asoscongress

ULUSLARARASI HUKUK SEMPOZYUMU
INTERNATIONAL SYMPOSIUM ON LAW

TAM METİN KİTABI
CONFERENCE PROCEEDINGS

27-29 Mayıs/May 2021
Eskişehir Osmangazi Üniversitesi

www.asoscongress.com

7. Uluslararası Asos Congress Hukuk Sempozyumu Tam Metin Kitabı

ISBN: 978-625-7813-82-2

Editör
Prof. Dr. Fulya Erlüle

Erişime Açıldığı Tarih
18.08.2021

Asos Yayınevi
1.baskı
Adres: Çaydaçıra Mah. Hacı Ömer Bilginoğlu Cad. No: 67/2-4/MERKEZ/ELAZIĞ
Telefon: 0532 643 75 23
Mail Adresi: asos@asosyayinlari.com
Web: www.asosyayinlari.com
İnstagram: https://www.instagram.com/asosyayinevi/
Facebook: https://www.facebook.com/asosyayinevi/
Twitter: https://twitter.com/Asosyayinevi

ULUSLARARASI
HUKUK
SEMPOZYUMU
International Symposium on Law

Sempozyum Onursal Başkanı

Prof. Dr. Dr. jur. h.c. Kemal Şenocak (Ankara Üniversitesi)

Sempozyum Düzenleme Kurulu Başkanı

Prof. Dr. Fulya Erlüle (Marmara Üniversitesi)

Sempozyum Düzenleme Kurulu

Doç. Dr. Mehmet Akçaal (Selçuk Üniversitesi)

Doç. Dr. Hüseyin Melih Çakır (Marmara Üniversitesi)

Doç. Dr. Arzu Arslan Ertürk (Marmara Üniversitesi)

Doç. Dr. Zafer Kahraman (Bahçeşehir Üniversitesi)

Doç. Dr. Birgül Sopacı Öztuna (Marmara Üniversitesi)

Doç. Dr. İpek Sağlam (Marmara Üniversitesi)

Doç. Dr. Canan Yılmaz (Marmara Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Nurten İnce Akman (Marmara Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Bahar Öcal Apaydın (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi İdil Tuncer Kazancı (Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Adem Yelmen (İnönü Üniversitesi)

Öğr. Gör. Nagehan İlemin Alan (Kocaeli Üniversitesi)

Ar. Gör. Burcu Erdinç (İnönü Üniversitesi)

Ar. Gör. Egemen Işık (Marmara Üniversitesi)

Ar. Gör. Simge Saraçoğlu (Galatasaray Üniversitesi)

Bilim Kurulu

Kısmi Statülü Prof. Dr. Björn Arp (American University Washington College of Law/ABD)

Prof. Dr. Erdem Büyüksağiş (Université de Fribourg/İsviçre ve Yeditepe Üniversitesi)

Prof. Dr. Riccardo Cardilli (Università degli Studi Roma "Tor Vergata"/İtalya)

ULUSLARARASI
HUKUK
SEMPOZYUMU
International Symposium on Law

Prof. Dr. Michel Heinzmann (Université de Fribourg/İsviçre)

Prof. Dr. Osman Isfen (Fern Universität Hagen/Almanya)

Prof. Dr. Dr. Dres. h.c. Philip Kunig (Freie Universität Berlin/Almanya ve Türk-Alman Üniversitesi)

Prof. Dr. Luc Lavrysen (Ghent University/Belçika)

Prof. Dr. Carlos Aurelıo Esplugues Mota (Universidad de Valencia/İspanya)

Prof. Dr. Salvatore Randazzo (Università di LUM-Bari/İtalya)

Prof. Dr. Pascal Pichonnaz (Université de Fribourg/İsviçre)

Prof. Dr. Dr. h.c. Silvia Barona Vilar (Universidad de Valencia/İspanya)

Prof. Dr. Ali Yarayan (Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg/Almanya)

Doç. Dr. Salvatore Antonio Cristaldi (Università degli Studi di Enna "Kore"/ İtalya)

Doç. Dr. Roberta Marini (Università degli Studi Roma "Tor Vergata"/İtalya)

Doç. Dr. Stefano Porcelli (Università degli Studi di Bologna/İtalya)

Dr. Öğretim Üyesi Egzonis Hajdari (Universiteti AAB - Prishtinë, Kosova)

Prof. Dr. Faruk Acar (Marmara Üniversitesi)

Prof. Dr. Levent Akın (Ankara Üniversitesi)

Prof. Dr. Şebnem Akipek Öcal (TED Üniversitesi)

Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)

Prof. Dr. Sevgi Gül Akyılmaz (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)

Prof. Dr. Sıtkı Anlam Altay (Galatasaray Üniversitesi)

Prof. Dr. Atilla Altop (İstanbul Kültür Üniversitesi)

Prof. Dr. Mehmet Altunkaya (Akdeniz Üniversitesi)

Prof. Dr. O. Gökhan Antalya (Marmara Üniversitesi)

Prof. Dr. Çetin Arslan (Hacettepe Üniversitesi)

Prof. Dr. Serkan Ayan (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Prof. Dr. Murat Aydoğdu (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Prof. Dr. Oğuz Sadık Aydos (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)

Prof. Dr. Ali Ayli (Dicle Üniversitesi)

Prof. Dr. Tolga Ayoğlu (Galatasaray Üniversitesi)

Prof. Dr. Tahir İrfan Barlass (İstanbul Üniversitesi)

Prof. Dr. Aslı Makaracı Başak (Bahçeşehir Üniversitesi)

Prof. Dr. Cem Baygın (Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi)

Prof. Dr. Başak Baysal (Kadir Has Üniversitesi)

Prof. Dr. Nurettin Bilici (Çankaya Üniversitesi)

Prof. Dr. Enver Bozkurt (Hasan Kalyoncu Üniversitesi)

Prof. Dr. Ali Cem Budak (İstanbul Ticaret Üniversitesi)

Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu (İstanbul Aydın Üniversitesi)

Prof. Dr. Dilek Özkök Çubukçu (Ankara Üniversitesi)

Prof. Dr. H. Murat Develioğlu (Galatasaray Üniversitesi)

Prof. Dr. Bihterin Dinçkol (Marmara Üniversitesi)

Prof. Dr. Murat Doğan (Erciyes Üniversitesi)

Prof. Dr. Mehmet Erdem (Galatasaray Üniversitesi)

Prof. Dr. Fikret Eren (Başkent Üniversitesi)

Prof. Dr. Halûk Emiroğlu (Bilkent Üniversitesi)

Prof. Dr. Özlem Söğütlü Erişgin (TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi)

Prof. Dr. Baki İlkay Engin (İstanbul Üniversitesi)

Prof. Dr. Zeynep Özlem Üskül Engin (Galatasaray Üniversitesi)

Prof. Dr. Fulya Erlüle (Marmara Üniversitesi)

Prof. Dr. Rifat Erten (Ankara Üniversitesi)

Prof. Dr. Hamide Özden Özkaya Ferendeci (Türk - Alman Üniversitesi)

Prof. Dr. Emrah Ferhatoğlu (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)

Prof. Dr. Kadir Emre Gökyayla (Bahçeşehir Üniversitesi)

Prof. Dr. Devrim Güngör (Ankara Üniversitesi)

Prof. Dr. Meltem Kutlu Gürsel (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Prof. Dr. Mehmet Helvacı (İstanbul Üniversitesi)

Prof. Dr. Serap Helvacı (Marmara Üniversitesi)

Prof. Dr. Sibel İnceoğlu (Marmara Üniversitesi)

Prof. Dr. Nur Kaman (İstanbul Medeniyet Üniversitesi)

Prof. Dr. Cihan Osmanağaoğlu Karahasanoğlu (İstanbul Üniversitesi)

Prof. Dr. Mustafa Tayyar Karayiğit (Marmara Üniversitesi)

Prof. Dr. Mustafa İsmail Kaya (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)

Prof. Dr. Selami Kuran (Marmara Üniversitesi)

Prof. Dr. Yüksel Metin (Süleyman Demirel Üniversitesi)

Prof. Dr. Halûk Nami Nomer (İstanbul Üniversitesi)

Prof. Dr. Saim Ocak (Marmara Üniversitesi)

Prof. Dr. Mehmet Tufan Öğüz (İstanbul Üniversitesi)

Prof. Dr. Zehra Şeker Öğüz (İstanbul Üniversitesi)

Prof. Dr. Hayrunnisa Özdemir (Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi)

Prof. Dr. Saibe Oktay Özdemir (İstanbul Üniversitesi)

Prof. Dr. Sibel Özel (Marmara Üniversitesi)

Prof. Dr. Burak Özen (Marmara Üniversitesi)

Prof. Dr. Ercüment Özkaraca (Marmara Üniversitesi)

Prof. Dr. Seda Özmumcu (İstanbul Üniversitesi)

Prof. Dr. Fügen Sargın (TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi)

Prof. Dr. Abdurrahman Saygılı (Ankara Üniversitesi)

Prof. Dr. A. Lale Sirmen (Bilkent Üniversitesi)

Prof. Dr. Kemal Şenocak (Ankara Üniversitesi)

Prof. Dr. Zarife Şenocak (Ankara Üniversitesi)

Prof. Dr. Şükran Şıpka (Altınbaş Üniversitesi)

Prof. Dr. Ali D. Ulusoy (Ankara Üniversitesi)

Prof. Dr. Mehmet Ünal (Başkent Üniversitesi)

Prof. Dr. Cevdet Yavuz (Medipol Üniversitesi)

Prof. Dr. Feridun Yenisey (Bahçeşehir Üniversitesi)

Prof. Dr. Mehmet Kamil Yıldırım (Marmara Üniversitesi)

Prof. Dr. M. Fadıl Yıldırım (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)

Prof. Dr. Turan Yıldırım (Marmara Üniversitesi)

Doç. Dr. Mehmet Akçaal (Selçuk Üniversitesi)

Doç. Dr. Bülent Algan (Ankara Üniversitesi)

Doç. Dr. Güçlü Akyürek (MEF Üniversitesi)

Doç. Dr. Özge Ayan (Celal Bayar Üniversitesi)

Doç. Dr. Mesut Aygün (Anadolu Üniversitesi)

Doç. Dr. Taylan Barın (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi)

Doç. Dr. Murat Batı (Samsun Ondokuz Mayıs Üniversitesi)

Doç. Dr. Levent Börü (Hacettepe Üniversitesi)

Doç. Dr. Tolga Candan (Türk-Alman Üniversitesi)

Doç. Dr. Hüseyin Melih Çakır (Marmara Üniversitesi)

Doç. Dr. Anıl Çamyamaç (İzmir Bakırçay Üniversitesi)

Doç. Dr. Seda Öktem Çevik (Bahçeşehir Üniversitesi)

Doç. Dr. Ali Ekin (Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi)

Doç. Dr. Gökhan Erbaş (Hacettepe Üniversitesi)

Doç. Dr. Ozan Ergül (Atılım Üniversitesi)

Doç. Dr. Güneş Okuyucu Ergün (Ankara Üniversitesi)

Doç. Dr. İbrahim Ermenek (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)

Doç. Dr. Arzu Arslan Ertürk (Marmara Üniversitesi)

Doç. Dr. Seda Örsten Esirgen (Ankara Üniversitesi)

Doç. Dr. Çınar Can Evren (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)

Doç. Dr. İlke Göçmen (Ankara Üniversitesi)

Doç. Dr. Cenker Göker (Ankara Üniversitesi)

Doç. Dr. Kürşat Göktürk (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)

Doç. Dr. Neslihan Göktürk (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)

Doç. Dr. Fatma Ebru Gündüz (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi)

Doç. Dr. Gökhan Güneysu (Anadolu Üniversitesi)

Doç. Dr. Nilüfer Boran Güneysu (Anadolu Üniversitesi)

Doç. Dr. Damla Gürpınar (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Doç. Dr. Burak Huysal (Bahçeşehir Üniversitesi)

Doç. Dr. Zafer Kahraman (Bahçeşehir Üniversitesi)

Doç. Dr. Ahmet Karakocalı (Anadolu Üniversitesi)

Doç. Dr. Ahmet Kılınç (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi)

Doç. Dr. Burcu Savaş Kutsal (Bahçeşehir Üniversitesi)

Doç. Dr. Birgül Sopacı Öztuna (Marmara Üniversitesi)

Doç. Dr. İpek Sağlam (Marmara Üniversitesi)

Doç. Dr. Öz Seçer (Bahçeşehir Üniversitesi)

Doç. Dr. Sedat Sirmen (Ankara Üniversitesi)

Doç. Dr. Selin Sert Sütçü (Akdeniz Üniversitesi)

Doç. Dr. Fahri Gökçen Taner (Ankara Üniversitesi)

Doç. Dr. Nihat Taşdelen (Dicle Üniversitesi)

Doç. Dr. Murat Topuz (Marmara Üniversitesi)

Doç. Dr. Murat Tumay (İstanbul Medeniyet Üniversitesi)

Doç. Dr. Ahmet Yayla (Bahçeşehir Üniversitesi)

Doç. Dr. Bilgehan Yeşilova (Yaşar Üniversitesi)

Doç. Dr. Burçak Yıldız (Ankara Üniversitesi)

Doç. Dr. Gaye Burcu Yıldız (Ankara Üniversitesi)

Doç. Dr. Didem Yılmaz (Bahçeşehir Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi M. Beşir Acabey (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Canan Ünal Adınır (Marmara Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Neslihan Akça (İnönü Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Nurten İnce Akman (Marmara Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Sabah Altay (Marmara Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Bahar Öcal Apaydın (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Deniz Tekin Apaydın (Marmara Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Eylem Apaydın (Kocaeli Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Mehmet Arslan (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Ahu Ayanoğlu Moralı (Bahçeşehir Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Duygu Hatipoğlu Aydın (Hacettepe Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Cemal Başar (Pamukkale Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Şafak Parlak Börü (Ankara Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Ersun Civan (TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Sümeyra Altıner Coşkun (Ufuk Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Serdar Demirci (İnönü Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Derya Doğru (Başkent Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Ünsal Dönmez (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Zeynep Dönmez (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi)

Yard. Doç. Dr. Mustafa Erçakıca (Bahçeşehir Kıbrıs Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Salim Işık (Özyeğin Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Hamdi Deniz Ege Göktuna (Özyeğin Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Pelin Karaaslan (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Akasya Kansu Karadağ (Ufuk Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Furkan Kararmaz (Akdeniz Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Fahri Erdem Kaşak (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Esra Çalışkan Kaşak (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Ebru Kayabaş (İstanbul Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi İdil Tuncer Kazancı (Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Hakan Kolçak (Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi İlknur Serdar (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Zafer Ertunç Şirin (İstanbul Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Neva Övünç Öztürk (Ankara Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Aybars Pamir (Uludağ Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Ufuk Tekin (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Barış Toraman (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Muhammed Emre Tulay (Süleyman Demirel Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Ali Turan (İnönü Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Dilek Dulay Yangın (Manisa Celal Bayar Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Adem Yelmen (İnönü Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Mehtap Yücel (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Hale Akdağ Yüksel (Antalya Bilim Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi İsmail Yüksel (Antalya Bilim Üniversitesi)

ULUSLARARASI
HUKUK
SEMPOZYUMU
International Symposium on Law

İçindekiler

PANDEMİ SÜRECİNDEKİ ATİPİK ÇALIŞMALARDAN ETKİLENEN HUKUKİ YAPILAR 1

YÖNETİM KURULU TOPLANTISINA DAVET 9

ULUSLARARASI HUKUK AÇISINDAN ROSALİNA – A GEMİSİNE YAPILAN MÜDAHALENİN DEĞERLENDİRİLMESİ 19

GÜRÜLTÜ KİRLİLİĞİNDEN DOLAYI YAPI MALİKİNİN SORUMLULUĞU 28

SIĞINMACILARIN DENİZDE GERİ İTİLMESİNİN ULUSLARARASI HUKUK AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ 38

YILLIK İŞYERİ KİRA BEDELİNİN PANDEMİDEN ÖNCE PEŞİN ÖDENMİŞ OLMASI HALİNDE KİRACININ UYARLAMA TALEBİ 52

ÜVEY ÇOCUKLA ÜVEY ANA/BABA ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKEN DEĞERLENDİRİLMESİ 83

SÜRDÜRÜLEBİLİR KAMU ALIMI: KAMU İHALELERİNE SOSYAL VE ÇEVRESEL ÖLÇÜTLERİN DAHİL EDİLMESİ 97

AİLE HUKUKU AÇISINDAN NİŞANLILIKTA ŞİDDET VE SONUÇLARI 124

SÖZLEŞMENIN KURULMASINDA ROBOTLAR? 147

SOSYO-HUKUKİ AÇIDAN DİJİTAL TOPLUM VE HUKUK İLİŞKİSİ 157

25.12.2019 TARİH, 2019/1 E. VE 2019/8 K. SAYILI YARGITAY İÇTİHADI BİRLEŞTİRME KARARININ ZAMANAŞIMINA UĞRAMIŞ BONONUN HUKUKİ NİTELİĞİ HAKKINDA DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ 164

GİZLEME SURETİYLE HAKSIZ REKABET 178

ANONİM ŞİRKETLERİN KAMU DÜZENİNE AYKIRI İŞLEMLERİ SEBEBİYLE FESHİ DAVASININ YÖNETİM KURULUNUN SORUMLULUĞUNA DAİR HÜKÜMLERLE İLİŞKİSİ 202

BARTER SÖZLEŞMESİNİN ÖNEMİ VE ETKİN KULLANILMA ÖNERİLERİ 214

TÜRK HUKUKUNDA MİLLİ PARKLARIN HUKUKİ NİTELİĞİ VE TABİ OLDUĞU HUKUKİ REJİM 224

ABD YÜKSEK MAHKEMESİNİN BOOKİNG.COM'LA İLGİLİ KARARININ TÜRK MARKA HUKUKUNA ETKİSİ 249

EKONOMİ CEZA HUKUKUNDA CEZASIZLIĞI GÖRMEK 271

ELEŞTİREL IRK TEORİSİ: IRK VE HUKUK ARASINDA KURULAN İLİŞKİYE GENEL BİR BAKIŞ 294

TÜKETİCİ İŞLEMLERİ DOLAYISIYLA DÜZENLENEN/DÜZENLENDİĞİ İDDİA EDİLEN KAMBİYO SENETLERİNDE GÖREVLİ MAHKEME MESELESİ 310

1924 ANAYASASI DÖNEMİNDE ULUSLARARASI ANDLAŞMALARIN YAPILIŞI İLE İLGİLİ UYGULAMANIN ANAYASA'YA UYGUNLUĞU 350

İŞÇİNİN SONRADAN ENGELLİ HALE GELMESİNİN DEVAM EDEN İŞ SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ 368

UZMAN ARABULUCULUK UYGULAMASININ YARATACAĞI USÛLÎ SORUNLAR 387

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE ANAYASA MAHKEMESİNİN GÜNCEL KARARLARI IŞIĞINDA BİR ADLİ KONTROL YÜKÜMLÜLÜĞÜ OLARAK "KONUTUNU TERK ETMEME" ÜZERİNE BAZI TESPİT VE ÖNERİLER 399

DİJİTAL TEKNOLOJİLERLE DESTEKLENEN GÖZETİM TOPLUMUNDA ÖZERKLİK VE MAHREMİYET 424

KİŞİSEL SAĞLIK VERİLERİNİN KORUNMASI BAĞLAMINDA İDARENİN HUKUKİ SORUMLULUĞU 436

ÇEVRENİN KASTEN KİRLETİLMESİ SUÇU 449

DİJİTALLEŞME ÇAĞINDA TÜRK ANONİM ŞİRKETLER HUKUKU 465

PROHIBITION OF ABUSE OF RIGHT WITHIN THE SCOPE OF INDIVIDUAL APPLICATION TO THE CONSTITUTIONAL COURT 479

TEKNOLOJİ GELİŞTİRME BÖLGELERİ KANUNU KAPSAMINDAKİ KULUÇKA MERKEZLERİNE YÖNELİK MALİ DESTEKLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ 492

REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇUNUN MAĞDUR İLE ARASINDA EVLENME YASAĞI BULUNAN KİŞİ TARAFINDAN İŞLENMESİNİN ENSEST BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ 497

KRİPTO PARA VE TÜREVLERİNİN VERGİLENDİRİLMESİ: GELİR VERGİSİ ÇERÇEVESİNDE BİR TARTIŞMA 523

ILO NORMLARI VE ELEŞTİRİLERİ BAĞLAMINDA TÜRKİYE'DE GREV ERTELEMELERİ 530

YAŞAM HAKKI ÖZELİNDE GÜNCEL AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA İDARENİN SORUMLULUĞU 554

KIYI DEVLETİNİN AÇIK DENİZLERDEKİ GEMİLERE MÜDAHALE HAKKI KAPSAMINDA GÜNCEL BİR ÖRNEKLEM: "Kıyı Devletinin Karasularına Ulaşmadan Önce Göçmen Botlarının Hareket Noktasına Geri İtilmesi" 578

ANONİM ŞİRKETTE SERMAYE VE KANUNİ YEDEK AKÇELER TOPLAMININ ÜÇTE İKİSİNİN KAYBININ HUKUKİ SONUÇLARI 604

AVRUPA KONSEYİ SİBER SUÇ SÖZLEŞMESİ'NİN TÜRK CEZA VE CEZA MUHAKEMESİ KANUNU'NA ETKİLERİ 636

UNIVERSAL JURISDICTION: THE ECTHR STANDARDS 670

GENİŞLETİLMİŞ BENLİK TEORİSİ PERSPEKTİFİNDE VELAYET ALTINDAKİ KÜÇÜĞÜN GÖRÜNTÜSÜNÜN SOSYAL AĞ SİTELERİNDE PAYLAŞILMASININ HUKUKİ YÖNÜ: *SHARENTING* 679

İRADE BOZUKLUĞU SEBEBİYLE İPTAL EDİLEN SÖZLEŞMELERDE TASFİYE 690

TCK'DAKİ (m.122) AYRIMCILIK SUÇUNUN CİNSEL YÖNELİMLERİ KORUMA FONKSİYONU 702

ÜCRETİNİN ÖDENMEMESİ NEDENİYLE İŞÇİNİN İŞ GÖRMEKTEN KAÇINMA HAKKI 738

KAMU GÖREVLİSİ SAĞLIK MESLEĞİ MENSUBU TARAFINDAN İŞLENEN RESMİ BELGEDE SAHTECİLİK SUÇU 753

CEZA HUKUKUNUN METALAŞMASI OLARAK UZLAŞTIRMA KURUMU 799

İDARİ YARGI KARARLARININ UYGULANMASINDA HUKUKİ İMKÂNSIZLIK İDDİASI 811

DANIŞTAY KARARLARI IŞIĞINDA TÜRK İDARİ YARGI HUKUKUNDA YORUM 832

BÜTÇE HAKKININ ANAYASALCILIK İLKESİ VE 2017 ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ 850

ULUSLARARASI HUKUK AÇISINDAN SİBER SALDIRILARA KARŞI MEŞRU MÜDAFAA HAKKI 871

VERGİ HUKUKUNDA KANUN YOLUNDAN VAZGEÇME 889

MÜDAFİİ İLE GÖRÜŞME HAKKI VE KISITLANMASI 905

VERGİ YARGISINDA BİRLEŞTİRME KARARI VE YAŞANAN HUKUKİ SORUNLAR 922

SİGORTA HUKUKUNDA ZENGİNLEŞME YASAĞI İLKESİ VE MANEVİ ZARARLAR BAKIMINDAN UYGULANABİLİRLİĞİ 971

ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARIN İPTALİ DAVASINI TAMAMLAYAN EDİM DAVASININ TEMELİ 989

ESER SÖZLEŞMELERİNDE MÜTEAHHİDİN İŞE ZAMANINDA BAŞLAMA VE DEVAM ETME BORCUNA AYKIRI DAVRANIŞININ HUKUKÎ SONUÇLARININ YARGITAY İÇTİHATLARI IŞIĞINDA DEĞERLENDİRİLMESİ. 1004

ERTELENEN HÜKÜMLERİN TEKRAR YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNİN MEVCUT KİRA SÖZLEŞMELERİNE ETKİSİ SORUNUNUN TBK m. 325 ÖZELİNDE TARTIŞILMASI 1019

PANDEMİ (COVID-19) DÖNEMİNDE UÇUŞ İPTALLERİNDE YOLCULARIN HAKLARI 1028

BOŞANMA SONRASINDA BİRLİKTE VELÂYETİN KULLANILMASI 1050

ULUSLARARASI
HUKUK
SEMPOZYUMU
International Symposium on Law

PANDEMİ SÜRECİNDEKİ ATİPİK ÇALIŞMALARDAN ETKİLENEN HUKUKİ YAPILAR

Prof. Dr. Levent AKIN
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID NO: 0000-0003-4705-413X

Öz

Tüm dünyayı etkisi altına alan ve milyonlarca kişinin ölümüne sebep olan covid-19 salgınıyla mücadele büyük bir kararlılıkla sürerken, salgının sağlık dışındaki etkisi de her geçen gün artıyor. Salgın sebebiyle ortaya çıkan sağlık riskleri ve insanların daralan yaşam alanları ister istemez ekonomilerde de önemli sorunlara neden oluyor. Ülkeler, her iki sorunla da mücadele etmek için sürekli yeni çareler üretiyor, tedbirler alıyorlar. Bununla birlikte ardı ardına gelen yeni dalgalar alınan bu önlemlerinde etkisini zayıflatıyor. Gelişmiş hukuk sistemlerinin bile bu tür olağanüstü olaylara hazırlıklı olmaması, ister istemez ortaya çıkan sorunlarda olağan hukuk sistemindeki normların uygulanmasını gerektiriyor. Küçük yasa değişiklikleri ile mevcut normlar, salgının yarattığı sorunları gidermek için kullanılsa da, sürecin uzaması yeni yeni sorunlar doğuruyor. Bu çalışma, salgın sebebiyle ortaya çıkan sorunların çözümünde kullanılan ve esasen olağan döneme ilişkin bazı hukuki kavramların, bu olağanüstü dönemden ne şekilde etkilendiğini irdelemeyi amaçlamaktadır.

Anahtar kelimler: Pandemi, Covid, Uzaktan Çalışma, Tele Çalışma, Kısa Çalışma

Giriş

2020 yılı başından itibaren tüm dünyayı, kısa bir süre sonrasında da Türkiye'yi etkisine alan covid-19 pandemisi, bugüne kadar çok önemli olumsuz sonuçlara neden oldu. Halen etkilediği insan sayısı 170 milyonu geçen, sebep olduğu ölümler ise 3.5 milyonu aşan covid-19 virüsü, ülkemizde de 5 milyonun üstünde insanı etkilemiş ve 47 binin üzerinde kişinin yaşamını yitirmesine neden olmuştur. Pandeminin insan sağlığı üzerindeki olumsuz etkisi, ekonomiler üzerine de yansımış, alınan sağlık önlemleriyle durma noktasına gelen ekonomiler, dünyanın hemen her noktasında çalışma yaşamına da önemli darbe vurmuştur. Pandeminin işçi ve işveren yükümlülüklerinin gerektiği şekilde icrasını engellemesi, çeşitli hukuki sorunlara neden oluştur. Salgının hiç kimsenin öngöremeyeceği sonuçları, hukuk sistemlerinin de konuya hazırlıksız olduğunu göstermiştir. Genel olarak hukuk sistemleri, olağan koşullara göre yapılandırıldığından, bu kadar uzun sürecek bir olağanüstü koşula çözüm üretmekte zorlanmıştır. Aynı sorun ülkemizde de yaşanmaktadır. İşçi ve işveren ilişkilerinde çok sınırlı düzeyde olağan dışı koşul öngörüsü bulunsa da, pandemi gibi yıkıcı etkisi çok uzun süre devam eden bir olağan dışı koşul, yasalarımızda düzenlenmemiştir. O sebeple, pandeminin yol açtığı sorunların çözümü için yasama ve yürütme organları, olağan düzene ilişkin mevzuatı revize etmeye çalışırken, yargı makamları ise bu düzenlemeleri yorumlayarak uyuşmazlıkları gidermeye gayret etmektedir. Buradaki çalışmamız, ekseriyeti olağan koşullara ilişkin olarak getirilmiş çeşitli hukuki yapıların, pandemi koşullarından ne şekilde etkilendiğini belirlemeyi ve hukuk sistemimizde böyle bir durumda hayata geçirilebilecek bir olağanüstü yasal düzenlemeler manzumesi hazırlanması fikrine öncülük etmeyi amaçlamaktadır.

I. Uzaktan Çalışma

Uzaktan çalışma, mevzuatımıza 2016 yılında İş Kanununa yapılan ekleme ile girmiştir. (m.14)[1]. Anılan düzenlemeyle uzaktan çalışma, atipik bir istihdam türü olarak çalışma yaşamındaki yerini almıştır. Uzaktan çalışma henüz 5 yıllık bir kavramdır ve o sebeple ülkemizde arzu edilen olgunluğa ulaşamamıştır. Bu atipik yapının işçi ve işverene sağladığı kolaylıklar kadar, neden olabileceği sorunlar da henüz net değildir.

Uzaktan çalışma yeterince olgunlaşmadan dünyayı etkisi altına alan covid-19 pandemisi, bir anda bu çalışma yöntemini sadece ülkemizde değil bütün dünyada en yaygın çalışma yöntemi haline getirmiştir. Hemen her sektör, uzaktan çalışma yöntemini anlamaya, ona uygun bir yapılanma oluşturmaya çalışmaktadır. Dahası bu çaba sadece dijital mecralarından yararlanabilen sektörlerde değil, bu mecraları kullanmayan, klasik yöntemlerle üretim yapan çeşitli sektörlerde de görülmektedir. Çalışanların bir kısmından üretimlerini evden sürdürmeleri istenmekte, bu şekilde işletmelerin salgın sürecinde ayakta kalabilmesine gayret edilmektedir.

Pandemide en büyük tehlike insan sağlık üzerinde oluştuğundan, uzaktan çalışma seçeneğinde çalışma mekanlarının hijyeni önemli bir sorun haline gelmiştir. Bu da en sağlıklı ve garantili yerin çalışanın evi olabileceği anlayışıyla uzaktan çalışmayı evde çalışmaya dönüştürmüş görünmektedir. Pandemi öncesinde farklı işverenlerin kullandığı, uzaktan/tele çalışma için yapılandırılmış ortak çalışma mekânlarına rastlansa da, uzaktan çalışılan ağırlıklı mekânları hâlihazırda evlerdir. Her ne kadar salgın sonrasında oluşacak yeni çalışma düzeninin bu durumu değiştirebilme ihtimali olsa da, mevcut durum uzaktan çalışmayı büyük ölçüde evde çalışma olarak anlamamızı zaruri kılmaktadır.

Pandemi ile bir anda gündeme gelen ve uygulama alanı genişleyen uzaktan çalışma, ilk önceleri salgın süreci ile sınırlı, geçici bir uygulama gibi görünse de, salgının uzaması ister istemez bazı çalışma alışkanlıklarında kalıcı dönüşümlerin oluşabileceği izlenimi vermektedir. Hemen her ülkede bunun sonuçları ve yeni atipik çalışma yöntemleri tartışılmaktadır.

Covid sürecinde işyerlerinde geliştirilen çeşitli çalışma yöntemleri, o işyerlerinde bu yöntemlerin olağan koşullarda da sürdürülebileceği anlayışını oluşturmaya başlamıştır. Uzaktan çalışma, atipik çalışma alanında en fazla sempati gören, gerek işçi gerek işveren için çeşitli avantajlara sahip olduğu düşünülen, en popüler çalıştırma yöntemi olarak gittikçe normalleşmekte, olağan/tipik bir istihdam yöntemine evrilmektedir.

Bu değişim sadece ülkemizde değil, dünya genelinde yaşanmaktadır. Günümüzde işçiler, hatta memurlar için bile "bugün evden çalışıyorum" ifadesi normal karşılanmaktadır. Görünen odur ki, çalışma yaşamının bir kısmı için gelecekte de böyle olacaktır. Hatta kanımızca bu yapı ilerde bazı sektörlerde iş akdiyle çalışanları azaltacak, uzaktan çalışanlar işçi olmak yerine bağımsız çalışmayı tercih ederek, eser, vekâlet ya da kendine özgü sözleşmelerle çok daha geniş bir hizmet alanı elde etmeye çalışacaklardır. Bunun da hizmet maliyetini düşüreceği ve çok farklı bir rekabet alanı yaratacağı açıktır.

Amerika'da yapılan bir araştırmada çalışanların hibrit (bir süre uzaktan, bir süre ofisten sürdürülen) iş tekliflerine daha sıcak baktıkları göstermektedir. Bu araştırma, çalışanların %47'sinin, kendilerine hibrit bir çalışma yöntemi önerilmezse başka bir iş aramayı düşündüğünü göstermektedir[2].

[1] 6.5.2016 tarih ve 6715 sayılı yasanın 2.maddesi ile İş Kanunu'nun 14.maddesine eklenmiştir.

[2] Tiffany Fowell, Hybrid work: what it is and why nearly half of employees want it (https://envoy.com/blog/what-is-a-hybrid-work-model/) (19.03.2021)

Benzer bir diğer araştırmada bazı işyerlerinin salgın sürecindeki deneyimlerden hareketle, normal koşullarda çalışanlarının ne kadarını ofiste olmasını zaruri gördükleri ele alınmıştır. Nitekim bazı işyerlerinde, çalışanların sadece %17'sinin ofiste masa başında olmalarının işin işleyişi için yeterli olduğu görülmüştür[3].

Bu gelişmeyi tüm sektörlere yaygınlaştırabilmek mümkün olmasa da, özellikle hizmet sektöründe gittikçe kaçınılmaz hale geldiği de görülebilmektedir. O sebeple başta hizmet sektörü olmak üzer bu gelişme karşısında kayıtsız kalamayacak olan işverenler, aynı bakış açısına sahip olmasalar bile, yeni rekabet koşulları karşısında böyle bir tercihte bulunarak yeniden yapılanmak durumunda kalabilirler. Özellikle hizmet sektöründe ve ofis ortamında iş gören işyerlerinde, hatta kamu sektöründe dahi bunun gerçekleşebilme ihtimali güçlüdür. Anılan gelişmenin, ofis ortamında daha az çalışan, daha küçük ofis alanları, daha düşük ofis maliyeti gibi sonuçlara yol açacağı açıktır. Bugün bile bazı işletmelerin uzaktan çalışma konusunda yapılanmasını tamamladığı, merkez ofisini küçülttüğü ve bu şekilde devam etmek kararlılığı ile yeni çalışma alanlarına geçiş yaptığı görülmektedir.

Uzaktan çalışma konusundaki gelişmeler, bu yöntemin işletmeler üzerinde yaratacağı olumlu sonuçlar kadar, olumsuz sonuçları da işaret etmektedir. Özellikle çalışanlar üzerinde yaratacağı olumsuz etkiler, geride kalan 1.5 yıllık salgın sürecinde dahi görülebilmiştir. Çalışanların sosyal izolasyonu, kurumsal bilinç ve işleyişten uzak kalmanın iş disiplinine olumsuz etkisi ve işin görüldüğü yerin (evin, ortak çalışma mekanının,…) neden olduğu iş konsantrasyonu eksikliğinin yol açtığı özensiz ifa, karşılaşılan önemli sorunlar olarak önümüzde durmaktadır. Nitekim aşağıda da değineceğimiz üzere çeşitli işletmeler, uzaktan çalışmanın yaratacağı bu enfeksiyonlarla mücadele etmek için önlemler geliştirmeye, çareler üretmeye çalışmaktadır. Uzaktan çalışan işçilerin kurumsal bilinçten mahrum olmalarını engellemek, sosyal izolasyon ve tecridi gidermek için çeşitli organizasyonlar planlayarak, belirli peridolarda çalışanlarını bir araya getirmektedirler. Hatta bazı işletmeler, tümüyle uzaktan çalışmak yerine hibrit çalışma modelini tercih ederek uzaktan çalışmayı seyreltmekte, belirli günlerde yüz yüze çalışmayı sürdürerek, anılan olumsuzluklardan kurtulmaya gayret etmektedir.

Her şeye rağmen tüm bu gelişim seyri, uzaktan çalışmayı geleceğin olağan çalışma yöntemlerinden biri haline getirecek gibi görünmektedir[4].

Bununla birlikte uzaktan çalışma konusunda hazırlanan yönetmelik, pandemi sürecinde bu alanda karşılaşılan ve karşılaşılması muhtemel sorunları çözebilecek bir içeriğe sahip görünmemektedir. O sebeple uzaktan çalışma, pandemi özelinde yeniden organize edilmeli ve mevzuata işlenmelidir.

Bunun da ötesinde, ülkemizde çalışma yaşamını düzenleyene mevzuatın esasen olağan çalışma koşullarına yönelik olduğu düşünülerek daha ciddi adımlar da planlanmalıdır. Zira birçok ülkede olduğu gibi ülkemizde de, olağanüstü koşullardaki çalışma koşullarını düzenleyen bir yasal yapı bulunmamaktadır. İşyerlerine özgü bazı olağanüstü koşullara ilişkin hükümlerimiz bulunsa da (olağanüstü fazla çalışma,…) sayılıları çok sınırlıdır. O sebeple son yıllarda yaşanan pandemi/sel/deprem/yangın gibi olağanüstü koşulların, çalışma yaşamına yapacağı etkiler ve bu dönemlerde uygulanacak çalışma esasları, hazırlanacak bir "olağanüstü çalışma koşulları" yasası ile düzenlenmelidir. Böylelikle uzaktan çalışma gibi atipik çalışma yöntemlerinin uygulama koşulları, olağan işletmesel gereklilik ya da olağanüstü koşullara uygun olarak ayrı ayrı yapılandırılabilecektir.

[3] https://slack.com/intl/en-tr/blog/collaboration/remote-work-lessons-from-ali-rayl-vp-of-customer-experience-at-slack (24.03.2021)

[4] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Akın, Türk Çalışma Yaşamında Pandemi Sürecinde Uzaktan/Evden Çalışma ve Olası Sonuçları,

Aksi halde bugün olduğu gibi çoğu işletme bu çalışma koşullarını kendi belirlemeye çalışmaktadır ki bunun önümüzdeki yıllarda önemli yargısal sorunlar yaratacağı kuvvetle muhtemel görünmektedir.

II. Tele çalışma

Tele çalışma genel olarak uzaktan çalışmanın online yürütülmesi olarak tanımlanabilir. Yasal tanımı olmasa da söz konusu çalışma yöntemi, uzun bir süredir çalışma yaşamında uygulanmaktadır.

