ın bazı kararlarından takip talebinin alınması ile birlikte alacaklının edimini ifa etmesi gerektiği, aksi halde takibin durdurulmasına karar verilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Ancak yukarıda da ifade etmiş olduğumuz üzere, kanaatimizce alacaklının takip talebinde bulunurken kendi ediminin ifasını teklif etmesi yeterli kabul edilmeli, özellikle tevdii masraflı olan edimler bakımından bu edimin ifası da aranmamalıdır. Bu sebeple alacaklı kendi ediminin ifasını teklif etmişse icra takibine devam edilerek borçluya icra emri gönderilmelidir. Borçluya icra emrinin gönderilmesinden sonraki süreçte takibin durdurulması veya devamına ilişkin olarak alacaklının edimini ifasının aranması daha doğrudur.

Karşılıklı ve aynı anda edimlerin icrası bakımından en önemli husus, gerek alacaklının gerekse borçlunun ediminin aynı anda ifa edilmesinin sağlanmasıdır. Bu hususta tüm yetki icra müdürlüğünde olup alacaklı tarafından edimin ifası uygun şekilde gerçekleşmemişse borçlunun edimi de alacaklıya teslim edilmemelidir. Eğer alacaklı edimini ifa etmemiş olmasına rağmen borçlunun borcu alacaklıya teslim edilmişse yapılması gereken, öncelikle kendi ediminin ifası için alacaklıya uygun bir süre vermek, aksi halde İİK m. 361 gereğince yanlışlıkla ödenen bedelin geri alınacağını ihtar etmektir¹²⁶. Borçlunun

¹²⁵ 8. HD, T. 16.10.2017, E. 2015/9651, K. 2017/12935 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

¹²⁶ 8. HD, T. 2.11.2015, E. 2014/17814, K. 2015/19465. Aynı yönde bkz. 8. HD, T. 23.11.2015, E. 2014/19251, K. 2015/21026 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

borcunu bir para borcunun ifası oluşturuyorsa bu durumda İİK m. 361 uygulama alanı bulabilir ve alacaklı icra müdürlüğü tarafından belirlenen süre içerisinde edimini ifa etmezse, alacaklıya gönderilen bedel icra müdürlüğünce geri alınabilir.

Karşılıklı ve aynı anda edimleri içeren ilâm veya ilâm niteliğinde belge gereğince borçlunun yüklendiği edimi bir eşyanın teslimi oluşturuyor olabilir. Örneğin dava konusu ayıplı malın iadesi ile ayıpsız misliyle değişim kararı verilmiş olması halinde durum böyledir. Bu halde alacaklı edimini ifa etmemiş olmasına rağmen borçlunun tevdi etmiş olduğu eşya alacaklıya teslim edilir ve alacaklıya verilen süre içerisinde edimin ifası gerçekleşmezse ne yapılmalıdır? İİK m. 361 hükmünün lafzına bakıldığında, borçludan fazla tahsil olunan paranın geri alınacağı düzenlenmiş, dolayısıyla borçlunun borcunun para borcu olması haline ilişkin bir düzenleme getirilmiştir. Bu sebeple borçlunun borcu bir taşınırın teslimi ise bu hükmün doğrudan uygulama alanı bulması mümkün değildir. İcra ve İflas Kanunu hükümleri çerçevesinde akla gelebilecek diğer başvuru yolu ise İİK m. 72 kapsamında istirdat davası açılmasıdır. İstirdat davasına ilişkin İİK m. 72/7 hükmünde de borçlunun kanunda belirtilen şartlar çerçevesinde istirdat davası açarak ödemek mecburiyetinde kaldığı parayı geri isteyebileceği belirtilmiştir. Doktrinde de istirdat davasının konusunun borçlunun icra tehdidi altında ödemek zorunda olduğu para olduğu ifade edilmektedir¹²⁷. Dolayısıyla borçlunun borcu taşınırın teslimi ise ve alacaklı takip dayanağı ilâm veya ilâm niteliğinde belge gereğince yüklenmiş olduğu edimi yerine getirmemiş olmasına rağmen borçlunun tevdi ettiği taşınır eşya icra müdürlüğü tarafından alacaklıya teslim edilmişse, borçlunun borcu bir para borcu niteliğinde olmadığından, borçlu doğrudan istirdat davası açma yoluna da başvuramaz.

Bu durumda kanaatimizce borçlunun TBK m. 77 vd. maddelerinde yer alan sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde, ifa etmiş olduğu edimi alacaklıdan talep edebileceği kabul edilmelidir. TBK m. 77/1'de haklı bir sebep olmaksızın, bir başkasının

¹²⁷ Kuru, El Kitabı, s. 392; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, İcra, s. 283; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 371-372.

malvarlığından zenginleşen kişinin, bu zenginleşmeyi geri vermekle yükümlü olduğu öngörülmüştür. Geçerli bir hukukî sebebin olmaması, hukukî sebebin gerçekleşmemesi ve hukukî sebebin ortadan kalkması hallerinde, haklı bir sebebin bulunmadığı kabul edilmektedir (TBK m. 77/2)¹²⁸.

Karşılıklı ve aynı anda edimlere ilişkin ilâmlı icrada, esasen başlangıçta borçlunun ifa ettiği edimin alacaklıya teslim edilmesi bir hukukî sebebe dayanmaktaysa da, alacaklının kendi üzerine düşen yükümlülüğü belirlenen süre içerisinde ifa etmemesi halinde, bu hukukî sebebin ortadan kalktığından ve sebepsiz zenginleşme için gerekli olan haklı sebebin olmaması halinin meydana geldiğinden bahsedilebilir. Dolayısıyla borçlunun ediminin bir para borcu olmadığı hallerde icra müdürlüğü, alacaklı kendi edimini ifa etmeden borçlunun edimini alacaklıya teslim etmişse, kanaatimizce borçlunun başvurabileceği tek yol alacaklıya karşı genel hükümler çerçevesinde sebepsiz zenginleşme davası açmaktır. Zira alacaklının edimini ifa etmemesi ve borçlunun ediminin alacaklıya teslim edilmesi ile alacaklı, borçlu zararına sebepsiz zenginleşmiş olur.

C. Karşı Edimin İfasının İmkânsızlaşması

Karşı edimin ifasının imkânsız hale gelmesi özellikle ayıplı malın iadesi ile ayıpsız misliyle değiştirilmesine ilişkin icra takipleri bakımından karşımıza çıkmaktadır. Borçlunun ifa etmekle yükümlü olduğu edimin misliyle değişiminin mümkün olmadığını icra dairesine bildirmesi halinde uygulamada İİK m. 24 hükmü doğrultusunda teslim edilecek malın değerinin tespiti yoluna gidilmektedir. Bu kapsamda teslim edilmesi gereken malın değerinin belirlenebilmesi için ticaret odasına yazı yazılarak bedel tespiti yapılmakta ve belirlenen bu bedelin ödenmesi ile borçlunun borcunu ifa ettiği kabul edilmektedir.

Kanaatimizce de karşılıklı ve aynı anda edimleri içeren ilâmlı icrada İİK m. 24 hükmü doğrultusunda işlem yapılması gerektiğinden,

¹²⁸ Seza Reisoğlu, *Sebepsiz İktisap Davasının Genel Şartları*, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1961, s. 138-145; Turgut Öz, *Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme*, İstanbul, 1990, s. 81-106; Eren, s. 995-996; Fikret Eren / Ünsal Dönmez, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi*, Cilt II, Ankara, 2022, s. 1826.

teslim edilmesi gereken mal borçlunun yedinde bulunmuyorsa icra dairesi tarafından yapılması gereken işlem öncelikle ilâmda yazılı bir değer bulunup bulunmadığına bakmaktır. Eğer ilâmda yazılı bir değer yer almıyorsa malın güncel değeri tespit ettirilmelidir. Dolayısıyla uygulamanın yerinde olduğunu söyleyebiliriz.

D. Takip Masraflarından Sorumluluk

Karşılıklı edimlerin ifasına ilişkin icra takiplerinde icra takibinin devamına ilişkin olarak yapılan masraflar yanında alacaklının kendi ediminin ifası için yapmış olduğu bazı masraflar da söz konusu olmaktadır. İşte bu takip masraflarından ve alacaklının edimi hazır hale getirmek için yapmış olduğu masraflardan kimin sorumlu olacağının tespiti önem arz etmektedir.

İİK m. 15/1 gereğince kural olarak bütün harç ve masraflardan takip borçlusu sorumludur ve takip neticesinde ayrıca hükme gerek kalmaksızın bu masraflar borçludan tahsil edilir. Yine İİK m. 59'da da takip masraflarının borçluya ait olduğu açıkça öngörülmüştür. Takip masrafları başlangıçta alacaklı tarafından karşılanmakla birlikte, takip sonucunda bu masraflar borçludan tahsil edilmektedir. Burada takip masrafı ve alacaklı tarafından yapılan hazırlık masraflarını ikiye ayırarak bir sonuca ulaşmak gerekmektedir.

Takip masraflarından bahsedildiğinde icra takibinin başarıya ulaşabilmesi ve tam ve doğru olarak yapılabilmesi için icra organları tarafından yapılan masraflar anlaşılmaktadır¹²⁹. Harçlar ve masraflar bu kapsamda yer almaktadır. Ancak icra takibi vesilesiyle ortaya çıkmasına rağmen tarafların kendi yapmış olduğu masraflar taraf masrafı kapsamındadır ve gerçek anlamda takip masrafı niteliğinde değildir¹³⁰. Ödeme emrinin tebliği, haciz, paraya çevirme, paylaştırma, icra dairesi tarafından yapılan tebligatlar, bilirkişi ücreti, haczedilen malın

¹²⁹ Üstündağ, İcra, s. 55, 57. Kuru, masrafları karşılamak üzere icra giderleri terimini kullanmaktadır. Bkz. Kuru, El Kitabı, s. 121. Aynı şekilde bkz. Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 76.

¹³⁰ Üstündağ, İcra, s. 55; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 76.

muhafazasına ilişkin masraflar vb. takip masrafları kapsamında kabul edilmektedir¹³¹.

Karşılıklı edimlere ilişkin ilâmlı icrada alacaklı, kendi üzerine düşen edimi hazır hale getirirken birtakım masraflar yapmış olabilir. Bu masrafların da takip masrafı kapsamında kabul edilip edilemeyeceğine göre söz konusu masraflardan kimin sorumlu olacağı belirlenmelidir.

Diğer icra takiplerinden farklı olarak, karşılıklı edimlere ilişkin bir ilâm veya ilâm niteliğinde belge söz konusu olduğunda takip talebinde bulunan alacaklının da kendi üzerine düşen edimi yerine getirmesi gerekir. Aksi halde takibe devam edilebilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla burada alacaklının ifaya hazırlık için yapmış olduğu masraflar esasen takibin başarıya ulaşabilmesi için gerekli olan masraflar arasında sayılmalıdır. Kural olarak tarafların kendi yapmış olduğu masraflar takip masrafı kapsamında yer almasa da alacaklının burada yapmış olduğu hazırlık masrafları takibin devamı bakımından zorunlu olan masraflar arasında yer alacağından takip masrafı olarak kabul edilmelidir. Tüm icra takipleri bakımından yapılan masraflar yanında karşılıklı edimlere ilişkin ilâmlı icrada takibe devam edilebilmesi amacıyla yapılan ifaya hazırlık masrafları da alacaklı tarafından peşinen ödenmektedir. Alacaklının peşinen ödediği bu masraflar da takip masrafı kapsamında olacağından takip neticesinde borçludan tahsil edilmelidir. Örneğin alacaklının üzerine düşen edim yükümlüğünü bir malın teslimi oluşturuyorsa bu malın borçluya teslimi veya uygun bir yere tevdi edilmesi için yapılan masraflar takip masrafları arasında yer alacaktır.

Bir tarafın kendi edimini hazır tutma ve transfer masrafını karşıdan istemesi başta sorunlu görünse de, diğer taraf edimini yerine getirmediğinden bu takip yapılmak zorunda kaldığı için bunlara da katlanması normaldir. Nitekim Alman hukukunda da alacaklının kendi ediminin ifası için yapmış olduğu masraflar (örneğin edimin borçluya transferi için yapılan masraflar), takip masrafı kapsamında sayılarak

¹³¹ Üstündağ, İcra, s. 55; Kuru, El Kitabı, s. 121; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 77.

maddî hukuk gereğince aksi öngörülmedikçe söz konusu masrafların borçluya yükletilmesi gerektiği kabul edilmektedir¹³².

VII. Cebrî İcra Kanunu Taslağında Yer Alan İlgili Hükümlerin Değerlendirilmesi

Karşılıklı ve aynı anda edimleri içeren ilâmlı icraya ilişkin yapmış olduğumuz yukarıdaki açıklamalar ve öneriler mevcut kanun hükümleri çerçevesinde yapılan değerlendirmelerdir. Yürürlükteki 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda bu hükümlerin icrasına dair bir hüküm bulunmaması nedeniyle doktrinde ve Yargıtay kararlarında farklı görüşler ileri sürülmüş ve bu görüşler doğrultusunda çalışmada da bazı önerilerde bulunulmuştur. Çalışmanın yapıldığı esnada kamuoyu görüşüne sunulan Cebrî İcra Kanunu Taslağı ile bu hususta hükümler getirilmiştir. Karşılıklı edimlerin ifası hususunda düzenleme yapılacak olması halinde Taslak Kanun'da getirilen hükümlerde birtakım değişikliklerin yapılmasının bu yöndeki hükümlerin icrası bakımından daha faydalı olacağı kanaatindeyiz. Bu kapsamdaki değerlendirmelerimize bu başlık altında yer vereceğiz.

Taslak Kanun m. 64 gereğince karşılıklı edimlere ilişkin ilâmların icrasında icra emrinin borçluya tebliğ edilmesi üzerine borçlu, icra hukuk mahkemesine başvurarak alacaklının kendi edimini ifa etmediğini veya ifayı teklif etmediğini ileri sürme ve icranın geri bırakılmasını isteme hakkına sahiptir. İcra hukuk mahkemesinde yapılacak olan yargılamada alacaklı, edimini ifa veya ifayı teklif ettiğini genel hükümler çerçevesinde ispatlayamaz veya yargılama sırasında bu hususları yerine getirmezse mahkemece icranın geri bırakılmasına karar verilir. Eğer alacaklı edimi ifa ettiğini veya ifayı teklif ettiğini ispat ederse borçlunun icranın geri bırakılması yönündeki talebi reddedilir. Söz konusu hususlar Taslak Kanun m. 57/3 gereğince icra emrinde borçluya ihtar edilir.

Kanaatimizce burada alacaklının kendi edimini ifa etmesi veya ifayı teklif etmesinin aranması yerindedir. Zira yukarıda ilgili

¹³² Werner, § 756, Rn. 9; Ulrici, § 756, Rn. 15.1; BGH, Beschluss vom 16.12.2020 – VII ZB 46/18 (NJW-RR 2021), s. 252-253.

bölümlerde de açıklamış olduğumuz üzere alacaklının kendi edimini ifa edilmesi her zaman menfaatler dengesine uygun olmayabilir. Bu yüzden edimin ifasını teklif etmesi de borçluya karşı icra takibine devam edilebilmesi için yeterli kabul edilmelidir. Nitekim kanundaki düzenleme buna imkân tanımaktadır. Eğer alacaklı bu yükümlülüğünü yerine getirmeden icra takibinde bulunmuşsa borçluya icranın geri bırakılmasını talep hakkı tanınması da yerindedir. Zira mevcut uygulamada da alacaklı kendi üzerine düşen edimi ifa edene kadar takibin durdurulmasına karar verileceği kabul edilmekteydi. Benzer şekilde alacaklının kendi edimini ifa etmeden takip talebinde bulunmuş olması halinde takibe devam edilemeyecek ve icra mahkemesi tarafından icranın geri bırakılmasına karar verilecektir. Ancak burada karşılıklı edimleri içeren ilâmlar ve ilâm niteliğinde belgelerin niteliği gereği icranın ne kadar süreyle geri bırakılacağına da tespit edilmesi uygun olur. Bu sebeple söz konusu düzenlemeye *“alacaklı edimini ifa edinceye kadar icranın geri bırakılmasına karar verilir”* şeklinde bir ekleme yapılması faydalı olacaktır.

Düzenlemeye ilişkin eksik noktalardan biri de icranın geri bırakılması yargılaması sırasında icra takibinin akıbetine ilişkindir. Hükümde icranın geri bırakılması yargılaması devam ederken takibin durup durmayacağı düzenlenmemiştir. Kanunda bu yargılama sırasında icra takibinin kendiliğinden duracağına ilişkin bir hüküm de bulunmaması nedeniyle alacaklı kendi edimini henüz ifa etmemiş olsa dahi takibe devam ederek borçlunun yükümlü olduğu edimin yerine getirilmesini sağlayabilir. Ancak karşılıklı edimlere ilişkin ilâmlar ve ilâm niteliğinde belgelerin niteliği gereği tarafların edimlerini eş zamanlı olarak ifa etmesi gerekir. Bu sebeple yargılama sırasında takibin devam etmesi taraflar arasındaki menfaat dengesini borçlu aleyhine bozabilir. Zira yargılama sırasında takibe devam edilirse karşılıklı ve aynı anda ifa edilmesi gereken yükümlülüklerden yalnızca borçlunun borcunun tahsiline devam edilecek alacaklı ise edimini ifa etmeden kendi alacağına kavuşmuş olacaktır. Bu yüzden icranın geri bırakılmasına ilişkin yargılama sırasında mevcut takibin akıbetinin ne olacağı hususunda bir düzenleme getirilmesi faydalı olacaktır.

Bu noktada ikili bir ayrıma gidilerek mahkemeye takibin durdurulmasına karar verme yetkisi verilmesi uygun olur. Eğer alacaklı takip talebinde bulunurken edimini ifa ettiğine veya ifayı teklif ettiğine dair bir belge sunmuşsa yargılama sırasında takibinin durdurulup durdurulmayacağı hâkimin takdirine bırakılmalıdır. Ancak alacaklı bu yönde hiçbir belge sunmadan takip talebinde bulunduysa hâkim doğrudan takibin durdurulmasına karar vermelidir. Böylelikle edimlerin eş zamanlı olarak ifası mümkün hale gelecek ve taraflar arasındaki menfaat dengesi sağlanacaktır.

Kanaatimizce hükümdeki diğer bir eksiklik icranın geri bırakılması kararı verilmesinden sonra alacaklının edimini ifa etmesi halinde takibin durumunun ne olacağıdır. Zira icranın geri bırakılması kararı takibin iptali sonucunu doğurmamaktadır. Bu yüzden mahkeme tarafından icranın geri bırakılmasına karar verilmesinden sonra alacaklı kendi edimini ifa ederek takibe devam etmek isteyebilir. Bu durumda alacaklı icra mahkemesine başvurarak kendi edimini ifa ettiğini ispat etmeli ve takibin devamına karar verilmesini talep edebilmelidir. Edimin ifası yönünde alacaklının yine bir ispat faaliyeti yürütmesi gerekeceğinden bu yöndeki talebin icra mahkemesine sunulması ve mahkeme tarafından yapılacak inceleme neticesinde takibe devam edilmesi daha uygundur. İlgili maddeye bu yönde bir ekleme yapılması faydalı olacaktır.

SONUÇ

Uyuşmazlığın yargı yoluyla çözümlenmesi halinde mahkeme veya hakem kararı ile, mahkeme dışı yollarla çözümlenmesi halinde ise sulh sözleşmesi, arabuluculuk anlaşma belgesi, Avukatlık Kanunu m. 35/A kapsamında uzlaşma tutanağı veya tüketici hakem heyeti kararı ile edimlerin karşılıklı ve aynı anda ifasının kararlaştırılması mümkündür.

Uyuşmazlığın taraflarca mahkeme önüne getirilmesi ve bir mahkeme kararı neticesinde edimlerin karşılıklı ve aynı anda ifasına karar verilmesi doktrinde bazı yazarlar tarafından şarta bağlı hüküm kapsamında ele alınmaktadır. Fakat esasen edimlerin bu yönde ifasına karar verilmesi doğrudan şarta bağlı hüküm kapsamında değildir. Edimin ifasının geciktirici veya bozucu şarta bağlı olması ve mahkeme

tarafından bu yönde bir şart doğrultusunda karar verilmesi halinde şarta bağlı hükümden bahsedilmelidir. Edimlerin karşılıklı ve aynı anda ifasının söz konusu olduğu hallerde ise bu bakımdan hükmün icrasında tereddüt oluşturacak bir şart durumu söz konusu değildir. Yeter ki, karşılıklı edimler açıkça belirtilmiş, icra edilebilir olsun ve belirsizlik bulunmasın. Zira şarta bağlı hükümlerde olduğu gibi bu durumda hükmün gerçekleşmesi belirsiz bir olaya bağlanmamaktadır. Keza bu şekilde verilen hükümler geçerli bir hükümdür, etkisiz hüküm kategorisinde de değildir. Geçerli bir hükmü uygulanamaz kılmak, geçerli, hukuk alanında sonuç doğuran bir hükmü etkisizleştirmek, davacının da hak arama özgürlüğünü, etkin hukukî korunma talebini sonuçsuz bırakmak demektir. Nitekim uygulamada özellikle tüketici uyuşmazlıkları bakımından bu yönde kararlar verildiği ve bu hususun şarta bağlı hüküm kapsamında değerlendirilmediği görülmektedir.

Edimlerin karşılıklı ve aynı anda ifasını içeren ilâm ve ilâm niteliğinde belgelerin icrasının ne şekilde gerçekleşeceğinin tespiti önem arz etmektedir. Zira Alman ve İsviçre hukukunun aksine Türk hukukunda İcra ve İflas Kanunu'nda bu yöndeki ilâm ve ilâm niteliğinde belgelerin ne şekilde icra edilebileceğine ilişkin doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanunda bu yönde bir düzenlemenin bulunmaması doktrinde karşılıklı ve aynı anda ifa yönünde bir karar verilemeyeceği şeklinde de yorumlanmıştır. Kanaatimizce elinde karşılıklı ve aynı anda edimleri içeren bir ilâm veya ilâm niteliğinde belge bulunan alacaklı ilâmlı icra takibi yoluna başvurabilmelidir. Kanunda bunların icrasına ilişkin doğrudan bir düzenlemenin bulunmaması eksiklik olarak kabul edilebilir fakat bu eksikliğin alacaklının ilâmlı icra yoluna başvurmasını tamamen engelleyecek şekilde yorumlanmaması gerekir. Nitekim Yargıtay kararları ile bu yöndeki icra takipleri bakımından bazı çözüm yollarının bulunduğu görülmektedir.

Mahkeme ve hakem kararları ile tüketici hakem heyeti kararları bakımından ilâm veya karar lehine olan davacı/talepte bulunan taraf icra takibinde bulunma hakkına sahip olacaktır. İlâm niteliğinde belgelerde ise taraflardan her birinin icra takibi yoluna başvurması mümkün kabul edilmelidir. Zira bu hallerde her iki tarafın da iradesi

doğrultusunda edimlerin karşılıklı ve aynı anda ifası kararlaştırılmaktadır. Bu yüzden her iki taraf da edimin ifasını sağlamak üzere icra takibine başvurabilir.

İlâm veya ilâm niteliğinde belge gereğince, borçlu para borcunun ifası ile yükümlü ise borçlu aleyhine ilâmlı icra takibi başlatmak isteyen alacaklı, kanunda karşılıklı ve aynı anda edimleri içeren ilâmlı icraya ilişkin özel bir hüküm bulunmadığından, İİK m. 32 hükmü kapsamında, icra müdürlüğünden talepte bulunmalıdır. Bu husus özellikle alacaklının bir malın iadesi karşılığında borçlunun ödenen paranın iadesi ile yükümlü kılınması halinde karşımıza çıkmaktadır. Her ne kadar kanunda açıkça düzenlenmemiş olsa da takibin niteliği gereği alacaklı icra müdürlüğünde takip talebinde bulunurken aynı zamanda kendi ediminin ifasını da teklif etmelidir. Fakat bu aşamada alacaklının kendi edimini ifa etmesi veya icra dairesinin göstereceği bir yere tevdi etmesi aranmamalıdır.

Karşılıklı ve aynı anda edimleri içeren ilâm veya ilâm niteliğinde belgede borçlunun yükümlü olduğu borç bir taşınırın teslimi ise bu halde alacaklı, İİK m. 24 kapsamında taşınır teslimine ilişkin ilâmların icrası yoluna başvuracaktır. Aynı şekilde bu takip yolunda da alacaklı takip talebinde bulunurken kendi ediminin ifasını teklif etmeli, kendi edimini doğrudan borçluya veya icra dairesinin göstereceği bir yere tevdi etmesi aranmamalıdır. Eğer alacaklı, kendi edim yükümlülüğünü takipten önce yerine getirmişse takip talebi ile birlikte edimini ifa ettiğini ispata yarayan belgeleri de sunmalıdır. Yargıtay kararlarında bu ispatın ancak İİK m. 33 anlamındaki belgelerle yapılabileceği kabul edilmektedir. İcra memurunun sınırlı bir inceleme yapma yetkisi bulunduğundan kanaatimizce de bu yönde belgelerin aranması yerindedir.

Alacaklının takip talebini alan icra memuru takibin türüne göre borçluya örnek 2 veya örnek 4-5 nolu icra emrini tebliğ edecektir. İcra müdürlüğünce düzenlenecek olan icra emrinde, diğer icra takiplerinden farklı olarak özellikle alacaklının edimine karşılık olarak borçlunun edimini ifa edeceğine dair bir ibare bulunmalıdır. Faiz başlangıç tarihi bakımından da bu tür takipler farklılık arz etmektedir. Borçlunun

borcunu bir para borcunun ifası oluşturuyorsa bu durumda faiz başlangıç tarihi alacaklının kendi edimini ifa ettiği tarih olacaktır.

Karşılıklı ve aynı anda ifanın gerçekleşebilmesi amacıyla ilâm veya ilâm niteliğinde belgenin icrası aşamasında her iki tarafın da edimini aynı anda ifasının sağlanması icra müdürlüğünün yükümlülüğündedir. Bu sebeple Yargıtay kararlarında alacaklının kendi üzerine düşen edimi ifa edene kadar takibin durdurulmasına karar verilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Eğer alacaklı edimini ifa etmemiş olmasına rağmen borçlunun borcunu oluşturan edim alacaklıya teslim edilmişse icra müdürlüğü alacaklıya edimini ifa etmek üzere süre vermeli, alacaklı bu sürede edimini ifa etmezse İİK m. 361 gereğince yanlışlıkla ödenen bedelin geri alınacağını ihtar etmelidir. Eğer borçlunun ediminin konusu bir para borcu değil bir eşyanın teslimi ise İİK m. 361 burada uygulanamayacaktır. Bu durumda borçlu genel hükümler çerçevesinde açacağı bir dava ile sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak alacaklıya başvurabilmelidir.

Takip talebinde bulunan alacaklı, kendi üzerine düşen edimi hazır hale getirirken masraf yapmak zorunda kaldıysa, ifaya hazırlık için yapmış olduğu bu masraflar takibin başarıya ulaşabilmesi için gerekli olan masraflar arasında kabul edilmelidir. Bu sebeple söz konusu masraflar da takip masrafı kabul edilmeli ve başlangıçta alacaklı tarafından karşılanan bu masraflar takip neticesinde borçludan tahsil edilmelidir.

Yürürlükteki İcra ve İflas Kanunu'nda karşılıklı ve aynı edimleri içeren ilâmların icrasına ilişkin bir hüküm bulunmamakla birlikte, Cebrî İcra Kanunu Taslağı'nda bu hususa ilişkin düzenleme getirilmiştir. Söz konusu hükme göre alacaklı kendi edimini ifa etmeden veya ifayı teklif etmeden icra takibinde bulunursa borçlu icranın geri bırakılması talebinde bulunabilir. Taslak Kanun ile getirilen bu hüküm temelde yerinde olup hükme bazı hususların eklenmesi taraflar arasındaki menfaat dengesinin korunması açısından gereklidir. Bu kapsamda icranın ne kadar süre ile geri bırakılacağı, icranın geri bırakılmasına ilişkin yargılama esnasında takibin akıbetinin ne olacağı ve icranın geri bırakılması kararı verilmesinden sonra alacaklının edimini ifa ederek

takibe devam etmek istemesi halinde ne olacağına ilişkin ekleme yapılması faydalı olacaktır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Peer-Review: Externes Peer-Review-Verfahren.

Interessenkonflikt: Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

Finanzielle Unterstützung: Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

ZUSAMMENFASSUNG

Zug-um-Zug-Leistungen können in Form von Vollstreckungstiteln oder vollstreckungsfähigen Urkunden auftreten. Zwar werden Zug-um-Zug-Leistungen in der Lehre als bedingte Urteile eingestuft, jedoch sollte unseres Erachtens eine solche Einstufung nicht allein deshalb erfolgen, wenn das Urteil klar und bestimmt ist. Anders als bei bedingten Urteilen hängt die Wirksamkeit des Urteils hier nicht von einem ungewissen Ereignis ab. Daher können sowohl Gerichte und andere Justizorgane als auch die Parteien selbst die gleichzeitige Erfüllung dieser Leistungen anordnen.

Im Gegensatz zum deutschen und schweizerischen Recht enthält das in unserem Recht geltende Gesetz über Zwangsvollstreckung und Konkurs keine ausdrückliche Regelung für die Vollstreckung solcher Urkunden. Dennoch ist im Rahmen der bestehenden Bestimmungen davon auszugehen, dass auch die Vollstreckung derartiger Titel und vollstreckungsfähiger Urkunden möglich ist. Der Kassationshof hat hierzu bereits Lösungen auf Grundlage der bestehenden Vorschriften entwickelt.

Bei gerichtlichen und schiedsgerichtlichen Entscheidungen sowie Entscheidungen der Verbraucherschlichtungsstellen ist allein die klagende Partei zur Einleitung der Zwangsvollstreckung berechtigt. Erfolgt die Vollstreckung jedoch aufgrund einer vollstreckungsfähigen Urkunde, die auf einer Parteivereinbarung beruht, so ist davon auszugehen, dass beide Parteien einen Vollstreckungsantrag stellen können.

Ist der Schuldner gemäß dem Titel oder der vollstreckungsfähigen Urkunde zur Zahlung einer Geldschuld verpflichtet, muss der Gläubiger, der eine Zwangsvollstreckung einleiten möchte, nach Art. 32 des Gesetzes über Zwangsvollstreckung und Konkurs einen Antrag beim Vollstreckungsamt stellen, da keine spezielle Vorschrift für Zug-um-Zug-Leistungen besteht. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Gläubiger zur Rückgabe einer Sache verpflichtet ist und der Schuldner im Gegenzug zur Rückzahlung des bereits erhaltenen Geldes. Zwar ist dies nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt, jedoch muss der Gläubiger bei Antragstellung zugleich die Erfüllung seiner eigenen Leistung anbieten, ohne diese tatsächlich erbringen oder beim Vollstreckungsamt hinterlegen zu müssen.

Schuldet der Schuldner die Herausgabe einer beweglichen Sache, ist der Gläubiger nach Art. 24 des Gesetzes über Zwangsvollstreckung und Konkurs berechtigt, die Vollstreckung wegen Herausgabe der Sache zu betreiben. Auch in diesem Verfahren muss der Gläubiger die Erfüllung seiner eigenen Leistung anbieten, ohne dass er diese unmittelbar an den Schuldner oder an das Vollstreckungsamt leisten muss. Hat der Gläubiger seine Leistung bereits vor Einleitung des Verfahrens erbracht, so muss er dies durch Vorlage entsprechender Nachweise belegen.

Nach Eingang des Vollstreckungsantrags übermittelt das Vollstreckungsamt dem Schuldner je nach Art des Verfahrens die entsprechende Zwangsvollstreckungsanordnung (Formular Nr. 2 oder Nr. 4–5). Diese Anordnung muss im Unterschied zu anderen Verfahren ausdrücklich enthalten, dass der Schuldner seine Leistung nur gegen Erbringung der Leistung durch den Gläubiger zu erfüllen hat.

Zur Sicherstellung der gleichzeitigen Erfüllung beider Leistungen ist das Vollstreckungsamt verpflichtet, während des Vollstreckungsverfahrens die gleichzeitige Leistungserbringung beider Parteien zu gewährleisten. Daher wird in der Rechtsprechung des Kassationshofs anerkannt, dass das Verfahren bis zur Erfüllung der Verpflichtung des Gläubigers ausgesetzt werden muss.

KAYNAKÇA

- AKKAN Mine, "Medenî Usûl Hukukunda Etkin Hukukî Koruma", *MİHDER*, Cilt 3, Sayı 6, 2007/1, s. 29-68.
- AKKAN Mine, *Bir İşin Yapılması veya Yapılmamasına İlişkin İlâmların İcrası (İİK m.30, m. 343)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- ANTALYA Gökhan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt III, Legal Yayıncılık, İstanbul 2017.
- ARIKAN Gökçe, "Üçüncü Kişi Lehine Arabuluculuk Sözleşmesi ile Şarta Bağlı Arabuluculuk Sözleşmesinin İcra Edilebilirliği", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 25, Sayı 2, 2021, s. 129-164.
- ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder/TAŞPINAR AYVAZ Sema/HANAĞASI Emel, *İcra ve İflâs Hukuku*, 10. Baskı, Ankara 2024.
- ARSLANLI Halil, *Ticarî Bey*, 3. Bası, İstanbul 1952.
- ARSEBÜK Esat, *Borçlar Hukuku*, Cilt 1 ve 2, 3. Basım, Ankara 1950.
- ARIKAN Gökçe, "Üçüncü Kişi Lehine Arabuluculuk Sözleşmesi ile Şarta Bağlı Arabuluculuk Sözleşmesinin İcra Edilebilirliği", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 25, Sayı 2, 2021, s. 129-164.
- ATALAY Oğuz, "Tasarı Üzerine Genel Tartışma ve Değerlendirme", *Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-VI*, İzmir/Çeşme, 19-20 Ekim 2007, s. 265 vd.
- ATALI Murat/ DİRENİSA Efe, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, Cilt IV, 16. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2025.
- ATALI Murat/ERMENEK İbrahim/ERDOĞAN Ersin, *İcra ve İflâs Hukuku*, 8. Baskı, Ankara 2024.
- AYANOĞLU MORALI Ahu, "Taraflardan Birinin Dava Esnasında Borcun İfa Edilmediği Def'ini İleri Sürmesine Bağlanabilecek Sonuçlar", *MİHDER*, 2008/2, s. 451-467.

- BELGESAY Mustafa Reşit, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Cilt II, Kısım III, İstanbul, 1939.
- BITTMANN David-Christoph, *Wieczorek/Schütze Zivilprozessordnung und Nebengesetze*, Großkommentar, 5. neu bearbeitete Auflage, 2023.
- BOMMER Florian, *Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO)*, SHK-Stämpflis Handkommentar, (Herausgegeben von Baker/McKenzie), Bern, 2010.
- BULUR Alper, "Avukatlık Kanunu m. 35/A'nın Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Çerçevesinde İrdelenmesi ve Bir Düzenleme Önerisi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2010/89, s. 196-241.
- DEMİR Şamil, *Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi*, 2. Baskı, Ankara 2014.
- DEVECİ Zeynep Sümeysa, *Çekişmesiz Yargıda İlgili Kavramı ve Hukukî Durumu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2025.
- DOMS Thomas, "Eine Möglichkeit zur Vereinfachung der Zwangsvollstreckung bei Zug-um-Zug-Leistung", *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 23, s. 1340-1341.
- EGLI Rainer, *ZPO Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung*, OFK-Orell Füssli Kommentar, 2. überarbeitete Auflage, Zürich 2015.
- EMMERICH Volker, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 9. Auflage, München 2022.
- EREN Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Legem Yayınevi, 29. Baskı, Ankara 2024.
- EREN Fikret/DÖNMEZ Ünsal, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi*, Cilt I, Yetkin, Ankara 2022.
- EREN Fikret/DÖNMEZ Ünsal, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi*, Cilt II, Ankara 2022.
- FEYZİOĞLU Feyzi Necmeddin, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt II, 2. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977.
- GASSER Dominik/RICKLI Brigitte, *Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO)*, 2. Auflage, Zürich 2014.

GIERS Michael / HAAS Ulrich, *Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung Handkommentar*, (Herausgegeben von Johann Kindl/Caroline Meller-Hannich), 4. Auflage, 2021.

GÜNTHER Andreas, *Die Vollstreckung von Urteilen auf Leistung Zug um Zug*, Marburg 2010, (Vollstreckung).

GÜNTHER Andreas, "Probleme bei der Vollstreckung von Zug-um-Zug-Urteilen", *Deutsche Gerichtsvollzieher Zeitung*, 123. Jahrgang, Nr. 12, 2008, (Probleme).

HAVUTÇU Ayşe, *Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Olumlu Zararın Tazmini*, İzmir, 1995.

HEINZE Stefan, "Annahmeverzugsnachweis durch noterielle Urkunden bei Zug-um-Zug-Zahlungstiteln", *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 34, 2023.

HEßLER Hans-Joachim, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 6. Auflage, München 2020.

HUBER Melanie, *Die Vollstreckung von Urteilen nach der Schweizerischen ZPO*, 2016.

JENNY Reto M., *ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar*, 2. Auflage, 2016.

KANİTİ Salomon, *Akđin İfa Edilmediği Def'i*, İstanbul, 1962.

KARAHASAN Mustafa Reşit, *Sorumluluk Hukuku*, Sözleşmeler, Beta Basım, 6. Baskı, İstanbul 2003.

KARAUZ Agah Kürşat, *Sulh Sözleşmesi*, Adalet, Ankara 2014.

KAZMAZ TEPE Büşra, "Arabuluculuk Anlaşma Belgesine İlişkin İcra Edilebilirlik Şerhi Taleplerinde Yargılama Usûlü", *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, Cilt 5, Sayı 1, 2018, s. 125-150.

KELLERHALS Franz, *Schweizerische Zivilprozessordnung Berner Kommentar*, (Herausgegeben von Heinz Hausheer/Hans Peter Walter), Bern, 2012.

- KIYAK Emre, "Arabuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl 6, Sayı 21, 2015, s. 523-548.
- KINDL Johann, *Zivilprozessordnung*, 10. Auflage, Baden-Baden 2023.
- KURU Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt III, 6. Baskı, İstanbul 2001, (Cilt III).
- KURU Baki, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2013, (El Kitabı).
- HEINZE Stefan, "Annahmeverzugsnachweis durch noterielle Urkunden bei Zug-um-Zug-Zahlungstiteln (Gesellschaftsanteile)" *Neue Juiristische Wochenschrift*, Heft 34, 2023, s. 2468-2470.
- LACKMANN Rolf, *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar*, 20. Auflage, München 2023.
- LÜKE Wolfgang, *Zivilprozessrecht II Zwangsvollstreckung*, 11. Auflage, 2021.
- MÜLLER Henning, *juris Praxiskommentar Elektronischer Rechtsverkehr*, Band 2-Zivilverfahren, 2. Auflage, Saarbrücken, 2022.
- MÜNZBERG Wolfgang, *Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 7, 22. Auflage, 2002.
- OĞUZMAN Kemal/ÖZ Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt-1, 23. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2025.
- ÖNEN Ergun, *Medenî Yargılama Hukukunda Sulh*, Ankara 1972.
- ÖZ Turgut, *Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme*, İstanbul 1990.
- ÖZBAY İbrahim, "Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Tutanağının İlâm Niteliği", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 3-4, 2004, s. 387-418.
- Özbek Mustafa, "Avukatlık Kanunu'nun 35/A Maddesine Göre Arabuluculuk", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 59, 2001/3, s. 113-137.
- ÖZEKES Muhammet, *İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz*, Seçkin, Ankara, 1999.

ÖZEKES Muhammet, “Medeni Usul Hukukunda Yok Hüküm ve Etkisiz Hüküm”, *Yargıtay Dergisi*, Cilt 26, Sayı. 4, 2000, s. 661-699.

ÖZEKES Muhammet, / BORAN GÜNEYSU Nilüfer, “Mevsimsiz (Zamansız/Erken) Davanın Yargı Kararları Kapsamında Değerlendirilmesi”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, Cilt 81, Sayı 3, 2023, s. 861-909.

ÖZEKES Muhammet, /ERİŞİR Evrim, “Konusu Para Alacağı Olan Geçici Hukukî Korumaların Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi”, *MİHDER*, 2006/3, Sayı 5, s. 1235-1274.

PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ ÖZEKES Muhammet, *Medenî Usûl Ders Kitabı*, On İki Levha Yayıncılık, 13. Bası, İstanbul, 2025.

PEKCANITEZ Hakan / ATALAY Oğuz /SUNGURTEKİN ÖZKAN Meral/ ÖZEKES Muhammet, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, On İki Levha Yayıncılık, 12. Baskı, İstanbul, 2025.
PEKCANITEZ Hakan /SİMİL Cemil, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, Cilt II, 16. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2025.

PEKMEZ Cüneyt, *Borcun İfa Edilmediği Defi (Ödemezlilik Defi)*, İstanbul 2021.

POSTACIOĞLU İlhan, “Şarta Muallak Hükümler”, *Adliye Ceridesi*, Yıl 32, Sayı 2, 1941, s. 112-122 (Şart).

POSTACIOĞLU İlhan, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 6. Bası, 1975, (Medeni Usul).

POSTACIOĞLU İlhan / ALTAY Sümer, *İcra Hukuku Esasları*, İstanbul, 2010, (İcra).

POSTACIOĞLU İlhan / ALTAY Sümer, *Medenî Usûl Hukuku Dersleri*, 2015 (Medenî Usûl).

POSTACIOĞLU İlhan E., *İcra Hukuku Esasları*, İstanbul 1982, (İcra).

REİSOĞLU Seza, *Sebepsiz İktisap Davasının Genel Şartları*, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1961.

SCHMIDT Daniel, *Die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug und deren Vollstreckung*, Winterthur 1963.

SEIBEL Mark, *Zöller Zivilprozessordnung*, 35. Auflage, 2024.

SEROZAN Rona, *İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme*, Üçüncü Cilt, İstanbul, 2002.

STAEHELIN Daniel, *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, 3. Auflage, 2016.

STERNAL Werner, *Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung Handkommentar*, (Herausgegeben von Johann Kindl/Caroline Meller-Hannich), 4. Auflage, 2021.

SUNGURTEKİN ÖZKAN Meral, "Avukatlık Kanunu'nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi", *MİHDER*, 2005/II, s. 353-369.

SUTTER-SOMM Thomas/SEILER Benedikt, *Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Zürich 2021.

TANRIVER Süha, "Şarta Bağlı Hüküm Kavramı ve Verilip Verilemeyeceği Sorunu", *BATIDER*, s. 45-50 (Şarta Bağlı Hüküm).

TANRIVER Süha, *İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi*, Ankara 1996, (İlâmlı İcra).

TANRIVER Süha, *Medenî Usûl Hukuku*, Cilt I, Yetkin, 5. Bası, Ankara 2024, (Usûl).

TAŞPOLAT TUĞSAVUL Melis, *Türk Hukukunda Arabuluculuk*, Ankara, 2012.

TAŞPOLAT TUĞSAVUL Melis, "Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 18, Sayı 1, 2019, s. 333-379.

TEKİNAY Selahattin Sulhi/AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Haluk/ALTOP Atillâ, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Filiz Kitabevi, 7. Baskı, İstanbul 1993.

TUNÇOMAĞ Kenan, *Borçlar Hukuku*, *İÜHFD*, Cilt 28 Sayı 3-4, 1962, s. 841- 843.

ULBER Daniel, *Erman Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar*, (Herausgegeben von Peter Westermann/Barbara Grunewald/Georg Maier-Reimer), 17. Auflage, Köln, 2023.

ULRICI Bernhard, BeckOK ZPO, 50. Edition, München 2023.

ULUKAPI Ömer, "Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair 4667 Sayılı Kanunla Getirilen 'İlam Niteliğinde Belge' Üzerine İnceleme", *Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan*, İstanbul, 2003, s. 447-460.

UYAR Talih, "İlama Aykırı Takiplerin İptali", *Ankara Barosu Dergisi*, 2014/2, s. 477-488.

ÜSTÜNDAĞ Saim, *Tapu Kütüğünün Tashihi Dâvası*, İstanbul 1959, (Tapu Kütüğü).

ÜSTÜNDAĞ Saim, *Medeni Yargılama Hukuku*, Cilt I-II, 7. Baskı, İstanbul 2000, (Medeni Yargılama).

ÜSTÜNDAĞ Saim, *İcra Hukukunun Esasları*, 8. Baskı, İstanbul 2004 (İcra).

YAZICI Çiğdem, "Bir İşin Yapılmasına veya Yapılmamasına İlişkin İlâmların İcrası", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 16, Özel Sayı 2014, s. 2735-2776.

Savcılık İntikamcılığı (Prosecutorial Vindictiveness) Doktrini ve Türk Hukukuna Yansımaları

Die Lehre von der Vergeltungssucht der Staatsanwaltschaft und ihre Auswirkungen auf das türkische Recht

Dr. Öğr. Üyesi Burak Taş*

ÖZ

Savcılık intikamcılığı doktrini, ceza adalet sisteminde sanıkların anayasal ve yasal haklarını kullanmaları nedeniyle savcılar tarafından intikam veya kin duygusu ile misilleme yapılmasını engelleyen önemli bir hukuki koruma mekanizmasıdır. Bu doktrin, Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi tarafından geliştirilmiş ve adil yargılanma hakkının temel bir parçası olarak kabul edilmiştir. Doktrinin temelinde, savcının suçlama veya ceza talebinde bulunurken ve yargılama sürecindeki rolü noktasında kişisel kin, siyasi motivasyon ya da sanığın yasal haklarını kullanmasına tepki gibi uygunsuz saiklerle hareket etmemesi gerektiği anlayışı bulunmaktadır.

Türk hukukunda savcılarının tarafsızlığı ve bağımsızlığı gibi konular akademik çalışmalara sıklıkla konu edilmişken Amerikan hukukunda oldukça önemli görülen savcılık intikamcılığı doktrini hakkında herhangi bir çalışmaya rastlanmamıştır. Bu konu ilgili içtihatlar, yargı pratikleri, konuyu doğrudan esas alan eserler kaynak alınarak bu çalışmada sistemli bir incelemeye tabi tutulmuştur. Bu yönüyle söz konusu çalışma, özgün bir değer taşımaktadır.

Türk hukukunda savcılık intikamcılığı doktrininin doğrudan bir karşılığı yoktur. Savcılar, maddi gerçeği araştırmak ve şüphelinin hem

* Doktor Öğretim Üyesi, Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, tas.burak@outlook.com, ORCID: 0000-0001-6481-1580.



lehine hem de aleyhine olan delilleri toplamakla yükümlü olsa da takdir yetkilerinin bağımsız ve etkili şekilde denetlenmesi konusunda önemli eksiklikler bulunmaktadır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda bazı dolaylı koruma hükümleri yer alsa da bunlar sistematik ve yeterli bir güvence sağlamamaktadır. Ayrıca, seçici muhakeme ve aşırı suçlama gibi savcılık yetkisinin kötüye kullanılmasına dair uygulamalar, Türk hukukunda açıkça tanımlanmış değildir; bu da keyfi davranış riskini artırmaktadır. Türk hukukunda savcıların takdir yetkisini sınırlayan ve keyfi uygulamaları önleyen daha şeffaf ve etkili denetim mekanizmalarına ihtiyaç vardır. Savcılık intikamcılığı doktrini, adil yargılanma ve eşitlik ilkeleri açısından şüpheli ve sanığa önemli bir koruma sağlar; Türk hukukunda bu alanda yapılacak reformlar, hem temel hakların korunmasına hem de ceza adaletine duyulan güvenin güçlenmesine katkı sağlayacaktır.

Anahtar Kelimeler: *Savcılık görevinin kötüye kullanımı, intikamcılık, aşırı suçlama, seçici muhakeme, savcı tarafsızlığı*

The Doctrine of Prosecutorial Vindictiveness and its Reflections on Turkish Law

ABSTRACT

The doctrine of prosecutorial vindictiveness is an important legal safeguard that prevents prosecutors from retaliating against defendants out of revenge or animosity for exercising their constitutional and legal rights within the criminal justice system. This doctrine was developed by the United States Supreme Court and is recognized as a fundamental component of the right to a fair trial. At its core, the doctrine is based on the principle that prosecutors must not act with personal animosity, political motivation, or in response to a defendant's exercise of legal rights when making charging decisions or fulfilling their role in the judicial process.

While issues such as the impartiality and independence of prosecutors have been frequently addressed in Turkish legal scholarship, there is a notable absence of academic work on the doctrine of prosecutorial vindictiveness, which is considered highly significant in

American law. This study undertakes a systematic examination of the topic by drawing on relevant case law, judicial practices, and works that directly address the subject, thereby offering original value to the literature.

There is no direct equivalent of the doctrine of prosecutorial vindictiveness in Turkish law. Although prosecutors are obliged to investigate the material truth and to collect evidence both in favor of and against the suspect, there are significant shortcomings in the independent and effective oversight of their discretionary powers. While the Turkish Code of Criminal Procedure provides some indirect safeguards, these are neither systematic nor sufficient. Moreover, practices such as selective prosecution and overcharging-forms of prosecutorial abuse-are not clearly defined in Turkish law, which increases the risk of arbitrary conduct. There is a need for more transparent and effective oversight mechanisms in Turkish law to limit prosecutorial discretion and prevent arbitrary practices. The doctrine of prosecutorial vindictiveness provides significant protection to suspects and defendants in terms of fair trial and equality principles; reforms in this area within Turkish law would contribute both to the protection of fundamental rights and to strengthening public confidence in the criminal justice system.

Keywords: *Prosecutorial misconduct, vindictiveness, overcharging, selective prosecution, impartiality of the prosecutor*

GİRİŞ

En güçlü kamu görevlilerinden biri olan savcı, devlet veya halk adına ceza soruşturması yürütür. Adaletin hızlı ve doğru bir şekilde sağlanmasından sorumlu olan kişidir ve görevindeki çok çeşitli talepleri dengeleyebilmesi için geniş takdir yetkisiyle donatılmıştır.¹

¹ John Patrick Krimmel, "Prosecutorial Vindictiveness", Chancellor's Honors Program Project, University of Tennessee - Knoxville, 1994, s. 3; Wayne R. Lafave, "The Prosecutor's Discretion in The United States" *The American Journal of Comparative Law*, C.18, S.3, 1970, s. 532-533; R. Michael

Anglo-Amerikan ceza muhakemesi sisteminde savcı, mesleki etik kurallar nedeniyle iki karşıt beklenti arasında kalır. Bir yandan, kamu adına iddia makamı olarak iddiasını en güçlü şekilde savunmakla yükümlüdür; öte yandan hem kendi hem de devletin arzuladığı mahkûmiyet kararından farklı, daha hafif bir sonuca ulaşmanın da adalet gereği olabileceğini gözetmek zorundadır. Bu nedenle, savcının görevinin merkezinde, etik kuralların açıkça tanımlamadığı adaleti sağlama yükümlülüğü ile ceza adalet sisteminde devletin başlıca savunucusu olma rolü arasında potansiyel olarak uzlaşması güç bir çatışma bulunur.²

Adaleti sağlama yükümlülüğü ile ceza adalet sisteminde devletin başlıca savunucusu olma rolü arasındaki çatışmada, suçlama kararının büyük rolü bulunmaktadır. Anglo-Amerikan ceza muhakemesi hukukunda savcının suçlama kararı verme yetkisi, savcılık görevinin kalbi olarak nitelendirilir.³ Savcının bu kararı verebilmesi, en tehlikeli güç olarak değerlendirilir ve bu güç neredeyse denetlenemezdir.⁴

Bu neredeyse denetlenemez⁵ güç kullanımının sınırlandırılmasında, doktrin ile eyalet ve federal içtihatlarda önemli belirlemelerde bulunulmuştur. Doktrinde savcının, anayasal veya yasal olarak izin verilmeyen kriterlere dayanarak herhangi bir kişiye karşı veya onun lehine ayrımcılık yapmaması ve takdir yetkisini kullanırken partizan veya diğer uygunsuz siyasi veya kişisel faktörler gibi başka amaca uygun olmayan mülhazaları kullanmaması gerektiği sıklıkla vurgulanmıştır.⁶ Suçlama (iddia etme) veya suçlama sürecini nihayete

Cassidy/Suzanne Valdez, *Prosecutorial Ethics*, West Academic Publishing, USA, 2019, s. 25; Erik Luna/Marianne L. Wade, *The Prosecutor in Transnational Perspective*, Oxford University Press, New York, 2012, s. 9.

² Krimmel, s. 28.

³ Bennett L. Gershman, "Prosecutorial Decisionmaking and Discretion in the Charging Function", *Hastings Law Journal*, C.62, S.5, 2011, s. 1260.

⁴ Gershman, s. 1260; Harvey A. Silverglate/Sidney Powell, *Conviction Machine: Standing up to Federal Prosecutorial Abuse*, Encounter Books, USA, 2020, s. 61.

⁵ Gershman, s. 1260; Silverglate/Powell, s. 61.

⁶ Gershman, s. 1261-1262, 1276; Rory K. Little, "The ABA's Project to Revise the Criminal Justice Standards for the Prosecution and Defense Functions",

erdirme (iddianame düzenleme) kararından kaynaklanabilecek kişisel veya siyasi faydaları göz önünde bulundurmamasına dikkat çekilmiştir.⁷ Ancak savcının sahip olduğu geniş ve büyük ölçüde denetimsiz takdir yetkisinin varlığı, bunun potansiyel olarak keyfi veya misilleme amaçlı kullanılabileceğini göstermektedir. Bu noktada savcılık mekanizmasının gücünden toplumu koruma hususunda içtihat hukukunda savcılık intikamcılığı doktrini geliştirilmiştir.

Türk hukukunda bu konu herhangi bir çalışmaya konu olmadığından literatür için birlik teşkil edebilecek en uygun kavram seçilmeye çalışılmıştır. Bu noktada “kincilik” veya “misilleme saiki” gibi ifadeler “*vindictiveness*” terimi için tercih edilebilir elverişlilikte olsa da konseptte en uygun çevirinin “intikamcılık” olacağı kanaatindeyiz.

Çalışmada savcılık intikamcılığı doktrinini ve uygulanma çerçevesini anlamak için çeşitli kavramlar okuyucuya tanıtılacaktır. Doktrinin anlaşılmasına hizmet edecek şekilde öncelikle suçlama temelinde savcılık görevinin kötüye kullanılması ve aşırı suçlama kavramları incelenecektir. Ardından savcılık intikamcılığı doktrini ve doktrinin tanıdığı savunma hakkının içeriği, kapsamı, usulü ve ispatı gibi temel konular açıklanacaktır. Sonrasında savcılık intikamcılığı kavramıyla bağlantılı ve kanaatimizce onun bir tezahürünü oluşturan “seçici muhakeme (*selective prosecution*)” konusu irdelenecektir. Nihayetinde Anglo-Amerikan ceza muhakemesinde savunma hakkı olarak itibar gören bu itirazın Türk hukuk sisteminde ne gibi yansımaları olabileceği tartışılacaktır.

I. SAVCILIK GÖREVİNİN KÖTÜYE KULLANIMI (PROSECUTORIAL MISCONDUCT) VE AŞIRI SUÇLAMA (OVERCHARGING)

Savcıların geniş takdir yetkisi, çoğunlukla denetim mekanizmalarından yoksun, belirli bir yapıya bağlı olmayan ve halkın

Hastings Law Journal, C.62, S.5, 2011, s. 1144; Kristin E. Kruse, “Proving Discriminatory Intent in Selective Prosecution Challenges-An Alternative Approach to United States v. Armstrong” *SMU Law Review*, C.58, S.4, 2005, s. 1527.

⁷ Little, s. 1144; Gershman, s. 1263, 1264.

gözünden uzak şekilde işlemektedir. Bu durum, suçlama kararlarının ırksal önyargılar, politik çıkarlar veya kişisel husumetler gibi uygunsuz faktörlerden etkilenme riskini doğurmaktadır; ayrıca, savcılar bu yetkilerini kötüye kullanarak, kişisel intikam veya misilleme amacıyla da hareket edebilmektedir.⁸

*Berger v. United States*⁹ kararında Yüksek Mahkeme, iddia makamının ceza muhakemesi sürecindeki menfaatinin davayı kazanmak değil, adaletin gerçekleşmesini sağlamak olduğunu vurgulamıştır. Mahkemeye göre hukuka aykırı mahkûmiyet elde etmeye yönelik adil olmayan yöntemlerden kaçınmak, adil bir mahkûmiyet için her meşru yolu kullanmak kadar önemlidir. *Berger* kararında savcılara yüklenen bu görev, iddia makamının sınırı aştığı durumlarda “savcılık suistimali/savcılık görevinin kötüye kullanımı” (prosecutorial misconduct) kavramının temelini oluşturur.¹⁰ Bu etiket, savcının yetkisi kapsamında gerçekleştirdiği her türlü eyleme uygulanabilir; zira adaleti sağlama yükümlülüğü, savcının tüm faaliyetlerini gölgeleyecek kadar kapsamlı görülmektedir.¹¹

Savcılık görevinin kötüye kullanımının tezahürü olarak, önemi itibariyle münferiden literatürde karşılık bulan bir kavram olan ‘aşırı suçlama’ ise, intikamcılıktan farklı olsa da bazen sanığı baskı altına almak veya cezalandırmak için bir araç olarak kullanılabilmekte, bu da intikamcılık doktrini ile bağlantısını ortaya koymaktadır.¹² Savcı, duruşmada delillerle makul ölçüde desteklenebilecek veya suçun ağırlığını adil bir şekilde yansıtmak için gerekli olandan daha fazla sayıda veya derecede suçlama yaptığında veya sürdürdüğünde aşırı suçlamadan söz edilebilecektir.¹³

⁸ Gwladys Gilliéron, *Public Prosecutor in the United States and Europe - A Comparative Analysis with Special Focus on Switzerland*, Springer, İsviçre, 2014, s. 119; Little, s. 1129.

⁹ *Berger v United States* 295 US 78 (1935)

¹⁰ Peter J. Henning, “Prosecutorial Misconduct And Constitutional Remedies”, *Washington University Law Quarterly*, C.77, S.3, 1999, s. 720.

¹¹ Henning, s. 720.

¹² Gershman, s. 1265 vd.

¹³ Gershman, s. 1265, 1279.

Bu kapsamda bakıldığında literatürde savcılık görevinin kötüye kullanımı başlığı altında aşırı suçlama ve savcılık intikamcılığı doktrini inceleme konusu yapılsa da esasında her biri aynı ideale hizmet etmekte ve vatandaşları devletin ceza hukukundan ve bu uygulamanın kötüye kullanımından koruma amacı gütmektedir. Bu korumanın somut yansımaları ise savcılık intikamcılığı savunması oluşturmaktadır. Savcılık intikamcılığı savunmasının kullanımı, kişilerin özgürlüğünün korunmasına etkili bir mekanizma olarak belirebilmektedir.

II. SAVCILIK İNTİKAMCILIĞI DOKTRİNİ

A. YARGISAL İNTİKAMCILIKTAN SAVCILIK İNTİKAMCILIĞINA

Anglo-Amerikan ceza muhakemesi hukukunda savcılık intikamcılığı, sanıkların mahkemeler tarafından anayasal haklarını kullanmalarına tepki olarak cezalandırılması şeklinde yasaklanmış bir uygulama olarak tanımlanır.¹⁴ Bu doktrine göre savcı, sanığın anayasal veya yasal haklarını kullanmasını cezalandırmak amacıyla ona suçlama yöneltebilir.¹⁵

Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi, intikamcılık (*vindictiveness*) doktrininin temellerini 1969 tarihli *North Carolina v. Pearce*¹⁶ kararıyla atmıştır. Bu önemli dava, öncelikle 'yargısal intikamcılık' (*judicial vindictiveness*)¹⁷ kavramını ele almıştır.¹⁸ Davanın

¹⁴ *Colten v Kentucky* 407 US 104 (1972); *Chaffin v Stynchcombe* 412 US 17 (1973); *Blackledge v Perry* 417 US 21 (1974). Gilliéron, s. 123; Krimmel, s. 27; Doug Lieb, "Vindicating Vindictiveness: Prosecutorial Discretion and Plea Bargaining, Past and Future", *Yale Law Journal* C.123, S.4, 2014, s. 1017.

¹⁵ Cassidy/Valdez, s. 32.

¹⁶ *North Carolina v Pearce* 395 US 711 (1969).

¹⁷ Detaylı bilgi için bkz. Jonathan D. Youngwood, "The Presumption of Judicial Vindictiveness in Multi-Count Resentencing", *University of Chicago Law Review*, C.60, S.2, 1993, s.725-756.

¹⁸ Melodie Bales, "Opening the Umbrella: The Expansion of the Prosecutorial Vindictiveness Doctrine in United States v. Jenkins", *Catholic University Law Review*, C.59, S.3, 2010, s. 856; Krimmel, s. 11; Henning, s. 736; John J. Cross, III, "Prosecutorial Vindictiveness: An Examination of Divergent Lower Court Standards and a Proposed Framework For Analysis", *Vanderbilt Law*

özünü, ilk mahkûmiyet kararına karşı yaptığı temyiz başvurusu hukuka aykırı olarak elde edilmiş bir itirafın delil kabul edilmesi gerekçesiyle başarılı olan sanık *Pearce*'ın, yeniden yargılanması oluşturmaktadır. İkinci yargılama sonucunda tekrar suçlu bulunan *Pearce*'a verilen yeni hapis cezası, daha önce hapiste geçirdiği süre de hesaba katıldığında, asıl cezasından daha uzun bir toplam süreye denk gelmiştir. Yüksek Mahkeme, bu durumun Federal Anayasa'nın Usulüne Uygun Yargılanma (*Due Process Clause*) güvencesini ihlal ettiğine hükmetmiştir. Mahkeme'ye göre sanığın ilk mahkûmiyetine itiraz etmiş olması ve bundan sonuç alması nedeniyle ona karşı beslenen intikam veya kin duygusu (*vindictiveness*), yeni bir yargılamanın ardından alacağı cezada kesinlikle hiçbir rol oynamamalıdır. Mahkeme ayrıca, yalnızca fiili bir intikam güdüsünün değil, aynı zamanda böyle bir misilleme korkusunun veya endişesinin bile, sanığın temyiz hakkını veya diğer yasal yolları kullanmasını anayasaya aykırı bir şekilde caydırabileceğini belirtmiştir. Nitekim adil yargılanma hakkı ve usulüne uygun yargılanma hakkı, sanığın misilleme güdüsünden endişe duymamasını da gerektirir.¹⁹

1974 yılında Yüksek Mahkeme, *Blackledge v. Perry*²⁰ davasında intikamcılık doktrininin kapsamını savcılara da genişletmiştir. Bu davada, sanık yeni bir yargılama için üst mahkemeye temyiz

Review, C.34, S.2, 1981, s. 438vd; Nancy E. Matteuzzi, "Prosecutorial Vindictiveness in a Pretrial Setting: Determining the Proper Standard", *Missouri Law Review*, C.48, S.1, 1983, s. 268.

¹⁹ Bales, s. 858; Sanford H. Kadish/Stephen J. Schulhofer/Rachel E. Barkow, *Criminal Law and its Processes-Cases and Materials*, Aspen Publishing, USA, 2022, s. 130-131;

Bu doğrultuda *Pearce* kararı, yeniden yargılama sonrasında daha ağır bir ceza verilmesinin anayasaya uygun olabilmesi için bir koşul getirmiştir: Verilecek daha ağır ceza ancak ilk ceza verme işleminden sonra meydana gelen ve sanığın tanımlanabilir davranışlarına ilişkin objektif verilere dayanmalıdır. Bu tür objektif gerekçeler sunulmadığı takdirde, yeniden yargılama sonrası verilen daha ağır ceza, anayasal olarak sakıncalı bir intikamcılık karinesi (presumption of vindictiveness) oluşturmaktadır. Gilliéron, s. 123.

²⁰ *Blackledge v Perry* 417 US 21, 94 S. Ct. 2098, 40 L. Ed. 2d 628 (1974)

başvurusunda bulunduktan sonra savcı suçlamaları artırmıştır. Mahkeme, delil eksikliğine rağmen savcının sanığa karşı kötü niyetli veya art niyetli hareket ettiğine hükmetmiş ve bu durumda intikamcılık olasılıklarının, *Pearce* davasındaki kurala benzer bir kuralın gerekliliği sonucuna varılmasını zorunlu kıldığı görüşünü benimsemiştir.²¹

Pearce kararı ile, intikamcılığın yalnızca fiilen değil görünüşte de yasaklandığı belirtilmiştir; zira intikamcılık görüntüsü bile sanıkların anayasal haklarını kullanmaktan çekinmelerine yol açabilecektir.²² Kararın gerekçesi, intikamcılık konusunda iki ayrı yaklaşım modeli ortaya koymuştur. Bunlardan ilki, genellikle “fiili intikamcılık modeli” (*in-fact model*) olarak adlandırılır ve intikamcı davranışların önlenmesini amaçlar; ikinci model ise “korku veya görünüş modeli” (*apprehension or appearance model*) olarak bilinir ve temel amacın, sanıkların anayasal haklarını kullanmaktan caydırılmasını önlemek olduğunu savunur.²³

Blackledge davasında²⁴, savcının gerçekten kötü niyetli (fiili intikamcı) olup olmadığının kanıtlanması aranmamış; yalnızca “gerçekçi bir intikamcılık ihtimalinin” (*realistic likelihood of vindictiveness*)²⁵ varlığı yeterli görmüştür. Yani, savcının motivasyonunu kanıtlamak gerekmeden, objektif olarak böyle bir tehlikenin varlığı halinde dahi usule uygun yargılanma hakkı ihlal edilmiş sayılabilecektir.²⁶ *United States v. Goodwin*²⁷ davasında ise Mahkeme, savcının eyleminin

²¹ Gilliéron, s. 124.

²² Krimmel, s. 12.

²³ Krimmel, s. 12-13.

²⁴ *Blackledge* davası aslında yargısal intikamcılıktan değil, savcılık intikamcılığından kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte, Yüksek Mahkeme savcılık intikamcılığı ile yargısal intikamcılığı, tek bir mesele olarak ele almış ve her iki tür dava için de ortak bir karine geliştirmiştir. Youngwood, s. 731.

²⁵ Doktrinde Matteuzzi, “gerçekçi bir intikamcılık ihtimalini” üçüncü bir test olarak kabul etmektedir (Matteuzzi, s. 270). Bakıldığında bu test görünüşte intikamcılık kategorisi içinde mütalaa edilebilecek şekilde aynı sonuçların doğmasına sebebiyet vermektedir. Bu yönüyle Krimmel’in benimsediği ikili model baz alarak değerlendirmelerimizi gerçekleştirmiş bulunmaktayız.

²⁶ Bales, s. 859, 865-866.

²⁷ *United States v Goodwin* 457 US 368 (1982)

zamanlamasının, bu eylemlerin intikamcı olarak varsayılp varsayılmayacağını etkilediğini belirtmiştir.²⁸

Fiili intikamcılık (*in-fact standard*) standardının temel amacı, savcıların gerçekten intikamcı şekilde hareket etmelerini önlemektir ve bu standartta ispat yükü, savcının kendisine karşı intikamcı davrandığını kanıtlamak zorunda olan sanıktadır.²⁹ Fiili intikamcılıkta sanığın intikam veya kin motivasyonunu kanıtlaması da oldukça zor bir standart olarak değerlendirilir.³⁰ Bu standart; savcının intikamcı davranmak için çok az ya da hiç motivasyonunun olmadığı, savcının önceki mahkûmiyet kararından herhangi bir çıkar elde etmediği, önce verdiği bir kararı yeniden vermek zorunda kalmadığı veya sanığın haklarını kullanmasına izin verilmesinin savcıya belirgin bir zorluk ya da kayıp yaratmadığı durumlarda uygulanır.³¹

Görünüşte intikamcılık (*appearance standard*) standardının ise iki temel amacı söz konusudur: Bunlardan ilki, sanıkların kanun yolu hakkını kullanmasının ya da suçunu kabul etmemesinin daha ağır bir ceza riskini doğuracağı endişesinden kurtarılarak, haklarını kullanmaktan caydırılmamalarını sağlamaktır; böylece hakkın kullanımı esaslı hale gelmiş olacaktır.³² *Pearce* davasında kabul edildiği üzere sadece fiili intikam duygusuyla ilgili olmayıp aynı zamanda sanığın hukuki durumuna itiraz etmesini engelleyebilecek makul intikam korkusuna karşı da koruma sağlamayı amaçlamıştır.³³ Ayrıca bu standart altında, benzer durumdaki diğer sanıklara gösterilen yaklaşımla karşılaştırma yapılmakta, önceki uygulamalardan sapma durumları ve makul gerekçe olmaksızın sertleşen tutum incelenmektedir.³⁴ Bu standartta ikinci amaç, savcıların gerçekten intikamcı davranışlarda bulunmasını engellemektir. Ancak, fiili intikamcılık standardı bu amaca her zaman ulaşamayabilir; çünkü

²⁸ Bales, s. 859.

²⁹ Krimmel, s. 22.

³⁰ Matteuzzi, s. 270.

³¹ Krimmel, s. 22.

³² Krimmel, s. 22.

³³ *Wasman v. United States* 468 U.S. 559 (1984)

³⁴ *Wasman v. United States* 468 U.S. 559 (1984)

savcılarının motivasyonları çoğu zaman karmaşık ve ispatı zordur.³⁵ Buna karşılık, görünüşte intikamcılık standardında ispat yükü savcıya geçer ve savcı, eyleminin intikamcı olmadığını göstermekle, kanıtlamakla yükümlü olur.³⁶ Bu standart, intikamcılık olasılığının gerçekçi bir şekilde gösterilmesine dayanan objektif bir testtir. Burada makul bir kişinin intikamcı doğaya ilişkin olasılığının gerçekçi olduğunu düşünüp düşünmeyeceği önemli bir sınama yöntemidir ve bu kapsamda, bu test sanığın subjektif izlenimlerine ve deneyimlerine bağlı olmayacaktır.³⁷

Görünüşte intikamcılık standardı, savcının intikamcı davranma motivasyonuna sahip olabileceği durumlarda devreye girer ve buna, savcının önceki yargılamada bir menfaatinin bulunması, daha önce doğru yaptığına inandığı bir işlemi tekrar yapmak zorunda kalması veya sanığın hakkını kullanmasının savcıya belirgin bir zorluk yaratması gibi örnekler dahildir.³⁸

B. İNTİKAMCILIĞIN BİR TEZAHÜRÜ OLARAK SEÇİCİ MUHAKEME (*SELECTIVE PROSECUTION*)³⁹

Seçici muhakeme, savcının bazı kişileri hukuka aykırı olarak muhakeme sürecine tabi tutarken, benzer durumdaki diğer kişileri

³⁵ Bales, s. 859.

³⁶ Krimmel, s. 22.

³⁷ Krimmel, s. 22.

³⁸ Ayrıca, savcının iddia pazarlığı sürecindeki (*plea bargaining*) davranışları nedeniyle intikamcılık iddiası ileri sürülemez. *Bordenkircher v. Hayes* kararı, savcının bu süreçteki yetkisini korumak için intikamcılık doktrinine önemli bir istisna getirmiştir; Mahkeme, uzlaşma sürecindeki pazarlığın, taraflar arasında karşılıklı tekliflerin yapıldığı ve görelî olarak eşit pazarlık gücünün bulunduğu bir süreç olduğunu, bu nedenle burada intikamcılık iddiasının geçerli olmayacağını vurgulamıştır. Krimmel, s. 24.

³⁹ “*Selective Prosecution*” ifadesi ilk bakışta seçici soruşturma olarak çevrilse de konunun kapsamı, çerçevesi, hukuki sonuçları noktasında anlamını en iyi karşılayan yapı ‘seçici muhakeme’ olacaktır. Bu nedenle makalede bu kavram için motamot çeviri yerine amaca hizmet eden ve konsepte uygun olan ‘seçici muhakeme’ kavramı tercih edilmiştir. Nitekim seçicilik ve ayrımcılık suçlama ile başlayıp soruşturma ve kovuşturma evrelerini içine alacaktır.

muhakeme sürecine tabi tutmaması anlamına gelen bir hukuki savunma (*criminal defence*) biçimidir.⁴⁰

Seçici muhakeme iddiasında, sanıklar esasen bir yasayı ihlal edip etmediklerinin önemli olmadığını iddia eder.⁴¹ Farklı yaş, ırk, din, cinsiyet veya politik görüşe sahip kişilerin sanığın yargılandığı aynı yasadışı eylemlerde bulunduğu halde kovuşturulmadığını ve sanığın özellikle o sınıfa yönelik bir önyargı nedeniyle kovuşturulduğunu içerebilir.⁴²

1886 yılında görülen *Yick Wo v. Hopkins*⁴³ davası, ayrımcı uygulamalar konusunda önemli bir dönüm noktasıdır.⁴⁴ Bu davada ABD Yüksek Mahkemesi; bir mevzuat hükmü lafız olarak tarafsız görünse bile eğer uygulamada belirli bir gruba karşı ayrımcılık yapılması yönünde uygulanıyorsa, bu durumun Anayasa'nın 14. Değişikliği'nde yer alan Eşit Koruma Maddesi'ni (*Equal Protection Clause*)⁴⁵ ihlal edeceğine ilk kez hükmetmiştir.⁴⁶ Bu davaya konu olayda;

⁴⁰ Mahkemeler savcılık lehine bu konuya daha ihtiyatlı yaklaşmaktadır. Örneğin *United States v. Griffin* [US 617 F.2d 1342, 1348 (9th Cir. 1978)] davasında Dokuzuncu Daire önemli bir belirlemede bulunmuştur. Savcıların, sanığın işlediği suçları kapsayan iddianamenin kapsamı da dahil olmak üzere, suçlamalar yaparken belli bir takdir yetkisine ihtiyaçları olduğunu vurgulamıştır. *Blackledge* kararında, savcının, savcılık takdirini uygun şekilde etkileyen değişen koşullar nedeniyle yeni suçlamalar getirmesinin engellendiği varsayılmamıştır. Bu nedenle, Dokuzuncu Daire geleneksel olarak savcıların suçlama kararlarına saygı göstermiş, ancak kuralın önleyici (*prophylactic*) doğasına vurgu yapmıştır. Bu yönüyle de savcılık intikamcılığı noktasında sanığın savunmasını ispatının kolay olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır. Bales, s. 861.

⁴¹ Kruse, s. 1527.

⁴² Kruse, s. 1527.

⁴³ *Yick Wo v. Hopkins* 118 US 356 (1886).

⁴⁴ Henning, s. 747; Kruse, s. 1529.

⁴⁵ Ondördüncü Değişiklik-Birinci Kısım: "Amerika Birleşik Devletleri'nde doğan veya vatandaşlığa kabul edilen ve yargı yetkisine tabi olan tüm kişiler, Amerika Birleşik Devletleri ve ikamet ettikleri Eyalet vatandaşlarıdır. Hiçbir Eyalet, Amerika Birleşik Devletleri vatandaşlarının ayrıcalık veya bağımsızlıklarını kısıtlayacak herhangi bir kanun yapamaz veya uygulayamaz; hiçbir Eyalet, hukuki süreç

San Francisco Belediyesi, yangın tehlikesine karşı önlem olarak ahşap binalarda çamaşırhane işletmek için özel izin alınmasını gerektiren ve ilk bakışta tarafsız görünen bir düzenleyici işlem çıkarmıştı; ancak uygulamada ciddi bir ayrımcılık söz konusuydu. Belediye Meclisi, Çinli olmayan başvuru sahiplerinin neredeyse tamamına (sadece bir kişi hariç) izin verirken, 200 Çinli başvuru sahibinin hiçbirine izin vermemiştir. Ahşap bir binada çamaşırhane işleten Çinli göçmen Yick Wo izin alamadığı halde işletmesini çalıştırmaya devam ettiği için mahkûm edilmiştir. *Yick Wo v. Hopkins* davasında Yüksek Mahkeme, düzenleyici işlemin uygulanma biçiminin açıkça ayrımcı olduğuna ve bunun Anayasa'ya aykırı olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme, bir yasanın sadece yazılı metnine değil, nasıl uygulandığına da bakılması gerektiğini vurgulamıştır.⁴⁷ Bu karar, savcılık intikamcılığı doktrini açısından da önemlidir çünkü yasaların seçici ve ayrımcı bir şekilde uygulanmasının anayasal sınırlarını belirleyen ilk önemli içtihatlardan biridir.

Bu konuda önemli kararlardan biri de 1996 yılında ABD Yüksek Mahkemesi tarafından verilen *United States v. Armstrong*⁴⁸ kararıdır. Bu davada Yüksek Mahkeme'ye göre; sanığın ırkı nedeniyle muhakemeye tabi tutulduğu iddiasıyla savunmasında haklı olabilmesi için iddia makamının diğer ırklardan benzer konumdaki kişileri soruşturmayı veya kovuşturmayı reddettiğini göstermesi gerekir.⁴⁹ Eşit koruma bileşeni altında, soruşturma ve kovuşturma kararının ırk veya din gibi keyfi bir sınıflandırmaya dayandırılmayacağı kesin bir dille belirtilmiş ve bu konuda *Oyler v. Boles*⁵⁰ davasına atıf yapılmıştır. *Armstrong* davasında ispat yükünün seçici muhakeme konusunda sanıkta olduğu belirlenmiştir. Yüksek eşik standardı ile asılsız ve temelsiz iddiaların

olmaksızın herhangi bir kişiyi yaşam, özgürlük veya mülkiyet haklarından mahrum edemez; kendi yargı yetkisi altındaki herhangi bir kişiye kanunların eşit korunması hakkını reddedemez."

⁴⁶ Kruse, s. 1529.

⁴⁷ Gilliéron, s. 119.

⁴⁸ *United States v. Armstrong* 517 US 456 (1996).

⁴⁹ Kruse, s. 1525.

⁵⁰ *Oyler v. Boles* 368 US 448, 456 (1962).

önüne geçilmeye çalışılmıştır. Sanığa, bu savunmayı kullanabilmede açık ve net delil sunmak zorunluluğu yüklenmiştir. Mahkeme, uygulamada bilinçli olarak bazı seçiciliğin gösterilmesinin, tek başına federal anayasal bir ihlal olmadığı görüşünü kabul etmiştir.⁵¹

*United States v. Berrios*⁵² davasında İkinci Daire'nin ortaya koyduğu iki aşamalı analiz şöyle özetlenebilir: Kendisine seçici veya ayrımcı suçlama yapıldığını iddia eden sanığın, önce benzer durumda olan diğer kişilerin bu muameleye tabi kılınmadığını kanıtlaması gerekir.⁵³ İkinci olarak, sanığın bu muamelenin ırk, din, politika veya anayasal hakların kullanılmasını engelleme gibi anayasa tarafından yasaklanmış nedenlerle yapıldığını, yani ayrımcı ve kötü niyetle alındığını gösterebilmesi aranır; yani, sanık hem diğer benzer durumdaki kişilerin farklı muamele gördüğünü hem de kendisine yönelik muhakemenin bu ayrımcı/seçici sebeplerden kaynaklandığını ispatlamak zorundadır.⁵⁴ Böylece hem ayrımcı bir etkinin hem de ayrımcı niyetin kanıtlanması gerekecektir.⁵⁵

Ayrımcı etki (*discriminatory effect*), benzer suç işleyen diğer grupların muhakeme işlemine tabi tutulmadığının gösterilmesini teşkil eder; ayrımcı niyet (*discriminatory intent*) ise savcılık kararının ayrımcı

⁵¹ Gilliéron, s. 122.

⁵² *U.S. v Berrios* 501 F.2d 1207 (2d Cir. 1974).

⁵³ *Cassidy/Valdez*, s. 31;

United States v. Groves davasında Dokuzuncu Daire, suçlamalar arasındaki olgusal benzerliklerin intikamcı davranışı belirleyen bir faktör olmasına rağmen, bunun sadece faktörlerden biri olduğunu ifade etmektedir. *United States v. Groves* 571 F.2d 450 (9th Cir. 1978)

⁵⁴ *Cassidy/Valdez*, s. 31.

⁵⁵ Gilliéron, s. 119;

1985 yılında *Wayte v United States* (470 U.S. 598 (1985)) davasında Yüksek Mahkeme, seçici muhakeme iddialarında oldukça katı bir niyet standardı getirmiştir. Mahkeme, sadece ayrımcı bir etkinin varlığını göstermenin, savcılığın ayrımcı bir niyetle hareket ettiği sonucuna varmak için yeterli olmadığını açıkça belirtmiştir. Bu kararla birlikte, sanıkların delil duruşması talep edebilmeleri için öncelikle hem ayrımcı bir etki hem de ayrımcı bir niyet bulunduğunu göstermeleri zorunlu hale gelmiştir. Gilliéron, s. 120.

faktörlere dayandığının somut olarak ortaya konulabilmesi gereğini ifade eder.⁵⁶

Kişinin seçici muhakeme iddiasında bulunabilmesi için, öncelikle suçlama kararının ayrımcı bir etki doğurduğunu ve bu kararın ayrımcı bir niyetle alındığını göstermesi zorunludur. Savcının sadece belirli bir gruba (örneğin belli bir ırk, ideoloji, siyasi grup, din veya cinsiyete mensup kişilere) yönelik muhakeme süreci başlatırken, benzer durumda olan diğer kişilere aynı şekilde işlem yapmadığını kanıtlamalıdır; nitekim bu ayrımcı etkinin ispatı çoğunlukla, başka gruplara mensup kişilerin de aynı suçu işlediği hâlde kovuşturulmadığını gösteren istatistiki verileri gerektirir.⁵⁷ Ancak Yüksek Mahkeme, sanığın böyle bir iddiayı destekleyecek polis veya savcılık dosyalarına erişebilmesi için hem ayrımcı etki hem de ayrımcı niyet konusunda başlangıç düzeyinde somut delil sunmasını şart koşmuştur; bu da sanığın iddiasını ispatlamak için ihtiyaç duyduğu bilgiye erişmesini neredeyse imkânsız hâle getirir. ⁵⁸Sonuç olarak, bu usuli kısır döngü nedeniyle, seçici kovuşturma iddialarının öne sürülmesi ve ispatlanması pratikte son derece zordur.⁵⁹

Mahkemeler, aksi yönde güçlü kanıtlar olmadıkça, savcının iyi niyetle ve kamu güvenine uygun şekilde hareket ettiğini varsayar.⁶⁰ Bu varsayımı aşmak için, *U.S. v. Berrios* kararında da vurgulandığı üzere sanık benzer durumda olanlar kovuşturulmazken kendisinin kasıtlı olarak kovuşturma için seçildiğini ve bu seçimin anayasal olarak kabul edilemez nedenlere dayandığını gösteren ilk görünüş ispatını (*prima facie*) ortaya koyabilmelidir.⁶¹ *U.S. v. Falk*⁶² kararında sanığın ilk görünüş ispatını başarıyla sağlayabilmesi durumunda, ispat yükünün savcıya

⁵⁶ Gilliéron, s. 120vd;

⁵⁷ Cassidy/Valdez, s. 31.

⁵⁸ Cassidy/Valdez, s. 31.

⁵⁹ Cassidy/Valdez, s. 31; Kadish/Schulhofer/Barkow, s. 90.

⁶⁰ *U.S. v. Serafino* 281 F.3d 327, 331 (1st Cir. 2002); *U.S. v. Parham*, 16 F.3d 844 (8th Cir. 1994); *U.S. v. Saade*, 652 F.2d 1126, 1135 (1st Cir. 1981). Gilliéron, s. 122; Cassidy/Valdez, s. 34.

⁶¹ Cassidy/Valdez, s. 30; Cross, s. 443-444.

⁶² *U.S. v. Falk* 479 F.2d 616, 624 (7th Cir. 1973).

geçeceği belirtilmiştir. Savcı kovuşturmanın nedenlerini haklı göstermek veya açıklamak zorunda olacaktır; bu yönde *U.S. v. Falk* kararı oldukça önemlidir. Sanık böylece iddia makamının dosyalarına erişme ve savcayı sorgulama fırsatı elde edebilecektir.⁶³

Seçici muhakeme, savcının takdir yetkisini keyfi veya ayrımcı şekilde kullanmasını önlemeye yönelik güçlü bir anayasal güvencedir ve Eşit Koruma Maddesi'nin temel bir yansıması teşkil eder.⁶⁴ *United States v. Steele*⁶⁵ davasında Dokuzuncu Daire, nüfus sayımı formunu doldurmayı reddeden bir hükümet karşıtı aktivistin mahkûmiyetini bozmuştur. Mahkeme, "sadece sesini yükselten suçluya odaklanan bir uygulama, doğası gereği şüphelidir" hükmünü vermiştir. *United States v. Falk*⁶⁶ davasında Yedinci Daire, savcılığın sanığı protesto faaliyetleri nedeniyle seçmiş olmasından endişe duymuş ve bu kararı, Adalet Bakanlığı'nın üst düzey yetkililerinin inceleyip onaylamasını şüpheli bulmuştur.⁶⁷

*United States v. Robinson*⁶⁸ davasında, bir bölge mahkemesi, özel bir dedektifin yasa dışı telefon dinlemesi yapmaktan aldığı mahkûmiyetini bozmuştur; çünkü devlet memurları, muhalif görüşlü örgütlerin soruşturmalarında aynı yasayı sistematik olarak ihlal etmiş, ancak hiç kovuşturulmamışlardır. Bölge mahkemesi, elektronik gözetim yoluyla iddia makamının sivil özgürlükleri kötüye kullandığını belirterek, "bu davadaki sanığa karşı yasanın uygulanmasında sistematik bir ayrımcılık yapıldığı" sonucuna varmıştır.⁶⁹ Bu kararlar, seçici muhakemenin anayasal olarak yasaklandığını ve savcının takdir yetkisini kötüye kullanmasının önüne geçilmesi gerektiğini göstermektedir.⁷⁰

⁶³ Gilliéron, s. 122; Cassidy/Valdez, s. 30.

⁶⁴ Henning, s. 747.

⁶⁵ *United States v Steele* 461 F.2d 1148 (9th Cir. 1972).

⁶⁶ *United States v Falk* 479 F.2d 616 (7th Cir. 1973)

⁶⁷ Henning, s. 748.

⁶⁸ *United States v Robinson* 311 F.Supp. 1063 (W.D. Mo. 1969).

⁶⁹ Henning, s. 749.

⁷⁰ Henning, s. 748.

C. SAVCI İNTİKAMCILIĞI DAVALARINDA USUL VE İSPAT

Savcılar kaçınılmaz olarak bir ölçüde intikamcı davranırlar; çünkü topluma ve mağdura verilen zararın öcünü almak, hangi yargı sistemine dahil edeceklerini ve hangi cezayı talep edeceklerini belirlemek savcının görevidir.⁷¹ Bu noktada doktrinde ifade edildiği üzere, bu doğal görüntünün yanlışlanabilmesi noktasında, savcının intikamcı davranmak için motivasyona sahip olduğu ve objektif koşulların bir intikamcılık karinesi veya izlenimi yarattığı durumlarda görünüşte intikamcılık standardı uygulanmalı; böyle bir motivasyonun olmadığı durumlarda yani sanığın, savcının sübjektif olarak hukuka aykırı bir intikamcı motivasyonla hareket ettiğini somut delillerle kanıtlanma gereken hallerde ise mahkemeler fiili intikamcılık standardını kullanmalıdır.⁷²

Anglo-Amerikan içtihat hukuku zaman içinde belirli bir birikim ile geniş bir uygulama perspektifi sunar. Bu birikimler sonucu zamanla genel kurallar ve ispata ilişkin belirlemeler doğar. İçtihat hukukunda gelişim gösteren bu teori de zamanla ispat hususunda önemli belirlemeler yapılmasını gerektirmiştir.

Bu gerekliliğe yönelik olarak görünüşte intikamcılık standardının pratikteki uygulanış biçimini gösteren önemli örneklerden biri *United States v. Griffin*⁷³ davasıdır. Bu davada Dokuzuncu Daire, “tüm koşulların toplamı” yaklaşımını benimsemiş ve “genel tablo”nun intikamcılık görünümünü yansıtır yansıtmadığını incelemiştir. Özellikle mahkeme, suçlama kararının “intikamcılık görünümünü” ima edip etmediğine bakmıştır; hatta Dokuzuncu Daire, özellikle “intikamcılık görünüşünün” belirip belirmediğini ortaya koymak için suçlama kararını incelemiştir. Karara göre sanık, bu karineyi tetikleyen olguları ortaya koyarsa, karineyi çürütme yükü savcılığa geçecektir. Savcılık,

⁷¹ Henning, s. 737.

⁷² Krimmel, s. 25.

⁷³ *United States v Griffin* 617 F.2d 1342, 1348 (9th Cir. 1978).

suçlama kararının ya bağımsız nedenlerle ya da araya giren yeni koşullarla haklı olduğunu göstererek bu karineyi çürütebilecektir.⁷⁴

Dokuzuncu Daire, sonradan yöneltlen suçlamaların ilk suçlamayla aynı ya da ilişkili fiillere mi, yoksa tamamen ilgisiz fiillere mi dayandığını ayırt etmiştir. Sonraki suçlamalar, ilk suçlamayla ilişkili fiillere dayanıyorsa intikamcılık olasılığının daha yüksek olduğunu; buna karşın, yeni suçlamalar ilk suçlamayla ilgisiz fiillere dayanıyorsa intikamcılık olasılığının daha düşük olduğunu kabul etmiştir. Ancak, bu unsur önemli olsa da karinenin doğup doğmadığını belirlemede kesin ve tek başına belirleyici değildir.⁷⁵ Sonuç olarak, Dokuzuncu Daire, yeni suçlamaların ilk suçlamayla aynı olgusal temelden kaynaklanıp kaynaklanmadığı gibi bir faktörü de dikkate alarak, yeni suçlamalar etrafındaki tüm koşulların toplamına dayalı bir “intikamcılık görünümü” testini benimsemiştir.⁷⁶ Böylece ispat yükünün kimde olduğunun tespiti daha kolay olmaktadır.

ABD Yüksek Mahkemesi, istatistiksel çalışmaların seçici kovuşturma iddiasını destekleyebileceğini kabul etmiştir, ancak bazı çalışmaların ayrımcılığı kanıtlamakta başarısız olduğunu açıklamıştır.⁷⁷ *United States v. Bass*⁷⁸ davasında, Mahkeme, Adalet Bakanlığı'nın istatistiklerine dayanarak, Birleşik Devletlerin Afro-Amerikalıları ölüm cezası gerektiren suçlarla, beyazlara göre iki kat daha fazla ve beyazlarla Afro-Amerikalılar arasında daha sık iddia pazarlığı (*plea bargain*) yapıldığına dair bir seçici kovuşturma savunması değerlendirmiş ve analizinde sadece ayrımcı etkiyi tartışarak Altıncı Daire'nin ulusal istatistiklerin aynı durumdaki sanıklar gerekliliğini göstermediği sonucuna yanlış vardığını belirtmiştir.⁷⁹ Yüksek Mahkeme, genel suçlamalara ilişkin ham istatistiklerin benzer durumdaki sanıklara karşı yapılan suçlamalar hakkında hiçbir şey söylemeyeceğini ve buna

⁷⁴ Bales, s. 862.

⁷⁵ Bales, s. 862-863.

⁷⁶ Bales, s. 863.

⁷⁷ Kruse, s. 1542.

⁷⁸ *United States v Bass* 536 U.S. 862 (2002).

⁷⁹ Kruse, s. 1542.

dayanarak, ülke çapındaki istatistikler yerine, suçlamanın yapıldığı bölge veya şehirden gelen istatistiklerin öncelenmesini ifade etmiştir.⁸⁰

Tüm bunların dışında mahkemelerin savcının gerçek motivasyonunu dikkate alıp almaması gerektiği tartışmalıdır.⁸¹ Savcının niyetini ortaya çıkarmak çoğu zaman mümkün olmadığından, mahkemeler genellikle savcılık suistimali iddialarını “hükme etkili olmayan hata (*harmless error*)” standardı çerçevesinde, yani sanığın ihlalden zarar görüp görmediğine bakarak değerlendirir; bu nedenle, savcının öznel niyeti, anayasal incelemede çoğunlukla belirleyici değildir ve sadece çok istisnai durumlarda doğrudan dikkate alınır.⁸² Sonuç olarak, mahkemelerin savcının niyetine aşırı vurgu yapması, anayasal korumaların yanlış uygulanmasına yol açabilir; bu yüzden doktrinde, yerinde bir şekilde, esas olarak sanığın haklarının ihlal edilip edilmediğine odaklanılması gerektiği önerilmiştir.⁸³

III. TÜRK HUKUKU VATANDAŞLARINI SAVCILIK İNTİKAMCILIĞINDAN KORUMAKTA MIDIR?

A. GENEL OLARAK

Türk hukukunda savcılık intikamcılığı doktrininin doğrudan karşılığını teşkil eden yerleşik bir doktrin bulunmamaktadır. Bireylerin suistimallere karşı korunabilmesi noktasında olası bir ihlal, genel olarak adil yargılanma hakkı ve tarafsızlık ilkeleri çerçevesinde değerlendirilebilir.

Savcılık intikamcılığından korunma mekanizmalarının araştırılması noktasında Anglo-Amerikan sistemi dışına da bakmak gerekmektedir. Örneğin Birleşmiş Milletler düzeyinde de savcılar özelinde olması gerekene yönelik değerli belirlemelerde bulunulmuştur. 1990 yılında Sekizinci Birleşmiş Milletler Suçun Önlenmesi ve Suçluların Islahı Kongresi tarafından hazırlanan ‘Savcıların Rolüne İlişkin Kılavuz

⁸⁰ Kruse, s. 1542.

⁸¹ Henning, s. 722-723.

⁸² Henning, s. 722-723.

⁸³ Henning, s. 722-723.

İlkeler'e⁸⁴ göre; Birleşmiş Milletler Şartı ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde yer alan adalet, eşitlik ve insan hakları ilkeleri teorik düzeyde kabul edilmesine rağmen, pratikte bu değerler ile gerçek durum arasında önemli farklar bulunmaktadır. Bu nedenle tüm ülkelerin adalet sistemlerini bu temel ilkeler doğrultusunda yeniden düzenlemeleri gerekmektedir. Savcıların ceza adaleti sistemindeki kritik rolü göz önünde bulundurularak, onların mesleki yeterliliklerinin artırılması, uygun eğitim programlarından geçirilmesi ve modern suçluluk türleriyle mücadele edebilecek donanımına kavuşturulması gereği hayati önemde değerlendirilmiştir. Ayrı ayrı maddelerde savcıların gerekli teknik donanımına sahip olması ve esaslı bir eğitimden geçmesi, hukuka uygun davranması, etkili soruşturma kapasitesini haiz olması yönünde temel gereklilikler sayılmıştır.⁸⁵ Bunun dışında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Savcıların Rolüne İlişkin 19 Sayılı Tavsiye Kararı da bu konuda en kapsamlı çalışmalardan birisidir.⁸⁶

⁸⁴ The Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders Share, "Guidelines on the Role of Prosecutors" (7 September 1990) <<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/guidelines-role-prosecutors>>

⁸⁵ Detaylı bilgi için bkz. Eighth UN Congress, "Guidelines on the Role of Prosecutors".

⁸⁶ Bkz. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, 'Recommendation No. R (2000) 19 of the Committee of Ministers to member states on the role of public prosecution in the criminal justice system: Explanatory Memorandum' (Türkiye Barolar Birliği 2000) <[https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/hsykanunteklifi/erec\(2000\)19expmot.pdf](https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/hsykanunteklifi/erec(2000)19expmot.pdf)>

Diğer önemli bir gelişme olarak Avrupa Konseyi ve Macaristan Savcılığı işbirliğiyle 29-30 Mayıs 2005 tarihlerinde Budapeşte'de düzenlenen Avrupa Savcıları Konferansı'nın ardından, 31 Mayıs 2005'te "Budapeşte İlkeleri" kabul edilmiştir (Hakan Karakehya/Murat Arabacı, "Cumhuriyet Savcısının Hukuki Statüsü, Muhakemedeki Taraf Pozisyonu ve İspat Yükünün Bulunması Üzerine", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.65, S.4, 2016, s. 2075-2076). Bu ilkeler, savcılarının temel görevlerine ilişkin etik standartları belirleyen önemli bir belgedir. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK), Bangolar Yargı Etiği ilkelerinin ardından 10 Ekim 2006 tarihli ve 424 sayılı kararla "Savcılar İçin Avrupa İlkeleri"ni benimsemiştir (Karakehya/Arabacı, s. 2076). İlkeler, savcılarının görevlerini ulusal ve

Diğer tavsiye kararlarında da benzer düzenlemeler yer almaktadır. Ancak savcılık görevinin kötüye kullanımı ile savcılık intikamcılığını konu olan doğrudan bir çalışma, karar veya rapor Kıta Avrupası düzeyinde yahut Birleşmiş Milletler çalışmalarında yer almamıştır.

Türk hukuk doktrinde savcılık intikamcılığı kavramı doğrudan tartışılmamakla birlikte, ceza adaleti sisteminin tarafsız, objektif ve adil işleyişine yönelik ilke ve güvenceler, benzer bir koruma sağlama potansiyeline sahip görülebilmektedir. Bunun için Türk ceza muhakemesinde ilgili kurumları ayrı ayrı incelemek gerekmektedir.

B. SAVCI TARAFSIZLIĞI YÖNÜNDEN

Savcının temel görevi, bir suç şüphesi öğrendiğinde derhal maddi gerçeği araştırmaktır. Bu araştırma sırasında sanığın hem lehine hem de aleyhine olan delilleri toplamakla yükümlüdür (CMK m. 160/2). Savcı, objektif bir süje olarak kabul edilir ve görevi sadece mahkûmiyet talep etmek değil, adaletin gerçekleşmesini sağlamaktır.⁸⁷ CMK m. 170/5'e göre savcı, iddianamenin sonuç kısmında şüphelinin yalnızca aleyhine olanları değil aynı zamanda lehine olan hususları da ileri sürmek zorundadır.⁸⁸ Savcı suç işlendiği hususunda yeterli şüphey-

uluslararası hukuka uygun şekilde yerine getirmesini; adil, tarafsız, tutarlı ve hızlı davranmasını; insan onuru ile haklarına saygı göstermesini, kamu yararını gözetirken bireysel haklarla toplumun çıkarları arasında dengeli bir yaklaşım sergilemesini zorunlu kılar. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da (E.2007/5-83, K.2007/244 20.11.2007) bu ilkelere uyulması gerektiğini vurgulayarak, Budapeşte İlkeleri'nin Türk hukuk sistemindeki etkisini pekiştirmiştir. (Karakehya/Arabacı, s. 2076).

⁸⁷ Toplumsal iddia makamını temsil eden savcı, suç işlenmesi ile bozulan toplumsal barışının yeniden tesisinde iddia görevini kamu adına yerine getirirler. Nur Centel/Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 126.

⁸⁸ Bu husus Anglo-Amerikan ceza muhakemesi hukukunda da önem arz etmektedir. Örneğin *Demjanjuk v. Petrovsky* davasında (*Demjanjuk v Petrovsky* 10 F.3d 338 (6th Cir. 1993)) Altıncı Daire, vatandaşlığını kaybetme ve sınır dışı edilme tehdidiyle karşı karşıya olan sanığa lehte delilleri açıklama yükümlülüğünü ihmal eden savcılarının savcılık suistimalinde bulunduğu karar vermiştir. Henning, s. 721-722.

ulaştıktan ve iddianame düzenledikten sonra yargılama aşamasında mütalaasında beraat talep ederek de iddia görevini layıkıyla yerine getirebilir. Bu, savcının kovuşturma mecburiyeti ilkesi kapsamında yükümlülüğüne halel getirmez. Ancak bu durum, seçici muhakeme noktasında kötüye kullanım olarak da gündeme gelebilir. Örneğin savcı, soruşturma dosyasında şüpheli lehine olan deliller bulunmasına rağmen bunları iddianamenin sonuç kısmında göstermekte ihmal gösterebilir. Böylesi bir durum CMK m. 174/1-a kapsamında iddianamenin iadesi sebebi olarak öngörülmüştür. Bu yönüyle nispeten sınırlı denetim mekanizmalarının öngörüldüğü düşünülebilir. Ancak bu sınırlı mekanizmaların dahi etkili uygulanmaması, halihazırda yetersiz ve etkisiz olan teorik düzenlemelerin içini boşaltmaktadır. *Bilge'nin* de ifade ettiği gibi kanun maddeleri nihayet birer araçtır. Onların iyi veya kötü sonuç vermeleri, uygulamadaki niyete bağlıdır.⁸⁹

Anglo-Amerikan sisteminde yaygın bir uygulama olan iddia pazarlığı kurumu sanığın itiraf pazarlığı teklifini reddetmesi veya bir mahkûmiyet kararına itiraz etmesi üzerine savcının daha ağır suçlamalar yöneltmesi durumunda intikamcılık ortaya çıkabilmektedir. *Bordenkircher v. Hayes* davasında ise savcının, sanığın suçsuz olduğunu iddia etme hakkını kullanması halinde suçlamaları ağırlaştıracağı tehdidi, Yüksek Mahkeme tarafından intikamcılık olarak değil, iddia pazarlığının doğası gereği kabul edilebilir karşılıklı bir taviz süreci (*give-and-take of plea bargaining*) olarak görülür ve sanık, savcının teklifini kabul etmekte veya reddetmekte özgür olduğu sürece bir cezalandırma veya misilleme unsuru yoktur.⁹⁰ Ancak *United States v. Goodwin* davasında, sanığın başlangıçta iddia pazarlığına girmesi, ancak sonra fikir değiştirip jüri yargılama talep etmesi üzerine savcının suçlamayı ağırlaştırması ele alınır. Bu durum, sanığın hakkını kullanmasının, savcının misillemesine yol açabildiğini gösterir.⁹¹ İddia pazarlığı kurumunun Türk hukukunda bir karşılığı olmasa da özellikle

⁸⁹ Necip Bilge, “Son Anayasa Değişikliğine Göre Tabî Hâkim ve Savcı Teminatı”, Prof. Dr. H. C. Oğuzoğlu’na Armağandan Ayrı Bası, Sevinç Matbaası, Ankara, 1972, s. 585.

⁹⁰ Note, s. 200-201.

⁹¹ Note, s. 208.

seri muhakeme usulünde şüphelinin seri muhakeme teklifini reddetmesi halinde intikamcı bir güdü ile savcının iddianamede daha ağır suçlamada bulunması olasıdır. Aynı şekilde kovuşturmaya yer olmadığı kararı ile sonuçlanabilecek olan uzlaştırma sürecinden vazgeçilmesinde de daha ağır suçlamalarla kişilerin sanık statüsüne sokulması mümkündür. Ancak bu tür durumlara karşı iddianamenin iadesi usulünden başka esaslı bir güvence sağlanmış değildir. *Blackledge v. Perry* davası incelendiğinde de savcının kişilerin yasal hakkını kullanmasını engellemek için elindeki araçları (örneğin suçlamayı ağırlaştırma) kullanmasının tehlikesine işaret etmektedir. Bu karar kapsamında savcının mahkumiyetin kesinleşmesini sağlama gibi bir çıkarı olduğu, bu çıkarın da onu intikamcı davranmaya yönlendirebileceği doktrinde ifade edilmektedir.⁹² Bu noktada Türk hukukunda da savcının siyasi veya başka subjektif sebeplerle benzer kurumsal baskılar altında kalabilmesi mümkündür ve bu nedenle objektif denetim mekanizmalarının etkinlik kazanması elzemdir. Ancak intikamcılığa karşı etkin bir korumanın bulunmadığı görülmektedir. Örneğin savcının soruşturma sürecini askıda tutması, yeterli şüphe değerlendirmesini erteleyip makul sürede iddianame düzenleyip düzenlemeyeceğine karar vermemesi de lekelenmeme hakkı ve adil yargılanma hakkına aykırılık oluşturmaktadır.

CMK'da savcıların tarafsızlığına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiş olması da büyük bir eksikliktir. Kamu adına iddia görevini üstlenen savcıların bir yönden taraf oldukları söylenebilir. Bu taraf, suç işlenmesi ile bozulan kamu düzeninin yeniden tesisinde menfaati bulunan halktır. Bu görevi noktasında savcının taraf olmadığını iddia etmek makul olmayacaktır.⁹³ Ancak bu taraf konumu, savcının muhakemenin süjesi olması ile sınırlıdır. Süje olma noktasında iddia tarafı olmak ile tarafsız olmak ayrı iki durumu temsil eder. Hâkimin tarafsızlığı ile ilgili CMK m. 22-31 hükümleri arasında düzenlemeler yer almaktayken savcılar için böylesi düzenlemelere yer verilmemiştir. Ancak savcının şüphelinin lehine de delil gösterme mecburiyeti ile

⁹² Bkz. Note, s. 199.

⁹³ Karakehya/Arabacı, s. 2074.

CMK'nın savcılara da tarafsız olma niteliği yüklediği söylenebilir.⁹⁴ Savcılar makam olarak değil, kamusal görevini yerine getirirken kişisel olarak tarafsız olmak durumundadırlar.⁹⁵

Tarafsızlık ile ilgili olarak, diğer bir sorunlu uygulama da aynı suçu işledikleri yönünde izlenim oluşabilecek kişilerden, herhangi bir saikle, biri için suçlama kararı vermek, diğerleri için böyle bir karar vermemektir. Bu husus da Amerikan hukuk uygulamasındaki savcılık intikamcılığının bir görünümünü teşkil etmektedir.⁹⁶ Başka bir ihtimal olarak suçu çok sayıda kişinin işlediği yönünde oluşan izlenime rağmen hepsi hakkında suçlama kararının verilmesinin mümkün olmaması ancak aralarından seçilen az sayıda kişinin muhakeme işlemlerine tabi tutulması da gündeme gelebilecektir. Ceza adaletini sağlama ideali ile çelişen bu tür uygulamalara karşı bireyleri koruyacak etkili mekanizmalar öngörülmüş değildir. Savcının yetkileri ve imkânları göz önüne alındığında silahların eşitliğinden söz etmek mümkün olmayacaktır.⁹⁷ Soruşturma evresinde silahların eşitliğini katı bir şekilde anlamak soruşturma amacına hizmet etmeyecekse de⁹⁸ şüpheli için hakkını kullanabilme noktasında olması gereken savunma ve korunma imkânları tanınmış olmalıdır.

⁹⁴ Benzer yönde bkz. Karakehya/Arabacı, s. 2075.

⁹⁵ Karakehya/Arabacı, s. 2076; Esas hakkında mütalaa verirken dahi savcının tarafsız olması gerektiği hakkında bkz. Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 680. Erem, savcılarının işgal ettiği konunun önemi itibarıyla hâkimlik teminatının savcılar için daha zaruri olduğunu savunmaktadır. Faruk Erem, *Ceza Usulü Hukuku*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973, s. 140.

⁹⁶ Devletin, Anayasa m. 10 kapsamında (kanun önünde eşitlik) bireylere eşit şekilde davranma yükümlülüğü bulunmaktadır. Devlet, kamu adına işlem yapan savcılarının özellikle bu hususa riayet etmesi önem arz etmektedir. M. Volkan Dülger/Ş. Cankat Taşkın, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Seçkin Yayıncılık, 2023) 91.

⁹⁷ Soruşturma evresinde silahların eşitliği ilkesinin geçerli olup olmayacağı yönündeki tartışma için bkz. Centel/Zafer, s. 251-252.

⁹⁸ Dülger/Taşkın, s. 91.

C. ETKİLİ İHLAL GİDERİM MEKANİZMALARININ BULUNMAYIŞI YÖNÜNDEN

Türk hukukunda, savcının kötü niyetli veya misilleme amaçlı hareket ettiğini iddia eden sanıkların, bu iddialarını ispatlaması son derece güçtür. Savcının kararlarına karşı hiyerarşik itiraz yolları ve disiplin denetimi ise çoğu zaman etkisiz kalmakta, bireylerin keyfi ve ayrımcı uygulamalara karşı korunmasını tam olarak sağlayamamaktadır.⁹⁹ Adalet Bakanı'nın siyasi bir kişilik olması ve soruşturma izni verip vermeme konusunda geniş bir takdir yetkisine sahip olması bu durumun temel nedenlerinden birisidir ve bu durum, Bakan'ın hâkimin ya da savcının sorumluluğuna gidilmesinin önünü de kapatabileceğini gösterir.¹⁰⁰ Bu yetki, denetim mekanizmasının keyfi bir şekilde işletilebileceğini veya hiç işletilmeyebileceğini ortaya koyar.¹⁰¹ Aynı şekilde savcılar hakkında gerçekleştirilen şikâyetlerin, soruşturmayı gerektirip gerektirmediği yönündeki takdir yetkisi tümüyle Adalet Bakanlığına bırakılması şikâyetçilerin nezdinde savcıların, meslek ilkelerine ve kurallarına aykırı davranışlar bile sorumluluktan bağışık tutululabilecekleri yönünde bir algının oluşması tehlikesini yaratmaktadır.¹⁰² Söz konusu şikâyetler bakımından yeterince gerekçelendirilmiş cevaplara yer verilmemesi de bu algılamının oluşmasındaki olasılığı artırmaktadır.¹⁰³ Ayrıca hâkimin reddi gibi savcının reddi kanunda düzenlenmemiştir. Soruşturmanın bölünmezliği (bütünlüğü) ilkesi gereği savcılar kararlarını başsavcılık adına almaktadırlar.¹⁰⁴ Başsavcıyla savcılar arasındaki bağlılık ilişkisi gereği

⁹⁹ Eylem Baş, "Hâkimlerin ve Savcıların Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları" *Ankara Barosu Dergisi*, C.74, S.3, 2016, s. 308.

¹⁰⁰ Baş, s. 308.

¹⁰¹ Baş, s. 308.

¹⁰² Baş, s. 309.

¹⁰³ Baş, s. 309.

¹⁰⁴ 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m. 17, bu bağlılık ilişkisini şu şekilde düzenlemiştir: "Cumhuriyet başsavcılığının görevleri şunlardır: 1. Kamu davasının açılmasına yer olup olmadığına karar vermek üzere soruşturma yapmak veya yaptırmak, 2. Kanun hükümlerine göre,

münferiden savcının yaptığı işlemler Başsavcılığa şikâyet edilebilir veya talepte bulunulabilir.¹⁰⁵ 5235 sayılı Kanun m. 18'de Başsavcılara tanınan denetim ve gözetim yetkisi bu şikâyete veya talebe hukuki bir zemin sağlıyor gibi gözükebilir. Ancak mevzuatta Başsavcılığa şikâyet veya talep şeklinde doğrudan bir hukuki çare düzenlenmemiştir. Etkili bir hukuki çare olarak şartları, kapsamı, sağlayacağı koruma gibi hususlar belirlenmemiştir. Başsavcılığa şikâyet yolu, kapsamı ve sınırları belirsiz, etkinliği büyük ölçüde Başsavcının takdirine bağlı, kurumsallaşmamış bir denetim mekanizması olarak kalmaktadır. Bu durum, savcının olası keyfi veya taraflı eylemlerine karşı bireylerin etkili bir korumadan mahrum kalması riskini barındırmaktadır.

D. ALEYHE DEĞİŞTİRME YASAĞI YÖNÜNDEN

Anglo-Amerikan uygulamasında, *North Carolina v. Pearce* davasında sanığın kanun yoluna başvurma hakkını kullandığı için cezalandırılmasının anayasaya açık aykırılık (*patently unconstitutional*) olduğu vurgulanmaktadır. Ayrıca, sadece fiili intikamcılığın değil, bu yöndeki bir içsel tehdidin bile diğer sanıkları haklarını kullanmaktan caydırabileceği belirtilmektedir.¹⁰⁶ Mahkemenin bu yaklaşımından hareketle, Türk hukukunda da savcının misilleme amaçlı eylemlerinin yalnızca mağdur sanık için değil, tüm adalet sistemi için caydırıcı bir etki yarattığını ve bu nedenle "adil yargılanma hakkının" özünü zedelediğini söylemek mümkündür. Bu kapsamda diğer sorun teşkil

yargılama faaliyetlerini kamu adına izlemek, bunlara katılmak ve gerektiğinde kanun yollarına başvurmak..."

¹⁰⁵ Türk hukukunda savcı reddi açıkça düzenlenmediği için tarafsızlık ihlali iddialarının dolaylı yollarla gündeme getirilebileceği doktrinde ifade edilmektedir (Bkz. Sinan Sürücü, 'Cumhuriyet Savcısının Tarafsızlığı ve Reddi Sorunu' (2021) 86(1) İzmir Barosu Dergisi 223, 256vd.) Şikâyet, disiplin soruşturması, idari dava (idari eylem ve işlemlerden doğan tam yargı davası) gibi çareler ile tarafsızlık iddialarının gündeme getirilmesi mümkün olabilse de kanaatimizce bu konuda yasal reform ihtiyacı bulunmaktadır.

¹⁰⁶ Note, "Prosecutorial Vindictiveness in the Criminal Appellate Process: Due Process Protection After *United States v. Goodwin*", *Michigan Law Review*, C.81, S.1, 1982, s. 198.

eden uygulamayı ise sanık lehine kanun yolu sürecinin baltalanması oluşturmaktadır. Savcı, hâkim ve mahkeme kararlarına karşı kanun yoluna başvurabilir. Savcı, sanık aleyhine kanun yollarına başvurabileceği gibi sanık lehine de başvurabilir (CMK m. 260/1, 3).¹⁰⁷ Nitekim bu husus etkili soruşturma yükümlülüğünün bir gereğidir. Sanığın yararına olan hukuk kurallarına aykırılık, sanık aleyhine hükmün bozdurulması için Cumhuriyet savcısına bir hak vermez (CMK m. 290). Bunun dışında davaya yeniden bakacak mahkemelerin işlemleri noktasında olası bir intikamcılık potansiyeli bulunmaktadır. Hüküm yalnız sanık tarafından veya sanık lehine Cumhuriyet savcısı tarafından temyiz edilmişse, yeniden verilen hüküm, önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamayacaktır (CMK m. 307/5). Aleyhe değiştirme yasağı (*reformatio in peius*¹⁰⁸) kapsamında söz konusu sınırlamalar önemli bir işlev görmektedir.¹⁰⁹

Eski tarihli bir Yargıtay içtihatları birleştirme kararına göre savcı, kanun yolu başvurusunda sanık lehine mi yoksa aleyhine mi başvurduğunu belirtmelidir. Aksi halde başvuru şüpheli veya sanık lehine sayılır.¹¹⁰ Bu kabul, kötü niyetli uygulamalardan şüpheli ve sanığı koruma noktasında oldukça etkili bir koruma sağlar. Bunun dışında savcı sanık lehine kanun yoluna başvurduğunda kanun yolundan vazgeçmek istediğinde bunu sanığın rızasını almadan yapamayacaktır (CMK m. 266/1). Tüm bu olumlu düzenlemelerin yanında savcılarının kötü niyet motivasyonunu ispatın zorluğu karşısında sanık aleyhine kanun yolu başvurusunda sırf sanığın aleyhe değiştirme yasağından faydalanmaması için gerekçesiz aleyhe kanun yolu başvurularının da önüne geçilmesi gerektiği kanaatindeyiz. CMK m. 273 ve 294 hükümlerinde kanun yoluna başvuruda gerekçe ile ilgili belirlemeler

¹⁰⁷ Bunun gerekçesini, savcının da yargının üçlü sacayağından biri olarak iddia işlevini yerine getirmesi ve bu kapsamda maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla davranması gereği oluşturmaktadır. Yener Ünver/Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt III*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 2332.

¹⁰⁸ Detaylı bilgi için bkz. Centel/Zafer, s. 897vd.

¹⁰⁹ Ünver/Hakeri, s. 2333.

¹¹⁰ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu, E.26 K.32, 17.12.1930. Ünver/Hakeri, s. 2333.

yapılmış olsa da kanaatimizce aleyhe değiştirme yasağı kapsamında ‘yalnız sanık lehine’ başvuru koşulunu bertaraf etmek amaçlı yapılan başvuruların önüne geçilmesi gerekir.¹¹¹ Bunun için savcılar özelinde sırf aleyhe değiştirme yasağını işlevsiz kılmak amacıyla gerekçesiz aleyhe kanun yolu başvurularına itibar edilmemesi gerekir. Burada gerekçeden kasıt, davanın esasına yönelik kanun yolu başvurusunu temellendirecek gerekçe olmayıp sanık lehine başvuru koşulunu bertaraf etmeye yönelik, savcının kanun yoluna başvurusunun sebebinin bulunmasıdır. Savcının aleyhe kanun yoluna başvurma yetkisi, kamu adına hukukun doğru uygulanmasını sağlama görevinden kaynaklanır¹¹²; ancak bu yetkinin keyfi, kanuna aykırı veya kişisel bir husumetle, sanığa zarar verme kastıyla kullanılması "görevi kötüye kullanma" suçunu (TCK m. 257) gündeme getirebilir.

¹¹¹ “Cumhuriyet savcısı dışında, kanun yoluna başvuru hakkı olanların istinaf başvurularında istinaf nedenlerini göstermeleri zorunlu değildir. İstinaf incelemesinde gerekçe gösterme yükümlülüğü, CMK’nın 273. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan; “Cumhuriyet savcısı, istinaf yoluna başvurma nedenlerini gerekçeleriyle birlikte yazılı isteminde açıkça gösterir...” şeklindeki düzenlemeyle Cumhuriyet savcısı için öngörülmüştür. Bu hâliyle, istinaf isteminde bulunan Cumhuriyet savcısı, başvurma nedenlerini gerekçeleriyle birlikte göstermek zorundadır. Emredici düzenlemelere rağmen istinaf isteminde bulunan Cumhuriyet savcısı, başvurma nedenlerini gerekçeleriyle birlikte göstermez ve buna bağlı olarak da iradesinin sanık lehine mi, aleyhine mi olduğu açıkça anlaşılamaz ise, kanun yolu incelemesi yapacak olan merciin nasıl bir usul takip etmesi gerekeceği hususunun; adil/dürüst yargılama hakkı parametreleri ve aleyhe bozma yasağı ilkesinin gerekleri doğrultusunda, hakkaniyete uygun bir muktezaya bağlanması icap eder. Yargılamanın temel sujelerinden biri olarak, kamu/cumhur adına iddia makamını temsil eden Cumhuriyet savcılarının usul kanunlarınınca tanınan hakların, aynı zamanda görevleri gereğince (5235 sayılı Kanun’un 16-22. maddeleri) yapmakla yükümlü oldukları bir sorumluluk olduğunda kuşku yoktur. Yargı sistemindeki etkin konumları da nazara alındığında; karar merciine, iddia makamının zikredilen hak ve yükümlülüklerinin tarzı icrası hususunda özellikle savunmanın aleyhine sonuç doğuracak biçimde dilekçe açıklattırma gibi yasal dayanağı da olmayan bir mükellefiyet yüklenemez.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2022/386 K.2024/323, 23.10.2024.

¹¹² Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2012/1593 K.2013/121, 02.04.2013.

E. DİSİPLİN HÜKÜMLERİ YÖNÜNDEN

2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu m. 62 ve devamında disiplin hükümleri düzenlenmiştir. 2802 sayılı Kanun m. 62/1’de hâkim ve savcılara; sıfat ve görevlerinin gereklerine uymayan hal ve hareketlerinin tespit edilmesi üzerine durumun niteliğine ve ağırlık derecesine göre, Hakimler ve Savcılar Kurulunca uyarma, aylıktan kesme, kınama, kademe ilerlemesinin durdurulması, derece yükselmesinin durdurulması, yer değiştirme ve meslekten çıkarma olarak sayılan disiplin cezalarından birinin verileceği düzenlenmiştir. Devamı maddelerde her bir disiplin cezası için belirli fiil kategorileri düzenlenmiş olsa da bunlar arasında savcının intikamcı davranışlarını ima eden belirlemelere rastlanmamaktadır. Bunun dışında hem disiplin hukukunda hem de ceza hukukunda seçici muhakeme ve aşırı suçlama gibi uygulamalar, Türk hukukunda açıkça tanımlanmış ve yaptırıma bağlanmış değildir. Bu durum, savcının takdir yetkisinin sınırlarının belirsizleşmesine ve potansiyel olarak keyfi uygulamalara zemin hazırlamaktadır.

Bireylerin kamu tarafından gerçekleştirilecek hak ihlallerinden korunmasında etkili koruma mekanizmalarının varlığı kadar bu mekanizmaların uygulamada karşılığının olması da elzemdir. Savcılık intikamcılığı olarak değerlendirilebilen uygulamalardan bireylerin korunması için Türk hukukunda etkili önleme ve denetim mekanizmalarının olduğundan bahsetmek güçtür. Bu noktada Hakimler ve Savcılar Kurulu’nun sahip olduğu denetim ve gözetim mekanizmalarını, örneğin disiplin yaptırımı, işler kılmak ihlallerin önüne geçmede etkili olacaktır.

F. DEĞERLENDİRME

Savcılık intikamcılığı konusunda Amerikan hukukunda uzun yıllar önce başlayan farkındalığa Türk hukukunda da erişilmesi gerekir. Bunun için savcı tarafsızlığı başta olmak üzere gerekli koruma ve denetim mekanizmalarının öngörülmesine ağırlık verecek çalışmaların gerçekleştirilmesi kritik öneme sahiptir. Kanaatimizce gerek Türk disiplin hukukunda gerek Türk ceza hukukunda savcılık intikamcılığına yönelik tüm faaliyetlerin hukuka aykırı olduğunu açıkça vurgulayan, bu

tür davranışları disiplin suçu kapsamında değerlendiren ve bunları etkili yaptırımlara bağlayan düzenlemelerin yapılması gereği, kişi hak ve özgürlüklerinin korunması noktasında oldukça önem arz etmektedir. Bu düzenlemeler aynı zamanda, sanıkların adil yargılanma hakkının güçlendirilmesi, kanun önünde eşitlik ilkesinin hayata geçirilmesi ve yargıya duyulan güvenin artırılması bakımından da vazgeçilmez bir ihtiyaçtır. Böylece hem savcılık makamının saygınlığı korunacak hem de demokratik hukuk devletinin temel gereklerinden olan adalet dağıtımında objektiflik ve tarafsızlık ilkeleri güçlendirilmiş olacaktır.

SONUÇ

Savcılık intikamcılığı doktrini, ceza adalet sisteminde bireylerin anayasal ve yasal haklarını kullanmaları nedeniyle savcılar tarafından misillemeye maruz kalmalarını engelleyen, hukukun üstünlüğü ve adil yargılanma ilkeleri açısından son derece kritik bir koruma mekanizmasıdır. Bu doktrin, özellikle Anglo-Amerikan hukukunda, savcının sahip olduğu geniş ve çoğu zaman denetimsiz takdir yetkisinin kötüye kullanılmasını önlemeye yönelik olarak geliştirilmiştir. Doktrinin temelinde, savcının suçlama veya ceza talebinde bulunurken kişisel kin, siyasi motivasyon, ayrımcı saikler veya sanığın yasal haklarını kullanmasına tepki gibi uygunsuz amaçlarla hareket etmemesi gerektiği anlayışı yatmaktadır.

Amerikan hukukunda, *North Carolina v. Pearce* ve *Blackledge v. Perry* kararlarıyla şekillenen bu doktrin, yalnızca fiili intikamcılığı değil, aynı zamanda intikamcılık görüntüsünün veya böyle bir korkunun doğmasını da yasaklamıştır. Mahkeme, sanığın anayasal haklarını kullanmasının daha ağır bir ceza riski doğuracağı endişesiyle caydırılmasının, adil yargılanma hakkına aykırı olduğu sonucuna varmıştır. Bu çerçevede, savcının eyleminin intikamcı olup olmadığına ilişkin değerlendirmede iki farklı standart geliştirilmiştir: fiili intikamcılık (*in-fact standard*) ve görünüşte intikamcılık (*appearance standard*). Fiili intikamcılıkta ispat yükü sanıktayken, görünüşte intikamcılıkta ispat yükü savcıya geçmekte, savcı eyleminin intikamcı olmadığını kanıtlamak zorunda kalmaktadır. Böylece, yalnızca somut misilleme değil, makul bir kişinin intikamcılık şüphesi duyabileceği durumlarda dahi anayasal koruma devreye girmektedir.

Doktrinin bir diğer önemli uzantısı ise seçici muhakeme kavramıdır. Seçici muhakeme, savcının benzer durumda olan kişilerden yalnızca belirli bir grubu, örneğin ırk, din, siyasi görüş veya anayasal hakların kullanılması gibi nedenlerle muhakemeye tabi tutmaması gerekliliğini ifade eder. *Yick Wo v. Hopkins* ve *United States v. Armstrong* gibi kararlarda mahkemeler, yasaların yalnızca metnine değil, uygulamasına da bakılması gerektiğini, ayrımcı uygulamaların anayasal korumaları ihlal edeceğini vurgulamıştır. Seçici muhakeme iddiasında, sanığın hem ayrımcı etkiyi hem de ayrımcı niyeti ispatlaması gerekmekte, bu da uygulamada yüksek ispat standardı nedeniyle oldukça güçleşmektedir. Ancak, ilk görünüş ispatının sağlanması halinde ispat yükü savcıya geçmekte ve savcı, kovuşturmanın meşru nedenlerle yapıldığını göstermek zorunda kalmaktadır.

Anglo-Amerikan hukukunda uzun yıllar boyunca geliştirilen bu doktrinin Türk hukukuna doğrudan yansımaları bulunmamaktadır. Türk ceza muhakemesi sisteminde savcının görevi, maddi gerçeği araştırmak ve şüphelinin hem lehine hem de aleyhine olan delilleri toplamakla sınırlı olmakla birlikte, savcının takdir yetkisi üzerinde etkili ve bağımsız denetim mekanizmalarının eksikliği dikkat çekmektedir. CMK'da yer alan iddianamenin iadesi, aleyhe değiştirme yasağı, savcının leh ve aleyhe delilleri ileri sürme yükümlülüğü gibi bazı kurallar, savcılık intikamcılığına karşı dolaylı bir koruma sağlasa da bu korumanın yeterli ve sistematik olduğunu söylemek güçtür.

Türk hukukunda savcılık intikamcılığına karşı etkili koruma sağlanabilmesi için hem mevzuatta hem de uygulamada savcının takdir yetkisini sınırlandıran, keyfi ve ayrımcı uygulamaları önleyen, şeffaf ve denetlenebilir mekanizmaların oluşturulması gerekmektedir. Sonuç olarak, Türk hukukunda bu doktrinin doğrudan karşılığı olmasa da mevcut sistemin eksiklikleri ve potansiyel riskleri dikkate alındığında, savcının tarafsızlığı, hesap verebilirliği ve denetlenebilirliği yönünde yeni düzenlemelere ve farkındalık artırıcı çalışmalara ihtiyaç olduğu açıktır. Bu alanda yapılacak reformlar, hem bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasına, hem de ceza adalet sistemine duyulan güvenin güçlendirilmesine önemli katkı sağlayacaktır. Türk disiplin hukukunda ve ceza hukukunda savcılık intikamcılığına kapsamındaki

tüm eylem ve işlemlerin hukuka aykırı olduğunu vurgulayan ve bunları yaptırma bağlayan düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Bu husus kişi hak ve özgürlüklerinin korunması noktasında oldukça önemlidir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Peer-Review: Externes Peer-Review-Verfahren.

Interessenkonflikt: Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

Finanzielle Unterstützung: Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

EXTENDED SUMMARY

The doctrine of prosecutorial vindictiveness represents a fundamental legal safeguard mechanism within criminal justice systems, designed to prevent prosecutors from retaliating against defendants who exercise their constitutional and legal rights. This doctrine, primarily developed in Anglo-American jurisprudence, addresses the inherent tension between prosecutors' duty to seek justice and their role as the state's primary advocates in criminal proceedings.

*The doctrinal foundations were established by the United States Supreme Court in the landmark 1969 case *North Carolina v. Pearce*, which initially addressed judicial vindictiveness. The doctrine's expansion to prosecutorial conduct occurred in 1974 with *Blackledge v. Perry*, where the prosecutor increased charges after the defendant filed an appeal for a new trial in a higher court. The Court determined that even without evidence of actual malicious intent, the realistic likelihood of vindictiveness necessitated constitutional protection.*

American jurisprudence has developed two distinct analytical frameworks for evaluating prosecutorial vindictiveness claims. The "in-fact standard" focuses on preventing actual vindictive behavior, placing the burden of proof on defendants to demonstrate that prosecutors acted with retaliatory motivation. Conversely, the "appearance standard" serves dual purposes: preventing the chilling effect on defendants' constitutional rights and deterring actual vindictive prosecutorial behavior. Under this standard, the burden shifts to prosecutors to demonstrate that their actions were not motivated by vindictiveness when objective circumstances suggest a realistic likelihood of retaliation.

The broader context of prosecutorial vindictiveness includes various forms of prosecutorial misconduct, with overcharging serving as a particularly relevant manifestation. Overcharging occurs when prosecutors file more charges than reasonably supported by evidence or necessary to reflect the gravity of the offense, often as a tool to pressure defendants into plea agreements or as punishment for asserting their rights.

Selective prosecution represents another significant aspect of prosecutorial vindictiveness, occurring when prosecutors unlawfully subject

certain individuals to criminal proceedings while failing to prosecute others in similar circumstances. This concept gained constitutional significance through the 1886 *Yick Wo v. Hopkins* case, where the Supreme Court first ruled that facially neutral legislation applied in a discriminatory manner violates the Equal Protection Clause. Modern selective prosecution doctrine, as refined in *United States v. Armstrong* (1996), requires defendants to demonstrate both discriminatory effect and discriminatory intent.

The procedural framework for prosecutorial vindictiveness claims varies depending on which standard applies. Under the appearance standard, defendants must establish facts triggering a presumption of vindictiveness, after which the burden shifts to prosecutors to rebut this presumption by demonstrating independent reasons or intervening circumstances justifying their charging decisions. Courts have developed sophisticated analytical frameworks, such as the Ninth Circuit's "totality of circumstances" approach in *United States v. Griffin*, which examines whether the overall pattern of prosecutorial conduct creates an appearance of vindictiveness.