Pandemiye kadar daha ziyade teknoloji ağırlıklı hizmet sektöründe başvurulan bu çalışma yöntemi, bazı sektörlerde olağan hale de gelmiş durumdadır. Hatta bu tür işyerlerinde sadece işverenlerin tercihi olmaktan çıkmış, yeni nesil genç çalışanların talep ettiği bir modele dönüşmüştür.

Tele çalışmanın dar ölçekli de olsa bu olağan işleyişi, pandemi ile bambaşka bir düzeye evrilmiştir. Pandemiye kadar tele çalışmaya uygun sektörlerde tercih edilen, buna uygun alt yapısı olan işletmelerin başvurduğu bu yöntem, pandemi ile her işverenin rüyası haline gelmiş, uygun alt yapı tam olarak tesis edilmeden bir çok işletmede çalışanlar işyerlerinden kaçarcasına uzaklaşmış ya da uzaklaştırılmış ve işyeri tele çalışma yöntemine geçmiştir.

Söz konusu gelişme, uzaktan çalışma için belirttiğimiz sorunların aynı şekilde tele çalışmada da ortaya çıkmasına yol açmıştır. Bu tür çalışmaya hazırlıklı olmayan, olağan koşullara uygun yapılandırılan teknolojik alt yapı, tele çalışmayı kaldırmakta yetersiz kalmıştır. Sokaklarda, parklarda internet ulaşabilenler, cep telefonlarıyla iş görmeye çalışmaktadır. Bunun ciddi bir hizmet sunum yöntemi olarak kabulü mümkün olmasa gerekir.

Tele çalışma için evine gönderilenlerin evlerinde bilgisayar olmaması onlara bilgisayar tedarikini, internet bağlantısı olmayanalar bu bağlantıları edinme zarureti getirmiş, bunlar da ister istemez işverenlere maliyet olarak yansımıştır. İşyerlerini küçülterek gayrımenkul masraflarında tasarruf eden işverenler bu defa, tele çalışmaya uygun alt yapı tesis maliyetleri ile karşılaşmıştır. Bunun ötesinde, söz konusu alt yapı yetersizlikleri hizmet kalitesini olumsuz etkilemiş ve müşteri şikayetlerinde ciddi artışlar yaşanmaya başlamıştır. Doğal olarak bu olumsuz gelişmeler de işveren ve işçiyi karşı karşıya getirmektedir. İşveren işin özenle yapılması gerektiğini iddia ederken işçi de gereken araç ve gerecin işverence sağlanması gerektiğini dile getirmektedir. Dolayısıyla mevcut durum, yargıya taşınacak hukuki problemler yaratmaya başlamıştır ve bu da artarak devam etmektedir.

Esasen tele çalışma çağdaş bir çalışma yöntemidir ve genelde işveren ve işçiler tarafından konforlu bulunmaktadır. Gerçekten de özellikle pandemide sağladığı güvenli çalışma imkânı, tele çalışmaya ilgiyi artırmıştır. Bununla birlikte pandemi geçici olsa da mevcut veriler, tele çalışmanın kalıcı olacağını göstermektedir. Yukarıda da değindiğimiz üzere bazı işletmeler pandemi sonrasında da, tele çalışmayı sürdürme kararlılığındadır. Buna ilişkin hukuki alt yapısını tamamlayan (ya da tamamladığını zanneden) şirketler görülmektedir. Hatta bazı işletmeler, bu yöntemle iş gördüreceği personel için iş ilanları yapmaktadır.

Pandeminin etkisiyle piyasalardaki yeri genişleyen tele çalışma, maalesef çalışma esaslarını da pandemi koşulları içinde belirlemektedir. Yani işletmeler bugün içinde bulundukları duruma göre tele çalışmaya geçmekte, teknik ve hukuki çalışma koşullarını da bu koşullara uygun belirlemektedirler. Ancak pandemi sonrasında teknik ve hukuki koşullar değişecektir. Tele çalışmaya duyulan ilgi azalmayacak olsa da, çalışma koşullarında farklılaşma talebi mutlaka gündeme gelecektir. Dahası kalıcı hale gelen tele/uzaktan çalışmaların yaratacağı önemli sosyal sorunlar olacaktır. İşyerine gelmeyen çalışanların iş disiplinleri, kontrolleri, kişisel verileri, işletmeye bağlıkları ve kariyer planlamalarında önemli problemler çıkacağı görülmektedir.

O sebeple halen hakkında bir düzenleme bulunmayan tele çalışma, gerek olağan gerek olağanüstü koşullara uygun olarak ayrı bir yasal düzenlemeye konu olacak şekilde yapılandırılmalıdır. Aksi halde şu anda kurgulana tele çalışma ilişkilerinde doğacak hukuki uyuşmazlıklar yargı önüne taşındığında, iş hukuku hiç alışık olmadığı bir durumla karşılaşacaktır. İş yargısı uyuşmazlığı çözmek için, bir özel düzenleme olmaması, genel düzenlemelerin de konuya uyarlanamaması sebebiyle, bireysel ve/veya toplu iş sözleşmelerine müracaat etmek zorunda kalacaktır. Bunun iş hukukuyla korunan menfaat dengesi için ne denli önemli sorunlar yaratacağı da açıktır.

III. Evde hizmet sözleşmesi

Evde hizmet sözleşmesi Borçlar Kanununda düzenlenen üç hizmet sözleşmesi türünden biridir (BK.461-469). Buna göre evde hizmet sözleşmesi, işverenin verdiği işi, işçinin kendi evinde veya belirleyeceği başka bir yerde, bizzat veya aile bireyleriyle birlikte bir ücret karşılığında görmeyi üstlendiği sözleşmedir. İşveren, işçiye her yeni iş verişinde genel çalışma koşulları dışında kalan ve o işe özgü özellikleri bildirir; gerekiyorsa işçi tarafından sağlanacak malzemeyi, bu malzemenin sağlanması için kendisine ne miktarda ödemede bulunacağını ve iş için ödeyeceği ücreti de işçiye yazılı olarak bildirir. İşin verilmesinden önce malzeme için ödenecek bedel ve iş için ödenecek ücret yazıyla bildirilmemişse, bu işlerde uygulanan alışılmış bedel ve ücret ödenir.

İşçi, işe zamanında başlamak, işi kararlaştırılan zamanda bitirmek ve çalışmanın sonucunu işverene teslim etmekle yükümlüdür. İş, işçinin kusuruyla ayıplı olarak görülmüşse işçi, giderilmesi mümkün olan ayıpları, masrafı kendisine ait olmak üzere gidermek zorundadır.

Malzeme ve iş araçları işveren tarafından sağlanmışsa, işçi bunları gereken özeni göstererek kullanmak, bundan dolayı hesap vermek, ayrıca kalan malzeme ile iş araçlarını da işverene teslim etmekle yükümlüdür. İşçi işi görürken, kendisine teslim edilen malzemenin veya iş araçlarının bozuk olduğunu belirlerse, durumu hemen işverene bildirir ve işe devam etmeden önce, onun talimatını bekler. İşçi, kendisine teslim edilen malzeme veya iş araçlarını kendi kusuruyla kullanılmaz hâle getirirse, işverene karşı onun kullanılmaz hâle geldiği gündeki rayiç bedeli kadar sorumludur.

İşveren, işçinin üreterek teslim ettiği ürünü inceler; varsa bulduğu ayıpları teslimden başlayarak bir hafta içinde işçiye bildirir. Süresinde bildirim yapılmamışsa, ürün mevcut durumuyla kabul edilmiş sayılır.

Yapılan işin ücreti, işçi, işveren tarafından aralıksız olarak çalıştırıldığı takdirde, onbeş günde bir veya işçinin rızasıyla ayda bir; aralıklı olarak çalıştırıldığı takdirde, ürünün her tesliminde ödenir.

Her ücret ödenmesinde işçiye, bir hesap özeti verilir. Hesap özetinde, varsa kesintilerin miktarı ve sebebi de gösterilir.

İşçiye deneme amacıyla bir iş verilmişse, aksi kararlaştırılmadıkça, sözleşme deneme süresi için kurulmuş sayılır. İşçi, işveren tarafından aralıksız olarak çalıştırıldığı takdirde, aksi kararlaştırılmadıkça, sözleşme belirsiz süreyle yapılmış sayılır; diğer durumlarda sözleşmenin belirli süreyle yapıldığı kabul edilir.

Borçlar Kanununda düzenlene evde hizmet sözleşmesi 2011 yılında yani pandemiden bağısız olarak mevzuatımıza girmiştir. Pandemi sürecinde karşılaştığımız evden hizmetden farklı olarak işin evden görülmesini esas alır. Oysa pandemi dönemindeki evde çalışmalar, daha ziyade uzaktan çalışmanın eve taşınmış hali olarak gerçekleşmektedir. Bu çalışmaların çoğunda işçiler işyerinden eve gönderilmekte, işi orada görmeleri istenmekte, pandemi sonrasında işyerine dönülmesi planlanmaktadır. En azından işletmelerin büyük çoğunluğunda plan budur.

Borçlar Kanunundaki evde hizmet sözleşmesi, pandemiden bağımsız yapılandırılmış olsa da pandemi döneminde uygulanmasına bir engel yoktur. İşyerinin üretim yöntemine uygun ise işveren, işçilerle evde hizmet sözleşmesi yapabilir ve yukarıdaki esaslara uygun bir çalışma yürütebilir.

Bu yönteme başvurmak isteyen işveren, doğal olarak daha önce yapmış olduğu iş sözleşmesini, işçinin haklarını vererek ve fesih usullerine uyarak sonlandırmak durumundadır. Bunu yaptıktan sonra yeni bir sözleşme olarak "evde hizmet sözleşmesi" yapabilir. Bu yeni çalışma yöntemine geçiş, pandemi süreci içinde işletmesel bir karar olarak değerlendirilebilir.

IV. Kısa çalışma ödeneği

Kısa çalışma ödeneği 4447 sayılı yasa ile düzenlenmiştir (ek.2). Buna göre, genel ekonomik, sektörel veya bölgesel kriz ile zorlayıcı sebeplerle işyerindeki haftalık çalışma sürelerinin geçici olarak önemli ölçüde azaltılması veya işyerinde faaliyetin tamamen veya kısmen geçici olarak durdurulması hallerinde, işyerinde üç ayı aşmamak üzere kısa çalışma yapılabilir. Bu Kanuna göre sigortalı sayılan kişileri hizmet akdine tabi olarak çalıştıran işveren, kısa çalışma talebini, derhal gerekçeleri ile birlikte Türkiye İş Kurumuna, varsa toplu iş sözleşmesi tarafı sendikaya bir yazı ile bildirir. Talebin uygunluğunun belirlenmesine ilişkin usul ve esaslar, ilgili kurum ve kuruluşların da görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle belirlenir. Kısa çalışma halinde İşsizlik Sigortası Fonundan kısa çalışma ödeneği ödenir. İşçinin kısa çalışma ödeneğine hak kazanabilmesi için, hizmet akdinin feshi hariç işsizlik sigortası hak etme koşullarını yerine getirmesi gerekir.

Yine ek 2.maddeye göre günlük kısa çalışma ödeneği, sigortalının son oniki aylık prime esas kazançları dikkate alınarak hesaplanan günlük ortalama brüt kazancının % 60'ıdır. Bu şekilde hesaplanan kısa çalışma ödeneği miktarı, İş Kanununun 39. maddesine göre 16 yaşından büyük işçiler için uygulanan aylık asgari ücretin brüt tutarının % 150'sini geçemez. Kısa çalışma ödeneğinden yararlananlara ait sigorta primlerinin aktarılması ve sağlık hizmetlerinin sunulmasına ilişkin işlemler 5510 sayılı Kanunda belirtilen esaslar çerçevesinde yürütülür. Kısa çalışma ödeneği olarak yapılan ödemeler başlangıçta belirlenen işsizlik ödeneği süresinden düşülür. Zorlayıcı sebeplerle kısa çalışma yapılması halinde, kısa çalışma ödeneği ödemeleri İş Kanununun 24/III bendinde ve aynı Kanunun 40. maddesinde öngörülen bir haftalık süreden sonra başlar.

Kısa çalışma ödeneğinin yukarıda belirtilen koşullarında, pandemi sürecine özgü bazı değişiklikler yapıldı. Bu değişiklikle kısa çalışma ödeneğine ulaşılabilmesi kolaylaştırıldı (geç.23). Buna göre, 30.6.2020 tarihine kadar geçerli olmak üzere, yeni koronavirüs (Covid-19) kaynaklı zorlayıcı sebep gerekçesiyle yapılan kısa çalışma başvuruları için, ek 2 nci maddenin üçüncü fıkrasında işçinin kısa çalışma ödeneğine hak kazanabilmesi için öngörülen hizmet akdinin feshi hariç işsizlik sigortası hak etme koşullarını yerine getirmesi hükmü, kısa çalışma başlama tarihinden önceki son 60 gün hizmet akdine tabi olanlardan son üç yıl içinde 450 gün sigortalı olarak çalışıp işsizlik sigortası primi ödenmiş olması şeklinde uygulanır. Bu koşulu taşımayanlar, kısa çalışma süresini geçmemek üzere son işsizlik ödeneği hak sahipliğinden kalan süre kadar kısa çalışma ödeneğinden yararlanmaya devam eder. Bu koşulu da taşımayanlar, kısa çalışma süresini geçmemek üzere son işsizlik ödeneği hak sahipliğinden kalan süre kadar kısa çalışma ödeneğinden yararlanmaya devam ederler.

V. Ücretsiz izin

Ücretsiz izin, pandemi sürecine kadar İş Kanununda yer alan bir kavram olmamıştır. Bununla birlikte uygulamada uzun yıllardır bilinen ve başvurulan bir yöntemdir[5].

Ücretsiz izin esasen işçi ve işveren anlaşarak karşılıklı iki temel edimden belirli bir süreyle vazgeçmeleri anlamına gelmektedir. Buna göre belirlenen sürede işçi iş görme edimini yerine getirmeyecek, işveren de ücret ödemeyecektir. Ancak bu süre içinde iş akdi varlığını koruyacaktır. Yani iş akdi feshedilmeyecek, sadece askıya alınacaktır.

Hiç şüphesiz ücretsiz izin tarafların anlaşmasına bağlıdır. Diğer bir deyişle işçi tarafından kabul edilmedikçe işveren işçiyi ücretsiz izne gönderemez. Söz konusu uygulamanın kabulü farklı menfaatlere bağlıdır. İşverenin stoklarını eritme arzusu, piyasanın daralması, hammadde sıkıntısı gibi işletmese gerekçeler işvereni bu teklife mecbur bırakabilir. İşçi de, belirli bir süre çalışmayıp ücret almasa da, bu sürenin sonunda işine dönecek olması gerekçesiyle anılan teklifi kabul edebilir. Dolayısıyla ücretsiz iznin hayata geçebilmesi, tarafların bu konudaki karşılıklı menfaatlerinin birbirine yaklaşabilmesi halinde mümkünüdür. Tek taraflı uygulanması, işveren tarafından yapıldığında iş akdinin haksız feshi, işçi tarafından uygulandığında iş akdinin işçi tarafından haksız fesi sonucunu doğrur.

Pandemi süreci, ücretsiz izin uygulamasındaki bu temel anlayışı değiştiren önemli bir yasal düzenleme doğurdu. Yasa koyucu, pandemi döneminde çalışanların işsiz kalmalarını önlemek için fesih sınırlamaları getirdi. Ancak bu fesih sınırlamalarının, pandemi nedeniyle zaten ekonomik sıkıntı içinde bulunan ve işçi çıkarmak zorunda kalabilecek işletmelerde yeni sorunlara yol açmasını engellemey gayret etti. Fesih sınırlandırmaları sebebiyle işçi çıkarması engellenen işverenlerin, çalıştıramadıkları bu işçilere ücret ödemek zorunda kalmamaları sebebiyle, onları tek taraflı ücretsiz izne gönderebilme imkânı sunuldu. Bu uygulamada işçinin rızası aranmadı. Ancak rızası dışında ücretsiz izne gönderilen çalışanların mağduriyetini azaltmak için de ücretsiz izin dönemine ilişkin bir ödenek getirildi.

Buna göre, İş Kanunu kapsamında olup olmadığına bakılmaksızın her türlü iş veya hizmet sözleşmesi, 17.4.2020 tarihten itibaren üç ay süreyle 25. maddenin birinci fıkrasının (II) numaralı bendinde ve diğer kanunların ilgili hükümlerinde yer alan ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzeri sebepler dışında işveren tarafından feshedilemez**.** Anılan tarihten itibaren üç aylık süreyi geçmemek üzere işveren işçiyi tamamen veya kısmen ücretsiz izne ayırabilir. Bu madde kapsamında ücretsiz izne ayrılmak, işçiye haklı nedene dayanarak sözleşmeyi fesih hakkı vermez. (geç.10)

VI. Yıllık Ücretli İzin

İş Kanununda yıllık ücretli izin özel olarak düzenlenmiştir (m.53). İlgili hükme göre işyerinde işe başladığı günden itibaren, deneme süresi de içinde olmak üzere, en az bir yıl çalışmış olan işçilere yıllık ücretli izin verilir. Yıllık ücretli izin hakkından vazgeçilemez. Niteliklerinden ötürü bir yıldan az süren mevsimlik veya kampanya işlerinde çalışanlara bu Kanunun yıllık ücretli izinlere ilişkin hükümleri uygulanmaz. İşçilere verilecek yıllık ücretli izin süresi, hizmet süresi; a) Bir yıldan beş yıla kadar (beş yıl dahil) olanlara ondört günden, b) Beş yıldan fazla onbeş yıldan az olanlara yirmi günden, c) Onbeş yıl (dahil) ve daha fazla olanlara yirmialtı günden, Az olamaz. Yer altı işlerinde çalışan işçilerin yıllık ücretli izin süreleri dörder gün arttırılarak uygulanır. Ancak onsekiz ve daha küçük yaştaki işçilerle elli

[5] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Levent Akın, Covid-19'un İş İlişkilerine Olası Etkileri, Çimento İşveren Dergisi Mayıs 2020 Ayrı Bası, s. 63-72.

ve daha yukarı yaştaki işçilere verilecek yıllık ücretli izin süresi yirmi günden az olamaz. Yıllık izin süreleri iş sözleşmeleri ve toplu iş sözleşmeleri ile artırılabilir.

Pandemi sürecinde bazı işverenlerin, gerek idari kararların yarattığı zorunluluklar, gerek salgın gerekçeli işletmesel kararlar sebebiyle, işe gelemeyen işçilerine yıllık ücretli izinlerini kullandırma yöntemine başvurdukları görüldü. 7244 sayılı yasayla işverenlere sunulan ücretsiz izne çıkarma seçeneğine rağmen, kurumsal büyük işletmelerin çoğu, bu uygulamalarını sürdürdü. Bu işletmelerin yıllık ücretli izin uygulamalarının temelinde farklı gerekçelere rastlanabilmektedir. Ancak genelde işletmeler salgın sürecinde bu yöntemle, çalışmaksızın işçiye gerçek ücretini ödemeyi hedeflemektedir. Böylelikle kısa çalışma ödeneği ya da nakdi ücret desteği alamayan işçilerine gelir desteği sunmakta, bunları alabildiği halde yeterli görmeyip ücretli izin isteyen işçilerine de daha yüksek düzeyde bir katkı sağlayabilmektedirler.

Bahis konusu uygulamada işçinin yıllık ücretli iznini, salgın süresi içinde kullandığı kabul edilmektedir. Bir çok işyerinde ücretli izin yöntemi, kısa çalışma ödeneği almayan işçiler için derhal uygulanmaya konulmuştur. Kısa çalışma ödeneğini alan işçiler açısından ise ödenek süresinin tamamlanmasından sonra uygulanması planlanmaktadır.

Söz konusu uygulama farklı gerekçelerle dahi olsa, hukuka uygun görünmektedir. Zira yıllık izinin kullandırma konusunda yönetim hakkı işverendedir[6]. Bazı işyerlerinde bu yetki izin kurullarına verilmiş olsa da yetki işverendedir[7]. Nitekim yüksek mahkeme de bu anlayış doğrultusunda, yıllık izin zamanını belirlemenin işverenin yönetim hakkı kapsamında olduğunu, işçinin kendiliğinden ayrılmasının söz konusu olamayacağını açıkça belirtilmiştir.[8] Dolayısıyla işveren, yıllık ücretli iznin, salgın sebebiyle işçinin işine gelemediği günlerde kullanılmasını sağlayabilir. Bununla birlikte covid sebebiyle evinde istirahat (bireysel karantina) halinde olan işçi için bu süreç, yıllık ücretli izin kapsamında değerlendirilmemelidir[9].

*****

[6] Yıllık ücretli İzin Yönetmeliğine göre, "İzin kurulu veya işveren, işçinin istediği izin kullanma tarihi ile bağlı değildir." (m.8).
[7] İzin kurulları hakkında bkz. Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği m.15-19.
[8] Yarg.9HD, 22.2.2016, 30472/3413, Çalışma ve Toplum, 2017/1, s.214.
[9] Bu konuda bkz. Levent Akın, Covid-19'un İş İlişkilerine Olası Etkileri, Çimento İşveren Dergisi Mayıs 2020 Ayrı Bası, s.60-62

YÖNETİM KURULU TOPLANTISINA DAVET

Doç. Dr. Beşir Fatih DOĞAN
Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID NO: 0000-0001-6371-4930

Öz

TTK'de anonim şirket yönetim kurulu toplantısına davetin kim tarafından yapılacağı ve şekli hakkında bir düzenleme bulunmamaktadır. Sadece TTK m. 392/7'ye göre, her yönetim kurulu üyesi, başkandan yönetim kurulunu toplantıya çağırmasını yazılı olarak isteyebilir. Bu hükmün yorumundan, davetin yönetim kurulu başkanı tarafından yapılması gerektiği, doktrin ve Yargıtay tarafından kabul edilmektedir. Yönetim kurulu başkanının davet yetkisini kullanma şekli, başkan yardımcısının toplantıya davet bakımından yetkisi ve TTK m. 392/7'ye göre yönetim kurulu üyesinin toplantıya çağrı talebini başkanın yerine getirmemesi durumunda mahkemeye müracaat imkânının bulunup bulunmadığı gibi hususlarda uygulamada problem yaşandığı görülmektedir. Bu sebeple yönetim kurulunun toplantıya davet edilmesi ile ilgili olarak ortaya çıkabilecek muhtemel hukukî sorunlara ilişkin inceleme yapılması gerekmektedir. Özellikle başkanın yönetim kurulunu toplantıya çağırmaması üzerine yararlanılabilecek hukukî imkânlar ve toplantıya davetin kurumsal yönetim ilkelerine göre düzenlenmesi üzerinde durulmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Yönetim kurulu toplantısı, toplantıya davet, yönetim kurulu başkanı, başkan yardımcısı, davet şekli.

I. GİRİŞ

TTK'da yönetim kuruluna davetin kim tarafından yapılacağına ilişkin dolaylı bir düzenleme bulunmaktadır. TTK m. 392/7'nin yorumundan yönetim kurulu başkanının konumu gereği, davetin onun tarafından yapılması gerektiği kabul edilmektedir. Zira bu hüküm gereğince üyeler, toplantının yapılması taleplerini başkana yöneltmektedir. Başkanın görevini yapamadığı durumlarda ise, davet yetkisi başkan vekiline aittir. Ancak başkan vekilinin ne zaman başkanın yetkilerini kullanabileceği tartışılması gereken bir problemdir. Ayrıca yönetim kurulu toplantısına davet şekli de ayrıntılı olarak incelenmesi gereken bir konudur. Gerçekten de anonim şirketler uygulamasında, bazı üyelere kasten veya ihmali olarak davetin gönderilmediği durumlar yaşanmaktadır. Bir diğer sorun ise başkanın yönetim kurulunu toplantıya çağırmamasıdır. Bu hâlde üyelerinin mahkeme marifetiyle toplantıya çağrı yapılıp yapılamayacağı da ayrı bir sorundur. Çalışmamızda uygulamada yaşanan bu problemlerin incelenmesi amaçlanmaktadır.

II. YÖNETİM KURULU TOPLANTISINA DAVET YETKİSİ

A. YÖNETİM KURULU BAŞKANI

TTK'da yönetim kurulu toplantısına çağrının kimin tarafından yapılacağına ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bunun sebebi, çağrıya ilişkin şekil kurallarıyla toplantının yapılmasını güçleştirmemektir[1]. Ancak başkanlık makamının ihdasından ve TTK m. 392/7 hükmünden hareketle toplantıya davetin başkan tarafından yapılacağı sonucu çıkmaktadır. Kaldı ki yönetim kurulu anonim şirketin idare ve temsil organıdır ve görevlerini kurul olarak yerine getirir. Kurulun toplanabilmesi ve kararlarını alabilmesinin ön şartı toplantıya hazırlık yapılmasıdır. Bu kapsamda yapılacak en önemli iş ise toplantıya davettir ve bu davetin kurulun başkanı tarafından yapılması gayet tabidir[2].

Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında, "…*anonim şirketlerde yönetim kurulunu davet yetkisinin açıkça yönetim kurulu başkanına verildiği, bu yetkinin emredici nitelikte olduğu, somut olayda butlanla sakat olduğu belirtilen kararların alındığı yönetim kurulu toplantılarının ise yönetim kurulu başkanının daveti üzerine değil, toplantıya davet yetkisi olmayan üyelerin daveti üzerine yapıldığı, bu hususun anonim şirketin temel yapısına uymadığı*…" ifadelerine yer verilerek, toplantıya davetin başkanın inhisarında olduğuna hükmedilmiştir[3].

Yukarıda ifade edilen Yargıtay kararında, başkanın toplantıya davet yetkisinin emredici nitelikte olduğu ifade edilmiştir. Ancak başkanın davet yetkisine ilişkin açık bir normun bulunmayışı ve bu yetkinin varlığına yorum yoluyla ulaşılması karşısında, Yargıtay'ın bu yaklaşımının yerinde olmadığı düşünülmektedir. Bir başka ifadeyle yönetim kurulu başkanın toplantıya davet yetkisinin "emredici" olduğundan söz edilebilmesi için, bu konuda açık bir normun varlığı gerekir. Hâl böyle olunca esas sözleşmede veya iç yönergede yapılacak düzenlemelerle bir üyeye de toplantıya davet yetkisi tanınabilmelidir[4]. Fakat *Kırca'nın* da haklı olarak belirttiği gibi, üyeler bakımından iç yönergeyle getirilecek bu tür ek imkânların, emredici hükümler ilkesine (TTK m. 340) aykırı olmaması gerekir[5]. Fakat üyeye böyle bir imkân tanınsa bile, başkanın toplantıya davet yetkisinin her zaman var olduğunun kabulü gerekir. Başkanlık makamının ihdası bizi bu sonuca götürmektedir.

Yönetim kurulu başkanı, toplantıya davet yetkisini kendi inisiyatifi veya bir üyenin talebi üzerine kullanabilir.

---

[1] **Tekinalp**, **Ünal**: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2013, N. 12-92.
[2] Benzer görüş için bkz. **Müller, Roland**: VR-Sitzung: Vorereitung, Einberufung, Durchführung, Beschlussfassung, Protokollführung, SJZ 107/2011, s. 45
[3] Y. 11. HD. 26.01.2016, 2015/3129 E. 2016/804 K; Benzer bir karar için bkz. BGE 115 II 473.
[4] **Coştan**, **Hülya**: Yönetim Kurulunun Karar Alma Usulleri, Oy Hakkı, Yetersayılar ve Toplantı Talep Hakkı, BATİDER Eylül 2012 C. XXVIII, S. 3, s.160 vd; **Wernli, Martin/Rizzi**, **Marco**: Basler Kommentar OR II, 4. Auflage, Basel, 2012, Art 715, N. 5.
[5] **Kırca**, İsmail/Şehirali Çelik, Feyzan Hayal/Manavgat, Çağlar: Anonim Şirketler Hukuku, C. I, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Ankara 2013, s. 483; Aynı yöndeki görüş için bkz. **Coştan**, s. 161.

B. BAŞKAN VEKİLİ

TTK m. 366/1 uyarınca yönetim kurulu[6], üyeleri arasından bir başkan ve bulunmadığı zamanlarda ona vekâlet etmek üzere en az bir başkan vekili seçer. Eğer birden fazla başkan yardımcısı seçilecek ise, bunlar arasında bir mevki sıralamasının (*birinci başkan vekili, ikinci başkan vekili gibi*) yapılması faydalı olacaktır[7]. Böyle bir sıralama yapılmaksızın birden fazla başkan vekili belirlenmişse yönetim kurulu, hangi vekilin başkanın yerine görev yapabileceğini kararlaştırmalıdır. Bu hâlde, başkanın görevini ifa edememesi durumunda, hangi başkan vekilinin yönetim kurulunu toplantıya davet edeceği de karara bağlanmalıdır.

Yönetim kurulu başkan vekili sadece başkanın vekili değildir. Aynı zamanda başkan ile yönetim kurulu arasında iletişimi sağlayan ya da başkanın CEO gibi diğer kimseler ile görüşeceği şirket problemlerinde başkanın muhatabıdır. O halde başkan vekili başkanın "muhataplar arasında sorunları dile getiren yardımcısı (*sounding-board*)" dır[8]. Ayrıca yönetim kurulu tarafından çıkarılacak bir iç yönerge ile, başkan vekiline birçok görev de verilebilir[9]. Başkanın görevinden kesin olarak ayrılması durumunda, başkan vekili kendiliğinden başkanın yerini alamaz[10].

Yönetim kurulu başkanının görevini ifa edemeyecek durumunda olması hâlinde, kural olarak yönetim kurulu başkan vekili, başkanın haklarına ve yükümlülüklerine sahiptir. Ancak yönetim kurulunun bu kuralın aksine karar alabilmesi mümkün olmalıdır[11]. Meselâ yönetim kurulu başkanının kısa süreli görevi başında bulunamaması durumunda, başkan vekilinin yapabilecekleri bir yönetim kurulu kararı veya iç yönerge ile sınırlanabilmelidir. Başkanın kısa süreli görevi başında bulunmaması hâlinde, başkan vekilinin yönetim kurulunu toplantıya çağıramaması gerekir. Zira yönetim kurulunun faaliyetlerinin düzenlenmesinde, başkanın yetkileri kural, başkan vekilinin yetkisi ise istisnaidir. Başkan vekilinin davet yetkisini kullanması için, başkanın görevini ciddi bir şekilde ifa edemeyecek durumunda olması gerekir. Meselâ başkanın sürekli bir hastalık sebebiyle hastanede tedavi altında olması böyle bir duruma vücut verir. Fakat başkanın görevini geçici olarak yapamıyor olması hâlinde, başkan vekiline davet yetkisinin verilmesi önemli sorunlara sebebiyet verebilir. Meselâ başkanın kısa süreli şehir dışına çıkması durumunda, onun bilgisi olmaksızın toplantı düzenlenebilir ve karar alınabilir. Bu hâlde başkanlık makamının fonksiyonun zayıflatılması söz konu olur.

O hâlde, başkanın görevini ifa edememesinin anlamı, onun yükümlülüklerini herhangi bir nedenden ötürü makul bir süre içinde yerine getirememesidir. Bu anlamda her somut durum ayrı ayrı ele

[6] Esas sözleşmede, başkanın veya başkan vekilinin ya da bunlardan birinin, genel kurul tarafından seçilmesi öngörülebilir.
[7] **Hungerbühler**, **Iwo W**.: Der Verwaltungsratspräsident, SSHW 217, Zürich 2003, s. 213.
[8] **Hungerbühler**, s. 215.
[9] **Forstmoser, Peter/Meier-Hayoz, Arthur/Nobel, Peter:** Schweizerische Aktienrecht, Bern, 1996, § 28 Nr. 146.
[10] **Hungerbühler**, s. 216.
[11] Aynı yönde görüş için bkz. **Hungerbühler**, s. 214.

alınmalıdır. Ancak yapılması gereken önemli acele bir işlem olması durumunda, başkanın kısa denilebilecek yokluğunda bile başkan yardımcısı söz konusu işlemi yapabilmelidir[12]. Fakat başkanın bir işlemi yapmaktan imtina ediyor olması, bir başka ifadeyle başkanın yapılması gerekli bir işlemi yapabilecek durumda olmasına karşın bu işlemi yapmaya istekli olmaması, başkanın görevini ifa edemeyeceği bir durum olarak kabul edilemez. Bu halde başkanın yapmak istemediği bir işlem bakımından, vekil onun yetkilerini kullanamaz[13].

III. YÖNETİM KURULU ÜYESİNİN TALEP HAKKI

A. KANUNİ DAYANAK

TTK'nın 392/7. maddesine göre, her yönetim kurulu üyesi başkandan, yönetim kurulunu toplantıya çağırmasını yazılı olarak isteyebilir[14]. Görüldüğü üzere, yönetim kurulunun toplantıya çağrılmasını talep hakkı "her bir üyeye" tanınmış olup, bu talep hakkının bir başkasına devri mümkün değildir. Bu düzenleme üyeye, yönetim kurulunu toplantıya çağırma hakkını değil, bilâkis başkandan toplantıya çağırmayı talep etme hakkını öngörmektedir. Gerçekten de yönetim kurulunu toplantıya davet yetkisi ve yükümlülüğü sadece başkanın inhisarındadır[15]. Doktrinde[16] yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğu tarafından başkandan kurulun toplanmasını talep edilmesi hâlinde başkanın çoğunluğun iradesine bağlı kalması gerektiği ifade edilmiştir. Ancak yönetim kurulu başkanın çoğunluğun iradesine kayıtsız şartsız tabi kılınması eşit işlem ilkesine aykırıdır. Zira bu durum gerekçe sunmadan talepte bulunan çoğunluğun karşısında, gerekçe sunarak talep hakkını kullanmak zorunda olan diğer üyeler arasında eşitsizlik yaratacaktır[17].

Mehaz İsvBK'da, yönetim kurulu üyesinin toplantının yapılmasını talep hakkı, TTK'dan farklı olarak müstakil bir maddede ve bazı farklılıklarla düzenlenmiştir. İsvBK'nıın 715. maddesine göre, yönetim kurulunun her bir üyesinin sebeplerini belirtmek suretiyle başkandan yönetim kurulunu vakit kaybetmeden (*unverzüglich*) toplantıya çağırmasını talep etme hakkı düzenlenmiştir. Mehazdaki düzenlemede yer alan vakit kaybetmeden ibaresinin başkana yönetim kurulunu toplantıya çağırma yükümlülüğü yüklediği sonucuna varılabilir. TTK'da böyle bir ifade bulunmadığından yönetim kurulu üyelerinin talepte bulunması halinde başkanın yönetim kurulunu her durumda toplantıya davet etme zorunluluğu bulunduğu sonucuna varılamamaktadır.

---

[12] **Hungerbühler**, s. 214.
[13] **Hungerbühler**, s. 215; Başkan vekilinin, başkanın yetkilerini kullanabileceği bir durum olmaksızın yönetim kurulunu toplantıya çağırması hâlinde alınan karar yoklukla malul olacaktır. Aynı durum başkanın yokluğundan yapılan toplantı için de geçerlidir. Benzer yönde karar için bkz. Y. 11. HD. 16.04.2019, 2017/4046 E. 2019/3005 K.
[14] Kanaatimizce böyle bir madde düzenlenmeseydi dahi, yönetim kurulu üyesinin başkandan kurulu toplantıya çağırmasını talep edebilmesi gerekir.
[15] **Endrass, Yves/Vischer**, **Markus**: Die Einberufung einer Sitzung des Verwaltungsrates, AAJP, Nr. 4/2009, s. 405; **Hungerbühler**, s. 62.
[16] **Homburger, Eric:** Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Obligationenrecht , 5. Teil, Die Aktiengesellschaft, Teilband V 5b, Der Verwaltungsrat, Art. 707 – 726 OR, Zürich 1997, Art. 715 OR N. 434.
[17] **Endrass/Vischer**, s. 407.

Yönetim kurulu üyesinin bilgi alma ve inceleme hakkının düzenlendiği TTK'nin 392. maddesinde, üyenin başkandan yönetim kurulunu toplantıya çağırmasını talep edebilmesinin düzenlenmesi, maddenin yanlış bir yerde kaleme alındığını akla getirebilir[18]. Bu hususta bir değerlendirme yaparken mehaz İsvBK'nin 715. maddesinin tarihî yorumu ve bu hükmün TTK'nin 392. maddesi ile ilgisine değinmek gerekir.

Yönetim kurulu üyesinin başkandan kurulu toplantıya davet etmesini talep etme hakkı, 1992 yılına kadar yürürlükte kalan 1936 tarihli İsvBK'nın 713/2. maddesinde düzenlenmiştir. Sözü edilen maddede bilgi alma hakkı birinci fıkrada düzenlendikten sonra, ikinci fıkrada her bir yönetim kurulu üyesinin yazılı olarak başkandan yönetim kurulunu toplantıya davet etmesini talep edebileceği düzenlenmiştir. Birinci fıkraya göre, yönetim kurulu üyelerine bilgi alma hakkının sadece yönetim kurulunun toplantısı sırasında tanınması karşısında, ikinci fıkranın gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Bir yönetim kurulu üyesi şirketin herhangi bir işi hakkında bilgi almak isterse, ya gelecek yönetim kurulu toplantısını beklemeli veya acele hallerde toplantıya davete ilişkin ikinci fıkrada gösterilen yola başvurmalıdır[19].

Türk hukukundaki durum da İsviçre'den farklı değildir. Yönetim kurulu toplantısı bilgi almanın ilk ve en temel kaynağı olarak kabul edilmiştir. Toplantı dışında bilgi alma ve inceleme hakkının kullanılmasında ise başkanın reddi söz konusu olursa, konu, iki gün içinde yönetim kuruluna getirilmektedir. Toplantının, bilgi almanın merkezi olarak kabul edildiği bu sistem içinde, 392/7. fıkranın yanlış yerde düzenlenmesi söz konusu değildir. Aksine bilgi alma hakkının kullanılabilmesi için üyenin başkandan yönetim kurulunu toplantıya çağırmasını istemesi söz konusudur[20]. Kaldı ki, TTK m. 392/7 hükmü, İsvBK m. 715'ten farklı olarak üyeye talep hakkını kullanırken sebep gösterme yükümlülüğü getirmemiştir. Bir talebin sebebini bildirme zorunluluğunun var olmaması, kanun koyucunun zaten bu talebi belli bir amaçla düzenlendiği şeklinde anlaşılmalıdır[21]. Bir başka ifadeyle TTK m. 392/7 sadece bilgi alma hakkının kullanımı için öngörülmüştür.