Turkish criminal procedure law lacks a direct equivalent to the prosecutorial vindictiveness doctrine, though certain provisions provide indirect protections. The Turkish Code of Criminal Procedure requires prosecutors to investigate material truth and collect evidence both favorable and unfavorable to suspects, establishing prosecutors as objective subjects whose duty extends beyond seeking convictions to ensuring justice. However, significant gaps exist in Turkish law's protection against prosecutorial vindictiveness. The absence of systematic oversight mechanisms for prosecutorial discretion creates risks of arbitrary conduct.

The Turkish system also lacks explicit provisions regarding prosecutorial impartiality, unlike the detailed regulations governing judicial impartiality. Additionally, concepts such as selective prosecution and overcharging are not clearly defined or sanctioned in Turkish law, increasing the risk of arbitrary prosecutorial behavior.

The analysis concludes that Turkish law requires significant reforms to address prosecutorial vindictiveness effectively. Key recommendations include establishing explicit provisions in both disciplinary and criminal law clearly prohibiting vindictive prosecutorial conduct, implementing transparent and

effective oversight mechanisms for prosecutorial discretion, and developing systematic protections against selective prosecution and overcharging.

The doctrine of prosecutorial vindictiveness serves as a vital protection for suspects and defendants in terms of fair trial and equality principles. Reforms in this area would contribute both to protecting fundamental rights and strengthening public confidence in the criminal justice system. The importance of this doctrine extends beyond preventing actual vindictive behavior to ensuring that the appearance of such conduct does not deter individuals from exercising their constitutional rights.

KAYNAKÇA

- Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, ‘Recommendation No. R (2000) 19 of the Committee of Ministers to member states on the role of public prosecution in the criminal justice system: Explanatory Memorandum’ (Türkiye Barolar Birliği 2000) <[https://www.baro-birlik.org.tr/dosyalar/duyurular/hsykkkanunteklifi/erec\(2000\)19expmot.pdf](https://www.baro-birlik.org.tr/dosyalar/duyurular/hsykkkanunteklifi/erec(2000)19expmot.pdf)> accessed 2 June 2025
- BALES Melodie, “Opening the Umbrella: The Expansion of the Prosecutorial Vindictiveness Doctrine in United States v. Jenkins”, *Catholic University Law Review*, C.59, S.3, 2010, s. 855-882.
- BAŞ Eylem, “Hâkimlerin ve Savcılarının Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları” *Ankara Barosu Dergisi*, C.74, S.3, 2016, s. 267-359.
- BİLGE Necip, “Son Anayasa Değişikliğine Göre Tabî Hâkim ve Savcı Teminatı”, *Prof. Dr. H. C. Oğuzoğlu’na Armağandan Ayır Bası*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1972, s. 571-585.
- CASSIDY R. Michael/VALDEZ Suzanne, *Prosecutorial Ethics*, West Academic Publishing, USA, 2019.
- CENEL Nur/ZAFER Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- CROSS John J. III, “Prosecutorial Vindictiveness: An Examination of Divergent Lower Court Standards and a Proposed Framework For Analysis”, *Vanderbilt Law Review*, C.34, S.2, 1981, s. 431-460.
- DÜLGER Murat Volkan/TAŞKIN Şaban Cankat, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- EREM Faruk, *Ceza Usulü Hukuku*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973.
- GERSHMAN Bennett L., “Prosecutorial Decisionmaking and Discretion in the Charging Function”, *Hastings Law Journal*, C.62, S.5, 2011, s. 1259-1283.

- GILLIÉRON Gwladys, *Public Prosecutor in the United States and Europe - A Comparative Analysis with Special Focus on Switzerland*, Springer, İsviçre, 2014.
- HENNING Peter J., "Prosecutorial Misconduct And Constitutional Remedies" *Washington University Law Quarterly*, C.77, S.3, 1999, s. 713-833.
- KADISH Sanford H./SCHULHOFER Stephen J./BARKOW Rachel E, *Criminal Law and its Processes-Cases and Materials*, Aspen Publishing, USA, 2022.
- KARAKEHYA Hakan/ARABACI Murat, "Cumhuriyet Savcısının Hukuki Statüsü, Muhakemedeki Taraf Pozisyonu ve İspat Yükünün Bulunması Üzerine", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.65, S.4, 2016, s. 2059-2081.
- KRIMMEL John Patrick, "Prosecutorial Vindictiveness" (Chancellor's Honors Program Project, University of Tennessee – Knoxville, 1994.
- KRUSE Kristin E., "Proving Discriminatory Intent in Selective Prosecution Challenges-An Alternative Approach to United States v. Armstrong" *SMU Law Review*, C.58, S.4, 2005, s. 1523-1550.
- LAFAYE Wayne R., "The Prosecutor's Discretion in The United States" *The American Journal of Comparative Law*, C.18, S.3, 1970, s. 532-548.
- LIEB Doug, "Vindicating Vindictiveness: Prosecutorial Discretion and Plea Bargaining, Past and Future", *Yale Law Journal* C.123, S.4, 2014, s. 1014-1069.
- LITTLE Rory K., "The ABA's Project to Revise the Criminal Justice Standards for the Prosecution and Defense Functions", *Hastings Law Journal*, C.62, S.5, 2011, s. 1111-1160.
- LUNA Erik/WADE Marianne L., *The Prosecutor in Transnational Perspective*, Oxford University Press, New York, 2012.

MATTEUZZI Nancy E., "Prosecutorial Vindictiveness in a Pretrial Setting: Determining the Proper Standard", *Missouri Law Review*, C.48, S.1, 1983, s. 266-273.

NOTE, "Prosecutorial Vindictiveness in the Criminal Appellate Process: Due Process Protection After United States v. Goodwin", *Michigan Law Review*, C.81, S.1, 1982, s. 194-220.

ÖZBEK Veli Özer/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2024)

SILVERGLATE Harvey A./POWELL Sidney, *Conviction Machine: Standing up to Federal Prosecutorial Abuse*, Encounter Books, USA, 2020.

The Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders Share, 'Guidelines on the Role of Prosecutors' (7 September 1990) <<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/guidelines-role-prosecutors>> accessed 2 June 2025

ÜNVER Yener/HAKERİ Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt III*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.

YOUNGWOOD Jonathan D, "The Presumption of Judicial Vindictiveness in Multi-Count Resentencing", *University of Chicago Law Review* C.60, S.2, 1993, s.725-756.

Sessiz Anayasa Değişiklikleri ve Anayasa Yargısının Sınırları: Türkiye ve Almanya Örneği

Informeller Verfassungswandel und die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit im deutsch-türkischen Vergleich

Dr. Öğr. Üyesi Didem Erdoğan*

ÖZ

Sessiz anayasa değişikliği, anayasa metninde açık bir değişiklik yapılmaksızın, uygulama yoluyla anayasanın özünün fiilen değiştirilmesi anlamına gelmektedir. Çalışmada sessiz anayasa değişikliği kavramı Türkiye'nin ve Almanya'nın anayasal düzeni açısından karşılaştırmalı olarak incelenmektedir. Almanya'da, Temel Yasa'nın sonsuzluk maddesi ve Federal Anayasa Mahkemesinin kurumsal etkinliği aracılığıyla bu tür değişikliklere karşı yapısal direnç mekanizmaları oluşturulmuşken; Türkiye'de anayasa yargısının işlevselliği ve yargı bağımsızlığına ilişkin sorunlar, sessiz anayasa değişikliklerinin gerçekleşme olasılığını artırmaktadır. Bununla birlikte, Türkiye'de de 1982 Anayasası'nın değiştirilemez maddeleri, anayasa yargısının kurumsal varlığı, hukuk devleti ilkesi, anayasal üstünlük ve bağlayıcılık gibi normatif güvenceler sessiz anayasa değişikliklerine karşı yapısal bir direnç hattı oluşturma potansiyeline sahiptir.

Çalışmada her iki ülkenin anayasal normlarının sertlik derecesi, anayasa yargısının etkinliği, kuvvetler ayrılığı ve yargı bağımsızlığı ilkeleri ile anayasal sadakat anlayışı temelinde karşılaştırmalı analizlere yer verilmiştir. Ayrıca, Türkiye açısından mevcut normatif güvencelerin uygulamadaki etkisi değerlendirilmiş; sessiz anayasa

* Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, (didemerdogan@sdu.edu.tr), ORCID: 0000-0003-4007-5675.



değişikliklerine karşı daha işleyen bir kurumsal direnç yapısının nasıl geliştirilebileceğine ilişkin öneriler ortaya konulmuştur.

Anahtar Kelimeler: *sessiz anayasa değişikliği, anayasa değişikliği, Anayasa Mahkemesi, Federal Anayasa Mahkemesi, anayasal sadakat, anayasal kimlik, karşılaştırmalı anayasa hukuku*

Silent Constitutional Changes and the Limits of Constitutional Justice: The Cases of Turkey and Germany

ABSTRACT

A silent constitutional change refers to the effective alteration of the essence of the constitution through implementation, without any explicit changes to the text of the constitution. This study examines the concept of silent constitutional change from a comparative perspective in relation to the constitutional systems of Turkey and Germany. While in Germany structural resistance mechanisms against such changes have been established through the eternity clause in the Basic Law and the institutional effectiveness of the Federal Constitutional Court, in Turkey problems relating to the functionality of constitutional justice and judicial independence increase the likelihood of silent constitutional changes taking place. However, in Turkey, the unalterable provisions of the 1982 Constitution, the institutional existence of constitutional justice, the rule of law principle, constitutional supremacy, and binding force also have the potential to form a structural line of resistance against silent constitutional changes.

In this context, the study includes comparative analyses based on the degree of rigidity of the constitutional norms of both countries, the effectiveness of constitutional review, the principles of separation of powers and judicial independence, and the understanding of constitutional loyalty. Additionally, the impact of existing normative safeguards on implementation is evaluated from Turkey's perspective,

and recommendations are made on how to develop a more effective institutional resistance structure against silent constitutional changes.

Keywords: *silent constitutional change, constitutional amendment, Constitutional Court of the Republic of Turkey, Federal Constitutional Court, constitutional loyalty, constitutional identity, comparative constitutional law*

Giriş

Anayasalar, toplumun temel hukuk normlarını belirleyen metinler olmakla birlikte, zamanla toplumun siyasi, sosyal ve ekonomik ihtiyaçları doğrultusunda değiştirilebilen belgelerdir ve bu yönleriyle mutlak nitelikte değildirler. Bu nedenle anayasa değişikliği, modern hukuk sistemlerinde hukuken öngörülen meşru ve demokratik bir mekanizma olarak kabul edilmektedir¹. Böylece yazılı anayasa değişikliği prosedürleri bu ihtiyaca kurumsal meşruiyet ve demokratik denetim çerçevesinde kontrollü bir yanıt sunmayı amaçlamaktadır.

Ancak anayasal düzen her zaman açık ve resmi yollarla değişmemektedir. Uygulama pratikleri, siyasi teamüller, yargı kararları veya idari eylemler yoluyla anayasa metninde herhangi bir değişiklik yapılmaksızın anayasal normların anlamı ve işleyişi değiştirilebilmektedir. Bu tür durumlar literatürde “sessiz anayasa değişikliği” (silent constitutional change²) kavramı ile ifade edilmektedir³. Sessiz anayasa değişikliğinde anayasa metni sabit

¹ Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku Genel Esaslar*, 24. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 200; Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi (Cilt I)*, Ekin Yayınları, Bursa, 2020, s. 134; Ergun Özbudun, *Anayasalcılık ve Demokrasi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 40.

² Anglo-Amerikan literatürde “silent constitutional change” terimi yerine zaman zaman “silent constitutional amendment” ifadesi de kullanılmakla birlikte “amendment” terimi genellikle yazılı ve resmî anayasa değişikliklerini tanımlamak için tercih edilmektedir. Bu nedenle çalışmada söz konusu olguyu ifade etmek üzere doktrindeki yerleşik kullanım ile de örtüşen “change” terimi tercih edilmiştir.

³ Bk. Raffael N. Fasel, “Ouster Clauses and the Silent Constitutional Crisis”, *UK Constitutional Law Association Blog*, (20th February 2024),

kalmakla birlikte içeriksel olarak anayasanın özünün aşındırılması söz konusu olmaktadır.

Sessiz anayasa değişiklikleri özellikle anayasanın üstünlüğü ve hukuk devleti ilkeleri açısından ciddi riskler taşımaktadır. Normatif bağlayıcılığı zayıflayan bir anayasa, yürütme organının keyfi uygulamalarına açık hale gelirken, denge ve denetim mekanizmaları da işlevsizleşmektedir. Bu yönüyle sessiz değişiklikler anayasanın esnekliğinden ziyade anayasal düzenin istikrarını ve öngörülebilirliğini tehdit eden bir bozulmaya işaret etmektedirler. Anayasayı hukuken değil, fiilen dönüştürmeye yönelik bu tür eğilimler, anayasal devleti zayıflatan, meşruiyeti tartışmalı ve uzun vadede sistematik istikrarsızlık doğuran sonuçlar meydana getirebilirler. Bu itibarla anayasa yargısının bu tür fiilî değişikliklere karşı nasıl bir tutum sergilediği, anayasal düzenin korunması açısından büyük önem arz etmektedir. Özellikle yargının, siyasi etkilerden arındırılmış olması ve anayasa mahkemelerinin etkinliği bu değişikliklerin engellenmesinde kritik bir rol oynamaktadır.

Türkiye ve Almanya sessiz anayasa değişikliklerine ilişkin farklı kurumsal deneyimleri ve yargı yaklaşımları ile karşılaştırmalı analiz açısından önemli örnekler sunmaktadırlar. Almanya'da Federal Anayasa Mahkemesi (Alm. *Bundesverfassungsgericht* - BVerfG)⁴, anayasal kimlik (Alm. *Verfassungsideñtität*) kavramı çerçevesinde anayasanın temel unsurlarının korunmasında oldukça güçlü ve istikrarlı bir denetim mekanizması işletmektedir. Federal Almanya Cumhuriyeti'nin 1949 tarihli Temel Yasası'nın (Alm. *Grundgesetz* - GG)⁵ 79. maddesinin 3. fıkrası olan sonsuzluk maddesi (Alm. *Ewigkeitsklausel*), Temel Yasa'nın özünü oluşturan hükümleri anayasa dışı müdahalelere karşı korumaktadır. Öyle ki BVerfG, bu korumayı yalnızca iç hukukunda

<https://ukconstitutionallaw.org/2024/02/20/raffael-n-fasel-ouster-clauses-and-the-silent-constitutional-crisis/> (Erişim Tarihi: 04.08.2025); Reijer Passchier, "Quasi-Constitutional Change Without Intent - A Response to Richard Albert", *Buffalo Law Review*, Vol. 65, 2017, 1077-1099.

⁴ Çalışma boyunca "BVerfG" kısaltmasıyla anılacaktır.

⁵ Çalışma boyunca "Temel Yasa" olarak ve "GG" kısaltmasıyla anılacaktır.

değil, Avrupa Birliği (AB) ile ilişkilerde dahi sıkı biçimde uygulamaktadır.

Buna karşılık Türkiye’de anayasa yargısının, özellikle son yıllarda yürütme organının artan yetkilerini denetleme konusunda sahip olduğu yetkiler çerçevesinde böyle bir denetim rolünü sınırlı şekilde yerine getirdiği görülmektedir. Cumhurbaşkanlığı hükûmet sistemine geçiş sürecinde yani Anayasa değişikliğinden önceki dönemde Cumhurbaşkanının fiilen partili hale gelmesi, olağanüstü hâl döneminde çıkarılan Kanun Hükmünde Kararnamelerin (KHK) kalıplaştırılması ve yargı bağımsızlığının zayıflaması gibi gelişmeler sessiz anayasa değişikliği örnekleri arasında değerlendirilebilir. Türkiye’de anayasal normlar, yazılı değişiklik yapılmaksızın uygulama yoluyla yapısal olarak dönüştürülmekte ve bu dönüşüm anayasal denetim mekanizmaları tarafından yeterince engellenememektedir.

Bu çalışma karşılaştırmalı bakış açısıyla Türkiye’de ve Almanya’da anayasa yargısının sessiz anayasa değişikliklerine nasıl tepki verdiğini incelemeyi amaçlamaktadır. Türkiye ve Almanya bu tür fiilî anayasal dönüşümler karşısında geliştirdikleri farklı kurumsal deneyimler ve yargı yaklaşımlarıyla karşılaştırmalı analiz için anlamlı bir zemin sunmaktadır. Her iki ülkenin anayasa yargısının sessiz değişiklikler karşısındaki tutumu, anayasal düzenin korunmasında yargısal denetimin etkinliğini değerlendirmek açısından önem arz etmektedir. Çalışmada ayrıca anayasanın üstünlüğü ve hukuk devleti ilkelerinin korunmasında anayasa mahkemelerinin rolünden ve Almanya örneğinden hareketle Türkiye’de anayasal kırımlara karşı daha dirençli bir yargı yapısının oluşturulmasına yönelik yapısal ve normatif çözüm önerilerine de yer verilecektir.

I. Sessiz Anayasa Değişikliğinin Kavramsal ve Kuramsal Çerçevesi

A. Kavramın Tanımı, Özellikleri ve Normatif Ayrımlar

Sessiz anayasa değişikliği, anayasa metninde açık bir değişiklik yapılmaksızın anayasa hükümlerinin uygulama yoluyla etkisizleştirilmesi, özünün başka şekilde yorumlanması ya da tamamen

işlevsiz hâle getirilmesi süreci olarak tanımlanabilir⁶. Bu değişiklik türü çoğunlukla siyasi iktidarların anayasa değişikliği için gerekli nitelikli çoğunluğu sağlayamadığı durumlarda fiili uygulamalar yoluyla anayasal düzeni dönüştürme çabalarına dayanmaktadır⁷. Bu çabalar kimi zaman iktidar mücadelesinde statüsünü değiştirmek isteyen aktörlerin anayasal sınırları zorlamasıyla (saldırgan biçimde) kimi zamansa iktidarı kalıcı olarak kaybetme ihtimaliyle karşı karşıya kalan baskın partilerin mevcut statülerini korumak adına benzer yöntemlere başvurusuyla (savunmacı biçimde) ortaya çıkmaktadır⁸. Sessiz anayasa değişikliği kavramı anayasanın yalnızca lafzına değil, aynı zamanda işleyişine ve normatif içeriğine yönelik dönüşümleri de kapsayan dinamik bir analiz çerçevesi sunmaktadır.

Kural olarak anayasa değişiklikleri anayasa metninin öngördüğü usullere uygun biçimde yasama organı tarafından ve / veya halkoylaması yoluyla gerçekleştirilir ve bu süreçler kamu denetimine açıktır⁹. Sessiz anayasa değişiklikleri anayasal düzenin biçimsel olarak korunmasına karşın işleyişinin esaslı biçimde dönüştürülmesini amaçlayan gayriresmî müdahaleleri ifade etmektedir¹⁰. Bu tür

⁶ Richard Albert, *Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions*, Oxford University Press, 2019, s. 2-3; Richard Albert, "Constitutional Amendment by Constitutional Desuetude", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 62, No. 3, 2014, 641-686, s. 641-642.

⁷ Mark Tushnet, "Constitutional Hardball", *The John Marshall Law Review*, Vol. 37, No. 2, 2004, 523-553, s. 528.

⁸ Tushnet, s. 529.

⁹ Necmi Yüzbaşıoğlu, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 7-8, Richard Albert, "Constitutional Amendment by Stealth", *McGill Law Journal*, Vol. 60, No. 4, June 2015, 672-736, s. 673.

¹⁰ Bu kavram, literatürde "stealth constitutional change", "constitutional coups", "informal constitutional change" ya da "abusive constitutionalism" gibi terimlerle yer almaktadır. Bk. Albert, *Constitutional Amendment by Stealth*; David Landau, "Abusive Constitutionalism", *UC Davis Law Review*, Vol. 47, 2013, 189-260; Kim Lane Scheppele, "Constitutional Coups and Judicial Review: How Transnational Institutions Can Strengthen Peak Courts at Times of Crisis (With Special Reference to Hungary)", *Transnational Law and Contemporary Problems*, Vol. 23, No. 1, 2014, 51-118.

müdahaleler anayasa metninde herhangi bir değişiklik yapılmaksızın; idari teamüller, hukuki yorumlar ve siyasi söylemler aracılığıyla gerçekleştirilmektedir. Kanaatimizce bu strateji, iktidar sahipleri açısından anayasal meşruiyet zeminini koruyarak demokratik kurumları zayıflatma ve siyasal muhalefeti sınırlandırma gibi çifte bir işlev görmektedir.

Bu çerçevede ortaya çıkan rejimler yüzeysel düzeyde demokratik kriterleri karşılamakta; düzenli aralıklarla seçimler yapılmakta ve muhalefet partilerine siyasal alanda var olma olanağı tanınmaktadır. Ancak ne var ki söz konusu seçim süreçleri iktidarın sistematik üstünlüğünü pekiştiren bir dizi yapısal eşitsizlikle maluldür¹¹. Bu tür uygulamalara son yıllarda Orta ve Doğu Avrupa başta olmak üzere farklı bölgelerde tanık olunmakta; özellikle Macaristan örneği bu sürecin kurumsal düzeyde nasıl sistematikleştirilebildiğini göstermesi bakımından dikkat çekmektedir. Medya organlarının hükümet denetimine alınması, muhalif aktörlerin idari ve adli mekanizmalar yoluyla baskı altına alınması, kamu kaynaklarının partizanca kullanımı ve zaman zaman başvurulmuş seçim usulsüzlükleri siyasal rekabetin adil bir zeminde gerçekleşmesini engellemektedir ki Scheppele, Macaristan'daki anayasal darbe sürecini incelerken bu tür mekanizmaların sistematik olarak nasıl kullanıldığını detaylı biçimde ortaya koymuştur¹².

Bu koşullar altında siyasal iktidarın el değiştirme olasılığı ciddi biçimde azalmakta; seçimler yalnızca mevcut rejimin meşruiyetini yeniden üretme aracı hâline gelmektedir. Böylelikle anayasal sistem dışarıdan bakıldığında demokratik bir yapı sergiliyor gibi görünse de içerik itibarıyla çoğulculuk, siyasal eşitlik ve hesap verebilirlik ilkelerinden önemli ölçüde uzaklaşmış bir yönetim pratiği oluşmaktadır¹³. Bu nedenle şeffaf olmadıkları, meşruiyetlerinin

¹¹ Bu tür uygulamalar, doktrinde “demokrasinin gri bölgesi” olarak adlandırılmakta; delegastoncu demokrasi, yarışmacı otoriterizm ve popülist rejimler gibi kavramlarla açıklanmaktadır. Bk. Gözler, Anayasa Hukukunun, s. 708-712.

¹² Scheppele, *Constitutional Coups*, s. 61, 70-76.

¹³ Landau, *Abusive Constitutionalism*, s. 199.

tartışmalı olduğu ve yargısal ya da toplumsal denetimlerinin ise son derece sınırlı olduğu söylenebilir. Tüm bu açıklamalardan hareketle sessiz anayasa değişikliğinin temel özellikleri şu şekilde sıralanabilir: (1) değişiklik sürecinin şeffaf olmaması ve kamuoyuna kapalı biçimde gerçekleşmesi, (2) anayasa yargısı ve diğer denetim mekanizmaları tarafından kolaylıkla tespit edilememesi, (3) anayasa metnine sadakat görüntüsü verilmesine karşın bu görüntünün anayasanın ruhu ya da özü ile açık biçimde çelişmesi ve (4) hukuken değil siyaseten meşrulaştırılma eğilimi göstermesi¹⁴.

Sessiz anayasa değişikliği kavramı anayasa hukukunun yalnızca normatif içeriğine değil, aynı zamanda anayasal düzenin işleyişine ve kurumsal yapıların fonksiyonuna odaklanan eleştirel bir bakış açısı da sunmaktadır. Sessiz değişiklikler anayasanın ruhu ile çatışan bir görünmezlik içinde gerçekleştiğinden anayasal belirlilik ilkesine zarar vererek demokratik denetimi zayıflatırlar. Anayasal normlara biçimsel olarak sadık kalınıyor gibi görünse de özsel anlamdan sapmalar yaşanabilmektedir¹⁵. Ezcümle bu tür fiili anayasal dönüşümler anayasa

¹⁴ Sıralanan bu temel özellikler anayasa hukuku ve karşılaştırmalı siyaset literatüründeki farklı kavramsal çerçevelerin bir sentezini yansıtmaktadır. Kim Lane Scheppele, Macaristan örneği üzerinden bu süreci “anayasal darbe” olarak tanımlarken, özellikle anayasal metne sadakat görüntüsü (3) altında yargısal denetimin nasıl aşıldığını (2) vurgulamaktadır. David Landau’nun “suistimalci anayasacılık” (abusive constitutionalism) kavramı anayasal değiştirme mekanizmalarının demokratik erozyon için nasıl kullanıldığını ve sürecin kamuoyuna kapalı işleyebildiğini (1) analiz etmektedir. Steven Levitsky ve Lucan Way’in “rekabetçi otoriterlik” çerçevesi ise bu tür rejimlerin meşruiyetini yasal prosedürlerden çok siyasi güç ve söylemlerle nasıl sağladığını (4) ortaya koymaktadır. Kapsamlı bir bakış için bk. Scheppele, *Constitutional Coups*, 51-118; Landau, *Abusive Constitutionalism*, 189-260; Steven Levitsky/Lucan Way, “The Rise of Competitive Authoritarianism”, *Journal of Democracy*, Vol. 13, No. 2, 2002, 51-65.

¹⁵ Bu olgunun en belirgin çağdaş örneklerinden biri Scheppele’nin 2010 sonrası Macaristan’daki anayasal darbe sürecini incelediği çalışmasında görülebilir. Scheppele, hükümetin anayasal çoğunluğunu kullanarak ve tamamen yasal görünen adımlarla (yargı yetkisinin kısıtlanması, mahkemelere yandaş

yargısının müdahale alanını bulanıklaştırmakta ve denetim mekanizmalarının etkinliğini ciddi şekilde sınırlamaktadır¹⁶.

Sessiz anayasa değişikliği kavramı her anayasal yorumun veya anayasal esnekliğin bu kapsamda değerlendirilmemesi gerektiği yönünde eleştirilere de açıktır. Zira anayasanın zaman içinde yorum yoluyla evrilmesi demokratik hukuk devletinin olağan bir parçasıdır¹⁷. Ancak bu doğal evrim ile anayasanın bilinçli şekilde fiilen dönüştürülmesi arasındaki sınırın belirsizliği, anayasal rejimin istismara açık hâle gelmesine neden olabilir. Bu nedenle sessiz anayasa değişikliklerini tespit edebilmek amacıyla üç temel ölçüt önerilmektedir: (1) anayasal normdan sistematik biçimde sapma, (2) bu sapmanın belli bir süreklilik göstermesi ve (3) anayasa yargısı ya da diğer denetim mekanizmaları tarafından bu sapmanın engellenememesi veya dolaylı şekilde meşrulaştırılması¹⁸. Bu ölçütler anayasal yorum ile sessiz anayasa değişikliği arasındaki ayrımı belirginleştirmek açısından açıklayıcı bir filtre işlevi görmektedir.

Sonuç olarak sessiz anayasa değişiklikleri hukuken görünmez; fakat fiilen belirleyici dönüşümlere işaret etmektedir. Bu değişim süreci anayasal demokrasi açısından yalnızca teknik değil, aynı zamanda siyasi ve etik bir sorun olma özelliği taşımaktadır. Anayasal denetim mekanizmalarının bu tür dönüşümleri tanımlayabilecek kuramsal ve normatif araçlara sahip olması anayasanın üstünlüğü ve hukuk devleti ilkesi açısından yaşamsal öneme sahiptir.

atamalar vb.) anayasal düzenin ruhunu ve denge mekanizmalarını nasıl ortadan kaldırdığını detaylıca analiz etmektedir. Bkz. Scheppele, *Constitutional Coups*, s. 71-75.

¹⁶ Tarunabh Khaitan, "Executive Aggrandizement in Established Democracies: A Crisis of Liberal Democratic Constitutionalism", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 17, No. 1, January 2019, 342-356, s. 352.

¹⁷ Richard Albert/David Kenny, "The Challenges of Constitutional Silence: Doctrine, Theory, and Applications", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 16, No. 3, July 2018, 880-886.

¹⁸ Albert, *Constitutional Amendment by Stealth*, s. 673.

B. Teorik Yaklaşımlar ve Literatürdeki Tartışmalar

Biçimsel bir değişiklik yapılmaksızın anayasal düzende köklü dönüşümler yaratabilen uygulama ve teamüller her ne kadar anayasa kuramının tartışmalı bir alanı olsa da artık göz ardı edilemeyecek bir gerçeklik hâlini almıştır. Sessiz anayasa değişikliği terimi, anayasanın görünüşte korunmasına rağmen içeriğinin sistematik biçimde aşındırıldığı, demokratik denge-denetim mekanizmalarının işlevsizleştirildiği ve hukukun üstünlüğü ilkesinin zedelendiği dönüşüm süreçlerini analiz etme açısından kuramsal bir imkân sunmaktadır. Ackerman'ın anayasal anlar teorisi, Albert'ın gizli anayasa değişikliği yaklaşımı ve Landau'nun anayasal gerileme tespiti, anayasal sistemlerdeki dönüşüm dinamiklerini farklı açılardan ele alarak bu sürecin karmaşık yapısını ortaya koymaktadır.

Teorik çerçevede ilk olarak Bruce Ackerman, anayasal değişimlerin yalnızca hukuki metinlerde yapılan resmi düzenlemelerle sınırlı olmadığını; aksine “anayasal anlar” (*constitutional moments*)¹⁹ olarak tanımladığı tarihsel krizler ve toplumsal kırılmalar aracılığıyla da gerçekleşebileceğini ileri sürmektedir²⁰. Ackerman'a göre savaş, ekonomik buhran, anayasal meşruiyet krizleri ya da köklü siyasi dönüşümler, mevcut anayasal düzenin ötesine geçen; ancak yeni bir toplumsal mutabakatla meşrulaşan fiilî değişiklikleri beraberinde getirebilir²¹. Ona göre anayasal anlarda bir anayasa dar bir hukuki belge olmaktan çıkıp derin bir siyasi kendini tanımlama eylemine

¹⁹ “Anayasal anlar” kavramının teorik temelleri için bk. Bruce Ackerman, ““Constitutional Politics/Constitutional Law”, *Yale Law Journal*, Vol. 99, S. 3, 1989, 453-548. Ackerman, bu teoriyi daha sonraki çalışmalarında geliştirmiştir. Kavramın devrimci dönüşümler bağlamındaki özlü bir açıklaması için bk. Bruce Ackerman, *The Future of Liberal Revolution*, Yale University Press, 1992, 46-49. Teorinin Amerikan İç Savaşı sonrası yeniden yapılanma (reconstruction) dönemine uygulandığının kapsamlı bir analizi için ise bk. Bruce Ackerman, *We the People, Volume 2: Transformations*, Harvard University Press, The Belknap Press, 1998.

²⁰ Bruce Ackerman, *We the People, Volume 1: Foundations*, Harvard University Press, 1995, s. 37-40.

²¹ Ackerman, *Foundations* s. 38; Ackerman, *Transformations*, s. 207.

dönüşebilir²². Bu süreçte metin aynı kalsa bile anayasal normların siyasi ağırlığı ve pratik anlamı kökten değişmektedir²³. Dolayısıyla Ackerman'ın teorisinde anayasal değişim yalnızca hukukî bir işlemle değil, devrimci bir hareketin halk desteğini seferber ettiği ve halktan bir yetki aldığı bir toplumsal mutabakatın inşasıyla gerçekleşmektedir²⁴.

Richard Albert ise bu olguyu daha kurumsal bir perspektiften ele alarak anayasal düzenin açık ve meşru anayasa değişikliği prosedürleri işletilmeden uygulamalar ve siyasi teamüller yoluyla dönüştürülmesini “gizli anayasa değişikliği” (*constitutional amendment by stealth*) kavramıyla açıklamaktadır²⁵. Albert’a göre bu tür dönüşümler anayasa metninin görünürde sabit kalmasına rağmen, anayasal normların uygulamada farklılaştırılmasıyla ortaya çıkmakta ve anayasanın yapısal bütünlüğü açısından ciddi bir tehdit oluşturmaktadır²⁶. Albert, anayasal düzenin bu şekilde örtülü biçimde dönüştürülmesinin demokratik meşruiyet ilkesini zedelediğini ve anayasanın öngörülebilirliğini ortadan kaldırdığını savunmaktadır²⁷. Ona göre gizli anayasa değişiklikleri yalnızca metin analizine değil, normların işleyiş biçimlerine odaklanan derinlemesine bir değerlendirme ile tespit edilebilmektedir²⁸.

Bu yaklaşımlara katkıda bulunan bir diğer önemli isim olan David Landau ise anayasal değişim ile otoriterleşme eğilimleri arasındaki ilişkiye dikkat çekerek, söz konusu dönüşümlerin “anayasal gerileme” (*constitutional retrogression*) sürecine yol açtığını ifade etmektedir²⁹. Landau, bazı rejimlerde anayasa metninin biçimsel olarak muhafaza edilmesine rağmen, temel hakların sınırlandırılması, yargı bağımsızlığının zayıflatılması ve denge-denetim mekanizmalarının

²² Ackerman, *The Future of Liberal Revolution*, s. 47.

²³ Ackerman, *The Future of Liberal Revolution*, s. 61.

²⁴ Ackerman, *The Future of Liberal Revolution*, s. 49, 53-54.

²⁵ Albert, *Constitutional Amendment by Stealth*, s. 673.

²⁶ Richard Albert, “Constitutional Amendment and Dismemberment”, *The Yale Journal of International Law*, Vol. 43, No. 1, 2018, 1-84, s. 2-3.

²⁷ Albert, *Constitutional Amendment and Dismemberment*, s. 39.

²⁸ Albert, *Constitutional Amendment and Dismemberment*, s. 3.

²⁹ Landau, *Abusive Constitutionalism*, s. 189.

işlevsizleştirilmesi gibi yollarla anayasal çerçevenin içten içe aşıldığını belirtmektedir³⁰. Bu bağlamda anayasal gerileme, görünürde anayasal süreklilik sağlanırken içerikte demokratik işleyişin ortadan kalktığı bir dönüşüm biçimini ifade etmektedir³¹. Böylece anayasa, yalnızca sembolik bir belgeye indirgenmekte; hukuk devleti ilkeleri ise işlevsizleşmektedir.

Anglo-Amerikan literatürde kuramsal temelleri belirginleşmiş olan sessiz anayasa değişikliği tartışmaları yaygın biçimde Türk anayasa hukukunda doğrudan bu kavramla anılmasa da benzer olgulara işaret eden kuramsal ve ampirik değerlendirmelerle karşılık bulmaktadır. Türkiye’de anayasal düzenin metinsel olarak korunmasına rağmen uygulama düzeyinde anlamlı ölçüde dönüştüğü yönündeki tespitler özellikle “anayasal gerileme”, “anayasasızlaştırma”, “anayasal düzenin aşınması” ve “fiili durum anayasacılığı” gibi kavramlar çerçevesinde ele alınmaktadır³². Bu kavramlar anayasa normlarının görünüşte geçerli olduğu; ancak içerik ve işleyiş bakımından işlevsizleştiği bir dönüşüm sürecine işaret etmektedir.

Türkiye’de bu sürecin somutlaşmaya başladığı dönüm noktaları arasında 2010 ve 2017 Anayasa değişiklikleri özel bir önem taşımaktadır. Öncelikle Türkiye’de yargı bağımsızlığının zayıflaması sürecinde 2010 Anayasa değişikliği önemli bir dönüm noktası olmuştur. Bu değişiklikte Hakimler ve Savcılar Kurulunun (HSK) yapısı, üye sayısı ve üye kaynakları çeşitlendirilerek daha temsili ve çoğulcu bir yapıya kavuşturulmasının hedeflenmesi Avrupa standartlarına uyum açısından olumlu bir adım olarak görülse de Kurul üyelerinin seçiminde TBMM’ye hiç rol tanınmamış olması yargının demokratik meşruluğu

³⁰ Landau, *Abusive Constitutionalism*, s. 214.

³¹ Landau, *Abusive Constitutionalism*, s. 214-215.

³² Berke Özenç, “Türkiye’de Anayasal Düzenin Dönüşümü:”, *Ayrıntı Dergi*, 1 Ağustos 2020, <https://ayrintidergi.com.tr/turkiyede-anayasal-duzeninin-donusumu> (Erişim Tarihi: 25.08.2025); Kemal Gözler, “1982 Anayasası Hâlâ Yürürlükte Mi? Anayasasızlaştırma Üzerine Bir Deneme (Versiyon 4)”, <https://www.anayasa.gen.tr/anayasasizlastirma.htm>, 30 Mayıs 2016, (Erişim Tarihi: 23.08.2025); Teziç, s. 178.

bakımından eleştirilere açıktır³³. 2010 yılında yapılan değişikliklerle yargı organlarının yapısal biçimde yeniden düzenlenmesi uluslararası düzeyde de önemli eleştirilere konu olmuştur³⁴. Bu yapısal değişim kanaatimizce ilerleyen süreçte yargı erkine ilişkin anayasal güvencelerin zayıflamasına ve yürütme karşısında denge işlevinin aşınmasına yol açmıştır. 2017 Anayasa değişiklikleri ise Türkiye'nin parlamenter sistemden başkanlık benzeri bir modele geçişini beraberinde getirmiş; bu geçişle birlikte yürütme erki büyük ölçüde merkezileştirilmiş ve denetim mekanizmaları büyük ölçüde işlevsizleşmiştir³⁵.

Özellikle bu değişikliklerden önce ve sonra pratikte gözlemlenen değişiklikler, Türkiye'de sessiz anayasa değişikliği olgusunun esasında teorik değil, ampirik bir gerçekliğe karşılık geldiğini göstermektedir³⁶. Örneğin, Anayasa değişikliği resmen 2017 referandumu ile kabul edilmeden önce Cumhurbaşkanı'nın fiilen partili hâle gelmesi, anayasal düzenin siyasi pratiklerle öngörülen çerçevenin dışına çıkarılarak dönüştürüldüğünün açık bir göstergesidir³⁷. Benzer biçimde 2016 sonrasında ilan edilen olağanüstü hâl (OHAL) döneminde çıkarılan

³³ Yüksel Metin, "Türkiye'de Yargı Bağımsızlığına İlişkin Kimi Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *Anayasa Yargısı*, C. 26, S. 1, 2010, 217-272, s. 255-256.

³⁴ Nuno Garoupa ve Rok Spruk, çalışmalarında 2010 yılı Anayasa değişikliği referandumunun yargı bağımsızlığında "sürekli ve geri döndürülemez bir erozyonu" tetiklediğini tespit etmiştir. Yazarlara göre bu erozyon; siyasi güdümlü yargı atamalarının artması, yaygın tasfiyeler, hükümet üzerindeki yargısal denetimin önemli ölçüde zayıflaması ve hükümetin mahkeme kararlarını giderek daha fazla hiçe saymasıyla kendini göstermiştir. Bk. Nuno Garoupa ve Rok Spruk, "Populist Constitutional Backsliding and Judicial Independence: Evidence from Türkiye", 1-52, s. 45, <https://arxiv.org/pdf/2410.02439> (Erişim Tarihi: 27.09.2025).

³⁵ Ayşe Yaman Kaplan, *Karşılıklı Etkileşim Araçları Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi*, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2023, s. 347, 355; Levent Gönenç/Ali Ersoy Kontacı, "2017 Tarihli Anayasa Değişikliği Sonrasında Yasama- Yürütme İlişkileri", *TBB Dergisi*, S. 145, 2019, 53-79, s. 61.

³⁶ Onur Hamurcu, *Anti-Demokratik Sistemlerde Anayasacılık ve Meşruiyet Olgusu*, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 245.

³⁷ Kemal Gözler, *Elveda Anayasa: 16 Nisan 2017'de Oylayacağımız Anayasa Değişikliği Hakkında Eleştiriler*, Ekin Yayınları, Bursa 2017, s. 45-50.

Kanun Hükmünde Kararnamelerin (KHK), OHAL rejimi sona erdikten sonra dahi yürürlükte bırakılması ve kalıcı norm haline getirilmesi, anayasa normlarının devre dışı bırakıldığı ve yasama yetkisinin fiilen yürütme tarafından kullanıldığı bir sürece işaret etmektedir³⁸.

Yukarıda paylaştığımız örneklerden hareketle Türkiye’de sürece ilişkin yapılan doktrinsel değerlendirmeler anayasanın sadece lafzının değil, ruhunun da korunması gerektiğine dikkat çekmekte; anayasa metni değişmese bile uygulamadaki sistematik sapmaların anayasal düzeni fiilen yeniden yapılandığına işaret etmektedir. Bu çerçevede kanaatimizce sessiz anayasa değişikliği yalnızca bir kavramsal tartışma değil; Türkiye’nin anayasal rejiminde yaşanan dönüşümlerin analizinde işlevsel bir araç olarak da değerlendirilmelidir.

II. Türkiye’de Sessiz Anayasa Değişiklikleri: Normatif Koruma Mekanizmaları, Fiili Uygulamalar ve Kurumsal Direnç Potansiyeli

A. Anayasal Çerçeve ve Normatif Koruma Mekanizmaları

1982 Anayasası, anayasal düzenin korunmasına yönelik olarak maddi ve usule ilişkin çeşitli normatif mekanizmalar öngörmektedir. Değiştirilemez hükümlerle anayasal kimliğin teminat altına alınmasından, Anayasa’nın üstünlüğü ilkesine, anayasa yargısı denetiminden, Cumhurbaşkanının gözetim görevine ve hukuk devleti ilkesi çerçevesinde şekillenen anayasal sadakate kadar uzanan bu normatif çerçeve sessiz anayasa değişikliklerine karşı anayasal bütünlüğün korunmasında temel bir direnç hattı oluşturmaktadır.

İlk olarak 1982 Anayasası’nın 4. maddesi; 1., 2. ve 3. maddelerde yer alan kurucu hükümlerinin değiştirilemeyeceğini ve değiştirilmesinin teklif edilemeyeceğini hükme bağlamaktadır. Bu düzenleme Anayasa’nın sertliğini artırmanın yanı sıra anayasal kimliğin korunmasına yönelik yazılı bir güvence niteliğindedir³⁹. 1982

³⁸ İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, Gözden Geçirilmiş 14. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 450-455.

³⁹ Gizem Güner Yaşar, *Anayasa Değişikliklerinin Esas Bakımından Denetimi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 33, 161-165.

Anayasası'nın 1., 2. ve 3. maddeleri; Türkiye Devleti'nin bir cumhuriyet olduğunu (m. 1); Türkiye Cumhuriyeti'nin insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olduğunu (m. 2); Türkiye Devleti'nin ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütün olduğunu, resmi dilinin Türkçe, bayrağının beyaz ay yıldızlı al bayrak, milli marşının İstiklal Marşı ve başkentinin Ankara olduğunu (m. 3) hükme bağlamaktadır. Belirtilen temel esaslar Anayasa metninde açıkça korunmakta; bu yönüyle Anayasa'yı yapanların Anayasa dışı yollarla yapılabilecek yapısal müdahalelerin önüne geçilmesini hedefledikleri belirtilmektedir⁴⁰. Özellikle hukuk devleti ilkesi Anayasa'nın 2. maddesi kapsamında anayasal düzenin kurucu unsurlarından biri olarak tanımlanmakta; bu ilkenin kurumsal güvencesi niteliğindeki yargı bağımsızlığı ise 138. maddede açık bir anayasal norm olarak düzenlenmektedir. Bu ilkeler kamu gücünün keyfî kullanılmasını önlemeye, yargı organlarının Anayasa ve kanun çerçevesinde bağımsız karar verebilmesini sağlamaya yöneliktir. Sessiz anayasa değişiklikleri genellikle uygulama ve yorum yoluyla anayasal çerçevenin aşınması şeklinde ortaya çıktığından özellikle değiştirilemez olduğu belirtilen ilkeler bu eğilimlere karşı önemli bir normatif bariyer olarak değerlendirilmektedir⁴¹.

Ardından Anayasa'nın 11. maddesi anayasal hükümlerin; yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğunu belirtmektedir. Bu hüküm, Anayasa'nın sadece sembolik bir belge olmadığını, tersine tüm hukuk sistemine yön veren üstün norm olduğunu ortaya koymaktadır⁴². Sessiz anayasa değişikliklerinin anayasal bağlayıcılığı fiilen zayıflatma potansiyeli dikkate alındığında, bu ilkenin anayasal bütünlüğün korunmasında normatif bir dayanak sunduğu açıktır.

⁴⁰ Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s. 28, dn. 30.

⁴¹ Güner Yaşar, s. 105.

⁴² Salih Taşdoğan, *Türk Hukukunda Yasama Fonksiyonunun Anayasal Sınırlılığı*, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 95.

Bunlara ek olarak 1982 Anayasası'nın 104. maddesi uyarınca Cumhurbaşkanı, Anayasa'nın uygulanmasını, Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını temin etmekle yükümlüdür. Bu hüküm Cumhurbaşkanı'na sadece yürütme organının başı sıfatıyla değil, aynı zamanda anayasal sistemin bütünlüğünü ve işleyişini teminat altına alma yönünde kurumsal bir denetim ve denge işlevi yüklemektedir⁴³. Her ne kadar söz konusu yükümlülük, uygulamada büyük ölçüde siyasi içerikli ve sembolik bir nitelik arz ettiği yönünde eleştirilere⁴⁴ konu olsa da normatif düzeyde değerlendirildiğinde anayasal düzenin korunmasına yönelik önleyici ve yönlendirici bir anayasal mekanizma oluşturma potansiyeli taşımaktadır. Bu çerçevede Cumhurbaşkanı'na tanınan yetki, anayasa dışı yönelimlere veya anayasal ilkelerle bağdaşmayan uygulamalara karşı bir denetim aracı olarak anlamlandırılabilir. Ancak yürütme yetkisinin tamamının Cumhurbaşkanı'nda toplandığı mevcut hükümet sisteminde Cumhurbaşkanı'nın bu işlevi tarafsız biçimde yerine getirmesi oldukça tartışmalıdır. Zira Cumhurbaşkanı yalnızca yürütmenin başı değil, aynı zamanda devletin üç temel erkenden birini temsil eden siyasal bir aktördür. Bu nedenle anayasal organlar arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda hakemlik rolü üstlenmesi yapısal bir çelişki barındırmakta; sistemin öznesi olan bir makamdan tarafsız hakemlik beklenmesi ise ciddi meşruiyet ve tarafsızlık sorunlarını beraberinde getirmektedir⁴⁵.

⁴³ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 16. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 330-332.

⁴⁴ Anadolu Ajansı, "Cumhurbaşkanı Erdoğan: "Anayasa Mahkemesi'nin bazı kararları yetki aşımıdır; özellikle yürütme yetkisini ilgilendiren kararlarda müdahalesi yürütme yetkisini zayıflatmaktadır", 15 Şubat 2024, <https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/cumhurbaskani-erdogan-anayasa-mahkemesi-ulklesinin-aleyhine-karar-almaktan-cekinmemistir/535499?utm> (Erişim Tarihi: 01.09.2025); Cumhuriyet, "Anayasa Mahkemesi'nin kararı bizi rahatsız ediyor", 15 Şubat 2024, <https://www.cumhuriyet.com.tr/turkiye/erdogan-danistay-ve-aymyi-hedef-aldi-hazmedemiyorum-2175665?utm> (Erişim Tarihi: 01.09.2025); Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa 2019, s. 818.

⁴⁵ Gözler, Elveda Anayasa: 16 Nisan, s. 55-61.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi (AYM), 1982 Anayasası'nın 148 ve devamı maddeleri uyarınca norm denetimi yaparak anayasal düzeni koruyucu bir görev üstlenmektedir. Sessiz anayasa değişiklikleri çoğu zaman uygulamalar yoluyla gerçekleştirildiğinden AYM'nin soyut ve somut norm denetimi mekanizmaları bu dolaylı müdahalelere karşı anayasal bir direnç noktası olarak işlev görmektedir. Ancak Türkiye'de anayasa yargısı kurumsal olarak güçlü bir konumda olmakla birlikte, Mahkemenin içtihadî yaklaşımı ve siyasi konjonktürü bu etkinliği zaman zaman sınırlayabilmektedir. AYM, Anayasa normlarının yorumlanması ve korunmasında yüksek yargı mercii olarak işlev görmektedir; norm denetimi ve bireysel başvuru mekanizmaları yoluyla anayasal düzenin ihlaline karşı denge ve denetim işlevini üstlenmektedir. Bunun yanı sıra anayasal sadakat yükümlülüğü; devlet organlarının, kamu görevlilerinin ve siyasi partilerin anayasal düzene bağlılık içinde hareket etmelerini gerektirmektedir. Siyasi partilere ilişkin kapatma hükümleri ve bu kapsamda verilen yargı kararları da anayasal düzenin korunmasına yönelik araçlar arasında değerlendirilmektedir. 1982 Anayasası, AYM'nin anayasa değişikliklerine ilişkin denetim yetkisini açıkça sınırlandırmasına rağmen, Mahkeme içtihatlarında anayasa değişikliklerini esas bakımından değerlendirme eğiliminin sürdüğü görülmektedir⁴⁶. Bugün AYM'nin denetim yetkisi yalnızca şekli denetimle sınırlıdır. Mevcut 148. madde Mahkemeye anayasa değişikliklerinin yalnızca biçimsel yönünü inceleme yetkisi verirken maddi içerik denetimi konusunda herhangi bir yetki tanımamaktadır. Bu durum anayasanın özüne müdahale edebilecek değişikliklerin hukuk düzeninde tartışmalı sonuçlar doğurmasına neden olabilmektedir. Doktrinde Gözler'in belirttiği üzere mevcut Anayasa'nın öngördüğü değiştirme yasağının yargısal bir müeyyidesi bulunmamaktadır; AYM'ye böyle bir esas denetimi yapma yetkisi verilmemiştir⁴⁷. Bununla birlikte değiştirilemez hükümlerin yargısal müeyyidesinin bulunmaması bu hükümlerin hukuki değerden yoksun olduğu anlamına gelmemektedir⁴⁸. Bu hükümlerin korunması

⁴⁶ Güner Yaşar, s. 267.

⁴⁷ Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 266.

⁴⁸ Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 1271.

sorumluluğu, öncelikle anayasa koyucu iktidara aittir ve Anayasa'yı değiştirme yetkisini kullanan organ teklif aşamasında bu hükümlerin bağlayıcılığını dikkate almalı ve kendi iç denetim mekanizmalarını işletmelidir⁴⁹. Aynı yönde Özbudun da anayasa değişikliklerinin esas bakımından yargısal denetiminin pozitif hukuk açısından açıkça yasaklanmış bir alan olduğunu belirtmektedir⁵⁰. Ona göre böyle bir yetkinin fiilen tanınması yargı organına kurucu iktidarın ötesinde bir normatif yetki kazandırmak anlamına gelir ki bu durum demokratik meşruiyet ilkesiyle bağdaşmaz⁵¹. Dolayısıyla yapılması gereken AYM'ye yeni bir denetim alanı açmak değil, anayasal sadakat kültürünün ve anayasa koyucu organın kendi sınırlarının bilincinde hareket etmesini sağlayacak anayasal bilinç ve öz-denetim mekanizmalarının güçlendirilmesidir.

En nihayetinde Anayasa'nın 175. maddesi gereği Anayasa değişiklikleri Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) üyelerinin en az beşte üç çoğunluğunun (360 milletvekili) oyuyla kabul edilmesi hâlinde zorunlu olarak halkoyuna sunulmaktadır. Üçte iki çoğunlukla (en az 400 milletvekili) kabul edilen değişikliklerse Cumhurbaşkanının takdirine bağlı olarak doğrudan yürürlüğe girebilmekte veya yine halkoyuna sunulabilmektedir. Esasında bu denli yüksek oy oranları Anayasa değişikliklerinin geniş siyasi ve toplumsal uzlaşısı temelinde gerçekleştirilmesini hedeflemektedir. Bununla birlikte 400 oya ulaşamaması durumunda halkoylaması yoluyla değişiklik yapılabilmesi sürece doğrudan demokrasi unsuru kazandırmakla birlikte aynı zamanda çoğunluk gücüyle anayasal normların dönüştürülmesine de imkân tanımaktadır.

İzah edildiği üzere Türkiye'de sessiz anayasa değişikliklerine karşı açık, katı ve kapsamlı bir normatif yapı bulunmakta; değiştirilemez maddeler, Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi, AYM'nin denetim yetkisi, Cumhurbaşkanının anayasal sorumluluğu ve hukuk devleti ilkesi gibi temel normatif güvenceler bu korumayı

⁴⁹ Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 1271-1272.

⁵⁰ Özbudun, Anayasalcılık ve Demokrasi, s. 40.

⁵¹ Özbudun, Anayasalcılık ve Demokrasi, s. 42.

desteklemektedir. Bu güvencelerin etkili olabilmesi büyük ölçüde anayasal kurumların ve yargı organının anayasal sadakat çerçevesinde hareket etmesine bağlıdır. Tüm bu normatif çerçeve anayasal düzenin uygulama yoluyla aşındırılmasına karşı teorik olarak koruyucu bir işlev üstlenmektedir. Ancak uygulamadaki etkisi büyük ölçüde siyasi kültürün niteliğine, yargı bağımsızlığının derecesine ve kuvvetler ayrılığı ilkesinin işlerliğine bağlı olarak değişkenlik gösterebilmektedir⁵². Kanaatimizce açıklanan tüm bu nedenlerle anayasal düzenin istikrarı ile normatif üstünlüğünün sürdürülebilmesi yalnızca metin düzeyindeki düzenlemelere değil, bu düzenlemelerin hukuk devleti ilkeleriyle uyumlu biçimde işletilmesine bağlıdır.

B. Sessiz Anayasa Değişikliklerine İlişkin Fiili Uygulama Örnekleri

Çalışmanın birinci başlığında teorik yaklaşımlar çerçevesinde Türk anayasa hukukunda sessiz anayasa değişikliği teriminin yaygın biçimde kullanılmadığını; ancak bu kavrama karşılık gelen olguların anayasal gerileme, anayasasızlaştırma ve anayasal düzenin aşınması, fiili durum anayasacılığı gibi kavramlarla ele alındığını belirtmiştik. Bu başlıkta anılan kavramlarla örtüşen olguları ifade etmekle birlikte daha bütüncül ve açıklayıcı bir çerçeve sunması nedeniyle “fiili durum anayasacılığı” kavramı tercih edilmiştir. Zira bu kavram yalnızca anayasa dışı uygulamaları değil, aynı zamanda bu uygulamaların sistematik biçimde anayasal düzenin yerini alacak şekilde kurumsallaşmasını da kapsamaktadır.

Fiili durum anayasacılığı anayasanın yazılı metninden bağımsız olarak siyasal pratikler, teamüller ve fiili uygulamalar yoluyla anayasal düzenin dönüşmesini ifade etmektedir. Burada “fiili durum” ifadesi daha önce açıkladığımız sessiz anayasa değişikliği kavramına benzer şekilde anayasa değişikliklerinin resmi prosedürler dışında, yani yazılı anayasa hükümlerine uygun olmadan uygulamalar yoluyla gerçekleşmesini ifade etmektedir. Böylece Anayasa metninde herhangi bir değişiklik yapılmadan anayasal işleyiş esaslı biçimde dönüşmektedir. Türkiye’de anayasal çerçevede anayasa değişikliklerinin

⁵² Hamurcu, s. 251-252.

nasıl yapılacağı ve bu sürecin usule uygunluğu açık biçimde güvence altına alınmış olsa da son on yılda bu sınırların dışında gerçekleşen fiili uygulamaların sayısında belirgin bir artış gözlenmektedir. Bu dönüşüm süreci çoğunlukla siyasi iktidarın Anayasa hükümleri yerine fiili uygulamaları esas alması ve zamanla bu uygulamaların siyasi meşruiyet kazanmasıyla ortaya çıkmaktadır. Şimdi bu fiili durumun anayasal düzen üzerindeki etkilerini daha somut biçimde anlayabilmek için altı temel örnek üzerinden değerlendirmede bulunacağız.

İlk olarak Cumhurbaşkanının 2007 yılı Anayasa değişikliği referandumunda halk tarafından seçilmesinin kabul edilmesiyle başlayan yürütme organının niteliğine ilişkin fiili dönüşümü ele alalım. Referandum sonucu Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi kabul edilmesine karşın Anayasa'nın 101. maddesi uyarınca Cumhurbaşkanının tarafsız olması, 104. maddesi uyarınca ise yürütme yetkisinin Bakanlar Kurulu eliyle kullanılması geçerliliğini koruyordu. Ancak 2014 sonrasında Cumhurbaşkanının parti lideri gibi hareket ettiği ve Bakanlar Kurulu üzerindeki etkisini artırdığı görülmüştür⁵³. Bu dönemde Cumhurbaşkanının siyasi kimliği ön plana çıkmış, yürütme üzerindeki belirleyici rolü teamül hâline gelmiş ve bu durum Anayasa'yla değil, doğrudan siyasi pratikle şekillenmiştir⁵⁴. Anılan

⁵³ Atar, s. 173.

⁵⁴ Mümtaz Soysal bu endişesini "Cumhurbaşkanını doğrudan doğruya halka seçtirme tezini savunanların, böyle bir değişiklikte devlet sisteminde ne gibi sonuçlara gidileceğini etraflıca düşünmedikleri bellidir. Düşünselerdi, bu durumla birlikte anayasa düzeninde yapılacak ayarlamalara ilişkin öneriler getirmeleri gerekirdi. Çünkü bu ayarlamalar yapılmazsa, devlet düzeninin parlamenter sistemden başkanlık sistemine doğru kayması önlenemeyecektir. Temel sorun şudur: Devlet başkanını halkın seçmesi, böyle seçilecek olan kişiye müthiş bir güç kazandırmak demektir. Anayasa kuralları bu gücü hafifletmek için ne gibi frenler getirirse getirsin, o kişi anayasayla ne denli yetkisiz kılınırsa kılınsın, kendisini halk seçtiği için sabah tıraş olurken aynaya baktığı zaman, arkasında milyonlarca oyun verdiği gücü duyacak ve bütün bu sınırlamaları geçersiz saymaktan kendini alamayacaktır..." sözleriyle dile getirmiştir. Bk. Mümtaz Soysal, "Sistem Kargaşası", *Cumhuriyet Gazetesi*, 09 Haziran 2006, <https://www.cumhuriyet.com.tr/> (Erişim Tarihi: 23.10.2025).

gelişme yürütme organının yapısında Anayasa değişikliği olmaksızın meydana gelen fiilî dönüşümü yansıtmaktadır ve söz konusu dönüşüm; ancak 2017 Anayasa değişikliğiyle hukuki çerçeveye kavuşturulmuştur. 2017 Anayasa değişiklikleri ile Cumhurbaşkanının parti üyeliği yasağı kaldırılmıştır⁵⁵.

Bunun yanı sıra 2017 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle birlikte Türkiye’de parlamenter sistemden cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmiştir. Bu sistem değişikliğiyle yürütme yetkisi, doğrudan halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanında toplanmış; başbakanlık makamı kaldırılmış ve yürütmenin tek elde toplandığı yeni bir yönetim modeli benimsenmiştir. Böylece Cumhurbaşkanı hem devletin hem de yürütmenin başı olarak konumlandırılmıştır. Ancak bu yapısal dönüşüm yalnızca hükümet sisteminde değil, aynı zamanda anayasal düzenin işleyişinde de köklü değişimleri beraberinde getirmiştir. Her ne kadar Anayasa’nın metinsel bütünlüğü korunmuş ve temel ilkeler (hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı, yargı bağımsızlığı gibi) anayasal düzeyde yer almaya devam etse de uygulamada bu normların etkisizleştirildiği veya esnetildiği yönünde ciddi eleştiriler bulunmaktadır⁵⁶. Özellikle yürütmenin denetlenebilirliği kuvvetler ayrılığı ilkesi ve yargı bağımsızlığı gibi anayasal güvencelerin uygulama pratiği içinde giderek zayıflatıldığı gözlemlenmektedir. Bu durum anayasal normların sadece yazılı metinlerde değil, fiili uygulamalar yoluyla da yeniden tanımlanmasına, anayasal kurumlar arasında denge ve denetim ilişkisini sağlayan mekanizmaların ya işlevsiz hale gelmesine

⁵⁵ Cumhurbaşkanının parti üyeliği yasağı, 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 8. maddesi ile Anayasa’nın 101. maddesindeki “Cumhurbaşkanı seçilenin, varsa partisi ile ilişkisi kesilir” hükmünün metinden çıkarılması suretiyle kaldırılmıştır (Resmî Gazete, 11.02.2017, Sayı: 29976).

⁵⁶ Bu yöndeki eleştirilerin kapsamlı bir analizi için bk. Kemal Gözler, “Elveda Kuvvetler Ayrılığı, Elveda Anayasa: 10 Aralık 2016 Tarihli Anayasa Değişikliği Teklifi Hakkında Bir Eleştiri,” *Ankara Barosu Dergisi*, 2016, S. 4, 25-36. Gözler, anılan makalesinde 2017 yılı Anayasa değişikliğinin Türkiye’de kuvvetler ayrılığını resmen ortadan kaldırdığını, kuvvetlerin yürütmede birleştiği bir kuvvetler birliği sistemi kurduğunu ve bu durumun anayasanın kendisini anlamsızlaştırdığını savunmaktadır.

ya da siyasi müdahaleye açık biçimde çalışmasına ve Anayasa'nın öngördüğü sistemsal sınırların fiilen aşılmasına neden olmaktadır. Böylece anayasal düzenin normatif bağlayıcılığı giderek aşınacak ve Anayasa'nın hukuk devleti ilkesi açısından sembolik bir metin haline gelme riski artacaktır. Tüm bunların sonucunda hukuki güvenlik ilkesi zedelenecek ve devletin işleyişi ile yurttaşların temel hak ve özgürlükleri açısından ciddi belirsizlikler doğuran bir fiili durum doğacaktır.

Bir diğer önemli husus olarak 15 Temmuz 2016 darbe girişiminin ardından ilan edilen olağanüstü hâl sürecinde çıkarılan Kanun Hükmünde Kararnameler (KHK) yalnızca güvenlik alanıyla sınırlı kalmamış; akademi, yargı ve kamu yönetimi dâhil birçok alanda köklü düzenlemelere zemin hazırlamıştır. Bu süreçte binlerce kamu görevlisi ihraç edilmiş, birtakım kurumlar kapatılmış ve yargı denetimi önemli ölçüde askıya alınmıştır. OHAL'in sona ermesinden sonra da 7145 sayılı Kanun'la⁵⁷ bu düzenlemelerin olağan hukuk düzenine taşındığı ve kalıcı hale geldiği görülmektedir. Diğer bir deyişle OHAL'in 2018'de sona ermesine rağmen bu dönemde oluşturulan hukuk düzeninin büyük ölçüde olağan hukuk haline getirilmesi söz konusu olmuştur⁵⁸. Bununla birlikte söz konusu KHK'ların kanunlaşmasından sonra artık olağan kanunlar niteliği kazandıkları için bu düzenlemelerin AYM'nin norm denetimine tabi hale geldiği belirtilmelidir⁵⁹. AYM, OHAL döneminde çıkarılan KHK'ları içerik bakımından denetim yetkisine sahip olmadığını; ancak bu KHK'ların kanunlaşmalarıyla birlikte Anayasa'nın 148. maddesi uyarınca anayasallık denetimi kapsamına girdikleri için artık içerik yönünden denetleyebileceğini birçok kararında belirtmiştir⁶⁰.

⁵⁷ 7145 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Resmî Gazete, 31 Temmuz 2018, Sayı: 30495.

⁵⁸ Rıza Adıgüzel, "Hukuk Devlet Bağlamında Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejiminin Sınırları", *Ankara Barosu Dergisi*, C. 81, S. 3, 2023, 1-47, s. 26.

⁵⁹ Adıgüzel, s. 31, dn. 64.

⁶⁰ Bk. AYM, E.2018/73, K.2019/65, 24/07/2019, § 3-4; AYM, E.2017/16, K.2019/64, 24/07/2019, § 9-10; AYM, E.2016/205, K.2019/63, 24/07/2019, § 9-10; AYM, E.2017/18, K.2019/66, 25/07/2019, § 9-10; AYM, E.2018/92, K.2019/67,

Böylece Anayasa'nın istisna olarak öngördüğü rejim normalleştirilerek Anayasa metni değişmeden anayasal düzen dönüştürülmüş olacaktır.

Aynı şekilde 2017 Anayasa değişikliğiyle HSK yapısında gerçekleştirilen dönüşüm uygulamadaki etkileri bakımından sessiz anayasa değişikliği niteliği taşımaktadır. Bu değişiklikte beraber yargı organlarının yürütmeden bağımsız karar alma kapasitesi ciddi ölçüde zayıflamış, özellikle AYM kararlarının uygulanmaması, Mahkemelerin bireysel başvuru kararlarını görmezden gelmesi gibi uygulamalarla anayasal denge-denetim sisteminden sapılmıştır⁶¹. Kurulun mevcut yapısı yürütme organının yargı üzerinde dolaylı bir denetim mekanizması oluşturmaya zemin hazırlamaktadır⁶². Kararlarıyla siyasi iktidarı rahatsız eden hâkim ve savcılarının görev yerlerinin değiştirilmesi, disiplin soruşturmalarıyla karşı karşıya kalmaları gibi örnekler Anayasa'nın 138. ve 139. maddesinde güvence altına alınan mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik ve savcılık teminatının büyük ölçüde işlevsiz hale geldiğini göstermekte ve yargının tarafsız ve bağımsız bir erk olarak hareket etme kapasitesini zayıflatmaktadır⁶³.

Buna ek olarak Anayasa'nın 104. maddesi uyarınca Cumhurbaşkanı, yalnızca yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) çıkarabilir; ancak, temel haklar,

25/07/2019, § 9-10; AYM, E.2018/89, K.2019/84, 14/11/2019, § 3-4; AYM, E.2018/31, K.2020/38, 16/07/2020, § 3-4; AYM, E.2017/21, K.2020/77, 24/12/2020, § 3-4.

⁶¹ AİHM, Kavala/Türkiye, Başvuru No. 28749/18, 10 Aralık 2019, §§ 172–173; AİHM, Mehmet Hasan Altan, Başvuru No. 13237/17, 20 Mart 2018, §§ 50-55.

⁶² Muharrem Özen, “Yargı Bağımsızlığını Zedeleyen Düzenleme, Uygulamalar ve Bağımsızlığı Sağlamaya Yönelik Çözüm Önerileri”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1, 2010, 31-65, s. 51-52; Venice Commission, Report on the Independence of the Judicial System: Part II – The Prosecution Service, Study No. 494 / 2008, CDL-AD(2010)040, Strasbourg: Council of Europe, December 17, 2010, para. 128, s. 29, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2017\)005-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2017)005-e) (Erişim Tarihi: 15.08.2025).

⁶³ Council of Europe Commissioner for Human Rights, “Memorandum on the freedom of expression and media freedom in Turkey”, CommDH(2017)5, 15 February 2017, https://www.ecoi.net/en/file/local/1393424/1226_1487663631_commdh-2017-5-en.pdf (Erişim Tarihi: 16.10.2025).

kişi hakları ve ödevleri ile siyasi haklar ve ödevler CBK ile düzenlenemez; bu alanlarda yalnızca kanunla düzenleme yapılabilir. Ayrıca, Anayasa'da münhasıran kanunla düzenleneceği belirtilen konular ile kanunla açıkça düzenlenmiş hususlarda CBK çıkarılması mümkün değildir. Bunlara ek olarak CBK ile kanun hükümleri çatıştığında kanun hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmiştir. Buna rağmen uygulamada CBK'ların zaman zaman kanunla düzenlenmiş alanlara müdahale ettiği ve bu suretle yasama yetkisinin fiilen daraltıldığı görülmektedir. AYM de çeşitli kararlarında bu hususu tespit ederek kanunla düzenlenmiş alanlara ilişkin CBK hükümlerini iptal etmiştir⁶⁴. Mevzuatın CBK'larla şekillendirilmesi, yasama organının işlevselliğini azaltmakta; dolayısıyla kuvvetler ayrılığı ilkesinin fiilen zayıflatıldığı bir anayasal düzen yaratılmaktadır. Cumhurbaşkanının yetki sınırlarını aşan kararname uygulamaları, anayasal sistemde yürütmenin üstünlüğüne dayalı bir pratik oluşturmakta ve anayasanın normatif gücünü zedelemektedir. CBK'lar aracılığıyla yasama yetkisine dâhil alanlarda düzenlemeler yapılması, TBMM'nin yasa yapma ve denetleme işlevini sınırlayan hatta fonksiyon gaspı oluşturacak bir etki yaratmaktadır⁶⁵.

Son olarak Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrası AYM kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları ile idare makamlarını ve tüm gerçek ve tüzel kişileri bağladığını açık biçimde düzenlemektedir. Ancak uygulamada bu hükmün normatif gücünün aşıldığı ve anayasa yargısının bağlayıcılığının sorgulanmaya başlandığı örnekler giderek artmaktadır. En dikkat çekici vakalardan biri Milletvekili Enis Berberoğlu'nun bireysel başvurusu sonucunda AYM tarafından verilen hak ihlali kararının İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesi

⁶⁴ Örnek kararlardan bazıları için bk. AYM, E.2022/74, K.2024/223, 25/12/2024, §§ 33-37; AYM, E.2021/90, K.2022/108, 28/09/2022, §§ 61-67; AYM, E.2021/115, K.2023/133, 26/7/2023, §§ 10-14; AYM, E.2020/66, K.2023/199, 30/11/2023, § 57; AYM, E.2020/48, K.2023/11, 25/01/2023, § 80; AYM, E.2018/149, K.2022/163, 29/12/2022, § 206.

⁶⁵ Fatma Didem Sevgili Gençay, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetimi: İlk Kararlar - İlk İzlenimler", *TBB Dergisi*, S. 151, 2020, 1-27, s. 5.

tarafından uygulanmaması olmuştur. Mahkeme, AYM kararını yerindelik denetimi içerdiği gerekçesiyle kararı tanınamış ve AYM'nin yetki sınırlarını aşarak davaya müdahale ettiğini öne sürmüştür⁶⁶. AYM'nin kararlarını tanınamama yönünde sergilenen yargısal direnç, alt derece mahkemelerin anayasal hiyerarşiyi tanımadığı ve anayasa yargısını fiilen etkisizleştirdiği bir yargı pratiğine işaret etmektedir⁶⁷. Bu sorunun yalnızca alt yargı organlarıyla sınırlı kalmadığı, 2023 yılında AYM ile Yargıtay arasında yaşanan açık yetki çatışmasıyla daha görünür hale gelmiştir. AYM'nin bir bireysel başvuruda verdiği ihlal kararını uygulamayan Yargıtay, kararın AYM'nin yetki alanını aştığını ileri sürmüş ve Mahkeme'ye karşı açıkça pozisyon almıştır⁶⁸. Böylece yüksek yargı organları arasında anayasa normunun bağlayıcılığına ilişkin derin görüş ayrılıkları ortaya çıkmış ve anayasanın yalnızca metinsel değil, aynı zamanda kurumsal olarak da aşıldığı bir sürece girilmiştir. AYM kararlarının yargı organları tarafından tanınmaması anayasal devletin temel ilkesi olan anayasanın üstünlüğünün sistemli şekilde zayıflatıldığını göstermektedir.

Yine AYM üyelerinin önemli bir kısmının Cumhurbaşkanı tarafından atanması, Mahkemenin yapısal bağımsızlığı üzerinde tartışmalara yol açmakta; bu durum, yargı bağımsızlığı ve hukuk devleti ilkesi açısından çeşitli sakıncalar doğurabilecek bir zemin oluşturmaktadır⁶⁹. Bu yapısal bağımlılık riski yargının tarafsızlığına ilişkin kamuoyu algısını da olumsuz etkileyebilmektedir. Yargı bağımsızlığının sınırlılığı ile toplumsal düzeyde anayasa bilincinin yeterince yerleşmemiş olması bir araya geldiğinde ise Anayasa'nın

⁶⁶ <https://tr.euronews.com/2020/10/13/14-ag-r-ceza-mahkemesi-enis-berberoglu-nun-yeniden-yarg-landas-talebini-reddetti?> (Erişim Tarihi: 21.08.2025).

⁶⁷ Kemal Gözler, "İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesi Anayasa Mahkemesine Karşı", www.anayasa.gen.tr/berberoglu-2.htm (15 Ekim 2020), (Erişim Tarihi: 12.08.2025).

⁶⁸ Yargıtay Başkanlığı'nın, AYM ve Yargıtay 3. Ceza Dairesinin Şerafettin Can Atalay hakkındaki kararları ile ilgili 10.11.2023 tarihli kamuya açık yazılı açıklaması, <https://www.yargitay.gov.tr/item/1755/basin-aciklamasi> (Erişim Tarihi: 13.08.2025).

⁶⁹ Yaman Kaplan, 346.

normatif içeriğinin uygulama yoluyla dönüşmesine imkân tanıyan bir ortam ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede olağanüstü hâl döneminde çıkarılan KHK'larla gerçekleştirilen düzenlemeler çoğu zaman anayasal sınırların dışında kalmış; ancak yeterli bir hukuki denetim sürecine tabi tutulmamıştır. Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi sonrasında Cumhurbaşkanının tarafsızlığına ilişkin yaşanan tartışmalar da anayasanın şeklen yürürlükte kalsa da işlevsel olarak dönüştüğü yönündeki değerlendirmeleri desteklemektedir. Tüm bu örnek uygulamalar Anayasa'nın üstünlüğünün yalnızca metinsel düzenlemelerle değil, aynı zamanda kurumların işleyiş kapasitesi, yargı bağımsızlığı ve anayasal kültürün toplumsal düzeyde yerleşik hale gelmesiyle korunabileceğini ortaya koymaktadır⁷⁰. Aksi takdirde anayasal düzenin sessiz biçimde dönüşmesine yol açan fiili anayasacılık pratiklerinin kurumsallaşma riski gündemde kalmaya devam edecektir.

C. Kurumsal Direnç Potansiyeli ve Yargısal Etkinlik

Türkiye'de anayasa yargısı, sessiz anayasa değişikliklerine karşı kurumsal refleksler geliştirme konusunda eleştirilmekle birlikte, mevcut anayasal sistem içinde bu değişikliklere karşı direnç üretme potansiyelini de barındırmaktadır. Bu hususta AYM'nin mevcut yetkileri -özellikle bireysel başvuru mekanizması-, toplumsal anayasa bilinci ve geçmişteki reform kapasitesi gibi unsurlar dikkate değer olumlu göstergelerdir.

AYM yapısal olarak oldukça geniş yetkilerle donatılmış bir yüksek yargı organı niteliğindedir. Anayasa değişikliklerini şekil yönünden denetleme, kanunların, olağan dönem CBK'larının ve TBMM İçtüzüğü'nün Anayasa'ya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetleme ve bireysel başvuru kapsamında temel hak ihlallerini inceleme gibi yetkileri, anayasal düzenin korunmasında Mahkemeyi merkezi bir konuma yerleştirmektedir. Ancak Mahkeme'nin bu yapısal gücü her zaman aynı kararlılıkla kullanmadığına ve denetim alanını daraltabildiğine dair güncel örnekler de mevcuttur. Örneğin, 2025

⁷⁰ Türkiye'de kanunların araçsallaştırılması ve anayasanın istismar edilmesine yönelik diğer örnekler için bk. Ömer Anşın, *Anayasaların İstismar Edilmesi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2024, s. 96-109.

yılında HSK üye seçimine ilişkin bir TBMM kararının eylemli içtüzük değişikliği olduğu iddiasıyla yapılan iptal başvurusunu görevsizlik gerekçesiyle reddetmesi bu duruma işaret etmektedir⁷¹. AYM gerekçesinde, bir TBMM kararının eylemli İchtüzük değişikliği sayılarak denetlenebilmesi için meclisin çalışma usul ve esaslarını düzenleyen bir kural niteliğinde olması gerektiğini; sadece HSK üyeliği seçimi gibi Anayasa’da düzenlenmiş bir görevi yerine getirme kararının bu kapsamda değerlendirilemeyeceğini vurgulamıştır⁷². Kanaatimizce AYM bu kararla önceki içtihatlarından kısmen ayrılarak Meclis’in bazı işlemlerinin anayasal denetim dışında kalma riskini doğuran bir yorumu benimsemiştir. Bu tür içtihat değişiklikleri Mahkeme’nin kurumsal direnç gösterme iradesi konusunda soru işaretleri yaratmaktadır.

Bununla birlikte, Mahkemenin kararlarının kesin ve bağlayıcı olması (AY m. 153) Anayasa normlarının üstünlüğünü sağlama bakımından önemli bir işlev görmektedir. Bu anayasal çerçeve, uygulamadaki zorluklara ve az önceki örnekte bahsedilen türde geri adımlara rağmen, Türkiye’nin sessiz anayasa değişikliklerine karşı daha etkin bir anayasa yargısı oluşturma kapasitesine sahip olduğunu göstermektedir. Kanaatimizce yapısal donanımın kurumsal irade ile desteklenmesi hâlinde Mahkemenin Anayasa’nın metinsel ve işlevsel bütünlüğünü koruma gücü oldukça yüksektir.

Ayrıca, bireysel başvuru mekanizması, Türkiye’de anayasa yargısının halkla temas eden ve temel hakları koruyan bir yönü olarak öne çıkmaktadır. Özellikle ifade özgürlüğü, mülkiyet hakkı, adil yargılanma gibi alanlarda verilen bazı kararlar Anayasa hükümlerinin içeriğini koruyan önemli sınırlar çizmektedir. Mahkemenin bireysel başvuru alandaki içtihatları sessiz değişikliklerin birey hakları

⁷¹ Bk. AYM, E.2025/133, K.2025/159, 22/07/2025.

⁷² AYM, E.2025/133, K.2025/159, 22/07/2025, § 22-23.

üzerindeki etkisini sınırlandıran ve Anayasa'nın koruma alanını görünür kılan normatif bir set üretmektedir⁷³.

Toplumsal düzeyde de anayasa bilincinin giderek yükseldiği gözlemlenmektedir. Genç kuşaklarda temel hak ve özgürlükler konusundaki duyarlılığın artması, sivil toplumun anayasal sorunlara karşı daha fazla tepki göstermesi ve sosyal medya gibi mecralarda anayasal tartışmaların yaygınlaşması, anayasal değerlerin toplum nezdinde içselleştirildiğini göstermektedir⁷⁴. Kanaatimizce tüm bu gelişmeler Anayasa'nın yalnızca devlet organlarının başvuru kaynağı değil, aynı zamanda toplumsal meşruiyet zemini olabileceğine işaret etmektedir.

En nihayetinde Türkiye'nin geçmiş zamanlarda gerçekleştirdiği anayasal reformlar da yapısal iyileştirme kapasitesine sahip olduğunu göstermektedir. 2001 yılında yapılan uyum paketleri⁷⁵ ve 2010 yılı Anayasa değişikliklerinin önemli bir kısmı⁷⁶ demokratikleşme ve temel hakların güçlendirilmesi yönünde adımlar atılabildiğini ortaya koymuştur. Kanaatimizce siyasi koşulların uygun hâle gelmesi durumunda Türkiye anayasa yargısını güçlendirecek yeni reformlara da zemin hazırlayabilecek bir deneyime sahiptir. Bu nedenle Türkiye örneğinde yalnızca kurumsal zayıflıklara değil, iyileştirilebilir alanlara ve mevcut potansiyele de dikkat çekilmesi önemlidir.

⁷³ Bertil Emrah Oder, "The Turkish Constitutional Court and Turkey's Democratic Breakdown: Judicial Politics Under Pressure", *ICL Journal*, Vol. 18, No. 1, 2024, 127–163, s. 136.

⁷⁴ Oder, *The Turkish Constitutional Court*, s. 134.

⁷⁵ Haydar Efe/Seyfi Han, "AB Uyum Yasalarının Türkiye'deki İnsan Haklarının Gelişimine Katkıları", *KAÜ İİBF Dergisi*, C. 3, S. 4, 2012, 149-188, s. 185.

⁷⁶ Yusuf Şevki Hakyemez, "2010 Anayasa Değişiklikleri ve Demokratik Hukuk Devleti", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 2, 2010, 387-406, s. 404-405.

III. Almanya’da Sessiz Anayasa Değişiklikleri: Normatif Çerçeve ve Kurumsal Direnç Mekanizmaları

A. Normatif Sınırlar: Temel Yasa’nın Koruma Mekanizmaları

Almanya’da Temel Yasa, yalnızca açık anayasa değişikliklerini değil, anayasa metninde doğrudan değişiklik yapılmaksızın anayasal yapının özünü zedeleyen sessiz değişiklikleri de kapsayan çok katmanlı normatif ve usulî koruma mekanizmalarına sahiptir. Bu mekanizmalar arasında nitelikli çoğunluk gerektiren değişiklik prosedürleri ve insan onuru ile demokratik hukuk devleti gibi değiştirilemez ilkeleri güvence altına alan sonsuzluk maddesi yer almaktadır. Ayrıca anayasal kimlik kavramı ile birlikte Temel Yasa, AB hukuku ve eyaletlerin anayasal düzenlemeleriyle uyum içinde anayasal düzenin özünü ve meşruiyet temellerini korumaktadır.

Öncelikle Temel Yasa değişikliği için Federal Meclis (*Bundestag*) ve Federal Konsey’de (*Bundesrat*) üçte iki çoğunluk aranması⁷⁷, anayasal değişiklik sürecine yüksek bir meşruiyet eşiği getirerek keyfî müdahalelerin önüne geçmektedir. Bu hüküm dışındaki herhangi bir Temel Yasa değişikliği ister açık ister örtülü (sessiz) nitelikte olsun usule aykırılığı nedeniyle geçersiz kabul edilmektedir. Bunun ötesinde Temel Yasa’nın 1. ve 20. maddelerinde yer alan insan onuru, demokrasi, hukuk devleti, sosyal devlet ve federal devlet ilkeleri; sonsuzluk maddesi olarak anılan 79. maddenin 3. fıkrası gereği Temel Yasa’nın özünü oluşturan ve değiştirilemez hükümler niteliğindedir⁷⁸.

Normatif güvencelere ek olarak BVerfG, Temel Yasa’nın nihai yorum otoritesi olarak anayasal düzenin korunmasında merkezi bir rol üstlenmekte; özellikle uygulama yoluyla dolaylı olarak aşındırılmasını

⁷⁷ “Madde 79: Anayasanın değiştirilmesi: (2) Böyle bir yasa, Federal Meclis üyelerinin üçte ikisinin onayına ve Federal Konsey oylarının üçte ikisine bağlıdır”, <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf> (Erişim Tarihi: 21.09.2025).

⁷⁸ Dieter Grimm/Mattias Wendel/Tobias Reinbacher, “European Constitutionalism and the German Basic Law”, *National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law*, ed. Anneli Albi/Samo Bardutzky, T.M.C. Asser Press, 2019, 407-492, s. 414.

denetlemektedir⁷⁹. Ayrıca, anayasal sadakat yükümlülüğü (Alm. *Verfassungstreue*) yalnızca bireyleri değil, kamu kurumları ve tüm devlet organlarını da bağlayan temel bir anayasal ilke olarak anayasal yapının kurumsal düzeyde de korunmasını sağlamaktadır⁸⁰. Bu çok katmanlı koruma yapısı Almanya’da sessiz anayasa değişikliklerine karşı etkili ve normatif temellere dayalı bir anayasal denetim çerçevesi ortaya koymaktadır. Bu çerçevede özellikle 79. maddenin 3. fıkrası, diğer bir deyimle Temel Yasa’nın değiştirilebilirliğine sınır koyan sonsuzluk maddesi detaylı olarak ele alınacaktır.

Temel Yasa’nın 79. maddesinin 3. fıkrası belirli anayasal ilkelerin anayasa değişikliği yoluyla dahi ortadan kaldırılamayacağını düzenlemektedir⁸¹. Hükme göre Temel Yasa’nın, 1. ve 20. maddelerde yer alan ilkelere dokunan herhangi bir değişikliği geçersizdir. Bu hüküm Anayasa’nın belli maddi çekirdeklerinin (insan onuru (m. 1)⁸², temel hakların bağlayıcılığı, demokratik hukuk devleti ilkesi, federal yapı (m.

⁷⁹ Russell A. Miller, “Germany’s German Constitution”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 57, No. 1, 95-128, s. 117.

⁸⁰ Currie, Alman anayasa sistemindeki kuvvetler ayrılığı gibi temel yapısal ve işlevsel sınırların keyfi yönetime karşı önemli güvenceler sağladığını ve Temel Yasa’nın 79. maddesinin 3. fıkrasının bu temel özellikleri anayasa değişikliğinden koruduğunu açıkça belirtmektedir. Bk. David P. Currie, “Separation of Powers in the Federal Republic of Germany”, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 41, 1993, 201-248, s. 2116 (Makale daha sonra *German Law Journal*, Vol. 9, No. 12, 2008, 2113-2178 içinde yeniden yayımlanmıştır).

⁸¹ “Madde 79: (3) Federasyonun eyaletlere bölünmesine, eyaletlerin yasamaya esasen katılmaları ilkesine veya 1 ve 20 maddelerde yazılı esaslara ilişkin bir Anayasa değişikliği yasaktır”, <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf>, (Erişim Tarihi: 21.09.2025).

⁸² “Madde 1: İnsanın onur ve haysiyetinin korunması: (1) İnsanın onur ve haysiyeti dokunulmazdır. Tüm devlet erki ona saygı göstermek ve onu korumakla yükümlüdür. (2) Alman Milleti, bu nedenle dokunulmaz ve devredilmez insan haklarını, yeryüzünde her insan topluluğunun, barışın ve adaletin temeli olarak kabul eder. (3) Aşağıda belirlenen temel haklar, yasama, yürütme ve yargı organlarını doğrudan doğruya bağlar”, <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf> (Erişim Tarihi: 21.09.2025).

20)⁸³) anayasal koruma altına alınmasını sağlamaktadır. Bu koruma mekanizması Temel Yasa'nın öz olarak korunmasını amaçlamaktadır. Ayrıca anılan hüküm Temel Yasa metnini yalnızca bir normatif çerçeve olarak değil, aynı zamanda anayasal kimliğin taşıyıcısı olarak da konumlandırmaktadır⁸⁴.

Bunun yanı sıra sonsuzluk maddesi anayasa hukuku literatüründe anayasal kimlik kavramı ile yakından ilişkilidir. Anayasal kimlik; sabit bir özden ziyade, anayasanın metni, yargısal yorumlar ve tarihsel deneyimlerin etkileşimi sonucunda sürekli yeniden inşa edilen, kurgusal ve değişebilir bir kimliği ifade etmektedir⁸⁵. Temel Yasa'da bu

⁸³ “Madde 20: Devletin ana ilkeleri; direnme hakkı:

(1) Almanya Federal Cumhuriyeti, demokratik ve sosyal bir Federal Devlettir.

(2) Egemenlik tümüyle halkındır. Halk, egemenliğini, seçimler ve oylamalar aracılığıyla ve yasama, yürütme ve yargı yetkileriyle donanmış özel organlar eliyle kullanır.

(3) Yasama, anayasal düzene, yürütme ve yargı organları ise yasa ve hukuka bağlıdır.

(4) Bu Anayasa düzenini ortadan kaldırmak isteyen herkese karşı, başka bir çözümün bulunmaması halinde, bütün Almanlar direniş hakkına sahiptir”, <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf> (Erişim Tarihi: 21.09.2025).

⁸⁴ Nitekim Alman mevzuat hazırlama tekniğinde, kanunların Anayasa'ya uygunluk denetimi yapılırken, Temel Yasa'nın 20. maddesinde yer alan temel ilkeler (demokrasi, sosyal devlet, hukuk devleti, güçler ayrılığı, federalizm) ile 19. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen “bir temel hakkın özüne hiçbir şekilde dokunulamayacağı” kuralına uyulup uyulmadığı mutlaka kontrol edilmektedir. Bu denetim, anayasal kimliğin normatif ve pratik düzeyde korunmasına yönelik temel güvenceyi oluşturmaktadır. Bk. Federal Almanya Adalet Bakanlığı, Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları El Kitabı (Federal Almanya Resmî İlan Gazetesi, 22 Ekim 2008, Yıl 60, Sayı 160a), 7 Anayasaya Uygunluk Testi, Kn. 52, m. 5.1, 5.3. https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachpublikationen/HandbuchDerRechtsfoermlichkeit_tuerk.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (Erişim Tarihi: 31.10.2025).

⁸⁵ Monika Polzin, “Constitutional Identity as a Constructed Reality and a Restless Soul”, *German Law Journal, Special Issue: Constitutional Identity in the Age of Global Migration*, Vol. 18, No. 7, 2017, 1595-1616, s. 1615.

kimlik insan onurunun dokunulmazlığı (m. 1) ile başlayıp, halk egemenliği, yasama-yürütme-yargı organlarının ayrılığı, anayasal sadakat yükümlülüğü ve hukuk devleti ilkesi gibi diğer kurucu normlarla pekiştirilmektedir. Bu unsurlar yalnızca birer hukuk normu değil, aynı zamanda anayasal düzenin meşruiyet temellerini oluşturan siyasi ve etik değerler olarak karşımıza çıkmaktadır⁸⁶. Dolayısıyla sonsuzluk maddesi Temel Yasa'yı yalnızca teknik bir belge değil, aynı zamanda tarihsel deneyimlerin ve kolektif siyasi iradenin yansıması olan bir kurucu metin olarak göstermektedir⁸⁷. Ayrıca bu madde Temel Yasa'nın, sıradan yasa metinlerinden farklı olarak kurucu normatif üstünlüğe sahip bir belge olduğu teorisini de teyit etmektedir⁸⁸. Carl Schmitt'in "*Anayasa Öğretisi*" eserinde yaptığı temel ayrıma göre anayasa (*Verfassung*) ile anayasa metni (*Verfassungsgesetz*) aynı şey değildir⁸⁹. Anayasa metni değiştirilebilir normlardan oluşurken, anayasanın kendisi, anayasa koyucu iktidarın siyasi varoluşa dair verdiği temel bir kurucu karardır (Alm. *Konstituierende Entscheidung*)⁹⁰. Bu kurucu karar, halkın cumhuriyet, demokrasi gibi konulardaki varoluşsal mutlak tercihi olup anayasanın değiştirilemez özünü oluşturmaktadır⁹¹. Dolayısıyla Schmitt, anayasayı salt bir hukuk metni veya pozitif hukuk normları toplamı olarak değil, toplumsal ve siyasi birliğin oluşumunu sağlayan kurucu iktidarın kararlarının bütünü olarak görmektedir⁹². Bu noktada Schmitt'in Anayasa'nın özünü oluşturan kurucu karar yaklaşımı ile Jürgen Habermas'ın Anayasa'nın

⁸⁶ Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku: Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s. 73-74.

⁸⁷ Grimm/Wendel/Reinbacher, s. 409.

⁸⁸ Grimm/Wendel/Reinbacher, s. 420.

⁸⁹ Ece Göztepe, "Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt'in 'Anayasa Öğretisi'", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 73, S. 1, 2015, 129-180, s. 139.

⁹⁰ Göztepe, s. 142.

⁹¹ Göztepe, s. 143.

⁹² Ayrıntılı bilgi için bk. Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, Çev. Jeffrey Seitzer, Duke University Press, 2008, s. 75 vd.

“refleksif bir kimlik aktı”⁹³ olduğu yönündeki teorilerinin birleştiğini görmekteyiz.

Sonuç olarak sonsuzluk maddesi, anayasal düzenin sessizce aşındırılmasına karşı yapısal bir direnç noktası teşkil etmektedir⁹⁴. Kanaatimizce bu norm, Temel Yasa’nın yalnızca pozitif bir metin değil, kurucu kimlik taşıyan ve bazı temel ilkeleri itibarıyla değiştirilemez olduğu kabul edilen bir değerler sistemi olduğunu savunan çağdaş anayasa teorisinin somutlaşmış halidir.

Öte yandan Temel Yasa’nın 1 ila 20. maddeleri arasında kurulan sistematik bütünlük, bu maddelerde yer alan eşitlik, din ve vicdan özgürlüğü, ifade ve toplantı özgürlükleri ile temel hakların sınırlanma çerçevesine ilişkin hükümlerin, Anayasa’nın 1. ve 20. maddelerinde lafzen güvence altına alınan ilkelerin normatif tamamlayıcısı olarak değiştirilemez anayasal çekirdeğe dâhil olduğunu ve bu suretle anayasal

⁹³ Jürgen Habermas’a göre anayasa yalnızca temel hak ve özgürlükleri düzenleyen hukuki bir metin değil; aynı zamanda kamusal alandaki iletişim süreçleri yoluyla toplumun kendi üzerinde düşünmesini, kendi kimliğini yeniden kurmasını sağlayan refleksif bir eylemdir. Habermas “*Between Facts and Norms*” (Alm. “*Fakten und Geltung*”) eserinde anayasanın, vatandaşların özel ve kamusal özerkliklerini birlikte güvence altına alması gerektiğini savunmaktadır ve bunun kendi kendini oluşturma (self-constitution) biçiminde işlediğini söylemektedir. Böylece anayasa, topluluğun kolektif kimlik inşasının dinamik ve sürekli yenilenen bir parçası hâline gelmektedir. Bu nedenle anayasa bir bakıma refleksif bir kimlik aktıdır. Ayrıntılı bilgi için bk. Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Çev. William Rehg, MIT Press, Cambridge, 1996, s. 384.

⁹⁴ Bu direnç Alman Federal Anayasa Mahkemesinin militan demokrasi doktrininde somutlaşmakta, Mahkeme, Temel Yasa’nın özgürlükçü demokratik temel düzeni koruma görevini üstlenerek, bu düzeni ortadan kaldırmayı amaçlayan anayasal ve yasal girişimlere karşı bir güvence mekanizması olarak işlev görmektedir. Bu doktrinin BVerfG tarafından nasıl geliştirildiği hakkında bk. Donald P. Kommers, “The Federal Constitutional Court: Guardian of German Democracy”, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 603, No: 1, January 2006, 111-128, 114.

düzenin temel değerlerini zedeleyebilecek sessiz anayasa değişikliklerine karşı koruma işlevi gördüğünü ortaya koymaktadır⁹⁵.

Ayrıca Temel Yasa'nın 23. maddesi⁹⁶ Almanya'nın AB ile bütünleşmesine imkân tanımakla birlikte bu sürecin Temel Yasa'nın

⁹⁵ Grimm/Wendel/Reinbacher, s. 420.

⁹⁶ “Madde 23: Avrupa Birliği - Temel Hakların Korunması - Talilik İlkesi: (1) Birleşmiş bir Avrupa'nın gerçekleşmesi için Federal Almanya Cumhuriyeti, demokratik hukuk devleti ilkeleri, sosyal ve federatif esaslara ve yetki ikamesi ilkesine bağlı olan ve bu Anayasaya benzer bir şekilde temel hakların korunmasını sağlayan Avrupa Birliğinin gelişmesinde katkıda bulunur. Federasyon bunun için, Federal Konseyce onaylanan bir yasayla egemenlik haklarını devredebilir. Avrupa Birliğinin kurulması ve onun anlaşma esasları ve benzer kurallar bu Anayasayı değiştirecek veya Anayasaya ilâve getirecek nitelikte ise, Anayasanın madde 79 fıkra 2 ve 3 uygulanır. (1a) Avrupa Birliği'nin talilik ilkesine aykırı olarak yasama erkini ihlali nedeniyle, Federal Meclis ve Federal Konsey'in Avrupa Birliği Adalet Divanı önünde dava açma hakkı vardır. Federal Meclis, üyelerinin dörtte birinin bu konudaki başvurusu halinde buna yükümlüdür. Federal Konsey'in onayını gerektiren Kanun aracılığı ile Federal Meclise ve Federal Konseye Avrupa Birliği'nin sözleşmesel esasları dahilinde verilen hakların yerine getirilebilmesi için, madde 42 fıkra 2 cümle 1 ve madde 52 fıkra 3 cümle 1'deki istisnalara müsaade edilebilir. (2) Avrupa Birliğinin işlerine Federal Meclis ve Federal Konsey tarafından temsilen Eyaletler katılırlar. Federal Hükümet, Federal Meclisi ve Federal Konseyi en kısa zamanda kapsamlı olarak bilgilendirir. (3) Federal Hükümet, Avrupa Birliğinin hukuk koyma işlemlerine katılmadan önce, Federal Meclise görüşünü sunmak için fırsat tanır. Federal Hükümet, görüşmelerde Federal Meclisin görüşlerini dikkate alır. Ayrıntıları bir yasa düzenler. (4) Federal Konsey, devlet içinde benzer işlemlere katılması zorunlu olacak ise veya eyaletlerin yetkisi söz konusu ise, Federasyonun iradesinin oluşmasına iştirak ettirilir. (5) Federal Hükümet, Federasyonun inhisari yetkilere sahip olduğu bir alanda eyaletlerin menfaatlerinin söz konusu veya Federasyonun yasa koyma yetkisine sahip olduğu takdirde Federal Konseyin görüşünü göz önüne alır. Eğer eyaletlerin yasa koyma yetkisi, makamlarının kurulması veya idari işlemleri ağırlıklı olarak söz konusu olursa, Federasyonun iradesinin oluşmasında Federal Konseyin görüşü özellikle göz önüne alınır; ancak devlet genelinde Federasyonun sorumluluğu korunur. Federasyonun harcamalarını yükseltebilecek veya gelirlerini azaltabilecek işlerde, Federal

temel ilkelerine zarar vermemesi şartına bağlı olduğunu açıkça belirtmektedir. Anılan madde Almanya'nın anayasal kimliğini oluşturan ilkelerin birlik hukukuna uyum sağlamak adına ihlal edilemeyeceğini düzenlemektedir. Bu bağlamda AB müktesebatı çerçevesinde gerçekleştirilebilecek olası sessiz anayasa değişiklikleri, 23. maddedeki normatif sınır dolayısıyla engellenebilecektir.

Son olarak eyalet anayasaları ile Temel Yasa arasındaki hiyerarşiyi düzenleyen 142. maddeye göre⁹⁷ eyaletlerin sahip oldukları anayasal düzenlemeler⁹⁸, Temel Yasa'daki temel haklara aykırı olamazlar⁹⁹. Bu norm federal sistem içinde Temel Yasa'nın üstünlüğünü açıkça tanıyarak alt düzey anayasa değişikliklerinin, örneğin eyalet düzeyinde yapılacak sessiz anayasal dönüşümlerin federal anayasal çerçevenin dışına çıkamayacağına ilişkin normatif bir sınırlama

Hükümetin onayı gereklidir. (6) Eğer eyaletlerin inhisari yasa koyma yetkileri ağırlıklı olarak söz konusu ise, Federal Almanya Cumhuriyetine Avrupa Birliğinin üye devleti olarak ait olan hakların kullanılmasını, Federasyonun, Federal Konsey tarafından belirlenen eyaletlerin bir temsilcisine devretmesi gereklidir. Hakların kullanılması Federal Hükümetin katılımı ve onunla uzlaşarak icra edilir; ancak devlet genelinde Federasyonun sorumluluğu korunur. (7) 4 – 6. fıkraların ayrıntılarını Federal Konseyin onayını gerektiren bir yasa düzenler”, <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf>, (Erişim Tarihi: 02.10.2025).

⁹⁷ “Madde 142: Eyalet anayasalarındaki temel haklar: “Bu Anayasanın 1.–18. maddelerine uygun olarak temel hakları güvence altına alan eyalet anayasalarının hükümleri, 31. madde hükmüne bakılmaksızın yürürlükte kalırlar”, <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf>, (Erişim Tarihi: 02.10.2025).

⁹⁸ Gunlicks, Alman modelini yasama yetkisinin büyük ölçüde federasyonda, idari yetkinin ise eyaletlerde (Länder) toplandığı “işlevsel federalizm” ve eyaletlerin Bundesrat aracılığıyla federal yasamaya doğrudan katıldığı “katılımcı federalizm” kavramlarıyla açıklamaktadır. Bk. Arthur B. Gunlicks, *The Länder and German Federalism*, Manchester University Press, 2003, s. 387-389.

⁹⁹ Alman federal sisteminin, eyaletlerin (länder) kendi idari özerkliklerini korurken, federal yasalara uyum göstermelerini sağlayan ve Bundesrat aracılığıyla federal politika yapımına dahil olmalarını gerektiren yapısı için bk. Gunlicks, s. 387.

getirmektedir. Görüldüğü gibi Alman anayasa hukukunda Temel Yasa tüm hukuk düzeninin en üst normunu oluşturmaktadır. Buna göre Temel Yasa'ya aykırı olan herhangi bir yasal düzenleme metin değişikliği olmasa dahi hukuk düzeni içinde geçerlilik kazanamamaktadır.

B. Yargısal Koruma Mekanizması: BVerfG

Almanya'da Temel Yasa'nın lafzı değiştirilmeden uygulama veya yorum yoluyla anayasal ilkelerin zayıflatılmasına yönelik sessiz anayasa değişikliği örnekleri görülmekle birlikte bu süreçler Türkiye'dekilerden farklı olarak genellikle AB entegrasyonu, güvenlik politikaları ve dijital gözetim gibi alanlarda ortaya çıkmakta; yürütmenin doğrudan müdahalesinden ziyade, anayasal sınırların aşılmasına karşı BVerfG'nin zaman zaman gecikmeli, çekimser ya da ölçülü refleksler gösterdiği; dolayısıyla anayasal ilkelerin zayıflamasının, aktif siyasi tasarruftan çok, yargısal denetimin sınırları ve kurumsal öngörülerini çerçevesinde dolaylı olarak gerçekleştiği durumlar biçiminde ortaya çıkmaktadır¹⁰⁰.

Almanya'da anayasa yargısının yapısal olarak güçlü, normatif olarak dirençli ve kurumsal olarak bağımsız bir yapıda olması Temel Yasa'nın sessiz biçimde aşındırılmasına karşı etkili bir güvenlik mekanizması oluşturmaktadır¹⁰¹. BVerfG yalnızca normların Temel

¹⁰⁰ Bertil Emrah Oder, "Avrupa Birliği'nde Çokmerkezli Anayasacılığın Yapısal Sorunları: Yetki Çatışmaları ve İkincillik İlkesi Işığında Türkiye İçin Karşılaştırmalı Gözlemler", *Anayasa Yargısı*, C. 22, 2005, 168-215, s. 168.

¹⁰¹ Bu koruma BVerfG'nin geniş yetkileri aracılığıyla sağlanmaktadır. Bireylerin temel haklarının ihlal edildiği iddiasıyla doğrudan Mahkemeye başvurabildiği anayasa şikâyeti (Alm. *Verfassungsbeschwerde*), diğer mahkemelerin bir yasayı anayasaya aykırı bulmaları hâlinde dosyayı BVerfG'ye göndermek zorunda oldukları somut norm denetimi (Alm. *konkrete Normenkontrolle*) ve federal hükümet gibi siyasi organların bir yasanın anayasaya uygunluğunu doğrudan Mahkemeye taşıyabildikleri soyut norm denetimi (Alm. *abstrakte Normenkontrolle*) gibi çeşitli mekanizmalar anayasal düzenin çok katmanlı biçimde korunmasını sağlamaktadır. Bu mekanizmaların ayrıntılı bir açıklaması için bk. Hans G. Ruff, "The Federal Constitutional Court and the Constitution of the Federal

Yasa'ya uygunluğunu değil, bu normların anayasal özünün korunup korunmadığını da denetleyen bir yargı organıdır¹⁰². Nitekim bir karşılaştırmalı hukuk çalışmasında da ele alındığı gibi Mahkeme'nin bu koruma işlevi, anayasa içerisindeki farklı temel hak ve değerlerin birbiriyle çatıştığı durumlarda pratik uyum ve ölçülülük gibi ilkeler aracılığıyla her bir değerın özünü zedelemeyen anayasal bütünlüğü sağlama yeteneğine dayanmaktadır¹⁰³. Bu kapsamda Mahkeme 1970'li yıllardan itibaren geliştirdiği içtihatlarla anayasal kimlik kavramını Temel Yasa'nın dokunulamaz normatif çekirdeğini tanımlamak için kullanmaktadır. Mahkeme'ye göre bu kimliğin korunması Almanya'nın kendi iç hukukuna ve Avrupa Birliği hukukuna karşı anayasal bir yükümlülüğüdür¹⁰⁴. Bu anlayışta kendini gösteren anayasal duyarlılık özellikle Temel Yasa'nın 1 ve 20. maddelerinde düzenlenen insan onuru, demokrasi, hukuk devleti ve federal yapı gibi ilkelerin mutlak şekilde korunması gerektiğini vurgulamaktadır¹⁰⁵.

Almanya'da anayasa yargısının anayasal kimliği koruma işlevi farklı aşamalarda olgunlaşan bir içtihat çizgisi üzerinden takip edilebilir. Bu çizginin merkezinde yer alan üç karar (BVerfG'nin anayasal kimlik doktrinini kuramsal bir kategori olarak sistemleştirdiği Lizbon Antlaşması Kararı, bu doktrini Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD) aksi yöndeki değerlendirmesine karşın somut biçimde

Republic of Germany", *Saint Louis University Law Journal*, Vol. 16, 1972, 359-383; Kommers, s. 111.

¹⁰² Currie, Alman Anayasa Mahkemesi'nin temel hakları sınırlayan yasaların "orantılılık ('Verhältnismäßigkeit') testini karşılaması gerektiğini belirterek, yasama organı üzerinde güçlü bir denetim kurduğunu ve temel hakların "özüne" ('Wesensgehalt') dokunulamayacağı ilkesini (Art. 19 II GG) titizlikle uyguladığını analiz eder. Bk. Currie, s. 2128. Ayrıca bk. Daniel Halberstam/Christoph Möllers, "The German Constitutional Court Says 'Ja zu Deutschland!'", *German Law Journal*, Vol. 10, No. 8, 2009, 1241-1257, s. 1252-1253.

¹⁰³ Osman Korkut Kanadoğlu, *Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2000, s. 115-116.

¹⁰⁴ Halberstam/Möllers, s. 1247-1249.

¹⁰⁵ Oder, Avrupa Birliği'nde, s. 170.

uyguladığı PSPP Kararı ve kimlik denetimini yasama organının egemenlik devri süreçlerine teşmil ettiği UPC Kararı) doktrinin yapısal dönüşümünü en açık biçimde yansıttıkları için analizin eksenini oluşturmaktadır¹⁰⁶. Bununla birlikte anayasal kimlik koruması bu üç kararın bir anda ortaya çıkardığı kapalı bir teori değil; Solange içtihatlarıyla temelleri atılan temel hak rezervi, Maastricht Kararı ile formüle edilen ultra vires denetimi ile Görgülü ve AWACS kararlarında uluslararası hukuk ve yürütme yetkisine ilişkin anayasal sınırların pekiştirilmesi gibi birçok ara safhanın birikimiyle şekillenmiş dinamik bir doktrindir. Bu nedenle çalışmada Lizbon, PSPP, UPC hattı doktrinin ana omurgasını ortaya koyarken, diğer kararlar bu omurgayı mümkün kılan normatif ve kurumsal arka planın bütüncül biçimde anlaşılabilmesi amacıyla tamamlayıcı duraklar olarak incelenmiştir.

Anayasal Direncin Kökenleri: Solange, Maastricht ve Ötesi:

Alman anayasa düzeninin Avrupa entegrasyonu karşısındaki ilk ve en temel savunma hattı temel haklar alanında kurulmuştur. BVerfG, 1974 yılında verdiği Solange I Kararı ile Avrupa Topluluğu’nun Temel Yasa’ya eşdeğer bir temel haklar koruması sunmadığı sürece Topluluk hukukunun Alman temel haklarına uygunluğunu denetleme yetkisini kendinde saklı tuttuğunu ilan etmiştir¹⁰⁷. Ardından yine Solange II Kararı¹⁰⁸ anayasal kimlik kavramının filizlenmeye devam ettiği bir içtihatdır. BVerfG bu kararında Avrupa Topluluğu hukukunun Alman temel haklar düzeniyle uyumlu olduğu sürece öncelikli olarak uygulanabileceğini kabul etmiş; ancak bu uyum bozulduğu anda Mahkeme’nin kendi denetim yetkisini kullanmaktan geri durmayacağını ifade etmiştir¹⁰⁹. Böylece Mahkeme, AB’deki temel hak

¹⁰⁶ Kararların detaylı analizi için bk. Pınar Dikmen, *Uluslararası Andlaşmaların Anayasaya Uygunluk Denetimi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2024.

¹⁰⁷ Ayşe Füsün Arsava, “Federal Alman Anayasa Mahkemesi İçtihatları ve AB Hukuku”, *TAAD*, Yıl 13, S. 51, Temmuz 2022, 1-18, s. 3.

¹⁰⁸ BVerfG, Order of 22 October 1986, 2 BvR 197/83, https://www.bundesverfassungsgsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/1986/10/rs19861022_2bvr019783en.html (Erişim Tarihi: 22.08.2025).

¹⁰⁹ BVerfG, Order of 22 October 1986, 2 BvR 197/83, paras. 1-120, https://www.bundesverfassungsgsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/1986/10/rs19861022_2bvr019783en.html (Erişim Tarihi: 02.12.2025), para. 117.

korumasının artık genel olarak eşdeğer bir seviyeye geldiğini kabul ederek denetim yetkisini bir nevi uykuya bırakmış; ancak bu rezervi ortadan kaldırmamıştır¹¹⁰. Böylece anayasal fren mekanizması koşullu olarak varlığını sürdürmüştür.

Temel haklar rezervinin ardından BVerfG anayasal korumanın alanını, 1993 yılında verdiği Maastricht Kararı ile yetki devri ve demokratik meşruiyet alanında genişletmiştir¹¹¹. Bu karar, AB'nin siyasi bir birliğe dönüşmesinin anayasal sınırlarını çizmiştir¹¹². Mahkeme bu kararla AB'nin antlaşmaları dinamik bir şekilde yorumlayarak fiili bir yetki genişlemesine gitmesinin, yani bir tür sessiz anayasa değişikliği yaratmasının önüne geçecek *ultra vires* denetiminin temellerini atmıştır¹¹³. Kommers, BVerfG'nin bu kararda AB'ye yetki devrinin Alman vatandaşlarının oy hakkını anlamsızlaştırabileceği ve ulusal parlamento ile seçmen arasındaki meşruiyet zincirini tehdit edebileceği uyarısında bulunduğunu belirtmektedir¹¹⁴.

BVerfG'nin anayasal koruma refleksi yalnızca AB ile sınırlı kalmamıştır. 2004 tarihli Görgülü Kararı, bu yaklaşımı tüm uluslararası hukuk alanına teşmil etmiştir¹¹⁵. Mahkeme, AİHM kararlarının dahi Temel Yasa'nın maddi çekirdeğine ve değiştirilemez ilkelerine aykırı olamayacağını belirterek Temel Yasa'nın mutlak üstünlüğünü teyit etmiştir¹¹⁶. Bu koruma ilkesi sadece dışsal değil, içsel denge için de

¹¹⁰ Arsava, s. 3-4.

¹¹¹ BVerfG, Judgment of 12 October 1993, 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92, paras. 1-165, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/1993/10/rs19931012_2bvr213492en.html (Erişim Tarihi: 05.12.2025), Headnote 1, 4.

¹¹² Dikmen, s. 163-164.

¹¹³ Oder, Avrupa Birliği'nde, s. 192.

¹¹⁴ Kommers, s. 118.

¹¹⁵ BVerfG, Order of the Second Senate of 14 October 2004, 2 BvR 1481/04, paras. 1-73, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2004/10/rs20041014_2bvr148104en.html?nn=68654 (Erişim Tarihi: 06.12.2025), para. 33.

¹¹⁶ BVerfG, Order of the Second Senate of 14 October 2004, 2 BvR 1481/04, para. 35, 62.

geçerlidir¹¹⁷. 1994 tarihli AWACS Kararı yürütmenin uluslararası askeri operasyonlara parlamento onayı olmaksızın katılarak anayasal yetki dengesini sessizce değiştirmesine karşı kurumsal bir fren mekanizması inşa etmiştir¹¹⁸.

Anayasal Kimlik Doktrininin Sistemleştirilmesi: Lizbon Antlaşması Kararı: BVerfG'nin anayasal kimlik doktrininin ilk kez açık biçimde sistemleştirdiği Lizbon Antlaşması Kararı¹¹⁹ anayasal kimlik korumasının kuramsal çerçevesini belirleyen temel bir karar olma özelliği taşımaktadır¹²⁰. Mahkeme AB'nin yetki alanının genişletilmesi sürecinde Almanya'nın anayasal kimliğini koruyacak bir denetim mekanizması olarak "kimlik kontrolü" (Alm. *Identitätskontrolle*) kavramını geliştirmiştir¹²¹. Kararda; bütçe hakkı, eğitim ve kültür politikası, vatandaşlık ve ordu üzerindeki demokratik meşruiyet gibi konuların Almanya'nın anayasal kimliği kapsamında korunması gerektiği açıkça belirtilmiştir¹²². BVerfG, AB ile entegrasyon sürecinin Temel Yasa'nın 79. maddesinin 3. fıkrası ile güvence altına alınan temel ilkeleri aşamayacağını vurgulamıştır¹²³. Özetle Mahkeme bu kararında

¹¹⁷ BVerfG, Order of the Second Senate of 14 October 2004, 2 BvR 1481/04, Headnote 2, para. 57.

¹¹⁸ <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/1994/bvg94-029.html> (Erişim Tarihi: 06.12.2025).

¹¹⁹ BVerfG, Judgment of 30 June 2009, 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09, paras. 1-421, <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2009/bvg09-072.html> (Erişim Tarihi: 22.08.2025).

¹²⁰ Arsava, s. 2.

¹²¹ Günter Durig/Roman Herzog/Rupert Scholz, *Grundgesetzkommnetar*, Band VI, C.H. Beck, München, 2025, s. 169-170; BVerfG, Judgment of 30 June 2009, 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09, Headnote 4 ve para. 235, 240.

¹²² BVerfG, Judgment of 30 June 2009, 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09, para. 249.

¹²³ Frank Schorkopf, "Die Europäische Union im Lot Katlsruhes Rechtsspruch zum Vertrag von Lissabon", *EuZW*, Vol. 20, 2009, 718-724, s. 719; BVerfG, Judgment of 30 June 2009, 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09, para. 235.

anayasal kimliği salt metinsel hükümlerin ötesinde; vatandaşlık, güç kullanma tekeli, bütçe hakkı ve temel özgürlükler gibi demokratik yaşamın devredilemez ve temel alanlarından oluşan bir yapı olarak tanımlamıştır¹²⁴.

Teoriden Uygulamaya: PSPP ve UPC Kararları ile Yargısal Sınırların Çizilmesi: Anayasal kimlik korumasının yalnızca kuramsal bir çerçeve ile sınırlı kalmadığı; aksine AB'nin yetkilerini fiilen aşması durumunda somut denetime tabi tutulduğu en belirgin örneklerden biri PSPP Kararıdır¹²⁵. Bu kararda Mahkeme, Avrupa Merkez Bankasının (İng. European Central Bank- ECB) kamu sektörü tahvil alım programını (Public Sector Purchase Programme- PSPP) yetki aşımı (ultra vires) olarak değerlendirmiştir¹²⁶. BVerfG'ye göre PSPP'nin ekonomik politika etkileri tamamen göz ardı edildiğinde ABAD'ın orantılılık ilkesini uygulaması amacına ulaşmamakta ve bu ilkenin özü olan menfaatler dengesi ortadan kalkmaktadır¹²⁷. BVerfG, ABAD'ın bu konuda verdiği kararı bağlayıcı olarak tanımamıştır. ABAD'ın kararını "anlaşılmaz" ve "nesnel olarak keyfi" olarak nitelendiren Mahkeme açıkça Temel Yasa'nın AB hukuku karşısındaki üstünlüğünü ilan etmiştir¹²⁸. Bu karar doktrinde BVerfG'nin yaklaşımının Almanya-AB bütünleşmesinin kurumsal istikrarına yönelik sıkıntılı bir tavır sergilediği yönünde eleştirilere¹²⁹ maruz kalsa da salt bir yetki tartışması olmanın ötesinde

¹²⁴ BVerfG, Judgment of 30 June 2009, 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09, para. 249.

¹²⁵ BVerfG, Judgment of 5 May 2020, 2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15, paras. 1-237, <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2020/bvg20-032.html> (Erişim Tarihi: 23.08.2025).

¹²⁶ BVerfG, Judgment of 5 May 2020, 2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15, para. 116, 178.

¹²⁷ BVerfG, Judgment of 5 May 2020, 2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15, Headnote 6.b, para. 138.

¹²⁸ BVerfG, Judgment of 5 May 2020, 2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15, Headnote 2, para. 118.

¹²⁹ Bu değerlendirmeler için bk. Arsava, s. 9; Georgios Anagnostaras, "Activating Ultra Vires Review: The German Federal Constitutional Court Decides Weiss", *European Papers*, Vol. 6, No. 1, 2021, 801-829; Matthias

anayasanın sessizce aşındırılmasına karşı yargısal bir direnç olma özelliğini barındırmaktadır¹³⁰. Nitekim Mahkeme, AB hukukunun Alman anayasal kimliğini aşındıramayacağını ve kimlik korumasının Federal Cumhuriyetin varoluşsal temelini oluşturduğunu belirtmiştir¹³¹.

Anayasal kimlik tartışması yalnızca yargı alanında değil, yasama yetkisi ve demokratik meşruiyet bağlamında da gündeme gelmektedir. Bu konuda en çarpıcı örneklerden biri Birleşik Patent Mahkemesi (UPC) Kararıdır¹³². BVerfG Almanya'nın Birleşik Patent Mahkemesi sistemine katılımını, Bundestag'daki oylama yeter sayısının (2/3 nitelikli çoğunluk) sağlanmamış olması nedeniyle Temel Yasa'ya aykırı bulmuştur¹³³. Kararda ayrıca AB entegrasyonunun Alman yasama organlarının anayasal sorumluluk alanlarını devredemeyeceği ve bu devrin anayasal kimliği zedeleyebileceği belirtilmiştir¹³⁴. Bu karar BVerfG'nin yalnızca koruyucu bir yargı organı değil, aynı zamanda Almanya'nın anayasal kimliğini tanımlayan ve onun sınırlarını çizen kurucu bir aktör rolü üstlendiğini göstermektedir¹³⁵.

BVerfG'nin Kurumsal Gücü ve Geleceğe Yönelik Değerlendirmeler: Yukarıdaki örneklerden de anlaşılacağı üzere Almanya'da anayasa yargısının yapısal olarak güçlü, normatif olarak

Wendel, "Paradoxes of Ultra-Vires Review: A Critical Review of the PSPP Decision and Its Initial Reception", *German Law Journal*, Vol. 21, No. 5, July 2020, 979-994; Francesca Bignami, "The German Right to Fiscal Stability and the Counter Majoritarian Difficulty: The PSPP Judgment of 5 May, 2020", *The Italian Law Journal*, Vol. 6, No. 2, 627-654.

¹³⁰ BVerfG, Judgment of 5 May 2020, 2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15, Headnote 4, para. 157.

¹³¹ BVerfG, Judgment of 5 May 2020, 2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15, para. 115.

¹³² BVerfG, Judgment of 13 February 2020, 2 BvR 739/17, paras. 1-21, <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2020/bvg20-020.html>, (Erişim Tarihi: 28.08.2025).

¹³³ BVerfG, Judgment of 13 February 2020, 2 BvR 739/17, Kararın hüküm kısmı, Madde 2, s. 3, para. 117, 164.

¹³⁴ BVerfG, Judgment of 13 February 2020, 2 BvR 739/17, Headnote 3, para. 132, 140.

¹³⁵ BVerfG, Judgment of 13 February 2020, 2 BvR 739/17, para. 97, 131.

dirençli ve kurumsal olarak bağımsız bir yapıda olması Temel Yasa'nın sessiz biçimde aşındırılmasına karşı etkili bir güvenlik mekanizması oluşturmaktadır¹³⁶. BVerfG, anayasal kimlik kavramı çerçevesinde özellikle AB ile entegrasyon sürecinde meydana gelebilecek normatif çatışmalara karşı iç hukukta bir fren mekanizması inşa etmiştir. Ancak bu sistemin mutlak bir koruma sunduğu söylenemez; zira BVerfG'nin bazı dönemlerde politik çekingenlik gösterdiği ve dijitalleşme, gözetim teknolojileri gibi anayasa dışı süreçlere karşı sınırlı refleks geliştirdiği görülmektedir¹³⁷. Buna rağmen Temel Yasa'nın sonsuzluk maddesiyle ile güvence altına aldığı sabiteleri BVerfG'nin içtihatları aracılığıyla korunmakta ve anayasal süreklilik kurumsal olarak sağlanmaktadır.

Almanya'da anayasa yargısının etkinliği sadece BVerfG'nin normatif tutumu ile değil, aynı zamanda Mahkemenin yapısı, yargıların seçilme süreci, kamuoyundaki kurumsal itibarı ve anayasal

¹³⁶ Quint, BVerfG'nin İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra Temel Yasa'yı yorumlamak ve uygulamak üzere kurulduğunu ve geçen süre içinde oldukça incelikli ve güce sahip kapsamlı bir anayasal içtihat geliştirdiğini belirtmektedir. Bk. Peter E. Quint, "Leading a Constitutional Court: Perspectives from the Federal Republic of Germany", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 154, No: 6, June 2006, 1853-1878, s. 1854.

¹³⁷ BVerfG, 1 BvR 1602/07 u. a., 26.02.2008, paras. 60-62: Mahkeme bu kararında, kamuya mal olmuş kişilerin özel yaşamlarına dair medyada yer alan içerikleri, ifade özgürlüğü lehine değerlendirerek koruma altına almaktan imtina etmiş; dijital medya çağında kişilik haklarının korunmasına yönelik anayasal refleksin zayıflığını ortaya koymuştur. BVerfG, 1 BvR 256/08 u. a., 02.03.2010, paras. 205, 269: Mahkemenin bu kararı, genel nitelikli veri saklamayı ilkesel olarak anayasa dışı saymamış, yalnızca mevcut yasal çerçevenin orantılılık ilkesine uygun olmadığını belirterek dijital gözetim karşısında çekingen ve sınırlı müdahaleci bir tutum benimsediğini göstermiştir. BVerfG, 1 BvR 2835/17, 19.05.2020, Headnote 5, 8: Mahkeme bu kararında yabancıların yurt dışındaki iletişimlerinin de temel haklar kapsamında korunması gerektiği kabul edilmişse de stratejik gözetimin anayasaya uygunluk sınırları içinde sürdürülebileceği belirtilmiş; bu yönüyle gözetim teknolojilerine karşı güçlü bir fren mekanizması oluşturmaktan ziyade ölçülü bir denetimle yetinmiştir.

sadakat kültürü ile de ilişkilidir¹³⁸. BVerfG'nin kurumsal yapısı, yargıçlarının on iki yıllık yenilenemeyen görev süreleri ve seçimlerinde aranan nitelikli çoğunluk gibi özellikler Mahkemenin bağımsızlığını ve kurumsal gücünü pekiştirmektedir¹³⁹. Almanya'da anayasa yargısının siyasi organlardan görece özerk bir yapıya sahip olması ve kamuoyu nezdindeki yüksek meşruiyeti, BVerfG'nin anayasal sınırları sessizce aşan eğilimlere karşı etkili bir fren mekanizması olarak işlev görmesini kolaylaştırmaktadır¹⁴⁰. Ancak kanaatimizce bu yapının her zaman mutlak bir koruma sağlamayacağı; anayasal kimliğin korunmasının sürekli bir yargısal hassasiyet ve kurumsal dikkat gerektirdiği gözden kaçırılmamalıdır.

IV. Karşılaştırmalı Değerlendirme: Türkiye ve Almanya'da Sessiz Anayasa Değişikliği ve Sessiz Değişiklikler Karşısında Anayasa Yargısının Tutumu

Sessiz anayasa değişikliğinin anayasal düzen üzerindeki etkisi büyük ölçüde anayasa yargısının gücü, denetim kapasitesi ve siyasi kültürün nitelikleriyle ilişkilidir. Türkiye ve Almanya örnekleri bu anlamda deyim yerindeyse iki karşıt modeli temsil etmektedir. Türkiye'de sessiz değişiklikler çoğunlukla anayasa değişikliği yapmak için yeter sayının sağlanamaması hâlinde siyasi iktidarın anayasa dışı yöntemlerle sistemde fiili dönüşüm gerçekleştirmesi biçiminde ortaya çıkmaktadır. Bu dönüşümler; kamu gücünün sınırlandırılmaması, yargı bağımsızlığının zayıflaması ve anayasal denetimin etkisizleşmesi gibi olgularla sessiz anayasa değişikliği biçiminde zaman içinde kalıcı hale gelmektedir.

¹³⁸ Ayrıntılı bilgi için bk. Donald P. Kommers/Russell A. Miller, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Duke University Press, 3rd Edition, 2012; ss. 40-50; Ayrıca bk. O. Korkut Kanadoğlu, "Yeni Anayasa Arayışları ve Karşılaştırmalı Hukuk Bağlamında Anayasa Mahkemesi", *Anayasa Yargısı*, C. 24, S. 1, 2008, 61-89, s. 74 vd.

¹³⁹ Kanadoğlu, "Yeni Anayasa Arayışları", s. 69-70; Quint, s. 1855-1856.

¹⁴⁰ Quint'e göre Mahkemenin siyasi kriz anlarında kamuoyu nezdindeki yüksek itibarı ve Mahkeme Başkanlarının kurumu savunmadaki aktif rolü bu etkinliğin önemli unsurlarıdır. Bk. Quint, s. 1868-1870.

Öncelikle Türkiye ile Almanya, anayasa değişikliklerine ilişkin süreçler ve anayasal denetim mekanizmaları açısından köklü yapısal ve kültürel farklılıklar sergilemektedir. Bu farklılıklar yalnızca normatif düzeyde değil, aynı zamanda anayasa normlarının fiiliyatta ne ölçüde etkili olduğu sorusunu da yakından ilgilendirmektedir. Anayasal normların anlam kaybına uğrayarak etkisizleşmesini mümkün kılan sessiz değişiklikler karşısında anayasa değişikliği süreçlerinin zorluğu ve anayasa yargısının kurumsal gücü direnç kapasitesini belirleyen başlıca faktörlerdir.

Anayasa değişikliği usulleri bakımından Almanya daha katı bir model sunmaktadır. Federal Almanya’da bir anayasa değişikliği hem Bundestag hem de Bundesrat’ta üçte iki çoğunlukla kabul edilmek zorundadır (Art. 79 II GG). Buna ek olarak Temel Yasa’nın 79. maddesinin 3. fıkrası, insan onuru (m. 1) ve anayasal düzenin temel ilkeleri (m. 20) gibi belirli hükümlerin hiçbir surette değiştirilemeyeceğini öngörerek anayasanın sert çekirdeğini güvence altına almaktadır. Türkiye’de anayasa değişikliği prosedürü TBMM’de en az 360 milletvekilinin oyuyla kabul edildiğinde zorunlu referandum, 400 ve üzeri oyla kabul edildiğinde ise Cumhurbaşkanı’nın tercihiyle ya doğrudan yürürlüğe girme ya da referandum yoluna gitme imkânı tanınmaktadır (AY m. 175). Anayasa’nın 4. maddesi bazı hükümlerin değiştirilemeyeceğini belirtmekle birlikte bu hükmün ne şekilde yorumlandığı ve uygulandığı çoğu zaman siyasi koşullara göre değişiklik göstermektedir. Bu yönüyle bakıldığında Türkiye’de anayasa normlarının formel güvenceleri daha esnek bir yapı arz etmektedir.

Siyasal kültür açısından da iki ülke arasında belirgin bir ayrım gözlemlenmektedir. Almanya’da anayasal sadakat ilkesi kamu gücünü kullanan tüm organların Temel Yasa’ya bağlı kalmasını zorunlu kılmaktadır. Anayasa kurallarının açık ve kesin biçimde belirlendiği bu düzende koalisyon hükümetleri ile federal yapı siyasi uzlaşma kültürünün anayasal pratiğe içkin bir unsur olarak yerleşmesini

sağlamaktadır¹⁴¹. Buna karşın Türkiye’de çoğunlukla lider merkezli bir karaktere sahip olan siyasi sistem anayasa normlarının siyasi çoğunluk tarafından aşındırılmasına zemin hazırlamakta ve Anayasa’nın uzlaşma belgesi olma niteliğini zayıflatmaktadır. Bununla birlikte AYM’nin özellikle bireysel başvuru kararlarında BVerfG içtihatlarına yaptığı atıflar, anayasa yargısının güçlendirilmesi bakımından Türkiye açısından olumlu bir referans niteliği taşımaktadır¹⁴².

Anayasa yargısının sessiz anayasa değişikliğine karşı tutumu da iki ülke bakımından oldukça farklıdır. Almanya’da BVerfG anayasal kimlik doktrini çerçevesinde hem iç hukukta hem de AB hukukuyla ilişkilerde Anayasa’nın temel ilkelerini aktif bir şekilde korumaktadır. Bu doktrin özellikle AB ile entegrasyon süreçlerinde anayasal sınırları korumada etkili bir araç olarak kullanılmaktadır. BVerfG, anayasal kimliği yalnızca teorik değil, aynı zamanda somut denetim ölçütü olarak uygulamakta; Temel Yasa’nın 79/3 maddesi kapsamında değiştirilemez nitelikteki ilkelere aykırılık durumunda anayasa değişikliklerini iptal edebileceğini kararlarında vurgulamaktadır¹⁴³. Türkiye’de ise AYM anayasal kimlik kavramına sınırlı şekilde yer vermekte, çoğunlukla Anayasa’nın 4. maddesi üzerinden şekli koruma anlayışıyla hareket etmektedir. Anayasa değişikliklerini yalnızca şekli denetime tabi tutan AYM, öz denetim yapma yetkisine sahip değildir. Belirtilen anayasal sınır anayasal ilkelere aykırı içeriklerin normatif geçerlilik kazanmasına yol açabilmektedir.