Böyle bir kabul durumunda bile, yönetim kurulu üyesinin başkandan yönetim kurulunu herhangi bir sebeple toplantıya davet etmesini istemeye hakkı olmadığı sonucu çıkmamalıdır. Gerçekten de ayrı bir madde olmasa bile, yönetim kurulu üyesinin başkandan yönetim kurulunu toplantıya çağırmasını talep edebilmesi, işin doğası gereğidir.

[18] Bkz. **Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat**, s. 702.
[19] **Bächtold**, Thomas Christian: Die Information des Verwaltungsrates, Insbesondere das Recht auf Auskunft und Einsicht gemäss OR Art. 715, Bern 1997, s. 5; **Bürgi**, Wolfhart F.: Zürcher Kommentar, Bd. V/5/b/2/3, Art. 711 – 722 OR, Zürich 1963, Art 713, N. 3; **Kalender**, Emre: Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma Hakkı, Ankara 2017, s.
[20] Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kalender**, s.
[21] Aynı yönde görüş için bkz. **Kalender**, s.

Yukarıda ifade edilen tartışma bir kenara bırakılırsa, TTK m. 392/7'nin yorumundan, üyenin, kurulun toplanmasını başkandan talep etme hakkının emredici olduğu ortaya çıkar. Bu sebeple, her bir üyeye tanınan bu hakkın sınırlandırılması veya kaldırılması söz konusu değildir[22].

B. TALEP HAKKININ KULLANILMA ŞEKLİ VE USULÜ

1. Yazılılık

TTK m.392/7'ye göre, yönetim kurulu üyesi, yönetim kurulunun toplantıya çağrılmasını başkandan yazılı olarak talep edebilir. Talebin yazılı olması bir ispat şartı olarak kabul edilmelidir. Yoksa üye tarafından sözlü bir şekilde talepte bulunulmasına rağmen başkanın yönetim kurulunu toplantıya çağırmasında bir engel bulunmamaktadır[23].

Yönetim kurulu üyesi m.392/7'de ifade edilen hakkını kullanırken talebini ispatta problem yaşamayacak şekilde yapması yerinde olacaktır. Bu sebeple, söz konusu toplantı talebinin taahhütlü mektup veya noter marifetiyle iletilmesi problemi önleyebilir. Bu gibi yollar dışında üyenin telefon mesajı veya elektronik posta marifetiyle talebini iletmesine engel yoktur. Ancak muhtemel bir hukuki uyuşmazlıkta, telefon kayıtlarının veya elektronik postanın delil olup olamayacağı tartışması ile karşılaşılabilir.

Üyenin yazılı başvurusunda gündem göstermesinin gerekip gerekmediği tartışılabilir bir konudur. Bir görüşe göre, üye talebinin gerekçesi yanında gündemi de göstermelidir[24]. Ancak genel kurul toplantılarının aksine yönetim kurulu toplantılarında gündemin gösterilmesinin zorunlu olmaması ve TTK m. 392/7'nin lafzından gündeme ilişkin bir sonuç çıkmaması karşısında, üyenin talebinde gündemi göstermesine gerek olmadığı kanaatindeyiz. Üyenin sadece gündem göstermek ve fakat talebini makul bir şekilde gerekçelendirmek suretiyle yaptığı başvuruda ise başkanın istemi yerine getirmesi gerekmemektedir. Zira üyenin sadece üzerinden tartışılmasını istediği konuları bildirmesi talebin makul olup olmadığını tespite yarar bir gerekçelendirme faaliyeti değildir. Bir başka ifadeyle talepte sadece gündemin gösterilmesi durumunda, talebin hakkının dürüst bir şekilde kullanılıp kullanılmadığı tespit edilemeyecektir[25].

2. Gerekçelendirme Yükümlülüğü

TTK m. 392/7'de, yönetim kurulu üyesinin toplantı talep hakkının kullanılmasında, talebin gerekçelendirilmesi açıkça öngörülmemiştir. Hükmün sadece bilgi alma hakkının kullanımı için kaleme alındığına ilişkin yukarıdaki tartışma bir kenara bırakılır ve söz konusu hüküm bilgi alma hakkının

[22] **Endrass/Vischer**, s. 405; **Homburger,** Art. 715 OR N. 431.
[23] Aynı yönde görüş için bkz. **Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat**, s. 484.
[24] **Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu**, **Ersin**: Ortaklıklarlar Hukuku, 13. Basım, İstanbul 2014, N. 527.
[25] Aksi yöndeki görüş için bkz. **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, N. 527.

kullanımından bağımsız veya ondan daha geniş bir talep hakkı olarak düşünülürse, gerekçelendirme yükümlülüğünden anlaşılması gereken açıklanmalıdır.

Kanaatimizce, talep hakkının kullanılmasında makul bir gerekçelendirme istemek yerinde olacaktır. Gerçekten de ancak bu şekilde hakkın dürüstlük kuralına uygun bir şekilde kullanılıp kullanılmadığı tespit edilebilir. Ancak gerekçelendirme yükümlülüğü dolayısıyla yönetim kurulu üyesinden çok ayrıntılı bir gerekçelendirme beklenmemelidir[26]. Meselâ toplantı talebinin bütün ayrıntılarıyla yapılması, bir rapor sunulması vb. fazla talepler, hakkı kullanılamaz hâle getirebilir. Bu sebeple yönetim kurulu üyesinin söz konusu talebinde toplantı yapılmak istenmesinin nedenini makul bir sınırda açık bir şekilde ifade etmesi yeterli kabul edilmelidir. Böylece başkan ve diğer üyeler toplantıya gerektiği gibi hazırlanabilir[27]. Nitekim mehaz İsvBK m. 715'te de, yönetim kurulu üyesinin başkana yönelteceği talebinde "sebeplerini" bildirmesi gerektiği düzenlenmiştir. Sebeplerin bildirilmesi doğal olarak görüşülmesi istenen konuları da kapsamaktadır.

3. Dava Açma Hakkının Varlığı Sorunu

Yönetim kurulu üyesinin yazılı talebi üzerine başkanının yönetim kurulunu toplantıya çağırması yine kendi inisiyatifindedir. İsvBK m.715'in üyenin talebi üzerine başkanın kurulu "derhal" toplantıya çağırma yükümlülüğü getirmesine karşın, TTK'da aynı şekilde bir düzenleme bulunmamaktadır. İsviçre doktrininde, başkan tarafından ancak hakkın kötüye kullanılması bakımından bariz bir durum var ise toplantıya çağırma isteğinin reddedilebileceği; böyle bir durumun söz konusu olmaması hâlinde başkanın kurulu toplantıya çağırmakla yükümlü olduğu ifade edilmiştir[28].

Yönetim kurulu başkanının kendisine yöneltilen usulüne uygun bir toplantı yapma talebine rağmen kurulu toplantıya davet etmemesi söz konusu olabilir. Bu durumda, üyenin mahkemeye başvurarak yönetim kurulunun toplantıya çağrılmasını talep etme hakkının bulunup bulunmadığı cevaplandırılması gereken önemli bir sorudur. Doktrinde, yönetim kurulu başkanının toplantıya davete ilişkin yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda, toplantı talebinde bulunan üyenin dava hakkı kabul edilmektedir[29]. Bu dava, yönetim kurulu başkanı aleyhine değil, bilâkis şirket tüzel kişiliğine açılan bir eda davası niteliğindedir[30]. Ancak bu davada, şirketin kim tarafından temsil edileceği önemli bir problemdir. Gerçekten de, toplantıya davet yükümlülüğünü yerine getirmeyen başkan veya davacı üyeler (*menfaat çatışması sebebiyle*) şirketi temsil edememelidir. Bunun yerine mahkemece en azından

[26] **Endrass/Vischer**, s. 405.
[27] **Endrass/Vischer**, s. 405; **Homburger,** Art. 715 OR N. 432.
[28] **Böckli**, Peter: Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2009, § 13 N. 115
[29] **Wernli**, Art 715 OR N.7; **Homburger**, Art 715 OR N.435; **Krneta**, **Georg**: Praxiskommentar Verwaltungsrat, Bern 2005, Art 715 OR N. 905; **Endrass/Vischer**, s. 410; **Bilgili, Fatih/Demirkapı, Ender**: Şirketler Hukuku, 9. Bası, Bursa 2013, s. 403; Başkan veya başkan vekilinin üyelikten ayrılması durumunda, diğer üyelerin, boşalan üyeliklerin doldurulması ve başkan ve vekilinin seçimini yapabilmek için yönetim kurulunun diğer üyeler tarafından toplantıya çağrılabileceğine ilişkin görüş için bkz. **Gürpınar, Bünyamin**: Anonim Şirket Yönetim Kurulu Toplantılarının Şekli ve Elektronik Toplantı Sistemi, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2013, C. 19, S.2, s. 1106.
[30] **Wernli**, Art 715 OR N.7; **Endrass/Vischer**, s. 410.

bu dava konusuyla ilgili olarak şirketin bir kayyım tarafından temsil edilmesine karar vermesi mümkün olmalıdır.

Bu davanın açılabilmesinin ön şartı olarak usulüne uygun bir şekilde üyenin başkana başvurması gerekir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmesi durumunda, varsa gündem maddeleri kapsamında ve dilekçede talep edilen süre içinde yönetim kurulunu toplanmasına veya bir üyenin gereken daveti yapmak üzere görevlendirilmesine hükmedilebilir[31].

IV. DAVETİN ŞEKLİ

Türk Ticaret Kanunu'nda toplantıya davetin şekli ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple bütün iletişim araçlarıyla sözlü veya yazılı olarak toplantıya davet mümkündür. Ancak muhtemel hukukî ihtilafların çözümünde ispat vasıtası olması için yazılı bir davet tercih edilmelidir[32]. Meselâ davet taahhütlü mektupla olabileceği gibi, üyelerin cep telefonuna kısa mesaj göndermek suretiyle çağrılması da mümkündür[33].

Toplantıya çağrıda en önemli husus, bilinçli olarak veya istemeyerek münferit yönetim kurulu üyelerinin toplantıya çağrılmamasıdır. Böyle bir durumun söz konusu olması hâlinde, alınan yönetim kurulu kararları yok hükmünde olduğu kabul edilmelidir[34]. Ancak yönetim kurulu toplantısında bir şekilde haberdar olan üyenin toplantıya çağrılmaması kararın geçerliliğini etkilemeyecektir[35].

Yönetim kurulunun davet şeklinin iç yönergede düzenlenmesi faydalı olacaktır. Zira yönetim kurulu kararlarının sıhhati açısından toplantının usulüne uygun yapılmış olması gerekmektedir. Yönetim kurulu üyelerinin toplantıya katılma hakları devralınamaz ve devredilemez bir yetkidir. Bu yetki yönetim kurulu toplantısına davet edilmeme suretiyle ortadan kaldırılır ise, yapılan toplantı geçersiz hâle gelir[36].

V. GÜNDEM

Genel kurulu toplantıya davetin aksine yönetim kurulunun toplantıya çağrılmasında gündem belirlenmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak toplantı gündemi oluşturulması ve gündemin üyelere önceden verilmesi, üyelerin görüşülecek konular hakkında hazırlık yapması ve daha isabetli karar alınabilmesi bakımından yararlı olabilir[37].

[31] **Endrass/Vischer**, s. 410 vd.
[32] Aynı yönde görüş için bkz. **Müller** (SJZ 107/2011), s. 47; **Gürpınar**, s. 1107.
[33] **Pulaşlı**, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, Ankara 2020, s. 1315.
[34] **Müller** (SJZ 107/2011), s. 48; **Tanner**, Brigitte: Quoren für die Beschlussfassung in der Aktiengeselschaft, Zürich 1987, § 8 N.137.
[35] Y. 11. HD. 08.06.2017, 2016/4850 E. 2017/3533 K.
[36] **Doğan, Beşir Fatih**: Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, İstanbul 2011, s. 152.
[37] **Doğan**, s. 150.

Bir gündem belirlenecekse de, toplantı gündemi çağrıyı yapan başkan veya vekili tarafından hazırlanır. Yönetim kurulu üyelerinin gündem ne olursa olsun toplantılara katılmaları gerekir. Bu üyeliğin doğal sonucu ve yükümlülüğüdür. Bu sebeple toplantıya çağrıda gündem konularının ayrıntılı bir şekilde bildirilmesi şart değildir. Yönetim kurulu toplantılarında gündeme bağlılık ta bulunmamaktadır. Bu sebeple toplantıda ek gündem kabul edilip görüşülebilir[38].

Esas sözleşme ve iç yönergeye, yönetim kurulu toplantısı gündemine ilişkin hükümler konulabilir[39]. Bu kapsamda, yönetim kurulu üyelerine yapılacak davette gündemin gösterilmesi, gündemin içeriği vb. hükümler öngörülebilir. Hatta gündemde yer almayan konular hakkında görüşme yapılamayacağı ve karar alınamayacağı da kararlaştırılabilir[40]. Ancak bu yönde yapılacak bir düzenleme ancak bir düzen hükmü niteliğinde olup, bağlayıcı değildir. Dolayısıyla gündemde olmayan konularla ilgili alınan kararlar da geçerli olur[41].

Pozitif hukukumuzda kurumsal yönetim ilkelerine uyum bakımından bazı düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. Bu kapsamda SPK tarafından yayımlanan II.17.1 sayılı Kurumsal Yönetim Tebliği[42] ekinde "Kurumsal Yönetim İlkeleri" belirlenmiştir. KYİ m. 4'te yönetim kuruluna ilişkin bir çok düzenleme yapılmıştır. Bu kapsamda yönetim kurulu toplantılarının şekli KYİ m. 4.4.'te düzenlenmiştir. Buna göre, yönetim kurulu başkanı, diğer yönetim kurulu üyeleri ve icra başkanı/genel müdür ile görüşerek yönetim kurulu toplantılarının gündemi belirmek zorundadır (m.4.4.1).

Gündem hazırlanırken, periyodik olarak ele alınması gereken ana konular (şirketin stratejisi, idaresi vb.) yanında hali hazırda yürütülen işler veya varsa şirkete dair problemlerin gündemde yer almasına dikkat edilmelidir[43].

VI. DAVET OLMAKSIZIN TOPLANTI YAPILIP YAPILAMAYACAĞI

Türk Ticaret Kanunu m. 416'da çağrısız genel kurul toplantısı yapabilme imkânı tanınmasına karşılık, yönetim kurulu toplantıları bakımından böyle bir düzenleme bulunmamaktadır. Benzer durum İsviçre hukukunda da bulunmaktadır. İsviçre doktrininde, genel kurullar için getirilen çağrısız toplantı imkânının, yönetim kurulu toplantıları için kıyasen uygulanabileceği savunulmaktadır[44]. Ancak bunun için; yönetim kurulunun tüm üyelerinin hazır bulunması ve bütün üyelerin bu şekilde toplantı yapılmasına muvafakat etmesi gerekir[45]. Kanaatimizce aynı TTK m. 416'da olduğu gibi, çağrısız

[38] Aynı yönde görüş için bkz. **Kortunay, Ayhan**: Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Üyelerinin Bilgi Edinme Hakkı, İstanbul 2015, s. 151.
[39] Esas sözleşme ve iç yönerge arasındaki ilişki bakımından bkz. **Bahtiyar, Mehmet**: Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, İstanbul 2001, s. 51.
[40] **Doğan**, s. 150.
[41] **Doğan**, s. 150; **Wernli**, Art 715, N. 8.
[42] 03.01.2014 T. ve 28871 sayılı RG.
[43] **Krneta**, Art. 713 OR N. 749; **Endrass/Vischer**, s. 409.
[44] **Wernli**, Art. 715 OR N.8; **Tanner**, N. 43, s. 328; **Endrass/Vischer**, s. 410.
[45] **Endrass/Vischer**, s. 410; **Tanner**, N. 43, s. 328.

yapılacak bir yönetim kurulunda da bütün üyelerin varlığı toplantı nisabını teşkil eder. Bu toplantı nisabı var olduğu sürece yönetim kurulunda karar alınabilir. Bir başka ifadeyle yönetim kurulu üyesi davet olmaksızın yapılacak bir yönetim kurulu toplantısına başlangıçta muvafakat etmişse de, daha sonra bundan vazgeçebilecektir[46].

Yukarıda ifade edilen imkân dışında, toplantı daveti yapılmaksızın, çoğunluğun katılımı ile yapılan toplantıda alınan kararlar yok hükmündedir.

VII. SONUÇ

Yönetim kurulu toplantısına davet yetkisi başkana aittir. Ancak anonim şirketler uygulamasında başkanın bu yetkisini kötüye kullandığı, yönetim kurulunu keyfi olarak toplantıya çağırmadığı sıklıkla görülmektedir. Bu sebeple esas sözleşme veya iç yönergeye yönetim kurulu toplantıları ne sıklıkla yapılacağına ilişkin hükümler konulası faydalıdır. Başkanın kurulu TTK m. 392/7'deki talebe rağmen toplantıya davet etmemesi, yönetim kurulu toplantılarının yapılma zamanına ilişkin olarak esas sözleşme veya iç yönerge hüküm bulunmaması durumunda üyelerin mahkemeye müracaat edebilmesi gerekir.

Başkan vekili, başkanlık makamının yetkilerini kullanabilecektir. Ancak bunun için başkanın görevini makul bir süre boyunca yerine getiremeyecek olması gerekir. Bu husus somut olaya göre belirlenmelidir.

Özellikle yönetim kurulu toplantısına davet şekli ve gündem hususunda iç yönergeye hüküm konulması kurumsal yönetim ilkelerinin hayatiyet kazanması bakımından yerinde olacaktır.

[46] **Endrass/Vischer**, s. 410.

ULUSLARARASI HUKUK AÇISINDAN ROSALİNA – A GEMİSİNE YAPILAN MÜDAHALENİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Doç. Dr. İsmail DEMİR*

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ORCID NO: 0000-0002-5065-8850

Öz

Libya'ya sefer yapmakta olan Türk Bayraklı ROSALİNE-A isimli gemi, 22 Kasım 2020 tarihinde açık denizde Alman savaş gemisi HAMBURG tarafından durdurulmuş ve gemide arama yapılmıştır. HAMBURG, Avrupa Birliği IRINI misyonu bünyesinde çalışmaktadır. IRINI misyonu, Libya'ya uygulanan silah ambargosunun denetlenmesinde görevlidir. ROSALİNE-A'nın Libya'ya uygulanan silah ambargosunu ihlal ettiği şüphesiyle durdurulduğu ileri sürülmüştür.

Bayrak devleti olarak Türkiye, gemiye çıkma isteğini geri çevirmiş olmasına rağmen HAMBURG'daki askerler gemiye çıkmışlardır. Gemiye çıkılması, açıkça uluslararası hukukunun temel ilkelerine aykırıdır. Uluslararası hukukta dört saatlik süre içinde bayrak devletinin cevap vermemesi durumunda gemiye çıkma hakkının kullanılabileceğine dair bir kural yoktur. Olayda genel olarak çıkma hakkını düzenleyen 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 110. maddesindeki şartlar gerçekleşmemiştir. Ayrıca, Türkiye'nin taraf olduğu Denizde Seyir Güvenliğine Karşı Yasadışı Eylemlerin Önlenmesine Dair Sözleşme ("SUA") hükümleri ile 2016/2292 sayılı Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi kararı da gemiye çıkma hakkı vermemektedir.

Çıkma eylemi, bayrak devletinin açık rızası alınmadan yapılmakla uluslararası hukuka aykırıdır. Türkiye, oluşan zarar ve kayıpları dolayısıyla tazminat talep etmeye yetkilidir. Ayrıca, çıkma, seyrüsefer serbestliği ve kişi dokunulmazlığını ihlal ettiğinden suç oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Gemiye çıkma, ROSALİNE-A, SUA Sözleşmesi, bayrak devleti onayı.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Deniz Hukuku ABD Öğretim Üyesi, Ankara Üniversitesi Deniz Hukuku Ulusal Araştırma Merkezi Yönetim Kurulu Üyesi, orcid no: 0000 0002 5065 8850, idemir@ankara.edu.tr; isocukdemir@hotmail.com.

EVALUATION OF BOARDING THE ROSALINA-A SHIP IN TERMS OF INTERNATIONAL LAW

Abstract

In 22 November 2020, The Turkish flagged ROSALİNE-A, which sailed to Libya, was stopped and searched by German war ship named HAMBURG while in the high sea. HAMBURG serves in IRINI mission of European Union. IRINI mission is in charge of overseeing the arms embargo on Libya. It is asserted that ROSALİNA-A is suspected of violating the arms embargo on Libya.

Although Turkey, as flag state, rejected the request to board the ship, the soldiers in HAMBURG boarded ROSALİNA-A. Boarding is clearly against the basic principles of international law. There is no any rule in international law that right to board the ship can be exercised if the flag state doesn't respond within four hours. In the event, the conditions in Article 110 of 1982 the United Nations Convention on the Law of sea, which governs boarding right in general, were not fulfilled. In addition, the provisions of the Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation ("SUA"), to which Turkey is a party, and the United Nations Security Council resolution 2016/2292 do not give the right to board the ship.

The boarding is against international law as it was carried out without the express consent of the flag state. Turkey has the right to demand compensation for the damages and losses incurred. Furthermore, the boarding constitutes a crime since it infringes the navigation freedom and personal immunity.

Keywords: Boarding, ROSALİNE-A, SUA Convention, consent of the flag state.

I. GİRİŞ

Libya'ya sefer yapmakta olan ROSALİNE-A isimli Türk Bayraklı ticaret gemisi, 22 Kasım 2020 tarihinde Libya'nın doğusundaki Bingazi kentinin 200 km açıklarında iken Almanya ordusuna ait HAMBURG isimli bir fırkateyn tarafından gemide yasa dışı silah taşındığı iddiasıyla durdurulmuştur. Alman askerlerince gemiye çıkılarak (*boarding*) arama yapılmış, gemi mürettebatı sorgulanmıştır.

Türkiye, gemiye çıkılmasına ve arama yapılmasına izin vermemiş, olayı protesto etmiştir. Ancak, Alman savaş gemisindeki askerlerce gemiye çıkılmasından hemen sonra arama yapılarak gemi mürettebatı sorgulanmıştır. Daha sonra Alman askerleri gemiyi terk etmişlerdir.

Alman savaş gemisi, Avrupa Birliği misyonu "IRINI" bünyesinde görevlidir. IRINI misyonu, Birleşmiş Milletler tarafından 2016 yılından itibaren Libya'ya uygulanan silah ambargosunun denetlenmesi ve bu ülkeden petrol kaçırılmasını önlemek amacıyla Avrupa Birliği'nce koordine edilmektedir.

Çalışmamızda ROSALİNE-A isimli gemiye çıkılmasının uluslararası hukuka uygun olup olmadığının irdelenmesi amaçlanmıştır. İncelememizde gemiye çıkma eyleminin uluslararası hukukun temel ilkelerine açık bir aykırılık oluşturduğu, hukuki ve cezai sorumluluğu gerektirdiği sonucuna varılmıştır.

II. OLAYIN GELİŞİMİ

Türk Bayraklı ROSALİNA-A isimli gemi, 20 Kasım 2020 tarihinde İzmit Limanından Libya'nın Misurata Limanı'na gitmek üzere sefere çıkmıştır. 22 Kasım 2020 tarihinde HAMBURG isimli Alman fırkateyni, gemiyle irtibata geçerek gemi ve taşınan yük hakkında gerekli bilgileri almıştır. Avrupa Birliği IRINI misyonu kapsamında görev yapan HAMBURG'un komutanı tarafından ROSALİNA-A gemisine çıkış için bayrak devleti olarak Türkiye'nin izninin alınması için Dışişleri Bakanlığı'na bir e-mail gönderilmiştir. Söz konusu e-mailde dört saat içinde cevap verilmemesi durumunda Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin ("BMGK") Libya'ya uygulanan silah ambargosunun denetlenmesine ilişkin 2016/2292 sayılı kararı gereğince yasa dışı silah taşıdığından şüphe edilen gemiye çıkılarak arama yapılacağı bildirilmiştir.

Roma Büyükelçiliğince, dört saatlik süre dolmadan Türkiye'nin izni olmaksızın gemiye çıkılamayacağı, Türk makamlarının izninin beklenmesinin zorunlu olduğu bildirilmiştir. Daha sonra HAMBURG'un komutanı tarafından ROSALİNA-A'nın süratinin düşürülerek rotasının değiştirilmesi istenmiştir. Bu arada Türk makamları, bayrak devleti olarak gemiye çıkılmasına izin vermeyeceklerini, dört saatlik süre içinde cevap verilmemesinin gemiye çıkılmasına izin verildiği anlamına gelmeyeceğini bildirmişlerdir. Ne var ki, HAMBURG'dan havalanan bir helikopter vasıtasıyla ROSALİNA-A gemisine asker indirilerek gemiye çıkılmıştır.

Alman askerlerince gemi mürettebatı zorla gemideki küçük bir odada hapsedilmiştir. Gemi mürettebatına insani muamele yapılmamış, yemek yemeleri ve dinlenmeleri engellenmiştir. Askerlerce gemideki konteynerler açılarak kontrol edilmiş, mürettebat sorgulanmıştır. Aramanın tamamlanması üzerine 23 Kasım 2020 tarihinde gemiyi terk etmişlerdir. Arama sonucunda gemide herhangi bir suç unsuruna rastlanmadığı, silah olmadığı, Libya'ya götürülmek üzere insani yardım malzemelerinin taşındığı, kaptanın beyanı ve taşınan yükün, geminin belgeleriyle örtüştüğü tespit edilmiştir.

III. TÜRKİYE'NİN TEPKİSİ

Türkiye, başından beri bayrak devleti olarak gemiye çıkılmasına izin vermeyeceğini, gemiye çıkılmasının açıkça uluslararası hukuka aykırı olduğunu net ve kararlı bir ifadeyle dile getirmiş, müdahaleyi sert bir şekilde protesto ederek bütün hukuksal haklarının saklı olduğunu ilan etmiştir. Ayrıca, Türkiye, Uluslararası Denizcilik Örgütü (IMO) Hukuk Komitesi'nin 107. Dönem Toplantısı'na bir beyanatta bulunmuş, olayın uluslararası hukuka aykırı olduğunu, bayrak devleti olarak Türkiye'nin onayı alınmaksızın gemiye çıkılamayacağını ileri sürmüştür. Bu açıklamada gemi adamlarına kötü muamele edildiğini, 2016/2292 sayılı BMGK kararı ve Türkiye'nin de tarafı olduğu 2005 Protokolü ile değişik 1988 tarihli Denizde Seyir Güvenliğine Karşı Yasadışı Eylemlerin Önlenmesine Dair Sözleşme ("SUA") hükümlerinin gemiye çıkılması hususunda bir hukuki dayanak oluşturmayacağını, maruz kalınan zararların tazmini talebi ile sair hakların saklı tutulduğunu vurgulamıştır.

Gemiye çıkılması eylemi, uluslararası hukuka aykırı olduğu gibi aynı zamanda suç teşkil etmektedir. Zira hem gemi adamlarına orantısız ve haksız güç kullanılmış, onların özgürlükleri kısıtlanmış, hem de seyrüsefer özgürlüğü açıkça ihlal edilmiştir.

Avrupa Birliği ve Almanya, geminin Libya'ya uygulanan silah ambargosunu delme şüphesiyle durdurulduğunu, aramanın yapılabilmesi için geminin bayrağını taşıdığı devletin onayının gerektiğini, ancak dört saat boyunca ilgili devletten itiraz gelmemesi durumunda bunun onay olarak kabul edildiğini, gemide arama yapılmasına Türkiye'nin bu süre içerisinde itiraz etmediğini, dolayısıyla aramanın başlatıldığını, Türkiye'nin aramanın başlatılmasından sonra itiraz etmesi üzerine aramanın durdurulduğunu, aramada gemide yasak malzeme tespit edilmediğini belirtmiştir. Libya'ya uygulanan silah ambargosuna ilişkin 2016/2292 sayılı karar ile SUA m. 8 hükmünün gemiye çıkılmasının hukuki dayanaklarını oluşturduğunu, gemiye çıkmanın uluslararası hukuka uygun olduğunu savunmuşlardır.

IV. ULUSLARARASI HUKUKTA GEMİYE ÇIKMA (BOARDING) HAKKI

ROSALİNA-A gemisine çıkmanın uluslararası hukuka uygun olup olmadığının tespitinde "gemiye çıkılması" kavramı ve bunun niteliği anahtar rol oynamaktadır. Öncelikle uluslararası hukukta bir ticaret gemisine hangi hâllerde çıkılabileceğinin ve çıkma esaslarının ortaya konulması gerekir. Konuya ilişkin olarak aşağıda iki önemli uluslararası sözleşme hükümleri incelenmiştir.

A. 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi Hükümleri

1. Açık Denizlerin Hukuki Niteliği

Bir ticaret gemisi olan ROSALİNA-A'ya açık denizde çıkılmıştır. Açık denizde bir ticaret gemisine çıkma hakkının hangi şartlarla kullanılabileceğinin açıklanmasından önce bir ölçüde açık denizlerin hukuki statüsüne temas etmek gerekir.

Açık deniz, hiçbir devletin deniz ülkesine ait olmayan uluslararası deniz alanını ifade eder. Açık deniz, saha ile birlikte ulusal yetki dışında kalan deniz alanlarıdır[1]. Açık deniz tüm insanlığın ortak mirası kabul edilir; hiçbir devlet açık denizlerde kısmen veya tamamen egemenlik iddia edemez. Kıyısı olsun olmasın bütün devletler, açık denizlerden yararlanma hakkına sahiptirler. Açık denizin hukuki rejiminin temelini örf ve adet hukuku oluşturmaktadır. 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin ("BMDHS") 87. maddesine göre açık denizde geçerli olan temel prensip, serbestlik prensibidir. Bununla birlikte devletler, açık denizlerden belirli kurallar çerçevesinde yararlanırlar.

Türkiye, BMDHS'ne taraf olmamışsa da denizciliğin anayasası sayılabilecek bu Sözleşme'nin çoğu hükümleri, örf ve adet hukuku kuralı niteliğindedir. Türkiye'nin bu Sözleşme'ye taraf olmamasının en önemli sebebi, Yunanistan ile Ege ve Ak Deniz'deki deniz yetki alanları uyuşmazlığının çözümlenememiş olmasıdır. BMDHS'nin çekince koyma hakkı tanımaması sebebiyle Türkiye, sözleşmeyi onaylamamıştır. Türkiye, Sözleşme hükümlerinin örf ve adet hukuku kuralı olarak kendisi aleyhinde uygulanmasını engellemek amacıyla sürekli direngen (*persistent objector*) pozisyonunu sürdürmektedir.

Açık denizdeki gemilerin hukuki statüsü ile ilgili olarak öne çıkan bazı hususlar aşağıda gösterilmiştir:

[1] Tanaka, Y. (2015). The International Law of the Sea, Cambridge: Cambridge University Press, s. 7, 9.

(1) Açık denizde gemiler, tek bir devletin bayrağı altında seyrüsefer yapabilirler. Açık denizdeki bir gemi üzerinde ancak bayrağını taşıdığı devlet yargı yetkisini kullanabilir[2]. Birden fazla devletin bayrağını çeken gemi tabiiyetsiz gemi muamelesi görür. BMDHS, her devlete, bayrağını taşıyan gemiler üzerinde idari, teknik ve sosyal konularda yargı yetkisini ve kontrolünü etkin bir şekilde kullanma hak ve yükümlülüğü getirmektedir.

(2) Bayrak devletinin hukuku, ticaret gemileri üzerinde mutlak olmakla birlikte, ceza davaları bakımından insanlığa karşı işlenen suç olarak kabul edilen deniz haydutluğu, köle ticareti ve uyuşturucu madde kaçakçılığı konularında bütün devletlerin cezai yargı yetkisi vardır.

(3) Açık denizde meydana gelen çatma veya diğer seyrüsefer olaylarında gemideki kişilerle ilgili cezai yargı yetkisinin kullanılmasında bayrak devletinin yanı sıra failin vatandaşı olduğu devlet, yargı yetkisine sahiptir.

(4) Tabiiyeti bulunmayın gemilerle ilgili hukuk davalarında da bütün devletler yetkilidir.

(5) Savaş gemileri açık denizlerde bayrağını taşıdıkları devlet dışında, diğer devletler yönünden mutlak yargı bağışıklığına sahiptir. Savaş gemileri ve devlet gemilerinin bağışıklığı, yabancı bir devletin limanlarında ve karasularında iken de devam eder.

Bayrak devleti, genel olarak bir gemiye kendi bayrağını çekme hakkı tanıyan ve dolayısıyla o gemi üzerinde yetki kullanma hakkına sahip olan devlettir. Bayrak devletinin asıl rolü ve önemi, kendi tabiiyetindeki gemiler üzerindeki yetkisi bakımından ortaya çıkmaktadır[3].

2. Çıkma (*Boarding*) Hakkı

Uluslararası hukukta açık denizlerde bir devletin bayrağını çeken ticaret gemisine bir başka devletin savaş gemileri veya devlet gemileriyle çıkılması ciddi bir eylemdir. Bu sebeple sadece sınırlı istisnai hâllerde çıkma hakkı kullanılabilir[4]. BMDHS'nin 110. maddesinde gemiye çıkma hakkının kullanılmasının genel esasları düzenlenmiştir. Buna göre bir ticaret gemisine çıkılabilmesi için aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:

(1) BMDHS m. 95 ve 96'da gösterilen tam dokunulmazlığa sahip savaş gemileri ile münhasıran bir kamu hizmetinin görülmesine tahsis edilen devlet gemileri üzerinde çıkma hakkı kullanılamaz. Bir başka deyişle, açık denizde çıkma hakkı, sadece ticaret gemileri üzerinde kullanılabilir. Çıkma hakkına ilişkin özel bir uluslararası sözleşme mevcutsa bu sözleşme hükümleri uygulanır.

---

2 Aksar, Y. (2013). Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk, C. II. Ankara: Legalkitabevi, s. 64; Karan, H. (2017). The Link between Exercise of Control over Foreign Merchant Ships with Lawful Grounds and State Liability for Wrongful Assesments, Nordquist, M. H. Moore J. N. ve Long, R. (ed.). Leiden / Boston: International Marine Economy, s. 425; Pazarcı, H. (2019). Uluslararası Hukuk Dersleri. B. 18, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 309; Toluner, S. (1996). Milletlerarası Hukuk Dersleri. İstanbul: Beta Basım Yayım, s. 293.

3 Özman, A. (2006) Deniz Hukuku. C. I. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 131.

4 Kuran, S. (2009) Uluslararası Deniz Hukuku. İstanbul: Türkmen Kitabevi, s. 251.

(2) Kural olarak yabancı bayraklı ticaret gemileri açık denizde durdurularak denetlenemez. Açık denizdeki bir ticaret gemisine sadece aşağıda gösterilen konularda ve ciddi nedenlerin bulunması durumunda çıkılarak denetleme yapılabilir:

(i) Gemi vasıtasıyla deniz haydutluğu yapılıyorsa,

(ii) Gemi, köle ticaretine karışmışsa,

(iii) Savaş gemisinin bayrağını taşıdığı devletin, BMDHS'nin açık denizlerden izinsiz radyo yayınlarına dair 109. maddesi uyarınca yargılama yetkisine sahip olması durumunda, gemi izinsiz yayına hizmet etmekte ise,

(iv) Gemi, tabiiyetsiz ise,

(v) Gemi, yabancı bir bayrak çekmiş olmasına veya bayrağını göstermekten kaçınmasına rağmen, gerçekte savaş gemisiyle aynı tabiiyette ise.

(3) Yukarıda belirtildiği şekilde çıkma hakkı için gerekli koşullar oluştuğunda, savaş gemisi, geminin bayrak çekme hakkını gösteren belgelerinin doğruluğunu inceleyebilir. Bu amaçla şüpheli gemiye bir subayın kumandasında bir araç gönderebilir. Belgelerin incelenmesi sonucunda gemiye ilişkin şüpheler hâlâ giderilememişse, gemide mümkün olan azami hassasiyetle daha kapsamlı bir inceleme yapılabilir.

(4) İnceleme sonucunda şüphelenilen hususların gerçekleşmediği anlaşılırsa, çıkılan geminin bu şüpheleri haklı gösterecek hiçbir eylemde bulunmaması şartıyla, maruz kalınan her türlü zarar ve kayıpların tazmini gerekir.

(5) Çıkma hakkı sadece bir savaş gemisi veya açık dış işaretlerle bir kamu hizmetinin görülmesine tahsis edilmiş devlet gemileri tarafından kullanılabilir.

Yukarıda belirtilen hâllerin dışında hiçbir ticaret gemisine bayrak devletinin izni olmaksızın çıkma izni verilmemiştir. Devletler, egemenlik yetkileri sebebiyle kendi bayraklarını çeken gemiler üzerinde münhasır yetkilerini kısıtlayacak hiçbir işlem ve tasarrufa sıcak bakmamaktadırlar.

Belirtilen ilkeler, Türk hukuku bakımından da kabul edilebilir. Nitekim, Türkiye, birçok uluslararası platformda çıkma hakkına ilişkin hükümlerin bir örf ve adet hukuku kuralı olarak uygulanabileceği görüşünü dile getirmiştir.

Avrupa Birliği IRINI misyonu çerçevesinde ROSALİNA-A gemisine çıkılması olayında BMDHS m. 110 hükümlerine dayanılmamıştır. Gemiye çıkılmasına ilişkin söz konusu hükmün bir örf ve adet kuralı olup olmadığı, öyle olsa bile Türkiye'nin *objector persistent* (sürekli direngen) tutumu bir yana olayda bu maddede belirtilen koşulların hiçbirinin gerçekleşmediği görülmektedir. Öncelikle belirtilmelidir ki, geminin tabiiyeti hususunda bir şüphe yoktur. Keza, olayda geminin deniz haydutluğu yaptığı, köle ticaretine karıştığı, açık denizde izinsiz yayın yaptığı hususunda da hiçbir şüphe ve emare mevcut değildir. Salt geminin gideceği yerin MİSRATA olması makul şüphe için yeterli olamaz. Diğer yandan, gemi kaptanı, IRINI misyonu

yetkilileriyle uyumlu bir şekilde iletişime geçerek geminin rotası, yapılan yolculuk ve taşınan yüke ilişkin konularda ayrıntılı ve doğru bilgilendirmelerde bulunmuştur.