¹⁴¹ Hasan Yılmaz, “Almanya’nın Federal ve Parlamenter Yapısının Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Üzerinden İncelenmesi”, *Analytical Politics*, C. 1, S. 2, 40-53, s. 50.

¹⁴² AYM’nin BVerfG kararlarına yaptığı atıflara ilişkin kapsamlı bir çalışma için bk. Ömer E. Egeligi, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Almanya Federal Anayasa Mahkemesine Atıflar: Bir Yargısal Diyalog Örneği?”, *Adalet Dergisi*, S. 74, 2025, 457-504.

¹⁴³ BVerfG, 2 BvR 557/19, 23.07.2024, § 61; BVerfG, 2 BvR 2735/14, 15.12.2015, § 36. Ayrıca değerlendirmeler için bk. Marie-Élisabeth Baudoin, “Constitutional Identity, a New Legal Babel in Europe”, *Hungarian Journal of Legal Studies*, Vol. 63, No. 1, 2022, 21–37, s. 25.

Uygulamada açısından bakıldığında AYM ve BVerfG arasında önemli farklar bulunmaktadır. BVerfG, Temel Yasa'nın koruyucu muhafızı rolünü üstlenerek anayasa dışı fiili durumlara karşı zamanında ve etkili müdahalelerde bulunmaktadır. Özellikle Lizbon ve PSPP kararları Mahkeme'nin yalnızca anayasa metnini değil, anayasal düzenin yapısal bütünlüğünü de koruduğunu ortaya koymaktadır. Buna karşılık AYM özellikle OHAL dönemlerinde ve yürütme erkinin sınırları zorladığı durumlarda ihtiyatlı bir yaklaşım sergilemiş; bu da anayasal düzenin fiilen aşınmasına zemin hazırlamıştır. AYM özellikle 2010 sonrası dönemde anayasa normlarının fiili olarak etkisizleşmesine karşı yeterli direnç göstermemiştir. Cumhurbaşkanının tarafsızlığı ilkesine aykırı uygulamalar, olağanüstü hâl KHK'larıyla yapılan kalıcı düzenlemeler ve alt derece mahkemelerinin AYM kararlarını uygulamaması gibi durumlarda Mahkeme'nin pasif veya geç tepkiler vermesi, anayasa yargısının içerikten çok şekli koruma anlayışıyla hareket ettiğine işaret etmektedir. BVerfG, AB normları ile ulusal anayasal kimlik arasında çelişki olması hâlinde ulusal anayasal önceliği savunurken; AYM, çoğunlukla AİHM içtihatlarına uyumlu bir çizgi izlemekte ve uluslararası normlara karşı daha az direnç göstermektedir.

Sessiz anayasa değişikliğinin önlenebilirliği yalnızca anayasal normların varlığıyla değil, bu normları uygulayacak ve koruyacak kurumsal mekanizmaların varlığıyla da doğrudan ilişkilidir. Almanya'da yargı bağımsızlığı siyasal uzlaşşı ile belirlenen mahkeme üyelikleri ve kamu görevlilerinin anayasal sadakat yükümlülüğü ile pekiştirilmiştir. Türkiye'de ise yargı kurumlarının bağımsızlığı özellikle HSK'nın yapısal biçimde yürütme etkisine açık olması nedeniyle zayıflamaktadır¹⁴⁴. Ayrıca, anayasal bilincin toplumsal düzeyde içselleştirilme biçimi de bu farkı derinleştirmektedir. Almanya'da Temel Yasa demokratik kimliğin kurucu unsuru olarak görülürken, Türkiye'de katılım eksikliği, sivil toplumun dışlanması, darbelerin etkisi ve resmî ideoloji gibi faktörler, Anayasa'nın bir toplumsal sözleşme olarak değil,

¹⁴⁴ Mustafa Saldırım, "Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna Üye Seçilmesine İlişkin Anayasa Değişikliklerinin Değerlendirilmesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, C. 16, 2014, 4497-4507, s. 4506.

devlet düzenini belirleyen teknik ve dayatmacı bir belge olarak algılanmasına yol açmaktadır¹⁴⁵. Bu çerçevede iki ülkenin anayasal sistemleri arasındaki temel fark Almanya’da Temel Yasa’nın devlet iktidarına kesin sınırlar çizen ve bireysel hakları güçlü biçimde güvence altına alan bir yapı sunmasına karşın; Türkiye’de Anayasa’nın çoğunluk iradesini sınırlandırma çabasında olmakla birlikte bu konuda zaman zaman uygulamada sınırlı kalmasıdır. Almanya’da Temel Yasa, demokratik değerleri ve hukuk devleti ilkesini kurumsal güvenceye bağlarken; Türkiye’de Anayasa’nın uygulamadaki gücü sadece yazılı normlardan değil, aynı zamanda anayasa yargısının etkinliğinden, yargı bağımsızlığının sağlanmasından ve anayasal kültürün toplumsal düzeyde içselleştirilmesinden geçmektedir. Bu nedenle anayasal düzenin sürekliliği ve istikrarı açısından anayasa yargısının tepkisel kapasitesi ve anayasal denetim mekanizmalarının sağlıklı işlemesi büyük önem taşımaktadır.

Görüldüğü gibi BVerfG sessiz anayasa değişikliklerine karşı daha sistematik, donanımlı ve kararlı bir yargısal duruş sergilemektedir. Bu fark anayasal kimliğin net tanımlanması ve Mahkemenin kendini anayasal düzenin aktif koruyucusu olarak konumlandırmasından kaynaklanmaktadır. Kanaatimizce Türkiye’de anayasal düzenin etkin biçimde korunabilmesi yalnızca hukuki reformlarla değil, aynı zamanda anayasal kültürün ve yargısal cesaretin gelişmesiyle mümkün olacaktır.

Sonuç

Bu çalışma sessiz anayasa değişikliği kavramını Türkiye ve Almanya örnekleri üzerinden karşılaştırmalı olarak inceleyerek anayasal normların yalnızca metinsel değil, işlevsel ve kurumsal düzeyde de korunması gerektiğini ortaya koymuştur. İncelememiz göstermiştir ki anayasanın lafzı yerinde kalsa bile siyasi pratikler, yargısal içtihatlar veya idari uygulamalar yoluyla anayasanın özünün aşındırılması mümkündür. Bu bağlamda sessiz değişiklik olgusu anayasa hukuku

¹⁴⁵ Abdurrahman Eren, “Yeni Anayasa Yapımında Güçlü ve Zayıf Yönler”, *Kanun-i Esasi*, 3 Mart 2020, 1-5, <<https://www.kanuniesasi.com/download/yeni-anayasa-yapiminda-guclu-ve-zayif-yonler/>> (Erişim Tarihi: 15.10.2025).

literatüründe yalnızca teorik bir tartışma değil, demokratik hukuk devletlerinin güncel bir sınav alanı olarak karşımıza çıkmaktadır.

Çalışmanın özgün katkısı Türk anayasa hukukunda dağınık biçimde kullanılan anayasal gerileme, anayasasızlaştırma ve fiili durum anayasacılığı kavramlarını, uluslararası doktrindeki silent constitutional change yaklaşımı ile bütünleştirerek sistematik bir kavramsal çerçeve sunmasıdır. Böylece kavram yalnızca doktriner düzlemde değil, somut olay incelemeleri ve karşılaştırmalı hukuk perspektifiyle de temellendirilmiştir.

Türkiye ve Almanya karşılaştırması; anayasa değişikliği usullerinin katılığı, anayasal kimliğin korunma mekanizmaları, yargı bağımsızlığının gücü ve anayasal sadakat kültürünün yerleşmişliği bakımından yapısal farklılıklar bulunduğunu ortaya koymuştur. Almanya’da anayasal kimlik doktrini, Temel Yasa’nın 79/3. maddesinde yerini bulan sonsuzluk maddesi ile birleşerek sessiz anayasa değişikliklerine karşı güçlü bir bariyer oluştururken; Türkiye’de yalnızca AYM’nin denetim yetkileri bakımından değil, aynı zamanda anayasal koruma sisteminin bütününe ilişkin yapısal zaafılar nedeniyle koruma kapasitesinin sınırlı kaldığı görülmektedir. Bu sınırlılıklar, Anayasa’nın üstünlüğü ilkesinin uygulanmasındaki aksaklıklardan, yargı bağımsızlığının zayıflayan kurumsal güvencelerine, kuvvetler ayrılığı ilkesinin fiilen aşınmasından, anayasal sadakat kültürünün yeterince yerleşmemiş olmasına kadar uzanan çok boyutlu bir sorun alanına işaret etmektedir. Nitekim 1982 Anayasası, anayasal düzenin korunmasına yönelik olarak hem maddi hem de usule ilişkin çeşitli normatif mekanizmalar öngörmekle birlikte, bu mekanizmaların uygulanması sürecinde yaşanan siyasal ve kurumsal dengesizlikler anayasal bütünlüğün korunmasını fiilen zorlaştırmaktadır.

Normatif önerilerimiz bakımından üç ana alan öne çıkmaktadır. İlk olarak AYM’ye anayasa değişikliklerini esas bakımından denetleme yetkisi vermek yerine, anayasanın değiştirilemez hükümlerin korunması sorumluluğunun öncelikle anayasa koyucu iktidara ait olduğu anlayışı güçlendirilmelidir. Bu sayede anayasal sadakat ilkesinin kurumsallaşması ve anayasa koyucu organın yetki sınırlarının bilincinde hareket etmesi teşvik edilebilecektir. Anayasanın üstünlüğü

yalnızca yargısal denetim mekanizmalarıyla değil, anayasal kültürün ve siyasi sorumluluk bilincinin içselleştirilmesiyle de güvence altına alınabilir. İkinci olarak Hâkimler ve Savcılar Kurulunun yapısı yürütme organının etkisini asgariye indirecek ve yargıçların mesleki teminatını güçlendirecek şekilde yeniden düzenlenmelidir. Üçüncü olarak ise anayasal sadakat kültürünün siyasal aktörler ve toplum nezdinde içselleştirilmesi önemlidir. Bu doğrultuda anayasa eğitimi yalnızca hukuk fakültelerinde değil, ortaöğretimden itibaren müfredata entegre edilmeli; sivil toplum örgütleri, medya ve akademi anayasal değerlerin toplumsallaşması için aktif rol üstlenmelidir.

Geleceğe dönük araştırma alanları bakımından üç temel boyut öne çıkmaktadır. Birincisi, sessiz anayasa değişiklikleri ile demokratik gerileme arasındaki çift yönlü ilişkinin incelenmesidir. Çünkü sessiz anayasa değişiklikleri, demokratik erozyon süreçlerinin hem nedeni hem de sonucu olabilme potansiyeline sahiptir. İkincisi, anayasal kimlik doktrininin Türkiye bağlamında uygulanabilirliğinin tartışılmasıdır. Federal yapısı olmayan, ancak üniter devlet geleneği güçlü olan Türkiye’de anayasal kimlik kavramının normatif çekirdek ilkeler üzerinden yeniden inşası, sessiz değişikliklere karşı kurumsal bir direnç yaratabilir. Üçüncüsü ise dijitalleşme, yapay zekâ regülasyonları, pandemi sonrası yönetim biçimleri ve küresel güvenlik krizleri gibi alanlarda sessiz anayasa değişikliklerinin ortaya çıkış koşullarının araştırılmasıdır. Özellikle dijital gözetim teknolojileri ve olağanüstü hâl tedbirlerinin kalıcılaştırılması hem Türkiye hem de Almanya açısından ortak risk alanını meydana getirmektedir.

Sonuç olarak sessiz anayasa değişikliklerine karşı en etkili koruma, yalnızca normatif düzenlemelerin sertliğiyle değil, bu düzenlemeleri hayata geçirecek kurumsal reflekslerin gücü, yargı bağımsızlığının fiilî güvenceleri ve anayasal sadakat kültürünün toplumun tüm kesimlerinde içselleştirilmesi ile sağlanabilir. Bu anlamda Türkiye’de yapılacak anayasal reformların yalnızca metin değişiklikleriyle sınırlı kalmaması; yargı kurumlarının işleyişi, siyasal aktörlerin sorumluluk bilinci ve toplumsal anayasa farkındalığı ile desteklenmesi gerektiği izahtan varestedir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Peer-Review: Externes Peer-Review-Verfahren.

Interessenkonflikt: Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

Finanzielle Unterstützung: Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

EXTENDED SUMMARY

This study examines the phenomenon of silent constitutional changes and the scope and limits of constitutional review, with a particular focus on the Turkish context. The concept of “silent constitutional change” refers to a transformation of the constitutional order without the formal amendment procedures explicitly prescribed by the constitution. Unlike formal amendments, these changes occur incrementally, often through judicial interpretation, political practice, or executive action, thereby altering the practical functioning of the constitutional system without an explicit textual revision.

The central problem addressed in this paper is the challenge that such silent transformations pose for constitutional law and democratic governance. Constitutional systems are designed to maintain both stability and adaptability. Formal amendment procedures, typically requiring broad consensus, ensure that any change reflects the will of the polity. However, when constitutional change occurs through informal or extra-textual means, it bypasses these democratic safeguards, potentially undermining both the legitimacy of the constitutional order and the role of constitutional adjudication.

In the theoretical framework, the paper draws on comparative constitutional scholarship, particularly the works of Bruce Ackerman, Richard Albert and David Landau. These scholars have examined various forms of constitutional change, including abusive constitutionalism, constitutional retrogression and unconstitutional constitutional amendments. Within this framework, silent constitutional change emerges as a distinct phenomenon — less visible than formal amendments, but equally capable of reshaping the constitutional order. The Anglo-American literature occasionally uses the term “silent constitutional change” yet this paper adopts “silent constitutional change” to emphasize the informal and incremental nature of the process.

The Turkish case presents a particularly compelling illustration of this phenomenon. The constitutional history of Turkey reveals multiple instances where constitutional practice has diverged significantly from the written text, often in the absence of formal amendments. For example, shifts in the separation of powers, the scope of judicial review and the independence of the judiciary have frequently been the result of political practice and judicial interpretation rather than explicit constitutional change. The 2017 constitutional

amendments, which formally transformed Turkey from a parliamentary to a presidential system, were preceded by years of gradual, practice-based changes that effectively redefined the powers of the presidency.

The study also explores the role of the Constitutional Court in responding to or facilitating silent constitutional change. In theory, constitutional review functions as a safeguard against unconstitutional alterations of the constitutional order. However, in practice, courts may contribute to such changes by adopting interpretations that depart from established constitutional norms or by refraining from reviewing certain political actions. This raises the question: where should the limits of constitutional adjudication be drawn in order to prevent a gradual erosion of constitutional principles?

The analysis engages with the German Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht, BVerfG) as a comparative case. The BVerfG has developed doctrines—such as the protection of constitutional identity under Article 79(3) of the Basic Law—that act as barriers against both formal and informal constitutional changes that threaten the fundamental structure of the constitution. Key decisions, including the Lisbon, UPC and PSPP cases, illustrate how the Court has sought to balance democratic flexibility with constitutional stability. These examples provide valuable lessons for the Turkish Constitutional Court, especially in contexts where political actors seek to alter the constitutional balance without formal amendment procedures.

From a methodological perspective, the study employs both doctrinal analysis and comparative constitutional law. It reviews relevant case law from the Turkish Constitutional Court, the European Court of Human Rights and the German Federal Constitutional Court, alongside political science literature on democratic backsliding. The sources include both primary legal materials (judgments, constitutional provisions) and secondary scholarly works, ensuring a comprehensive understanding of the phenomenon.

The findings reveal several patterns. First, silent constitutional change often arises in periods of political crisis or transition, when institutional checks are weakened and political actors exploit ambiguities in constitutional text. Second, constitutional courts, depending on their interpretive approach and political context, can either serve as bulwarks against such change or inadvertently facilitate it. Third, once silent constitutional change takes root, it

becomes difficult to reverse, as it reshapes political expectations, institutional roles and public perceptions of constitutional norms.

The Turkish experience also highlights the interplay between silent constitutional change and broader processes of constitutional erosion. Informal changes often accumulate alongside formal amendments, reinforcing shifts in power distribution and weakening democratic accountability. For example, changes in the functioning of the judiciary, including the composition and powers of Republic of Türkiye Council of Judges and Prosecutors (HSK), have been both the product of explicit legal reforms and informal practices that erode judicial independence. Similarly, the increasing reliance on presidential decrees has altered the legislative-executive balance beyond the scope envisaged in the constitutional text.

The comparative analysis underscores that while silent constitutional change is not inherently illegitimate—it can, in some contexts, adapt constitutional practice to new social realities without the rigidity of formal amendment—its democratic legitimacy depends on transparency, public debate and adherence to constitutional fundamentals. When conducted without these safeguards, it risks becoming a tool for democratic backsliding.

In conclusion, the paper argues that constitutional courts should develop explicit doctrines to identify and limit silent constitutional changes that undermine the core principles of the constitutional order. This requires a robust understanding of constitutional identity, an awareness of political realities and a willingness to engage in principled constitutional interpretation. In the Turkish case, strengthening the Constitutional Court's capacity to monitor and address informal changes could serve as a vital check on the erosion of democratic governance.

The study's contribution lies in its articulation of silent constitutional change as a distinct analytical category within constitutional theory and its demonstration—through the Turkish and German cases—of how constitutional adjudication can either safeguard or subvert constitutional stability. By situating the Turkish experience within a broader comparative context, it provides both a theoretical framework and practical recommendations for addressing the challenges posed by this subtle yet profound form of constitutional transformation.

Kısaltmalar Cetveli

AB	: Avrupa Birliği
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
AIHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
CBK	: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi
CDL	: Avrupa Konseyi Venedik Komisyonu (Commission de Venise)
ECB	: Avrupa Merkez Bankası (European Central Bank)
EuZW	: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
GG	: Temel Yasa (Grundgesetz)
HSK	: Hâkimler ve Savcılar Kurulu
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
OHAL	: Olağanüstü Hâl
PSPP	: Kamu Sektörü Tahvil Alım Programı (Public Sector Purchase Programme)
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
UPC	: Birleşik Patent Mahkemesi (Unified Patent Court)

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Makaleler:

- ACKERMAN Bruce, "Constitutional Politics/Constitutional Law", *Yale Law Journal*, Vol. 99, S. 3, 1989, 453-548.
- ACKERMAN Bruce, *The Future of Liberal Revolution*, Yale University Press, 1992 (Ackerman, The Future of Liberal Revolution)
- ACKERMAN Bruce, *We the People, Volume 1: Foundations*, Harvard University Press, 1995 (Ackerman, Foundations).
- ACKERMAN Bruce, *We the People, Volume 2: Transformations*, Harvard University Press, The Belknap Press, 1998 (Ackerman, Transformations).
- ADIGÜZEL Rıza, "Hukuk Devlet Bağlamında Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejiminin Sınırları", *Ankara Barosu Dergisi*, C. 81, S. 3, 2023, 1-47.
- ALBERT Richard, "Constitutional Amendment and Dismemberment", *The Yale Journal of International Law*, Vol. 43, No. 1, 2018, 1-84 (Albert, Constitutional Amendment and Dismemberment).
- ALBERT Richard, "Constitutional Amendment by Constitutional Desuetude", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 62, No. 3, 2014, 641-686.
- ALBERT Richard, "Constitutional Amendment by Stealth", *McGill Law Journal*, Vol. 60, No. 4, June 2015, 672-736 (Albert, Constitutional Amendment by Stealth).
- ALBERT Richard, *Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions*, Oxford University Press, 2019.
- ALBERT Richard/KENNY David, "The Challenges of Constitutional Silence: Doctrine, Theory, and Applications", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 16, No. 3, July 2018, 880-886.
- ANAGNOSTARAS Georgios, "Activating Ultra Vires Review: The German Federal Constitutional Court Decides Weiss", *European Papers*, Vol. 6, No. 1, 2021, 801-829.

- ANAYURT Ömer, *Anayasa Hukuku: Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.
- ANŞİN Ömer, *Anayasaların İstismar Edilmesi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2024.
- ARSAVA Ayşe Füsun, "Federal Alman Anayasa Mahkemesi İçtihatları ve AB Hukuku", *TAAD*, Yıl 13, S. 51, Temmuz 2022, 1-18.
- ATAR Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.
- BAUDOIN Marie-Élisabeth, "Constitutional Identity, a New Legal Babel in Europe", *Hungarian Journal of Legal Studies*, Vol. 63, No. 1, 2022, 21-37.
- BIGNAMI Francesca, "The German Right to Fiscal Stability and the Counter Majoritarian Difficulty: The PSPP Judgment of 5 May, 2020", *The Italian Law Journal*, Vol. 6, No. 2, 627-654.
- CURRIE David P., "Separation of Powers in the Federal Republic of Germany", *American Journal of Comparative Law*, Vol. 41, 1993, 201-248 (Makale daha sonra *German Law Journal*, Vol. 9, No. 12, 2008, 2113-2178 içinde yeniden yayımlanmıştır).
- DİKMEN Pınar, *Uluslararası Andlaşmaların Anayasaya Uygunluk Denetimi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2024.
- DURIG Günter / HERZOG Roman / SCHOLZ Rupert, *Grundgesetzkommnetar*, Band VI, C.H. Beck, München, 2025.
- EFE Haydar/HAN Seyfi, "AB Uyum Yasalarının Türkiye'deki İnsan Haklarının Gelişimine Katkıları", *KAÜ İİBF Dergisi*, C. 3, S. 4, 2012, 149-188.
- EGELİĞİ Ömer E., "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Almanya Federal Anayasa Mahkemesine Atıflar: Bir Yargısal Diyalog Örneği?", *Adalet Dergisi*, S. 74, 2025, 457-504.
- GÖNENÇ Levent/KONTACI Ali Ersoy, "2017 Tarihli Anayasa Değişikliği Sonrasında Yasama- Yürütme İlişkileri", *TBB Dergisi*, S. 145, 2019, 53-79.

- GÖZLER Kemal, "Elveda Kuvvetler Ayrılığı, Elveda Anayasa: 10 Aralık 2016 Tarihli Anayasa Değişikliği Teklifi Hakkında Bir Eleştiri", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 4, 2016, 25-36.
- GÖZLER Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi (Cilt I)*, Ekin Yayınları, Bursa 2020 (Gözler, Anayasa Hukukunun).
- GÖZLER Kemal, *Elveda Anayasa: 16 Nisan 2017'de Oylayacağımız Anayasa Değişikliği Hakkında Eleştiriler*, Ekin Yayınları, Bursa 2017 (Gözler, Elveda Anayasa: 16 Nisan).
- GÖZLER Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa 2019 (Gözler, Türk Anayasa Hukuku).
- GÖZTEPE Ece, "Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt'in 'Anayasa Öğretisi'", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 73, S. 1, 2015, 129-180.
- GRIMM Dieter/WENDEL Mattias/REINBACHER Tobias, "European Constitutionalism and the German Basic Law", *National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law*, ed. Anneli Albi/Samo Bardutzky, T.M.C. Asser Press, 2019, 407-492.
- GUNLICKS Arthur B., *The Länder and German Federalism*, Manchester University Press, 2003.
- GÜNER YAŞAR Gizem, *Anayasa Değişikliklerinin Esas Bakımından Denetimi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.
- HABERMAS Jürgen, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Çev. William Rehg, MIT Press, Cambridge, 1996.
- HAKYEMEZ Yusuf Şevki, "2010 Anayasa Değişiklikleri ve Demokratik Hukuk Devleti", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 2, 2010, 387-406.
- HALBERSTAM Daniel/MÖLLERS Christoph, "The German Constitutional Court Says 'Ja zu Deutschland!'", *German Law Journal*, Vol. 10, No. 8, 2009, 1241-1257.

HAMURCU Onur, *Anti-Demokratik Sistemlerde Anayasacılık ve Meşruiyet Olgusu*, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.

KABOĞLU İbrahim Ö., *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, Gözden Geçirilmiş 14. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2019.

KANADOĞLU Osman Korkut, "Yeni Anayasa Arayışları ve Karşılaştırmalı Hukuk Bağlamında Anayasa Mahkemesi", *Anayasa Yargısı*, C. 24, S. 1, 2008, 61-89 (Kanadoğlu, Yeni Anayasa Arayışları).

KANADOĞLU Osman Korkut, *Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2000.

KHAITAN Tarunabh, "Executive Aggrandizement in Established Democracies: A Crisis of Liberal Democratic Constitutionalism", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 17, No. 1, January 2019, 342-356.

KOMMERS Donald P., "The Federal Constitutional Court: Guardian of German Democracy", *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 603, No: 1, January 2006, 111-128.

KOMMERS Donald P./MILLER Russell A., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Duke University Press, 3rd Edition, 2012.

LANDAU David, "Abusive Constitutionalism", *UC Davis Law Review*, Vol. 47, 2013, 189-260 (Landau, Abusive Constitutionalism).

LEVITSKY Steven/WAY Lucan, "The Rise of Competitive Authoritarianism", *Journal of Democracy*, Vol. 13, No. 2, 2002, 51-65.

METİN Yüksel, "Türkiye'de Yargı Bağımsızlığına İlişkin Kimi Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *Anayasa Yargısı*, C. 26, S. 1, 2010, 217-272.

MILLER Russell A., "Germany's German Constitution", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 57, No. 1, 95-128.

ODER Bertil Emrah, "Avrupa Birliği'nde Çokmerkezli Anayasacılığın Yapısal Sorunları: Yetki Çatışmaları ve İkincilik İlkesi Işığında

- Türkiye İçin Karşılaştırmalı Gözlemler", *Anayasa Yargısı*, C. 22, 2005, 168-215 (Oder, Avrupa Birliği'nde).
- ODER Bertil Emrah, "The Turkish Constitutional Court and Turkey's Democratic Breakdown: Judicial Politics Under Pressure", *ICL Journal*, Vol. 18, No. 1, 2024, 127-163 (Oder, The Turkish Constitutional Court).
- ÖZBUDUN Ergun, *Anayasalcılık ve Demokrasi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2019 (Özbudun, Anayasalcılık ve Demokrasi).
- ÖZBUDUN Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 16. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- ÖZEN Muharrem, "Yargı Bağımsızlığını Zedeleyen Düzenleme, Uygulamalar ve Bağımsızlığı Sağlamaya Yönelik Çözüm Önerileri", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1, 2010, 31-65.
- PASSCHIER Reijer, "Quasi-Constitutional Change Without Intent - A Response to Richard Albert", *Buffalo Law Review*, Vol. 65, 2017, 1077-1099.
- POLZIN Monika, "Constitutional Identity as a Constructed Reality and a Restless Soul", *German Law Journal, Special Issue: Constitutional Identity in the Age of Global Migration*, Vol. 18, No. 7, 2017, 1595-1616.
- QUINT Peter E., "Leading a Constitutional Court: Perspectives from the Federal Republic of Germany", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 154, No: 6, June 2006, 1853-1878.
- RUFF Hans G., "The Federal Constitutional Court and the Constitution of the Federal Republic of Germany", *Saint Louis University Law Journal*, Vol. 16, 1972, 359-383.
- SALDIRIM Mustafa, "Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna Üye Seçilmesine İlişkin Anayasa Değişikliklerinin Değerlendirilmesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan*, C. 16, 2014, 4497-4507.
- SCHEPPELE Kim Lane, "Constitutional Coups and Judicial Review: How Transnational Institutions Can Strengthen Peak Courts at

- Times of Crisis (With Special Reference to Hungary)", *Transnational Law and Contemporary Problems*, Vol. 23, No. 1, 2014, 51-118 (Scheppele, Constitutional Coups).
- SCHMITT Carl, *Constitutional Theory*, Çev. Jeffrey Seitzer, Duke University Press, 2008.
- SCHORKOPF Frank, "Die Europaeische Union im Lot Katlsruhes Rechtsspruch zum Vertrag von Lissabon", *EuZW*, Vol. 20, 2009, 718-724.
- SEVGİLİ GENÇAY Fatma Didem, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetimi: İlk Kararlar - İlk İzlenimler", *TBB Dergisi*, S. 151, 2020, 1-27.
- TAŞDÖĞEN Salih, *Türk Hukukunda Yasama Fonksiyonunun Anayasal Sınırlılığı*, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.
- TEZİÇ Erdoğan, *Anayasa Hukuku Genel Esaslar*, 24. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- TUSHNET Mark, "Constitutional Hardball", *The John Marshall Law Review*, Vol. 37, No. 2, 2004, 523-553.
- WENDEL Matthias, "Paradoxes of Ultra-Vires Review: A Critical Review of the PSPP Decision and Its Initial Reception", *German Law Journal*, Vol. 21, No. 5, July 2020, 979-994.
- YAMAN KAPLAN Ayşe, *Karşılıklı Etkileşim Araçları Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi*, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2023.
- YILMAZ Hasan, "Almanya'nın Federal ve Parlamenter Yapısının Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Üzerinden İncelenmesi", *Analytical Politics*, C. 1, S. 2, 40-53.
- YÜZBAŞIOĞLU Necmi, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2017.

İnternet Kaynakları:

Council of Europe Commissioner for Human Rights, “Memorandum on the freedom of expression and media freedom in Turkey”, CommDH(2017)5, 15 February 2017, https://www.ecoi.net/en/file/local/1393424/1226_1487663631_commdh-2017-5-en.pdf (Erişim Tarihi: 16.10.2025).

Cumhuriyet Gazetesi, “Anayasa Mahkemesi’nin kararı bizi rahatsız ediyor”, 15 Şubat 2024, <https://www.cumhuriyet.com.tr/turkiye/erdogan-danistay-ve-aymyi-hedef-aldi-hazmedemiyorum-2175665?utm> (Erişim Tarihi: 01.09.2025).

EREN Abdurrahman, “Yeni Anayasa Yapımında Güçlü ve Zayıf Yönler”, *Kanun-i Esasi*, 3 Mart 2020, 1-5, <<https://www.kanuni-esasi.com/download/yeni-anayasa-yapiminda-guclu-ve-zayif-yonler/>> (Erişim Tarihi: 15.10.2025).

FASEL Raffael N., “Ouster Clauses and the Silent Constitutional Crisis”, *UK Constitutional Law Association Blog*, (20th February 2024), <https://ukconstitutionallaw.org/2024/02/20/raffael-n-fasel-ouster-clauses-and-the-silent-constitutional-crisis/> (Erişim Tarihi: 04.08.2025)

Federal Almanya Adalet Bakanlığı, Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları El Kitabı (Federal Almanya Resmî İlan Gazetesi, 22 Ekim 2008, Yıl 60, Sayı 160a), https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachpublikationen/HandbuchDerRechtsfoermlichkeit_tuerk.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (Erişim Tarihi: 31.10.2025).

GAROUPA Nuno/SPRUK Rok, “Populist Constitutional Backsliding and Judicial Independence: Evidence from Türkiye”, 1-52, <https://arxiv.org/pdf/2410.02439> (Erişim Tarihi: 27.09.2025).

GÖZLER Kemal, “1982 Anayasası Hâlâ Yürürlükte Mi? Anayasasızlaştırma Üzerine Bir Deneme (Versiyon 4)”, <https://www.anayasa.gen.tr/anayasasizlastirma.htm>, 30 Mayıs 2016, (Erişim Tarihi: 23.08.2025).

GÖZLER Kemal, "İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesi Anayasa Mahkemesine Karşı", www.anayasa.gen.tr/berberoglu-2.htm (15 Ekim 2020), (Erişim Tarihi: 12.08.2025).

<https://tr.euronews.com/2020/10/13/14-ag-r-ceza-mahkemesi-enis-berberoglu-nun-yeniden-yarg-lanmas-talebini-reddetti?> (Erişim Tarihi: 21.08.2025).

<https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/cumhurbaskani-erdogan-anayasa-mahkemesi-ulkesinin-aleyhine-karar-almaktan-cekkinmemistir/535499?utm> (Erişim Tarihi: 01.09.2025).

<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf> (Son Erişim Tarihi: 02.10.2025).

<https://www.yargitay.gov.tr/item/1755/basin-aciklamasi> (Erişim Tarihi: 13.08.2025).

ÖZENÇ Berke, "Türkiye'de Anayasal Düzenin Dönüşümü:", *Ayrıntı Dergi*, 1 Ağustos 2020, <https://ayrintidergi.com.tr/turkiyede-anayasal-duzeninin-donusumu> (Erişim Tarihi: 25.08.2025).

SOYSAL Mümtaz, "Sistem Kargaşası", *Cumhuriyet Gazetesi*, 09 Haziran 2006, <https://www.cumhuriyet.com.tr/> (Erişim Tarihi: 23.10.2025).

Venice Commission, Report on the Independence of the Judicial System: Part II – The Prosecution Service, Study No. 494 / 2008, CDL-AD(2010)040, Strasbourg: Council of Europe, December 17, 2010, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2017\)005-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2017)005-e) (Erişim Tarihi: 15.08.2025).

Mehaz Hukukla Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Yoksulluk Nafakasının Miktarı ve Süresi

Die Höhe und die Dauer des Bedürfnisunterhalts im Vergleich zum schweizerischen Recht als Rezeptionsvorlage

Araş. Gör. Dr. Burak Çelik*

ÖZ

Bu çalışma, Türk Medenî Kanunu'nda düzenlenen yoksulluk nafakasını, mehaz İsviçre hukukundaki tarihsel gelişim ve güncel sistem ışığında yeniden konumlandırmayı amaçlamaktadır. Çalışmada öncelikle nafaka kavramının TMK m. 175 bağlamındaki anlamı ile sosyal dayanışma ilkesi çerçevesindeki işlevi kısaca ortaya konulacaktır. Ardından İsviçre Medenî Kanunu'nda 2000 boşanma hukuku revizyonu öncesi yürürlükte olan mülga ZGB Art. 151 ve Art. 152 hükümleri ile bu hükümlere ilişkin İsviçre Federal Mahkemesi içtihatları incelenecek; yoksulluk, asgari geçim standardı ve yoksulluk nafakasının tali niteliği gibi temel kavramların nasıl şekillendiği açıklanacaktır. Devamında, revizyon sonrası getirilen ZGB Art. 125 hükmü çerçevesinde evlilik sonrası dayanışma ile kişinin kendi geçimini sağlama ilkesi esaslı hatlarıyla ele alınacak; clean break yaklaşımının hedefleri ve evliliğin hayatı şekillendirici etkisine göre kurulan yeni denge ortaya konulacaktır. Bu yapılırken, kusur temelli sistemden uzaklaşmanın gerekçeleri, değişen demografik yapı ve evliliğin "geçim kurumu" niteliğinin terk edilmesi yönündeki politik tercihler aktarılacaktır. Makalenin Türk hukukuna ilişkin bölümünde ise TMK m. 175'in mehazla ilişkisi, yoksulluk kavramının Yargıtay içtihatları ve öğretide nasıl yorumlandığı, nafaka miktarı ile süresinin

* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı
Araştırma Görevlisi, (bcelik@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0002-9994-5439.



belirlenmesinde kullanılan kriterler ve bu çerçevedeki sorunlu noktalar tartışılacaktır. Son olarak, maddi tazminat, mal rejiminin tasfiyesi ve yoksulluk nafakası arasındaki sistematik bağ özetlenecek; İsviçre modelinden hareketle yoksulluk nafakasının tali, yoksulluğu giderici ve süre bakımından sınırlı bir güvenlik mekanizmasına dönüştürülmesine yönelik de lege ferenda nitelikli öneriler sunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: *Yoksulluk nafakası, sosyal dayanışma ilkesi, temiz ayrılık ilkesi, boşanmanın mali sonuçları, maddi tazminat.*

The Amount and Duration of Poverty Alimony with Comparison to Reference Swiss Law

ABSTRACT

This study aims to reposition the poverty alimony regulated in the Turkish Civil Code, in light of the historical development and current system in the source Swiss law. The study will first briefly present the meaning of the concept of maintenance within the context of Article 175 of the TCC and its function within the framework of the principle of social solidarity. Subsequently, the provisions of Art. 151 and Art. 152 of the former Swiss Civil Code (ZGB), which were in force prior to the 2000 divorce law revision, and the jurisprudence of the Swiss Federal Tribunal pertaining to these provisions will be examined; it will be explained how fundamental concepts such as poverty, minimum subsistence level, and the subsidiary nature of poverty alimony were shaped. Further, within the framework of the provision of Art. 125 of the ZGB introduced post-revision, post-marital solidarity and the principle of self-sufficiency will be addressed in their essential aspects; the objectives of the clean break approach and the new balance established according to the life-shaping effect of marriage will be presented. In so doing, the rationales for moving away from the fault-based system, the changing demographic structure, and the policy preferences towards the abandonment of the nature of marriage as a "subsistence institution" will be conveyed. In the section of the article concerning Turkish law, the relationship of Article 175 of the TCC with

the source law, how the concept of poverty is interpreted in the jurisprudence of the Court of Cassation and in doctrine, the criteria used in determining the amount and duration of maintenance, and the problematic issues within this framework will be discussed. Finally, the systematic connection between pecuniary compensation, the liquidation of the matrimonial property regime, and poverty alimony will be summarized; proceeding from the Swiss model, de lege ferenda proposals will be presented towards the transformation of poverty alimony into a subsidiary, poverty-relieving, and time-limited security mechanism.

Keywords: Alimony against poverty, social solidarity principle, clean break principle, financial consequences of divorce, compensation of material damages.

I. Giriş

Sözlük anlamıyla nafaka, geçinmek için gerekli olan şeylerin bütünü, geçimlik olarak tanımlanmaktadır. Yine sözlük içerisinde nafakanın hukuki anlamına da yer verilmiş, birinin geçindirmekle yükümlü bulunduğu kimselere, mahkeme kararıyla bağlanan aylık olarak tanımlanmıştır¹. Medeni hukuk bağlamında ise nafaka öncelikli olarak evlilik birliği içerisinde eşlerin evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğü olarak 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun ("TMK") m. 185 bağlamında doğan² ve şartlarının varlığı halinde evlilik sonrasında da eşlerin birbirine destek sağlaması şeklinde devamı mümkün olan bir kurumdur³.

Türk hukukunda evlilik sonrası nafaka ödenmesine karar verilmesi, sosyal dayanışma ilkesinin⁴ evlilik sonrası dayanışma

¹ Nafaka, sozluk.tdk.gov.tr

² Ahmet Kalender, *Türk Aile Hukukunda Boşanma Nafakası (Yoksulluk Nafakası)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s.31.

³ Kalender, s.32.

⁴ Anayasa Mahkemesi, 2015/11677 nolu Esat İnevi Bireysel Başvurusu (R.G. Tarih:23.09.2020, No:31253).; Anayasa Mahkemesi, E.2011/136, K.2012/72, T.17.05.2012 (R.G. Tarih:26.06.2012, No:28335).; Anayasa Mahkemesi, E.2005/56, K.2009/94, T.25.06.2009 (R.G. Tarih:26.11.2009, No:27418

şeklinde bir tezahürüdür⁵. Bu ilke bağlamında taraflar arasındaki evlilik birliği sona erse dahi, tarafların birbirlerinin geçimine destek olma gerekliliği devam edebilir. TMK bağlamında bu yükümlülük “yoksulluk nafakası” olarak adlandırılmıştır. Kanun koyucunun yoksulluk nafakasını düzenlediği TMK m. 175 hükmünde açıkça ifade ettiği üzere, boşanma yüzünden bir tarafın yoksulluğa düşmesi halinde, diğer taraf mali gücü oranında nafaka ödemek durumunda kalabilir. Bu nafaka temelde evlilik birliği içerisindeki nafaka yükümlülüğünün bir devamı gibi gözüktse de aslında bir tarafın evlilik sonrası içerisine düşeceği yoksulluk durumunun engellenmesi amacını güder⁶. Zaten bu sebeple de evlilik içerisindeki dayanışma yükümlülüğünün “kısmen” devamı olarak nitelendirilmektedir⁷.

Taraflar arasında evlilik sona ermesine rağmen bir destek yükümlülüğünün devam ettirilmesi, uygulamada bazı sorunların doğmasına sebep olmaktadır. Evlilik birliği bitmesine rağmen eski eşine nafaka desteği sağlamak zorunda kalan taraf, kendi ekonomik menfaatlerinin engellendiğini ve kurulması ihtimal dahilinde olan yeni bir evliliğin dahi bundan etkilenebileceğini düşünmektedir. Özellikle 2024 yılına kadar Yargıtay’ın istikrarlı şekilde nafakanın kural olarak

Mükerrer).; Yargıtay HGK, E.2017/1013, K.2019/1180, T.14.11.2019 (karararama.yargitay.gov.tr).

⁵ Bilge Öztan, Aile Hukuku, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s.832.; Mustafa Dural, Tufan Öğüz, Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku Cilt:3, Aile Hukuku, 20. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2025, s.164.; Turgut Akıntürk, Derya Ateş, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, 2. Cilt, 25. Baskı, Beta Yayınevi, Ankara, 2024, s.305.; Özge Uzun Kazmacı, “Nafaka”, Aile Hukuku, Ed. Şebnem Akipek Öcal, Hayrünnisa Özdemir, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2024, 171-215, s.194.; Esra Fırtına, Boşanmanın Mali Sonuçları ve Yoksulluk Nafakası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.89.; Remzi Demir, “Yoksulluk Nafakasının Sona Erme Sebepleri ve Yoksulluk Nafakasının Süresizliğine İlişkin Tartışmalar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y:2020, S:147, 221-249, s.224.; Ezgi Gelmez, “Yoksulluk Nafakasının Süresine İlişkin Güncel Gelişmeler”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C:14, S:159, Kasım 2019, 2143-2155, s.2144.

⁶ Dural/Öğüz/Gümüş, s.165.; Akıntürk/Ateş s.305.

⁷ Akıntürk/Ateş, s.305.

süresiz şekilde kararlaştırılması şeklindeki içtihatları⁸ bu yöndeki tartışmaların da artması sonucunu oluşturmuştur. Bu tartışmaları sonuçlandırmak amacıyla kaynağını mehzaz hukukta bulan ve İsviçre Medeni Kanunu'nun ("ZGB") 125. maddesinde düzenlenen "Evlilik Sonrası Dayanışma" yükümlülüğünün, bu yükümlülüğe temel teşkil eden boşanma sonrası "temiz ayrılık" ilkesi bağlamında hukukumuzda da uygulanması gerektiğine yönelik görüşler mevcuttur⁹. Ne var ki ZGB Art. 125 hükmü kapsamında düzenlenen evlilik sonrası dayanışma yükümlülüğü, niteliği itibariyle TMK m. 175'te düzenlenen yoksulluk nafakasından ayrı ve bağımsız bir düzenlemedir¹⁰. Bu sebeple ilgili düzenleme mehzaz kabul edilerek bir yoruma varılması, pozitif hukuki dayanak bağlamında hatalı yorumların oluşması sonucunu doğurabilir. Bu amaçla çalışmamız bağlamında öncelikli olarak 1998 yılında İsviçre hukukunda gerçekleştirilen boşanma hukuku revizyonunun getirdiği yenilikler bağlamında ZGB Art. 125 hükmü incelenecek ve TMK düzenlemesinin esas mehzazını oluşturan ve günümüzde ZGB Art. 125 ile ilga edilen ZGB Art. 152 hükmü ve bu hükme ilişkin İsviçre Federal Mahkemesi uygulaması bağlamında daha net bir sonuca varılmaya çalışılacaktır.

⁸ Yargıtay HGK, E.2017/1013, K.2019/1180, T.14.11.2019 (karararama.yargitay.gov.tr.); Yargıtay 2.HD, E.2016/24486, K.2017/7036, T.07.06.2017.; Yargıtay 2.HD, E.2012/14283, K.2012/19487, T.11.07.2012 (www.legalbank.net).

⁹ Dural/Öğüz/Gümüş, s.167.; Gediz Kocabaş, "Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırları Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C:19, S:1, Y:2013, 357-392, s.361.; Betül Özlük, "Modern Nafaka Düzenlemeleri ve Türk Hukukunda Revizyon Gereği", *Terazi Hukuk Dergisi*, C:13, S:147, Kasım 2018, 40-47, s.46.

¹⁰ Mustafa Şahin, "Türk-İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Evlilik Sonrası Katkının (Yoksulluk Nafakasının) Şartları", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:21, S:3, Y:2017, 75-107, S.78

II. İsviçre Hukuku'nda Yoksulluk Nafakasının, Evlilik Sonrası Dayanışma Yükümlülüğü ile Değiştirilmesi

01.01.2000 tarihinde yürürlüğe giren ve ZGB'nin boşanmaya ilişkin hükümlerinde kapsamlı yenilikler içeren kanun değişikliği özellikle çalışma konumuz bağlamında büyük önem arz etmektedir. İlgili kanun değişikliği, ZGB'nin boşanma sonucu ileri sürülebilecek tazminat taleplerine yönelik Art. 151 hükmü¹¹, yoksulluk nafakasını düzenleyen Art. 152 hükmü¹² ve tazminat ile nafakanın ödenme şekline

¹¹ İsviçre ZGB'nin yürürlükten kaldırılan ve boşanma sonrası tazminat taleplerini düzenleyen "Maddi ve Manevi Tazminat (Entschädigung und Genugtuung) başlıklı mülga Art. 151 ZGB hükmünün Türkçe tercümesi şu şekildedir:

"Maddi ve Manevi Tazminat

Madde 151: Boşanma sebebiyle kusursuz eşin malvarlığına ilişkin hakları veya kazanılmış hakları zarar görürse, kusurlu eş, uygun bir tazminat ödemekle yükümlüdür.

Boşanmaya yol açan olaylar nedeniyle kusursuz eşin şahsi haklarının ağır bir şekilde ihlal edilmesi halinde, hâkim kusursuz eşe manevi tazminat olarak bir miktar para ödenmesine karar verebilir."

Metnin orijinal Almanca hali:

„Entschädigung und Genugtuung.

Art 151: Werden durch die Scheidung die Vermögensrechte oder die Anwartschaften für den schuldlosen Ehegatten beeinträchtigt, so hat ihm der schuldige Ehegatte eine angemessene Entschädigung zu entrichten.

Liegt in den Umständen, die zur Scheidung geführt haben, für den schuldlosen Ehegatten eine schwere Verletzung der persönlichen Verhältnisse, so kann ihm der Richter eine Geldsumme als Genugtuung zusprechen."

¹² İsviçre ZGB'nin yürürlükten kaldırılan ve boşanma sonrası nafaka taleplerini düzenleyen "Nafaka (Unterhalt) başlıklı mülga Art. 152 ZGB hükmünün Türkçe tercümesi şu şekildedir:

"Nafaka

Madde 152: Boşanma nedeniyle kusursuz eş büyük bir yoksulluk içine düşerse, diğer eş, boşanmada kusurlu olmasa dahi, kendi mali durumuna uygun bir katkı ile onun nafakasına yardım etmeye zorlanabilir."

Metnin orijinal Almanca hali:

„Unterhalt.

ilişkin Art. 153¹³ hükümlerini yürürlükten kaldırmıştır. İsviçre kanun koyucusu ilgili hükümleri düzenlerken maddi tazminat ve nafakaya ilişkin düzenlemeleri yürürlükten kaldırıp, evlilik sonrası dayanışma yükümlülüğünü konu alan ve daha objektif bir düzen kurgulayan Art. 125 hükmünü düzenlemiştir.

İsviçre kanun koyucusunun bu değişiklikleri yapmada amaçlarından biri, boşanma hukukunun sonuçlarında kusura dayanan temelden ayrılmak olmuştur¹⁴. Zira mülga edilen ve evlilik sonrası

Art. 152: Gerät ein schuldloser Ehegatte durch die Scheidung in große Bedürftigkeit, so kann der andere Ehegatte, auch wenn er an der Scheidung nicht schuld ist, zu einem seinen Vermögensverhältnissen entsprechenden Beitrag an dessen Unterhalt verpflichtet werden.“

- ¹³ İsviçre ZGB'nin yürürlükten kaldırılan ve boşanma sonrası tazminat ve nafaka kalemlerinin irat şeklinde ödenme hallerinde ne şekilde sona ereceğini düzenleyen "İrat (Rente)" başlıklı mülga Art. 153 ZGB hükmünün Türkçe tercümesi şu şekildedir:

"İrat

Madde 153: Tazminat, manevi tazminat veya nafaka olarak mahkeme kararıyla veya tarafların anlaşmasıyla bir irat şeklinde ödeme yapılan durumlarda, hak sahibi eş yeniden evlenirse, bu iradın ödenme yükümlülüğü sona erer.

Yoksulluk nedeniyle verilen irat, yükümlü eşin talebi üzerine, yoksulluk ortadan kalkar veya önemli ölçüde azalırsa ve yükümlünün mali durumu iradın miktarına uygun değilse kaldırılır veya azaltılır."

Metnin orijinal Almanca hali:

„Rente.

Art 153: Wird als Entschädigung, Genugtuung oder Unterhaltsbeitrag durch das Urteil oder durch Vereinbarung eine Rente festgesetzt, so hört die Pflicht zu ihrer Entrichtung auf, wenn der berechtigte Ehegatte sich wieder verheiratet.

Eine wegen Bedürftigkeit ausgesetzte Rente wird auf Verlangen des pflichtigen Ehegatten aufgehoben oder herabgesetzt, wenn die Bedürftigkeit nicht mehr besteht oder in erheblichem Maße abgenommen hat, sowie wenn die Vermögensverhältnisse des Pflichtigen der Höhe der Rente nicht mehr entsprechen.“

- ¹⁴ Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht, Verwandtenunterstützungspflicht, Heimstätten, Vormundschaft und Ehevermittlung), 15 Kasım 1995, BBI 1996 I 1, s.26.; Urs Gloor/Annette

tazminat yükümlülüğünü düzenleyen ZGB Art. 151 hükmü kapsamında, evlilik içerisinde eşlerin birbirlerine karşı sunmuş oldukları hayat standartlarının devamı bir tazminat kalemi olarak kabul ediliyordu¹⁵ ve bu tazminatın Art. 153 bağlamında irat şeklinde ödenmesi mümkündü. Yine yürürlükten kaldırılan ve hukukumuzdakine benzer şekilde yoksulluk nafakasını düzenleyen Art. 152 hükmü ancak büyük yoksulluk (“große Bedürftigkeit”) halinde ve maddi tazminata rağmen eşin bu yoksulluktan kurtulamadığı durumlarda eşlerin evlilik içerisindeki destek yükümlülüğünün devamını tesis etmekteydi¹⁶. Bu durum yine hukukumuzdaki yoksulluk nafakası düzenlemesinin amacına benzer şekilde, sosyal dayanışma ilkesinin bir görünümüydü. Ayrıca ilgili düzenleme yine esas olarak nafaka yükümlüsü eşin kusuruna dikkat edilmeyeceğini vurgulayarak, kanunun temelde boşanmanın sonuçlarını kusur gözüyle inceleyen yapısını gösteriyordu. Fakat burada vurgulamak gerekir ki Art. 152 kapsamında hükmedilen yoksulluk nafakası ikincil nitelik taşımakla birlikte, ancak istisnai olarak eşin büyük yoksulluk içerisinde kalması halinde gündeme gelen bir nafaka türüydü¹⁷. Dolayısıyla eşlerin birbirine karşı destek sağlaması kural olarak kusurlu bir boşanmanın gerçekleşmesi halinde söz konusu oluyordu. Kanun koyucu bu kusura bağlılıktan uzaklaşmak ve yalnızca desteğe ihtiyaç olan hallerde bir sonuca varmak amacıyla tazminata yönelik Art. 151 hükmünü ve

Spycher, *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I*, Hrsg. Thomas Geiser, Christiana Fountoulakis, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2022, Vorbemerkungen zu Art. 125–130 ZGB, Kn.5.

¹⁵ Daniel Steck, *Das schweizerische Ehescheidungsrecht*, 4. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 1995., s.275.; A. Egger, *İsviçre Medeni Kanunu Şerhi*, 2. Cilt, Aile Hukuku, 2. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 1943, s.228.; Xaver Lienert, *Die Schuld bei der Ehescheidung nach schweizerischem Recht*, Bruchdruckerei R. Müller, Gersau, 1950, s.62.

¹⁶ BBI 1996 I, s.100, Steck, s.302.; A. Egger, s.231.

¹⁷ Steck, s.306.; Ingeborg Schwenzer, “Unterhaltsrechtliche Probleme nach Trennung und Scheidung”, *Eherecht in der praktischen Auswirkung : Fortbildungsseminar der juristischen Fakultät der Universität Basel und des Basler Juristenvereins vom 19. Oktober 1990*, Zürich, 1991, 23-35, s.30.; BGE 105 III 50, s.54.; BGE 108 II 81, s.83.

yoksulluk nafakasına ilişkin Art. 152 hükmünü yürürlükten kaldırmıştır¹⁸.

Öte yandan maddi tazminat ve yoksulluk nafakasının bu şekilde düzenlenmesi evlilik kurumunun da niteliğini, bir geçim kurumu (Versorgungsinstitut) haline getiriyordu. Geçmiş zamanda evlilik gerçekten de bir geçim kurumu niteliği taşıyordu¹⁹. Evlenen kimseler, geçim için eşe ya da aile birliği içerisindeki standartlara bağlı olarak bir hayat sürdürüyordu. Fakat günümüzde evliliğin bu ilelebet sürer niteliği artık söz konusu değildir. İsviçre kanun koyucusu da özellikle her geçen yıl artan boşanma sayılarını da dikkate alarak, evliliğin geçim kurumu şeklindeki niteliğini, kişilerin kendi sorumluluğunu üstlenmesi esasına dayanan bir boşanma rejimi ile değiştirmiştir. Bu amaçla eski ve kusura dayanan boşanmanın mali sonuçlarına ilişkin hükümleri yürürlükten kaldırmış ve objektif olarak boşanma sonrası kişisel sorumluluk ilkesinin (Eigenversorgungsprinzip) uygulanmasını amaçlamıştır.

Tüm bu düzenlemeler kapsamında İsviçre kanun koyucusu evliliğin bazı unsurlarının, evlilik içerisindeki dayanışma yükümlülüğünün devamını gerekli kılabileceğini de dikkate almıştır. Bu amaçla evlilikleri de iki kategori olarak kabul etmiş ve özellikle uzun süren ve/veya evlilik içerisinde bir çocuğun dünyaya geldiği, hayat biçimlendiren evlilikleri (lebensprägende Ehe), kısa süreli ve eşlerin ortak çocuğu olmayan evliliklerden (nicht lebensprägende Ehe) ayırmıştır. Kanun koyucu bu şekilde evlilik sonrası dayanışma yükümlülüğüne de bir standart getirmeyi amaçladığını açıkça değişikliğin gerekçesinde ifade etmiştir²⁰.

¹⁸ BBI 1996 I 1, s.35.

¹⁹ Alexander Jungo/Myriam Grütter, *FamKomm Kommentar zum Familienrecht, Scheidung, Band I: ZGB*, Hrsg. Roland Frankhauser/Sabine Aeschlimann/Andrea Büchler/Sandro Clausen/Myriam Grütter/Alexander Jungo, 4. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2022, Vorbemerkungen zu Art 125-132 ZGB, s.255

²⁰ BBI 1996 I 1, s.65.

Özetle, İsviçre hukukundaki revizyon, boşanma sonrası mali ilişkileri kusura dayalı bir tazminat ve mutlak sosyal yardım sisteminden, evliliğın ekonomik sonuçlarının telafisini esas alan ve bununla birlikte evlilik sonrasında tarafların kendi hayatları üzerinde bireysel sorumluluğunu önceliklendiren modern bir dayanışma sistemine dönüştürmüştür. Bu sistemde, evlilik sonrası dayanışma (nacheheliche Solidarität), kendi geçimini sağlama (Eigenversorgungsprinzip) ilkesi ile dengelenmiş ve sınırlandırılmıştır. Türk hukuku bağlamında yoksulluk nafakasının yorumlanması amacıyla bu başlık altında öncelikle kısaca İsviçre’de günümüzde yürürlükte olan sistem incelenecek ve devamında bugün yürürlükte olmamasına rağmen hukukumuzdaki boşanmanın mali sonuçlarına ilişkin düzenlemelerin me hazını oluşturan eski İsviçre uygulaması ele alınacaktır.

a. ZGB’de Gerçekleştirilen 2000 Boşanma Revizyonu Sonrası Eşlerin Evlilik Sonrası Birbirine Destek Yüklümlülüğü

i. Clean Break İlkesi

ZGB kapsamında getirilen evlilik sonrası destek yüklümlülüğü, eski düzenlemede yürürlükte olan yoksulluk nafakası ile temelde ihtiyacın tespiti açısından benzer doğrultudadır. Evlilik sonrası kendisinden geçimini sağlaması beklenemeyecek eşe, eski eşi tarafından bir destek sağlanması, ZGB Art. 125 düzenlemesi kapsamında bir ödemenin kararlaştırılması için öncül řarttır²¹. Her ne kadar boşanan eşin evlilik sonrası kendi geçimini sağlayamaması, destek yüklümlülüğü kapsamında bir nafaka elde etmesini sağlasa da bu düzenleme, temelde sosyal dayanışma yüklümlülüğünün terk edilerek kişilerin kendi sorumluluğunu üstlenmesine yönelik bir değışimi ihtiva eder^{22/23}. Zira

²¹ Alexander Jungo/Zeno Raveane, *FamKomm Kommentar zum Familienrecht, Scheidung, Band I: ZGB*, Hrsg. Roland Frankhauser/Sabine Aeschlimann/Andrea Büchler/Sandro Clausen/Myriam Grütter/Alexander Jungo, 4. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2022, Art. 125 ZGB, s. 267.; Gloor/ Spycher, Art. 125 ZGB, Kn.1.

²² Gloor/Spycher, Kn. 2.; Andrea Büchler/Sandro Clausen, “Die Eigenversorgungskapazität im Recht des nachehelichen Unterhalts: Theorie und Rechtsprechung”, *Die Praxis des Familienrechts (FamPra)*, 1/2015, 1-40, s.3.

eşe verilecek destek, bazı kriterler sonucu boşanma sonrası kendi geçimini sağlayamayacağı durumda, kendi geçimini sağlayana dek geçmesi beklenen süre için tesis edilmektedir²⁴.

Evliliğin sona ermesi, taraflar arasındaki evlilikten doğan sadakat ve destek yükümlülüklerini sona erdirdiği gibi taraflar arasındaki ekonomik bağların da tasfiye edilmesini gerektirir²⁵. Evliliğin hayat şartlarını kurtaran ve yükselten bir anahtar (Kippschalter) gibi kabul edilmemesi, bir kere evlenildiği zaman bütün hayatın kurtulacağı ya da bir dayanak vasıtası ile idame ettirileceğine güvenilmemesi gerekir²⁶. Eski düzenlemeye göre boşanmada kusurlu olan taraf, maddi tazminat olarak evlilik içerisinde sağlamış olduğu yaşam standartlarını kısmen de olsa boşanmış olduğu eşine temin etmek durumunda kalabiliyordu²⁷. Benzer şekilde İsviçre düzenlemesinde de maddi tazminat dışında kalan yoksulluk nafakası talepleri, eşin kusursuzluğunu ya da en azından diğer eşten daha az kusurlu olmasını gerektiriyordu. ZGB Art. 125 hükmü ise kusurdan bağımsız olarak objektif bir bakış açısıyla yalnızca eşin kendi geçimini sağlayamadığı

²³ Alman hukukundaki “Grundsatz der Eigenverantwortung (Şahsi Sorumluluk İlkesi)” başlıklı §1569 BGB hükmü, İsviçre hukukunda düzenlenen ZGB Art. 125 hükmünde kabul edilen temel ilkeyle aynı yönde boşanma sonrası kişilerin kendi geçimini üstlenmesi gerektiğini kabul etmektedir. Alman kanun koyucu hükümde açıkça kişinin kendi sorumluluğunu üstleneceğini, yalnızca boşanan eşlerin bunu sağlayamayacağı durumlarda takip eden hükümlerde belirtilen şartlar kapsamında bir nafakanın söz konusu olacağını düzenlemiştir. Çalışma bağlamımız mehzaz hukuk olduğu için burada sadece İsviçre hukukundaki düzenlemelere paralel bir bakış açısının Alman hukukunda da mevcut olduğuna değinmekle yetineceğiz.

²⁴ Jungo/Raveane, s.273.; Gloor/Spycher, Kn.3.

²⁵ Büchler/Clausen, s.2.

²⁶ Diego Stoll, “Nachehelicher Unterhalt bei nicht lebensprägenden Ehen – oder: Wie lässt sich das negative Interesse bestimmen?”, *Die Praxis des Familienrechts (FamPra.ch)*, 2023, 26-43, s.28.

²⁷ Steck, s.149.

hallerde ve bu geçimini sağlayabileceği süreye kadar geçen süre için bir destek dzenlemektedir²⁸.

İsviçre'deki bu değişimin temel sebebini 1960'lardan beri boşanma oranları ve ortalama evlilik yaşının artması oluřturmuřtur²⁹. Demografik olarak yaşanan bu değişim, kişilerin daha çok bireysel hayatını önceliklendirmesi ve özellikle evliliğin ekonomik yükümlülüklerinden kaçınılması sonucu gerekleřmiřtir³⁰. Kaldı ki günümüzde eşlerin ekonomik hayata katılımı eski zamanlara oranla daha açık şekilde tesis edilmektedir. Yani eşler çalışma hayatı içerisinde yer almaya devam eder. Öte yandan İsviçre öğretisinde de eski düzenlemelerin kadının evlilik dolayısıyla iş hayatından kopmasını tazmin etme amacı taşıdığı kabul edilmektedir³¹. Günümüzde ise kadınlar iş hayatında eskiye kıyasen daha çok yer almakta ve ifade etmiş olduğumuz üzere evlilik sebebiyle ekonomik hayattan ekilmemektedir.

İsviçre kanun koyucusu tüm bu ihtiyaçları karşılamak ve demografik değişimleri hukuki düzene de yansıtma amacıyla kişilerin kendi sorumluluğunu üstlenmesine dayanan ve boşanma ile birlikte sosyal dayanışmadan ziyade, tarafların temiz ayrılığını hedefleyen ZGB Art. 125 düzenlemesini getirmiştir. Bu vesileyle boşanma yalnızca eşler arasındaki aile birliğinin sonlandırılmasını değil, benzer şekilde ekonomik bağların da kopartılmasını amalamaktadır³².

Bu noktada temiz ayrılığın İsviçre kanun koyucusu tarafından ne şekilde temin edildiğinin anlaşılabilmesi amacıyla kısaca ZGB Art. 125 kapsamındaki evlilik sonrası destek ykmllğnn şartları ele alınacaktır.

²⁸ Gloor/Spycher, Kn.7.

²⁹ Ingeborg Schwenzer, "Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen", *Die Praxis des Familienrechts (FamPra)*, 2014, 966-1008, Makale, s.969.

³⁰ Ingeborg Schwenzer, Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen, s.970.

³¹ Ingeborg Schwenzer, Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen, s.972.

³² Rolf Vetterli, "Zur Bemessung des nachehelichen Unterhalts - ein Klrungsversuch", *Aktuelle Juristische Praxis*, 2009, 575-584, s.579.; Gediz Kocabaş, s.363.

ii. Şartları

ZGB Art. 125 bağlamında boşanan eşlerden biri için destek kararlaştırılması, öncelikle eşin boşanma sonrasında geçimini sağlayamayacak şekilde muhtaç durumda kalacağının tespiti gerektirir³³. Eşin nasıl bir desteğe muhtaç olacağı tespit edilirken, önceki düzenlemeden farklı olarak evlilik içerisindeki yaşam standardı da diğer kriterlerle birlikte dikkate alınır³⁴. Fakat evlilik sırasındaki şartların doğrudan temini amaçlanmaz. Bu standart, tespit edilecek nafakanın üst sınırını oluşturur³⁵. Görüldüğü üzere İsviçre düzenlemesi, yoksulluk nafakası ve maddi tazminatı kaldırmakla birlikte, her iki hususu da dikkate alan bir orta yol bulma amacı gütmüştür. Zira eski düzenlemeye ilişkin incelemelerimizde açıklayacağımız üzere maddi tazminat evlilik sırasındaki yaşam standartlarını kapsarken, yoksulluk nafakası yalnızca kişinin geçimini sağlayamayacağı eşiği dikkate almıştır.

Kanun koyucu eşin ne zaman kendi geçimini sağlayabileceğini tespit ederken, emeklilik ya da yaşlılık aylığı gibi kurumlardan elde edilen gelirleri de dikkate almaktadır³⁶. Temel amaç eşlerin arasındaki ekonomik bağların bir an önce sonuçlandırılması olduğu için, eşin kendi elde edeceği gelirlere kavuşma anı, desteğin süresinin tespiti açısından önem arz eder.

İsviçre düzenlemesi bağlamında destek yükümlülüğünün tespitinde evliliğin süresi önemli bir kriter olarak düzenlenmiştir. Federal Mahkemenin eski uygulaması beş yıla kadar süren evliliklerin hayatı değiştirici nitelik taşımadığı ve fakat on yıldan uzun süreli evliliklerin ise hayatı değiştirici nitelik taşıdığından bahisle bir değerlendirme yapılması yönündeydi. Eğer evlilik hayatı şekillendirici nitelikteyse, eşin evlilik sırasında yaşanan yaşam standardının devamına yönelik korunmaya değer güveninin bulunduğu kabul

³³ Jungo/Raveane, s.268.; Thomas Geiser, "Aufbau einer angemessenen Altersvorsorge und Dauer des nachehelichen Unterhalts", *Die Praxis des Familienrechts (FamPra.ch)*, 2/2012, 353-368, s.355.

³⁴ Jungo/Raveane, s.269.

³⁵ Jungo/Raveane, s.270.; Gediz Kocabaş, s.379.

³⁶ Gediz Kocabaş, s.379.

edilir³⁷. Bu bağlamda nafakanın kapsamı, kural olarak evlilik sırasında sürdürölen son yaşam standardına göre tespit edilir³⁸. İsviçre Federal Mahkemesi içtihatlarına göre, evliliğın uzun sürmesi (genellikle 10 yıldan fazla) veya bu evlilikten ortak çocukların doğmuş olması halinde, evliliğın hayatı şekillendirici olduğu kabul edilir³⁹. Buna karşılık eşlerin ortak çocuğu yoksa ve evlilik 5 yıldan az bir süre için devam etmişse artık evliliğın hayatı şekillendirici nitelikte olmadığı kabul edilir⁴⁰. Bu durumda uygun geçim standardının belirlenmesinde evlilik sırasındaki yaşam düzeyi değil, evlilik öncesi koşullar esas alınır. Amaç, evliliğın sebep olduğu zararın tazminidir. Bu gibi durumlarda eşlerin evliliğın uzun süreceğine güvenerek reddettiği iş tekliflerinin dahi, evlilik sonrası dayanışma yükümlölüğü bağlamında belirleyici bir unsur olarak dikkate alınabileceği İsviçre Federal Mahkemesi uygulamasında kabul edilmektedir⁴¹. Ayrıca bu hususlar, hayatı şekillendirici olmayan evlilikler bağlamında maddi tazminata benzer bir uygulamanın yapıldığını da göstermektedir. Güncel uygulamada ise İsviçre Federal Mahkemesi doğrudan evliliğın taraflar üzerindeki etkisinin araştırılması ve buna göre karar verilmesi yönünde hareket ederek süreye dikkat etmekle birlikte, basit olarak beş yıldan az, on yıldan fazla gibi net kriterleri kullanma yönündeki içtihadını terk etmiştir⁴². Bu bağlamda evliliğın süresi ile bağlı olarak her evliliğın taraflar üzerindeki etkisi dikkate alınmakta, eşin evlilik sebebiyle kendi eski hayatından ne derece ayrıldığı ve artık eskisinden daha farklı bir hayatı olduğu incelenmektedir⁴³.

Evlilik içerisindeki görev dağılımı da ayrı bir kriter olarak destek yükümlölüğüne hükmedilmesi hususunda dikkate alınmaktadır⁴⁴. Evlilik içerisinde eşlerden birinin üstlenmiş olduğu görevler, kendi

³⁷ Gloor/Spycher, Kn.3.

³⁸ Gloor/Spycher, Kn. 3a; Jungo/Raveane, s.272.

³⁹ Büchler/Clausen, s.9; Jungo/Ravenae, s.274.; Gloor/Spycher, Kn.3b.

⁴⁰ BGE 115 II 6, s.9.; BGE 110 II 225, s. 226.; BGE 109 II 184, s.186.

⁴¹ Stoll, s.34.

⁴² Jungo/Raveane, s.302.

⁴³ BGE 147 III 249, s.256.; Jungo/Raveane, s.303.

⁴⁴ ZGB Art. 125, f. 2., b. 3.

profesyonel yaşamından uzak kalması sonucunu oluşturmuşsa, bu eşin evlilik sonrasında desteklenmesi gerekebilir⁴⁵. Zira evlilik eşin profesyonel hayatını olumsuz yönde etkilemiştir ve evlilik sonrası eski haline geri dönene kadar ona uygun bir destek verilmesi gerekir⁴⁶.

Bir diğer şartı ise eşlerin yaşı ve sağlık durumu oluşturur⁴⁷. İsviçre Federal Mahkemesi uygulamasında önceleri boşanma sırasında 45 yaşını doldurmuş ya da daha yaşlı olan eşlerin yeniden iş hayatına dönmeleri ya da bir eğitimi tamamlayarak ilk kez katılmaları mümkün görülmediğinden, bu şartlar altındaki eşlere süresiz destek sağlanması gerektiği kabul ediliyordu⁴⁸. Fakat bu uygulama önce 45 yaş yerine 50 yaşın dolmasının aranması⁴⁹ ile öncelikle yaş şartının artırılması yoluna gidilmiştir. Fakat zaman içerisinde İsviçre'deki eğitim imkanlarının çeşitlenmesi ve farklı yollarla yeniden iş hayatına giriş imkanlarının doğması, doğrudan belirli bir yaş kriterinin belirlenmesinden ziyade eşin herhangi bir şekilde yaşı ve sağlığı kapsamında iş hayatına katılımının mümkün olup olmadığının değerlendirilmesi şeklinde uygulanmaya başlamıştır⁵⁰. Yaş dikkate alınırken eşin emeklilik aylığına hak kazanıp kazanmayacağı, kazanabilecekse bunun hangi yaşta gerçekleşeceği de dikkate alınarak herhangi bir destek mevcut olduğu durumda boşanılan eşten destek alınmasına gerek olmadığı şeklinde de uygulama gerçekleştirilmiştir. Görüldüğü üzere uygulamada da öncelikle eşin kendi geçimini sağlaması temelinden hareket edilmekte, bunun mümkün olmadığı durumlarda desteğin gereği kabul edilmektedir.

Hukukumuz açısından da dikkate alınması gereken ve İsviçre hukukunda destek ihtiyacının tespitinde aranan bir diğer şart da evlilik sonrası boşanan eşin sahip olacağı malvarlığı değerleridir⁵¹. Burada özellikle mal rejiminin tasfiyesi sonucu eşin elde edeceği malvarlığı

⁴⁵ Jungo/Raveane, s.306.

⁴⁶ Jungo/Raveane, s.307.

⁴⁷ ZGB Art. 125, f. 2., b. 4.

⁴⁸ BGE 115 II 6, s.11.; BGE 114 II 9, s.11.

⁴⁹ BGE 137 II 102, s.109.

⁵⁰ BGE 147 III 308, s.320.

⁵¹ ZGB Art. 125, f. 2., b. 5.

değerleri, ilgili eşin desteğe ihtiyacı olup olmadığının tespitinde dikkate alınmaktadır⁵². Mal rejiminin tasfiyesi eşin belirli oranda bir ekonomik imkân kazanmasına zemin oluşturduğu durumda, bu imkanlar kapsamında kendi geçimini sağlaması gerektiği kabul edilmektedir.

Bir başka kriter olarak ise özellikle çocuklu eşlerin boşanması sonrası velayet kendisinde kalan eşin, çocuklarla ilgilenmesi sebebiyle harcaması gereken zaman dolayısıyla bir desteğe hak kazanması söz konusu olabilir⁵³. Burada önemli olan çocuklara yönelik bir desteğin sağlanmasından ziyade, çocuklarla ilgilenmek durumunda kalan eşin kendi geçimini sağlamaktan ne derece geri kalacağının tespitidir⁵⁴.

Nihai olarak ise eşin gelecekte elde edeceği miras gibi kazanımlar⁵⁵ ve eşin eğitimi kapsamında mesleki hayatta ne şekilde yer alabileceği⁵⁶ hususları da boşanma sonrası eşin desteklenmesi gerekip gerekmeyeceğinin tespitinde dikkat edilmesi gereken kriterler olarak düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere İsviçre kanun koyucusu eşlerin hayat şartlarını ve yaşamlarında evlilik dolayısıyla gerçekleşen değişiklikleri kapsamlı şekilde dikkate alan bir düzenleme yoluyla evlilik sonrası destek şeklinde bir nafakayı düzenlemiştir. Bu düzenlemeler gündelik hayatın gereksinimlerine ayak uydurmak amacıyla yapılmış olup⁵⁷, eski yoksulluk nafakası düzenlemesinden tamamen farklı bir usul izlemektedir. Zira detaylı olarak açıklanacağı üzere, eski İsviçre düzenlemesi bağlamında yoksulluk nafakası, evliliğin etkilerinden ziyade objektif bir yoksulluk halini engellemeyi amaç edinmekteydi⁵⁸. Ayrıca boşanma sonrası maddi tazminata ilişkin düzenlemenin de kanundan çıkartılarak nafaka ile birlikte bir bütün olarak düzenlenmesi, uygulamadaki olası karışıklıkların da ortadan kalkmasını

⁵² Jungo/Raveane, s.309.

⁵³ Jungo/Raveane, s.314.

⁵⁴ Jungo/Raveane, s.315.

⁵⁵ ZGB Art. 125, f. 2., b. 8.

⁵⁶ ZGB Art. 125, f. 2., b. 7.

⁵⁷ BBI 1996 I 1, s. 43.

⁵⁸ Steck, s.300.

amaçlamıştır⁵⁹. İsviçre'deki nafaka yükümlülüğüne ilişkin eski düzenlemeler ile yeni düzenlemeler arasındaki farkların daha iyi anlaşılabilmesi amacıyla 2000'de gerçekleştirilen boşanma hukuku revizyonu öncesi hükümler ve bu bağlamdaki uygulamanın anlaşılması gereklidir.

b. 2000 Yılı Boşanma Revizyonu Öncesi Evlilik Sonrası Nafaka Sorumluluğu

2000 yılında yürürlüğe giren boşanma hukuku revizyonu öncesinde, İsviçre boşanma sonrası nafaka düzenlemeleri, günümüzde Türk hukukunda hala yürürlükte olan yoksulluğa dayalı nafaka şeklindeydi. Boşanma sonrası yoksulluğa düşecek eşe, kusursuz dahi olsa diğer eşin belirli bir miktar ödeme yapmasına hükmediliyordu. Ayrıca eşlerden biri boşanmada kusursuz, diğeri kusurlu ise bu durumda kusurlu eşin maddi tazminat kalemi olarak diğer eşe evlilik içerisinde sunmuş olduğu desteği sürdürmesi ve bu yolla da maddi tazminat şeklinde bir nafakanın ödenmesi kararlaştırılıyordu. Fakat detaylıca açıklanacağı üzere bu ikili sistemin hukukumuzdaki uygulamadan en temel farkı, ikisinin birbirini tamamlayıcı olarak kabul edilmesiydi⁶⁰. Yoksulluk nafakası ancak tali olarak uygulanmakta, boşanma sonucu herhangi bir gelir elde edemeyen eşin yoksulluğa düşecek olması halinde desteklenmesi şeklinde uygulanmaktaydı. Her ne kadar İsviçre hukukundaki eski hükümler, Türk hukukunda günümüzde yürürlükte olan hükümlerle benzerlik taşısa da uygulamaları birbirinden ayrılmaktadır. Bu farkları tespit edebilmek adına öncelikle İsviçre hukukunda eski hükümlerin uygulandığı dönemde yoksulluk kavramının nasıl yorumlandığı açıklanacaktır.

i. Yoksulluk Kavramı

İsviçre Medeni Kanunu'nun mülga 152. maddesi, boşanma sonrası nafaka sisteminde, mülga 151. maddede düzenlenen ve evliliğin kendisine sağladığı menfaatlerin kaybından doğan zararın tazminini

⁵⁹ BBI 1996 I 1, s. 52.

⁶⁰ Steck, s.306.; Schwenzer, "Unterhaltsrechtliche Probleme nach Trennung und Scheidung", s.30.; BGE 105 III 50, s.54.

amaçlayan⁶¹ nafakanın aksine hakkaniyet temeline dayanan ve yoksulluğu ortadan kaldırmayı amaçlayan, tali bir nafaka türü öngörmekteydi. Bu nafaka yürü, evliliğin sona ermesinin ardından ortaya çıkan bir sosyal yardım niteliğini haizdi⁶². Hükmün lafzından da anlaşıldığı üzere, bu nafakanın temel şartları; nafaka talep eden eşin boşanmada "kusursuz" olması ve boşanma neticesinde "büyük yoksulluğa" düşecek olmasıdır⁶³.

Yoksulluk, bundan çok daha dar kapsamlı olup, nafaka alacaklısının kendi mütevazı geçimini sağlayamaması, yani asgari geçim düzeyinin altına düşmesi ve acil ihtiyaçlarını karşılayamaması durumunu ifade eder⁶⁴. Başka bir deyişle, yoksulluk, bir eşin kendi geliri veya malvarlığı ile en temel yaşam masraflarını dahi karşılayamaması halidir. İsviçre Federal Mahkemesi, bu kavramı tanımlarken, kişinin gerekli geçim araçlarından yoksun olması ve bu araçları kendi çalışmasıyla elde etme imkanının da bulunmamasını esas almıştır⁶⁵.

İsviçre Federal Mahkemesi uygulamasında "yoksulluk" durumunun tespitinde, İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nun 93. maddesi uyarınca belirlenen "asgari geçim standardı" esas alınmıştır⁶⁶. Federal Mahkeme, bu standardın kullanılmasının, hâkimin geniş takdir yetkisine dayalı keyfi değerlendirmelerin önüne geçeceğini, hukuk güvenliğini ve eşit muameleyi sağlayacağını vurgulamıştır⁶⁷. Dolayısıyla, bir eşin mülga ZGB Art. 152 anlamında yoksul sayılıp sayılmayacağı, onun gelir ve malvarlığının, İcra ve İflas Kanunu uyarınca hesaplanan haczedilemez asgari geçim seviyesinin altında kalıp kalmadığına göre objektif olarak tespit edilmekteydi ve belirlenen

⁶¹ Egger, s.229.

⁶² BBI 1996 I 1, s. 23.

⁶³ Ingeborg Schwenzer, *FamKomm Kommentar zum Familienrecht, Scheidung, Band I: ZGB*, Hrsg. Roland Frankhauser/Sabine Aeschlimann/Andrea Büchler/Sandro Clausen/Myriam Grütter/Alexander Jungo, 4. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2022, Vorbemerkungen zu Art. 125-132 ZGB s.252.

⁶⁴ BGE 81 II 408.

⁶⁵ BGE 123 III 49.

⁶⁶ Steck, s.302.

⁶⁷ BGE 121 III 49, s.50.

bu bedelin %20 daha fazlasına kadar kazanan kimseler, yoksul olarak kabul edilmekteydi⁶⁸.

Yoksulluk nafakasının bir diğer kurucu unsuru, yoksulluğun "boşanma nedeniyle" ortaya çıkmış olmasıdır. Bu, yoksulluk durumu ile boşanma kararı arasında doğrudan bir illiyet bağının bulunması gerektiği anlamına gelir. Fakat her ne kadar doğrudan illiyet bağı aransa da Federal Mahkeme uygulamasında bu bağ daha geniş şekilde yorumlanmakta ve evlilik sonrasında düşülen her türlü yoksulluk durumunun, evliliğin sonucu olabileceği kabul edilmektedir. Öyle ki İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, evlenmeden önce yoksul olan ve evlilik süresince eşinin desteğiyle daha yüksek bir standarda kavuşan eş lehine, boşanma nedeniyle tekrar eski yoksulluk durumuna düşmesine rağmen yoksulluk nafakasına hükmedilebileceğini kabul edilmiştir⁶⁹. Mahkemeye göre, yoksulluğun bizzat evlilik tarafından yaratılmış olması değil, boşanmanın bir sonucu olarak tekrar da olsa ortaya çıkması yeterlidir⁷⁰. Görüldüğü üzere İsviçre Federal Mahkemesi uygulamasında yoksulluk nafakası tali olmakla birlikte yoksulluğun oluşacağı durumlarda geniş bir uygulama kapsamında hükmedilen bir destek niteliğini taşımaktaydı.

Bu noktada yoksulluk nafakasının maddi tazminat ile arasındaki bağ da İsviçre Federal Mahkemesi'nin uygulamasında yol göstericidir. Bu bağlamda özellikle maddi tazminat kalemlerinin neler olduğunun anlaşılması gerekir.

ii. Maddi Tazminat ile Bağlantısı

1. Tazminat Kapsamında "Beklenen Menfaat" Kavramı ve İçeriği

İsviçre Medeni Kanun'un mülga 151. maddesi, boşanma sonucu oluşan maddi ve manevi zararların tazminini amaçlayan düzenlemedir. Hükmün amaçlarından biri, boşanmada kusursuz veya en azından daha az kusurlu olan eşin, evliliğin devam etmesi halinde sahip olacağı

⁶⁸ BGE 118 II 99; BGE 114 II 304; BGE 123 III 49; Steck, s.299.

⁶⁹ BGE 81 II 408.

⁷⁰ BGE 81 II 408, s.409.

ekonomik durumu, evlilik sonrası da korumasını sağlamaktı⁷¹. Bu tazminatın hedefi, kusursuz eşi, boşanma olmasaydı içinde bulunacağı varsayımsal ekonomik konuma getirmektir⁷². Evlilik birliği içinde sürdürülen yaşam standardı, boşanma sonucu yaşanacak zararın somutlaştırılması açısından bir kriter teşkil ediyordu. Dolayısıyla, 151. madde kapsamındaki tazminatın üst sınırı, kusursuz eşin evlilik devam etseydi sahip olacağı yaşam standardıydı. İsviçre Federal Mahkeme uygulamasında da bu nafakanın amacı, "evlilik yaşam standardının korunması" olarak kabul edilmekteydi⁷³.

Maddi tazminat karakterli bu nafakanın talep edilebilmesi için öncelikli ve belirleyici şart, talep edenin boşanmada kusursuz veya en azından diğer eşe göre bariz şekilde daha az kusurlu olmasıydı. İkinci olarak, kusursuz eşin boşanma nedeniyle bir "zarara" (Schaden) uğramış olması gerekirdi. Boşanma nedeniyle evliliğin sağladığı ekonomik menfaatlerin kaybedilmesi de bu bağlamda bir zarar olarak kabul ediliyordu. Tazminatın kapsamı, yalnızca mevcut geçim standardının kaybını değil, aynı zamanda evlilik devam etseydi elde edilmesi beklenen miras veya mal rejiminden doğan beklenen kaybını da içermekteydi⁷⁴.

Maddi tazminat kalemi olarak evlilik içerisindeki yaşam standartlarının kabul edilmesi, yoksulluk nafakasının tespitinde de önemli bir rol oynamıştır. Bu bağlamda yoksulluk nafakasının taliliği de aslında boşanma sonucu maddi tazminata verilen anlamla bağlantılı olarak incelenmelidir.

2. Yoksulluk Nafakasının Tazminat Sonrası Durum Kapsamında Değerlendirilmesi

İsviçre Medeni Kanunu'nun mülga 152. maddesinde düzenlenen yoksulluk nafakası, 151. maddeye göre "tali" (subsidiär) bir nitelik

⁷¹ Lienert, s.45.; Steck, s.285

⁷² Schwenger, "Unterhaltsrechtliche Probleme nach Trennung und Scheidung", s.34.

⁷³ BGE 108 II 81, s.82.

⁷⁴ Steck, s.289.

taşıymaktaydı⁷⁵. Buna göre, kusursuz eşin nafaka talebi öncelikle 151. maddeye göre değerlendirilirdi. Eğer mülga 151. maddeye dayalı olarak hesaplanan bu tazminat nafakası, kusursuz eşin "yoksulluğa" düşmesini engellemeye yetiyorsa, yani onun asgari geçim standardını karşılıyorsa, mülga 152. madde kapsamında yeniden bir nafakaya hükmedilmezdi⁷⁶. Zira bir yoksulluk durumu oluşmazdı.

Ancak, Art. 151'e dayalı talebin sonuçsuz kalması veya bu madde uyarınca hesaplanan miktarın kusursuz eşin asgari geçimini dahi karşılayamaması durumunda, Art. 152 düzenlemesi bir güvenlik unsuru olarak görevi görürdü. Bu nedenle, Art. 152'nin amacı Art. 151 gibi evlilik standardını korumak değil, kusursuz eşin asgari düzeyde de olsa geçimini temin ederek en acil ihtiyaçlarını karşılamaktır⁷⁷. İsviçre Federal Mahkemesi'nin daha önce de incelemiş olduğumuz kararında da vurguladığı üzere, yoksulluğa düşecek eş evlenmeden önce de yoksul olsa dahi, bu durum "boşanma nedeniyle yoksulluk" olarak kabul edilir ve Art. 152 uyarınca asgari geçim düzeyinde bir nafakaya hak kazanır⁷⁸.

Görüldüğü üzere yoksulluk nafakası mehz İsviçre hukukunda da kural olarak yalnızca yoksulluğu engellemeyi amaçlayan ve maddi tazminat ile yoksulluk ortadan kalkmadığı durumlarda gündeme gelen bir nafaka türüdür. Hukukumuzda güncel uygulama bu yönde olmasa dahi, TMK düzenlemeleri yoksulluk nafakasının tali olarak uygulanması açısından uygun düzenlemelerdir. Bu bağlamda mehz hukuktaki mülga ZGB Art. 151 ve Art. 152 düzenlemeleri ile bu düzenlemelerin uygulaması, hukukumuz açısından da yol gösterici olmalıdır. Bu bağlamda mehz hukukta nafakanın süresi ve miktarının tespitine ilişkin uygulamanın da incelenmesi gerekir.

⁷⁵ Steck, s.306.; Schwenzer, "Unterhaltsrechtliche Probleme nach Trennung und Scheidung", s.30.; BGE 105 III 50, s.54.; BGE 108 II 81, s.83.

⁷⁶ BGE 105 III 50, s.54.; BGE 108 II 81, s.83.

⁷⁷ BBI 1996 I 1, s.18.

⁷⁸ BGE 115 II 6.

iii. Süre ve Miktar Hususu

İsviçre hukukunda gerçekleştirilen 2000 yılı revizyonu öncesinde, nafakanın süresi konusunda katı ve yeknesak bir kural mevcut değildi. Gerek maddi tazminat gerekse yoksulluk nafakası düzenlemeleri, nafakanın belirli bir süreyle sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı veya süresiz olup olmayacağı konularını temelde hâkimin geniş takdir yetkisine bırakıyordu⁷⁹. Hâkim bu takdir yetkisini kullanırken, her iki hükmün farklı amaçlarını ve somut olayın tüm koşullarını hakkaniyete uygun olarak değerlendirmekle yükümlüydü.

İsviçre Medeni Kanunu'nun mülga Art. 151 hükmü bağlamında belirlenen tazminat, süresiz bir irat şeklinde de kararlařtırılabilmekteydi⁸⁰. Ancak, İsviçre Federal Mahkemesi uygulamasında bu kuralın mutlak olmadığı ve belirli durumlarda maddi tazminatın süreyle sınırlandırılmasının mümkün ve hatta gerekli olduğu kabul edilmekteydi⁸¹. Sürenin belirlenmesindeki temel kriteri ise uğranılan zararın niteliği ve kalıcılığıydı. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, evlilik içerisinde uzun süreli bir ev hanımlığı yapan eşin, ev işleri ve ocuk bakımı nedeniyle kendi mesleki kariyerinden feragat ettiğini ve bu durum kalıcı bir zarara yol açtığını kabul etmiřtir⁸². Mahkeme, bu tür uzun evliliklerde, boşanma anında özellikle 45 yaşlarına gelmiş olan bir ev hanımından, tekrar tam zamanlı bir işe dönmesinin makul olarak beklenemeyeceğini kabul etmektedir⁸³. Bu durumda, evliliğin sağladığı desteğin kaybı kalıcı olduğundan, Art. 151'e dayalı maddi tazminat da kural olarak süresiz veya en azından emeklilik yaşına kadar bağlanması gerekli olarak kabul edilirdi.

Buna karşılık, İsviçre Federal Mahkemesi uygulamasında evliliğin süresinin Art. 151 kapsamındaki tazminat şeklindeki destek süresini sınırlamak için "esaslı bir kriter" olduğunu da kabul etmiřtir⁸⁴.

⁷⁹ BGE 115 II 6, s. 8; BGE 81 II 408, s. 410.; Egger, s.276.

⁸⁰ Egger Kommentar, N 12.

⁸¹ BGE 108 II 81, s. 83; BGE 97 II 7, s. 9.

⁸² BGE 109 II 286, s. 289.

⁸³ BGE 109 II 286, s. 289-290.

⁸⁴ BGE 108 II 81, s. 83.

Özellikle "kısa süreli evliliklerde", Art. 151'e dayalı tazminatın süresiz olması kabul edilmemiştir⁸⁵. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, yaklaşık 4,5 yıl sürmüş çocuksuz bir evliliği "kısa evlilik" olarak nitelendirmiş ve bu durumda kusursuz eşe, kaybettiği evlilik standardı için değil, sadece mesleki hayata yeniden entegre olabilmesi için gerekli olan bir "geçiş süresi" boyunca, sınırlı bir tazminat ödenmesine karar vermiştir⁸⁶. Zira yine İsviçre Federal Mahkemesi uygulamasında, kısa süreli evliliklerde, evlilik standardının kalıcı bir kazanılmış hakka dönüştüğü kabul edilmemiştir

İsviçre Medeni Kanunu'nun mülga Art. 152 hükmü bağlamında tesis edilen yoksulluk nafakasının süresi de tamamen hâkimin takdirine bırakılmıştı⁸⁷. Mahkeme, Art. 152'nin amacının kusursuz eş i ömür boyu güvence altına almak olmadığını, boşanma sonrası yeni duruma uyum sağlaması için bir "geçiş yardımı" sağlamak olabileceğini vurgulamıştır⁸⁸. Burada eş in sağlayacağı desteğin miktarı ise yine hukukumuzda olduğu gibi nafaka yükümlüsü eş in ödeme gücü ile orantılı olmalıydı⁸⁹.

Yoksulluk kavramının bu teorik tanımının uygulamada nasıl somutlaştırılacağı, özellikle de hâkimin takdir yetkisinin sınırları bakımından önem arz etmekteydi. Öğreti ve İsviçre Federal Mahkemesi uygulaması, yoksulluk sınırının belirlenmesinde, İsviçre İcra ve İflas Kanunu (SchKG) Art. 93 uyarınca belirlenen asgari geçim standardının temel alınması gerektiğini savunmaktaydı⁹⁰.

Görüldüğü üzere süre bakımından İsviçre uygulamasında süresizliğin önünde bir engel bulunmamakla birlikte, uygulama temel olarak hâkimin takdir yetkisi bağlamında ve evlilik ile orantılı olarak nafaka ödenecek sürenin tespit edilmesi şeklindedir. Miktar bakımından ise İsviçre Federal Mahkemesi yoksulluk nafakasının, bir kimsenin haczi kabil geliri olduğu cihette alamayacağı bir nafaka geliri olarak kabul

⁸⁵ BGE 109 II 184, s. 186.

⁸⁶ BGE 109 II 184, s. 186-187.

⁸⁷ BGE 81 II 408, s. 410.

⁸⁸ BGE 115 II 6, s.13.

⁸⁹ Steck, s.312.

⁹⁰ BGE 98 Ia 340.; BGE 95 II 289.; BGE 93 II 287; Steck, s.308.

etmiştir. Yani İsviçre İcra ve İflas Kanunu’nun 93. maddesine göre geliri ailesini veya kendisini geçindirmeye yetmediği sürece yoksul kabul edilecektir. Nafaka miktarı da haczi kabil gelir sınırının %20 fazlası olarak uygulanmaktadır. Tüm bu açık uygulamaya rağmen İsviçre hukukunda yoksulluk nafakasına hükmedilmesi gereken durumların tali olması ve yoksulluğun objektif kriterlerle tespit edilmesi hususları, Türk hukukundaki uygulamadan ayrılmaktadır. Bu noktada aradaki farklılıkların anlaşılabilmesi amacıyla Türk hukukundaki boşanma sonrası yoksulluk nafakası düzenlemelerinin incelenmesi gereklidir.

III. Türk Hukukunda Boşanma Sonrası Yoksulluk Nafakası Yükümlülüğü

Günümüzde Türk hukukunda yürürlükte olan yoksulluk nafakası başlıklı TMK m. 175 düzenlemesi, temelde İsviçre hukukunda yürürlükten kaldırılan mülga ZGB Art. 152 düzenlemesinin bir tercümesi niteliğindedir. İlgili hükmün tercümesi hatırlandığında, tıpkı TMK m. 175 düzenlemesinde olduğu gibi boşanma sonrası yoksulluğa düşecek eşin, diğer eşten geçimi için mali gücü oranında bir nafaka isteyebileceğini düzenlemiştir. Her iki düzenlemede de nafaka yükümlüsü olacak eşin boşanmada kusuru olmasa dahi bu sorumlulukla yzleşebileceği vurgulanmıştır.

Eski İsviçre düzenlemesi ile günümüzde yürürlükte olan Türk hukukundaki yoksulluk nafakası düzenlemesi, temelde yoksulluğun niteliği bakımından bir farklılık barındırmaktadır. İsviçre düzenlemesinde yoksulluğun büyük bir yoksulluk olması gerektiği açıkça ifade edilmişken, bu husus Federal Mahkeme uygulamasına da detaylıca incelemiş olduğumuz “Existenzminimum” kavramı ile yansımıştır. Öte yandan İsviçre’deki bugün yürürlükte olmayan düzenleme süreye ilişkin herhangi bir referans içermemekle birlikte, TMK m. 175 düzenlemesi ek bir fıkra ile nafakanın süresiz de talep edilebileceğini açıkça ifade etmiştir.

Gerek büyük yoksulluk şartının Türk hukukunda mevcut olmaması, gerekse de süresizliğe ilişkin farklılık, Türk kanun koyucunun zaman içerisinde ortaya çıkan ihtiyaçları gidermek amacıyla hükme getirdiği değişikliklerdir. TMK m. 175 düzenlemesinden önce

yürürlükte olan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin m. 144 hükmünü karşılamaktaydı. İlgili hükümde 1988 yılına kadar yoksulluk nafakasının en fazla bir yıl süre ile verilebileceği düzenlenmişti. Hatta Türk hukukundaki yoksulluk nafakasının bir yıl ile sınırlandırılmış olması, İslam hukukundan gelen iddet nafakası ile bağlantısı üzerinden yorumlanarak Türk hukukunun İslam hukukundan kopmadığı şeklinde eleştirilmesine de yol açmıştır⁹¹. Özellikle bir yıllla sınırlanan nafakanın hakkaniyetsiz ve adaletsiz sonuçlara yol açması sebebiyle 1988 yılında Kanun Koyucu bir yıl süreyle sınırlı olan yoksulluk nafakasına süresiz de hükmedilebileceğini düzenlemiştir.

Görüldüğü üzere Türk hukukundaki düzenlemenin, İsviçre hukukundaki mehzından ayrıldığı hususlar, zaman içerisinde uygulama yoluyla fark edilen ihtiyaçların giderimi amacıyla gerçekleşmiştir. Günümüzde de Türk hukukunda nafakanın miktarına ve süresine ilişkin, mehz hukuktaki Türk hukuku düzenlemelerine benzer hükümlerin uygulamasından ayrılan bir yöntem tercih edilmektedir. Bu bağlamda öncelikle Türk hukukunda nafaka miktarının ve süresinin tespitinde dikkate alınan hususlar incelenmelidir.

a. Nafaka Miktarının Tespiti

Türk hukukundaki güncel nafaka düzenlemesi incelendiğinde, yoksulluk hususunun yoruma açık olduğu açıkça görülmektedir. Kanun koyucu nafakanın şartı olarak yoksulluğu koşmuş, fakat yoksulluğun nasıl tespit edileceğine ilişkin bir yöntem göstermeyerek tespiti yoruma açık hale getirmiştir.

Yoksulluğun ne olduğu anlaşılmadan önce, nafakanın neden sağlanması gerektiği tespit edilmelidir. Zira nafakanın kelime anlamı, aslında konunun açıklığa kavuşması açısından yol göstericidir. Daha önce de ifade edildiği üzere, sözlük anlamına göre nafaka, *geçinmek için gerekli olan şeylerin bütünü*, *geçimlik*dir. Yoksulluk nafakası da temel olarak olarak, geçimini sağlayamayacak kimseye temin edilmeli ve

⁹¹ Ruth A. Miller (Elif Kaplan tercümesi), "Türkiye'deki İsviçre Medeni Kanununun Osmanlı ve İslami Altyapısı", *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, S:27, Y:2019, 5-33, s.24.

geçimini sağlaması esas olmalıdır. Dolayısıyla da nafakasını sağlayamayacak şekilde yoksul olan kimsenin nasıl tespit edileceği anlaşılmalıdır. Bu hususun tespiti ise yoksulluktan ne anlaşılması gerektiği ile mümkündür.

i. Yoksulluk Kavramının Yorumlanması

Yoksulluk, *“yoksul olma durumu, fakirlik, fukaralık, beş parasızlık, yokluk, yoksuzluk, varyiyetsizlik, sefillik, sefalet, fakr, meskenet”*⁹² gibi, yokluk durumunu gösteren ve benzer anlama gelen birçok kelime ile birlikte tanımlanmıştır. Temel olarak yokluk durumunu ifade ettiği açık olmakla birlikte net bir tespitini yapmak her zaman mümkün olmaz⁹³. Fakat İsviçre uygulaması da dikkate alındığında, kişinin geçimini sağlaması beklenemez halde olması olarak ifade edilmesi mümkündür.

Öğretide yoksulluğa ilişkin çeşitli tanımlamalar yapılmıştır. Bir tanıma göre yoksul olma durumu *“çalışması veya servet vaziyeti sayesinde, hayatı müddetince nafakasını temin edecek durumda olmayan”* olarak tanımlanmıştır⁹⁴. Benzer şekilde başka bir tanım ise *“kişinin kendi mal varlığıyla veya onun geliriyle yahut çalışmasıyla geçimini karşılayamaması halinde”* yoksulluğun gündeme geleceği açıklanmıştır⁹⁵. Bir başka tanım ise yine benzer doğrultuda *“barınma, geçimini temin etme konusunda çaresiz”* durumda olma olarak tanımlanmıştır⁹⁶.

Uygulamada Yargıtay *“yeme, giyinme, barınma, sağlık, ulaşım, kültür gibi bireyin maddi varlığını geliştirmek için zorunlu ve gerekli görülen harcamaları karşılayacak düzeyde geliri olmayanların”* yoksul durumda olduğunu kabul etmektedir⁹⁷. Görüldüğü üzere gerek yargı uygulaması

⁹² Yoksulluk, sozluk.tdk.gov.tr

⁹³ Elce Tutar, Mukayeseli Hukuktaki Gelişmeler Işığında Yoksulluk Nafakası, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2025, s.119.

⁹⁴ Ferit H. Saymen / Halid K. Elbir, Türk Medeni Hukuku Cilt III, Aile Hukuku, Hak Kitabevi, İstanbul, 1957, s. 280.

⁹⁵ Öztan, s.829.

⁹⁶ Ahmet Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 8. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2025, s.168.

⁹⁷ Yargıtay HGK, E. 1998/2-656, K. 1998/688, T. 07.10.1998 (www.legalbank.net).

gerekse de öğreti, kişinin kendi geçimini sağlayamayacağı durumda kalmasını, yoksulluk durumu olarak kabul etmektedir.

Ne var ki bu yoksulluğun tespitine ilişkin net bir tanım ya da denetim yöntemi mevcut değildir. İsviçre uygulamasında İcra İflas Kanunu üzerinden değerlendirmeler yapılmakla birlikte, Yargıtay uygulaması olay temelli olarak yoksulluğun değerlendirilmesini ve tarafların sosyoekonomik durumları dikkate alınarak bir sonuca varılmasını önermektedir⁹⁸. Fakat bu uygulama, yoksulluk nafakasının temel olarak yoksulluğu ortadan kaldırmaya yönelik amacıyla çalışmaktadır. Zira temel kriter yoksulluk olması gerekirken, tarafların sosyoekonomik durumu dikkate alınmakla evlilik sırasındaki yaşam standartları da dikkate alınmış olmaktadır. Evlilik birliği, eşlerin hayatına kapsamlı bir etki eder. Bunun içerisinde tarafların içerisinde bulundukları sosyoekonomik şartların değişimi de vardır. Dolayısıyla bu uygulamanın tercihi, aslında evlilik birliği ile sağlanan standartların da dikkate alınması anlamını taşır. Fakat evlilik içerisinde temin edilen şartlar, ancak maddi tazminat kalemi olarak gündeme gelebilecektir⁹⁹. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bir kararında¹⁰⁰ TMK m. 186 kapsamında evlilik içerisinde eşlerin birbirine destek olacağını ve evliliğin kusurlu şekilde sonlandırılması halinde bu desteğin kaybının bir maddi zarar olarak tazmin edilmesi gerektiğini kabul etmiştir.

Aslında mehz hukuk bağlamında açıklamış olduğumuz üzere, hukukumuzda da yoksulluk nafakasına hükmedilmesi için yalnızca evlilik sonrası eşlerden birinin objektif olarak yoksul bir durum içerisine düşüp düşmeyeceğinin değerlendirilmesi gereklidir. Bu tespit için de geçimini sağlama ihtimali olmadığı düşünülen eşin, mevcut çocuk ya da işe/aileye yakınlık gibi kriterlerle yaşayacağı yerin tespit edilmesi ve bu yerde yaşayacak bir kimsenin yine Yargıtay uygulamasında olduğu gibi *yeme, giyinme, barınma, sağlık, ulaşım, kültür gibi bireyin maddi varlığını geliştirmek için zorunlu ve gerekli görülen harcamaları en düşük seviyede yapması* halinde bunları karşılaması için elde etmesi gereken gelir

⁹⁸ Yargıtay 2. HD, E. 2024/7162, K. 2025/3285, T. 7.4.2025 (www.lexpera.com.tr)

⁹⁹ Cansu Kaya Kızılırmak, Boşanmada Maddi ve Manevi Tazminat, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021, s.89.

¹⁰⁰ Yargıtay HGK., E. 2005/72 K. 2005/74 T. 16.2.2005 (www.lexpera.com.tr).

belirlenmelidir. Bu tespit açısından TÜİK gibi araştırma kuruluşları tarafından tespit edilen yoksulluk ve yaşam koşulları istatistikleri ve yoksulluk sınırı gibi objektif değerler dikkate alınmalıdır. Öte yandan bu miktarların tespiti de tek başına yeterli değildir. Zira boşanma sonucu ileri sürülen tek talep yoksulluk nafakası değildir. Maddi tazminat ve daha da önemlisi mal rejiminin tasfiyesi de eşler için kazanımlar oluşturmaktadır. Dolayısıyla yoksulluk nafakasının tıpkı mehzaz İsviçre hukukundaki gibi tali olarak değerlendirilmesi, tüm bu taleplerin sonuçlarına rağmen eş yine de yoksulluktan çıkamayacağı durumda, ancak bu taleplerin ulaşacağı kazançların tamamlanması ile tespit edilmesi gereklidir. Yani yoksulluk nafakası gerçekten de maddi tazminat ve mal rejiminin tasfiyesi ile aynı anda talep edilebilecektir. Fakat temel amacı ek bir imkân sağlamaktan ziyade, bu taleplerin dahi yoksulluğu ortadan kaldıramayacak durumda olmasını bertaraf etme olmalı ve gerçekten de yoksulluğu engellemeyi amaçlar bir nitelik taşımalıdır. Aksi takdirde bir boşanma sonucunda hem maddi tazminat hem yoksulluk nafakası ve hem de mal rejiminin tasfiyesi yoluyla hem bir zenginleşme sağlanmış hem de *bir koyundan üç post elde edilmiş*¹⁰¹ olur ki bu da günümüzdeki birçok tartışmanın temel sebebidir.

ii. Nafaka Yükümlüsünün Ödeme Gücü ile Arasındaki Bağ

TMK m. 175 bağlamında tespit edilecek nafaka miktarı bakımından, nafaka yükümlüsünün ödeme kudreti olduğu müddetçe talep edebilecektir. Bu husus hükmün ilk fıkrasındaki *“diğer taraftan mali gücü oranında”* ifadesinin sonucudur. Dolayısıyla tespit edilecek nafaka miktarı için, yükümlünün mali gücü önem arz eder.

Nitekim uygulamada nafakanın miktarının takdirinde nafaka yükümlüsünün ödeme gücünden ziyade, ödeyebileceği miktar temelli bir değerlendirme yapılmaktadır¹⁰². Ne var ki Yargıtay uygulaması, miktarın tespitinde bu hususu, nafaka yükümlüsünün ödeyeceği miktarı tespit için gelir temelli bir model gibi kullanmaktadır. Nafaka

¹⁰¹ Bilgehan Çetiner, “Boşanmada Nafaka ve Tazminat İlişkisi”, *Aile Hukukundaki Hak İhlallerinin Tespiti ve Çözüm Önerileri Çalıştayı*, Ed. Akın Ünal / Arif Kalkan, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, 99-103, s.102.

¹⁰² Tutar, s.145.

alacaklısının yoksulluk durumu olmayacak şekilde geliri olsa dahi, nafaka yükümlüsü daha yüksek gelire sahip olduğu durumda nafakanın yükseltilmesi bile Yargıtay tarafından uygun görülmektedir¹⁰³. Fakat bu uygulama da kanun hükmünün uygulamasına getirilen bir genişletmenin sonucudur. Zira bu hükümden anlaşılması gereken aslında ödeme gücünün varlığı olmalıdır. Yani nafaka yükümlüsü, nafaka alacaklısını yoksulluktan kurtaracak bir ödemeyi yapma gücünü haiz ise ve bu yoksulluğu sonuçlandıracak bir ödeme ile yükümlü tutulmalıdır.

Özetle nafaka yükümlüsünün mali gücü aslında nafaka alacaklısı olan kimseyi yoksulluktan kurtaracak miktar tespit edildikten sonra bu miktarın ödenmesine yönelik olarak gerekli ücreti ödeme imkanını haiz olması olarak yorumlanmalıdır. Özellikle nafaka yükümlüsü ilgili ödemeyi gerçekleştirdiği takdirde kendisi yoksulluğa düşecek durumdaysa artık bir mali güçten ve bununla bağlantılı olarak yoksulluk nafakasının ödenmesinden bahsedilmemelidir. Benzer şekilde nafaka yükümlüsünün ekonomik durumu ne kadar iyi olursa olsun, bu sadece nafaka alacaklısı eşi yoksulluktan kurtarmakla sınırlı olarak bir bedeli ödemek durumunda kalacağı anlamına gelmelidir. Kaldı ki özellikle yoksulluk nafakasının maddi tazminatın ve mal rejiminin tasfiyesi sonrası elde edilecek gelirlerin yanında tali nitelikte olduğu yine mehzaz hukukta olduğu gibi kabul edildiği takdirde, ekonomik olarak yüksek gelir elde edilen evlilik birliğinin tasfiyesi halinde yoksulluk nafakasına hükmedilmesine de genellikle gerek kalmayacaktır.

¹⁰³ Yargıtay 2.HD., E. 2024/3264, K. 2024/6210, T. 19.9.2024 (www.lexpera.com.tr): Karara konu olayda nafaka alacaklısının aylık geliri yaklaşık 210.000 TL olarak hesaplanmış, nafaka yükümlüsünün geliri ise yaklaşık aylık 1 milyon TL olarak hesaplanmıştır. Her iki tarafın da yoksul olmadığı açık olmasına rağmen nafaka alacaklısının, nafaka bedelinin yükseltilmesi yönündeki talebi, Yargıtay tarafından kabul edilmiştir. Halbuki yoksulluk durumunun sonlanması sebebiyle “yoksulluk” nafakasının sonlandırılması gerekirdi.

b. Nafaka Süresinin Tespiti

Yoksulluk nafakasına ilişkin belki de uygulamada ve öğretide en çok tartışılan husus, nafakanın kural olarak süresiz olduğuna ilişkin yorumdan doğmaktadır. Öğretide bu görüşteki yazarlar özellikle yoksulluk durumunun sona ermesi halinde nafakanın sonlanmasına ilişkin TMK m. 176 f. 3 hükmünde yola çıkarak, nafakanın kural olarak süresiz olduğu ve fakat şartları ortadan kalktığı takdirde nafakanın da sona ereceğini ifade etmektedirler¹⁰⁴.

Nafakanın süresizliğine ilişkin TMK m. 175 f. 2 düzenlemesi açık olarak yoksulluk nafakasına süresiz olarak da hükmedilebileceğini düzenlemiştir. Ne var ki bu düzenleme özellikle 1988 öncesi yoksulluk nafakasına en fazla 1 yıl süre ile hükmedilebileceği yönündeki düzenlemenin oluşturduğu adaletsizlikleri gidermek amacıyla gerçekleştirilmiştir. Gerçekten de hakkaniyet gereği bazı evliliklerin sona ermesi, eşlerden birinin yeniden profesyonel hayata giremeyeceği ve aynı şekilde kendi geçimini sağlayamayacağı bir durum oluşmasıyla sonuçlanabilir. Elbette ki TMK m. 175 hükmü böyle durumlarda süresiz olarak yoksulluk nafakasına hükmedilmesine imkân tanımaktadır. Fakat bu imkân aynı zamanda yoksulluk nafakasını suistimale açık hale getirmektedir. Zira özellikle bazı durumlarda, hukuka uygun olmasa dahi, yoksulluk nafakasına güvenerek nafaka alacaklısı eşin kayıt dışı çalışması ya da evli gibi yaşayarak geçimini sağlaması söz konusu olmaktadır. Özellikle evli gibi yaşama yine TMK m. 176 bağlamında nafakanın sona erdirilmesi sebeplerinden biridir. Ne var ki bu hükme güvenerek nafakanın kural olarak süresiz tespit edilmesi, nafaka yükümlüsü eş adeta eski eşinin hayatını takibe bağımlı bir duruma düşürmektedir.

Bu noktada özellikle güncel ZGB düzenlemesindeki kriterler gibi kriterler, Türk hukukunda da uygulama alanı bulabilir¹⁰⁵. Zira nafakanın

¹⁰⁴ Hüseyin Hatemi, *Aile Hukuku*, 10. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2023, s.140.; Kılıçoğlu, s.170.

¹⁰⁵ Kürşad Yağcı, “Yoksulluk Nafakasında Süresizlik Sorunu”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C:76, S:1, 2018, 323-358, s.347.; Seda Baş / Nisa Özcan, “Yoksulluk Nafakasında Süre Sorununun Anayasal ve Medeni Hukuk Boyutuyla

miktarının nasıl tespit edileceği hususunda yoksulluk kriteri bir öncül olabileceken, süreye ilişkin bir kriter gerçekten de kanun hükmünde düzenlenmemiştir. Fakat süresiz olarak da hükmedilebileceği şeklindeki düzenlemenin, kural olarak süresiz nafakanın kabul edilmesi yönünde yorumlanması, evlilik içerisi yükümlülükler açısından sonlandırılan aile birliğinin, ekonomik olarak sürdürülmesi sonucunu oluşturur. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da boşanma sonrasında sadece aile birliğinin değil, taraflar arasındaki ekonomik bağların da boşanma ile sonuçlandırılması gerektiğini açıkça ifade etmiştir¹⁰⁶. Bu sebeple de evlilik sonrası yoksulluğa düşecek eşin ne gibi bir süre sonra yeniden kendi geçimini sağlar şekle gelebileceği ve bu yolla yoksulluktan çıkabileceğinin öncelikli olarak tespit edilmesi gerekmektedir. Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi'nin bazı kararlarında sürenin tespiti amacıyla İsviçre ZGB Art. 125 hükmünde de dikkate alınan evliliğin süresine bağlı yapılan hesap sonucu yoksulluk nafakasına hükmedilmiştir¹⁰⁷. Hatta mahkeme bu yolla süreyi tespit ettikten sonra TMK m. 176 hükmüne dayanarak nafakanın irat ya da götürü olarak ödenmesinde

Tartışılması ve Bir Öneri Olarak Boşanma Tazminatı", *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y:2022, C:4, S:1, 328-383, s.342.

¹⁰⁶ Yargıtay HGK, E. 2006/69, K. 2006/117, T. 29.03.2006 (www.lexpera.com.tr): *"Dava dilekçesinde ve aşamalarda davacı kadın, boşanma sonucunda yoksulluğa düşeceği konusunda beyanda bulunmuş; davacı vekili, yoksulluk nafakasının toptan ödenmesine karar verilmesini istemiştir. Davacının gelir durumu, yaşı, bedeni ve fikri kabiliyeti ile evlenme ihtimalinin az olması, öte yandan davalı kocanın ödeme gücü değerlendirildiğinde, somut olayın özelliği itibarıyla boşanan eşler arasında mali ilişkisinin uzamasının sakıncalı olduğu sonucuna varılmıştır. Hal böyle olunca, Yerel Mahkemece yoksulluk nafakasının toptan ödenmesine karar verilmesi usul ve yasaya uygundur. Bu nedenle direnme kararı onanmalıdır."*

¹⁰⁷ Sakarya BAM 2.HD, E. 2019/1242, K. 2020/332, T. 6.4.2020.; *"Ancak, evlilik süresine göre yoksulluk nafakasına süresiz olarak hükmedilmesi yerinde görülmediğinden, bu konudaki istinaf başvurusunun kısmen kabulü ile mahkeme kararının bu kısmının kaldırılmasına, yeniden hüküm kurulmasına karar verilmiştir. Bu kapsamda, yoksulluk nafakası miktarı olarak, tarafların sosyal ve ekonomik durumu, evlilik süresi, paranın satın alma ve erkeğin ödeme gücü gözetilerek TMK.nun 4 ve 176/1. maddeleri uyarınca 2 yıllık bir sürenin karşılığı olarak aylık 250 TL den hesaplanan toplam 6.000 TL yoksulluk nafakasının irat yerine toptan ödenmesine karar verilmiştir."*

hâkimin takdir yetkisinden yola çıkmış ve götürü olarak nafakanın ödenmesine hükmetmiştir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi de özellikle 2024 yılı sonrasında vermiş olduğu bazı kararlarında benzer bir yöntem izleyerek yoksulluk nafakasının süresizliğinden ziyade, götürü şekilde ödenmesine karar vermekte ve burada da dayanağını taraflar arasındaki aile birliğinin ekonomik açısından da sonlandırılmasında bulmaktadır¹⁰⁸. Yargıtay'ın bu uygulaması isabetli olmakla birlikte, gerekçe olarak TMK m. 175 hükmünden ziyade m. 176 hükmünden hareketle bu sonuca varması, teknik hukuk bağlamında eksik bir gerekçelendirme oluşturmuştur. Gerçekten de süreye ilişkin hâkimin takdir yetkisinin bulunduğunun kabulü ve bunun kararlara da yansması, hukuk tekniği açısından daha isabetli bir sonuç oluşturacaktır. Zira TMK m. 176 hükmü, boşanma sonucu yoksulluk nafakasının ve tazminatların ödenme yöntemine ilişkindir. Süre ise somut olarak TMK m. 175 içerisinde ucu açık olarak

¹⁰⁸ Yargıtay 2. HD., E. 2024/3714., K. 2025/66., T. 13.1.2025 (www.lexpera.com.tr): *“Boşanan eş yararına yoksulluk nafakasına hükmedebilmek için, nafaka talep eden eşin boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek olması gerekir (4721 sayılı Türk Medeni Kanunu md. 175). Aynı Kanunun 176 ncı maddesinin birinci fıkrasında, yoksulluk nafakasının toptan veya durumun gereklerine göre irat biçiminde ödenmesine karar verilebileceği öngörölmüştür. Yoksulluk nafakasının toptan ya da irat biçiminde ödenebilmesine karar verilebilmesi için, tarafların ekonomik ve sosyal durumları ile ödeme gücünün göz önünde bulundurulması gerektiği açıktır. Yoksulluk nafakasının kadın yararına irat şeklinde ödenmesine hükmedilmesi tarafların ekonomik sosyal durumu ile evlilik süresi, yaşları, yeniden evlenme şansları, ortak çocuklarının olmayışı dikkate alındığında Kanunun amacına uygun değildir. O halde 4721 sayılı Kanun'un 176 ncı maddesinin birinci fıkrası nazara alınarak, hakimın takdir yetkisi çerçevesinde tarafların ekonomik ve sosyal durumlarına uygun olarak yoksulluk nafakası yönünden bir defaya mahsus olmak üzere “toptan ödeme” kararı verilmesi hususu da tartışılıp değerlendirilerek buna göre yoksulluk nafakasına hükmedilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesidoğru görölmemiş, bozmayı gerektirmiştir.”* (Aynı yönde Yargıtay 2.HD., E. 2024/3794, K. 2025/6693, T. 30.6.2025.; Yargıtay 2.HD., E. 2024/6868, K. 2025/3453, T. 9.4.2025.; Yargıtay 2.HD., E. 2024/6868, K. 2025/3453, T. 9.4.2025 (www.lexpera.com.tr)).

düzenlenmiş ve sürenin tespitinde takdir yetkisi mahkeme hakimine bırakılmıştır.

c. Boşanmanın Diğer Maddi Sonuçları ve Özellikle Maddi Tazminat ile Yoksulluk Nafakası Arasındaki Bağlantı

TMK m. 174 f. 1 hükmü, boşanma sonucunda talep edilebilecek maddi tazminatı düzenlemektedir. İlgili hükme göre *mevcut veya beklenen menfaatleri boşanma yüzünden zedelenen kusursuz veya daha az kusurlu taraf, kusurlu taraftan uygun bir maddi tazminat isteyebilir*. Bu hüküm bağlamında özellikle maddi tazminatın tespitinde, mevcut veya beklenen menfaat kavramından ne anlaşılması gerektiği, boşanma sonucu hükmedilecek maddi tazminatın yoksulluk nafakası ile arasında bir bağ mevcut olup olmadığının anlaşılması hususunda önem arz eder.

Evlilik birliğini sona erdiren taraflar, birlikte sürdürdükleri ekonomik hayatı da sonlandırmış olmaları sebebiyle haiz oldukları ekonomik güçte de bir kayıp yaşarlar. Bugüne kadar özellikle TMK m. 185 f. 3 bağlamında evlilik giderlerine birlikte katılan taraflar, artık yalnız sürdürecekleri hayatta kendi geçimlerinden doğan ekonomik giderleri üstlenirler¹⁰⁹. Bu bağlamda evlilik birliği içerisinde eşlerin sahip oldukları bu parasal destek imkânı, evlilik birliği sırasında bulunan, mevcut menfaati sağlayan bir unsurdur¹¹⁰. Dolayısıyla evlilik birliğinin sona erdirilmesi, bu menfaatin kaybı anlamını taşıyacaktır. Daha fazla kusurlu olan tarafın ise maddi tazminata ilişkin diğer şartların da varlığı halinde, kusuru daha az olan eşe bu geçimin sağlanmasına hizmet eden bir miktar desteği, maddi olarak tazmin etmesi gerekebilir. Yani eşin boşanma dolayısıyla kaybedeceği ve eşlerin birbirlerine sağladığı ekonomik destek ile erişilen yaşam standartlarının kaybı da bir maddi tazminat kalemi olarak dikkate alınır¹¹¹. Bu tazminatın ödenmesine TMK m. 176 bağlamında irat biçiminde karar verilebildiği de hatırlandığında, maddi tazminatın boşanan eşlerden birinin diğerine yönelik geçim sağlamaya devam etmesi şeklinde etki etmesi mümkündür.

¹⁰⁹ Öztan, s. 800.

¹¹⁰ Yargıtay HGK., E. 2005/72 K. 2005/74 T. 16.2.2005 (www.lexpera.com.tr).

¹¹¹ Kaya Kızılırmak, s.168.

Görüldüğü üzere kişilerin evlilik birliğı içerisinde haiz oldukları yaşam standartları, maddi tazminat kalemi olarak dikkate alınacak bir unsurdur. Dolayısıyla da yaşam standartlarının kaybını konu alan bir kalemin kabul edildiğı durumda, zaten yoksulluk nafakasına da gerek kalmamalıdır. Zira evlilik ile sağlanan şartların tazmini dahi yoksulluktan kurtarmıyorsa, eşin ödeme gücünün daha fazlasına imkân tanımadığını düşünmek yanlış olmaz. Benzer şekilde eşin ödeme gücü yeterliyse ve maddi tazminat talebi kabul edilmişse, bu durumda da nafaka miktarında bu bedelin de dikkate alınması gerekecektir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi de 1994 tarihli bir kararında¹¹² yoksulluk nafakası talep eden davacının maddi durumunu denetlerken, boşanma davası sonucunda elde ettiğı maddi tazminatı da dikkate alarak yoksul durumda olmadığını tespit etmiştir. Bu da göstermektedir ki Yargıtay'ın eski uygulaması da esasen mehaız İsviçre hukuku ile benzer bir tutum sergilemiştir. Günümüzde ise yine Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin aylık geliri çok yüksek olan boşanmış eşin, yoksulluk nafakasının arttırılması yönündeki talebini kabul ettiğı bir kararı da mevcuttur¹¹³.

Yoksulluk nafakası ile maddi tazminata birlikte hükmedilmesi yerine, eşe sunulan desteğın boşanma sebebiyle sonlanması durumlarında özellikle daha kusurlu eşin diğeri eşin geçimine tazminat kalemi olarak destek sunmasına karar verilmesi ve bunun eşin yoksulluğunu sonlandırmadığı durumlarda yalnızca tespit edilecek yoksulluğı giderecek şekilde, yine mehaız İsviçre hukuku ile benzer olarak tali nitelikli yoksulluk nafakasına hükmedilmesi, daha isabetli ve adil bir uygulama oluşturacaktır. Ayrıca bu yöntemin tercihi halinde,

¹¹² Yargıtay 2.HD, E. 1994/2949, K. 1994/3674, T. 08.04.1994 (www.legalbank.com.tr): *“Davacının bir apatman dairesinin satışı sebebiyle payına düşen 150.000.000. TL'yi bu boşanma sebebiyle 15.000.000.-TL tazminat aldığı anlaşılmaktadır. Bu mal varlığı olan davacının yoksulluk içinde bulunduğunu kabul etmek mümkün olmadığı..”*

¹¹³ Yargıtay 2.HD, E. 2024/3264, K. 2024/6210, T. 19.9.2024 (www.lexpera.com.tr): Taraflar arasındaki uyuşmazlıkta 10 yıl önce boşanan eşlerden yoksulluk nafakasına hak kazanan ve günümüzde aylık geliri yaklaşık 210.000TL'den fazla olan eşin, yoksulluk nafakasının arttırılmasına yönelik talebi, diğeri eşin ödeme gücü dikkate alınarak ilk derece mahkemesince kabul edilmiştir.

tazminatın miktarı ve süresini tespit etme noktasında hâkimin takdirinin varlığını kabul etmek, özellikle maddi tazminata ilişkin düzenlemede süreye yönelik bir ifade olmaması sebebiyle uygulamada da karışıklıkların önüne geçecektir.

Nitekim bu yoruma maddi tazminatın, yaşanan kayıpları telafi etme amacı taşıdığı ve bu sebeple yoksulluk nafakası ile bağlantısı olmadığı yönünde eleştiriler gelmesi olasıdır. Burada anlatmaya çalıştığımız husus ise gerek yoksulluk nafakasının gerekse de maddi tazminatın temelde boşanan eşin evlilik sonrası geçimini sağlamaya yönelebilmesi hususudur. Hal böyle iken her iki hükmü de doğru mehzaz düzenlemeleri eşliğinde yorumlayarak adil ve hukuka uygun bir çözüme varılması gerek hukuk tekniği açısından gerekse de uygulamada adil ve hakkaniyetli karar tesisi açısından isabetli olacaktır. Gerçekten de maddi tazminat yalnızca geçimin tazminini amaçlamaz. Fakat maddi tazminatın bu yönü ve özelliği de hatırlanarak eşler arasındaki evlilik sona erse dahi devam eden sınırsız sosyal dayanışma ilkesinin de uygulama alanı daraltılmış olacaktır. Öte yandan nafakanın miktarının takdirinde eşin ödeme gücü bir kriter teşkil etmemelidir. Yoksulluk nafakasına hükmedilecek durumlarda, temel kriter objektif ölçütler bağlamında yoksulluğun tespit edilmesi ve boşanan eşten, boşanma sonrası bu şartları aşacak bir gelir ya da maddi duruma erişmesinin beklenebilir olup olmaması değerlendirilmelidir. Şayet objektif olarak yoksul durumu geçecek imkanları haiz değilse eş, bu durumda yoksulluk nafakasına hükmedilmelidir.

IV. Güncel Uygulama ve Gelişmelerin Değerlendirilmesi

Yoksulluk nafakasının miktarı ve süresine ilişkin gerçekleştirilen mahkeme uygulaması, günümüzde birçok tartışmanın odağındadır. Yargıtay özellikle nafakanın miktarının tespitinde yoksulluk kavramından ziyade, nafaka yükümlüsünün ödeme kudretini dikkate almaktadır¹¹⁴. Bu noktada Yargıtay uygulaması, yoksulluğun giderilmesi yerine, eşlerin maddi durumları kapsamında değerlendirme yönündedir.

¹¹⁴ Yargıtay HGK E.2019/107, K.2022/318, T.15.03.2022 (www.lexpera.com.tr).

Gerçekten de nafaka alacaklısı olan eşin evlilik birliğinin sona ermesi sonrası içerisinde bulunacağı ekonomik durum nafaka miktarının tespitinde dikkate alınması gereken temel husustur. Fakat daha önce de açıklandığı üzere burada önemli olan evlilik sonrası eşin yoksul duruma düşmesidir. Yoksulluğun tespitinde ise TÜİK tarafından belirlenen yoksulluk kriterleri dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması ve evlilik sonrası eşin yoksul kabul edilecek bir duruma düşeceğinin tespiti halinde yoksulluk nafakasına hükmedilmesi gerekir. Kaldı ki çalışmamız kapsamında mehz İsviçre hukukunda yoksulluk nafakasının uygulandığı dönemde İsviçre Federal Mahkemesi uygulaması da benzer şekildedir. İsviçre Federal Mahkemesi bu noktada İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nun 93. Maddesine atıf yaparak tespit edilecek minimum geçim miktarı üzerinden değerlendirilme yapılması gerektiğini ifade etmektedir. Benzer bir düzenleme günümüzde yürürlükte olan 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'muzun 83. maddesinin 1. fıkrasında da mevcuttur. İlgili hükme göre bir kişinin kendisi ve ailesi için geçerli olan minimum yaşam standartları düşüldükten sonra gelirlerinin kalanının haczedilebileceği düzenlenmiştir. Burada öğretide her ne kadar ilgili gelirin tespitinde kişinin içerisinde bulunduğu durumdan ziyade, yaşaması için gerekli minimum şartların tespit edilmesi gerektiği yönünde görüş¹¹⁵ bulunsa da Yargıtay uygulaması bu noktada da aile geçimi tespit edilirken, kişinin içerisinde bulunduğu durum dikkate alınarak değerlendirme yapılması gerektiği yönündedir¹¹⁶. Bu noktada da Türk hukukundaki uygulama, İsviçre hukukundan ayrılmıştır.

Öte yandan nafaka miktarının tespitinde dikkate alınması gereken bir diğer temel husus nafaka yükümlüsü eşin, hükmedilen nafakayı ödemediği takdirde kendisinin yoksul duruma düşmemesidir. Şayet bir eşin, diğer eşe yoksulluk nafakası ödemesine hükmedildiği takdirde yükümlü eş yoksulluk içerisinde düşüyorsa, bu durumda

¹¹⁵ Levent Akın, "Maaş ve Ücret Haczi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:44, S:1, Ankara, 1995, 335-363, s.337.

¹¹⁶ Yargıtay HGK., E. 2009/12-166, K. 2009/254, T. 10.06.2009; Yargıtay 12. HD., E. 2015/33619, K. 2016/2007, T. 26.01.2016; Yargıtay 12. HD., E. 2015/27694, K. 2016/4598, T. 22.02.2016 (www.legalbank.net).

yoksulluk nafakası ödememesi gerekir. Yoksulluk nafakasının sosyal dayanışma ilkesinin bir tezahürü olması da bu hususu destekler niteliktedir. Zira imkânı olan kişilerin, diğer tarafa yardım etmesi sosyal dayanışma anlamına gelecektir. İmkânı olmayan kimselerden böyle bir destek beklenemez. Kaldı ki kanun koyucunun TMK m. 175 hükmünde mali güç vurgusunu yapması da bu şekilde yorumlanmalı ve uygulanmalıdır.

Nafakanın süresi bağlamında öğretilerde uzun süredir eleştirilen Yargıtay uygulaması da 2024 tarihi itibarıyla değişiklik göstermiştir. Bu uygulama nafakanın ilelebet bir ilişki kurgulamasına kıyasen isabetlidir. Fakat bu uygulama da nafakanın ödenme biçimine yönelik TMK m. 176 hükmü üzerinden yapılan yorum sonucu gerçekleştirilen bir uygulama olması sebebiyle teknik hukuk bağlamında sorunlar içermektedir. Zira nafakanın süresiz de tespit edilebileceğine yönelik hüküm, 1988 yılı öncesi 1 yıl ile sınırlı olan yoksulluk nafakasının hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurmasını engellemek amacıyla getirilmiştir. Kural olarak süresiz kabul edilmesi ise yeni bir hakkaniyete aykırılığa zemin hazırlamıştır. Zira bu uygulamanın kabulü, evliliği, mehz İsviçre hukukunda da eleştirildiği üzere, bazı durumlarda eşler için geçimi sağlamaya hizmet eden bir kurum niteliği taşır hale getirmektedir. Her ne kadar eşlerin birbirlerinin geçimini sağlama yükümlülüğü evlilik birliği içerisinde mevcut olsa da evlilik birliğinin sonlanması ile birlikte bu yükümlülüğün de kaldırılması gereklidir.