Açık denizde bulunan bir ticaret gemisi, bayrağını çektiği devletin hukukuna tabi olduğundan gemiye çıkılması için bayrak devletinin açık izninin gerektiği tartışmasızdır. ROSALİNE-A gemisine açık denizde müdahalede bulunulduğu, bayrak devleti olarak Türkiye'nin onayı alınmadan gemide arama yapıldığı, arama sonucunda ise hiçbir suç unsuruna rastlanmadığı hususları sabit olmuştur. Çıkma eylemi, açıkça BMDHS m. 110 hükümlerine aykırılık oluşturmaktadır.

B. Denizde Seyir Güvenliğine Karşı Yasa Dışı Eylemlerin Önlenmesine Dair Sözleşme ("SUA")

Avrupa Birliği IRINI misyonu, gemiye çıkılmasını SUA m. 8bis hükümlerine dayandırmaktadır. Bu maddede bir gemiye çıkılmasına dair hükümler yer almaktadır. Bu maddenin 5. paragrafına göre bir Taraf Devlet'in yetkili makamı, bir başka Taraf Devlet'in bayrağını taşıyan veya sicil işaretlerini gösteren bir gemiyle herhangi bir Taraf Devlet'in kara sularında karşılaşırsa ve talepte bulunan Taraf, geminin veya gemide bulunan bir kişinin SUA m. 3, 3bis, 3ter ve 3quater'de belirtilen bir suçun işlenmesine katıldığına veya katılmak üzere olduğuna inanmak için makul nedenleri olup da gemiye çıkmak istiyorsa, öncelikli olarak geminin bayrağını çektiği devletten geminin tabiiyetinin doğrulanmasını ister. Tabiiyet doğrulandıktan sonra gemiye çıkılması ve gemideki insanların ve yükün aranması, onların sorgulanması için bayrak devletinden yetki ister.

Bayrak devleti, bu yetkiyi vermezse gemiye çıkılamaz. Bununla beraber, bayrak devletinin tabiiyetin doğrulanması talebine hiç cevap vermemesi veya bu talebin alındığının doğrulanmasından itibaren dört saat içinde cevap vermemesi durumunda dahi gemiye çıkılması mümkün değildir. Sadece m. 8bis'in (d) ve (e) paragrafları çerçevesinde bayrak devleti, SUA'ya taraf olma aşamasında ya da daha sonraki bir aşamada, tabiiyetin doğrulanması talebinin alındığının onaylanmasından itibaren dört saat içinde cevap gelmemesi durumunda, bu devletin bayrağını taşıyan veya onun sicil işaretlerini gösterin gemiyle ilgili olarak IMO Genel Sekreteri'ne, talepte bulunan tarafa gemiye çıkılması, gemi ve yükü ile gemideki insanların aranması için yetki verildiği hususunda bildirimde bulunabilir. Taraf Devlet, dört saatlik süreye bağlı olmadan da önceden rızasını veren bir açıklamayı Genel Sekreter'e bildirebilir. Ne var ki, Türkiye dâhil SUA'ya taraf olan devletlerin hiçbiri böyle bir beyanda bulunmuş değildir.

Belirtildiği şekilde bir onay yoksa hiçbir şekilde gemiye çıkılamaz. ROSALİNA-A gemisine çıkılması olayında Türkiye'nin bahsedilen açık onayı alınmamıştır. Ayrıca, SUA'da dört saatlik süreden sonra gemiye çıkılması onayının verilmiş sayılacağına dair herhangi bir kural bulunmamaktadır. Bir başka deyişle, SUA, zımni kabule dair bir hüküm içermemektedir. Kaldı ki, Türkiye, böyle bir onayı ne SUA'ya taraf olurken, ne de daha sonra vermiştir. Bilakis, gemiye çıkılmadan önce bayrak devleti olarak onay vermediğini açık bir şekilde bildirmiştir. Bu arada SUA m. 8bis hükümleri gereğince gemiye çıkılmasına dair hükümlerin açık denize değil, fakat kara sularına ilişkin olduğu göz ardı edilmemelidir.

C. 2016/2292 Sayılı Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararı

Olayda Avrupa Birliği IRINI misyonunun dayandığı gerekçelerden biri de Libya'ya uygulanan silah ambargosunun denetlenmesine ilişkin BMGK'nin 14 Haziran 2016 tarihli ve 2016/2292

sayılı kararıdır. Birleşmiş Milletler Andlaşması'nın 25. maddesinde Birleşmiş Milletler Teşkilatı üyelerinin bu anlaşma uyarınca Güvenlik Konseyi'nin kararlarını kabul etme ve uygulama konusunda görüş birliğine vardıkları belirtilmektedir. Bu sebeple BMGK kararları, Türk hukuku bakımından da bağlayıcı niteliktedir.

2016/2292 sayılı kararın 3. maddesinde, Libya'ya silah ambargosunun sıkı bir şekilde yürütülmesi ve denetlenmesi için gereksiz gecikmelere mahal verilmeksizin Libya kıyılarının ötesinde açık denizlerde Libya'dan veya Libya'ya gemilerle silah veya diğer yasa dışı maddelerin taşındığı ve doğrudan veya dolaylı olarak konuya ilişkin önceki kararlara aykırı şekilde ambargonun ihlal edildiği hususunda makul gerekçelerin bulunması durumunda bu gemilerin denetleneceği belirtilmektedir. Ancak, bunun için ilk etapta üye devletlerin herhangi bir denetlemeden önce geminin bayrak devletinin onayını almak için iyi niyetli çaba göstermeleri gerekmektedir. Ayrıca, denetlemenin sağlıklı ve etkin bir şekilde yapılması için ilgili bayrak devletleriyle işbirliği içinde hareket edilmesi, ulusal ve bölgesel örgütler aracılığı ile Birleşmiş Milletler Genel Kurulu ile uygun istişarelerin yapılması tavsiye edilmektedir.

2016/2292 sayılı BMGK kararı, bir gemide denetleme ve arama yapılmasını aşağıda gösterilen iki şarta bağlamaktadır:

(1) Libya'dan yola çıkan veya Libya'ya gitmekten olan, Libya kıyılarının ötesinde açık denizde seyretmekte olan bir geminin Libya'ya uygulanan silah ambargosuna aykırı davranarak silah veya diğer yasa dışı maddeleri taşıdığı hususunda makul gerekçeler mevcut olmalıdır.

(2) Şüphelenilen geminin durdurularak denetlenmesi, bir başka deyişle çıkma hakkının kullanılması için bayrak devletinin açık onayının alınması gerekir.

Olayda belirtilen iki şart da gerçekleşmiş değildir. Bilakis, gemide 16 saat süren ve gemi adamlarına insani muamelenin yapılmadığı bir denetim sonucunda hiçbir suç unsuruna ve silaha rastlanmadığı, gemide insani yardım amaçlı malzemelerin taşındığı hususu, denetim yapan makamlarca açıklanmıştır. Geminin silah ambargosuna aykırı davrandığı hususunda makul gerekçeler olsa dahi bu husus, tek başına gemiye çıkmaya hak vermez. Gemiye çıkılması için bayrak devletinin açık rızası gerekir.

BMGK kararı, kararda yer alan açıklamalarla birlikte uluslararası hukukun temel ilkeleri çerçevesinde yerine getirilmelidir. BMGK kararı bağlayıcı olmakla birlikte bir uluslararası sözleşme gibi görülemez. BMGK kararının uygulanmasında uluslararası hukukun temel kurallarına uyulmalıdır. Bu bağlamda, gemiye çıkma hakkının kullanılmasında BMDHS m. 110 hükümleri ve bayrak devleti onayına ilişkin kurallar göz önünde bulundurulmalıdır. Yoksa sadece BMGK kararı, bir ticaret gemisine belirtilen kurallarla bağlı olmadan doğrudan çıkma hakkı vermez.

Uluslararası deniz hukukunda bir ticaret gemisine çıkılması için bayrak devletine yapılan bildirime belirli bir süre içinde cevap verilmemesi hâlinde bayrak devletinin onayının alınmış sayılacağı hususunda genel bir kural yoktur. Bir başka deyişle, susma zımni kabul anlamına gelmez. SUA m. 8bis hükümlerinde dahi bayrak devletinin zımni kabulü kabul edilmemiştir. Tam

tersine SUA'nın 2005 Protokolünün kabulüne ilişkin müzakerelerin hemen hemen tamamında bayrak devletinin açık rızasının alınması gerektiği, delegelerin büyük çoğunluğunca ısrarlı bir şekilde dile getirilmiş, zımni kabulü ilişkin öneriler, güçlü bir şekilde reddedilmiştir[5].

V. SONUÇ

Avrupa Birliği IRINI misyonu çerçevesinde ROSALİNA-A gemisine bayrak devleti olarak Türkiye'nin onayı alınmaksızın yapılan çıkma eylemi, açıkça uluslararası hukuka aykırıdır. Gemiye çıkılması, uluslararası hukuk açısından iyi bir emsal oluşturmamıştır.

Yapılan denetim sonucunda gemide hiçbir suç unsuruna rastlanmadığı, Libya'ya uygulanan silah ambargosunun ihlal edildiğine dair hiçbir delil ve emare bulunmadığı, Libya'ya insani yardım malzemesi taşındığı hususları sabit olmuştur. Bu sebeple, Türkiye, doğan zarar ve kayıpların karşılanması için gemiye haksız çıkma eylemini gerçekleştiren savaş gemisinin tabiiyetinde olduğu Almanya'dan tazminat talep etme hakkına sahiptir. Ayrıca, çıkma eyleminin haksız olmasıyla birlikte gemi adamlarına insani muamele yapılmaması, suç oluşturmaktadır. Eylemi gerçekleştiren savaş gemisinin personeli hakkında seyrüsefer serbestliğinin engellenmesi ve kişi dokunulmazlığının ihlali dolayısıyla cezai kovuşturma yapılmalıdır.

KAYNAKÇA

Aksar, Y. (2013). Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk, C. II. Ankara: Legalkitabevi.

Karan, H. (2017). The Link between Exercise of Control over Foreign Merchant Ships with Lawful Grounds and State Liability for Wrongful Assesments, Nordquist, M. H. Moore J. N. ve Long, R. (ed.). Leiden / Boston: International Marine Economy, 425 – 441.

Kuran, S. (2009). Uluslararası Deniz Hukuku. İstanbul: Türkmen Kitabevi.

Özman, A. (2006) Deniz Hukuku. C. I. Ankara: Turhan Kitabevi.

Tanaka, Y. (2015). The International Law of the Sea, Cambridge: Cambridge University Press.

Pazarcı, H. (2019). Uluslararası Hukuk Dersleri. B. 18, Ankara: Turhan Kitabevi.

Toluner, S. (1996). Milletlerarası Hukuk Dersleri. İstanbul: Beta Basım Yayım.

[5] Karan, s. 432.

GÜRÜLTÜ KİRLİLİĞİNDEN DOLAYI YAPI MALİKİNİN SORUMLULUĞU

Doç. Dr. Selin SERT SÜTÇÜ[1]

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ORCID NO: 0000-0001-7483-6394

Öz

Yaşadığımız çevreyi tehlikeye düşüren doğanın kirletilmesi, deniz kirliliği ve hava kirliliği gibi hususlar düşünüldüğünde, diğer tehdit olan gürültü ve gürültü kirliliğinin neden olabileceği sorunlar çoğu zaman göz ardı edilmektedir. Gürültü kirliliğinin artmasıyla birlikte, bu alanda hem ulusal hem de uluslararası çalışmalar yapılmaya, yasal düzenlemeler yürürlüğe girmeye başlamıştır.

Yapıların ses yalıtımlarının düzgün bir şekilde yapılmaması, gürültü kirliliğine sebep olan bir durum olabilecektir. Binaların ses yalıtımlarının yapılması, bu konuda önlemler alınması gürültü kirliliğini azaltacak veya ortadan kaldırabilecektir.

1982 Anayasası ile kişilerin yaşadığı çevrenin korunması düzenlenmiştir. Anayasa dışında gürültü kirliliğinin yasal mevzuatımızda nasıl düzenlendiği, gürültü kirliliğinden dolayı yapı malikinin sorumluluğunun incelenmesi çalışma konumuzu oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Gürültü, gürültü kirliliği, yapı maliki, sorumluluk, çevre hakkı.

RESPONSIBILITY OF THE BUILDING OWNER DUE TO NOISE POLLUTION

Abstract

Considering the issues such as pollution of nature, sea pollution and air pollution that endanger the environment we live in, noise and the problems that can be caused by noise pollution, which are other threats, are ignored. With the increase in noise pollution, both national and international studies have started to be carried out in this field and legal regulations have begun to come into force.

[1] Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, selin81hukuk@gmail.com, selinsert@akdeniz.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-7483-6394.

If the sound insulation of the buildings is not done properly, it may be a situation where we encounter noise pollution. Sound insulation of buildings and taking measures in this regard will reduce or eliminate noise pollution.

Noise pollution has been included in the scope of protection within the scope of environmental right with the 1982 Constitution in our country. Our study is to examine how noise pollution is regulated in our legal legislation, apart from the constitution, and the responsibility of the building owner due to noise pollution.

Keywords: Noise, noise pollution, building owner, responsibility, environmental right.

I. GENEL OLARAK

Kirlilik ve kirlenme sebepleri teknolojinin gelişmesiyle birlikte farklı şekillerde karşımıza çıkmaktadır. Doğal su kaynaklarının azalması, hava sıcaklıklarının beklenenin üzerine çıkması, iklimdeki ani değişiklikler hepimizi korkutmaktadır. Yaşadığımız dünyayı korumanın en önemli yolu ise yaşadığımız çevreyi korumak ve daha iyi hale gelmesi için çalışmaktır. Bu sebeple çevresel kirliliklerin türleri, boyutları, çevresel kirliliğe son verecek önlemler ulusal ve uluslararası boyutta önlem alınması gereken hususlar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Gürültü kirliliğinin çevre üzerinde kalıcı etki bırakıp bırakmadığı henüz tam olarak tespit edilememiştir. Bununla birlikte ani yüksek sesin insan kulağına zarar verebileceği ve bu durumun kalıcı hasarlara yol açabileceği düşünülmektedir. Uzun süre gürültüye maruz kalan kişide baş ağrısı, baş dönmesi gibi farklı etkilerle karşılaşılması da bize bu durumu kanıtlamaktadır.

Gürültü kavramı, Türk Dil Kurumu sözlüğünde; aralarında uyum bulunmayan düzensiz seslerin bütünü, şamata olarak tanımlanmaktadır[2].

Ses, işitme organı ile algıladığımız bir titreşim olması sebebiyle her sesin insanı rahatsız etmesi mümkün değildir; gürültü ise görecelidir. Gürültü insan sağlığını ve huzurunu bozan, çalışma verimini azaltan önemli bir çevre sağlığı problemi olarak tanımlanabilecektir[3]. İnsanın ruh durumu, hayatı algılama biçimi, farklı tonlardaki seslerin bazen gürültü olarak algılanmasına sebep olabilecektir[4]. Bu durum da gürültünün boyutuna göre insanların farklı zamanlarda farklı tepkiler vermesine yol açmaktadır. Örneğin; gündüz evde yüksek sesle müzik dinlenmesi evde oturan, yemek yapan birinin hoşuna gidebilecek iken, gece geç bir saatte yüksek sesle müzik dinlenilmesi farklı tepkilere yol açabilecektir. Ancak gece uyuyamayan birisine üst kattan gelen yüksek sesli dinlendirici bir müzik ise dinlendirici gelebilecektir.

[2] Ayrıntılı bilgi için bkz. www.sozluk.gov.tr, E.T: 01.03.2021.
[3] Berglund, B. and Thomas, L. and Dietrich H. S., (1999), "Guidelines For Community Noise." Guidelines for community Noise, WHO Geneva, https://apps.who.int/iris/handle/10665/66217, s.7.
[4] http://www.cygm.gov.tr/CYGM/Files/EylemPlan/Cevresel_%20Gurultu_%20Eylem_Plani.pdf, E.T: 01.03. 2021.

Gürültü tarih boyunca insanların problemi olmuştur. Örneğin, Antik Roma'da at arabalarının tekerleklerinin demirden yüzeyi taş döşeli yollarda gürültü çıkarıp insanların uykularını böldüğü ve rahatsızlık verdiği için buna ilişkin kurallar koyulmasına karar verilmiştir. Ortaçağ Avrupası'nda da bazı şehirlerde şehir sakinlerinin huzur içinde uyuyabilmesi için geceleri at arabası sürmek ve ata binmek yasaklanmıştır[5].

Günümüzde gelinen teknoloji sayesinde gürültünün boyutunu tespit etmek mümkün hale gelmiş, bu anlamda farklı yasal düzenlemeler hazırlanarak gürültünün azaltılması için çeşitli önlemler alınmaya başlanmıştır. Avrupa da birçok ülke çevre yollarının kenarlarında bulunan yerleşim alanlarının sesten ve gürültüden etkilenmemesi için farklı izolasyon teknikleri kullanılarak gürültü seviyesini en aza indirmeye çalışmaktadır.
Gürültü kirliliği, gürültü düzeyine bağlı olarak insanları, diğer canlıları ve çevre sağlığını olumsuz olarak etkilemektedir. Gürültüye karşı en yaygın karşılaşılan tepki; sinir bozucu ruh halidir ki bu durum kişinin gereksiz yere zarar gördüğü inancıyla bağlantılı olarak içinde biraz korku ve hafif öfke içerebilmektedir. Gürültünün asabiyet yanında, çaresizlik, gerginlik, stres ve öfke gibi birçok duygusal tepkiyi tetiklediği de gözlemlenmiştir6. Tüm bu olumsuz etkilerin ortadan kaldırılması gürültünün önlenmesiyle ancak ortadan kaldırılabilecektir.

II. GÜRÜLTÜ VE GÜRÜLTÜ KİRLİLİĞİNİN MEVZUATTA DÜZENLENİŞİ

Çevre hakkı[7], 1982 Anayasası'nın "*Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler*" başlıklı üçüncü bölümünde düzenlenmiştir. "*Sağlık Hizmetleri ve Çevrenin Korunması*" başlıklı m. 56 hükmünde hem çevre hakkına hem de sağlık hizmetlerine ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Maddenin ilk iki fıkrası çevre hakkına özgülenmişken; madde başlığında önce sağlık hizmetlerine, ardından çevrenin korunmasına yer verilmesi başlık ile madde metninin sistematiği arasındaki bir uyumsuzluk olarak düşünülse de 1982 Anayasası herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşamasının ancak çevrenin ve çevre sağlığının geliştirilmesi ve iyileştirilmesi yoluyla olabileceğini ifade edildiği için çevrenin korunmasıyla insan sağlığının nasıl etkileneceği birbiriyle bağlantı kurularak ifade edilmeye çalışılmıştır.

[5] Berglund, B. and Thomas, L. and Dietrich, H.S., s.5.
[6] Stansfeld, S. and Charlotte, C., (2010), "Mental Health Effects of Noise.", Envis- Nioh News Letter, 5 (1), s. 683.
[7] Çevre hakkı, Anayasa Mahkemesi kararlarında da düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi, çevre hakkına ilişkin kararlarında çevre hakkının bir sosyal hak niteliğinde olup olmadığına ilişkin tartışmalara yer vermemektedir. Bununla birlikte; çevre hakkının, bir pozitif statü hakkı olduğuna ve devlete birtakım ödevler yüklediğine Yüksek Mahkeme tarafından değinilmiştir. AYM'nin 29.11.2012 tarihli bir kararında, Anayasa'nın m.56 ve m.63 hükümlerine değinildikten sonra "Bu hükümlere göre, çevrenin geliştirilmesi, çevre sağlığının korunması ve çevre kirlenmesinin önlenmesine; tarih, kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasına yönelik her türlü tedbiri almak Devletin temel ödevlerindendir. Bu amaçla Devlet, çevrenin ve kültür ve tabiat varlıklarının korunmasını sağlamak için etkili bir maddi hukuk düzeni oluşturmak ve öngörülen maddi hukuku uygulamak üzere gereken teşkilatı kurmakla yükümlüdür" denilmektedir. Yüksek Mahkemenin 24.05.2012 tarihli bir kararında14 da Anayasa'nın 56. maddesinde belirtilen ödevlerin somut tedbirlerle nasıl yerine getirileceği hususunun yasa koyucunun takdirinde olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla; çevre hakkının gerçekleştirilmesi için devletin olumlu edimlerde bulunması ve somut önlemler alması gerektiği AYM tarafından ortaya konmuştur. AYM, E. 2001/106, K. 2012/192, 29.11.2012; Resmi Gazete: 02.04.2013, 28606 (mükerrer).

Mevzuatımıza baktığımız zaman gürültü kavramının TCK'da ve Çevre Kanunu'nda tanımlanmadığını görmekteyiz. Aynı zamanda TMK, TBK gibi kanunlarda da kanun koyucu gürültü kavramını tanımlamamıştır.

Çevre Kanunu m.14 hükmünde; gürültü kavramının, "Kişilerin huzur ve sükununu, beden ve ruh sağlığını bozacak şekilde ilgili yönetmeliklerle belirlenen standartlar üzerinde gürültü ve titreşim oluşturulması yasaktır. Ulaşım araçları, şantiye, fabrika, atölye, işyeri, eğlence yeri, hizmet binaları ve konutlardan kaynaklanan gürültü ve titreşimin yönetmeliklerle belirlenen standartlara indirilmesi için faaliyet sahipleri tarafından gerekli tedbirler alınır" şeklinde tanımlandığı ifade edilmiştir. Söz konusu hükümde her ne kadar gürültü kavramı tanımlanmamış da olsa, kişilerin huzurunu, sükununu, beden ve ruh sağlığını bozma ifadesine yer verilmesi sebebiyle aslında gürültünün özelliklerine yer verildiği söylenebilecektir.

Çevre Kanunu m.14'e dayanılarak çıkarılan Çevresel Gürültünün Değerlendirilmesi ve Yönetimi Yönetmeliği'nde gürültü tanımının yapıldığı görülecektir. Yönetmeliğin tanımlar başlıklı m.4 hükmünün 1.fıkrasının m. bendinde gürültü "Ulaşım araçları, kara yolu trafiği, demir yolu trafiği, hava yolu trafiği, deniz yolu trafiği, açık alanda kullanılan teçhizat, şantiye alanları, sanayi tesisleri, atölye, imalathane, işyerleri ve benzeri ile rekreasyon ve eğlence yerlerinden çevreye yayılan gürültü dâhil olmak üzere, insan faaliyetleri neticesinde oluşan zararlı veya istenmeyen açık hava seslerini" ifade eder şeklinde tanımlanmıştır. AB'nin 25.06.2002 tarih ve 2002/49 EC sayılı Çevresel Gürültünün Yönetimi ve Değerlendirilmesi Direktifinin m.2 hükmünde de çevresel gürültünün tanımlandığını görmekteyiz. Maddedeki tanıma göre çevresel gürültü; ulaşımdan, karayolu trafiğinden, demiryolu trafiğinden, hava yolu trafiğinden ve endüstriyel faaliyetlerden yayılan istenmeyen ve zararlı dış sestir8.

Tanıma baktığımız zaman; gürültünün sebebi olarak farklı kaynaklara işaret edildiğini, insan faaliyetleri sebebiyle ortaya çıktığını çoğu zaman insan sağlığına ve çevreye zarar verici etkisinin olduğunu veya olabileceğine işaret edildiğini görmekteyiz.

Türk Ceza Kanunu gürültü kirliliğini m.183 hükmünde düzenlemiştir. Türk Ceza Kanunu m. 183 hükmü gürültü kirliliğine ilişkin "İlgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklere aykırı olarak, başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli bir şekilde gürültüye neden olan kişi, …'' şeklinde düzenleyerek aynı zamanda gürültü kirliliğine neden olma suçunun unsurlarına yer vermiştir. Burada suçun unsurlarının kanunlarla belirlenen yükümlülüklere aykırı olarak, başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli bir şekilde gürültüye neden olmak olduğu dikkat çekmektedir. Türk Ceza Kanunu ilgili düzenlemeyi tehlike suçu olarak düzenlediği için zararın ortaya çıkması da şart değildir9. Gürültüye neden olma suçunun faili herkes olabilecektir10.

[8] http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002L00 49&from=EN, E.T: 05.05.2021.

[9] Gürültünün suç olarak nitelendirilebilmesi için başkalarının sağlığına zarar verecek boyutta olması gerekmektedir. Bu suç herkes tarafından işlenebilir. Özel bir fail şartı yoktur. Gürültüye sebep olan gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişilerde olabilir. Suçun mağduru herkes olabilir. Hukuki konusu ise kamu yararıdır. Kanun anılan düzenleme ile zarar verecek boyutta gürültü yapılmamasını emretmektedir. Dolayısıyla suçun fiili, zarar verecek yükseklikte gürültü yapılmamasıdır.

[10] Yenerer Çakmut, Ö., (2014), Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma ve Gürültüye Neden Olma Suçları, İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 96; Yokuş Sevük, H., (2013), "Gürültüye Neden Olma Suçu", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 19 (2), s. 372; Yaşar, O. ve Gökcan, H. T. ve Artuç, M., (2020), Uygulamalı Yorumlu Türk Ceza Kanunu, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 5619; Hafızoğulları, Z. ve Özen, D., (2007), "Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi", *TBB Dergisi*, S. 69, Y. 2007, s. 21; Güneş, A. M., (2020), Çevre Hukuku, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 293; Yılmaz Turgut, N., (2009), Çevre Politikası ve Hukuku, Ankara: İmaj Yayıncılık, s. 41.

Gürültüye sebep olan ise sadece gerçek kişiler olabilecek, tüzel kişilerde ise tüzel kişiliği meydana getiren gerçek kişilerin ancak gürültü kirliliğine sebep olabileceğini kabul etmek gerekecektir. Gürültü kirliliğinin farklı şehirlerin, nüfus, coğrafi konum ve yapısı vb. özellikleri sebebiyle farklı olması bazı gürültüler konusunda ülke çapında bazıları bakımından şehirler bazında bazı gürültüler bakımından ise ülkelerin birlikte önlem alması gerekmektedir.

III. GÜRÜLTÜ KİRLİLİĞİNE SEBEP OLAN YAPI MALİKİNİN SORUMLULUĞU

Gürültü kirliliğine sebep olanların başında ulusal veya uluslararası alanda yapılan standartlara uymayan yapı maliki gelmektedir. Yapı maliki, gürültünün azaltılmasını sağlayacak önlemleri almakla, yapıyı o şekilde inşa etmekle yükümlüdür. Aynı bina içerisinde üst kattaki komşunun bütün konuşmalarını dinleyen birisinin özel hayatının gizliliği de ortadan kalkacak hatta komşusunun kişisel verilerine dahi bu şekilde diğer komşusu erişme imkânına sahip olabilecektir.

Türk Borçlar Kanunu; yapı eseri malikinin sorumluluğunun düzenlendiği m. 69 hükmünde düzenlemiştir[11]. Söz konusu hükme göre; "bir binanın veya yapı eseri maliki, bunların yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan zararı gidermekle yükümlüdür. İntifa ve oturma hakkı sahipleri binanın bakımındaki eksikliklerden doğan zarardan malikle birlikte müteselsilen sorumludur". TBK m. 69 hükmünde düzenlenen sorumluluk bina veya diğer bir yapının yapılış bozukluğu veya bakım eksikliğinden doğan zararları kapsamaktadır[12]. Bina ve yapı olarak değerlendirilmeyen hususlar bakımından ise bu hükmün uygulanması mümkün olmayacaktır[13].

Yapı malikinin binayı ses ve gürültüye karşı izole etmemiş olması sorumlu olmasına sebep olacaktır. Madde hükmünde kanun koyucu kusursuz bir sorumluluk öngörmüştür. Böylece kanun koyucu yapı malikinin yapının tamamlanması aşamasında kusuru olmasa dahi sorumluluğunun

[11] Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Süzel Baş, E. (2011), Bina ve Yapı Eserlerinden Doğan Sorumluluk, TBK m.69 (BK m.58), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s.1 vd.; Kurt, E. (2008), "Yapı Malikinin Sorumluluğu", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 14 (4), s.172; Şahin, T. (2018), "Türk Medeni Kanunun 730. Maddesi Kapsamında Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu", Terazi Hukuk Dergisi, 13 (143), s.44.

[12] "OR 2020 Tasarısında TBK m. 69'a karşılık gelen m. 62'ye göre, bir binanın veya başka bir eserin maliki, zararın yapımdaki bozukluktan veya bakımdaki eksiklikten kaynaklanmadığını ispatlamadığı takdirde, binanın veya eserin yol açtığı zarardan sorumlu olduğu ifade edilmiştir. Hükümler mukayese edildiğinde TBK'nın daha ayrıntılı olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre TBK'nda, intifa ve oturma hakkı sahiplerinin de, binanın bakımındaki eksikliklerden doğan zararlardan, malikle birlikte müteselsilen sorumlu oldukları, sorumluların, bu sebeplerle kendilerine karşı sorumlu olan diğer kişilere rücu hakkı bulunduğu belirtilmektedir.", Topuz, M., (2016), "İsviçre Borçlar Kanununa İlişkin Genel Hükümlerin 2020 Tasarısında Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkilerinin Düzenleniş Biçimi ve Türk Borçlar Kanunu İle Karşılaştırılması", *Prof. Dr. Cevdet Yavuz Armağanı,* 22 (3), s. 2709-2710.

[13] Oğuzman, K., Öz, T., (2020), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul: Vedat Yayıncılık, s. 171; Eren, F., (2020), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara: Yetkin Yayıncılık, s. 211; Tandoğan, H.,(1981), Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara, s. 171; Nart, S. (2014), Borçlar Hukuku, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 66; Yıldırım, A., (2020), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara: Monopol Yayıncılık, s. 200; Erdoğan, İ., (2019), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara: Gazi Kitabevi, s. 94; Hatemi H. ve Gökyayla, K.E., (2017), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 148.

esas olduğunu hükme almıştır. Aynı şekilde bina veya yapı zarara yol açmamış olmakla birlikte zarar tehlikesi varsa veya tazminata yol açmış bir olgu zarar tehlikesi yaratmaya devam ediyorsa bu tehlike ile karşılaşan herkes bu tehlikenin giderilmesi için gerekli önlemlerin alınması isteyebilecektir[14]. Zarara, binanın veya diğer bir yapının yapılışındaki bozukluğun veya bakım eksikliğinin yol açtığını ispat bundan dolayı zarar görene düşmektedir[15].

Yapı eseri malikinin sorumluluğu bakımından düzenlenen TBK m. 69/2 hükmü gereğince; bina veya yapı üzerinde intifa veya oturma hakkı varsa, intifa veya oturma hakkı sahibi, yapının bakımındaki eksiklikten doğan zararlardan, zarar görene karşı malikle birlikte müteselsilen sorumlu tutulmuştur. Burada değerlendirilmesi gereken husus şudur: intifa veya oturma hakkı sahibi, binanın yapısını bozarak duvar kırma veya başka şekillerde gürültünün ve gürültü kirliliğinin oluşmasına sebep olmuşsa, malik ile birlikte müteselsilen aksi halde malik tek başına sorumlu olacaktır. Yapı malikinin duvar kırma veya binada esaslı değişiklikler yapılması sırasında bu değişikliklerden haberi varsa müteselsil sorumluluk, haberi yoksa intifa hakkı sahibi veya oturma hakkı sahibi tek başına sorumlu olabilecektir.

Binanın birden çok malikinin olması halinde, bunların TBK m. 69 uyarınca tazmin edilmesi gereken zarar, elbirliği mülkiyetinde müteselsilen, paylı mülkiyette ise paydaşların payları oranında zararın giderilmesi olacaktır. Tazmin edilmesi gereken zarar tespit edilirken, Türk Borçlar Kanunu tazminatın belirlenmesinde durumun gereğinin (TBK m.51), mağdurun birlikte kusurunun (TBK m.52/1), tazminatın davalıyı yoksulluğa düşürecek olmasına (TBK m. 52/2) ilişkin hükümler birlikte değerlendirilecektir.

Yapının yapımı aşamasında yapının eksik veya hatalı yapılmasından dolayı sorumlu olacağı da TBK m. 69/3 hükmünde düzenlendiği için, yapım aşamasında sadece malik değil üçüncü kişilerden de yararlanılmış ise o kişilere karşı da oluşan zarar sebebiyle rücu edilebilecektir. Ülkemizde binaların yapılması sırasında alt yüklenicilerden fazlasıyla yararlanılmakta, birden çok kişi binanın yapılmasına farklı şekillerde katkıda bulunmaktadır. Gürültü kirliliğine birden çok alt yüklenici birlikte sebep olmuşsa, yapı eseri maliki zararın giderilmesinden sonra sorumlu olan alt yüklenicilere veya üçüncü kişilere rücu edebilecektir.

Taşınmaz malikinin sorumluluğu 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu m. 730 hükmünde düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm taşınmaz malikinin mülkiyet hakkının sınırlarını ve yasal kısıtlamalara aykırı kullanmamasını dolayısıyla taşınmaz malikinin taşınmazını kullanım şartlarını hüküm altına almıştır.

[14] Oğuzman ve Öz, s. 182; Eren, s. 215; Tandoğan, s.181.
[15] Tandoğan, s.177; Oğuzman ve Öz, s. 176; Eren, s.214; İmre, Z. (1949), Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İstanbul, s. 182; Erten, M. A., (2000), Türk Hukukunda Yapıların Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, s. 10 vd.

Türk Medeni Kanun m. 730 hükmüne göre; "Bir taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını bu hakkın yasal kısıtlamalarına aykırı kullanması sonucunda zarar gören veya zarar tehlikesi ile karşılaşan kimse, durumun eski haline getirilmesini, tehlikenin ve uğradığı zararın giderilmesini dava edebilir. Hâkim, yerel âdete uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklardan doğan zararların uygun bir bedelle denkleştirilmesine karar verebilir" düzenlemesine yer verilmiştir[16].

Türk Medenî Kanunu m.730/f.1 açısından taşkın davranışların tespitinde işlevi ve önemi dolayısıyla TMK m.737 hükmüyle birlikte değerlendirilmesi daha doğrudur[17]. Herkesin taşınmaz mülkiyetinden doğan yetkilerini kullanırken ve özellikle işletme faaliyetini sürdürürken, komşularını olumsuz şekilde etkileyecek taşkınlıktan kaçınmak zorunda olduğu madde hükmünde belirtilmiştir[18]. Komşuları olumsuz olarak etkileyebilecek taşkın kullanımlar örnek olarak sayılarak gürültü yapılması[19] sonucu rahatsızlık verilmesi[20] halini de taşkın kullanım olarak kabul etmiştir. Taşkınlık düzeyine kolaylıkla ulaşabilen sesler arasında, sanayi kuruluşlarının, motorların veya tezgâhların, çekiç seslerinin, eğlence ve partilerin, içkili toplantıların, megafonla yapılan konuşmaların sebep olduğu gürültüler örnek verilebilecektir[21].

TMK m. 737/2 hükmünde komşunun hangi taşkınlıklarına karşı müdahale edilebileceği ifade edilirken gürültü de sayılmıştır. Meydana gelen gürültünün taşkın olduğunun kabul edilmesi için, ölçüm değerlerine göre, yönetmeliklerde belirlenen düzeyi geçmiş olması, tek başına yeterli değildir. Taşkınlığın tespitinde dikkate alınması gereken diğer ölçütler ise, sesin türü ve ortaya çıktığı zaman, tuhaflığı veya alışılmış olması, melodik olması gibi özelliklerdir. O halde sesin

[16] Sirmen, L. (2020), Eşya Hukuku, Ankara: Yetkin Yayınevi, s.440; Akıntürk, T. ve Akipek, J. ve Ateş, D., (2018), Eşya Hukuku, İstanbul: Beta Yayıncılık, s.570; Abik, Y., (2010), "Taşınmaz Malikinin Olumlu Müdahaleler Nedeniyle Komşulara Karşı Sorumluluğu", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* XIV (3–4), s.153- 154; Esener, T. ve Güven, K., (2019), Eşya Hukuku, Ankara: Yetkin Yayıncılık, s.284; Eren, F., (2020), Mülkiyet Hukuku, Ankara, (Mülkiyet Hukuku): Yetkin Yayıncılık, s. 466.

[17] TMK m.730 hükmü incelenirken, taşkınlık kavramı ve komşu yararına ödevler de dikkate alınmalıdır. TMK m. 730, aslında Komşuluk Hukukunu düzenleyen maddeler arasında yer almamaktadır. Fakat, bu madde, sistem ve nitelik bakımından Komşuluk Hukukuna ilişkin bir hüküm olarak değerlendirilmelidir. TMK m. 730'un konuluş sebebi, TMK m. 737'nin2 düzenlediği komşuluk ilişkisi ve hukukuna ait hükümleri bir yaptırıma kavuşturmaktır. Bu nedenle, TMK m. 730'un kurmuş olduğu sorumluluk olgusundaki bu temel sebep unutulmamalıdır., Abik, s.146

[18] Çörtoğlu, İ.S., (1988), Taşınmaz Mülkiyetinin Aşkın Kullanılması (Kavram- Unsurlar- Uygulama Alanı) Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları Ltd.Şti, s.93; Abik, s. 147.

[19] "…Gürültü nedeniyle komşuluk hukukundan kaynaklanan el atmanın önlenmesi davasında her ne kadar yerleşim yerinin köy olması nedeniyle komşuluk hukukundan kaynaklanan ve mülkiyet hakkının kullanım sınırlarını belirleyen kısıtlamaların kentsel yerleşime göre farklılık gösterebileceği düşünülse de davalı tarafından kullanılan spiral cihazının çıkardığı gürültünün köy yerleşimlerinde dahi katlanma sınırlarında kalmadığı ve hoş görülemeyeceği kanaatine varılmıştır…". Y 14. H.D. 8.5.2014, 2009/6031, www.kazanci.com, E.T: 28.04.2021.

[20] "…Demircilik işini yürütürken çıkartılan gürültü ile bitişik evde oturan davacının rahatsız edilmesi komşuluk hakkının ihlalini teşkil edeceği…". YHGK 21.12.1983 T., 1-610/1365, www.kazanci.com, E.T: 28.04.2021.

[21] Abik: s. 165; Tekinay, S. S., (1988). Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, İstanbul: Filiz Kitabevi: s. 78.

gürültü olarak kabul edilmesi bakımından objektif ölçütler yanında, sübjektif ölçütlerin de kabul edilmesi gerekmektedir[22].

Komşu tarafından inşaat ve tadilat yapılması[23], evde evcil hayvan beslenmesi gibi[24] durumlarda da mülkiyet hakkının kullanımının engellendiği dolayısıyla TMK m.730 hükmü anlamında sorumluluk olduğu kabul edilmelidir.

Gürültü kirliliğinden dolayı oluşacak zarardan komşuların zarar görmesi halinde ise bu durum TMK m. 730 hükmü kapsamında değerlendirilmelidir. Söz konusu hükümde taşınmaz malikinin sorumluluğu da kusursuz sorumluluk olarak düzenlenmiştir25. Komşuların gürültüden dolayı zarar görmesi halinde, maddi ve manevi zararın şartları oluştuysa istenebilmesi mümkündür ayrıca şiddetli gürültülerin sağlığı bozucu etkileri dolayısıyla çalışma yeteneğinin azalması yüzünden yoksun kalınan kârın da istenebileceği doktrinde ifade edilmektedir26.
Taşınmaz malikinin sorumluluğu ve yapı eseri malikinin sorumluluğuna ilişkin hükümlere bakıldığında, gürültü kirliliğinin ortadan kaldırılması adına hem binanın yapılması aşamasında hem de yapılan binada değişiklikler yapılması hususunda bazı önlemler alınması gerektiği, bu önlemlerin alınmadığı durumlarda sorumluluğun ortaya çıkabileceği unutulmamalıdır.

SONUÇ

Çevre ve çevrenin korunması hakkı, yaşadığımız çevreyi güzelleştirmek ve bizden sonraki nesillere daha sağlıklı, daha yaşanabilir bir hayat sağlamanın ön koşuludur. Çevrenin korunması, çevre korunma bilincinin geliştirilmesi bu bakımdan hem ulusal hem de uluslararası düzeyde farklı önlemler alınmasını ve farklı yasal düzenlemeler yapılmasını zorunlu hale getirmiştir.
Çevreyi tehdit eden ve önlem alınması gereken konulardan birisi de gürültü ve gürültü kirliliğidir. Gürültü, insan sağlığını olumsuz yönde etkileme ihtimali olan zarar ve rahatsızlık verecek ses olarak nitelendirilmektedir. Gürültünün uzun vadede insan sağlığını olumsuz olarak etkileyebilecek farklı sonuçları ile karşılaşmamız mümkün olabilecektir.
Gürültü ve gürültü kirliliğinin önlenmesi ve tedbir alınmasıyla ilgili ülkemizde de çeşitli yasal düzenlemeler yapılmıştır. Gürültü kirliliğinin Türk Ceza Kanununda hüküm altına alındığı, gürültünün önlenmesi veya azaltılması için binaların yapılırken yönetmeliklerle belirlenen standartlara uyulması gerektiği, özel hukuk anlamında yapı eseri malikinin sorumluluğu, taşınmaz malikinin sorumluluğu hükümlerine başvurulabileceği çalışmamız kapsamında incelenmiş, böylece gürültü kirliliğinin hem özel hukuk hem de kamu hukuku boyutu olduğu ifade edilmiştir.
Taşınmaz malikinin sorumluluğunu düzenleyen TMK m.730 hükmüne ve yapı eseri malikinin sorumluluğuna ilişkin TBK m.69 hükmüne bakıldığında, gürültü kirliliğinin ortadan kaldırılması adına hem binanın yapılması aşamasında hem de yapılan binada değişiklikler yapılması

[22] Petek, H., (2005), Taşınmaz Malikinin Hukuka Uygun Taşkınlıklardan Sorumluluğu (TMK m.730/II), Ankara: Yetkin Yayınları, s. 214.

[23] Petek: s.217.
[24] Petek: s.218.
[25] Yarg. 14. H.D. 10.10.2018, 4156/6555(www.uyap.gov.tr) (E.T.:16.05.2021); Yarg. 14. H.D. 09.10.2018, 3648/6503 (www.uyap.gov.tr) (E.T.:20.05.2021); Yarg. 14. H.D. 19.09.2018, 9921/5809 (www.uyap.gov.tr) (E. T.:19.05.2021).
[26] Tandoğan, s.201; Sirmen, s.441.

hususunda bazı önlemler alınması gerektiği, bu önlemlerin alınmadığı durumlarda sorumluluğun ortaya çıkabileceği, ortaya çıkacak zararın da tazmin edilmesi gerekecektir.

KAYNAKÇA

Abik, Y., (2010), "Taşınmaz Malikinin Olumlu Müdahaleler Nedeniyle Komşulara Karşı Sorumluluğu", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* XIV (3–4), s.145- 186.

Akıntürk, T. ve Akipek, J. ve Ateş, D., (2018), Eşya Hukuku, İstanbul: Beta Yayıncılık.

Berglund, B. and Thomas, L. and Dietrich H. S., (1999), "Guidelines For Community Noise." Guidelines for community Noise, WHO Geneva, https://apps.who.int/iris/handle/10665/66217, s.1-168.

Çörtoğlu, İ.S., (1988), Taşınmaz Mülkiyetinin Aşkın Kullanılması (Kavram- Unsurlar- Uygulama Alanı) Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları Ltd.Şti.

Erdoğan, İ., (2019), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara: Gazi Kitabevi.

Eren, F., (2020), Mülkiyet Hukuku, Ankara, (Mülkiyet Hukuku): Yetkin Yayınevi.

Eren, F., (2020), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara: Yetkin Yayınevi.

Erten, M. A., (2000), Türk Hukukunda Yapıların Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları.

Esener, T. ve Güven, K., (2019), Eşya Hukuku, Ankara: Yetkin Yayınevi.

Güneş, A. M., (2020), Çevre Hukuku, Ankara: Adalet Yayınevi.

Hafızoğulları, Z. ve Özen, D., (2007), "Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi", *TBB Dergisi*, 69 (1), s. 21-50.

Hatemi H. ve Gökyayla, K.E., (2017), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Kurt, E. (2008), "Yapı Malikinin Sorumluluğu", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 14 (4), s. 171-192.

İmre, Z. (2011), "Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 13 (4), s.1475-1536.

Nart, S. (2014), Borçlar Hukuku, Ankara: Adalet Yayınevi.

Oğuzman, K., Öz, T., (2020), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Petek, H., (2005), Taşınmaz Malikinin Hukuka Uygun Taşkınlıklardan Sorumluluğu (TMK m.730/II), Ankara: Yetkin Yayınları.

Sirmen, L. (2020), Eşya Hukuku, Ankara: Yetkin Yayınevi.

Stansfeld, S. and Charlotte, C., (2010), "Mental Health Effects of Noise.", Envis- Nioh News Letter, 5 (1), s. 683-691.

Süzel Baş, E. (2011), Bina ve Yapı Eserlerinden Doğan Sorumluluk, TBK m.69 (BK m.58), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Şahin, T. (2018), "Türk Medeni Kanunun 730. Maddesi Kapsamında Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu", Terazi Hukuk Dergisi, 13 (143), s.43-54.

Tandoğan, H.,(1981), Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara.

Tekinay, S. S., (1988). Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, İstanbul: Filiz Kitabevi.

Topuz, M., (2016), "İsviçre Borçlar Kanununa İlişkin Genel Hükümlerin 2020 Tasarısında Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkilerinin Düzenleniş Biçimi ve Türk Borçlar Kanunu İle Karşılaştırılması", *Prof. Dr. Cevdet Yavuz Armağanı,* 22 (3), s. 2693-2714.

Yaşar, O. ve Gökcan, H. T. ve Artuç, M., (2020), Uygulamalı Yorumlu Türk Ceza Kanunu, Ankara: Adalet Yayınevi.

Yenerer Çakmut, Ö., (2014), Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma ve Gürültüye Neden Olma Suçları, İstanbul: Beta Yayıncılık.

Yıldırım, A., (2020), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara: Monopol Yayıncılık.

Yılmaz Turgut, N., (2009), Çevre Politikası ve Hukuku, Ankara: İmaj Yayıncılık.

Yokuş Sevük, H., (2013), "Gürültüye Neden Olma Suçu", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 19 (2), s. 363-380.

ULUSLARARASI
HUKUK
SEMPOZYUMU
International Symposium on Law

SIĞINMACILARIN DENİZDE GERİ İTİLMESİNİN ULUSLARARASI HUKUK AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Doç. Dr. Süleyman DOST[1]

Süleyman Demirel Üniversitesi

ORCID NO: 0000-0003-0317-6389

Öz

Avrupa ülkelerine kara ve deniz yoluyla yapılan sığınma amaçlı giriş ve giriş teşebbüslerin sayısı her geçen gün artmaktadır. Avrupa Birliği bu sığınmacı akınını durdurabilmek için, sınırlarının korunması ve güvenliği için kurum oluşturmak (Frontex), sınır güvenliğini artırmak, transit ülkelerle ikili anlaşmalar yapmak, geri dönüşlere maddi destek sağlamak ve sınır dışı etmek gibi hukuki veya fiili önlemler almaya çalışmaktadır. Bu önlemlerden başka özellikle Akdeniz'e olan uzun kıyı şeridi sebebiyle İtalya, kendi ülkelerine gerçekleşen bu akını durdurabilmek için, henüz denizde iken sığınmacıları taşıyan deniz araçlarına güç kullanarak müdahale etmekte ve sığınmacıları geri itmektedir. Bu müdahaleler kamuoyuna çoğu zaman, kurtarma operasyonu veya geri gönderme faaliyetleri olarak yansıtılmaktadır. Ancak bu müdahaleler sırasında çoğu zaman ölüm, yaralanma ve kayıplar gerçekleşmektedir. Avrupa Birliği (Frontex) yetkilileri, sığınmacılar için bir geçiş ülkesi olan Türkiye'yi de yakından ilgilendiren bu tür olaylara sessiz kalmaktadır. Bu nedenle denizde yapılan bu geri itme müdahalelerinin hukuki açıdan değerlendirilmesine ihtiyaç vardır. Bu kapsamda işbu tebliğde, sığınmacıların açık denizde güç kullanılarak geri itilmesi, uluslararası hukuk, insan hakları hukuku ve mülteci hukuku açısından değerlendirilecek ve bazı önerilerde bulunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Sığınmacılar, mülteciler, iltica, açık deniz, müdahale, uluslararası hukuk.

THE EVALUATION OF THE PUSHING BACK OF ASYLUM SEEKERS AT SEA IN TERMS OF INTERNATIONAL LAW

Abstract

The number of attempts of enter or enter to European countries for asylum purposes by land and sea is increasing day by day. In order to stop this flow of refugees, the European Union is trying to take legal or de facto measures such as establishing an institution (Frontex) for the protection and security of its borders, increasing border security, making bilateral agreements with transit countries, providing financial support for returns and deportation. Apart from these measures, especially due to the long coastline to the Mediterranean, Italy intervene and push the refugees

[1] Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Başkanı, suleymandost@hotmail.com

back by using force to the vessels carrying the refugees while they are still at sea, in order to stop this flow to their countries. These interventions are often reported to the public as rescue operations or repatriation activities. However, many deaths, injuries and losses occur during these interventions. The European Union (Frontex) officials remain silent to such incidents which is also closely related to Turkey, a transit country for asylum seekers. Therefore, there is a need for legal evaluation of these push-back interventions at sea. In this context, in this notification, the pushing back of asylum seekers on the high seas by using force will be evaluated in terms of international law, human rights law and refugee law and some suggestions will be made.

Keywords: Asylum seekers, refugees, asylum, high seas, intervention, international law.

Giriş

İnsanlar, zulümden ve şiddetten kaçmak veya daha iyi ekonomik ve sosyal koşullar aramak için iradi veya zorunlu olarak farklı ülkelere göç edebilmektedir[2]. Bu göçlerin bir kısmı yasal olmakla birlikte çok büyük bir kısmı sığınma amaçlı ve yasadışı yollardan gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır. Bu yolların önemli bir kısmı da deniz yoluyla hedef ülkelere yapılan yolculuklardır. Hedef (ve bazen geçiş) ülke(si), kendisine yönelen bu sığınmacı akınına, henüz ülke sınırlarına ulaşmadan durdurmak amacıyla denizde müdahalede bulunmaktadır. Bu müdahaleler, genellikle kurtarma operasyonları adı altında yapılan geri itme (veya bazı hallerde geri çekme) şeklinde gerçekleşmektedir.

Bu çalışma, hangi ad altında ve ne şekilde olursa olsun devletlerin sığınmacılara denizde yaptığı müdahaleleri, uluslararası hukuk, insan hakları hukuku ve mülteci hukuku açılarından değerlendirmeyi amaçlamaktadır. Bu değerlendirme, özellikle Türkiye'yi yakından ilgilendirdiği için, AB 656/2014 Tüzüğü'nde düzenlenen "geri itme" kavramı esas alınarak, hem yürürlükte olan uluslararası kurallar, hem doktrin hem de önemli bazı yargı kararları bağlamında yapılacaktır.

İşbu çalışmada, "sığınmacılar" esas olmakla birlikte geniş anlamda "göçmenler" de yer bulmuştur. "Denizde müdahale", kavramı ile birlikte yerine göre "operasyon" kelimesi de kullanılmıştır. Müdahale edilen deniz araçları, gemi, bot, tekne olabildiği için, bu kavramların üçüne de yer verilmiştir.

I-AB'de dış sınırların korunmasına ilişkin süreç

AB'nin bütünleşme sürecinin üçüncü sütununu "Ortak Dış ve Güvenlik Politikası" oluşturmaktadır. Amaç, "güvenlik ve güvenli pazar" teşkil etmektir. Bu amacı gerçekleştirmek için şüphesiz en önemli adım Frontex'in kurulmasıdır[3]. Ajansın kuruluşundan kısa bir süre sonra 863/2007 sayılı Tüzük ile Acil Sınır Müdahale Ekipleri oluşturulmuştur. 1168/2011 sayılı Tüzük

[2] United Nations High Commissioner for Refugees. (2018). Central Mediterranean Route. (Supplementary Appeal, March 2018) 4. https://www.unhcr.org/5aa78775c.pdf (Erişim tarihi: 30.06.2021)

[3] Frontex (Council Regulation No:2007/2004, OJL 349/12, 25.11.2004) European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union (AB Üye Ülkelerinin Dış Sınırlarının Yönetimi için Operasyonel İşbirliği Ajansı). Ajansın adı 2016/1624 sayılı Tüzük ile "Avrupa Sınır ve Sahil Koruma Ajansı" olarak değiştirilmiştir. Frontex ile ilgili geniş bilgi için bakınız: Bayram, M. H. (2018). Eski Frontex'ten yeni Frontex'e Avrupa Birliği sınırlarının denetimi", Journal of Strategic Research in Social Science, 4 (4), p. 67-82.; Bilgin, A. (2017). "Göçmenlere yönelik deniz operasyonlarında frontex'in müdahale yetkisinin uluslararası hukuk kapsamında değerlendirilmesi", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 2, s. 55-82.

ile, dış sınırların entegre yönetiminin iyileştirilmesi ve üye devlet sınır kontrol otoriteleri arasındaki işbirliğinin arttırılması öngörülmüştür. Burada amacın, "AB'ye girişleri engellemek olmadığı, insan haklarına aykırı ölümlerin önüne geçmek" olduğu ifade edilmiştir. Ardından 656/2014 sayılı Tüzük ile, deniz sınırlarının gözetimine ilişkin kurallar konulmuştur.

656/2014 Tüzüğü ile *Ajans'ın görevleri ve rolü* şu şekilde sayılmıştır: Üye devletlerle ortak operasyonlar düzenlemek, koordine etmek, üye devletlere yardım amacıyla acil müdahalede bulunmak, arama kurtarma çalışmalarını desteklemek, Avrupa Sınır ve Sahil Koruma ekiplerini hazır hale getirmek, teknik ekipman havuzu oluşturmak, araştırma, soruşturma ve parmak izi hizmetleri ile üye devletleri sıcak noktada desteklemek, organize sınır ötesi suç ve terör faaliyetleri ile mücadele etmek, Avrupa Sınır Gözetim Sistemi çalışmalarına ve araştırmalarına yardımcı olmak, sınır denetim ve kontrollerinde inovasyon ve araştırmalara katılmak. Ancak hem uluslararası hukuk hem de AB hukuku kapsamında sınır koruması ve kontrolü üye devletlerin münhasır yetkileri arasında yer almakta olup, Frontex sadece gerekli olduğu durumda ilgili üye devlete sınırının korunması ve kontrolünde yardımcı olacaktır. Operasyonda görevli olan Frontex personeli hangi üye devletten gelirse gelsin operasyon boyunca sınırında görev aldığı üye devletin emir ve talimatı altında hareket edecektir.

Söz konusu Tüzük'te deniz sınırlarının gözetimine ilişkin olarak bazı *temel ilkeler* belirlenmiştir. Buna göre üye devletler denizde yapılacak operasyonlarda uluslararası hukuktan doğan sorumluluklarına uygun davranmak zorundadır. Frontex de bu operasyonlarda görevlerini yerine getirirken, AB hukukuna, AB Temel Haklar Şartına ve uluslararası hukuka uygun davranması gerekir. Alınacak tedbirler geri göndermeme ilkesini de kapsayacaktır. Ayrıca, alınacak tedbirlerin, ulaşılmak istenen amaçla orantılı, ayrımcı olmayan, insanlık onuru, temel haklar, mülteci ve sığınma arayanların haklarına saygılı olacağı öngörülmektedir (p.8-10)

II-"Geri itme" kavramı

Uluslararası hukukta, "denizde durdurma ve geri itme" kavramının kapsamı ile ilgili henüz bir fikir birliği yoktur ve bu nedenle mevcut tanımlar genellikle devlet uygulamalarına dayanmaktadır[4]. BMMYK Yürütme Komitesi tarafından yapılan bir tanıma göre, durdurma önlemleri, belgesiz veya giriş izni olmayan göçmen gemileri üzerinde kontrol sağlamak için bir devlet tarafından kullanılan önlemlerdir. Bu önlemler, göçmenlerin uluslararası hareketliliğini veya daha fazla seyahat etmelerini ve kabul eden devletin topraklarına girmelerini önlemeyi içerebilir[5].

AB tarafından çıkarılan 656/2014 sayılı Tüzük'te ise denizde müdahale ve geri itme ile ilgili ayrıntılı bir düzenlemeye gidilmiştir[6]. Ancak bu Tüzük AB'ye üye ülkeler bakımından bağlayıcı

[4] United Nations High Commissioner for Refugees. (2010). Maritime interception operations and the processing of ınternational protection claims: legal standards and policy considerations with respect to extraterritorial processing. Protection Policy Paper, November 2010, p.1. https://www.refworld.org/docid/4cd12d3a2.html (Erişim tarihi: 30.06.2021).

[5] United Nations High Commissioner for Refugees Executive Committee. (2003). Conclusion on protection safeguards in interception measures. No: 97 (LIV), https://www.unhcr.org/ (Erişim tarihi: 30.06.2021). Ayrıca bakınız: UN A/58/12/Add. 1, 22.paragraph, (3 October 2003) https://www.refworld.org/docid/402cabbf4.html (Erişim tarihi: 30.06.2021).

[6] Tüzük ve uygulama hakkında geniş bilgi için bakınız: Aydın, G. (2016). Deniz yoluyla gerçekleştirilen düzensiz göç ile mücadelede devletlerin yetki ve uygulamaları. Göç Araştırmaları Dergisi, Cilt: 2 Sayı: 2 Temmuz-Aralık 2016, s. 153-160.

niteliktedir. Burada hem Türkiye'yi ilgilendirdiği hem de denizde müdahale kavramını geniş bir şekilde ele aldığı için incelenmiştir. Tüzük'te öncelikle *denizde müdahale*, Ajans'ın koordinasyonu altında dış deniz sınırlarının gözetimi için üye devletler tarafından yürütülen ortak bir operasyon, pilot proje veya hızlı müdahale (m.2/2) olarak tanımlanmıştır. Böylece denizde müdahale konusunda yetki ve sorumluluğun asıl olarak AB üyesi kıyı devletinde olduğuna vurgu yapılmıştır. Daha sonra "sınır kontrollerinden kaçma şüphesi olan kişileri taşıdığı veya göçmen kaçakçılığına karıştığından makul gerekçelerle şüphe duyulan tekneye" yönelik müdahale kuralları düzenlemiştir. Bu kurallar tekneye müdahalenin yapıldığı yere göre değişiklik göstermektedir. Buna göre tekne karasularında ise (m.6), bitişik bölgede ise (m.8) açık denizde ise (m.7) uygulanacaktır.

Tüzük'e göre, "sınır kontrollerinden kaçma şüphesi olan kişileri taşıdığı veya göçmen kaçakçılığına karıştığından şüphe edilen teknenin operasyona ev sahipliği yapan üye devlet veya operasyona katılan komşu üye devlet karasularında (m.6/1) veya açık denizde (m.7/1) bulunması halinde", şüphenin giderilmesi adına müdahale yapabilecektir. İlgili üye devletin operasyona katılan birimleri, önce "teknenin mülkiyetinin ve teknedeki kişilerin acil sağlık yardımına ihtiyacı olup olmadıkları da dahil olmak üzere kimlik ve vatandaşlıklarının tespitine ilişkin bilgi ve belge talep etmek ve teknedeki kişilerin sınırı geçememe ihtimalleri olduğu konusunda" bilgilendirebilecektir. Yine bu kapsamda "tekneyi durdurmak, tekneye çıkmak ve tekneyi, teknedeki kişileri ve kargoyu aramak, teknedeki kişileri sorguya çekmek ve tekneyi yönlendiren kişilerin yolculuğu kolaylaştırdıkları için yaptırımla karşılaşabilecekleri konusunda" uyarabilecektir.

Tekne karasularında ise ve şüphenin haklı çıkması halinde operasyona katılan birimler, "a-tekneye el koymak ve teknedeki kişileri tutuklamak, b-gemiye, karasuları veya bitişik bölge dışındaki bir varış noktasına veya dışına doğru rotasını değiştirmesini emretmek; geminin söz konusu rotayı takip ettiği teyit edilene kadar gemiye refakat etmek veya yakınlarında seyretmek, c-tekne veya teknedeki kişileri operasyon planına uygun olarak kıyı üye devlete götürmek" yetkilerine sahip olacaktır (m.6/2).

Tekne açık denizde ise ve şüphenin haklı çıkması halinde operasyona katılan birimler, "(a) gemiye el koymak ve gemideki kişileri yakalamak; (b) gemiyi karasularına veya bitişik bölgeye girmemesi için uyarmak ve emretmek ve gerektiğinde gemiden karasuları veya bitişik bölge dışındaki bir varış noktasına doğru rotasını değiştirmesini talep etmek; (c) gemiyi veya gemideki kişileri üçüncü bir ülkeye götürmek veya başka bir şekilde gemiyi veya gemideki kişileri üçüncü bir ülkenin makamlarına teslim etmek; (d) gemiyi veya gemideki kişileri ev sahibi Üye Devlete veya komşu bir katılımcı Üye Devlete götürmek" yetkilerine sahip olacaktır (m.7/2).

Bu yetkilerin konuyla ilgili ulusal ve uluslararası hukuk düzenlemeleri ile Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol[7]'e uygun olarak ve bayrak devletinin izni alınmak suretiyle kullanılması hüküm altına alınmıştır.

Madde metinlerinden görüldüğü üzere Tüzüğe göre geri itme kavramı, müdahalenin karasularında/bitişik bölgede bulunmasıyla açık denizde bulunmasına göre değişiklik göstermektedir. Eğer gemi karasularında/bitişik bölgede ise geri itme "gemiye, karasuları veya

[7] Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol (2000).

bitişik bölge dışındaki bir varış noktasına veya dışına doğru rotasını değiştirmesini emretmek; geminin söz konusu rotayı takip ettiği teyit edilene kadar gemiye refakat etmek veya yakınlarında seyretmektir" (Tüzük, m.6/2). Eğer gemi açık denizde ise geri itme "gemiyi karasularına veya bitişik bölgeye girmemesi için uyarmak ve emretmek ve gerektiğinde gemiden karasuları veya bitişik bölge dışındaki bir varış noktasına doğru rotasını değiştirmesini talep etmek; gemiyi veya gemideki kişileri üçüncü bir ülkeye götürmek veya başka bir şekilde gemiyi veya gemideki kişileri üçüncü bir ülkenin makamlarına teslim etmek (m.7/2-b ve c).

Şu halde geri itme kavramı, "Kıyı devletinin, kendi karasularında veya kendi ülkesine veya karasularına doğru geldiğinde ciddi şüphe duyuyorsa açık denizde, sığınmacı/göçmenleri taşıyan deniz aracını, zorla, geldiği ülkeye, bayrak ülkesine veya üçüncü bir ülkeye teslim etmek veya bu ülkelerin karasularına kadar götürmek" şeklinde tarif edilebilir.

Aşağıda 656/2014 sayılı Tüzük'ün m. 6 ve 7'de düzenlenen Frontex'in göçmen taşıyan teknelere müdahale yetkisi, Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (BMDHS)[8] (1982), Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol (2000), Denizde Can Emniyeti Uluslararası Sözleşmesi-SOLAS[9] (1974), Denizde Arama Kurtarma Sözleşmesi-SAR[10] (1979), Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme[11] (1951) ve Ek Protokol (1967) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (1950) açılarından değerlendirilecektir.

III-Denizde müdahalenin koruma yükümlülüğü bağlamından değerlendirilmesi

Avrupa devletleri, şüphesiz ki son zamanlarda "benzeri görülmemiş sığınmacı ve göçmen akını" ile karşı karşıya kalmıştır[12]. Sığınmacılar tarafından kullanılan "en aktif ve tehlikeli" yollardan biri de, Akdeniz'dir. Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'ne (BMMYK) göre, Ocak 2017 ile Mart 2018 arasında 124.711 kişi Akdeniz'de sığınma yolculuğu yapmış ve maalesef bunların 2.873'ü denizde ölmüş veya kaybolmuştur. Akdeniz'i geçerek Avrupa ülkelerine gitmek isteyen sığınmacıların, insan hakları ihlallerine karşı özellikle savunmasız olduğu genel olarak kabul edilmektedir [13].

BMMYK'ya göre "koruma", uluslararası insan hakları, mülteci ve insancıl hukuk uyarınca bu bireylerin haklarına tam saygı gösterilmesini amaçlayan her türlü eylemi ifade eder. "Uluslararası koruma" ise, BMMYK tarafından Devletlerin bu bireylerin temel haklarına saygı gösterilmesini sağlamak için işbirliği yapma sürecini tanımlamak için kullanılan bir terimdir [14]. Bu kapsamda sığınmacıları taşıyan araçlara denizde müdahale, öncelikle *denizde arama ve kurtarma*

[8] Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (United Nations Convention on the Law of the Sea), 10 Aralık 1982'de imzaya açıldı, 16 Kasım 1994'de yürürlüğe girdi.
[9] Denizde Can Emniyeti Uluslararası Sözleşmesi (International Convention for the Safety of Life at Sea), 1 Kasım 1974'te kabul edilmiş, 25 Mayıs 1980'de yürürlüğe girmiştir. Sözleşme'ye 162 devlet taraftır.
[10] Denizde Arama Kurtarma Sözleşmesi (International Convention on Maritime Search and Rescue), 27 Nisan 1979'da imzalanmış ve 22 Haziran 1985'te yürürlüğe girmiştir.
[11] Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme (Convention Relating to the Status of Refugees), 28 Temmuz 1951'de imzaya açıldı, 22 Nisan 1954'de yürürlüğe girdi.
[12] Ciliberto, G. (2018). Libya's pull-backs of boat migrants: can ıtaly be held accountable for violations of ınternational law? Italian Law Journal, 4(2) 489, 489-490.
[13] United Nations High Commissioner for Refugees. (2018). Central Mediterranean Route. Supplementary Appeal, March 2018. p.4.
[14] United Nations High Commissioner for Refugees. (2017). "A Guide to ınternational refugee protection and building state asylum systems. Handbook for Parliamentarians. No 27. 2017. p.261.

yükümlülüğü, *uluslararası insan hakları* ve *geri göndermeme ilkesi* açılarından değerlendirilecektir.

A-Denizde (arama ve) kurtarma kapsamında koruma yükümlülüğü

Uluslararası deniz hukukunun, devleti esas almakla birlikte, temel insan haklarına saygı göstermeye bakan iki yönü vardır: Bunlar, bayrak devletinin denizde tehlikede olanları kurtarma görevi ve kıyı devletlerinin yeterli arama ve kurtarma hizmetlerini sağlama ve hayatta kalanların karaya çıkarılıp güvenli bir yere teslim edilmesini sağlama görevidir[15].

Uluslararası deniz hukukunda, *bayrak devletinin* denizde tehlikede olanları kurtarma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülük, uluslararası anlaşmalarda ve uluslararası teamül hukukunda açıkça belirlenmiştir[16]. Devletler, yardım eden kendi gemilerine ciddi bir tehlike oluşturmadan mümkün olduğu ölçüde, "tehlikedeki kişileri kurtarmak için mümkün olan süratle" hareket etmesinden sorumludur (BMDHS, m.98/1-b). *Denizde Arama Kurtarma Sözleşmesi*'ne göre bu yükümlülük, denizde tehlike içinde olan her kişiye … milliyetini, statüsünü veya içinde bulunduğu şartları nazara almaksızın yapılacaktır (Bölüm II Teşkilatlanma, 2.1.10). Bu bağlamda "tehlike" kavramı, "bir geminin veya bir kişinin ciddi ve yakın bir tehlike ile karşı karşıya bulunduğu ve hemen yardıma ihtiyacı olduğuna dair düşünmeyi haklı kılan bir durum" olarak tarif edilmiştir. (Bölüm I Terimler ve Tanımlar 11)

Devletler, uluslararası hukuk kapsamında bir "kurtarma" gerçekleştirmek için tehlikedeki kişileri "gemiye almalı, ilk tıbbi veya diğer ihtiyaçlarını sağlamalı ve onları güvenli bir yere teslim etmelidir" Gemi kaptanı, kurtarılanlara "insanca" davranmak ve geminin kapasitesini ve sınırlılıklarını göz önünde bulundurarak "onların acil ihtiyaçlarını karşılamak" için "mümkün olan her şeyi yapmakla" yükümlüdür[17]. İlgili belgelerde "güvenli yer" tanımlanmamıştır. Ancak Uluslararası Denizcilik Örgütü (IMO)'nün yayımladığı rehberde güvenli yer, "hayatta kalanların yaşam güvenliğinin artık tehdit edilmediği ve yiyecek, barınma ve tıbbi ihtiyaçlar gibi temel insani ihtiyaçlarının karşılanabileceği yer" olarak tanımlanmaktadır[18].

İşbu koruma yükümlülüğü "denizde" herhangi bir yerde geçerlidir ve bu nedenle tüm deniz bölgelerinde bağlayıcıdır. Sonuç olarak, bir gemi Akdeniz'de bir kurtarma operasyonu gerçekleştirdiğinde, geminin kaptanı ve ilgili bayrak devleti, kurtardıkları kişilerin temel ihtiyaçlarına saygı göstermek ve can güvenliklerinin artık tehdit altında olmamasını sağlamakla yükümlüdür. Bu nedenle sığınmacıları taşıyan gemilere denizde yapılan müdahalede, müdahale yapan devletin bayrağını taşıyan geminin öncelikle tehlikedeki kişileri "gemiye alma, ilk tıbbi veya diğer ihtiyaçlarını sağlama ve onları güvenli bir yere teslim etme" yükümlülüğü bulunmaktadır.

Uluslararası deniz hukukunda *kıyı devletlerinin* "deniz üzerinde ve havada güvenlikle ilgili yeterli ve etkin bir arama ve kurtarma hizmetinin kurulması, işletilmesi ve sürdürülmesini teşvik etmek" konusunda pozitif bir görevi bulunmaktadır (BMDHS, m.98/2). Devletlerin ayrıca, arama ve

[15] Ciliberto, s.503.
[16]Goodwin-Gill, G. S. ve McAdam, J. (2007). The refugee in international law. Oxford University Press. 3rd ed, p.278.
[17] Maritime Safety Committee. (2004). International maritime organization, guidelines on the treatment of persons rescued at sea (IMO Guidelines). Res MSC.167(78), MSC Doc No 78/26/Add.2 (20 May 2004), https://www.refworld.org/docid/432acb464.html
[18] IMO Guidelines. (Appendix). p.3.

kurtarma hizmetlerinin organizasyonu ve koordinasyonunu sağlama sorumluluğunu üstlendikleri bir arama ve kurtarma bölgesi belirlemeleri ve bu görevler, devlet tarafından kurulan bir kurtarma koordinasyon merkezine vermeleri gerekmektedir (SAR, II. ve III. Bölüm). Yine Denizde Can Emniyeti Sözleşmesi (SOLAS) de, kıyı devletlerinin arama ve kurtarma bölgelerinde, koordinasyon ve işbirliğini temin için "birincil sorumluluğa" sahip olduklarını ve böylece hayatta kalanların "gemiden karaya çıkarılması ve güvenli bir yere teslim edilmesini" düzenlemiştir.

B-İnsan hakları hukuku kapsamında koruma yükümlülüğü

Uluslararası hukukta devletlerin, uluslararası belgelerde güvence altına alınmış insan haklarına saygı gösterme, koruma, yerine getirme ve geliştirme görevi bulunmaktadır[19]. Sığınmacılara denizde müdahale bağlamında, *Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (MSHS)*[20] ve *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)* başlıca uluslararası belgelerdir. Diğer belgelerin yanında, bu belgelere göre, ister sığınmacı ister göçmen olsun, tüm insanlar, yaşama hakkına, işkenceye veya insanlık dışı, zalimce veya aşağılayıcı muameleye maruz kalmama hakkına, ülkeyi terk etme hakkına sahiptir ve toplu sınır dışı işlemine tabi tutulamaz. İnsan hakları hukuku kapsamında koruma yükümlülüğünün ülke dışı kapsamı aşağıda ele alınacaktır. Burada yaşama hakkı, işkence, zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulmama hakkı, ülkeyi terk etme ve yabancıların toplu olarak sınır dışı edilmesi yasağı bakımından ele alınacaktır.

AİHS'nin 2. maddesi ve BM MSHS'nin 6/1. maddesi her bireyin *yaşama hakkı*nı güvence altına almıştır. Olağanüstü bir durumun devletin yaşamını tehdit ettiği durumlarda bile, bu haktan hiçbir şekilde sapmaya izin verilmez (AİHS, m.15/1 ve MSHS, m.4/1). Bu hak, sığınmacı ve göçmenlerin denizde boğulma vakalarının yüksek olduğu düşünüldüğünde, denizde özel bir önem kazanmaktadır[21].

AİHS'nin 3. maddesi ve MSHS'nin 7. maddesi, tüm bireylerin işkence, zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulmama hakkını düzenlemektedir. Bu hak olağanüstü hallerde bile askıya alınamaz. Bu hak, aynı zamanda aşağıda ayrıntılı ele alınacak olan geri göndermeme ilkesini zımnen ifade etmektedir. Maalesef deniz güzergâhından seyahat eden göçmenler genellikle işkenceye ve insanlık dışı, zalimce ve aşağılayıcı muameleye maruz kalmaktadır[22].

AİHS'nin 4 No'lu Protokolü'nün 2/2. maddesi ve MSHS'nin 12/2. maddesi, bireyin seyahat özgürlüğü hakkının bir uzantısı olarak, "herkesin, kendi ülkesi de dâhil, herhangi bir ülkeyi terk etmekte" hakkını düzenlemiştir. Fakat, bu hak mutlak değildir ve devletler, bu hakkın kullanımını "ulusal güvenlik", "kamu güvenliği" ve "kamu düzeninin korunması amacıyla gerekli ve orantılı şekilde kısıtlayabilir.

AİHS'nin 4 No'lu Protokolü'nün 4. maddesi ile, "yabancıların toplu olarak sınır dışı edilmesi" yasaklanmıştır. *Becker/Danimarka* davasında "Topluca sınır dışı", "bir gruptaki her bir

[19] United Nations Office of the High Commissioner and Inter-Parliamentary Union, (2016). Human rights, Handbook for Parliamentarians. No 26. 2016. s.27.
[20] BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (MSHS), 16 Aralık 1966 tarihinde imzaya açıldı, 22 Mart 1976'da yürürlüğe girdi.
[21] United Nations High Commissioner for Refugees, Central Mediterranean Route, s.3.
[22] United Nations High Commissioner for Refugees. (2019). Desperate journeys: refugees and migrants arriving in Europe and at Europe's borders, January-December 2018. Report, January-2019.

yabancının kendine özgü durumuna ilişkin makul ve nesnel bir incelemeye dayalı olarak alınan tedbirler hariç olmak üzere, yabancıları bir grup olarak ülkeden ayrılmaya zorlayan her türlü tedbir" olarak tanımlanmıştır[23]. Bu karara, *Hirsi Jamaa ve Diğerleri/Italya* kararında atıf yapılmış ve İtalya tarafından açık denizlerde gerçekleştirilen geri itme müdahalelerinin, her bir göçmenin koruma ihtiyacının makul ve nesnel bir şekilde sağlayamadığı için toplu bir sınır dışı etme teşkil ettiğini veya gemideki mürettebatın böyle bir incelemeyi yapmak için yeterince eğitilmiş olmadığına dikkat çekmiştir[24].

C-Geri gönderme yasağı kapsamında koruma yükümlülüğü

Uluslararası hukukta bireylerin sığınma arama/sığınma talebinde bulunma ve seyahat özgürlüğü hakkı vardır. Ancak devletlerin, deniz yoluyla kendi topraklarına seyahat eden sığınmacılara ve göçmenlere sığınma hakkı veya giriş hakkı verme yükümlülüğü yoktur. Devletlerin bu hakkı, ulusal egemenlik ve buna bağlı olarak yabancıların kendi ülkesine girişini sınırlama hakları ile ilgilidir. Bununla birlikte, geri göndermeme ilkesi, devletlerin bu hakkı ve egemenlik yetkisini sınırsız şekilde kullanmasını sınırlamaktadır. Bu ilkenin, hem uluslararası teamül hukuku kapsamında hem de uluslararası insan hakları ve mülteci hukuku kapsamında bir temeli vardır [25].