Türk hukukundaki uygulamanın, mehz İsviçre hukuku ile benzer hale gelmesi, nafakaya ilişkin toplumda ortaya çıkan huzursuzlukları da sonlandıracaktır. Öncelikle yoksulluk nafakasının hukukumuzda da Yargıtay uygulaması ile geliştirilen bağımsız bir talep olduğu yönündeki görüş yerine, İsviçre hukukunda olduğu gibi tali ve boşanma sonucu gerçek anlamda yoksulluk oluşacağı durumlarda gündeme gelen bir nafaka türü olarak uygulanması gereklidir. Bu durum TMK içerisindeki düzenlemelere de uygundur. Zira TMK düzenlemesi de açıkça yoksulluk nafakasını düzenlemiş, yani kişinin geçiminin sağlanmasından ziyade boşanma sonrası içerisinde düşeceği yoksulluğun engellenmesini amaçlamıştır. Bir boşanma sonucu maddi tazminat veya mal rejiminin tasfiyesi ile zaten yoksul durumda

kalmayacağı açık olan eş lehine bir de yoksulluk nafakasına hükmedilmesi, kanunun amacına aykırıdır. Bu durum mehzaz hukuktaki uygulama ile birlikte değerlendirilmediğinde daha açık anlaşılmaktadır.

Öte yandan maddi tazminatın yorumu noktasında da sadece malvarlığı değerlerinin kaybından ziyade, maddi tazminatın aslında evlilik ile sağlanan geçimin devamına hizmet etme imkânı tanıdığı da yine mehzaz hukukla karşılaştırılarak hatırlanmalıdır. Zira günümüz uygulamasında genellikle maddi tazminatın irat şeklinde ödenmesine hükmedilmediği gibi maddi tazminatın bir yaşam standardı kaybını tazmin etme amacı da unutulmuştur. Bu sebeptir ki maddi tazminat kalemi olarak ileri sürülen birçok talep, aslında mal rejiminin tasfiyesi ile karşılanması gereken taleplerdir. Dolayısıyla da boşanmanın mali sonuçları değerlendirilirken, hükmün mehzazını oluşturan ve günümüzde mülga olan İsviçre Medeni Kanunu hükümleri ve bu hükümlerin uygulaması kıymetli bir rehber niteliğindedir. En azından yoksulluk kavramının doğru yorumlanması ve yoksulluğa bağlı nafakanın aslında tali ve yalnızca yoksulluğu giderici amaç taşıdığına kabul edilmesi, günümüzdeki birçok tartışmaya son verecek niteliktedir.

V. De Lege Ferenda Görüşümüz

İsviçre Medeni Kanunu'nda yapılan değişiklikler, olması gereken hukuk bakımından önemli bir bakış açısı sunmaktadır. Açıklamış olduğumuz üzere kanun koyucu öncelikle boşanmanın mali sonuçlarını kusur temelli düzenleyen hükümleri terk etmiş, bunun yerine kişilerin boşanma sonrası hayatlarını ekonomik anlamda da tamamen ayırmasına yönelik ve kişilerin kendi geçimini üstlenmesini amaçlayan düzenlemeler getirmiştir. Bu değişikliğin temelinde kadınların ekonomik hayata katılımının artması da bir unsur olarak bulunmaktadır. Günümüzde Türkiye'de de ekonomik hayata katılım bakımından kadınlar İsviçre'de olduğu gibi eskisine göre daha aktif bir yer almaktadır¹¹⁷. Dolayısıyla boşanma ile sonuçlanan evliliklerin, aile

¹¹⁷ Dilek Başar, "Türkiye'de Kadınların İşgücüne Katılımı: Güncel Durumun Değerlendirmesi", *Toplum Çalışmaları Enstitüsü*, 09.12.2024 (<https://www.toplum.org.tr/turkiyede-kadınların-ışgucüne-katılımı-güncel-durumun-değerlendirmesi/#:~:text=T%C3%BCrkiye%20%C4%B0statistik%20Kurumu>)

birliğinin yanında taraflar arasındaki ekonomik bağları da sonuçlandırmaya yönelik bir bakış açısıyla değerlendirilmesi gerekir.

Ne var ki ülkemizde hala herhangi bir şekilde profesyonel hayata katılması mümkün olmayan kişilerin de evlilikleri boşanma ile sonuçlanabilmektedir. Bu sebeple İsviçre'deki kriterlere benzer kriterlerle ve objektif bir bakış açısıyla evlilik sonrası destek yükümlülüğü düzenlense bile, hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda süresiz olarak bu desteğe hükmedilmesi de engellenmemelidir.

Nitekim boşanma sonrası tarafların adil ve hakkaniyetli bir çözüme kavuşabilmeleri, taraflar arasında evlilik birliği içerisinde yaşanan hayat değişimlerinin, tazmini yoluyla mümkün olabilecektir. Burada tazmin ile kastedilen, evliliğin bir zararlı gibi kabul edilmesi değildir. Fakat evlilik dolayısıyla kişilerin hayatı üzerinde oluşan etkilerin dengelenmesidir. Bunun için de özellikle henüz hayatının başlarında olan kimselerin hayatında köklü değişiklikler yaşandığının ya da kısa süren evliliklerin benzer şekilde taraflar üzerinde geri alınamaz sonuçlar oluşturacağının kabulü ve buna bağlı süresiz nafakaların yerine, daha adil tazmin yöntemleri tercih edilmelidir. Evliliğin bir aile hukuku sözleşmesi niteliği hatırlanarak, boşanmaya da gerçek anlamda bir sözleşme ilişkisinin tasfiyesi gibi yaklaşılmalı, tarafların menfaatleri eski hale getirecek bir yöntem belirlenmelidir. Bu noktada İsviçre ZGB Art. 125 hükmü ve düzenlenen kriterler yol gösterici olacaktır. Fakat salt bu hüküm ile yetinilmemeli, toplumumuzda kısa süreli evlilikten ne anlaşıldığı, bir evliliğin ne zaman taraflar için uzun ve köklü değişiklikler oluşturur hale geldiği belirlenmeli, buna göre evlilik süresini de dikkate alır şekilde nafaka tesisi üzerinde durulmalıdır.

VI. Sonuç

Yoksulluk nafakası hem lafzı hem de amacı itibarıyla, evlilik birliğinin sona ermesinden sonra taraflardan birinin gerçek anlamda yoksulluğa düşmesini engellemeye yönelik, sosyal dayanışma ilkesinin

%20verilerine%20g%C3%B6re, itibaren %2020D pandemi %20 etkisi %20 olan %202020): Çalışmada kadınların işgücüne katılım oranının pandemi etkisi olan 2020 yılı haricinde her geçen yıl artarak ilerlediği açıklanmaktadır.

tali ve istisnai bir görünümü olarak kabul edilmelidir. TMK m. 175 hükmünün mehazını oluşturan, fakat İsviçre hukukunda artık yürürlükte olmayan mülga ZGB Art. 152 hükmü ve bu hükme ilişkin Federal Mahkeme içtihatları, yoksulluk nafakasının ne bir geçim kurumu yaratmak ne de evlilikte kazanılan her türlü hayat standardını boşanma sonrasında süresiz olarak sürdürmek amacı taşıdığını açık biçimde göstermektedir. Buna rağmen Türk hukukundaki güncel uygulama, yoksulluk nafakasını kimi zaman bağımsız ve geniş kapsamlı bir geçim aracına dönüştürmekte, bu durum da gerek nafaka alacaklısı gerekse nafaka yükümlüsü bakımından ciddi adalet ve denge sorunlarını gündeme getirmektedir.

Çalışmamız kapsamında, İsviçre boşanma hukukunda 2000 revizyonu ile kusur temelli sistemden uzaklaşarak, evlilik sonrası dayanışma ile kişinin kendi geçimini sağlama ilkesi arasında kurulan dengenin, olması gereken hukuk bakımından Türk hukuku için önemli bir model sunduğu ortaya konulmuştur. ZGB Art. 125 hükmü ile getirilen sistem, bir yandan evlilik birliğinin tarafların hayatı üzerindeki somut etkilerini –evliliğin süresi, çocukların varlığı, eşlerin yaşı, mesleki konumu, mal rejiminin tasfiyesinden elde edeceği değerler vb.– kapsamlı şekilde gözetmekte, diğer yandan boşanmanın hem kişisel hem de ekonomik bağları temiz bir şekilde tasfiye etmesini hedeflemektedir. Bu yaklaşım, evliliği ömür boyu devam eden bir geçim garantisi olmaktan çıkarıp, bireysel sorumluluğu önceleyen modern bir boşanma rejimi kurmaktadır.

Türk hukukunda ise TMK m. 175'in, mehaz düzenlemesini oluşturan mülga ZGB Art. 152 düzenlemesinden, özellikle yoksulluk kavramı ve nafakanın süresi bakımından belirgin biçimde ayrıldığı açıktır. İsviçre uygulamasında yoksulluk, İcra ve İflas Kanunu'nda yer alan asgari geçim standardı ile somutlaştırılmıştır. Nafaka miktarı bu objektif eşiğe sıkı sıkıya bağlanmışır. Bizde ise Yargıtay, yoksulluk kavramını çoğu zaman tarafların sosyoekonomik durumlarına, evlilik içerisindeki yaşam standardına ve nafaka yükümlüsünün ödeme gücüne göre, daha esnek ve olay bazlı bir şekilde yorumlamakta; bu da yoksulluk nafakasını, amacını aşan ölçüde genişletmektedir. Oysa nafakanın asıl ölçütü, evlilik sonrası eşin objektif olarak geçimini

sağlayıp sağlayamayacağı olmalıdır. TÜİK verileri, yoksulluk sınırı ve asgari yaşam koşulları gibi objektif ekonomik göstergeler bu tespitte temel referans noktası haline getirilmelidir.

Yine mehzaz hukukla karşılaştırma yapıldığında, TMK m. 175 hükmünün sistem içindeki yerinin yanlış konumlandırıldığı da ortaya çıkmaktadır. Eski İsviçre sisteminde maddi tazminat ile yoksulluk nafakası, birbirlerini tamamlayıcı nitelikte iki müessese olarak kurgulanmıştır. İlgili İsviçre uygulaması kapsamında önce evlilikle sağlanan ekonomik menfaatlerin kaybı (evlilik standardı) tazmin edilmekte, bu tazminata rağmen eş asgari geçimini sağlayamayacaksa ancak o durumda tali biçimde yoksulluk nafakasına karar verilmekteydi. Buna karşılık Türk uygulamasında, maddi tazminat, mal rejiminin tasfiyesi ve yoksulluk nafakası çoğu zaman birbirinden bağımsız kalemler gibi değerlendirilmekte; eş, hem mal rejimi tasfiyesinden hem tazminattan hem de yoksulluk nafakasından aynı anda ve benzer gerekçelere dayanarak talepte bulunabilmektedir. Bu yaklaşım hem mehzaz sistemle bağdaşmamakta hem de yoksulluk nafakasının tali niteliğini fiilen ortadan kaldırmaktadır.

Süre bakımından da benzer bir kayma söz konusudur. 1988 öncesi bir yıllık süre sınırının yarattığı adaletsizlikleri gidermek için getirilen “süresiz nafakaya hükmedilebilme” imkânı, zaman içerisinde kuralın tersyüz edilmesine ve yoksulluk nafakasının neredeyse otomatik şekilde süresiz olarak kararlaştırılmasına yol açmıştır. Oysa hem mehzaz İsviçre hukukunda eski düzenlemeler hem de güncel ZGB Art. 125 sistemi, nafakanın süresinin evliliğin süresi, eşlerin yaşı, yeniden iş hayatına katılım imkânı, çocukların bakım yükü ve mal rejiminin tasfiyesi gibi somut kriterlere göre belirlenmesini; yalnızca gerçekten mesleki ve ekonomik olarak geri dönüşü mümkün olmayan durumlarda uzun süreli veya süresiz desteğin gündeme gelmesini öngörmektedir. Güncel Yargıtay içtihatlarında götürü ödemeye ve nafaka ilişkisini sınırlamaya yönelik eğilimin artması bu bakımdan isabetli olmakla birlikte, bu dönüşümün TMK m. 175 hükmünün çizdiği çerçeve de dikkate alınarak ve süre konusunda hakime tanınan takdir yetkisi açıkça vurgulanarak sistematik hale getirilmesi gereklidir.

Sonuç olarak, Türk hukukunda boşanmanın mali sonuçlarına ilişkin mevcut uygulamanın mehz İsviçre hukukunun mülga hükümlerine göre yeniden ele alınması, yürürlükteki TMK m. 175 hükümünün ise güncel ZGB Art. 125 sistemi ışığında yeniden gözden geçirilmesi gereklidir. Bu sebeple çalışmamızda vurgulamış olduğumuz üzere, yoksulluk nafakasının mehzına uygun şekilde yeniden yorumlanması ve gerekirse evlilik sonrası destek yükümlülüğünü ZGB Art. 125 benzeri objektif kriterlerle düzenleyen yeni bir yasal ereve oluşturulması hem hukuk tekniği hem de toplumsal adalet bakımından kaçınılmaz bir ihtiyaç olarak karşımızda durmaktadır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

ıkar atışması: Yazar çıkar atışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Peer-Review: Externes Peer-Review-Verfahren.

Interessenkonflikt: Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

Finanzielle Unterstützung: Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

ZUSAMMENFASSUNG

Der vorliegende Beitrag untersucht die Yoksulluk Nafakası – den nahehelichen Unterhalt wegen Bedürftigkeit nach Art. 175 TürkMedK (TMK) – und ordnet diese Regelung dogmatisch in ihren mehaz-rechtlichen Ursprung, nämlich die aufgehobene Art. 152 aZGB und die heute geltende Art. 125 ZGB (naheheliche Solidarität), ein. Ausgehend vom begriffsjuristischen Gehalt des Terminus Nafaka wird zunächst herausgearbeitet, dass im türkischen Recht der Unterhaltsbegriff zweispurig verläuft: Einerseits bezeichnet er im allgemeinen Sprachgebrauch die „Gesamtheit der zum Lebensunterhalt notwendigen Mittel“, andererseits im rechtstechnischen Sinn die kraft richterlicher Entscheidung geschuldete, regelmäßig zu entrichtende Leistung zur Sicherung des Existenzminimums einer unterhaltsberechtigten Person. Zivilrechtlich wurzelt die Unterhaltspflicht in der ehelichen Verantwortlichkeit nach Art. 185 TMK, kann aber im Ausnahmefall als yoksulluk nafakası über die Scheidung hinaus fortwirken. Diese Fortwirkung gilt seit jeher als Ausdruck des sozialen Solidaritätsprinzips, das die Ehegatten auch nach Auflösung der Ehegemeinschaft in begrenztem Umfang verbindet.

Die Studie problematisiert sodann, dass die Rechtspraxis – namentlich die bis 2024 konsistente Rechtsprechung des Yargıtay – diese Pflicht faktisch zeitlich unbegrenzt verstand. Daraus resultiert ein Spannungsverhältnis zwischen dem legitimen Schutz des wirtschaftlich schwächeren Ehegatten und der ebenso schützenswerten wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit des verpflichteten Ehegatten, dessen persönliche Lebensplanung – einschließlich neuer Partnerschaften oder Eheschließungen – erheblich beeinträchtigt werden kann. Aus dieser Unwucht speist sich eine intensive Diskussion über die Übertragbarkeit des im heutigen Schweizer Recht kodifizierten Modells der nahehelichen Solidarität (Art. 125 ZGB), das auf dem Prinzip des clean break und dem Eigenversorgungsprinzip basiert. Der Beitrag warnt indes dezidiert davor, Art. 125 ZGB als eigentlichen Mehaz des türkischen Art. 175 TMK zu behandeln: Die naheheliche Solidarität des neuen schweizerischen Rechts ist ihrem dogmatischen Zuschnitt nach einer vollständig neuen Ordnung, die mit der früheren Bedürftigkeitsrente des aZGB nicht verwechselt werden darf.

Im Anschluss daran wird das Schweizer Scheidungsrecht in seinen prägenden Linien skizziert. Die Revision zum 01.01.2000 hob die auf Verschulden basierenden finanziellen Scheidungsfolgen (Art. 151–153 aZGB)

auf und ersetzte sie durch eine modernisierte, an Objektivierung und Selbstverantwortung orientierte Konzeption. Während die alte Bedürftigkeitsrente der Art. 152 aZGB auf die Abwehr „großer Bedürftigkeit“ (große Bedürftigkeit) fokussierte und die Rechtsprechung das Existenzminimum nach SchKG Art. 93 zum maßgeblichen Prüfstein erhob, verlegte der Gesetzgeber mit Art. 125 ZGB den Schwerpunkt auf eine ex ante-betrachtete Lebensprägung der Ehe (lebensprägende Ehe) sowie auf Kriterien wie Ehedauer, berufliche Rollenverteilung, Erwerbsmöglichkeiten, Vermögenslage, Betreuungsbelastung und Gesundheitszustand. Die Unterhaltsleistung wurde damit vom Ausnahmeinstitut der sozialen Hilfeleistung zu einem flexiblen Instrument, das den Übergang zur nachscheidungsrechtlichen Eigenverantwortung absichern soll.

Die türkische Regelung des Art. 175 TMK hingegen beruht – worauf der Beitrag mit Nachdruck hinweist – nicht auf Art. 125 ZGB, sondern auf der übersetzten, inzwischen aufgehobenen Art. 152 aZGB, die den Unterhalt strikt akzessorisch und primär armutsorientiert konzipierte. Der türkische Gesetzgeber übernahm die Struktur, erweiterte sie jedoch durch die Möglichkeit der zeitlich unbefristeten Anordnung. Diese Erweiterung, ursprünglich als Korrektiv für die bis 1988 geltende Ein-Jahres-Grenze gedacht, führte in der Praxis zur nahezu regelhaften Unbefristung – und damit zu erheblichen sozialen und dogmatischen Spannungen.

Vor diesem Hintergrund arbeitet die Studie die Notwendigkeit einer objektiven Bestimmung des Yoksulluk-Begriffs heraus. Der Beitrag zeigt, dass eine konsequente Orientierung am materiellen Existenzminimum – etwa unter Rückgriff auf TÜİK-Daten oder die Logik des İİK Art. 83 – kohärenter wäre als die in der Yargıtay-Praxis dominierende Orientierung an den „sozioökonomischen Verhältnissen“ der Parteien, die faktisch eine Wiederherstellung des ehelichen Lebensstandards begünstigt und damit die Grenzlinie zwischen maddi tazminat und yoksulluk nafakası verwischt.

Sodann werden jüngere Entwicklungen der türkischen Rechtsprechung dargestellt, die seit 2024 vermehrt auf eine Kapitalisierung (götürü ödeme) des Unterhalts abstellen und damit eine ökonomische Entflechtung ermöglichen. Diese Tendenz wird grundsätzlich begrüßt, doch kritisiert der Beitrag ihre dogmatische Herleitung aus Art. 176 TMK, der lediglich die Zahlungsmodalität, nicht jedoch die Dauer regelt. Richtiger wäre eine offene

Anerkennung der richterlichen Befugnis zur Befristung als Folge der teleologischen Auslegung des Art. 175 TMK.

Schließlich formuliert die Studie de lege ferenda klare Reformlinien: Die yoksulluk nafakası sollte – in Einklang mit ihrer historischen Herkunft – als subsidiäre, strikt armutsbezogene Leistung verstanden werden, die nur dort eingreift, wo Vermögensausgleich und Schadensersatz die Mindestbedürfnisse nicht decken. Zugleich sollen – bei realistischer Unmöglichkeit eigenständiger Erwerbstätigkeit – weiterhin Ausnahmen für unbefristete Leistungen bestehen. Ziel ist ein ausgewogenes Modell, das wirtschaftliche Selbstverantwortung respektiert, ohne den sozialen Schutzauftrag aufzugeben.

KAYNAKÇA

- AKIN Levent, “Maaş ve cret Hacı”, *Ankara niversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:44, S:1, Ankara, 1995, 335-363.
- AKINTÜRK Turgut / ATEş Derya, *Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku*, 2. Cilt, 25. Baskı, Beta Yayınevi, Ankara, 2024.
- BAş Seda / ÖZCAN Nisa, “Yoksulluk Nafakasında Süre Sorununun Anayasal ve Medeni Hukuk Boyutuyla Tartışılması ve Bir neri Olarak Boşanma Tazminatı”, *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y:2022, C:4, S:1, 328-383.
- BAşAR Dilek, “Türkiye’de Kadınların İşgücüne Katılımı: Güncel Durumun Değerlendirmesi”, *Toplum alışmaları Enstitüsü*, 09.12.2024 (<https://www.toplum.org.tr/turkiyede-kadinlarin-iguncune-katilimi-guncel-durumun-degerlendirmesi/#:~:text=T%C3%BCrkiye%20%C4%B0statistik%20Kurumu%20verilerine%20g%C3%B6re,itibaren%20%2Dpandemi%20etkisi%20olan%202020>)
- Botschaft ber die nderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht, Verwandtenunterstützungspflicht, Heimstätten, Vormundschaft und Ehevermittlung), 15 Kasım 1995, BBI 1996 I 1.
- BUCHLER Andrea / CLAUSEN Clausen, “Die Eigenversorgungskapazitt im Recht des nachehelichen Unterhalts: Theorie und Rechtsprechung”, *Die Praxis des Familienrechts (FamPra)*, 1/2015, 1-40.
- ÇETİNER Bilgehan, “Boşanmada Nafaka ve Tazminat İlişkisi”, *Aile Hukukundaki Hak İhlallerinin Tespiti ve üzüm nerileri alıştayı*, Ed. Akın nal / Arif Kalkan, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, 99-103.
- DEMİR Remzi, “Yoksulluk Nafakasının Sona Erme Sebepleri ve Yoksulluk Nafakasının Süresizliğine İlişkin Tartışmalar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y:2020, S:147, 221-249.
- DURAL Mustafa / Z Tufan / GüMüş Mustafa Alper, *Türk zel Hukuku Cilt:3, Aile Hukuku*, 20. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2025.

- EGGER A., İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, 2. Cilt, Aile Hukuku, 2. Baskı, Schulthess Verlag, Zürih, 1943.
- FIRTINA Esra, Boşanmanın Mali Sonuçları ve Yoksulluk Nafakası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- FRANKHAUSER Roland / AESCHLIMANN Sabine / BUCHLER Andrea / CLAUSEN Sandro / GRUTTER Myriam / JUNGO Alexander, *FamKomm Kommentar zum Familienrecht, Scheidung, Band I: ZGB*, 4. Baskı, Stämpfli Verlag, Bern, 2022.
- GEISER Thomas / FOUNTOULAKIS Christiana, *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I*, 7. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2022.
- GEISER Thomas, "Aufbau einer angemessenen Altersvorsorge und Dauer des nahehelichen Unterhalts", *Die Praxis des Familienrechts (FamPra.ch)*, 2/2012, 353-368.
- GELMEZ Ezgi, "Yoksulluk Nafakasının Süresine İlişkin Güncel Gelişmeler", *Terazi Hukuk Dergisi*, C:14, S:159, Kasım 2019, 2143-2155.
- KALENDER Ahmet, *Türk Aile Hukukunda Boşanma Nafakası (Yoksulluk Nafakası)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- KAYA KIZILIRMAK Cansu, Boşanmada Maddi ve Manevi Tazminat, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021.
- KILIÇOĞLU Ahmet, Aile Hukuku, 8. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2025.
- MILLER Ruth A., (KAPLAN Elif tercümesi), "Türkiye'deki İsviçre Medeni Kanununun Osmanlı ve İslami Altyapısı", *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, S:27, Y:2019, 5-33.
- KOCABAŞ Gediz, "Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırları Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C:19, S:1, Y:2013, 357-392.
- LIENERT Xaver, *Die Schuld bei der Ehescheidung nach schweizerischem Recht*, Bruchdruckerei R. Müller, Gersau, 1950.

- ÖZLÜK Betül, "Modern Nafaka Düzenlemeleri ve Türk Hukukunda Revizyon Gereği", *Terazi Hukuk Dergisi*, C:13, S:147, Kasım 2018, 40-47.
- ÖZTAN Bilge, *Aile Hukuku*, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- SAYMEN Ferit H. / ELBİR Halid K., *Türk Medeni Hukuku Cilt III, Aile Hukuku*, Hak Kitabevi, İstanbul, 1957.
- SCHWENZER Ingeborg, "Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen", *Die Praxis des Familienrechts (FamPra)*, 2014, 966-1008.
- SCHWENZER Ingeborg, "Unterhaltsrechtliche Probleme nach Trennung und Scheidung", *Eherecht in der praktischen Auswirkung : Fortbildungsseminar der juristischen Fakultät der Universität Basel und des Basler Juristenvereins vom 19. Oktober 1990*, Zürich, 1991, 23-35.
- STECK Daniel, *Das schweizerische Ehescheidungsrecht*, 4. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 1995., s.275.;
- STOLL Diego, "Nachehelicher Unterhalt bei nicht lebensprägenden Ehen – oder: Wie lässt sich das negative Interesse bestimmen?", *Die Praxis des Familienrechts (FamPra.ch)*, 2023, 26-43.
- ŞAHİN Mustafa, "Türk-İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Evlilik Sonrası Katkının (Yoksulluk Nafakasının) Şartları", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:21, S:3, Y:2017, 75-107.
- TUTAR Elce, *Mukayeseli Hukuktaki Gelişmeler Işığında Yoksulluk Nafakası*, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2025.
- UZUN KAZMACI Özge, "Nafaka", *Aile Hukuku*, Ed. Şebnem Akipek Öcal, Hayrünnisa Özdemir, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2024.
- YAĞCI Kürşad, "Yoksulluk Nafakasında Süresizlik Sorunu", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C:76, S:1, 2018, 323-358.
- VETTERLI Rolf, "Zur Bemessung des nachehelichen Unterhalts - ein Klärungsversuch", *Aktuelle Juristische Praxis*, 2009, 575-584.

ÇEVİRİLER/ÜBERSETZUNGEN

Cebrî İcra Hukukunda Etkin Hukukî Koruma*

Yazar/Autor: Prof. Dr. Dr. h.c. Wolf-Dietrich Walker**

Çev./Übersetzt von: Araş. Gör. Dr. Gökhan Aykut***

Devletin cebrî icra faaliyeti, kamusal bir gücün uygulanması manasına gelmektedir. Alman Anayasası (GG m.19/4), kamusal bir gücün kullanımı nedeniyle hakkı ihlâl edilen herkesin hukukî koruma talep edebilme olanağına sahip olduğu anlaşılmaktadır. Etkin hukukî koruma hakkı, bundan ve hukuk devleti ilkesinden (GG m.20/3) kaynaklanmaktadır. Cebrî icra takibi ile ilgili olan herkes bu hükümlere dayanabilir.

I. Takip Borçlusunun Koruması

1. Cebrî İcrada Borçlunun Temel Hakları

Takip borçlusunun, cebrî icra yoluyla çeşitli temel hakları ihlâl edilebilir. Para alacağının tahsili için yapılan icra takibinde borçlunun malvarlığına el konulmaktadır. Bununla borçlunun malvarlığına bir müdahale (GG m.14/1) söz konusu olur.

İcra organı, haczedilebilen şeyleri veya el konulabilen malları bulmak için borçlunun evine girdiğinde, borçlunun konut dokunulmazlığına ilişkin hakkı (GG m.13/1) bundan etkilenir.

Borçlu yaşlı, ağır hasta veya intihar meyilli ise, tahliyeye ilişkin icra takibi borçlunun yaşam ve sağlık hakkına (GG m.2/2, c. 1)

* Söz konusu çalışma, yazar tarafından İstanbul Kültür Üniversitesi'nde tebliğ olarak sunulmuştur.

** Justus Liebig Giessen Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi.

*** İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, (g.aykut@iku.edu.tr). ORCID: 0000-0001-7136-7377.



müdahaleye yol açabilir. Başkası tarafından yapılamayan bir işi yapmaya zorlama ile borçlunun kişilik hakkına (GG m.2/2, c.2), muhtemelen borçlunun özgürlüğüne (GG m.2/1; bununla bağlantılı GG m.1/1) ve insan onuruna müdahale edilir (GG m.1/1). Cebrî icra organı, borçlunun insan onuruna yaraşır yaşaması için gerekli bir şeyi haczettiği zaman da insan onuruna müdahale söz konusu olur.

2. Borçlunun Hukukî Koruması

Bütün bu hallerde Alman kanun koyucu borçlunun hukukî korumasını güvence altına almıştır. Cebrî icra daima, talebin genellikle mahkemece incelendiği bir icra başlığının sunulmasına bağlıdır. Belirli müdahaleler (örneğin, borçlunun tutuklanması veya evinin aranması) için kural olarak, mahkemece özel olarak bu konuda karar verilmiş olması gerekir. Borçlunun insan onuruna yaraşır bir şekilde yaşaması için gerekli olan şeyler ve çalışma gelirinin bir kısmı, öncelikle haczedilemez (ZPO m.811, 850 vd).

Ayrıca borçlunun, cebrî icra organının yaptığı hatalı işlemlere karşı başvurabileceği birden fazla hukukî çare¹ ile takip dayanağı belgenin icra edilebilirliğine karşı maddî hukukta itiraz olanakları (ZPO m.767) bulunmaktadır. Cebrî icra koşulları mevcut olsa ve cebrî icra organı hatalı bir işlem yapmamış olsa bile, cebrî icra borçlu bakımından ahlaka aykırılık teşkil ediyorsa (ZPO m.765a), borçlu hiç değilse cebrî icranın geçici olarak durdurulmasını sağlayabilir.

Her durumda mahkeme, borçlunun talebi üzerine cebrî icrayı geçici olarak durdurabilir. Bu suretle hukukî çarelere ilişkin yargılama esnasında nihaî durumun borçlunun aleyhine gerçekleşmesi engellenmiş olur (ZPO m.765a/1, c.2; 766/1, c.2; 732/2; 769; 570/3). Sonuç olarak takip borçlusunun etkin hukuki koruması Alman Hukuku'nda güvence altına alınmıştır.

¹ ZPO m.766 uyarınca ihtar ile ZPO m.793 uyarınca acele şikâyet.

II. Üçüncü Kişilerin Koruması

1. Cebrî İcra da Üçüncü Kişilerin Temel Hakları

Borçlu veya alacaklı olmayan üçüncü kişilerin de cebrî icra vasıtasıyla temel hakları etkilenebilir. Üçüncü kişiye ait olmakla birlikte, borçlunun elinde bulunduğundan icra memurunca bir malın haczedilmesi hâlinde üçüncü kişinin mülkiyetine bir müdahale söz konusu olur.

Üçüncü kişi, borçlunun aile üyesi olarak borçlu ile birlikte aynı evde yaşıyorsa ve yaşlı, hasta veya intihara meyilli ise, tahliyeyle ilişkin cebrî icra esnasında sağlık ve yaşam hakkı bundan etkilenebilir. Aile üyeleri bakımından da normal bir yaşam için gerekli şeyler haczedilirse, onların insan onuruna müdahale söz konusu olabilir.

2. Üçüncü Kişinin Hukukî Koruması

Alman kanun koyucu üçüncü kişi bakımından etkin hukukî koruma öngörmüştür. Üçüncü kişi mülkiyetine müdahaleye karşı özel olarak düzenlenmiş bir dava ile kendisini koruyabilir². Üçüncü kişi tahliyeyle ilişkin icra takibinden veya haczedilemeyen şeylerin haczedilmesinden etkilenirse, üçüncü kişinin en azından cebrî icranın etkisi sebebiyle de ahlaka aykırı zorluk sebebiyle de cebrî icra koruması talep edilebilir (ZPO m.765a). Ayrıca üçüncü kişi borçlu gibi bizzat mağdur olduğu icra memurunun hatalı işlemine karşı hukukî çareye³ başvurabilir.

Belirtilen her bir hukukî çarede üçüncü kişi, nihaî koşulların meydana getirilmesini engellemek için, mahkemeden geçici hukukî koruma talep edebilir (ZPO m.765a/1, c.2; 766/1, c.2; 771/3, c.1). Bu şekilde üçüncü kişinin de cebrî icra kapsamında haklarına müdahale söz konusu olduğunda müdahaleye karşı etkin hukukî koruması düzenlenmiştir.

² ZPO m.771 uyarınca üçüncü kişinin itiraz davası.

³ ZPO m.766 uyarınca cebrî icra ihtarı.

III. Alacaklının Koruması

1. Cebrî İcrada Alacaklının Temel Hakları

Cebrî icrada alacaklıya ait bir şeyin teslimi talebinin yerine getirilmesi söz konusu olduğunda, bu alacaklının mülkiyet hakkıyla ilgilidir. Bundan başka, her cebrî icrada, alacaklı bakımından doğrudan onun anayasa hukukuna ilişkin etkin hukukî koruma hakkı söz konusudur (GG m.20/3). Çünkü alacaklı cebrî icra belgesini mücadele sonucu elde etmektedir. Fakat alacaklı devletin cebrî icra tekeli sebebiyle bu belgeyi sadece devletin cebrî icra yolları çerçevesinde icra ettirebilir.

2. Alacaklının Hukukî Koruması

Alacaklının hukukî korumasına öncelikle, cebrî icra talebinin reddine veya bir prosedür hatasına karşı hukukî çarelere başvurulabilmesi dahildir. Bunun için kanun koyucu düzenleme yapmıştır⁴.

Fakat alacaklı bakımından etkin hukukî koruma her şeyden önce, cebrî icranın etkin şekilde yürütülmesi anlamına gelmektedir. Alacaklının kendisinin belirlediği talebi mümkün olduğunca tam olarak gerçekleşirse, cebrî icra etkin olur. Fakat bu aşağıda belirtileceği üzere, fiilî veya hukukî sebeplerle her zaman mümkün olmaz.

IV. Alacaklının Hukukî Korumasında Eksiklikler

Alacaklının hukukî korumasında eksiklikler, her şeyden önce, oturlan bir yerin tahliyesine ilişkin talebin cebrî icrasında bulunmaktadır. Ama bu para alacaklarının tahsiline ilişkin cebrî icrada da söz konusudur.

1. Tahliyeye İlişkin Cebrî İcrada

Alacaklı örneğin, borçlu ile olan kira ilişkisinin bitiminden sonra evin tahliyesi ve teslimine ilişkin bir karar alırsa, cebrî icranın uygulanmasında tahliye öncelikle iki nedenle her zaman gerçekleştirilmeyebilir.

⁴ ZPO m.766 uyarınca cebrî icra ihtarı ve ZPO m.793 uyarınca acele şikâyet.

a. Her Oturana Karşı İcra Belgesi Alınması Gerekliiliği

Öncelikle tahliyeye ilişkin cebrî icrada, alacaklının evde oturan her bir kişiye karşı icra belgesi alması gereklidir. Yani, alacaklı sadece eski kiracısına karşı tahliye davası açamaz. Aksine, kiracının karısına, hayat arkadaşına ve aynı evde oturan yetişkin çocuk ve akrabalarına karşı da dava açmalıdır. Çünkü bunların hepsi, aynı dairede birlikte oturmaktadırlar.

Ama alacaklı genellikle kiracı ile birlikte kimlerin halen dairede oturduğunu bilmez. Bunu muhtemelen cebrî icraya kalkıştığında öğrenebilir. Bunun üzerine alacaklı, cebrî icranın sürdürölmesinden önce ilk olarak diğer oturanlara karşı da bir belge almalıdır. Bir sonraki cebrî icra kalkışmasında, muhtemelen borçlunun başka bir kimse ile daha oturduğu veya yeni bir alt kiracısı olduğu anlaşılabılır. Alacaklının sonradan bunlara karşı da icra belgesi alması gereklidir.

Gerçi bunun için daima zaman isteyen bir yargılama usulü gerekli değildir. Aksine ek bir icra belgesi, geçici hukukî koruma yolu ile daha hızlı bir şekilde elde edilebilir (ZPO m.940a/2). Fakat bunun için de alacaklının öncelikle borçlu ile birlikte oturan kişilerin adını öğrenmesi gereklidir. Borçlu sürekli bir şekilde alacaklıya değişen bir birlikte oturan olduğunu söylüyorsa cebrî icra daima sürüncemede kalacaktır.

Borçlu ile birlikte oturan her bir kişiye karşı icra belgesi alınması gerekliiliği, yasadışı ev işgalcilerine karşı tahliyeyi de zorlaştırmaktadır. Hukuka aykırı işgallerde, örneğin boş duran evlerin işgalinde, alacaklı ne o evdekilerin adını ne de sayısını bilir. Böyle durumlarda “bilinmeyenlere karşı” bir belge yeterli olsaydı, alacaklı sadece bir icra belgesi alabilirdi. Fakat içtihatlarla göre borçlunun adının belirtilmediği böyle belgeler icra belgesi olarak kabul edilemez.

b. Tahliye Borçlusu Bakımından Ahlaka Aykırı Bir Zorluk Durumunda Cibrî İcra İhtimali Bulunmaması

Bizatihi belirtilen zorluk meydana gelmese de cebrî tahliye, tahliye borçlusu bakımından ahlaka aykırı bir zorluk anlamına geliyorsa, borçlu tahliyenin durdurulmasını sağlayabilir (ZPO m.765a). Örneğin, borçlu uzun zamandır oturduğu evden cebrî icra ile uzaklaştırılması durumunda kendisi için yaşam tehlikesi olacak kadar

yaşlı, ruhsal ya da fizikî olarak hasta olduğunu bir doktor raporu ile ispatlarsa, neredeyse hiçbir mahkeme borçlunun cebrî icra korumasına ilişkin talebini reddetmez. Bu durum borçlunun intihara meyilli olduğunu tıbbi olarak belgelemesi hâlinde de geçerlidir.

Federal Anayasa Mahkemesi'nin bu soruna ilişkin çok sayıda kararı bulunmaktadır. Bu durum, hak ve menfaat dengesinde yaşam hakkının korunmasının daima öncelikli kabul edilmesinin sonucudur. Böyle durumlarda cebrî tahliye sadece zorlaşmaz, neredeyse fiili olarak olanaksız olur.

2. Para Alacaklarının Tahsiline İlişkin Cebrî İcrada

Para alacaklarının cebrî icrası, alacaklının mümkün olduğunca tam olarak tatmini sağlanırsa etkin olur. Gerçi bunun için, ilk sırada belirleyici olan borçlunun haczedilebilir malvarlığının bulunmasıdır. Buna yasal düzenlemelerle etki edilemez.

Fakat cebrî icra hukuku, her halükârda alacaklının borçlunun haczedilebilir malvarlığına haciz için hukukî ve fiilî olanaklara sahip olunabilecek şekilde düzenlenmelidir. Bu bakımdan Alman Cebrî İcra Hukuku'nda alacaklının hukukî koruması iyileştirilebilir.

a. Alacak Haczinin Özel Anlamı

Para alacağının tahsiline ilişkin cebrî icrada alacaklı borçlunun taşınır ve taşınmaz malvarlığını haczedebilir.

Taşınmaz malvarlığı (arazi veya kat mülkiyeti) genellikle mevcut olmaz. Taşınır malvarlığına cismani şeyler (örneğin, arabalar, bilgisayar, cep telefonları) ve borçlunun alacakları (örneğin, borçlunun işverenine yönelik ücret talebi veya borçlunun banka hesabındaki paranın ödenmesine ilişkin talebi) dâhildir.

Taşınır malların cebrî icrasında daima daha az bir başarı elde edilir, zira borçlunun eşyaları genellikle hiç veya çok düşük bir artırma bedeline sahiptir veya haczedilmezdir. Bu durumda sadece borçlunun üçüncü kişilerdeki alacaklarının haczi olanağı kalır. Alacak haczi daima büyük bir pratik öneme sahiptir. Alacak haczi bakımından icra mahkemesi görevlidir (ZPO m.828). Orada cebrî icra faaliyeti bir hâkim

tarafından değil; aksine bir adlî icra memuru tarafından yürütülür (RPflG m.20/1, b.17).

b. Alacak Haczinde İcra Mahkemesinin Görevli Olması Sebebiyle Zaman Kaybı

Alacak haczi çok uzun sürdüğünden, genellikle yeterince etkin olmaz. Gereksiz gecikmeler her şeyden önce, alacaklı, borçlunun haczedilebilir alacaklarını veya başka haczedilebilen malvarlığı olup olmadığını bilmiyorsa ortaya çıkar. Bu durumda ilk olarak borçlunun malvarlığı araştırılmalıdır. Bunun için Alman İcra Hukuku'nda 2013 yılından beri icra memurları görevlidir. O hâlde, alacaklının, öncelikle icra memurundan bir talepte bulunması gereklidir.

İcra memuru bütün cebrî icra koşullarının mevcut olup olmadığını kontrol eder. Sonra icra memuru borçlunun malvarlığı bilgisini (ZPO m.802c) toplar (ZPO m.802a/2, b.2). Borçlu kendisine ait bütün malvarlığı unsurlarının ve kendisine ait alacakların bilgisini vermek zorundadır (ZPO m.802c/2). Borçlu verdiği bilginin doğruluğu ve tamlığını yeminle teyit etmek zorundadır (ZPO m.802c/3). Yanlış teyit ederse, cezalandırılır.

Bundan sonra icra memuru borçlunun tespit edilen malvarlığı konusunda alacaklıyı bilgilendirir. Bu, genellikle alacaklının, borçlunun haczedilebilir bir alacağının olduğu (örneğin, ücretin veya bankadaki paranın ödeneceğı) bilgisini edindiğı ilk andır.

Böyle bir alacak haczedilmek durumunda kalınırsa, alacaklı cebrî icra organını değiştirmelidir. Alacaklı, icra memurundan icra belgesinin nüshasını almak ve bu suretle icra mahkemesinden alacak haczi talep etmek zorundadır.

İcra mahkemesindeki adlî icra memuru, cebrî icra koşullarını yeniden kontrol eder ve ardından haciz ve havale kararını verir. Sonra bu bir kere daha görevli icra memuruna gönderilmeli ve icra memuru bu kararı üçüncü kişi borçluya (yani işverene veya bankaya) tebliğ etmelidir. İlk olarak bu tebliğ ile alacak haczedilmiş olur (ZPO m.829/3).

Alacağın tespitinden etkili bir şekilde haczine kadar geçen bütün bu süreç uygulamada, yaklaşık 4 ilâ 6 hafta arası sürmektedir. Bu süre

zarfında, borçlunun alacağı tahsil etmesi veya devretmesi tehlikesi mevcuttur. Böyle olunca geç kalınan alacak haczinin bir etkisi olmaz. Ayrıca alacağın o süreçte bir başka alacaklı tarafından haczedilmesi de mümkündür. Böyle bir durumda, bu alacaklı alacakla öncelikli olarak tatmin edilebilir. Bu yüzden alacak haczindeki zamansal süreci, genellikle takip alacaklısının etkin hukukî korumasına engel olur.

V. Alacak Haczinin İcra Memuruna Devri Suretiyle Alacaklının Hukukî Korumasının İyileştirilmesi

Almanya’da, icra mahkemesi tarafından yapılan alacak haczinin icra memuruna devredilmesinin gerekli olup olmadığı tartışılmaktadır. Böyle bir şey gerçekleşirse, 120 yıldan daha uzun süredir yürürlükte olan ZPO’da, küçük bir hukukî devrim gerçekleşmiş olur. Bunun mümkün ve anlamlı olup olmadığı her şeyden önce, icra memurunun alacak haczini daha çabuk yapıp yapamayacağına, icra memuruna getirilecek ek yükün ondan beklenebilir olup olmadığına ve onun alacak haczi bakımından yeterli eğitiminin olup olmadığına bağlıdır.

1. Alacak Haczinin Hızlandırılması

Alacak haczi icra memuruna devredilirse, icra memuru malvarlığı bilgisinin edinilmesi üzerine alacağın tespitinden sonra derhal haciz ve havale kararı verebilir ve bunu üçüncü kişi borçluya tebliğ edebilir. İcra mahkemesi bakımından dolambaçlı yollardan ve bununla bağlantılı yargılamanın yürütülmesinden kaçınılmalıdır. İcra memuru tarafından alacak haczi yapılırsa, bu, ortalama 3 ilâ 7 gün sürer. Bu zaman kazanımı ile cebrî icranın etkililiği net bir şekilde iyileştirilmiş olur. Bu yolla “vakit nakittir” kuralı geçerli olur.

2. İcra Memuru Bakımından Ek Yükün Makul Olması

Alacak haczi ile icra memuruna getirilecek ek yük herhâlde ondan beklenebilirdir. Almanya’da 4.000’in üzerinde icra memuru bulunmaktadır. Resmî istatistiklerden hareketle her bir icra memurunun yılda yaklaşık 360 haciz ve havale kararı hazırlamak zorunda kalacağı sonucuna varılmaktadır. Bu her çalışma gününde yaklaşık 1,6 haciz ve havale kararı anlamına gelmektedir. Bu ek yük, uzun yıllardan beridir taşınır mallardaki cebrî icranın daima azalması suretiyle dengelenir.

3. Alacak Hacziinde İcra Memurunun Mesleki Yeterliliği

Geriye kalan tek soru, icra memurunun, alacak haczini şimdiye kadar icra mahkemesinde görevli olan adlî icra memurları kadar iyi halledip edemeyeceğidir.

a. İcra Memurlarının Eğitiminin Adli İdare Memurlarının Eğitimi İle Karşılaştırılması

Alacak haczi bakımından icra memurunun yeterliliğinin değerlendirilmesinde, öncelikle icra memurunun eğitiminin adlî icra memurunun eğitimi ile kıyaslanması yararlı olur.

aa. İcra Memurunun Eğitimi

İcra memuru olmak için hâlihazırdaki eğitim, adlî uzmanlar için ek bir eğitimden oluşmaktadır. Bu kişiler eğitim görmemişlerdir. Onlar daha ziyade iki yıl boyunca mahkeme kalemlerinde ve savcılıklarda eğitim alırlar ve orada çeşitli servis işlerinde görevlidirler.

Adlî uzmanlara icra memurluğu için çoğunlukla 18 aylık ek eğitimde kurslar ve pratik eğitimler birlikte verilir. Bu faaliyetler içinde alacak haczine ilişkin kısım, sadece küçük bir kısım teşkil etmektedir. Bu da alacak haczine ilişkin mevzuatla bağlantılı icra memurunun yardımcı faaliyetleriyle sınırlıdır.

Gerçi bir Alman yüksekokulunda icra memurlarının eğitimi için 2017 yılından beri 3 yıllık bir lisans eğitimi verilmektedir. Orada alacak haczi alanında icra memurunun eğitimi adlî uzmanların ileri eğitiminden daha yoğundur. Fakat bu yüksek eğitimde de taşınır malların haczi ağırlık merkezini oluşturmaktadır.

ba. Adli İcra Memurlarının Eğitimi

Mevcut Alman Hukuku'na göre, icra mahkemelerinde alacak haczini yürüten adlî icra memurlarının eğitimi, özellikle bir adlî icra memuru yüksekokulundaki eğitim kapsamında gerçekleştirilir ve (icra memurlarının lisans eğitimi gibi) 3 yıl sürer. Bu lisans eğitiminde, alacak haczi bakımından verilen eğitim, icra memurlarının eğitiminden (ve ayrıca üniversitedeki hukuk eğitimindekinden de) açık bir şekilde daha

geniş kapsamlıdır. Bu yoğunluk, alacak haczi bakımından adlî icra memurunun mevcut yasal görevi ile bağlantılıdır.

b. Alacak Haczinde İcra Memurunun Hâlihazırdaki Durumu

Bu söylenenler icra memurunun alacak haczinden hiç anlamadığı ve bunun için uygun olmadığı anlamına gelmez. Aksine icra memuru, alacak haczi ile mevcut durumda çeşitli yönlerden zaten meşgul olmaktadır.

İcra memuru, haciz ihbarnamesi bakımından tek başına yetkilidir (ZPO m.845). Burada geçici olarak bir haciz söz konusudur. Bu geçici olan haciz sayesinde alacaklı, icra mahkemesi tarafından haczin yapılmasına kadar borçlunun alacağı tahsil etmesinden veya devretmesinden korunmuş olur. Bu haciz ihbarnamesi yalnızca, icra memurunun cibrî icra koşullarını kontrolünden sonra, alacaklının talebinin üçüncü kişi borçluya tebliği suretiyle gerçekleştirilir.

Diğer alacak hacizlerinde icra memuru yardımcı faaliyetler kapsamında, örneğin, hacizli alacak hakkındaki belgenin teslimi ve bu belgeye el koyulması bakımından katkıda bulunur. Borçlunun mali durumu tespit edilirken her şeyden önce borçlunun malvarlığına dâhil olan hacizli bir alacağının olup olmadığına bakılmalıdır.

c. Alacak Haczinin Münferit Türleri Bakımından İcra Memurunun Yeterliliğinin Sonuçları

Bunların hepsinin alacak haczi bakımından icra memurunun yeterliliği konusunda kâfi olup olmadığı, farklı değerlendirilmelidir.

aa. Basit Alacak Haczi

Basit alacak haczi (ZPO m.829), taşınır mal haczi gibi standart bir formla yapılır. Bunun gibi formların kullanımını, icra memuru taşınır malların haczinden bilmektedir. İcra organı, hacedilen alacağın gerçekten mevcut olup olmadığını kontrol etmek zorunda değildir. Sadece borçlunun üçüncü kişi borçluya karşı iddia ettiği alacak hacedilir. İcra memuru hâlihazırda aldığı eğitim ile bunu yapabilecek yeterliliğe sahiptir.

ba. Çalışma Karşılığı Olan Gelirin ve Hesaptaki Mevduatın Haczi

1) Normal Haciz

Bu, kural olarak çalışma karşılığı olan gelirin haczinde de geçerlidir. Gerçi burada gelirin tamamının veya bir kısmının haczedilmezliğine yol açan sosyal hacze karşı koruma hükümlerinin özel nitelikleri (ZPO m.850a-850i, 850k) de rol (ZPO m.850/1) oynar. Fakat cebrî icra organı bu özellikleri kontrol etmek zorunda değildir.

Çalışma karşılığı olan gelirin ne kadarının haczedilebileceği, ilk olarak borçlunun net gelirin yüksekliğine ve ikinci olarak borçlunun yasal olarak bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sayısına bağlıdır (ZPO m.850c). Bunun için gerekli olan bütün veriler icra organı tarafından araştırılmak zorunda değildir. Bunlar ya talep formunda bulunmalı veya üçüncü kişi borçlu olarak işveren tarafından tespit edilmelidir.

Standart form şeklindeki haciz kararı, haczedilebilen tutarın ne kadar olacağını göstermez. Bu konuda sadece ZPO'nun ekindeki haciz listesi dikkate alınmalıdır (ZPO m.850c/3, c.2). Bu listeden üçüncü kişi borçlu olarak işveren, hacze rağmen tutarın ne kadarlık kısmını borçluya ödemek zorunda olduğunu, cebrî icra alacaklısına ödenmesi gereken hacizli kısmın ne kadar kaldığını görebilir.

Aynı şey borçlunun hacze karşı korumalı hesap (P-Konto) olarak adlandırılan hesaptaki mevduatının haczinde de geçerlidir. Her Alman vatandaşı, sadece bir adet hacze karşı korumalı hesaba sahip olabilir. Borçlunun hacze karşı korumalı hesabındaki mevduatı, tıpkı çalışma karşılığı olan geliri gibi hacze karşı korumadan yararlanır. Çalışma karşılığı olan gelirin haczedilemeyen kısmı, hacze karşı korumalı hesaptaki mevduatın haczi bakımından da mümkün değildir (ZPO m.850k/1, 2 bununla bağlantılı ZPO m.850c). Bu hacze karşı koruma, otomatik olarak yasayla sağlanmıştır. Bu koruma için borçlunun talebi veya cebrî icra organının özel bir incelemesi şart değildir. Bu korumayı, üçüncü kişi borçlu olarak bankanın da dikkate alması gereklidir.

Cebrî icra organı çalışma karşılığı olan geliri haczi veya hesaptaki mevduatın haczinde esasen güç hukukî incelemelerle

yükümlü olmadığından, alacak haczinin bu türü de icra memuruna devredilebilir.

2) Özel Taleplere Dayalı Genişletilmiş Haciz

Kuşkusuz birçok hâlde alacaklı özellikle korunmaya değerdir. Alacaklı borçlunun çalışma karşılığı gelirinin veya banka hesabındaki mevduatının haczedilebilir kısmının artırılmasını talep edebilir. Bu, örneğin, alacaklının yasal bir nafaka alacağı (ZPO m.850d) veya kasıtlı olarak işlenen bir haksız fiilden kaynaklanan alacak sebebiyle (ZPO m.850f/2) icra takibi başlatması durumunda söz konusu olur.

Böyle özel taleplerde icra organı maddî hukuktaki nafaka hükümlerine dikkat etmek zorundadır. Haciz kararının verilmesinden önce, borçlunun korunma ihtiyacı ile alacaklınıninki arasında bireysel bir değerlendirme yapılması gereklidir. Bu durumda, alacağın haczedilebilir kısmının ne kadar olacağı, haciz listesinden okunamaz, aksine münferit olarak belirlenmeli ve haciz kararında ayrıca belirtilmelidir. Bu inceleme son derece titiz yapılmalıdır. Bu inceleme yapılırken içtihatlarla ve bilimsel eserlere başvurulması gereklidir. Bunun için icra memurunun şimdiye kadarki eğitimi yeterli değildir.

Böyle ek talepler bakımından alacak haczinin icra memuruna devredilebilmesi için, icra memurunun eğitiminin iyileştirilmesi gereklidir. Adlî uzmanları için hâlihazırdaki 18 aylık eğitim bunun için yeterli değildir. Ancak icra memurları için 3 yıllık lisans eğitimi, tıpkı adlî icra memurlarının üniversite eğitimindeki gibi, alacak haczinin özelliklerini de öğrenecekleri şekilde yapılandırılabilir. Diğer pek çok Avrupa Birliği üyesi ülkesindeki durum zaten bu şekildedir.

4. İcra Memurlarına Alacak Haczinin Devredilebilirliği Bakımından Sonuç

Alacak haczinin icra memuruna devri suretiyle cebrî icranın etkinliği ve bununla cebrî icra alacaklısı bakımından etkin hukukî koruma artırılmış olurdu. Ayrıca icra memurunun bununla bağlantılı ek yükü de göze alınabilir ve makuldür. Alacak haczi bakımından icra memurunun yeterliliği, lisans eğitimi kapsamında iyileştirilmiş bir eğitim ile sağlanabilir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Peer-Review: Externes Peer-Review-Verfahren.

Interessenkonflikt: Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

Finanzielle Unterstützung: Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

Hermeneutik ve Hukuk Bilimi: Hans-Georg Gadamer ve Josef Esser*

Yazar/ Autor: Dr. Hans-Jürgen Meyer**

Çev./ Übersetzt von: Av. Pelin Tanrıkulu Şamdan, MLaw (UZH)***

I. Giriş

Hermeneutik, anlama öğretisidir. Hukukçular da metinleri anlamaya çalışır ve onların anlamını çözmeye gayret eder. Yasaları yorumlar ve uygularlar. Bu nedenle, hermeneutik hukuk teorisinin bir tartışma konusudur. Hukuk uygulaması açısından hangi teorik ve pratik sonuçlarının olduğu, zaman içinde farklı şekillerde cevaplanmıştır.

Burada ele alınacak olan, bu tartışmanın küçük bir kesitidir. Bu kesitte, Hans-Georg Gadamer'in "Hakikat ve Yöntem (*Wahrheit und Methode*)" adlı eserinin, 1970 yılına ait Josef Esser'in "Ön Anlayış ve Yöntem Seçimi (*Vorverständnis und Methodenwahl*)" adlı çalışmasında nasıl benimsendiğine ve aynı zamanda Gadamer'in hermeneutiğinin evrenselliğinin hukuki açıdan nasıl değerlendirildiğine değinilmektedir. Bu noktada, Esser'in tezlerini daha yakından incelemek, birçok açıdan değerlidir:

Her iki bilim insanı entelektüel olarak birbirine oldukça yakın kişilerdi: Esser (1910-1999), Gadamer'den (1900-2002) on yaş daha küçüktü ve ifa ettiği birçok görevden sonra nihayet 1961'den itibaren Tübingen'de medeni hukuk ve karşılaştırmalı hukuk profesörü olarak, kendi zamanın hukuk teorisi ve yöntem bilimi alanındaki en önemli temsilcilerinden biriydi.¹ Gadamer ve Esser görünüşe göre iyi

* Özgün metin için bkz. Hans-Jürgen Meyer, *Hermeneutik und Rechtswissenschaft: Hans-Georg Gadamer und Josef Esser*, In: *Rechtsphilosophie RphZ* 6 (2020), S. 59-71. Çevirinin yayınlanması için gerekli olan izinler alınmıştır.



tanışıyorlardı, yoğun bir bilimsel etkileşim içindelerdi ve birlikte seminerler düzenliyorlardı. Her ikisi de Heidelberg Bilimler Akademisi'nin üyesiydi. Esser bu akademiye 1973'ten itibaren üyeydi, muhtemelen Gadamer'in vesilesi ile, çünkü Gadamer 1972'ye kadar Akademi'nin başkanlığını yapmıştı. Gadamer, Esser'in görüşleri üzerinde oldukça önemli bir etkide bulunmuş olmalı ki, sıkça ona referans veriyor ve onun hermeneutiğinin temel kavramlarını ve kategorilerini kullanıyordu.

Esser'in tezleri, zamanında hukuk biliminde büyük bir yankı uyandırmış ve bu durum yargıyı da etkilemiştir. Onun, hukuki kararların gerekçelendirilmesine yönelik eleştirisi; hâkimin gerçek motifinin genellikle yöntemsel veya dogmatik argümanlarla "örtüldüğü" ya da "gizlendiği" yönündeki iddiası, rahatsızlık uyandırmış ve karşıt görüşlere yol açmıştır. Bunun nedeni, 1970'lerde Almanya'daki yargının hem personel hem de entelektüel açıdan hala büyük ölçüde geçmişe bağlı olması ve otoriter yapısını inkâr edememesiydi; bu durum yalnızca yargı kararlarının gerekçelendirilme tarzında değil, aynı zamanda eleştiriye karşı yaklaşımda da kendini göstermekteydi. O zamanlar yargı, Nazi dönemi suçlarına karşı gösterdiği yaklaşımı ve kişisel yakın bağlantıları nedeniyle giderek artan bir şekilde eleştirilmekte ve sorgulanmakta olduğundan, oldukça "hassas"tı. Esser'in görüşleri, hukuk biliminde hâkim olan hukuk ve yöntem anlayışından sapmalar içerdiğinden zaman zaman eleştirilere maruz kaldı ve "sübjektivizm", "keyfilik" veya "hukuki güvensizlik" olarak nitelenebilecek bir dizi soruna yol açmış görünüyordu.

Zaman içinde bu tartışmaların önemi azalmış, çünkü hukuki değer yargıları için bireysel bakış açılarının önemi arttı ve hukukun kendine özgü anlayış ve tarzı toplumsal devinim içerisinde dönüşmüştür. Bugün hermeneutiğin önemi artık ciddi şekilde

** Dr. Hans-Jürgen Meyer, LL.M.(Harvard), M.A.(HUB, meyer.renger@t-online.de).

*** Av. Pelin Tanrıku Şamdan, MLaw (UZH), pelin_tanrikulu@hotmail.com, ORCID:0009-0002-6930-3301.

¹ Bu konuda bkz. Vita Vogel, Josef Esser – Brückenbauer zwischen Theorie und Praxis, 2009, s. 7 vd., s. 177 vd.

tartışılmamakta ise de bunun hukuk teorisine ve uygulamaya nasıl aktarılacağı konusu hala bir zorluk olarak karşımıza çıkmaktadır.

II. Geleneksel Hukuk ve Yöntem Öğretisi

Esser'in tezlerinin içeriğini ve etkisini anlamak için öncelikle hukuk ve yöntem öğretisinin gelişimine bir göz atmak gerekir. Zira Esser'in özellikle hakimın ön anlayışını ve hukuku somut olaya uyarlamasındaki etkisine vurgu yapması nedeniyle, dönemin egemen hukuk ve yöntem öğretisinin hukuk uygulayıcısının (hakimin) bireyselliğine yer açıp açmadığı ve/veya ne kadar yer açtığı sorusu ön plana çıkmaktadır.

Gerçekten de hukuku kişisel deneyimlerinden hareketle yorumlayan, uygulayan ve geliştiren bir hakim tasavvuru, Alman hukuk anlayışına uzun süre yabancıydı:

Son yüzyılda çok sayıda alt kuramıyla Kıta Avrupası hukukuna egemen olan iki temel akım, doğal hukuk ve hukuki pozitivizmdi.² Doğal hukuk düşüncesinin kökeni Aydınlanma döneminin rasyonalizmine dayanıyordu. Akıl, hukukun içeriği ve metodolojisinden kendi başına belirliyordu. Çıkış noktası, insanın doğası ve akıl yoluyla elde edilecek hak ve yükümlülükleriydi. Hukukun temel ilkeleri evrensel, her zaman için geçerliydi ve değiştirilemezdi. Din, ahlak, duygu veya deneyim gibi akıl dışı kategoriler hukuk düzeninde geçerli değildi. Hukuk, akıl yoluyla yönlendirilen (mutlakiyetçi) devletin yasalarında (Prusya Genel Toprak Yasası, Napolyon Yasası gibi) şekil bulan, objektif ve kapalı bir sistemdi. Hakim ise "yasanın sözcüsü" (Montesquieu) olarak kendi yaratıcılığı ve düzenleme yetkisi olmadan, objektif hukukun saf uygulayıcısıydı.

19.yüzyılda, doğal hukuku düşüncesi başka akımların gerisinde kaldı. Savigny'nin önemli "Tarihçi Hukuk Okulu" doğal hukuku, filozofların geliştirdiği rasyonalist bir yapı olduğu gerekçesiyle reddetti.

² Kaufmann, *Beitrage zur juristischen Hermeneutik*, 2. Baskı, 1993, S. 79 vd.; Kaufmann, *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie*, içinde Kaufmann/Hassemer/Neumann (Ed.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 7. Baskı, 2004, s. 47 vd.

Tamamen romantik düşünceye hapsolmuş vaziyette, hukuk onlar için bir halk tininin tezahürü, tarihin ve geleneğin bir sonucuydu. Geçerli hukuk kaynakları özellikle örf ve adet hukuku ile ana unsuru Roma Hukuku olan “ortak hukuktu”. Hukukun uygulanması, yasa koyucunun (tarihsel) iradesinin anlaşılmasından, yani “yasaya içkin olan düşüncenin yeniden inşasından” ibaretti. Savigny, yasa koyucunun iradesinin doğru bir şekilde uygulanabilmesi için, sınırlı sayıdaki yorum yöntemleri kanonuyla bir yöntem öğretisi geliştirdi; yasa koyucunun en doğrudan ifadesi olan lafzi yorum, bu öğretilerdeki yöntemlerden en önemlisiydi.³ Bu kısımda Savigny’nin öğretisi, metinlerin anlamını anlamaya çalışan Schleiermacher’ın hermeneutiğiyle kesişmekte, tarihsel metinlerin anlamını kavrarken – ki burada Savigny’den etkilenmiş olmalı⁴ – metinlerin anlamını yorumcunun özgür müdahalesine karşı korumak için yine belirli bir yöntem kanonu aracılığıyla “objektifleştirmeye” çalışmaktaydı. Bu okul da hukuk uygulayıcısının bireyselliğine yer bırakmıyordu.

Yasalara sadık “tarihçi hukuk okulu”, hukuki pozitivistin yolunu açtı. Hukuki pozitivism akımı, özgürlük ve milliyetçilik hareketleri ile anayasacılığın siyasi bağlamında gelişti. Yasa, egemenin iradesinin bir ifadesiydi, özel bir yasama süreciyle geçerlilik kazanarak hem vatandaş hem de devlet için eşit ölçüde bağlayıcı olmaktaydı. Bu bağlayıcılık, yasaların maddi içeriğinden bağımsız olarak, yalnızca yasama sürecinin şeklen usulüne uygun olmasından kaynaklanıyordu. Kuvvetler ayrılığı egemendi: yasanın içeriğini belirlemek yalnızca yasama organına ait olup hakimın işi, kendi değerlendirmesini yapmaksızın veya hukuk yaratmaksızın “sadece” yasayı uygulamaktı.

³ Kaufmann’da Savigny’nin hukuki yöntemleri hakkında bkz. Kaufmann/Hassemer/Neumann(Ed.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 7. Baskı, 2004, s. 114 (Şema 7) ve Schroth, Hermeneutik, Norminterpretation und richterliche Normanwendung, içinde: a.g.e. s. 279 vd.; Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Baskı, 1995, s. 141 vd. (Auslegungskriterien), s. 191 vd. (Methoden der Rechtsfortbildung).

⁴ Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*, 2. Baskı, 1972, s. 136.; Gadamer, *Wahrheit und Methode*, C. 1, 6. Baskı, 1990, s. 332.