1-Mülteci hukuku kapsamında geri gönderme yasağı

1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme'nin 33/1. maddesi, Sözleşmeci Devletlere, resmi mülteci statüsü verilmiş olsun veya olmasın bir mülteciyi, her ne şekilde olursa olsun ırkı, dini, tabiiyeti, belirli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi görüşü nedeniyle yaşamının veya özgürlüğünün tehdit altında olacağı ülkeye "sınır dışı etmeme veya geri göndermeme" yükümlülüğü yüklemektedir[26]. Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin 1967 Protokolü'nün[27] 1/1. maddesi uyarınca, bu yükümlülük 1967 Protokolüne taraf devletleri de bağlamaktadır. Ancak, bu ilke, aynı zamanda uluslararası teamül hukuku kuralı olduğu için, 1951 Sözleşmesi'ne veya 1967 Protokolüne taraf olup olmadıklarına bakılmaksızın artık tüm devletleri bağladığı kabul edilebilir[28].

Madde metninde bulunan "yaşama veya özgürlüğe yönelik tehdit" aynı zamanda bir zulüm tehdidini veya gerçek işkence, zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya ceza riskini de içerdiği şeklinde yorumlanmaktadır. Devletler, bu görevin gereklerini yerine getirmek için,

[23] AİHM, (2020). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 4 No.lu Protokol'ün 4. maddesine ilişkin rehber, (Yabancıların topluca sınır dışı edilmeleri yasağı), s.5.
[24] Hirsi Jamaa ve Diğerleri/İtalya, 27765/09, p.169-182.
[25] Goodwin-Gill, G. S. (2011). The Right to Seek Asylum: Interception at Sea and the Principle of Non-Refoulement (The Right to Seek Asylum). International Journal of Refugee Law, 23(3) 443, 444.; Gammeltoft-Hansen, T. (2011). Access to asylum: ınternational refugee law and the globalisation of migration control. Cambridge University Press, s.13.; Lauterpacht, S. E. ve Bethlehem, D. (2003). The scope and principle of non-refoulement: opinion. Erika Feller et al. (eds). Refugee protection in ınternational law: UNHCR's global consultations on ınternational protection, Cambridge University Press, 159-60; Mansfield, J. (2015). "Extraterritorial application and customary norm assessment of non-refoulement: the legality of Australia's turn-back policy. University of Notre Dame Review 17-18, 36.; Aydın, s.125.
[26] Lauterpacht ve Bethlehem, s.116-18; United Nations High Commissioner for Refugees. (2007). Advisory opinion on the extraterritorial application of non-refoulement obligations under the 1951 Convention relating to the status of refugees and its 1967 Protocol (Extraterritorial application of non-refoulement obligations) 26 January 2007, s.2-3.
[27] Bu Protokol, 31 Ocak 1967 tarihinde imzalandı, 4 Ekim 1967 tarihinde yürürlüğe girdi.
[28] Lauterpacht ve Bethlehem, s.149-150.

sınır dışı ettikleri veya iade ettikleri her bir kişinin bireysel koşullarını gözden geçirmeli ve devletlerin kitlesel sığınmacı akınına maruz kaldığı durumlarda bile, korumaya hak kazanıp kazanmadıklarını değerlendirmelidir[29]. Dolayısıyla denizde gerçekleşen kapsamlı geri itme ve/veya geri çekme operasyonlarının, devletlerin uluslararası mülteci hukuku kapsamındaki geri göndermeme yükümlülüklerini karşılaması pek mümkün değildir. Bu açıdan sığınmacılara denizde yapılan geri itme müdahalesi, somut olayın özelliğine göre geri gönderme yasağı kapsamında hukuka aykırı kabul edilebilecektir.

2-İnsan hakları hukuku kapsamında geri gönderme yasağı

Yukarıda belirtildiği gibi, geri göndermeme ilkesinin uluslararası insan hakları hukuku kapsamında da bir temeli (dayanağı) vardır. Bu ilkenin, çeşitli uluslararası belgelerde[30] düzenlenen yaşam hakkı ve zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulmama hakkı içinde zımnen yer aldığı ve artık uluslararası örf ve adet hukuku kuralı haline dönüştüğü kabul edilmektedir. Bu bağlamda, tamamlayıcı koruma sağlayan bu ilke devletlerin bireyleri, herhangi bir şekilde, yaşamdan yoksun bırakma, işkence veya zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele gibi gerçek önemli bir zarar riskiyle karşı karşıya oldukları bir yere keyfi bir şekilde göndermelerini (itmelerini), iade etmelerini veya sınır dışı etmelerini yasaklamaktadır. Bu nedenle işbu yükümlülük, mülteci veya sığınmacı statüsüne sahip olup olmadıklarına bakılmaksızın tüm göçmenleri (herkesi) kapsamaktadır[31].

Bir Devlet, yargı yetkisini kullanması halinde, uluslararası insan hakları ve mülteci hukuku kapsamındaki yükümlülükleri bağlamında sorumlu tutulabilir[32]. Örneğin, AİHS'nin 1. maddesi, "Yüksek Sözleşmeci Taraflar, *kendi yetki alanlarındaki herkese* Sözleşme'de belirtilen hak ve özgürlükleri güvence altına alacaklardır" hükmünü vermektedir. Benzer şekilde, MSHS'nin 2/1. maddesi, taraf devletlerin "kendi toprakları üzerinde bulunan ve egemenlik yetkisine tabi olan bütün bireyler için güvence altına almayı bu ve haklara saygı göstermeyi taahhüt" ettiğini belirtmektedir. Uluslararası hukuk kapsamında devlet sorumluluğuna ilişkin bu tür genel ilkeler, egemenlik yetkisinin, devletin "etkin kontrolü" altına giren veya o devlet "adına" hareket edenlerden etkilenen kişileri koruyan, ülke dışı bir boyuta sahip olduğunu göstermektedir[33]. Bu "işlevsellik" bağlamında, bir devletin koruma yükümlülüğü ve buna bağlı sorumluluk, sadece ülkesi ile sınırlı kalmayacak ve bir devlet, nerede olursa olsun, denizde göçmen ve sığınmacılar üzerinde *etkin bir kontrol sağladığında* da ortaya çıkabilecektir[34].

Dolayısıyla Devletlerin uluslararası arama ve kurtarma, mülteci ve insan hakları hukukundan doğan yükümlülükleri olduğu açıktır. Bu yükümlülüklerin her biri, bir dereceye kadar, ülke dışı operasyonlar için genişletilebilir. Ancak, arama ve kurtarma görevleri söz konusu olduğunda,

[29] Lauterpacht ve Bethlehem, s.118-128.
[30] İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment), m.3. Sözleşme 10 Aralık 1984 tarih ve 39/46 sayılı kararıyla kabul edilmiş ve 26 Haziran 1987 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi, m.5.
[31] Lauterpacht ve Bethlehem, s.152-163.
[32] United Nations High Commissioner for Refugees. (2007). Extraterritorial application of non-refoulement obligations. s.17-18.
[33] Lauterpacht ve Bethlehem, s.159–60.
[34] Milanovic, M. (2011). Extraterritorial application of human rights-law, principles and policy, Oxford University Press, s.11-18.; Gammeltoft-Hansen, s.152;

devletin yargı yetkisi, devletin kurtarılan geminin kurtarılması ve bulunduğu yerdeki rolü ile sınırlıdır. Uluslararası insan haklarına ve geri göndermeme ilkesine saygı gösterme görevleri söz konusu olduğunda, devletler, yakalanan veya kurtarılan göçmenler üzerinde etkin bir kontrole sahip olmaları koşuluyla, bu ilke ile bağlıdırlar.

Ancak burada bir ikileme dikkat çekmek gerekir: Denizde müdahale operasyonlarını başka bir devlete yaptırmak için iki taraflı anlaşmalar yapılması, yargı yetkisine sahip olan ve bu nedenle uluslararası koruma yükümlülüklerinin ihlallerinden sorumlu tutulacak (varış yeri) devleti(ni) bulmayı zorlaştırabilir. AİHM, önüne gelen davalarda, iki taraflı anlaşmayla denizde müdahaleyi yaptıran devleti sorumlu tutması halinde ikili anlaşmaların etkinliği kalmayacak ve meşruiyeti sorgulanacaktır. Eğer AİHM, denizde müdahaleyi yaptıran devleti sorumlu tutmadığı takdirde bu defa, bu yolu kullanılarak yapılan "denizde çekme" müdahaleleri meşruluk kazanacak ve insan hakları ve mülteci hukuku bağlamında sorumluluk ortadan kalkacaktır [35].

IV-Denizde müdahale ile ilgili özel durumlar

Bir Devlet, yakalanan veya kurtarılan göçmenler üzerinde yargı yetkisini kullansa bile, bu tür görevlerin, yaptığı ikili anlaşmaları veya deniz hukuku uyarınca sahip olduğu egemenlik haklarını gerekçe göstererek koruma yükümlülüklerini sınırlamaya çalışabilir[36]. Bununla birlikte, aşağıda ele alınacağı üzere, bir Devletin, nerede olurlarsa olsun, denizde yakalanan veya kurtarılan göçmenleri ve sığınmacıları koruma görevi kural olarak ortadan kalkmaz.

A-İki taraflı anlaşmalar gereği geri çekme müdahalesi

Uygulamada bazı devletlerin bazı devletlerle iki taraflı anlaşma yaparak, denizde geri çekme müdahalesi yaptırdıkları görülmektedir. Mesela İtalya ile Libya arasında yapılan anlaşma bunun tipik örneğini oluşturmaktadır. İtalya, Libya'nın insan hakları ihlalleri konusunda tarihsel olarak zayıf bir sicile sahip olduğunun ve 1951 Sözleşmesi, 1967 Protokolü veya AİHS'ye taraf olmadığının da farkındadır[37]. Bu koşullar altında, ikili anlaşmanın İtalya'yı koruma yükümlülüklerinden kurtarıp kurtaramayacağı "son derece sorgulanabilir" hale gelecektir. Hatta, müdahale yaptıran devletin "tam ve etkili koruma garanti edilebildiği ölçüde ... koruma yükümlülüklerini üstlenmek için tercih edilen taraf olacağı" ileri sürülmektedir[38].

Doktrinde ileri sürülen bu görüşü destekler nitelikte, BMMYK Yürütme Komitesi de denizde durdurma önlemlerinin "sığınmacıların ve mültecilerin uluslararası korumaya erişimlerinin engellenmesine veya geri göndermeye maruz kalmasına" neden olmaması gerektiğini belirtmiştir[39]. Bu nedenle, ikili anlaşmalar, nihai olarak sığınmacı ve göçmenlerin korumaya erişimini ve dolayısıyla devletlerin sorumluluklarını sınırladığı ölçüde, devletleri koruma görevlerinden kurtarmayacaktır denilebilecektir[40].

[35] Milanovic, s.406.
[36] Gammeltoft-Hansen, s.151.
[37] Hirsi Jamaa ve Diğerleri/Italya, p.131.
[38] Gammeltoft-Hansen, s.156-157.
[39] United Nations High Commissioner for Refugees Executive Committee. (2003). Conclusion on protection safeguards in ınterception measures. No: 97 (LIV), a(IV).
[40] Moreno-Lax, V. (2011). Seeking asylum in the mediterranean: against a fragmentary reading of EU member states' obligations accruing at sea (Seeking Asylum in the Mediterranean). International Journal of Refugee Law, 23(2) 174, 201; Goodwin-Gill, G. S. (2007). "The extraterritorial processing of claims to asylum or protection: the legal

B-Denizde müdahalenin kurtarma operasyonu olarak gösterilmesi

Devletler, ister geri itme ister geri çekme olsun, denizde müdahale operasyonlarını, sığınmacı ve göçmen gemisi üzerindeki yargı yetkisini haklı çıkarmak için genellikle "kurtarma" operasyonları olarak tanımlamaktadır. Somut olaylarda, sığınmacı ve göçmenleri taşıyan gemilerin çoğunun denize açılmaya elverişli olmadığı, genellikle aşırı kalabalık ve yeterince eğitimli mürettebattan yoksun olduğu bilinen bir gerçektir[41]. Yukarıda ele alınan "tehlike" tanımı göz önüne alındığında, bu gemilerin çoğu genellikle yola çıktıkları andan itibaren "tehlikede" olarak kabul edilebilir[42]. Bu nedenle, genel olarak denize elverişli olmama durumu, devletlerin müdahale ederek göçmen gemilerini durdurması için bir gerekçe sağlayabilir.

Ancak Hirsi Jamaa ve Diğerleri/Italya davasında AİHM, İtalya'nın "söz konusu olayları açık denizlerde kurtarma operasyonları olarak tanımlayarak "yargı yetkisinden kurtulamayacağına" karar vermiştir[43]. Bu nedenle, bir Devletin denizde yakaladığı göçmenleri koruma görevinden, bu tür yakalamaları kurtarma operasyonları olarak ilan ederek kendisini kurtaramayacaktır. Ayrıca, kurtaran Devletlerin kurtarılan kişilere *insanca davranmaları ve güvenli bir yere teslim edilene kadar acil ihtiyaçlarını karşılamaları* gerekmektedir.

C-Açık denizde müdahale

Açık denizlerde müdahale önlemlerinin uygulandığı durumlarda, devletler, sığınmacı ve göçmenleri taşıyan gemilerin tabiiyeti olmadığı ve dolayısıyla ziyaret edilmeye tabi oldukları için koruma yükümlülüklerinin sınırlı olduğunu savunabilir iddia edebilirler[44]. Sığınmacı ve göçmen gemilerinin bir tabiiyetinin bulunmadığı değerlendirmesi makul olsa da[45], bu tür gemilere ziyaret hakkının, müdahaleci devlete tutuklama veya yasaklama yetkilerini kullanma hakkı verdiği şeklinde yorumlanamaz. Doktrinde, uluslararası hukukta açıkça belirtilmedikçe bu tarz yaptırım önlemleri kullanma hakkının bulunmadığı ve BMDHS'de de uyruğu olmayan bir gemiye ziyaret hakkı kapsamında herhangi bir yaptırım yetkisinin kullanılamayacağı savunulmaktadır[46].

Ayrıca, Devletler bu tür yetkilere sahip olsalar bile, uluslararası koruma yükümlülüklerini ortadan kaldıracak şekilde faaliyet gösteremezler. Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol'ün 19/1. maddesine göre, "Bu Protokol'deki hiçbir hüküm, devletlerin ve bireylerin, uluslararası insancıl hukuk ve uluslararası insan hakları hukuku ve özellikle, uygulandığı durumlarda, 1951 tarihli Sözleşme ve 1967 tarihli Mültecilerin Statüsü'ne ilişkin Protokol'ün ilgili hükümlerinde yeralan, kaçtığı ülkeye iade edilmeme ilkesi dahil, uluslararası hukuk kapsamındaki diğer haklarını, yükümlülüklerini ve sorumluluklarını etkilemeyecektir." Benzer şekilde, BMDHS'nin 293/1. maddesi "yargı yetkisine sahip bulunan bir divan veya mahkeme, işbu Sözleşmenin hükümlerini ve Sözleşmeye aykırı olmayan diğer uluslararası hukuk

responsibilities of states and ınternational organisations (The extraterritorial processing of claims). UTS Law Review. 9, 26-34.

[41] United Nations High Commissioner for Refugees. (2011). Rescue at sea, stowaways and maritime ınterception: selected reference materials (2nd ed, December 2011) 4.

[42] Moreno-Lax, V. (2017). The Interdiction of asylum seekers at sea: law and (mal)practice in Europe and Australia (The interdiction of asylum seekers at sea). Policy Brief No 4. May 2017. 7.

[43] Hirsi Jamaa ve Diğerleri/Italya, 27765/09, p.79.

[44] BMDHS, m.110.; Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol, m.8/1.

[45] Goodwin-Gill ve McAdam, s.272.

[46] Moreno-Lax, The ınterdiction of asylum seekers at sea, s.5.; Aydın, s.142 vd.

kurallarını uygulayacağını" düzenlemiştir. Bu nedenle bir devlet, açık denizde bir sığınmacı veya göçmen gemisine ziyaret etme hakkını kullansa bile "insanlık onuru" temelini içeren koruma yükümlülüklerine bağlı kalmalıdır[47].

D-Karasularında ve bitişik bölgede müdahale

BMDHS'ye göre *karasuları* iki istisna dışında kıyı devletinin tam egemenliği altındadır. Bu kapsamda bir devlet bitişik bölgede veya karasularında sığınmacı veya göçmen gemileri üzerinde bu yetkisini kullanabilecektir. Bir devlet, kendi karasularında, diğer gemilerin zararsız geçişine izin verecektir (m.2/1). Geçiş, "sahil Devletinin barışına, düzenine veya güvenliğine zarar vermediği sürece" zararsız sayılacaktır (m.19/1). Bununla birlikte, geçiş, kıyı Devletinin gümrük veya göçmenlik kurallarına aykırı ise zararlı kabul edilecektir (m.19/2)

Doktrinde devletten sığınma isteyen göçmen ve sığınmacıları taşıyan gemilerin, zararsız geçiş hakkının bulunup bulunmadığı tartışmalıdır[48]. Ancak, böyle bir geçişin *zararsız olmadığını* varsayarsak, devletler böyle bir geçişi önlemek için yalnızca "gerekli" adımları atabilirler (BMDHS, m.25/1). Bu önlemlerin hiçbiri, bazı istisnalar dışında cezai yargı yetkisinin kullanılmasını içermez (BMDHS, m.27/1). Devletlerin, bu geçiş sırasında muhtemel bir tehdide karşı aldıkları tedbirlerin, amaçla orantılı olup olmadığını belirlemede genellikle bir takdir hakkı vardır, ancak göçmenlerin ölümüyle sonuçlanan tedbirlerin meşru olarak kabul edilmesi pek mümkün gözükmemektedir[49].

Devletler, kendi topraklarında, karasularında veya esas hatlarından itibaren 12-24 deniz mili arasında uzanan bitişik bölgede, gümrük ve göçmenlik kurallarının ihlalini önlemek veya cezalandırmak için gerekli kontrolleri yapabilir (BMDHS, m.33). Karasularında olduğu gibi, bitişik bölgede de gemiler üzerinde yapılan kontrol ve alınan tedbirler orantılı olmalıdır. Durdurma, alıkoyma, limana kadar eşlik etme veya zorla geri gönderme yetkilerinin kullanılması, bu bölgedeki Devlet gücünün yetkisi dışında kabul edilir[50].

Sonuç olarak açık denizde yürütülen geri çekme ve geri itme operasyonları, müdahale eden devletlerin egemenlik yetkilerinin kapsamında kabul edilmesi mümkün gözükmemektedir. Ayrıca, devletlerin bu bölgeler üzerindeki egemenlik yetkilerini koruyan tedbirlerin hem karasularında hem de bitişik bölgede orantılı olması gerekliliği ve BMDHS'nin diğer uluslararası hukuk kurallarının uygulanacağını öngördüğü gerçeği (m.293), bu tedbir ve müdahaleleri tartışmalı hale getirmektedir.

Sonuç

Uluslararası hukukta devletlerin, arama ve kurtarma, insan hakları ve mülteci hukuku kapsamında sığınmacıları ve göçmenleri koruma yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu yükümlülükler bazı hallerde sınır ötesine uzayabilmektedir. Devletlerin sığınmacılara denizde müdahale etmesi insan hakları, mülteci hukuku, arama-kurtarma kuralları bağlamında kural olarak hukuka aykırı gözükmektedir. Ancak bazı devletler ikili anlaşmalar yoluyla veya deniz hukuku kapsamındaki yetkiler bağlamında denizde koruma yükümlülüklerini sınırlamak için hukuku dolanma yoluna

[47] Goodwin-Gill ve McAdam, s.272.
[48] Goodwin-Gill ve McAdam, s.274; Moreno-Lax, The Interdiction of Asylum Seekers at Sea, s.4.
[49] Goodwin-Gill ve McAdam, s.272-274.; Aydın, s.132 vd.
[50] Moreno-Lax, The ınterdiction of asylum seekers at sea, s.5; Goodwin-Gill ve McAdam, 276-277.

gidebilmektedirler. Bununla birlikte, uluslararası hukukta, bu tür iki taraflı anlaşma veya diğer davranışların devletlerin koruma görevlerini sınırlayamayacağı kabul edilmektedir.

Kaynakça

AİHM, (2020). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 4 No.lu Protokol'ün 4. maddesine ilişkin rehber, (Yabancıların topluca sınır dışı edilmeleri yasağı).

Aydın, G. (2016). Deniz yoluyla gerçekleştirilen düzensiz göç ile mücadelede devletlerin yetki ve uygulamaları. Göç Araştırmaları Dergisi, Cilt: 2 Sayı: 2 Temmuz-Aralık 2016.

Bayram, M. H. (2018). Eski Frontex'ten yeni Frontex'e Avrupa Birliği sınırlarının denetimi. Journal of Strategic Research in Social Science, 4 (4).

Bilgin, A., (2017). Göçmenlere yönelik deniz operasyonlarında frontex'in müdahale yetkisinin uluslararası hukuk kapsamında değerlendirilmesi. Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 2.

Ciliberto, G. (2018). Libya's pull-backs of boat migrants: can ıtaly be held accountable for violations of ınternational law? Italian law Journal, 4(2).

Gammeltoft-Hansen, T. (2011). Access to asylum: ınternational refugee law and the globalisation of migration control. Cambridge University Press.

Goodwin-Gill, G. S. ve McAdam, J. (2007) The Refugee in International Law, Oxford University Press, (3rd ed).

Goodwin-Gill, G. S. (2007). The extraterritorial processing of claims to asylum or protection: the legal responsibilities of states and ınternational organisations (The extraterritorial processing of claims). UTS Law Review, 9.

Goodwin-Gill, G. S. (2011). The right to seek asylum: interception at sea and the principle of non-refoulement (The Right to Seek Asylum). International Journal of Refugee Law, 23(3).

Hirsi Jamaa ve Diğerleri/Italya, 27765/09.

Lauterpacht, S. E. Ve Bethlehem, D. (2003). The Scope and Principle of Non-Refoulement: Opinion. Erika Feller et al. (eds) Refugee protection in ınternational law: UNHCR's global consultations on ınternational protection, Cambridge University Press.

Mansfield, J. (2015). Extraterritorial application and customary norm assessment of non-refoulement: the legality of Australia's turn-tack policy. University of Notre Dame Review 17-18.

Maritime Safety Committee. (2004). International Maritime Organization, Guidelines on the Treatment of Persons Rescued at Sea. (IMO Guidelines), Res MSC.167(78), MSC Doc No 78/26/Add.2 (20 May 2004), https://www.refworld.org/docid/432acb464.html.

Milanovic, M. (2011). Extraterritorial application of human rights - law, principles and policy, Oxford University Press.

Moreno-Lax, V. (2011). Seeking asylum in the mediterranean: against a fragmentary reading of eu member states' obligations accruing at sea (Seeking asylum in the Mediterranean). International Journal of Refugee Law, 23(2).

Moreno-Lax, V. (2017). The interdiction of asylum seekers at sea: law and (mal)practice in Europe and Australia (The Interdiction of asylum seekers at sea). Policy Brief No 4, May 2017.

United Nations High Commissioner for Refugees Executive Committee. (2003). Conclusion on protection safeguards in ınterception measures. No: 97 (LIV), https://www.unhcr.org/ (Erişim tarihi: 30.06.2021).

United Nations High Commissioner for Refugees Executive Committee. (2003). Conclusion on protection safeguards in ınterception measures. No: 97 (LIV).

United Nations High Commissioner for Refugees. (2010). Maritime interception operations and the processing of international protection claims: legal standards and policy considerations with respect to extraterritorial processing. Protection policy paper, November- 2010. https://www.refworld.org/docid/4cd12d3a2.html.

United Nations High Commissioner for Refugees. (2011). Rescue at sea, stowaways and maritime ınterception: selected reference materials (2nd ed), December-2011.

United Nations High Commissioner for Refugees. (2017). "A guide to ınternational refugee protection and building state asylum systems", Handbook for parliamentarians. No 27, 2017.

United Nations High Commissioner for Refugees. (2018). "Central Mediterranean route" (Supplementary Appeal, March 2018) 4. https://www.unhcr.org/5aa78775c.pdf

United Nations High Commissioner for Refugees. (2019). Desperate journeys: refugees and migrants arriving in Europe and at Europe's borders. January-December 2018. Report- January 2019.

United Nations High Commissioner for Refugees. (2007). Advisory opinion on the extraterritorial application of non-refoulement obligations under the 1951 Convention relating to the status of refugees and its 1967 Protocol (Extraterritorial application of non-refoulement obligations) 26 January 2007.

United Nations Office of the High Commissioner and Inter-Parliamentary Union. (2016). Human Rights. Handbook for Parliamentarians. No 26, 2016.

YILLIK İŞYERİ KİRA BEDELİNİN PANDEMİDEN ÖNCE PEŞİN ÖDENMİŞ OLMASI HALİNDE KİRACININ UYARLAMA TALEBİ

Doç. Dr. Tuba Birinci Uzun
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID NO: 0000-0002-0185-0619

Öz

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 138. maddesi uyarınca, sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülemeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifasının istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa, borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır. İlk defa Çin'in Vuhan şehrinde ortaya çıkan Covid-19, Dünya Sağlık Örgütü tarafından 11 Mart 2020 tarihinde pandemi ilan edilmiştir. TBK md. 138 hükmü uyarınca pandemi koşulları nedeniyle kiracı işyeri kira sözleşmesinin uyarlanmasını talep edebilir ancak yıllık işyeri kira bedelinin pandemiden önce ödenmiş olması halinde kiracının uyarlama talep edip edemeyeceği konusu tartışmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Aşırı ifa güçlüğü, pandemi, sözleşmenin uyarlanması, kira sözleşmesi, işyeri kira sözleşmesi

Giriş

Bilindiği üzere ilk defa Çin'in Vuhan şehrinde ortaya çıkan Covid-19, Dünya Sağlık Örgütü tarafından 11 Mart 2020 tarihinde pandemi ilan edilmiştir. Bir kıta hatta tüm dünya yüzeyi gibi çok geniş bir alana yayılan ve etkisini gösteren salgın hastalıklara pandemi denir. Salgın hastalık ise kısa zamanda çevredeki insan, hayvan veya bitkilerin büyük bir bölümüne bulaşan hastalıktır[1]. Yetkililer tarafından Türkiye'de ilk vakanın 10 Mart 2020 tarihinde görüldüğü açıklanmıştır. Bu tarihten sonra hastalığın yayılımını engellemek amacıyla seri bir şekilde birçok tedbir alınmış, bu

[1] Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük. (2021). https://sozluk.gov.tr/ adresinden erişildi. (ET: 25.06.2021)

noktada birtakım kısıtlamalar gündeme gelmiştir. İçişleri Bakanlığı tarafından 81 İl Valiliğine 15 Mart 2020 tarihli ve Koronavirüs Tedbirleri Konulu Ek Genelge gönderilmiştir. Bu genelge ile tiyatro, sinema, gösteri merkezi, konser salonu, nişan/düğün salonu, çalgılı/müzikli lokanta/kafe, gazino, birahane, taverna, kahvehane, kıraathane, kafeterya, kır bahçesi, nargile salonu, nargile kafe, internet salonu, internet kafe, her türlü oyun salonları (atari, playstation vb.), her türlü kapalı çocuk oyun alanları (AVM ve lokanta içindekiler dâhil), çay bahçesi, dernek lokalleri, lunapark, yüzme havuzu, hamam, sauna, kaplıca, masaj salonu, SPA ve spor merkezlerinin faaliyetleri geçici süreyle durdurulmuştur. Bu genelge hem iş hukukundan doğan ilişkileri hem de kira sözleşmelerini etkilemiştir. Bu süreçte faaliyetlerinin durdurulması nedeniyle işyeri kira bedellerinin kiracılar tarafından ödenemeyeceğini öngören kanun koyucu tarafından 7226 sayılı kanunun geçici ikinci maddesi sevk edilmiştir. İlgili maddede *"1/3/2020 tarihinden 30/6/2020 tarihine kadar işleyecek işyeri kira bedelinin ödenememesi kira sözleşmesinin feshi ve tahliye sebebi oluşturmaz"* denmektedir. Her ne kadar bu düzenlemeyle işyeri kira sözleşmeleri bakımından kiraya verenin, kiracının temerrüdü nedeniyle sözleşmeyi feshetmesi ve kiracıyı kiralanandan tahliye etmesi üç ay süreyle engellenmiş olsa da faaliyetlerinin durdurulması sebebiyle kullanamadıkları işyerleri için kiracılar kira bedeli ödemek zorunda kalmıştır. TBK md. 138 hükmü uyarınca pandemi koşulları nedeniyle kiracı işyeri kira sözleşmesinin uyarlanmasını talep edebilir ancak yıllık işyeri kira bedelinin pandemiden önce ödenmiş olması halinde kiracının uyarlama talep edip edemeyeceği konusu tartışmalıdır. Bu çalışmanın amacı, bu sorunun bir çözüme kavuşturulmasıdır.

I. TBK md. 138 Uyarınca Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması

A. Uyarlama Kavramı

Bir sözleşme kurulduktan sonra, içerdiği koşullarda önemli değişiklikler meydana gelebilir. Sonradan ortaya çıkan bu değişiklikler, sözleşmenin kurulduğu zamanda mevcut olan ve taraflarca göz önünde bulundurulan koşullardan esaslı derecede farklı olabilir. Böyle bir durumda, bir tarafın borçlandığı edimin değeri son derece yükselirken, karşı tarafın edimi değerini kaybeder; edimler arasındaki denge ve eşitlik bozulur; işlem temeli çöker[2]. Sözleşme koşullarının, sözleşmenin kurulmasından sonra önemli ölçüde değişerek işlem temelinin kısmen veya tamamen çökmesi halinde, adalet duygusuna ve dürüstlük kurallarına dayanılarak, sözleşmenin yeni koşullara uyarlanabileceği kanun koyucu tarafından kabul edilmektedir. "Aşırı ifa güçlüğü" kenar başlıklı TBK md. 138 hükmü, sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasına ilişkin genel hükümdür.

TBK md. 138 uyarınca, sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülemeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifasının istenmesini dürüstlük

[2] Topuz, 2009, s. 247; Baysal, 2009, s.33-34; Arat, 2006, s. 29; Serozan, 2014, s. 265; Oğuzman ve Öz, 2012, s.199;Eren, 2012, s.480-481.

kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa, borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır.

Uyarlama, dar anlamda uyarlama ve geniş anlamda uyarlama olmak üzere ikiye ayrılır[3]. Uyarlama, kural olarak, sözleşmenin içeriğinin, yani tarafların hak ve borçlarının değiştirilmesi şeklinde olur[4]. Sözleşmenin içeriğinin değişikliklere uyarlanması, dar anlamda uyarlamadır. Sözleşmenin süresinin uzatılması veya kısaltılması da bir uyarlama sorunudur[5]. Sözleşmenin, hem içeriği hem de süresi yönünden yeni şartlara uyarlanması ise geniş anlamda uyarlamayı ifade eder; uyarlama kavramı da geniş anlamda ele alınmalıdır[6]. Böylece, uyarlama sonunda ya sözleşmenin içeriğinin değiştirilmesine ya da süresinin uzatılıp kısaltılmasına karar verilir[7]. Sözleşmenin vaktinden önce feshi de hukuki niteliği itibariyle sözleşmenin süresinde yapılan bir değişikliktir[8].

Sözleşmenin değişen koşullara nasıl uyarlanacağı, taraflarca önceden açık veya örtülü olarak belirlenmiş olabilir[9]. Bu durumda, *iradi uyarlama* söz konusudur[10]. Bazı hallerde, sözleşmenin değişen koşullara nasıl uyarlanacağı, kanun koyucu tarafından belirlenmiştir. Bu durumda ise *kanuni uyarlama* söz konusu olur[11]. Türk Borçlar Kanunu'nda, bazı sözleşmelerin değişen koşullara nasıl uyarlanacağına ilişkin hükümler yer almaktadır. Bu hükümler, bazen olumlu uyarlama kuralları içerirken, bazen de olumsuz uyarlama kuralları içerir[12]. Olumlu uyarlama kuralları, sözleşmenin değişen koşullara nasıl uyarlanacağını belirler[13]. Örneğin TBK md. 331, olumlu uyarlama kuralı içeren bir hükümdür. TBK md. 331 uyarınca, taraflardan her biri, kira ilişkisinin devamını kendisi için çekilmez hale getiren önemli sebeplerin varlığı durumunda, sözleşmeyi yasal fesih bildirim süresine uyarak, her zaman feshedebilir. TBK md.331 hükmü, sözleşmenin içeriğini oluşturan edimler bakımından bir değişiklik öngörmemekte; sözleşmenin süresinde değişiklik yapmaktadır. Ayrıca TBK md. 369 ve md. 617 hükümleri de sözleşmenin

3 Eren, 2012, s. 482. Dar anlamda sözleşmenin uyarlanması hakkında detaylı bilgi için bkz. Baysal, 2009, s. 251 vd.
4 Oğuzman ve Öz, 2012, s. 204; Eren, 2012, s. 482; Serozan, 2014, s. 272.
5 Eren, 2012, s. 482; Oğuzman ve Öz, 2014, s. 204.
6 Eren, 2012, s. 482.
7 Oğuzman ve Öz, 2012, s. 204; Eren, 2012, s. 482.
8 Serozan, 2014, s. 272; Eren, 2012, s. 482; Oğuzman ve Öz, 2012, s. 205.
9 Topuz, 2009, s. 278; Baysal, 2009, s. 194; Eren, 2012, s. 483; Uygur, 2003, s. 231. Ayrıca uyarlama kayıtları ile taraflar arasında paylaştırılan sözleşme rizikoları hakkında detaylı bilgi için bkz. Topuz, 2009, s. 165 vd.
10 Eren, 2012, s. 483; Arat, 2006, s. 140.
11 Eren, 2012, s. 483; Arat, 2006, s. 154 vd.; Uygur, 2003, s. 231. Tamamlayıcı nitelikteki kanun hükümlerine göre taraflara yüklenen sözleşme rizikoları hakkında detaylı bilgi için bkz. Topuz, 2009, s. 185 vd.
12 Olumlu ve olumsuz uyarlama kayıtları hakkında detaylı bilgi için bkz. Topuz, 2009, s. 166 vd.
13 Eren, 2012, s. 483; Topuz, 2009, s. 166; Arat, 2006, s. 155 vd.; Baysal, 2009, s. 194.

değişen koşullara uyarlanması bakımından, sözleşmenin süresinde değişiklik yapılmasını öngören olumlu uyarlama kuralları içeren hükümlerdir. Buna karşılık, koşulların değişmesine rağmen sözleşmenin değişmeyeceğini, aynen geçerli olmaya devam edeceğini öngören, başka bir deyişle, değişen koşullar karşısında uyarlamayı reddeden, yasaklayan kurallara ise olumsuz uyarlama kuralları denir[14]. Örneğin TBK md. 575 hükmü, olumsuz uyarlama kuralı içeren bir hükümdür. TBK md. 575 uyarınca ardiyeci, ticari malları genel saklama sözleşmesinde olduğu gibi geri vermekle yükümlüdür. Ancak saklayanın sözleşmede öngöremeyeceği sebeplerle, süresinden önce geri verme yetkisi bulunduğu durumlarda bile ardiyeci, kararlaştırılmış sürenin sonuna kadar malları korumak zorundadır. TBK md. 575 hükmü, değişen koşullara rağmen, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmayacağını, başka bir deyişle koşullar değişmiş olsa bile sözleşmenin aynen geçerli olacağını öngörmektedir.

Sözleşmenin değişen koşullara nasıl uyarlanacağının taraflarca önceden açık veya örtülü olarak belirlenmediği, bunun yanı sıra sözleşmenin değişen koşullara nasıl uyarlanacağı konusunda kanun koyucu tarafından öngörülmüş olumlu veya olumsuz bir uyarlama kuralının da bulunmadığı hallerde, *sözleşmede uyarlama boşluğu* söz konusu olur[15]. Böyle bir durumda, uyuşmazlık halinde hâkim, bu boşluğu doldurmak zorundadır[16]. Buna, *hâkim tarafından sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması* denir[17]. Aslında, gerçek anlamda uyarlama budur. Hâkim tarafından sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması, TBK md.138'de düzenlenmektedir.

B. Koşulları

Hâkim tarafından sözleşmenin değişen koşullara uyarlanabilmesi için, sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum söz konusu olmalıdır[18]. Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen bu olağanüstü durum, uyarlama talebinde bulunan taraftan kaynaklanmamalıdır[19]. Ayrıca bu olağanüstü durum, edimler arasındaki eşitlik ve dengeyi, uyarlama talep eden taraftan ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede bozarak işlem temelinin çökmesine neden olmalıdır[20]. Edimler henüz ifa edilmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklar saklı tutularak ifa edilmiş olmalıdır[21]. Sözleşme koşulları aleyhine

14 Topuz, 2009, s. 166; Arat, 2006, s. 163 vd.; Baysal, 2009, s. 196.
15 Arat, 2006, s. 165; Topuz, 2009, s. 278.
16 Arat'a göre, genel hükümlerle çözülebilecek bir meseleye ilişkin özel bir hüküm bulunmaması, bir boşluğa yol açmaz. Böyle bir durumda hâkimin uyarlamasının dayanağı TMK md. 1 f. 2 değildir; herkesin hakkını kullanırken ve borçlarını ifa ederken uymak zorunda olduğu dürüstlük kuralıdır. Dürüstlük kuralı, hâkime bu yetkiyi doğrudan verir (2006, s. 165).
17 Eren, 2012, s. 484-485.
18 Topuz, 2009, s. 247 vd.; Arat, 2006, s. 95 vd.; Baysal, 2009, s. 147 vd.
19 Arat, 2006, s. 135 vd.; Baysal, 2009, s. 166 vd.; Topuz, 2009, s. 270 vd.
20 Arat, 2006, s. 111 vd.; Baysal, 2009, s. 189 vd.; Topuz, 2009, s. 228 vd. İşlem temelinin çökmüş sayılması hakkında detaylı bilgi için bkz. Serozan, 2014, s. 270 vd.
21 Eren, 2012, s. 486; Oğuzman ve Öz, 2012, s. 572.

değişen taraf, hâkimden uyarlamayı talep etmelidir[22]. Ayrıca taraflar arasında söz konusu olan sözleşme bakımından, uyarlama boşluğu söz konusu olmalıdır[23].

Uyarlama boşluğu karşısında hâkim, TMK md. 1 f. 2 uyarınca, önündeki somut uyuşmazlığı çözmeye yönelik bir hukuk kuralı yaratmalıdır[24]. Hâkim, kural koyarken TMK md. 2'de düzenlenen dürüstlük kuralını esas almalıdır[25]. Bu kural çerçevesinde hâkim, tarafların farazî iradelerini araştırıp tespit etmeli ve bu tespite göre, sözleşmeyi değişen koşullara uyarlamalıdır[26].

Uyarlama, edim yükümlülüğünün azaltılması veya karşı edimin artırılması şeklinde yapılabileceği gibi, sözleşmenin süresinin kısaltılması veya uzatılması şeklinde de olabilir[27]. Hâkim, sözleşmenin sona erdirilmesine veya değişen koşullar karşısında, sözleşmenin içeriğinin değişmeyeceğine, aynen geçerli olmaya devam edeceğine de karar verebilir; bu durumda, olumsuz uyarlama söz konusu olur[28].

II. Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgını ve İşyeri Kira Sözleşmeleri

Bu aşamada üzerinde durulması gereken husus, yeni koronavirüs (Covid-19) salgınının taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum olup olmadığıdır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 27.06.2018 tarihli ve E. 2017/90 K. 2018/1259 sayılı kararında[29] da belirtildiği üzere, *" Mücbir sebep, sorumlu veya borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelen, genel bir davranış normunun veya borcun ihlâline mutlak ve kaçınılmaz bir şekilde yol açan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü bir olaydır. Deprem, sel, yangın, salgın hastalık gibi doğal afetler mücbir sebep sayılır"*. Yukarıda da ifade edildiği üzere yeni koronavirüs (Covid-19), Dünya Sağlık Örgütü tarafından 11 Mart 2020 tarihinde pandemi ilan edilmiştir. Bunun dışında 17 Nisan 2020 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan 7244 sayılı Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesi *"Yeni koronavirüs (Covid-19) salgını kaynaklı zorlayıcı sebep gerekçesiyle…"* ifadesiyle başlamaktadır. Görüldüğü üzere, yeni koronavirüs (Covid-19) salgını kanun koyucu tarafından açıkça mücbir (zorlayıcı) sebep olarak kabul edilmiştir. O halde, bu salgının taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum olduğu tartışmasızdır.

22 Baysal, 2009, s. 225; Oğuzman ve Öz, 2012, s. 572-573; Eren, 2012, s. 485.
23 Arat, 2006, s.124 vd.; Topuz, 2009, s. 275 vd.; Eren, 2012, s. 485. Buna risk boşluğu da denir. Çünkü taraflar ve kanun, sözleşmede ortaya çıkan riske kimin katlanacağı hususunda sessiz kalmıştır. Bkz. Baysal, 2009, s. 193.
24 Eren, 2012, s. 486; Topuz, 2009, s. 304 vd.
25 Arat'a göre uyarlamanın özünü dürüstlük kuralı oluşturur (2006, s. 166).
26 Topuz, 2009, s. 305; Eren, 2012, s. 486.
27 Arat, 2006, s. 193; Oğuzman ve Öz, 2012, s. 573; Eren, 2012, s. 486.
28 Uygur, 2003, s. 233; Eren, 2012, s. 486.
29 Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. (2021). https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2017-90-k-2018-1259-t-27-6-2018 adresinden erişildi. (ET: 25.06.2021).

Yukarıda 7226 sayılı kanunun geçici ikinci maddesiyle kanun koyucunun işyeri kira sözleşmelerine müdahale ettiği ifade edilmiştir. Önemle belirtmek gerekir ki kanun koyucunun kira sözleşmelerine müdahalesi bununla sınırlı değildir. 7244 sayılı Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun'da kira ilişkilerine yönelik birçok düzenlemeye yer verilmiştir. Örneğin kanunun birinci maddesinin a) bendinde, *"Hazine taşınmazlarına ilişkin olarak sözleşmeye istinaden ödenmesi gereken bedeller ile ecrimisil bedellerinden 1/4/2020 tarihinden itibaren 3 aylık döneme ilişkin tahsil edilmesi gerekenleri başvuru şartı aranmaksızın 3 ay süreyle ertelemeye Çevre ve Şehircilik Bakanı yetkilidir. Bu süreler, bitiminden itibaren Çevre ve Şehircilik Bakanı tarafından 3 aya kadar uzatılabilir. Bu alacaklar ertelenen süre sonunda ertelenen süre kadar aylık eşit taksitler halinde, herhangi bir gecikme zammı ve faiz uygulanmadan tahsil edilir"* denmektedir.

Aynı maddenin b) bendinde de benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu bentte *"Turizm tesisi maksadıyla verilen izinler hariç olmak üzere 31/8/1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanunu gereğince Devlet ormanlarında gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri adına verilen izinler ile Orman Genel Müdürlüğü tarafından 8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu gereğince kiraya verilen mesire yerleri ve taşınmazlardan 1/4/2020 tarihinden itibaren 3 aylık döneme ilişkin tahsil edilmesi gereken bedeller başvuru şartı aranmaksızın 3 ay süreyle ertelenir. Bu süreleri bitiminden itibaren 3 aya kadar uzatmaya Tarım ve Orman Bakanı yetkilidir. Bu alacaklar ertelenen süre sonunda, ertelenen süre kadar aylık eşit taksitler halinde, herhangi bir gecikme zammı ve faiz uygulanmadan tahsil edilir"* ifadesi yer almaktadır.

Aynı maddenin c) bendinde ise *"9/8/1983 tarihli ve 2873 sayılı Millî Parklar Kanununa tabi yerlerde 2886 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılan kiralamalardan 1/4/2020 tarihinden itibaren 3 aylık döneme ilişkin tahsil edilmesi gereken bedeller başvuru şartı aranmaksızın 3 ay süreyle ertelenir. Bu süreleri bitiminden itibaren 3 aya kadar uzatmaya Tarım ve Orman Bakanı yetkilidir. Bu alacaklar ertelenen süre sonunda, ertelenen süre kadar aylık eşit taksitler halinde, herhangi bir gecikme zammı ve faiz uygulanmadan tahsil edilir"* denmektedir.

Son olarak aynı maddenin ç) bendinde *"Büyükşehir belediyeleri, belediyeler, il özel idareleri ve bağlı kuruluşları ile bunların üyesi olduğu mahalli idare birliklerinin mülkiyetinde veya tasarrufunda olan taşınmazlara ilişkin olarak ilgili mevzuatınca yapılan satış, ecrimisil ve kiralamadan kaynaklanan bedellerin veya tutarların, 19/3/2020 tarihinden itibaren 3 aylık döneme ilişkin tahsil edilmesi gereken kısımlarının 3 ay ertelenmesine büyükşehir belediyeleri, belediyeler, il özel idareleri ve birliklerde meclis; bağlı kuruluşlarda ise yetkili karar organı yetkilidir. Bu süreler, bitiminden itibaren ilgisine göre Çevre ve Şehircilik Bakanı veya İçişleri Bakanı tarafından 3 aya kadar uzatılabilir. Söz konusu alacaklar ertelenen süre sonunda, ertelenen süre kadar aylık eşit taksitler halinde, herhangi bir gecikme zammı ve faiz*

uygulanmadan tahsil edilir. Faaliyetleri durdurulan veya faaliyette bulunamayan işletmelerin faaliyette bulunmadığı döneme ilişkin olarak kira bedelleri tahsil edilmez" ifadesine yer verilmiştir.

Görüldüğü üzere 7244 sayılı kanun ile sözleşmenin kiraya veren tarafında idarenin bulunduğu kira ilişkilerine kanun koyucu tarafından müdahale edilmiştir. İdarenin kiraya veren olarak taraf olduğu bazı kira ilişkilerinde kira bedelleri kiracının başvurusu aranmaksızın üç ay süreyle herhangi bir gecikme zammı veya faiz uygulanmaksızın ertelenmiştir. İdarenin kiraya veren olarak taraf olduğu bazı kira ilişkilerinde ise faaliyetleri durdurulan veya faaliyette bulunamayan işletmelerin faaliyette bulunamadığı döneme ilişkin olarak kira bedellerinden vazgeçilmiştir.

Kanun koyucunun bazı kira ilişkilerine bu şekilde müdahale etmesinin sebebi, pandemi nedeniyle faaliyeti durdurulan veya faaliyette bulunamayan işyeri kira sözleşmeleri bakımından işlem temelinin çökmesi, koşulların kiracı aleyhine değişmesidir. O halde yeni koronavirüs (Covid-19) salgınının faaliyeti durdurulan veya faaliyette bulunamayan işyeri kira sözleşmeleri bakımından edimler arasındaki dengeyi, dürüstlük kurallarını ihlal edecek derecede kiracı aleyhine değiştirdiği ve işlem temelinin çökmesine sebep olduğu hususu da tartışmasızdır. Her iki tarafını özel hukuk kişilerinin oluşturduğu kira sözleşmelerine de müdahale edilmesi gerekmektedir.

III. Yıllık İşyeri Kira Bedelinin Pandemiden Önce Peşin Ödenmiş Olması ve İhtirazı Kayıt Koşulu

Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 05.05.2011 tarihli ve E. 2010/17858 K. 2011/7265 sayılı kararında[30] isabetle belirtildiği üzere, borçlu değişen hal ve şartlara rağmen edimini ihtirazı kayıt koymaksızın ifa etmişse uyarlama talebinde bulunamaz. Gerçekten de TBK md. 138 hükmü uyarınca aşırı ifa güçlüğü nedeniyle uyarlama talep edilebilmesi için borçlunun borcunu henüz ifa etmemiş olması ya da ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak borcunu ifa etmiş olması gerekir. Peki, bu koşul karşısında yıllık işyeri kira bedelinin pandemiden önce peşin ödenmiş olması halinde kiracı uyarlama talep edebilir mi?

Bir örnek üzerinden konuyu ele alalım. Taraflar arasında bir işyeri kira sözleşmesinin bulunduğunu ve bu sözleşme uyarınca yıllık kira bedelinin her yıl ocak ayının yirmisinde peşin ödendiğini varsayalım. Acaba yeni koronavirüs (Covid-19) salgınından önce ocak ayında 01.01.2020-31.12.2020 dönemi için yıllık işyeri kira bedelini ihtirazı kayıt koymaksızın başka bir deyişle ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutmaksızın peşin ödeyen kiracı pandemi nedeniyle kira sözleşmesinin uyarlanmasını talep edebilir mi? Önemle belirtmek gerekir ki borçlunun ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak borcunu ifa etmesi koşulu, taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durumun ortaya

[30] Kazancı Hukuk Otomasyonu. (2021). https://www.kazanci.com.tr adresinden erişildi. (ET: 25.06.2021).

çıkmasından sonra yapılan ödemeler içindir[31]. Bu düzenleme şöyle bir varsayıma dayanmaktadır: Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir duruma rağmen borçlu borcunu ifa etmişse o zaman ifa güçlüğünün mevcudiyetinden de bahsedilemez. Oysa yeni koronavirüs (Covid-19) salgınından önce ocak ayında yıllık işyeri kira bedelinin ödendiği tarihte henüz taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum söz konusu değildir. Bu nedenle kiracının olağanüstü bir durumun mevcudiyetine rağmen borcunu çekincesiz olarak ifa etmiş olduğundan ve TBK md. 138 hükmü uyarınca uyarlama talep edemeyeceğinden bahsedilemez. Yıllık kira bedelinin ödendiği tarihte yeni koronavirüs (Covid-19) salgını söz konusu olmadığından kiracının ihtirazı kayıt koyması başka bir deyişle ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutması mümkün değildir. O halde, yıllık işyeri kira bedelinin pandemiden önce peşin ödenmiş olması halinde kiracının uyarlama talebi bakımından borçlunun ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak borcunu ifa etmesi koşulu aranamaz[32].

Türk Borçlar Kanunu'nun 299. maddesinde kira sözleşmesi kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmaktadır. Kira sözleşmesi, sürekli borç doğuran bir sözleşmedir ve kira sözleşmesinde kira bedeli, kira konusu şeyin kullanılması ve ondan faydalanılması karşılığında ödenir. Her ne kadar örneğimizde kiracı 01.01.2020-31.12.2020 dönemine ilişkin kira bedeli ödeme borcunu yerine getirmiş olsa da kira bedelinin kiraya verene ödendiği tarih itibariyle kiraya veren 01.01.2020-31.12.2020 dönemine ilişkin kullandırma borcunu henüz yerine getirmiş değildir. Zira kiraya verenin kullandırma borcu ani değil sürekli edim niteliğindedir. Kiraya verenin 01.01.2020-31.12.2020 dönemine ilişkin kullandırma borcu bütün bir yılı kapsar. Kiraya verenin kullandırma borcu sona ermediğinden ve taraflar arasında kira ilişkisi devam ettiğinden 01.01.2020-31.12.2020 döneminde meydana gelen olağanüstü durum nedeniyle elbette sözleşmenin uyarlanması talep edilebilir. Zira burada uyarlama talebinin asıl sebebi, pandemi nedeniyle kira konusu şeyin kullanılamaması ve kira bedelinin karşılıksız kalmasıdır.

Kira bedelinin yıllık ödendiği kira sözleşmelerinde kiracı aleyhine bir riziko mevcuttur. Bu riziko, peşin ödenen yıllık kira bedelinin karşılıksız kalmasıdır. Zira kiracının ödeme yaptığı tarihte kiraya veren henüz edimini ifa etmiş değildir. Pandemi nedeniyle bu riziko, yıllık işyeri kira bedelini pandemiden önce peşin olarak ödeyen kiracılar aleyhinde gerçekleşmiştir. Bu rizikoya kiracıların tek başına katlanması elbette beklenemez. Pandemi koşullarının bütün yükü yıllık işyeri kira bedelini pandemiden önce peşin olarak ödeyen kiracılar üzerinde bırakılamaz. Kiracılar, işyerlerini kullanamamalarına rağmen tek seferde kira bedellerini ödeyerek sözleşmesel yükümlülüklerini yerine getirmişlerdir. Oysa özel hukuk sözleşmelerinde taraflar eşittir. Bu

[31] Acar Ünal, 2020, s. 305.
[32] Acar Ünal, 2020, s. 305.

nedenle pandemi dolayısıyla işyeri kira sözleşmelerinde kiracı aleyhine bozulan dengenin yeniden kurulması gerekir.

Kaldı ki olağanüstü koşullara rağmen ihtirazı kayıtla borcunu ifa eden borçluya uyarlama imkânı tanınması buna karşılık olağanüstü durumu ve bunun sonuçlarını öngörmesi beklenmeyen, bu nedenle ihtirazı kayıt ileri sürmesi de mümkün olmayan, kira konusu şeyi kullanamayacağından ve ödeyeceği bedelin karşılıksız kalacağından habersiz olarak peşin ödeme yapan kiracının ise uyarlama imkânından mahrum bırakılması hakkaniyete aykırılık teşkil eder[33]. Böyle bir durum, normun koruma amacıyla da bağdaşmaz.

Acaba kiracı kira bedelini yıllık değil de aylık ödüyor olsaydı kiracının TBK md. 138 hükmünden yararlanamayacağı söylenebilir miydi? Ödemenin yıllık yapılması aşırı ifa güçlüğü bakımından neyi değiştirir? Kira bedelini yıllık ödeyen kiracının sırf bu nedenle aşırı ifa güçlüğü içinde bulunmadığı, pandemi koşullarından etkilenmediği söylenebilir mi? Aksine yıllık ödeme yapan kiracı bir defada malvarlığından yüklü bir meblağı çıkardığından aylık ödeme yapan kiracıya göre pandemi koşullarından daha çok etkilenmiştir. Kira bedelini aylık ödeyen kiracı ile yıllık ödeyen kiracının farklı sonuçlara tabi tutulması düşünülemez. Zira kira bedelini aylık ödeyen kiracı gibi yıllık ödeyen kiracı da pandemi koşulları nedeniyle kira konusu şeyi kullanamamış ve ondan faydalanamamıştır. Yukarıda da ifade edildiği üzere, uyarlama talebinin asıl sebebi, pandemi nedeniyle kira konusu şeyin kullanılamaması ve kira bedelinin karşılıksız kalmasıdır. Uyarlama davasında önemli olan uyarlanmamış bir edimin ifasının borçludan beklenebilir olmadığının tespitidir; ifanın beklenemez olduğu andan itibaren hem ifa edilmiş hem de henüz ifa edilmemiş edimlerin uyarlanması istenebilir[34]. Bu kapsamda yıllık işyeri kira bedelinin indirilmesi talep edilebilir; yıllık işyeri kira bedelinin tamamı pandemiden önce peşin olarak ödenmiş olduğundan indirilen kısmın faiziyle istirdadı istenebilir.

Yeni koronavirüsün (Covid-19) Dünya Sağlık Örgütü tarafından 11 Mart 2020 tarihinde pandemi ilan edilmesinden sonra dahi ihtirazı kayıt konmaksızın ödenen işyeri kira bedelleri için de kiracının uyarlama talep edebileceği kabul edilmektedir[35]. Zira uyarlama talebi için sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülemeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durumun ortaya çıkması tek başına yeterli değildir, bu durumun sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirmesi gerekir. Başka bir deyişle olağanüstü durumun sözleşme üzerindeki olumsuz etkilerinin ortaya çıkması gerekir. O halde pandeminin ortaya çıkmasından sonra ancak pandeminin sözleşme üzerindeki olumsuz etkilerinin ortaya çıkmasından önce işyeri kira

33 Arat, 2020, Lexpera blog.
34 Baysal, 2009, s. 113.
35 Acar Ünal, 2020, s. 306.

bedelinin ihtirazı kayıt konulmaksızın ödenmesi halinde dahi uyarlama talep edilebilir[36]. Zira pandemi süreci dinamik bir süreçtir ve duruma göre yeni tedbirler alınmaktadır. Bu nedenle her somut olay özelinde pandeminin etkilerinin değerlendirilmesi gerekir. İçinde bulunduğumuz durum, devletlerin dahi sonuçlarını öngöremediği bir durumdur. 11 Mart 2020 tarihini bir milat kabul edip, bu tarihten sonra ihtirazı kayıt konmaksızın yapılan ödemeler için uyarlama talep edilemez deyip konuyu kestirip atmak mümkün değildir. Özellikle kira sözleşmelerinde TBK md. 315 (kiracının temerrüdü) ve TBK md. 352 f. 2 (iki haklı ihtar) hükmünde belirtilen koşulların gerçekleşmemesi için kiracılar imkânlarını zorlayarak kira bedellerini çoğu zaman çekincesiz olarak ödemektedirler. Olağanüstü bir duruma rağmen işyerini kaybetmemek için kira bedelini ödeyen kiracının uyarlama talebinde bulunamayacağının ileri sürülmesinin hakkaniyete aykırı olduğu belirtilmektedir[37].

Yukarıda kanun koyucunun idarenin taraf olduğu hukuki ilişkilere pandemi nedeniyle müdahale ettiği, idarenin kiraya veren olarak taraf olduğu bazı kira ilişkilerinde kira bedellerinin kiracının başvurusu aranmaksızın ve herhangi bir gecikme zammı veya faiz uygulanmaksızın ertelendiği, yine idarenin kiraya veren olarak taraf olduğu bazı kira ilişkilerinde ise faaliyetleri durdurulan veya faaliyette bulunamayan işletmelerin faaliyette bulunamadığı döneme ilişkin olarak kira bedellerinden vazgeçtiği ifade edilmişti. Önemle belirtmek gerekir ki pandemi koşulları nedeniyle kanun koyucu idarenin taraf olduğu kira sözleşmelerine kiracıyı koruyan düzenlemelerle müdahale etmeye devam etmektedir. 25 Mayıs 2021 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan 7319 sayılı kanunun yedinci maddesi de bu yöndedir. Bu düzenlemeyle 29/6/2001 tarihli ve 4706 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanuna geçici 28. madde eklenmiştir. İlgili madde aşağıda belirtildiği gibidir:

> *"Kanunları uyarınca ilgili bakanlıklar tarafından üzerinde turizm tesisleri yapılmak üzere adlarına kamu arazisi tahsis edilen Kültür ve Turizm Bakanlığından belgeli yatırımcılar ve işletmecilerden; irtifak hakkı tesis edilip edilmediğine veya kullanma izni verilip verilmediğine bakılmaksızın 1/1/2021 tarihi ile 31/12/2021 tarihi arasındaki dönemde geçici 25 inci ve 26 ncı maddeler kapsamında ertelenen bedeller hariç olmak üzere tahsil edilmesi gereken kira, kesin izin, kesin tahsis, irtifak hakkı, kullanma izni bedelleri, yararlanma bedelleri, ilave yararlanma bedelleri ve hasılat payları ile Kültür ve Turizm Bakanlığından belgeli turizm tesislerinin yatırımcıları ve işletmecilerinden bu faaliyetleri dolayısıyla Hazine taşınmazlarını izinsiz kullanımlarından dolayı aynı dönemde tahsil edilmesi gereken ecrimisillerin ödeme süreleri, başvuru şartı aranmaksızın 30/11/2022 tarihine kadar ertelenir ve bu alacaklar ertelenen tarihe kadar herhangi bir zam veya faiz uygulanmadan tahsil edilir. Bu döneme ilişkin tahsil edilen bedeller iade edilmez".*

[36] Acar Ünal, 2020, s. 306.
[37] Arat, 2006, s. 124.

Görüldüğü üzere kanunları uyarınca ilgili bakanlıklar tarafından üzerinde turizm tesisleri yapılmak üzere adlarına kamu arazisi tahsis edilen Kültür ve Turizm Bakanlığından belgeli yatırımcılar ve işletmecilerden 01.01.2021-31.12.2021 döneminde tahsil edilmesi gereken kira bedelleri 30.11.2022 tarihine kadar herhangi bir zam veya faiz uygulanmaksızın ertelenmiştir. Bu düzenleme de uyarlama talebi için sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülemeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durumun ortaya çıkmasının tek başına yeterli olmadığını, olağanüstü durumun sözleşme üzerindeki olumsuz etkilerinin ortaya çıkması gerektiğini göstermektedir. Kanun koyucu pandeminin ortaya çıkmasından bir yılı aşkın süre sonra bazı kira ilişkilerine *yeniden* müdahale etme gereği duymuştur. Zira pandemi nedeniyle koşullar işyeri kira sözleşmelerinde kiracılar aleyhine değişmeye devam etmektedir. O halde pandeminin ortaya çıkmasından sonra ancak pandeminin sözleşme üzerindeki olumsuz etkilerinin ortaya çıkmasından önce işyeri kira bedelini ihtirazı kayıt koymaksızın ödeyen kiracı dahi pandeminin sözleşme üzerindeki olumsuz etkilerinin ortaya çıkması başka bir deyişle akde tahammül eşiğinin aşılması, sözleşmenin çekilmez hale gelmesi durumunda bu andan itibaren uyarlama talep edebilir.

Son olarak, uyarlama talebi hak düşürücü süreye tabi değildir. Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 09.10.2019 tarihli ve E. 2018/5741 K. 2019/7695 sayılı kararında[38] da isabetle belirtildiği üzere, *"Uzun süreli kira sözleşmelerinde edimler arasındaki dengenin aşırı derecede bozulması ve sözleşmenin taraflar açısından çekilmez hale gelmesi durumunda kira parasının günün ekonomik koşullarına uyarlanması için her zaman uyarlama davası açılabilir".*

Sonuç

TBK md. 138 hükmü uyarınca aşırı ifa güçlüğü nedeniyle uyarlama talep edilebilmesi için borçlunun borcunu henüz ifa etmemiş olması ya da ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak borcunu ifa etmiş olması gerekir. Borçlunun ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak borcunu ifa etmesi koşulu, taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durumun ortaya çıkmasından sonra yapılan ödemeler içindir. Bu düzenleme şöyle bir varsayıma dayanmaktadır: Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir duruma rağmen borçlu borcunu ifa etmişse o zaman ifa güçlüğünün mevcudiyetinden de bahsedilemez. Oysa yıllık işyeri kira bedelinin pandemiden önce peşin ödenmiş olması halinde, kira bedelinin kiracı tarafından ödendiği tarihte henüz taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum söz konusu değildir. Bu nedenle kiracının olağanüstü bir durumun mevcudiyetine rağmen borcunu çekincesiz olarak ifa etmiş olduğundan ve TBK md. 138 hükmü uyarınca uyarlama talep edemeyeceğinden bahsedilemez. Yıllık işyeri kira bedelinin ödendiği tarihte yeni koronavirüs (Covid-19) salgını söz konusu olmadığından kiracının ihtirazı kayıt koyması başka bir deyişle ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutması mümkün değildir. O halde, yıllık işyeri kira bedelinin pandemiden önce peşin ödenmiş olması halinde kiracının uyarlama talebi bakımından borçlunun ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak borcunu ifa etmesi koşulu aranamaz.

[38] Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. (2021). https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/3-hukuk-dairesi-e-2018-5741-k-2019-7695-t-9-10-2019 adresinden erişildi. (ET: 25.06.2021).

Yeni koronavirüsün (Covid-19) Dünya Sağlık Örgütü tarafından 11 Mart 2020 tarihinde pandemi ilan edilmesinden sonra dahi ihtirazı kayıt konmaksızın ödenen işyeri kira bedelleri için de kiracı tarafından uyarlama talep edilebilir. Zira uyarlama talebi için sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülemeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durumun ortaya çıkması tek başına yeterli değildir, bu durumun sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirmesi gerekir. Başka bir deyişle olağanüstü durumun sözleşme üzerindeki olumsuz etkilerinin ortaya çıkması gerekir. Buna göre pandeminin ortaya çıkmasından sonra ancak pandeminin sözleşme üzerindeki olumsuz etkilerinin ortaya çıkmasından önce yıllık işyeri kira bedelinin ihtirazı kayıt konulmaksızın peşin ödenmiş olması halinde dahi uyarlama talep edilebilir. İçinde bulunduğumuz durum, bırakın basiretli taciri, devletlerin dahi sonuçlarını öngöremediği bir durumdur. 11 Mart 2020 tarihini bir milat kabul etmek ve bu tarihten sonra ihtirazı kayıt konmaksızın yapılan ödemeler için uyarlama talep edilemez deyip konuyu kestirip atmak mümkün değildir. Bu nedenle her somut olay özelinde pandeminin etkilerinin değerlendirilmesi gerekir.

KAYNAKÇA

Acar Ünal, Ö. (2020). Covid-19 virüsünün sözleşmelere etkisinin TBK md. 138 hükmü çerçevesinde değerlendirilmesi. Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu Bildiri Metin Kitabı (s.285-330). İstanbul: İbn Haldun Üniversitesi Yayınları.

Arat, A. (2006). Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Arat, A. (2020). Küresel salgının işyeri kiralarına etkisi ve çözüm önerileri. Lexpera blog 30.04.2020. https://blog.lexpera.com.tr/kuresel-salginin-isyeri-kiralarina-etkisi-ve-cozum-onerileri/ adresinden erişildi. (ET: 25.06.2021)

Baysal, B. (2009). Sözleşmenin uyarlanması. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Eren, F. (2012). Borçlar hukuku genel hükümler, Ankara: Yetkin Yayınları.

Kazancı Hukuk Otomasyonu. (2021). https://www.kazanci.com.tr adresinden erişildi. (ET: 25.06.2021).

Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. (2021). https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2017-90-k-2018-1259-t-27-6-2018 adresinden erişildi. (ET: 25.06.2021).

Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. (2021). https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/3-hukuk-dairesi-e-2018-5741-k-2019-7695-t-9-10-2019 adresinden erişildi. (ET: 25.06.2021).

Oğuzman, K. ve Öz, T. (2012). Borçlar hukuku genel hükümler cilt I, İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Serozan, R. vd. (2014). İfa, ifa engelleri, haksız zenginleşme, İstanbul: Filiz Kitabevi.

Topuz, S. (2009). Türk-İsviçre ve Alman borçlar hukukunda denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale (hâkimin sözleşmeyi uyarlaması). Ankara: Yetkin Yayınları.

Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük. (2021). https://sozluk.gov.tr/ adresinden erişildi. (ET: 25.06.2021).

Uygur, T. (2003). Açıklamalı-içtihatlı borçlar kanunu, sorumluluk ve tazminat hukuku cilt I. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Ünal, M. (2020). Koronavirüs (covid-19) salgını sebebiyle alınan tedbirlerin işyeri kira sözleşmelerine etkisi. Lexpera blog 11.05.2020. https://blog.lexpera.com.tr/koronavirus-covid-19-salgini-sebebiyle-alinan-tedbirlerinisyeri-kira-sozlesmelerine-etkisi/ adresinden erişildi. (ET: 25.06.2021).

VERGİ HUKUKUNDA TANIK DELİLİ: CEZA MUHAKEMESİ KANUNUNUN VERGİ YARGILAMASINDA UYGULANABİLİRLİĞİ

Dr. Öğr. Üyesi Altan RENÇBER

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı

ORCID ID: 0000-0002-3687-1858

Öz

Vergi Usul Kanunu 3. maddesinde vergiyi doğuran olay ile ilişkisi tabii ve açık bulunan tanık ifadesinin vergi hukukunda bir ispatlama aracı olduğunu belirtmiştir. Vergi uygulaması da bu yönde ilerlemekte özellikle inceleme aşamasında vergi doğuran olay ile ilişkisi olan tanıklar dinlenmekte ve bu tanık beyanları inceleme raporları kapsamında dava dosyalarına da girmektedir. Ancak İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda "tanık" deliline ilişkin bir hüküm bulunmaması nedeniyle bu tanıkların mahkemede dinlenmesi vergi mahkemelerince kabul edilmemektedir. Tanık delilin Vergi Usul Kanunu'nda düzenlenmiş olması ancak bu delile ilişkin ne Vergi Usul Kanunu'nda ne de İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda hiçbir düzenleme olmaması birçok hukuka aykırılığın doğmasına neden olabilmektedir. Bu makalede de tanık delili değerlendirildikten sonra temelde bu hukuka aykırılıkların neden ortaya çıktığı tespit edilecek; bu hukuka aykırılıkların giderilebilmesi için Ceza Muhakemesi Kanunu'nun vergi yargılamasında uygulanıp uygulanamayacağı, uygulanacak ise mevcut uygulamada neleri değiştireceği değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Vergi Hukuku, Delil, Tanıklık, Ceza Muhakemesi

WITNESS STATEMENT IN TAX LAW: APPLICABILITY OF THE CRIMINAL PROCEDURE LAW IN TAX PROCEDURE

Abstract

In Article 3 of the Tax Procedure Law, it stated that the testimony of the witness, whose relationship with the taxable event is natural and clear, is a means of proof in tax law. The tax practice is also progressing in this direction, especially during the examination phase, witnesses who are related to

the tax incident are listened and these witness statements are also included in the case files within the scope of the examination reports. However, since there is no provision regarding "witness" evidence in the Administrative Trial Procedure Law, the hearing of these witnesses in the court is not accepted by the tax courts. The fact that the witness evidence is regulated in the Tax Procedure Law, but there is no regulation in either the Tax Procedure Law or the Administrative Judicial Procedure Law regarding this evidence may cause many unlawfulnesses. In this article, after evaluating the witness evidence, it will be determined why these illegality violations occurred; In order to eliminate these violations of the law, it will be evaluated whether the Criminal Procedure Code can be applied in tax proceedings and if so, what will it change in the current practice.

Keywords: Tax Law, Evidince, Witness, Criminal Procedure Law

Giriş

Tanıklık, idari yargılama usulünün, bu bağlamda vergi yargılaması usulünün ve hatta vergi hukukunun vergisel işlem boyutunun en grift ve üzerinde tartışılması gereken konularındandır. Tartışmanın temel hak ve özgürlükler, bu bağlamda "adil yargılanma hakkı" ve "adil yargılama yükümü" ile bağlantılı olması bir yana, Vergi Hukuku'nun soruşturma boyutunda, "adil vergisel işleme muhatap olma hakkı" ile de yakından ilgili olduğu ve konunun bu hak ekseninde de irdelenmesi gerektiği açıktır.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu (VUK) 3. maddesinde vergi hukukunda delil serbestisi olduğunu belirttikten hemen sonra "*vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık bulunmayan şahit ifadesi ispatlama vasıtası olarak kullanılamaz*." diyerek delil serbestisine bir istisna getirmiş; tanık ifadesinin ancak belirli şartlar altında geçerli olabileceğini belirtmiştir.[1] Bununla birlikte ne VUK'da ne de vergi yargılamaları açısından uygulama alanı bulan 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda (IYUK) bu konuda ayrıntılı hiçbir düzenleme bulunmamaktadır. Oysa IYUK'un 31. maddesinde tanıklık dışında belirli konularda atıf yaptığı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) 240-265. maddeleri arasında, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu da (CMK) 43 ve 61. maddeleri arasında tanıklığa ilişkin oldukça ayrıntılı düzenlemelere gitmiştir. Bu bağlamda öncelikle vergi hukuku açısından tanık delili incelenmeli ve tanık deliline ilişkin nasıl bir uygulama yapıldığı tespit edilmeli ardından da olası bu hukuki boşluğun nasıl doldurulması gerektiği tespit edilmelidir.

[1] Doğan Şenyüz, Mehmet Yüce, Adnan Gerçek, **Vergi Hukuku,** Ekin, Bursa, 2019, s.81.

I.TANIK DELİLİ

A. Genel Olarak

En temel anlamı ile tanık muhakeme konusu olay hakkında beş duyusu aracılığıyla öğrendiklerini anlatan üçüncü kişiye denmektedir.[1] Tanık, davada taraflar arasında çekişmeli olan ve geçmişte meydana gelmiş olaylar ve durumlara ilişkin olarak sahip olduğu bilgi ve algıları mahkemeye aktaran kişidir.[2]

Tanık delili, beyan delili çeşitlerinden biridir. Tanık beyanı, taraflardan olmayan fakat olayın tanığı olmuş bir kişinin olay hakkında beş duyusu ile edindiği bilgileri sübut konusunda karar verecek olan mahkeme veya onun yerine duruşma yaparak tanık dinlemeye yetkili kılınmış bir mahkeme veya hakim önünde tanıklık ederken yapmış olduğu sözlü beyandır.[3]

Tanık, kendisi hakkında yürütülmeyen bir muhakemede bildiklerini anlatan herhangi bir kişidir. Delil olan tanığın açıklamalarıdır. Tanık ise bu delillerin kaynağıdır.[4]

Anayasa mahkemesi ise[5] vermiş olduğu bir kararında tanık kavramını daha geniş bir şekilde "*sanığa isnat edilen fiil hakkında bilgi veren herhangi bir kişi*" olarak tanımlamıştır. Mahkemeye göre tanık, bu suça iştirak eden, olayın mağduru, şikayetçi ve hatta devletin görevlendirdiği gizli/gizli olmayan soruşturmacı dahi olabilir.

Ancak teknik anlamıyla tanık uyuşmazlık konusu olan olayın tarafı bir kişi değildir. Olayın tarafı olmamak, muhakemede iddia ve savunma makamında yer almamak anlamına gelir. Örneğin olayın mağduru veya suçtan zarar gören kişinin dinlenmesinde tanıklığa ilişkin hükümler uygulansa bile teknik anlamda bu kişiler tanık değildirler. Benzer şekilde olayda şüpheli veya sanık olan kişiler de tanık olarak dinlenemezler. Bunun temel nedeni ise bu kişilerin gerektiğinde mahkumiyetine hükmedilecek kişiler olmasıdır, bu nedenle tanıklıkta olduğu şekliyle örneğin gerçeği söyleme yükümlülüğü gibi hükümler bu kişiler hakkında uygulanamaz.[6] Mahkeme hakimi ise olayın tanığı olur ise o davaya bakamaz (CMK md.22/1-h)

Tanık beyanı, genel olarak muhakeme hukukunda, özel olarak ise ceza muhakemesi hukukunda delil olarak kabul edilmektedir. Delil ise yargılama görevini yapıp bir uyuşmazlığın ispat konusu olan

[1] Nurullah Kunter, **Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku,** İstanbul, 1989, No:343.
[2] Yusuf Karakoç, **Genel Vergi Hukuku,** Yetkin, Ankara, 2019, s.713.
[3] Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku,** Seçkin, Ankara, 2020, s.519; Nur Centel, Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku,** Beta, İstanbul, 2020, s.283; Yener Ünver, Hakan Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku,** Adalet, Ankara, 2020, s.258.
[4] Cumhur Şahin, Neslihan Göktürk, **Ceza Muhakemesi Hukuku II**, Seçkin, Ankara, 2020, s.35.
[5] Anayasa Mahkemesi Ulaş Bayraktaroğlu/Tuncay Yılmaz Başvurusu, Başvuru No: 2015/1521 Tarih:01.07.2020.
[6] Şahin, Göktürk, s.35.

maddi yönü hakkında karar verecek mahkemeye hakikati gösterme vasıtası olduğundan, ceza muhakemesinde tanık beyanı adlı delilin mahkemeye beyanla bilgi verme niteliğinde olması gerekir. Olayın tanığı olan kişinin sözleri ancak tanıklık ederken "tanık beyanı" adını almaktadır. Bunun dışındakilere ifade denir ki o da tutanağa geçince "belge" delilini oluşturur.[7]

Ceza muhakemesinde soruşturma evresinde hatta ara soruşturmada, erken dinleme dışında, savcıya ve sulh ceza hakimlerine verilen ifadeler tanık beyanı delilini oluşturmaz. Zira bu kişiler ya hakim bile değildir ya da kovuşturma yapacak mahkeme adına harekete yetkili değildir. Bu sebeple bir mahkemenin kovuşturma evresinde "tanık beyanı" deliline dayanabilmesi için, soruşturma evresinde yeminle ifade vermiş olan kişinin mahkemeye gelip beyanda bulunması gerekmektedir. Mahkemede beyandan çekinme hakkı olan tanığın, polise ve savcıya ifade vermeme hakkı olacağı ise açıktır. Bu nedenle bu kişilere bu yetkileri, mahkemede olduğu gibi hatırlatılmalıdır.[8]

İleride suç şüphesi altında kalması muhtemel kişiler de tanık olarak dinlenmemelidir. Dinlenmiş olmaları durumunda ise bu beyanları soruşturma ve kovuşturmada değerlendirilmemelidir.[9]

Bu noktada tanık beyanının değeri de tartışılmalıdır. Tanık beyanının önemi, gözlemlenen maddi olayları bizzat açıklığa kavuşturabilmesinden kaynaklanmaktadır.[10] Tanık beyanının değeri tanığın olayı aksettirdiği, temsil ettirdiği ölçüdedir. Tanık doğrudan olayın tanığı olmuş ise, o bilgiye dayanan tanık beyanının gerçeği aksettirmiş olması ihtimali de artmaktadır.[11] Ancak eğer örneğin tanık duyduklarını, dolaylı olarak söylüyor ise duyduklarının doğruluğunu kendisi de bilemeyeceğinden delilin değeri düşmektedir.[12] Ancak hem doğrudan hem de dolaylı tanıklıkta beyanların güvenilirliğine ihtiyatla yaklaşmak gerekir. Zira birçok sebepten ötürü tanıklar yalan veya yanlış beyanda bulunabilmektedir.[13]

B. Vergi Hukukunda Tanık Delili

1. Vergilendirme Aşamasında

VUK md. 3'de vergi hukukunda delil serbestisi olduğunu belirtildikten hemen sonra "*vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık bulunmayan şahit ifadesi ispatlama vasıtası olarak kullanılamaz*." diyerek

[7] Yenisey, Nuhoğlu, s.519.
[8] Yenisey, Nuhoğlu, s.520.
[9] Kunter, No:343.
[10] Ünver, Hakeri, s.258.
[11] Kunter, No:344.
[12] Tanık beyanının değerine ilişkin bir hüküm 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu'nun 9. maddesinin 8. fıkrasındadır. Bu hükme göre, tanık koruma kapsamında kimliği gizli tutulan beyanı tek başına hükme esas teşkil etmez.
[13] Şahin, Göktürk, s.38.

delil serbestisine bir istisna getirilmiş; tanık ifadesinin ancak belirli şartlar altında geçerli olabileceğini belirtmiştir.