19. yüzyılın sonlarına doğru yapılan büyük kodifikasyonlar, modern toplumun ve ulus devletin gelişimine zemin hazırladı. Ancak pozitivist hukuk düşüncesi, kısa sürede sınırlarına ulaştı: Eğer yasa, eksiksiz ve tam anlamıyla tüm sorulara yanıt verecek şekilde kapalı bir sistem oluşturabilseydi, kuvvetler ayrılığının katı bir şekilde uygulanması mümkün olabilirdi. Ancak durum böyle değildi: Toplumun giderek artan karmaşıklığı ve toplumsal adalet çatışmalarının çeşitliliği, önceden öngörülemeyen ve öngörülemeyecek soruları gündeme getirdi. Hukuk ve yöntem öğretisi, normlarda ve öğretide - yasa koyucunun gerçek iradesinden bağımsız- oluşturulan “objektif hukuk” tasarımıyla, ki bu tasarım yöntem öğretisi araçlarıyla ortaya çıkar ve mahkemelerin kuvvetler ayrılığı çerçevesinde uygulamakla yükümlüdür, çözüm bulmaya çalıştı. Fakat sosyal ilişkilerin fiili gelişimi hakim rolünü sınırlandıran anlayışı değiştirdi: Değişimlerin hızı ve birlikte yaşamın hukuki olarak düzenlenmesine duyulan ihtiyacın artması, karar verme zorunluluklarını beraberinde getirmiş ve bu durum yasa koyucunun tek başına bu gereksinimlere cevap veremediğini veya vermek istemediğini ortaya koymuştur.

Buna ek olarak, Nazi döneminin sıkı pozitivistliği, maddi değer ölçütlerinin eksikliğinden dolayı, hukuk devletinin gasp edilmesine ve en büyük adaletsizliklerin yasalarla örtülmesine (yasal bir biçime büründürülmesine) karşı savunmasız kalmıştır. İkinci Dünya Savaşı sonrasında Alman hukuk düşüncesi, bu olaylardan büyük ölçüde etkilenmişti. Alman Federal Anayasa Mahkemesi içtihatları, Anayasa’nın “değerler düzeni” düşüncesini geliştirerek bu temel değer yargıları üzerinden her somut olayda yasaların nasıl yorumlanacağına yön vermektedir. Bu, yargının işleyişi, hakimlerin kendi anlayışları ve hukuk teorisi üzerinde geniş kapsamlı sonuçlar doğurdu.

İki ana akım olan doğal hukuk ile hukuki pozitivistliğin ortak özelliği, hukuku, her türlü adalet sorununa doğru çözüm sunabilen, bu nedenle de hakim görevinin yalnızca yasa koyucunun iradesini ya da yasada ve hukukta dile getirilen objektif gerçeği yorum yöntemleri aracılığıyla ortaya çıkarmakla sınırlayan, sübjektif bir değerlendirmeye ve hukuk yaratılmasına izin vermeyen, bir bakıma kapalı bir sistem

olarak görmeleri idi.⁵ Böylece, her iki öğreti de 20. yüzyılın toplumsal gerçekliğinin etkisiyle tartışmalı ve daha ayrıntılı bir değerlendirmenin konusu haline gelirken, aynı zamanda epistemolojik temellere dayalı bir hukuk hermeneutiğinin kapısını araladı.⁶ Bu, elbette Almanya'daki yargı kararlarının, hakimin kişiliğinin arka plana gizlenmek sureti ile geleneksel olarak nesnelleştirilmiş bir gerekçelendirme tarzına bağlı kalma zorunluluğunu bugüne kadar değiştiremedi. Anglosakson meslektaşlarının aksine, bir Alman hâkimi birinci tekil şahısla konuşmamakta ve Federal Anayasa Mahkemesi dışında “muhalefet şerhinde” (*Dissenting Opinion*) bulunamaz.

1970 yılında Esser “Ön Anlayış ve Yöntem Seçimi (*Vorverständnis und Methodenwahl*)” adlı eserini yayınladığında, teori ve uygulama hala geleneksel hukuk ve yöntem öğretisinin etkisi altındaydı; bu nedenle, onun yargı kararlarının gerekçelendirilmesine yönelik eleştirisi hoşnutsuzlukla karşılanmış olmalıydı.

III. Esser’in Görüşleri

“Meşruluğu ifade etmenin her hali, bende sempati kadar güvensizlik uyandırmıştır – bu güvensizlik, geçmişteki her türlü tarihsel idealizme ve toplumsal gerçekliğimizde objektif bir ruhun ve objektif değerlerin kendisini gerçek hale getirdiğine ilişkin teselli edici düşüncelere duyduğu güvensizlikle benzer nedenlere dayanır.”⁷

Bu tespitle Esser, bir yandan hukukçuların uygulanacak hukukun tespitin rasyonelliğine ve öngörülebilirliğine duyduğu arzuya, toplumsal gerçekliğin arasındaki gerilime dikkat çekmektedir. Öyle bir gerilim ki, tarihi olayların “gerçekte nasıl olduğu” ile tarihi kaynakların anlaşılmasındaki öznellik arasındaki gerilime benzemektedir. Bu, formel bilimlerin kesinliği ve objektifliğiyle hukuku anlama arzusunun, insan bilgisinin tarihsel ve toplumsal şartlar

⁵ Kaufmann, *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, 2.Baskı, 1993, 25(S.39 vd.); 79 (S.79, 82 vd.).

⁶ a.g.e., S. 80 vd.; Kaufmann, içinde: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Ed.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 7. Baskı, 2004, S. 100 vd.

⁷ Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*, 2. Baskı, 1972, s. 23.

karşısında başarısız olmaya mahkum olduğunu ortaya koymaktadır. Bu durum esasında, *tüm* beşerî bilimlerin çıkmazını açıklar.

Esser, “Ön Anlayış ve Yöntem Seçimi” adlı eserinde hukukun uygulanması sürecindeki tüm öğeleri şu şekilde ele almıştır: Hukuk uygulamasının nesnesi olarak dil ve norm, düzenleme ilkeleri olarak sistem ve dogmatik, yasal düzenlemelerin yorumu, somut olaya uygulama ve kararın gerekçelendirilmesidir.

Esser’in çıkış noktası, yargı kararlarının doğru ve mantıklı çözümler bulma çabasına dayanması gerekliliğine dayanan ampirik bir gözlemdir. Tezi şudur:

*“Uygulama; hukuku öğretilerdeki ‘yöntemler’le ortaya koymaz, bu yöntemleri kendi hukuk ve uzmanlık anlayışlarına uygun olan kararları usulüne uygun şekilde gerekçelendirmek için kullanır.”*⁸

Bu tez Esser’i, hâkimin “doğruluk anlayışını” esasında neyin yönlendirdiği ve yönetsel araçların seçimini ve kullanımını neyin etkilediği sorununa, başka bir ifade ile, hâkimin “ön anlayışının kökeni ve denetimi” sorununa, yöneltmiştir.⁹ Esser’in amacı, hukuki muhakemeyi açığa çıkararak ve denetleyerek karar vermenin “rasyonelleştirilmesiyle” geleneksel yöntem biliminin ve dogmatikğin sınırlarını aşmaktır. Şeffaflık, akla en uygun çözüm üzerinde bir fikir birliği oluşturmayı, büyük oranda bir kabule ulaşmayı mümkün kılacaktır.

Her hukuk uygulamasının tarihsel ve sosyal koşullarla şekillenen bir ön anlayıştan etkilendiğinin bilgisiyle, Esser, eleştirel hermeneutiğe ulaşır: Bu yaklaşım, anlamlandırma sürecini derinlemesine inceler ve yorumcunun anlama sürecine konu nesneyi “objektif” bir şekilde sorguladığı (nafile) iddiasına ele alır.¹⁰ Bu husus, Esser’in, uygulanacak hukukun tespiti sürecinde rasyonelliğin oluşmasına katkı

⁸ a.g.e., s. 7, benzer s. 126; Kaufmann, *Dogmatik zwischen Theorie und Praxis*, içinde: Gadamer/Boehm (Ed.), *Seminar: Die Hermeneutik und die Wissenschaften*, 1978, s. 247 vd.

⁹ Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*, 2. Baskı, 1972, s. 8.

¹⁰ a.g.e. s. 136.

sağlayabileceğine ilişkin umudunu yeşertmektedir.¹¹ Hermeneutik, bireyin hayal gücü, düşünce ve dil dünyasına dayanan nesnelerin doğruluğunun anlamını, sınırlarını ve koşullarını kavramaya hizmet eder.¹² “Dogmatik bir şekilde böyle deneyimlerin üzerinden geçip giden bir yöntem bilimi, bilimsel bir anakronizmdir.”¹³

Felsefi hermeneutiğin bulguları, Esser’in yargı uygulamalarıyla ilgili ampirik tespitlerine ve egemen hukuk ve yöntem öğretisini eleştirel değerlendirmesine teorik bir açıklama çerçevesi sağlamıştır. Bu düşüncenin temeli, Dilthey, Heidegger ve Gadamer’in bir metnin, uygun yöntemlerle açığa çıkarılabilecek objektif bir gerçeği içinde taşımadığı, aksine öyle veya böyle tarihsel bağlama ve yorumcunun ön anlayışına bağlı olarak farklı şekillerde anlaşılabilen yönündeki görüşüne dayanmaktadır.¹⁴ Hukuku uygulayanın “ön anlayışı” - Esser’in, Gadamer’in hakikate ilişkin sorusundan alıp adalet sorusuna taşıdığı bir kavram¹⁵- bireyseldir ve dil kullanımı, köken, sosyalleşme, deneyim, gelenek, eğitim vb. gibi faktörlerden, yani “(geleneksel) aktarım bağlamından” etkilenir.¹⁶ Esser’e göre ön anlayış, hakim bir davayı ilk ele aldığı andaki hukuki ihtilafı kavrayışını ve buna ilişkin adil bir çözüm arayışını; fiilen hukukun uygulanmasından önce anlama

¹¹ a.g.e.

¹² a.g.e. s. 9 vd.

¹³ a.g.e. s. 10.

¹⁴ Baberowski, *Der Sinn der Geschichte*, 3. Baskı, 2014, s. 122: Hermeneutik, tarihsel olgulara ilişkin nesnel bilgi olasılığının reddidir.

¹⁵ Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*, 2. Baskı, 1972, s. 12, s. 136 vd.; Esser, *Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht*, AcP 1972, s. 97 (s. 101 vd.).

¹⁶ Gadamer’in kavramı; Esser (*Vorverständnis und Methodenwahl*, 2. Baskı, 1972, s.10) aynı zamanda “geleneğin bağlamı” olarak ifade edilir ve kişinin kendi (geleneksel) aktarım bağlamından kopmasının imkansızlığına ilişkindir. Gadamer, *Wahrheit und Methode*, C. 1, 6. Baskı, 1990, s. 301; Baberowski, *Der Sinn der Geschichte*, 3. Aufl. 2014, s. 113, s. 115. Hukuki-dogmatik (geleneksel) aktarım bağlamına özgü hukuk uygulmasına örnek için bkz.: Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Baskı, 1995, s. 30.

ve sonuca dair sorulara yönelik “ilk yaklaşımını” belirler.¹⁷ Esser, hukuki hermeneutikte bir düzen sorununun yasaya bu şekilde “taşınması” ile ilgilenmektedir.¹⁸ Gadamer bu süreci şöyle açıklar: Yorumcu, bir anlam ilk belirlediği anda bütünün anlamını önceden tasarlar ve anlamı daha derinlemesine kavradıkça, önceden tasarlamış olduğu anlamı sürekli olarak revize eder.¹⁹ Ön anlayış büyük ölçüde bilinçdışında şekillenir ve gerçekleşir; ancak insan bunu fark ettiğinde ve bu ön anlayışı değiştirmeye hazır olduğunda, rasyonel ve tatmin edici bir çatışma çözümü mümkün olacaktır.²⁰

Aydınlanma düşüncesi, yani önyargıların aşılabilceği ve tamamen akılcı sonuçlara ulaşılabilceği fikri, insani varoluşun koşullu doğası gereği mutlak aklın hakim olma olasılığının bulunmamasından dolayı, Gadamer tarafından reddedilmiştir.²¹ Fakat, “kendi önyargılarının etkisi altında kalmaktan kaçınmak” için²² üretken bir anlam arayışı gereklidir; kişinin, kendi önyargılarının farkında olması, onları açığa çıkararak “kontrol etmesiyle” ve böylece başka anlam anlayışlarına açık olmasıyla mümkündür.²³ Böylece, hermeneutik bir

¹⁷ Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*, 2. Baskı, 1972, s. 136 vd.; Esser, AcP 1972, s. 101; Gadamer’e atıfta bulunarak, “uygulamalı ön anlayış”tan bahseder. bkz. a.g.e. s. 139, dipnot 67 s. 141; somut olayın anlamlandırılması ve yorumlanmasına ilişkin uygulama için, Gadamer, *Wahrheit und Methode*, C. 1, 6. Baskı, 1990, S.335 vd., 345 vd.; krş., Kaufmann, Beiträge zur juristischen Hermeneutik, 2. Baskı 1993, s. 86 vd.; Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Baskı, 1995, s. 29 vd.; Frommel, *Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser*, 1981, s. 83 vd., s. 90 vd. “ön anlayış” ve “ön yargı” ile “uygulamaya” ilişkin kavramlarına ilişkin tartışmaların ele alındığı s. 97 vd.

¹⁸ Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*, 2. Baskı, 1972, s.138.

¹⁹ Gadamer, *Wahrheit und Methode*, C. 1, 6. Baskı, 1990, s. 271 vd.

²⁰ Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*, 2. Baskı, 1972, s. 10 vd., s. 12 vd., s. 136; aynı, içinde: Gadamer/ Boehm (Ed.), *Seminar: Die Hermeneutik und die Wissenschaften*, 1978, s. 236 vd.; Gadamer, *Wahrheit und Methode*, C. 1, 6. Baskı, 1990, s. 274.

²¹ Gadamer, *Wahrheit und Methode*, C. 1, 6. Baskı, 1990, s. 280.

²² a.g.e. s. 273.

²³ a.g.e. s. 274.

döngü yapısında “farklı bir anlama”²⁴ ortaya çıkar: Gadamer, bunu Heidegger’in izinden giderek (geleneksel) aktarımın hareketi ile yorumcunun hareketinin “birbirine geçmesi”²⁵ ya da kendi başına var olduğu sanılan ufukların birleşme süreci olarak da açıklar.²⁶ Başka bir ifadeyele, metnin içindeki (geleneksel) aktarım ile yorumcunun önyargısı arasındaki karşıtlık, birinin diğerine üstün gelmesi ile çözümlenmez, aksine, her iki kutup sürekli bir etkileşim içinde bulunur ve bu sayede hakikate yaklaşırlar, fakat asla ona tam olarak ulaşamazlar.²⁷

Hukuki hermeneutikle ilgili olarak, tarihsel aktarım anlayışından tamamen farklı olduğu ve yalnızca dogmatik sistemdeki eksikliği gidermeye yönelik “hukukun uygulanmasına yardımcı bir araç” olarak görülmesi gerektiği yönündeki görüşe Gadamer karşı çıkmıştır.²⁸ Fakat hukukun somut bir vakada uygulanması - tarihi kaynakların yorumlanmasından farklı olarak - eyleme dönük bir süreç ve bağlayıcı bir düzenleme çerçevesinde (anayasa, kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti ilkesi) gerçekleşmesi esasında doğrudur; bir hakim için her zaman karar verme sürecinde yer alan somut eylemlerle ve düzenleme talimatlarıyla ilgilidir.²⁹ Bu kapsamda bazı özellikler ve sınırlar ortaya çıkmaktadır. Ancak Gadamer’in açıkladığı gibi,³⁰ hukuki hermeneutikte de anlamlandırma geçmiş ile şimdiki zamanın etkileşimine dayanır: Hâkim, yasanın anlamını günümüz şartlarıyla anlamaya ve altında yatan hukuki düşüncüyü şimdiki zamana uyarlamaya çalışır. Hukuk, doğru yöntemlerin uygulanmasıyla kesin olarak bilinebilecek, kendiliğinden var olan nesnel bir olgu değildir; aksine, her defasında hâkim tarafından, normatif ve dogmatik aktarımın toplumsal mevcut

²⁴ a.g.e. s. 301 vd.

²⁵ a.g.e. s. 298 vd. Anlamlandırmanın döngüsel hareketine ilişkin bir açıklama için bkz. Baberowski, *Der Sinn der Geschichte*, 3. Baskı, 2014, s. 117 vd.

²⁶ Gadamer, *Wahrheit und Methode*, C. 1, 6. Baskı, 1990, s. 311. “Ufukların birleşmesi” kavramı için bkz. Baberowski, *Der Sinn der Geschichte*, 3. Baskı, 2014, s. 121 vd.

²⁷ Gadamer, *Wahrheit und Methode*, C. 1, 6. Baskı, 1990, s. 303.

²⁸ a.g.e. s. 330 vd.

²⁹ Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*, 2. Baskı, 1972, s. 137, s. 139.

³⁰ Gadamer, *Wahrheit und Methode*, C. 1, 6. Baskı, 1990, s. 333, s. 346.

koşullara uyarlanması sonucunda ortaya çıkar.³¹ Gadamer'in dediği gibi: **"Her olaya ilişkin kararı kapsayan, ilgili hukuk kuralının somut olaya altlanması (subsumsiyon) eylemiyle, eksiksiz bir hukuk dogmatığı düşüncesi savunulamaz."**³² Bunu, hermeneutik teorisinin evrenselliği doğrulamaktadır:

*"Hukuki hermeneutik istisnai bir durum oluşturmaz, aksine tarihi hermeneutiğin kapsamını tam olarak ortaya koymaya ve böylece eski hermeneutiğin bütününe yeniden oluşturmaya uygundur."*³³

Esser, hermeneutik teorisinin önemli bileşenlerini hukukun uygulanma sürecine aktarır.³⁴ Hukuki ihtilafa ve onun adil çözümüne ilişkin uygulanacak yasal mevzuata yönelik ön anlayış, ön anlayışa göre belirleyici olan düzenlemenin "taşınması", uygulanacak normun anlamı ile somut olaydaki hukuki ihtilafın hermeneutik döngü sürecinde karşılaştırılması ile adalet düşüncesinin açıklanması, yasal sürecin denetlenmesi ve uzlaşının sağlanması şeklindedir. Bu bileşenler birbirlerini takip eder: Çünkü yasalar genel olarak geçerli olduğundan ve belirsiz sayıdaki olayı düzenlemesi gerektiğinden, yorum ve takdir alanı içerirler. Bu çerçevede, yasa metnine ilişkin bakış açısının somut olaya ilişkin bakış açısıyla iç içe geçmesinden konuya uygun bir çözüm ortaya çıkabilmektedir. Her iki bakış açısının anlaşılması kaçınılmaz olarak hâkimin kişisel görüşünden etkilenebileceğinden, hakim kararının anlaşılır ve denetlenebilir olması için kendi görüşünü açıkça ortaya koymalı, böylece kararını, bir uzlaşma oluşturacak ya da en azından kabul edilebilir olacak şekilde gerekçelendirmelidir.

Esser, hukuki hermeneutiğe başvurarak geleneksel hukuk ve yöntem öğretisinin, her durumda yalnızca *bir* doğru çözümün olduğuna ve bu çözümün mantıklı ve tarafsız bir şekilde bulunabileceğine ilişkin

³¹ a.g.e. s. 334. Yasanın ilgili olayda somutlaştırılması, Gadamer tarafından „uygulamanın görevi“ olarak nitelenmektedir. Buna ilişkin bkz. s. 335, s. 346.

³² a.g.e. s. 335.

³³ a.g.e. s. 334, s. 338, s. 346.

³⁴ Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*, 2. Baskı, 1972, s. 136 vd., özellikle bkz. s. 138 vd.

yanılsamadan uzaklaşmayı amaçlamaktadır. Esser, hukukun içsel olarak barındırmakta olduğu değer yargılarına ilişkin koşullu bağlılığı açığa çıkarmayı hedeflemekte; bunu, hem bir hukuki ihtilafın konusunun tespiti ve somut olaya uygulanacak ilgili yasaların belirlenmesi, hem de söz konusu olaya ilişkin hakkaniyetli bir çözümün bulunması açısından ortaya koymak istemektedir.³⁵ “Ön anlayış”ın açığa çıkarılması, bu anlayışın farkına varılması ve değerlendirilmesi; her şeyden önce hakimin kendisinin aynı zamanda da uygulanan hukukun denetlenmesine, dolayısıyla hukuk uygulamasının –anlaşılabilirlik ve kabul edilebilirlik anlamında - “rasyonelleştirilmesine” katkıda bulunmaktadır.³⁶

Esser’in belirttiği üzere, hermeneutik anlayışın özellikleri, hukukun uygulanması sürecinin her aşamasında kendini gösterir: Hakim bir olaya ilişkin adil çözümü ararken öncelikle yaşanan somut olayı tasnif etmeli ve bağlantılı normları ve ilkeleri belirlemelidir. Hukuki olayın tespiti sırasında hakim, uygulanacak norm çerçevesinde önemli ve önemsiz olan konuları birbirinden ayırmalıdır; bu da yine somut olayın tasnifine bağlıdır. Hakim, somut olaya özgü durumları ve uygulanacak normları sürekli olarak gözden geçirir.³⁷ Nasıl ki hukuki olayın tespiti hakimin ön anlayışından etkileniyorsa, normun yorumu, hukuki olayın unsurlarının ve hukuki sonuçlarının yorumu da hakimin ön anlayışından etkilenir; çünkü bu durum, hakime takdir yetkisi alanı açar ve bu alan da kendi değerlendirmelerini ortaya koymasını mümkün kılar.³⁸ Esser, hukukun uygulanma edimini hermeneutik bir döngü olarak betimler; bu döngüde hakim, somut olayda öngördüğü kararlar (olaya özgü bakış açısıyla) uygulanacak norma ilişkin hukuki

³⁵ a.g.e., s. 23 vd., s. 142 vd.; Esser, içinde: Gadamer/Boehm (Ed.), *Seminar: Die Hermeneutik und die Wissenschaften*, 1978, s. 235 vd.

³⁶ Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*, 2. Baskı, 1972, s. 136.

³⁷ Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3. Baskı, 1963, s. 15.

³⁸ Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*, 2. Baskı, 1972, s. 22, s. 122, s. 134. Hukuki altlama sürecine ilişkin bkz. s. 43 vd.; yoruma ilişkin bkz. s. 116 vd.; hukukta genel olarak hermeneutik döngü için bkz. Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Baskı, 1995, s. 28 vd. ayrıca bkz. s. 33 vd.

değerlendirmeleri (hukuk düzenine ilişkin bakış açısını) karşılaştırarak somut olaya özgü bir sonuca ulaşır.³⁹

Normatif içeriklerin yalnızca ortodoks yöntem öğretisi araçlarıyla ve bir hakimin değer yargılarından bağımsız olarak belirlenmeye çalışılması, Esser'e göre bir ilizyondur.⁴⁰ Bu, Alman Medeni Kanunu (BGB) md. 242 ("*Borçlu, borcunu dürüstlük kuralları ve ticari örf ve âdetleri gereğince yerine getirmekle yükümlüdür*") gibi genel hükümlerde açıkça görüldüğü üzere, aynı zamanda belirli veya belirsiz tüm diğer hukuk kavramları için de geçerlidir. Bu durum, yasa metninin ötesindeki dogmatik için de geçerlidir.⁴¹ Hukukun genel ilkeleri, tanımlanmış hukuk kavramları, hukuki kurumlar, yapılar, sistemler vb. Dogmatğin mahkeme kararlarında şekillendiği ve bağlayıcılık kazandığı olgusu, hâkimin hukuk yaratıcısı olarak katkı sağladığını göstermektedir; günümüz hukuk dogmatığının kapsamı, karmaşıklığı ve dallanıp budaklanması, katı ve objektif teorilerin tutarsız görünmesine neden olmakta ve hâkimin bu bağlamdaki yaratıcı rolünün önemini bir kez daha ortaya koymaktadır.⁴²

³⁹ Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*, 2. Baskı, 1972, s. 139 („Dogmatik yorumun uygulama döngüsü“, Gadamer'in „uygulamalı ön anlayış“ına atıfta bulunur.).

⁴⁰ a.g.e. s. 35 vd., s. 101, s. 131 vd. Hukuk uygulamasının «nesneleri» hakkında bkz. s. 30 vd.; Esser, içinde: Gadamer/Boehm (Ed.), *Seminar: Die Hermeneutik und die Wissenschaften*, 1978, s. 237 vd.; Esser, *topiğeAcP* 1972, s. 101, s. 110 vd.; aynı şekilde bkz. Gadamer, *Wahrheit und Methode*, C. 1, 6. Baskı, 1990, s. 335.

⁴¹ Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*, 2. Baskı, 1972, s. 74 vd.

⁴² Medeni hukukta yargısal hukukun (yorum yolu ile) geliştirilmesinin tipik örneği sözleşme akdindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluk (*culpa in contrahendo*): Başlangıçta yasada herhangi bir dayanağı olmayan bu hukuk kurumu, aslında sözleşme taraflarına yönelik olan tazminat talepleri için, hiçbir sözleşmenin olmadığı durumlarda yargı organları tarafından bir dayanak olarak kullanılmıştır. Güncel anayasa hukukundan bir örnek ise, "evlilik ve aile" kurumunun korumasının eşcinsel birliktelikler için de genişletilmesidir. İş hukuku ise, yasa koyucunun bilinçli bir şekilde çekimser kalması nedeniyle büyük ölçüde hâkim hukukudur – burada geleneksel yöntem öğretisiyle yapılan bir çözümleme genellikle yetersiz kalır.

Uygulanacak hukukun tespitinde Esser, “metnin veya normun anlaşılmasının hermeneutik bir şekilde incelenmesinin, hukuk uygulaması öğretisinin merkezine yerleştirilmesi gerektiğini” ileri sürmektedir.⁴³ Bu, anlama ve anlaşılır kılma halini kapsadığı gibi, aynı zamanda denetlenmesini ve uzlaşa sağlama yeteneğini de kapsamaktadır. Şayet hukuk uygulamasının hakimlerin ön anlayışlarına olan bağımlılığı kaçınılmazsa, hukuk uygulamasının şeffaf ve denetlenebilir olması daha da önemli hale gelir. Bunun yansıması günümüzde hukuk devleti ve hukuk güvenliği ilkesinde; yargı kararlarının “hukuka ve yasaya bağlı” olması şartında (Alman Anayasası md. 20/3) ve keyfiliği yasaklayan ilkelerde görülmektedir. Bu nedenle hakim, sadece normatif düzenlemelere uymakla kalmamalı, aynı zamanda kendi varsayımlarını ve düşüncelerini denetlenebilir olması için “topiksel” (daha açık) bir şekilde belirtmeli ve kararlarıyla ikna edici olmalıdır.⁴⁴

Esser’in anlayışına göre dogmatik, geçerli hukukun yapılandırılması ve hukuk devleti anlamında uygulanabilir ve öngörülebilir hale getirilmesi konusunda son derece önemli bir işleve sahiptir. Dogmatik, “geçirgen” ve genişletilebilir anlamlar taşıyan ve olaya uygun, adil ve makul çözüm argümanına karşıt bir durum oluşturmaz,⁴⁵ aksine hakimin karar verme sürecinde farklı yönleri değerlendirirken dikkate alması gereken öngörülebilirlik ve denetlenebilirlik ilkelerini temsil eder.⁴⁶ Savigny’nin klasik yöntem

⁴³ Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*, 2. Baskı, 1972, s. 127. Hukuki hermeneutik için bkz. s. 136 vd.

⁴⁴ a.g.e. s. 25, s. 27, Topik için bkz. s. 154 vd. (Topik gerekçelendirme, mutlaka mantıksal olarak zorunlu değildir, ancak somut durumun özelliklerinden anlaşılır, s. 157 Aristoteles’e atıf); Açık ve bağlı / topiksel ve dogmatik argümantasyon arasındaki fark için bkz. Esser, *Juristisches Argumentieren im Wandel des Rechtsfindungskonzepts unseres Jahrhunderts*, Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-Historische Klasse, 1979, inceleme 1, 5 (s. 16 vd., s. 27 vd.); krş. Frommel, *Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser*, 1981, s. 219 vd.

⁴⁵ Esser, AcP 1972, S. 100, S. 103 vd., s. 112.

⁴⁶ Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*, 2. Baskı, 1972, s. 27, s. 94, s. 101, s. 134, s. 151 vd. Ayrıntı için bkz. Gadamer/Boehm (Ed.), *Seminar: Die*

kanonları, Esser açısından objektif hukukun şüpheye yer bırakmayacak şekilde belirlenmesinde kullanılacak bir reçete olmaktan çıkmıştır; zira Esser, özellikle hâkimin, istediği sonuca ulaşmasını sağlayacak yöntemi seçmesine imkân veren yöntemlerin içsel sistematığının eksikliğini ve çelişkilerini eleştirmektedir.⁴⁷ Ama Esser, tarihsel yorumun yasa koyucunun amacını göz ardı ettiği ve hakimin asıl adalet (doğruluk) sorununu “son derece ilkel bir şekilde” bertaraf etmesine imkan sağladığı için bu yöntemin tamamen geçersiz olduğunu savunurken;⁴⁸ sözel ile sistematik ve gai yoruma ilişkin unsurlara, kararın asıl gerekçelerini gizlemek için kötüye kullanılmadığı ve adalete ilişkin tartışmalarda açıklandığı sürece, hala önem atfetmektedir. Esser’in görüşüne göre, tam anlamıyla bir karar verme süreci şu iki unsuru bir arada bulundurmmalıdır:

*“Karar verme süreci, sistematik bir rasyonelliği ve dogmatik denetlenebilirliği güvence altına almalı; kararın anlaşılmasına yönelik makul beklenti, uygulanacak hukukun tespitine ilişkin kurallara, dogmatik hukuk öğretisine ve yargılama usulüne ‘uyulduğu’ yönündeki basit bir ifadeyle geçiştirilmemelidir.”*⁴⁹

Son olarak, Esser, verilen hüküm üzerinde toplumsal uzlaşının sağlanması gerekliliğini vurgular.⁵⁰ Esser için uzlaşma sağlama becerisi,

Hermeneutik und die Wissenschaften, 1978, s. 231 vd., S. 245; Esser, AcP 1972, s. 104, s. 112 vd., s. 124; krş. Frommel, *Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser*, 1981, s. 119 vd.; Vogel, *Josef Esser – Brückenbauer zwischen Theorie und Praxis*, 2009, s. 163 vd.

⁴⁷ Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*, 2. Baskı 1972, S. 124 vd., s. 126 vd.

⁴⁸ a.g.e. s. 129, s. 89, s. 132.

⁴⁹ a.g.e. s. 27, S. 135; Esser, içinde: Gadamer/Boehm (Ed.), *Seminar: Die Hermeneutik und die Wissenschaften*, 1978, S. 228; Esser, AcP 1972, s. 113; ayrıca bkz. Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Baskı, 1995, s. 67 vd.

⁵⁰ Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*, 2. Baskı, 1972, s. 132 vd., benzer şekilde bkz. s. 134; Esser, içinde: AcP 1972, s. 108; Esser, İngiliz hukukundaki “Common Sense” (sağduyu) kavramına atıfta bulunur, gerekçelendirmenin içeriği ve üslubuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Esser, *Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-Historische*

hukuki tartışmanın en kritik unsurudur.⁵¹ Karara ilişkin argümanların açık (topiksel) bir şekilde sunulması ve tartışılması – yani kararın gerekçesinin “konuya ve mantığa uygun olması”⁵²– bunun temelini oluşturur. Karar, sadece somut olayın özelinde değil, tüm hukuk düzeni ile genel olarak uyum içinde olmalı;⁵³ hakim, toplumsal “beklenti düzeyiyle” yüzleşmek zorundadır.⁵⁴ Tek bir doğru karar genelde olmadığı için, bulunan çözümün en azından makul olması aranır.⁵⁵ Hâkimin ön anlayışının görünür kılan ve hakkaniyet anlayışının anlaşılabilir hale getiren bir ikna edici gerekçe, doğruluk denetimini ve politik veya ideolojik temelli kötüye kullanımlara karşı yorumun objektif değerinin korunmasını sağlar.⁵⁶ Başka bir ifadeyle, kararın taraflar ve toplum tarafından kabul görmesi için karardaki varsayımların ve gerekçelerin şeffaf olması gereklidir; hâkimin ön anlayışının açıkça inkâr edilerek salt yorum yöntemlerine sığınılması, yargıya duyulan güveni uzun vadede zedeleyecektir.⁵⁷

Bu haliyle döngü tamamlanır: Normların ve dogmatikğin uygulanması, hakimin zamanına bağlı anlam ve çözüm arayışıyla yönlendirildiği için, hukuk, toplumsal koşulların ve görüşlerin değişimiyle uyum içinde devamlı bir hareket içinde bulunur.⁵⁸ Hukukun bu devamlı hareket hali, Gadamer’in anlayışındaki (geleneksel) aktarım ve güncel yorumun sürekli „iç içe geçmesi” ne benzer. Hukuk, ancak bu harekette olursa, toplumsal işlevini kalıcı bir şekilde yerine getirebilir.

Klasse, 1979, inceleme 1, s. 5 vd.; krş. Frommel, *Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser*, 1981, s. 207 vd., s. 219.

⁵¹ Esser, *Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-Historische Klasse*, 1979, inceleme 1, s. 10.

⁵² Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*, 2. Baskı, 1972, s. 26 vd.; hukuk mantığı için bkz. s. 106 vd.

⁵³ a.g.e. s. 139.

⁵⁴ a.g.e. s. 140.

⁵⁵ a.g.e. s. 23 vd.; açıklık sorunu için bkz. s. 171 vd.

⁵⁶ a.g.e. s.119.

⁵⁷ Benzer şekilde bkz. a.g.e. s. 111.

⁵⁸ Esser, *AcP* 1972, s. 107, s. 123.

IV. Eleştiri ve Kabul

Başkalarının yanı sıra Esser, “Ön Anlayış ve Yöntem Seçimi” ile, Gadamer’den ilham alınan *hukuki* hermeneutiğin yayılmasına katkıda bulunmuştur.⁵⁹

Gelenekselci hukuk anlayışında, Esser’in hermeneutiği endişeyle karşılanmış ve çeşitli eleştirilere maruz kalmıştır.⁶⁰ Bazıları hala hukukun uygulanması ve geliştirilmesine dair tüm sorulara kesin bir cevap sunan objektif hukuk düzenini savunurken;⁶¹ bazıları, yasaya bağlılığın ve yöntem disiplininin gevşetilmesinin, hâkimin ön anlayışının gelişmesine olanak tanınmasını eleştirdiler ve bunun yargıda öznellikliğe, ideolojikleşmeye veya keyfiliğe,⁶² hatta politik olarak motive olmuş hakim hukuku iktidarına geçişe kapı araladığına işaret ettiler.⁶³ Dönemin tarihsel koşulları da bu duruma katkı sağlamış olmalıdır: Bazı eleştirmenler açısından Esser’in hukuk uygulamasına ilişkin tasviri, Batı Alman yargısını tarihe kör, gerici veya sınıf yargısı olarak görenlerin ve hâkimlerin kişisel siyasi hedeflerini ve görüşlerini, değerden arındırılmış gerekçeler ve sözde kaçınılmazlık kisvesi altında hayata geçirmeye çalıştıklarını ileri sürenlerin “değirmenine su taşımış” olabilir.

Bu bir yanlış anlaşılmaydı. Çünkü Esser’in amacı, yargıya ilişkin güç dengesini değiştirerek hakimlere siyasal anlamda yeni güç alanları oluşturmak değildi. Onun amacı, epistemolojik teori çerçevesinde bir hakim gerçekte nasıl karar verdiğinin anlaşılmasını sağlayarak karar alma sürecinin şeffaf, anlaşılabilir ve denetlenebilir olmasını ve uzlaş

⁵⁹ Frommel, *Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser*, 1981, s. 5; krş. Vogel, *Josef Esser – Brückenbauer zwischen Theorie und Praxis*, 2009, s. 101 vd., s. 199; daha fazla ayrıntı için “Vorverständnis und Methodenwahl” eserinin kaynakçasına bakınız.).

⁶⁰ Bkz. Picker, Richterrecht oder Rechtsdogmatik – Alternativen der Rechtsgewinnung?, JZ 1988, s. 1 (dn. 23, 25); genel değerlendirme için bkz. Vogel, *Josef Esser – Brückenbauer zwischen Theorie und Praxis*, 2009, s. 115 vd.; sistem teorisinin (Luhmann) değerlendirmesi için bkz. Frommel, *Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser*, 1981, s. 123 vd.

⁶¹ Örn. bkz. Flume, Esser’e atıfta bulunarak, AcP 1972, s. 107 vd.

⁶² Örn. bkz. Forsthoff („Ermutigung zu folgenlosem ideologischen Gerede“), Esser’e atıfta bulunarak, AcP 1972, s. 102; Picker, JZ 1988, s. 3 vd.

⁶³ Picker, JZ 1988, s. 8 vd.

sağlayabilecek nitelikte kararların alınması için uygun gereksinimleri tespit ederek bunları geliştirmekti. Yalnızca hâkimin karar alma sürecinin açık seçik ve tüm etkenleriyle açığa vurulması halinde hukuk devleti ilkelerinin etkili bir şekilde güvence altına alınması mümkün olabilir.⁶⁴ Bu bağlamda Esser'in özellikle vurguladığı husus, hakimin hakkaniyete (topik) yönelik düşüncelerinde açıklama ve gerekçelendirme zorunluluklarıyla birlikte, onun her zaman tutkuyla savunmuş olduğu, hakimin yasa metnine ve hukuk dogmatığına bağlılığıdır.⁶⁵ Gadamer de hakimin, metnin anlamına sadık kalarak keyfi yorumlamalardan kaçınması gerektiğini belirtmiştir.⁶⁶

Bu nedenle, hâkimin uygulanacak hukuku ve yöntem seçimlerini önceden belirlediği bir sonuca göre keyfi bir şekilde yönlendirmesinin meşru olmadığına dair yapılan eleştiri, Esser'i hedef almaz.⁶⁷ Çünkü Esser, hâkimlerin egemenliğini (keyfi uygulamalarını) savunmuyor; aksine, dogmatik uzlaşmayı aceleyle terk etmeye ya da bu anlayışı çarpıtmaya yönelik eğilimleri son derece eleştirel bir bakış açısıyla değerlendiriyordu.⁶⁸ Ancak, bazı hakimlerin münferit eylemleri, hukuk uygulaması sürecinin gerçeklikten yoksun tasarımına bağlı kalarak yanlış bir rol kavrayışına aracılık etmenin bir gerekçesi olamazdı.

Esser, kendisini eleştirenlere defalarca karşı çıkmış⁶⁹ ve durumu kışkırtıcı bir şekilde tersine çevirmiştir: Her kim epistemolojik sürecin

⁶⁴ Köndgen, Josef Esser – Grenzgänger zwischen Dogmatik und Methodologie, in: Grundmann/Riesenhuber (Ed.), *Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler*, C. 1, 2007, s. 102 (118).

⁶⁵ Picker, JZ 1988, s. 5 vd. Picker, Esser'in „dogmatik karşıtı“ olduğunu iddia etmiş ve ona, metin yorumunun ve dogmatığın sadece yüzeysel bir doğrulama olduğunu, oysa esasında hakimin ön anlayışının belirleyici olduğunu belirtmiştir.

⁶⁶ Gadamer, *Wahrheit und Methode*, Bd. 1, 6. Baskı, 1990, s. 333, s. 338.

⁶⁷ Aynı görüş için bkz. Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Baskı, 1995, s. 32.

⁶⁸ Esser, AcP 1972, S. 124 vd. hukuk siyaseti ile ilgili argümanların dogmatığı gölgelememesine; ilişkin ifadesi esasında anlam açısından sınırlama getirir, böylesi yanlış bir eylemle ilgili durumda, toplumsal olana uyarlanmış kavram dogmatığının katılığına kıyasla daha az önemli olduğudur.

⁶⁹ Örn. Esser, AcP 1972, s. 102 vd. (Dn. 5'te ideolojikleştirme suçlamasına itiraz eder [Gadamer ile ortak sempozyum hakkında bilgi]), s. 106 vd.; s. 124 vd.

gerçekliğine karşı çıkarsa, asıl o bir takım ideolojik tekellere hizmet etmiş ve keyfiliği teşvik etmiş olur; çünkü yorumcunun, kendi ön anlayışının koşulları ve motivasyonu üzerine yapacağı her türlü eleştirel düşünme faaliyetini sistem dışı diye yasaklamak, rasyonel denetimi engeller ve asıl bu durum otonom olarak işlemekte olan hukuk düzenini siyasi manipülasyonun kollarına itmiş olur.⁷⁰

Toplumsal hızla artan karmaşıklığı ve dinamiği karşısında, katı-objektif veya pozitivist hukuk anlayışının sınırlarına dair farkındalık arttıkça, hâkimin değer yargılarına dayalı kararları ve hukukun gelişmesindeki bağımsız rolünü kabul etme ve bunu hukuk teorisi düzeyinde ele alma isteği güçlendi. Nihayetinde Esser ve hukuki hermeneutiğe ilişkin bulgular hukuk biliminin “ana akım”ının bir parçası haline geldi.⁷¹ Bu yaklaşımların eğitim ve uygulama alanlarında ne kadar etkili olduğu ise başka bir konudur.⁷²

IV. Sonuç

Gadamer’in katkısı, bir kimsenin bir şeyi anlamasına ilişkin koşulları başarılı bir şekilde ortaya koymuş olmasıdır.⁷³ Esser’in katkısı ise, hukukun gerçekte nasıl uygulandığını ortaya koymuş ve bu sayede karar verme sürecinin hukuk devleti ilkesine yaklaşmasını sağlamış olmasıdır.

Esser’in tezleri dönemin “egemen öğretisinin” bakış açısıyla kışkırtıcı bir şekilde algılanmış ise de, 1970’lerde hakim olan havanın

⁷⁰ Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*, 2. Baskı, 1972, s. 141.

⁷¹ Krş. Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Baskı, 1995, s. 7 vd. (Giriş), s. 29 vd. (Vorverständnis); Kaufmann, *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, 2. Baskı, 1993, S. 79 (s. 81 vd., s. 94 vd.); aynı: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Ed.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 7. Baskı, 2004, s. 100 vd., s. 102; Schroth, a.g.e., s. 273 vd., s. 296; Hassemer, *Rechtssystem und Kodifikation: Die Bindung des Richters an das Gesetz*, a.g.e., s. 252 vd., s. 266 vd.; Vogel, *Josef Esser – Brückenbauer zwischen Theorie und Praxis*, 2009, s. 105 vd.

⁷² Esser, hukukçuların eğitiminde bir değişiklik talep etmiş ve bunun klasik yöntem öğretilerine sıkışıp kalmış olmasını eleştirmiştir. (Örn.: Gadamer/Boehm (Ed.) *Seminar: Die Hermeneutik und die Wissenschaften*, 1978, s. 239; Esser, AcP 1972, s. 106, s. 128 vd.)

⁷³ Baberowski, *Der Sinn der Geschichte*, 3. Baskı, 2014, s. 125.

tezahürüne uygundu; çünkü geleneksel hukuk öğretisi, toplumsal gerçeklikten git gide uzaklaşıyordu. Liberal dönemde, hukuk teorisinin yasamaya ve diğer erklerle verdiği önem, 20. yüzyılda sosyal ilişkilerde hızla meydana gelen karmaşıklık karşısında görece bir hal almıştı. Aynı zamanda, hukuk devleti bilincine ve özdenetim yeteneğine sahip bağımsız yargı mensuplarına duyulan güven artıyordu. Güçler dengesi, güçler sarmalına dönüşmekteydi. Özgürlükçü demokrasilerde şeffaflık ve hesap verebilirlik beklentisi bulunmakta olup bu beklentinin yargı erkinden de karşılanması beklenir. Hakimden, verdiği kararın kabul edilebilir ve denetlenebilir olması için kartlarını açık oynaması ve verdiği kararlardaki kıstaslarını, düşüncelerini ve motivasyonlarını tam olarak açıklaması beklenir. Bütün bunlar “Ön Anlayış ve Yöntem Seçimi”nde yansıtılmakta olup hukuki hermeneutiğin hukuk teorisinin odağı haline gelmesini sağlamıştır.

Gadamer’e bakıldığında, Esser’in düşünceleri, onun felsefi hermeneutiğinin evrenselliğini kanıtlamakta; bununla birlikte, hukuk ve güçler dengesine ilişkin köklü değişimin de anlayışın zamanla bağlantılı olduğunu bir kez daha doğrulamaktadır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Peer-Review: Externes Peer-Review-Verfahren.

Interessenkonflikt: Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

Finanzielle Unterstützung: Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Yayın İlkeleri ve Yazım Kuralları

A. Yayın İlkeleri

1. Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (TAÜHFD)/Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien (ZtdR), “Hakemli Dergi” statüsünde, yılda iki sayı (Haziran, Aralık) basılı olarak yayımlanır. Ayrıca çalışmaların PDF biçimli tam metinleri <http://hfd.tau.edu.tr> adresinde yayımlanır.

2. Dergiye gönderilen çalışmalar, başka bir yerde yayımlanmamış ve yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

3. Derginin yayın dili Türkçe ve Almanca’dır, fakat niteliği dikkate alınarak İngilizce metinler de kabul edilecektir.

4. Dergide kamu hukuku ve özel hukuk alanlarında yazılmış makale ve çeviri çalışmalarına yer verilir. Ayrıca dergide, karar ve kitap incelemeleri, mevzuat değerlendirmeleri, sempozyum bildirileri ve bilgilendirici notlara da yer verilebilecektir. Bu nitelikteki çalışmaların kabulü veya geri çevrilmesi, dergi yayın kurulu tarafından yapılacaktır.

5. Çalışmanın yazarı adını, soyadını, iş adresini, telefon numaralarını ve e-posta adresini dergi sorumlusuna bildirmelidir.

6. Dergi yayın kurulu tarafından ilk değerlendirmede dergi yayın ilkelerine uygun bulunan makale çalışmaları, yazar adları metinden çıkarılarak, iki hakeme gönderilir. Hakem değerlendirmesi sonucunda hakemlerden birinin olumlu, diğerinin olumsuz görüş bildirilmesi durumunda çalışma, üçüncü bir hakeme gönderilir. Çalışmanın yayımlanabilmesi için en az iki hakemin olumlu görüş bildirilmesi gerekir. Yayın Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olmadığı saptanan çalışmalar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir ve

yazarları tarafından en geç 15 gün içinde teslimi gereklidir. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda çalışmanın yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir.

7. Çeviri çalışmaları bakımından, çeviri metni ile birlikte asıl metin ve hak sahiplerinin muvafakati da iletilmelidir. Ayrıca asıl metnin tam bibliyografik künyesinin (asıl metnin yayımlandığı eserin adı, yazarı, baskı yeri, baskı yılı, cildi, sayısı ve sayfaları) bildirilmesi gerekir. Çeviri çalışmaları da makale çalışmaları için geçerli olan hakem değerlendirilmesine tabi tutulur.

8. Fakülte tarafından yayımlanan nüshalarla sınırlı kalmak üzere; yayıma kabul edilen çalışmanın çoğaltma, yayma, umuma iletim, işleme ve çeviri konusundaki malî hakları, basılı, görsel, işitsel, sayısal vb. ortamlarda yurt içinde ve yurt dışında kullanılmak üzere Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne devredilmiştir. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiştir. Dergi yayın kurulu, çalışmaların yayımlanması konusunda yetkili kılınır.

9. Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde yayımlanması istenen çalışmaların tauhfd@tau.edu.tr veya ztdr@tau.edu.tr e-posta adresine "Microsoft Word" yazılımı formatında (.doc, .docx) gönderilmesi gerekmektedir.

10. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen çalışmaların içeriği ile ilgili tüm sorumluluk yazarlarına aittir.

B. Yazım Kuralları

1. İmlâ ve noktalama açısından (özel kullanımlar dışında) Türk Dil Kurumu'nun İmlâ Kılavuzu esas alınmalıdır. Gönderilen yazılar dil ve anlatım açısından bilimsel ölçülere uygun olarak açık ve anlaşılır olmalıdır.

2. **Başlık:** Çalışmanın Türkçe başlığı, 12 punto olmak üzere koyu (bold) ve Times New Roman yazı karakteri ile büyük harflerle sayfanın ortasına yazılmalıdır. İngilizce başlık, Türkçe başlıktan sonra, 12 punto

olmak üzere koyu (bold) ve Times New Roman yazı karakteri ile büyük harflerle sayfanın ortasına yazılmalıdır.

3. Yazar/Yazarlar: Yazar/yazarların isimleri Türkçe ve İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafında yer almalı ve soyadının bitiminde yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta yazarın/yazarların unvanı, çalıştığı kurum, alanı ve e-posta adresi bildirilmelidir. Ayrıca yazar/yazarların "ORCID" bilgilerinin de sisteme girilmesi gerekmektedir.

4. Öz ve Özet: Türkçe "Öz", 10 punto yatık (italik) olarak koyu (bold) ve Times New Roman yazı karakteri ile 1 satır aralığıyla yazılmalı ve 500 kelimeyi geçmemelidir. Öz'ü takiben aynı şekilde "Abstract" başlığıyla İngilizce Öz de yer almalıdır. Ayrıca çalışmalarının sonunda, çalışma Türkçe dilinde kaleme alınmışsa, 'Zusammenfassung' başlığıyla Almanca bir özetin; Almanca dilinde kaleme alınmışsa, Türkçe bir "Özet" in yer alması gerekir. Bu özet, en az 500, en fazla 1000 kelime kullanılarak hazırlanmalı ve çalışmanın temel çerçevesini, sorunsalını ve sonucunu ortaya koyan bir içerikte olmalıdır.

5. Anahtar Kelimeler: Öz kısımlarının altında Türkçe "Anahtar Kelimeler" e ve İngilizce "Keywords" e yer verilmelidir. Anahtar kelime sayısı, makalenin erişimine olanak verecek alanları içerecek şekilde en az 4, en fazla 8 kelimedenden oluşmalıdır.

6. Çalışma Metni: Metin, 12 punto boyutunda, Times New Roman yazı karakteri kullanılarak, dik ve normal harflerle 1,5 satır aralığında yazılır. Dipnotlar ise, 10 punto boyutunda, Times New Roman yazı karakterinde, dik ve normal harflerle yazılır. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi gerekmektedir. Aynen veya kısaltılarak yapılan alıntılar tırnak içinde ve yatık (italik) karakter kullanılarak belirtilir. Yabancı dildeki deyim ve özel isimlerde yatık (italik) yazı kullanılır. Metin içindeki yabancı kelimeler yatık (italik) olarak yazılmalıdır. Virgül, nokta ve öteki noktalama işaretlerinden sonra bir karakter boşluk bırakılır.

7. Çalışma Metnindeki Başlıklar: Konunun işlenişine göre rakam/harf sistemi esas alınarak yine 12 punto olmak üzere koyu (bold) ve Times New Roman yazı karakteri kullanılarak, dik ve normal harflerle ana, ara ve alt başlıklar kullanılabilir. Başlıklardaki her bir kelimenin ilk harfi büyük yazılmalıdır.

8. Kısaltmalar: Metin içerisindeki kısaltmalarda, kısaltılacak isim veya başlık metinde ilk defa kullanıldığında kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalı veya kısaltılmış isim ya da başlık karşılıkları ile makalenin sonunda kaynakçadan önce yer alan kısaltmalar cetvelinde gösterilmeli; dipnotlarda kullanılan kısaltmalara ise, sadece kısaltmalar cetvelinde yer verilmelidir.

9. Metin içinde kullanılacak tablo ve şekillere sıra numarası ve başlık verilmelidir.

10. Dipnot Gösterimi: Dipnotlarda bir esere yapılan ilk atıfta yer alan bilgiler ile kaynakçada yer verilen eserin bilgileri aynı olacak şekilde yazılmalıdır. Dipnot gösterimleri aşağıdaki gibidir:

a) Kitaplar İçin:

Dipnotta kitaplara atıf yapmak için ilk olarak yazarın adı ve soyadı olmak üzere, kitabın başlığı, basıldığı yayınevi, basım yeri, basım yılı, sayfa numarası (s.) veya paragraf/kenar numarası (n.) gösterilir ve sonunda nokta kullanılır. Sadece kitap başlığı yatık (italik) verilmelidir.

Örnek: Mesut Serdar Çekin, *Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 23.

Birden fazla yazarlı kitaplara “yazarın adı soyadı/yazarın adı soyadı” şeklinde atıf yapılmalıdır. Hem tek yazarlı hem de birden fazla yazarlı kitaplar için sonraki dipnotlarda ise, “yazarın/yazarların soyadı, s. sayfa numarası” şeklinde atıf yapılmalıdır. (**Örnek:** Çekin, s. 71. – Akkanat/Çekin/Sarıkaya, s. 80.) Eğer aynı yazarın birden fazla kitabına atıf yapılacaksa, ilk atıftan sonraki atıflar için yazarın soyadı, kitabın

başlığı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Kitap başlığı kısaltılabilir. (Örnek: Çekin, *Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*, s. 73.)

b) Makaleler İçin:

Dipnotta makalelere atıf yapmak için yazarın adı ve soyadı, makale başlığı (tırnak içinde), makalenin yer aldığı eserin adı, cilt sayısı, basım sayısı, basıldığı yayınevi, basım tarihi (ay ve yıl olarak), makalenin tamamının hangi sayfalar arasında yer aldığı, sayfa numarası (s.) veya paragraf/kenar numarası (n.) gösterilir ve sonunda nokta kullanılır. Yalnızca makalenin yer aldığı eserin adı yatık (italik) verilir.

Örnek: Meltem Deniz Güner-Özbek, “Avrupa Birliği’nde ve Amerika Birleşik Devletleri’nde Havayoluyla Seyahat Eden Yolcuların Haklarına İlişkin Düzenlemeler”, *Legal Hukuk Dergisi Özel Sayı: Rona Aybay’a Armağan*, Aralık 2014, 1. Cilt, 1183-1227, s. 1200.

Birden fazla yazarlı makalelere “yazarın adı soyadı/yazarın adı soyadı” şeklinde atıf yapılmalıdır. Hem tek yazarlı hem de birden fazla yazarlı makaleler için sonraki dipnotlarda ise “yazarın/yazarların soyadı, s. sayfa numarası” şeklinde atıf yapılmalıdır. (Örnek: Güner-Özbek, s. 1190. – Göçmen/Keskin, s. 450.) Eğer aynı yazarın birden fazla makalesine atıf yapılacaksa, ilk atıftan sonraki atıflar için yazarın soyadı, makalenin başlığı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Makale başlığı kısaltılabilir. (Örnek: Güner-Özbek, *Yolcu Hakları*, s. 1205.)

11. Kaynakça Gösterimi: Çalışmanın sonunda, çalışmada kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre alfabetik olarak sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır. Kaynakçada, sadece metin içinde atıf yapılan eserlere yer verilmelidir. Kararlar ve internet kaynakları için bölümlendirme yapılabilir.

a) Kitaplar İçin:

Kaynakçada kitaplar için büyük harflerle sadece yazarın soyadı olmak üzere, yazarın önce soyadı, sonra adı, kitabın başlığı, basıldığı

yayınevi, basım yeri ve basım yılı gösterilir. Kitabın başlığı yatık (italik) verilmelidir.

Örnek: ÇEKİN Mesut Serdar, *Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

b) Birden Fazla Yazarlı Kitaplar İçin:

Kaynakçada birden fazla yazarlı eserler için büyük harflerle sadece yazarların soyadı olmak üzere, yazarların önce soyadı, sonra adı, kitabın başlığı, basıldığı yayınevi, basım yeri ve basım yılı gösterilir. Kitabın başlığı yatık (italik) verilmelidir.

Örnek: AKKANAT Halil/ÇEKİN Mesut Serdar/SARIKAYA Murat, *Medeni Hukuk'ta Olay Çözüm Tekniği (Borçlar Hukuku – Eşya Hukuku Çözümlü Pratik Çalışmalar)*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018.

c) Makaleler İçin:

Kaynakçada makaleler için büyük harflerle sadece yazarın soyadı olmak üzere, yazarın önce soyadı, sonra adı, makale başlığı (tırnak içinde), makalenin yer aldığı eserin adı, cilt sayısı, basım sayısı, basıldığı yayınevi, basım tarihi (ay ve yıl olarak) ve makalenin tamamının hangi sayfalar arasında yer aldığı gösterilir. Yalnızca makalenin yer aldığı eserin adı yatık (italik) verilir.

Örnek: GÜNER-ÖZBEK Meltem Deniz, “Avrupa Birliği’nde ve Amerika Birleşik Devletleri’nde Havayoluyla Seyahat Eden Yolcuların Haklarına İlişkin Düzenlemeler”, *Legal Hukuk Dergisi Özel Sayı: Rona Aybay’a Armağan*, Aralık 2014, 1. Cilt, 1183-1227.

Zeitschrift für Türkisch-Deutsche Rechtsstudien Publikationsrichtlinien und Redaktionsvorgaben

A. Publikationsrichtlinien

1. Die Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien (ZtdR) erscheint nach Durchführung eines Begutachtungsverfahrens von Werken in zwei Ausgaben pro Jahr (Juni, Dezember). Darüber hinaus werden Volltexte der Werke in PDF-Format unter <http://hfd.tau.edu.tr> veröffentlicht.

2. Die eingereichten Werke dürfen nicht anderweitig veröffentlicht sein oder werden.

3. Die Publikationssprache ist Türkisch und Deutsch; auch englische Texte werden ausnahmsweise aufgenommen.

4. In der Zeitschrift sind Aufsätze und Übersetzungen enthalten, die die Bereiche öffentliches Recht oder Privatrecht betreffen. Außerdem können Entscheidungs- und Buchrezensionen, Gesetzgebungsbewertungen, Symposiumsmeldungen und informative Notizen in der Zeitschrift veröffentlicht werden. Die Annahme oder Ablehnung der Beiträge erfolgt durch die Redaktion der Zeitschrift.

5. Der Beiträger muss den Vor- und Nachnamen, die Geschäftsadresse, eine Telefonnummer und E-Mail-Adresse angeben.

6. Die eingereichten Aufsätze werden von der Redaktion überprüft und Aufsätze, die den Richtlinien der Zeitschrift entsprechen, werden in anonymisierter Form zu zwei Begutachtern weitergeleitet. Im Fall eines Dissenses wird der Aufsatz einem dritten Begutachter gegeben. Mindestens zwei Begutachter müssen die Annahme vorschlagen, damit der Aufsatz veröffentlicht wird. Wenn nach redaktioneller Überprüfung festgestellt wird, dass der Aufsatz den Publikationsrichtlinien nicht entspricht, wird er zur Überarbeitung zurückgegeben.

7. Bei Übersetzungen sollen der Originaltext und die Zustimmung des Rechteinhabers übermittelt werden. Außerdem ist das vollständige bibliographische Impressum des Originaltextes (der Name des Werks, in

dem der Originaltext veröffentlicht worden ist, Autor, Ort des Druckes, Jahr des Druckes, Band, Anzahl und Seiten) anzugeben. Übersetzungen unterliegen der Bewertung der Begutachter wie Aufsätze.

8. Die finanziellen Rechte zur Vervielfältigung, Verbreitung, öffentlichen Wiedergabe, Verarbeitung und Übersetzung der zur Veröffentlichung angenommenen Werke werden an die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Türkisch-Deutschen Universität für alle Formen und Medien im In- und Ausland übertragen. Der Autor akzeptiert, dass ihm keine Urheberrechtsgebühr bezahlt wird.

9. Die Werke, die in der Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien veröffentlicht werden sollen, sind an die E-Mail-Adresse tauhfd@tau.edu.tr oder ztdr@tau.edu.tr im Software-Format "Microsoft Word" (.doc, .docx) zu senden.

10. Die Haftung für den Inhalt der zur Veröffentlichung in der Zeitschrift eingereichten Studien liegt bei den Autoren.

B. Redaktionsvorgaben

1. **Titel:** Der türkische Titel des Werkes soll in Times New Roman in 12 pt und in Großbuchstaben fett und zentriert geschrieben werden. Der englische und deutsche Titel soll nach dem türkischen Titel mit Times New Roman in 12 pt und in Großbuchstaben zentriert und fett geschrieben sein.

2. **Autor/Autoren:** Der Titel, die Institution, die Arbeitsgebiete und die E-Mail-Adresse von Autor / Autoren sind anzugeben. Außerdem sollen "ORCID" -Informationen von Autor / Autoren in das System eingegeben werden.

3. **Kurzfassung und Zusammenfassung:** Türkische "Öz" soll in 10 pt (kursiv) fett und in Times New Roman mit 1 Zeilenabstand geschrieben werden und 500 Wörter nicht überschreiten. Nach der Kurzfassung soll auch eine englische Kurzfassung mit dem Titel "Abstract" in der gleichen Art und Weise gegeben werden. Am Ende des Werkes, wenn das Werk in türkischer Sprache eingereicht wurde, befindet sich eine Zusammenfassung in deutscher Sprache mit der Überschrift "Zusammenfassung"; wenn das Werk in deutscher Sprache eingereicht

wurde, soll ein türkischer "Özet" eingefügt werden. Diese Zusammenfassung soll mit einem Minimum von 500 Wörtern und einem Maximum von 1000 Wörtern erstellt werden und den grundlegenden Rahmen, die Problematik und den Endergebnis skizzieren.

4. Schlüsselwörter: Unter dem Kurzfassungsteil sollen türkische "Anahtar Kelimeler" und englische "Keywords" stehen. Die Anzahl der Schlüsselwörter soll mindestens 4, höchstens 8 Wörter umfassen, um die Bereiche einzuschließen, die den Zugriff auf den Aufsatz erleichtern.

5. Text: Der Text wird in 12-pt geschrieben, wobei die Schriftart Times New Roman mit 1,5 Zeilenabstand ist und vertikale und normale Buchstaben verwendet werden. Die Fußnoten werden in 10 pt, mit Times New Roman, mit vertikalen und normalen Buchstaben geschrieben. Fußnoten sollen am Ende der Seite stehen. Zitate werden in Anführungszeichen und Kursivschrift dargestellt. Für ausländische Idiome und Eigennamen wird kursiver Typ verwendet. Fremdwörter im Text sollen kursiv geschrieben sein. Nach dem Komma, Punkt und anderen Satzzeichen steht ein Leerzeichen.

6. Fußnotenanzeige: Die beim ersten Zitat angegebenen Informationen über die Werke sollen in Fußnoten genauso geschrieben sein wie die Informationen über die Werke in der Bibliographie. Fußnotengestaltung ist wie folgt:

a) Für Bücher:

Um auf die Bücher in der Fußnote zu verweisen, werden zuerst Name und Nachname des Autors, der Verlag, der Ort der Veröffentlichung, das Jahr der Veröffentlichung, die Seiten- (s.) oder die Absatz-/Randnummer (n.) angezeigt und es steht am Ende ein Punkt. Nur der Titel des Buches soll kursiv sein.

Zum Beispiel: Philip Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip: Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Mohr Siebeck, 1986, s. 23.

Die Bücher, die sowohl von einem Einzelautor als auch von mehreren Autoren geschrieben sind, sollen bei folgenden Fußnoten als “

Nachname von Autor/Autoren, s. Seitennummer“ zitiert werden. (**Zum Beispiel:** Kunig, s. 71.) Wenn mehr als ein Buch desselben Autors zitiert werden soll, sollen der Nachname des Autors, der Titel des Buches und die Seitennummer für die folgende Zitate nach dem ersten Zitat angegeben werden. Der Titel des Buchs kann verkürzt werden. (**Zum Beispiel:** Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip*, s. 73.)

b) Für Aufsätze:

Um Aufsätze zu zitieren, sollen Vor- und Nachname des Autors, Titel des Artikels (in Anführungszeichen), Name des Werks, in dem sich der Aufsatz befindet, Anzahl der Bände, Anzahl der Ausgabe, Verlag, Erscheinungsdatum (in Monaten und Jahren), Seitenbereich, in dem der Aufsatz sich befindet, Seitennummer (s.) oder Absatz-/Randnummer (n.) im Fußnot angezeigt werden und am Ende steht ein Punkt. Nur der Name des Werks, in dem sich der Aufsatz befindet, soll kursiv sein.

Zum Beispiel: Matthias Mahlmann, “Menschenwürde in Politik, Ethik und Recht – universelle Fassade, kulturelle Relativität?”, in: F. Salinger, Y. Kim, S. Liu, C. Mylonopoulos, J. Tavares, K. Yamanaka, Y. Zheng, *Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2017, s. 267 – 281

Die Aufsätze, die sowohl von einem Autor als auch von mehreren Autoren geschrieben sind, sollen bei folgenden Fußnoten als “Nachname von Autor/Autoren, s. Seitennummer“ zitiert werden. (**Zum Beispiel:** Mahlmann, s. 270.) Wenn mehr als ein Aufsatz desselben Autors zitiert werden soll, sollen der Nachname des Autors, der Titel des Artikels und die Seitennummer für die folgende Zitate nach dem ersten Zitat angegeben werden. Der Titel des Aufsatzes kann verkürzt werden. (**Zum Beispiel:** Mahlmann, Menschenwürde, s. 270.)