Görüldüğü üzere tanık beyanı vergi hukukunda delil olarak kabul edilmektedir. Bu delile ise öncelikle vergilendirme aşamasında vergi idaresi tarafından başvurulmaktadır.

İlk olarak böyle bir hükmün VUK'ta yer almasının doğru olup olmadığı değerlendirilmelidir.

Vergi komisyonları ile bunların "yargılama olmayan yargı" faaliyetlerinin ve usullerinin VUK'ta düzenlendiği dönemlerde, vergisel soruşturma ve araştırma/denetleme aşamasındaki ispat ve benzeri yargılama ile ilgili kurumların VUK'ta düzenlenmiş olması doğal bir olgudur. Ama aynı mantığın 1982 yılında İYUK'un kabulü ve gerçek anlamda bir yargılama rejimi getirilmesinden sonra devam ettirilmesinde, ispata ve yargıcın görevine giren konuların VUK'ta düzenlenip uygulamada kurumların bunlar ile açıklanmaya çalışılmasında kabul edilebilir bir yön bulunmamaktadır. Olması gereken ispat konusu da dahil araştırma ve denetleme işlemlerinin yargı öncesi uygulanabilecek tüm koruma önlemlerinin, bu konularda eksik, hatalı ve yargı makamlarının kararı olmaksızın el koymaya kadar varan normlar içeren VUK'tan çıkarılarak temel hak ve özgürlükler odaklı yeniden düzenlenecek İYUK'ta veya en doğrusu ayrı bir Vergi Yargılama Usul Yasası'nda ele alınmasıdır.[14]

Vergi Usul Kanunu'nda yer alan tanıklığa ilişkin bu hükmü incelediğimizde ise her türlü tanık beyanının bu kanun hükmüyle kapsanmadığı görülmektedir. Gerçekten de Vergi Usul Kanunu'nun 3/B/II maddesine göre tanık beyanının delil olabilmesi için vergiyi doğuran olay ile doğal ve açık bir ilgisinin bulunması gerekmektedir. Vergi hukukunda böyle bir sınırlama getirilmiş olmasının nedeni mükellefe bir koruma sağlamaktır.[15]

VUK'taki bu hüküm delil kaynağı yasağı anlamlıdır. Yani bu nitelikteki tanık beyanı delil olamaz, yargılamada ileri sürülemez ve tanık dinlenme talebi reddedilir.[16]

Belirtmek gerekir ki bu düzenleme eksik bir düzenlemedir. Zira madde sadece "vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti" konusunda ispattan söz etmiştir. Oysa ki vergisel işlem sürecinde, ispat meselesi sadece bu konularla sınırlı değildir. Örneğin işyerinin müsait

[14] Mahmut Kaşıkcı, **Vergi Yargılaması Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi,** Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s.136: (Yargılamanın Yenilenmesi) *"Temel hak ve özgürlüklerle bu derece yakından ilgili olan, tarihsel süreçte hak arama özgürlüğünün çıkış notalarından birni oluşturan Vergi Hukuku'nda halen, "efendim bu vergi, gelirlerle ilgili konuü burada özel kural getirip işleri ve işlemleri hızlı sonuçlandırmak gerekir, hazine menfaati söz konusudur" benzeri yaklaşımlarla VUK'un eksik düzenlemelerini ve temel hak ve özgürlüklerle ilgili ciddi sorunları göz ardı etmek; çağdaş hak ve özgürlük anlayışına taban taba zıt bir mantıktır."*

[15] Selim Kaneti, Esra Ekmekci, Gülsen Güneş, Mahmut Kaşıkcı, **Vergi Hukuku,** İstanbul, Filiz, 2019, s.84; Gülsen Güneş, "Vergi Hukukunda Deliller" İÜHFM, C. LI, 1986, ss.475-494, s.491.

[16] Mahmut Kaşıkcı,**Vergi Hukukunda Arama Koruma Önlemi,** Ethemler, İstanbul, 2007, s. 181.

olmadığı, tüm işlemlerin geçersizliğini sonuçlayacak aramada ya da incelemede yasal koşullara uyulmadığı yönünde okuma komisyonları ya da uzlaşma boyutunda bir iddia ileri sürüldüğünde bu iddianın vergiyi doğuran olay ve onun mahiyeti ile herhangi bir ilgisi bulunmamaktadır. Bu aşamalarda yükümlünün tanık diletme hakkının bulunduğu ve bu hakkın tanınmasının ya da talebin idarece göz ardı edilmesinin adil vergisel işlem ilkesine aykırılık oluşturacağı da ortadadır.[17]

Vergi uygulamasında ve doktrininde bu aşamada verilen ifadeler her ne kadar "tanık delili" olarak kabul edilse de aslında bunlar teknik anlamıyla tanık delilini oluşturmaz. Yukarıda da belirtildiği üzere ifade alan bu kişiler hakim değildir ve kovuşturma yapacak mahkeme adına herhangi bir yetkileri yoktur.[18] Bu sebeple bu delillerin tanık beyanı sayılması için bu kişilerin mutlaka mahkemede dinlenmiş olması gerekmektedir.

Doğal ve açık ilginin ne zaman bulunduğuna yönelik ise herhangi bir belirleme yapılmamıştır. Kaneti'ye göre bu durumda tanığın vergiyi doğuran olay ile doğrudan bir iktisadi ilişkisinin olması gerekmektedir. Örneğin, alım satım görüşmeleri sırasında, konuşmalara rastlantısal olarak tanık olduğunu söyleyen kimsenin ifadesi vergi hukukunda delil olmaz.[19] Veya örneğin kira kontratında gösterilen bilginin aksi, kirada taraf olmayanların ifadesi ile kanıtlanamaz.[20] Örneğin bir müteahhittin incelenmesi durumunda, satmış olduğu evlerin gerçek bedelinin bulunması için evi satın alan kişilerin de dinlenmesi ve bu kişilerin beyanlarının inceleme raporuna eklenmesi, hatta çoğu zaman da buna göre tarhiyat yapılması mümkündür. Benzer şekilde bir doktorun serbest meslek kazancı araştırılırken onun tedavi ettiği hastalara veya bir avukatın serbest meslek kazancının belirlenmesi için müvekkillerinin ifadesine başvurulabilmektedir.[21]

Tesadüfen oraya çıkmış olan bir ilişkinin delil olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir. Örneğin komşuların, bir mükellefin 40 ton portakal sattığını gördükleri tarzındaki ifadeleri, vergi hukuku açısından bir değer taşımayacaktır.[22]

Bu bağlamda vergiyi doğuran olayla bağı, bu olayın gerçekleşmesine aracılık ve yardım etme niteliğinde olanların da örneğin vergiyi doğuran olayın oluşmasında taraf olan kimsenin vekili veya

[17] Kaneti, Ekmekci, Güneş, Kaşıkcı, s.86; Kaşıkcı, **Yargılamanın Yenilenmesi,** s.138.
[18] Yenisey, Nuhoğlu, s.520.
[19] Kaneyi, Ekmekci, Güneş, Kaşıkcı, s.85; Benzer yönde bknz: Kamil Mutluer, Nilay Dayanç Kuzeyli, **Vergi Hukuku Genel ve Özel Hükümler,** Yetkin, Ankara, 2019, s.125.
[20] Danıştay 4.D'nin, E.1984/478, K.1985/714 numaralı ve 06.03.1985 tarihli kararı: Kazancı İçtihat Programı (Çevrimiçi) Son Erişim: 11.01.2021.
[21] Karakoç, **Genel Vergi Hukuku,** s.724; Benzer yönde bknz: Erdoğan Öner, **Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi,** Seçkin, Ankara, 2012, s.192.
[22] Yılmaz Özbalcı, **Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları**, Oluş, Ankara, 2010, s.73.

temsilcisi sıfatıyla işlemde bulunan kişilerinde bu kapsamda değerlendirilmesi ve tanıklıklarının kabul edilmesi gerekir.[23]

Bu düzenlemelerden ispat meselesinde sadece beyanının geçerli olduğun ya da tanıklığın tali bir delil olduğu gibi bir sonuç çıkartılmamalıdır.[24] Zira belge ve kayıt düzeninin olduğu bir alanda tanık ifadesi temelde bunları desteklemek için kullanılacaktır.[25]

Ayrıca bu tanık ifadelerinin kabul edilebilmesi için, tanık ile mükellef arasında herhangi bir husumet bulunmaması gerekmektedir. Aksi halde bunlar delil olarak kabul edilmeyecektir.[26]

Son olarak belirtmek gerekir ki adil işlem ilkesi ve silahların eşitliği ilkesi gereği işlem sürecinde (örneğin inceleme aşamasında) sadece idare değil; yükümlü, sorumlu ya da ceza muhatapları da tanık dinlenilmesini talep etme hakkına sahiptirler. Bu boyutu ile VUK da getirilmiş olan tanık kuralı, onların göstereceği tanıkların tanıklıkları ile ilgili de bir delil yasağı getirmektedir. Aksi yönde bir uygulama adil vergisel işleme muhatap olma hakkının ve silahların eşitliği ilkesinin ihlali niteliğinde olacaktır.[27]

2. Yargılama Aşamasında

Vergi hukukunda yargılama aşamasında tanık dinlenmesi mahkemelerde kabul edilmemektedir. Bunun İYUK'dan kaynaklanan çeşitli gerekçeleri bulunmaktadır.[28] Buna göre; İYUK'da yazılı yargılama usulünün kabul edilmiş olması; kanunda tanık dinlenmesine ilişkin herhangi bir hükmün bulunmaması ve kanunda boşluk olan bazı durumlarda HMK'nın ilgili hükümlerinin uygulanacağını düzenleyen 31. maddede "tanık"lıktan bahsedilmemiş olması gerekçeleriyle vergi yargılamasında tanık dinlenmemektedir.[29] Belirtmek gerekir ki, kişiler ile devlet arasındaki uyuşmazlıklarda, kişiler ve devlet arasındaki ceza davalarına uygulanan CMK yerine kişiler arasındaki uyuşmazlıklara ilişkin olan HMK'ya atıf yapmak bile başlı başına hukuk mantığına aykırıdır.

[23]Gamze Gümüşkaya, **Vergi Hukukunda İspat,** İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tez, İstanbul, 2015, s.285.

[24] Örneğin, Noter satış senedinin sahteliği veya geçersizliği tespit edilmeden, satıcıların satış senedinde belirtilenden farklı fiyatla satış yaptıkları yolundaki ifadelerinin maddi delil niteliğinde olamayacağı hakkında: Danıtşay 4.D'nin E.1984/3807, K1985/374 numaralı ve 13.02.1985 tarihli kararı: Aktaran: Özbalcı, s.79.

[25] Nihal Saban, **Vergi Hukuku,** Beta, Ankara, 2019, s.510: "…Alıcı beyanlarının vergiyi doğuran olayla olan ilgileri nedeniyle vergilendirmede maddi delil olacağı genel kabul gören bir ilke olmakla birlikte bu beyanların diğer delillerle desteklenmesi gerekmektedir.": Danıştay 4.D'nin E.1323/1999, K.4273/1999 numaralı ve 24.11.1999 tarihli kararı.

[26] Danıştay 4.D'nin, E.1978/1693, K.1979/460 numaralı ve 23.02.1979 tarihli kararı: Kazancı İçtihat Programı (Çevrimiçi) Son Erişim: 11.01.2021.

[27] Kaşıckı, **Yargılamanın Yenilenmesi,** s.140.

[28] Ateş Oktar, **Vergi Hukuku,** Türkmen, İstanbul, 2018, s.71.

[29] Gümüşkaya, s.286. Danıştay 8.D'nin, E.2003/3369, K.2004/917 sayılı ve 25.02.2004 tarihli kararı: Lexpera İçtihat Programı, (Çevrimiçi), Son Erişim: 11.02.2021.

Doktrinde bu uygulamanın temeli olarak, Fransız Danıştay'ının eski içtihatlarında tanık dinlenemeyeceğini kabul etmiş olması ve Türk idari yargılama usulünün belirlenmesinde Fransız Danıştayı'nın önemli etkisi gösterilmektedir. Ancak günümüzde de Fransız Danıştayı içtihat değişikliği yaparak idari davalarda tanık dinlenilmesi yolunu açmıştır.[30]

Vergi yargısında tanık dinlenilmemesini dolanmak isteyen ve tanık delilinden yararlanmak isteyen vergi mükellefleri ise, dinletmek istedikleri tanıkları notere götürüp beyanlarını kayıt altına almakta ve bu kayıtları vergi mahkemesine sunmaktadır. Noterler bir nevi delil tespitinde bulunmaktadırlar.[31]

Yukarıda da defaatle belirttiğimiz üzere aslında bu yöntem ile ortaya çıkan delil "tanık delili" niteliğini sağlamamaktadır. Tanık beyanı adlı delilin mahkemeye beyanla bilgi verme niteliğinde olması gerekmektedir. Bu nedenle VUK md.3 gereği tanık delili kabul edildiğinden ilgili tanıkların mutlaka mahkemede dinlenmesi gerekmektedir.

Vergi mahkemesinde tanık dinlenmesinin kabul edildiği tek hal Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 378. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; "*Danıştay ve Vergi Mahkemelerinde yapılacak duruşmalarda, iddia ve savunmanın gerekli kıldığı hallerde, mahkeme vergi davasına konu olan tarhiyatın dayanağı incelemeyi yapmış bulunan inceleme elemanları ile, mükellefin duruşmada hazır bulundurduğu mali müşaviri veya muhasebecisini de dinler*."

C. Ara Değerlendirme

İlk olarak tespit edilmesi gereken husus mevcut hükümler uyarınca vergi yargılamasında tanık dinlenip dinlemeyeceğidir

Düşüncemiz VUK md. 3'ün açık hükmü karşısında bu tartışmayı yapmanın dahi gereksiz olduğu, vergi yargılamasında tanık dinlenilmesinin zorunlu olduğu yönündedir.

Kaldı ki tanık dinletilmesi bir adil yargılanma hakkıdır. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının d bendine göre, bir suç ile itham edilen herkes iddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı şartlar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını isteme haklarına sahiptir. Bir başka deyişle bu hükme göre; bir suç ile itham edilen herkes[32] tanıkları dinletme ve tanıkları sorgulama hakkına sahiptir.[33] Mahkeme bu imkandan verilmeden, kişinin sadece aleyhe verilen tanık beyanlarına dayanılarak

[30] Gümüşkaya, s.141.
[31] Karakoç, **Genel Vergi Hukuku,** s.714.
[32] Kabahatlerin de bu kapsamda olduğuna ilişkin olarak bknz: Engel v.s. Hollanda, 8 Haziran 1976; Bendenoun v.s. Fransa 12547/86, 24 Şubat 1994.
[33] Mine Uzun, "*Bir Adil Yargılanma Hakkı Olarak Tanığı Sorgulama Ve Tanık Dinletme Hakkının Türk Vergi Yargılamasındaki Yeri*" Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 63 (1) 2014, ss.219-245, s.227.

mahkum edilmesini adil yargılanma hakkının ihlali olarak kabul etmektedir.[34] Mevcut uygulamanın bu yönüyle dahi İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne aykırılığı ortadadır.

Aksine bir kabul, tanık beyanını sadece idari aşamada olağanüstü tarhiyat yapılırken özellikle vergi inceleme raporu yazılırken yararlanılan bir husus haline getirir ki bu tanık beyanın özüne aykırı bir uygulamadır. Yukarıda da belirtildiği üzere tanık beyanı ancak mahkeme önünde sunulduğu zaman hukuki anlamı ile tanık beyanı haline gelecektir. Vergi inceleme raporlarında yer alan "tanık beyanları" mahkeme önünde, belirli usuller dahilinde beyan edilmedikçe "tanık beyanı" niteliğinde olmayacaktır. Bu nedenle de mevcut uygulamada Vergi Usul Kanunu'nun hükmü yerine getirilmemekte kanuna aykırı bir uygulama yapılmaktadır.

Öncelikle İYUK'da tanık beyanının düzenlenmediği bu nedenle kabul edilemeyeceği görüşü isabetli değildir. Zira VUK, İYUK'a göre özel kanundur; nasıl ki VUK md. 378 gereği örneğin mükellefin mali müşaviri dinleniyorsa, VUK md.3'ün gereği de yerine getirilmeli ve tanık dinlenilmelidir. Bunun için illa İYUK'da bir düzenleme olması gerekli değildir. Ayrıca İYUK'da tanık dinlenmesini yasaklayan herhangi bir hüküm bulunmaması da tanık dinletilebileceğinin bir başka göstergesidir. Duruşmada ya da yargılamada tutanak ile tanık dinletilmesine ilişkin bir hükmün bulunmaması ya da IYUK md.1'de modern hukuk anlayışının gerisinde kalan, birçok madde ve kuralla çelişen yazılılık ile ilgili hükmün varlığı bu durumun yasak olduğu anlamına gelmemektedir.[35]

Gerçekten de İYUK'da yazılı yargılama usulünün kabul edildiği ve bu nedenle tanık dinlenemeyeceği iddiası dayanaktan yoksun bir iddiadır. Her ne kadar İYUK 1. maddesinde yazılı yargılama usulünü kabul etmiş olsa da 17. maddesinde duruşmaya ilişkin düzenlemeler getirerek bu kurula istisna getirmiştir. Her ne kadar düzenleniş şekli ve yer aldığı kanun bakımından eleştiriler getirsek de; VUK md.3'ün de buna bir istisna olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Zaten duruşmanın olduğu bir yargılama sisteminde tanık dinlenmesinin kabul edilmemesi hukuk mantığından uzaktır. Tek gereken duruşma tutanaklarına ilişkin bazı teknik düzenlemelerdir.[36]

IYUK md. 31'de tanık konusunda HMK'ya atıf yapılmamış olması da tanık dinlenemeyeceği anlamına gelmemektedir. Tanık dinlenilmesi için mutlaka HMK'ya bir atıf yapılmasına gerek yoktur. Gerekli olan düzenleme VUK md.3'dür.

[34] Rachdad v.s. Fransa 71846/01, 13 Kasım 2003; benzer yönde bknz: Windisch v.s. Avusturya 12489/86, 27 Eylül 1990: Kararın ayrıntılı değerlendirmesi için bknz: Uzun, s.228.
[35] Kaşıkcı, **Yargılamanın Yenilenmesi,** s.142.
[36] Mevcut uygulama açısından da bu gereklidir. Zira duruşmada mükellefin veya mali müşavirinin dinlenmesi ancak yapmış oldukları savunmaların tutanaklara geçirilmemiş olması, duruşma yapılmasının bütün önemini azaltmaktadır. Hakimlerin daha sonra karar verirken bu savunmaları hatırlamaları ve dikkate almaları savunma tutanakları olmadan kolay değildir.

Tanık dinlenmesi gerektiğini bize gösteren bir diğer husus da aslında yukarıda bahsetmiş olduğumuz VUK md. 378 hükmüdür. " ... *mükellefin duruşmada hazır bulundurduğu mali müşaviri veya muhasebecisini de dinler*." ifadesindeki "de" bağlacı, duruşma sırasında bu maddede yazan kişiler dışında (VUK md.3'de bahsedilen kişiler) dinlenecek kişi olduğu tezini de kuvvetlendirmektedir.[37]

Vergi hukukunda tanık delilinin kabul edildiğini ve yargılama aşamasında mutlaka tanık dinlenilmesini kabul ettikten sonra bir başka soruna da dikkat çekmek gerekmektedir.

Tanıklığa ilişkin hem CMK'da hem de HMK'da oldukça ayrıntılı düzenlemeler bulunmaktadır. Bu denli ayrıntılı düzenleme olması tanık sisteminin işleyişi açısından oldukça önemlidir. Kişin tanıklığa çağrılması, hangi durumlarda tanıklıktan çekineceği, yalan veya yanlış tanıklık yapması durumunda bunun ne tür sonuçları olacağına yönelik düzenlemeler mutlaka kanunda bulunmalıdır. Örneğin kişinin tanıklık yapmayı reddedip edemeyeceğine yönelik bir düzenleme olmaması durumunda, tanıklık kurumu doğru düzgün işlemeyecek, idarenin tanık olması için davet ettiği herkes tanıklık yapmaktan kaçınabilecektir.

Aslında bu noktada çok önemli bir sorun tanıklığa ilişkin çekinme hükmünün bulunmamasına ilişkin olarak mevcut vergi uygulamasında bulunmaktadır. Daha önce de belirtildiği üzere VUK md.3'e göre tanık olabilecek kişiler vergiyi doğuran olay ile doğrudan ilişkisi bulunan kişilerdir. Bu da çoğu zaman inceleme raporlarında tanıkların verdiği beyanların bizzat tanıkların kendilerini suçlayıcı bir hal almasına neden olabilmektedir. Örneğin inşa etmiş olduğu evleri yüzbin liraya satmış olduğunu iddia eden ve buna göre de fatura düzenlemiş olan müteahhitte yönelik hazırlanan bir inceleme raporunda, müteahhitten ev alan kişilerin de tanıklığından yararlanılacaktır. Ancak bu kişiler muhtemel vergi kabahatinin failidir ve verecekleri ifade kendilerini suçlayıcı da olabilecektir. Gerçekten de evlerin yüz bin lira değil de iki yüz bin liraya alındığı ve aradaki farkın elden ödendiği varsayımında daire alan kişi de özel usulsüzlük kabahatinin faili olacaktır.[38] Vergi idaresi bu durumlarda tanıklardan açıkça kendilerini suçlayıcı beyan vermelerini beklemektedir. Oysaki bu duruma ilişkin hem HMK md. 250'de, hem de CMK md. 48'de hüküm bulunmakta ve bu kişilerin tanıklıktan çekilebileceği kabul edilmektedir. Zaten aksini kabulü Anayasa'nın 38. maddesinde "*Hiç*

[37] Gümüşkaya, s.288.

[38] Vergi Usul Kanunu'nun ilgili 353. maddesinin 1. fıkrası hükmü şu şekildedir: "*Elektronik belge olarak düzenlenmesi gerekenler de dâhil olmak üzere, verilmesi ve alınması icabeden fatura, gider pusulası, müstahsil makbuzu ile serbest meslek makbuzlarının verilmemesi, alınmaması, düzenlenen bu belgelerde gerçek meblağdan farklı meblağlara yer verilmesi, bu belgelerin elektronik belge olarak düzenlenmesi gerekirken Maliye Bakanlığınca belirlenen zorunlu haller hariç olmak üzere kâğıt olarak düzenlenmesi ya da bu Kanunun 227 nci ve 231 inci maddelerine göre hiç düzenlenmemiş sayılması halinde; bu belgeleri düzenlemek ve almak zorunda olanların her birine, her bir belge için 240* ***(380)*** *Türk lirasından aşağı olmamak üzere bu belgelere yazılması gereken meblağın veya meblağ farkının %10'u nispetinde özel usulsüzlük cezası kesilir.*"

kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz." şeklinde yer alan "*nemo tenetur*" ilkesine de aykırılık teşkil edecektir.

Bu noktada ne yapılması gerektiği tespit edilmelidir. Düşüncemiz öncelikle tanıklığa ilişkin IYUK'da bir hüküm bulunmaması ancak VUK md.3'ün tanık delilini öngörmesi nedeniyle ortada bir kanun boşluğu olduğunu kabul etmek gerektiği yönündedir.[39] Daha sonra ise bunun hangi hükümlerle bir başka deyişle bu konuda hüküm bulunan CMK hükümleri ile mi yoksa HMK hükümleri ile mi doldurulması gerektiğini tespit etmek gerekmektedir.

II. VERGİ YARGILAMASINDA TANIKILIĞA İLİŞKİN OLARAK UYGULANMASI GEREKEN NORMLARIN TESPİTİ SORUNU

Hangi kanun hükümlerinin uygulanması gerektiğini değerlendirmeden önce, yukarıda yapılan vurguyu burada tekrarlamak gerekmektedir ki IYUK'da boşluk bulunması durumunda hukuk mantığı açısından atıf yapılması gereken kanun HMK değil CMK'dır. Temelde devlet ile birey arasındaki suça (ve kısmen kabahate) ilişkin yargılamalarda uygulanan CMK, niteliği itibariyle hem birçok kabahat yargılamasını yapan hem de tarafların aynı olduğu idari yargılama sistemine HMK'dan çok daha uygundur. Bu nedenle IYUK md. 31 eleştiriye oldukça açık bir hükümdür.

Hangi kanun hükümlerinin uygulanması gerektiğinin tespitinde aslında oldukça yol gösterici bir hüküm Kabahatler Kanunu'nda (KK) bulunmaktadır. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 28. maddesinin 5. fıkrası "*Ceza Muhakemesi Kanununun tanıklığa, bilirkişi incelemesine ve keşfe ilişkin hükümleri, bu başvuru ile ilgili olarak da uygulanır*." diyerek kabahate ilişkin yapılacak olan yargılamalarda tanıklığa ilişkin olarak CMK'nın uygulanması gerektiğini belirtmiştir.

Belirtmek gerekir ki Kabahatler Kanunu ile vergi hukuku ilişkisi doktrinde ve yargı kararlarında oldukça tartışmalıdır. Danıştay Kabahatler Kanunu'nu uygulamamakta (buna ilişkin bir tartışmaya dahi girmemekte), doktrin de ise farklı görüşler yer almaktadır.[40]

Ancak bu tartışmaların ve farklı görüşlerin hepsi KK md.3/b ve ek md.1 ekseninde, Kabahatler Kanunu'nun genel hükümlerinin VUK hükümleri ile çatıştığı noktalarda nasıl bir uygulama yapılması gerektiği özelinde gelişmektedir. KK'nın yargılamaya ilişkin hükümleri bu tartışmadan uzaktır. Zira KK md.3/a açıkça "*İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde*" uygulanmalıdır diyerek, KK'nın kanun yoluna ilişkin

[39] Benzer yönde bknz: Yusuf Karakoç, "Vergi Yargılaması Hukukunda Tanık Beyanının Delil Olması", Vergi Sorunları, S:104, ss.90-119; Gümüşkaya, s.288.
[40] Bu görüşler ve ayrıntılı tartışma için bknz: Altan Rençber, **Kabahat Genel Teorisi Açısından Vergi Kabahatler,** Onikilevha, İstanbul, 2017, s.70-88.

hükümlerinin diğer kanunlarda aksine bir hüküm olmadıkça uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Tanıklığa ilişkin olarak bu hükümlere aykırı bir hüküm ise bulunmamaktadır.

Vergi yargılaması, bazı istisnalar[41] dışında re'sen, ikmalen ve idarece yapılan tarhiyatlara ilişkindir. Ve bizce hatalı olarak vergi hukukunda yapılan her olağanüstü tarhiyat her zaman ortaya bir vergi kabahatinin (en azından vergi ziyaı kabahatinin) çıkmasına da neden olmaktadır. Bu nedenle vergi mahkemesinde olağanüstü tarhiyatlara karşı açılan her dava temelde kabahatlere ilişkin bir yargılamayı da beraberinde getirmektedir. Bu da KK md.3/a'nın neden uygulanması gerektiğini gösterir bir başka gerekçedir. Vergi yargılaması, bazı istisnalar dışında neredeyse her zaman içeriğinde bir kabahat yargılamasını da barındırmaktadır.

Aslında KK'da yer alan yargılama usulüne aykırı hükümler VUK, IYUK ve 2577 sayılı "Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri Ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu Ve Görevleri Hakkında Kanun"da yer almaktadır. Bu temel fark en başta yargılamayı yapacak merciiye ilişkindir. Yargılama aynı konuya (kabahate) ilişkin olsa da vergi hukukunda görevli mahkeme vergi mahkemeleriyken, KK, uyarınca yapılacak kabahat yargılamalarında görevli yargı mercii sulh ceza hâkimlikleridir(KK md.27). Çok temel bir diğer fark da tebliğ usulüne ilişkindir. KK uyarınca yapılacak tebliğlerde 7201 sayılı Tebligat Kanunu (KK md.26) uygulanacakken vergi hukukunda tebliğler VUK'a göre yapılmaktadır.

Yargı mercilerinin tamamen farklı olması, bir başka deyişle vergi hukukunda yargılamanın vergi mahkemelerinde yapılıyor olması, KK'nın dördüncü bölümünde yer alan tüm hükümlerin vergi hukukunda vergi kabahatlerine ilişkin yapılacak olan yargılanmada uygulanmayacağı anlamına da gelmemektedir. Zira KK md. 3/a gereği, aksine hüküm bulunmayan yargılamaya ilişkin bu hükümlerin, içinde kabahat yargılaması da yapılan vergi mahkemelerinde uygulanması gerekmektedir.

KK md 28/5'de yer alan "bu başvuru ile ilgili olarak da uygulanır" hükmü gösterilerek, CMK hükümlerinin sadece sulh ceza hakimliğinde yapılacak olan yargılamada uygulanacağı zira KK'da öngörülmüş olan başvuru yolunun bu olduğu da ileri sürülebilir. Düşüncemiz "bu başvuru yolu" hükmünün geniş anlaşılması ve kabahatlere ilişkin olarak yapılacak tüm başvuruları kapsadığının kabul edilmesi gerektiği yönündedir.

Aksinin kabulü, nitelik ve nicelik olarak çok daha hafif kabahatlerin yer aldığı KK kapsamındaki kabahatlerde, fail için büyük güvenceler öngören CMK hükümlerinin uygulanması, ancak nitelik ve

[41] Mükellefin kendi beyanlarına karşı açtığı davalar ile takdir komisyonu kararlarına karşı açılan davalar buna örnek olarak gösterilebilir.

nicelik olarak çok daha ağır olan vergi kabahatlerinde mükellefin birçok CMK güvencesinden yoksun olmasına neden olur ki hiç kuşkusuz bu durum hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz.

Bu gerekçelerle düşüncemiz, KK md.28/5 hükmü gereği, vergi yargılamasında tanıklığa ilişkin olarak CMK hükümlerinin mutlaka uygulanması gerektiği yönündedir. Ancak eğer yapılacak olan vergi yargılaması herhangi bir kabahate ilişkin değil ise bu durumda CMK hükümleri uygulama alanı bulmayacaktır.[42]

III. CMK HÜKÜMLERİNİN MEVCUT VERGİ HUKUKU UYGULAMASI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Vergi yargılamasında tanıklığa ilişkin olarak CMK'nın uygulanacağının tespitinden sonra, CMK'nın vergi hukukunda nasıl uygulanacağı ve uygulanması durumunda, mevcut vergi uygulamasında ne tür değişikliklere neden olacağı değerlendirilmelidir.

CMK'nın uygulanması durumunda mevcut uygulamadaki ilk değişiklik tanıkların nasıl çağrılabileceğine yönelik olacaktır. Yargılama aşamasında dinlenilmek istenen tanıklar CMK md.43'e[43] göre çağrılacak ve bu çağrıya uymayan tanıklar CMK md 44[44]'e göre zorla getirttirilebileceklerdir.[45] Zorla getirmenin temel gerekçesi tanıklık yapmanın kamu hukukundan doğan toplumsal bir ödev olarak kabul edilmesidir. Kişilerin tanıklık yapmaları suçun-kabahatin aydınlatılması bakımından toplumun menfaati gereğidir.[46] Bu noktada CMK md 43/son da yer alan "*Bu madde hükümleri, kişinin ancak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme önünde tanık olarak dinlenmesi halinde uygulanabilir.*" hükmü nedeniyle bu çağrı usulüne tarhiyat aşamasında uyulmasına gerek olmadığı söylenebilir.

[42] Benzer yönde bknz: Kaşıkcı, **Yargılamanın Yenilenmesi,** s.143.

[43] CMK md. 43 şu şekildedir: *"(1) Tanıklar çağrı kâğıdı ile çağrılır. Çağrı kâğıdında gelmemenin sonuçları bildirilir. Tutuklu işlerde tanıklar için zorla getirme kararı verilebilir. Karar yazısında bu yoldan getirilmenin nedenleri gösterilir ve bunlara çağrı kâğıdı ile gelen tanıklar hakkındaki işlem uygulanır. (2) Bu çağrı telefon, telgraf, faks, elektronik posta gibi araçlardan yararlanılmak suretiyle de yapılabilir. Ancak, çağrı kâğıdına bağlanan sonuçlar, bu durumda uygulanmaz. (3) Mahkeme, duruşmanın devamı sırasında hemen dinlenilmesi gerekli görülen tanıkların belirteceği gün ve saatte hazır bulundurulmasını görevlilere yazılı olarak emredebilir. (4) Cumhurbaşkanı kendi takdiri ile tanıklıktan çekinebilir. Tanıklık yapmayı istemesi halinde beyanı konutunda alınabilir ya da yazılı olarak gönderebilir. (5) Bu madde hükümleri, kişinin ancak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme önünde tanık olarak dinlenmesi halinde uygulanabilir."*

[44] CMK md 44. şu şekildedir: "*(1) Usulüne uygun olarak çağrılıp da mazeretini bildirmeksizin gelmeyen tanıklar zorla getirilir ve gelmemelerinin sebep olduğu giderler takdir edilerek, kamu alacaklarının tahsili usulüne göre ödettirilir. Zorla getirilen tanık evvelce gelmemesini haklı gösterecek sebepleri sonradan bildirirse aleyhine hükmedilen giderler kaldırılır. (2) Fiilî hizmette bulunan askerler hakkındaki zorla getirme kararı askerî makamlar aracılığıyla infaz olunur."*

[45] Tanıklar, çağrı kağıdı üzerine haklı nedenler ileri sürerek çağrıldıkları günde mahkemeye gelemeyeceklerini bildirebilirler. Davet eden makam tanığın ileri sürdüüğ nedenleri yerinde görürse, yeniden dinleme ve günü belirleyerek tanığa bildirilir. Bu durumda tanığa ilk davetiyede yapılmış olan ihtarlar hükümsüz kalacaktır: Centel, Zafer, s.291.

[46] Centel, Zafer, s.289.

Belirtmek gerekir ki kovuşturma aşamasında mahkeme, hemen dinlenilmesini gerekli gördüğü tanıkların, çağrı kağıdıyla davet etmeksizin, göstereceği gün ve saatte zorla getirilmesine de karar verebilecektir.(CMK md.43/1)

Bu noktada özellikle tarhiyat aşamasında dinlenen tanıkların ifadelerinin tanık delili teşkil edip etmediğine ve bunların niteliğinde de değinmekte yarar bulunmaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere tanık delilinin ortaya çıkması için kişilerin kovuşturma evresinde mahkeme/hakim önünde dinlenmiş olmaları gerekmektedir. Bu nedenle olağanüstü tarhiyat aşamasında dinlenen kişiler mahkeme önünde dinlenmedikçe tanık delili ortaya çıkmayacaktır. Bizce CMK md. 209'un kıyasen uygulanmasından[47] bunların belge delili olarak kabul edilebileceği söylenebilir. Ancak bu kişilerin mahkemede veya hakim önünde tekrar dinlenmesi zorunludur. Sadece CMK md. 211 gereği tanığın ölmüş veya akıl hastalığına tutulmuş olması veya bulunduğu yerin öğrenilememesi nedeniyle, duruşmada dinlenmesi mümkün değilse, bu kişilere ait daha önceki tutanakların okunması ile de yetinilebilir. Ayrıca, tanığın ifadesinin önem derecesi nedeniyle duruşmada hazır bulunması gerekli görülmezse, yine bu önceki tutanakların okunması yeterli görülebilir. Buna ise tarafların birlikte rıza göstermesi gerekmektedir. Ancak mahkeme, tarafların anlaşmasına rağmen delillerin doğrudan doğruyalığı ve sözlülüğü ilkeleri uyarınca tanıkların dinlenmesine karar verebilir.[48]

Önemli bir değişiklik tanıklıktan kimlerin çekilebileceğine ilişkin olacaktır. Zira mevcut vergi hukuku uygulamasından tanıklıktan çekinmeye ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. CMK md. 44 uyarınca[49] tanığın bazı yakınları ve ayrıca akıl hastalığı, yaş küçüklüğü ve akıl zayıflığı nedeniyle tanıklıktan çekinmenin önemini anlayamayacak olanlar (kanuni temsilcilerinin rızası ile) tanıklıktan çekinebilir. CMK md. 47'de ise devlet sırrı niteliğindeki belgelerde tanıklıktan nasıl çekinilebileceği düzenlenmiştir.

Meslekleri nedeniyle bazı kişilerin tanıklıktan çekinme hakları da CMK md. 46'da düzenlenmiştir.[50] Vergi hukukunda mali müşavirlere tanınmış çekinme hakkı büyük önem taşıyacaktır. Bu ve VUK

[47] Burda kıyasen dememizin temel nedeni tarhiyat aşamasının soruşturma aşaması olmamasıdır. Ancak KK'nın CMK'ya yaptığı atıf gereği bu hükümlerin kovuşturma aşaması öncesi idari aşamalarda uygulanması kıyasen kabul edilmelidir.

[48] Centel, Zafer, s.309.

[49] CMK md.44 şu şekildedir: "*(1) Usulüne uygun olarak çağrılıp da mazeretini bildirmeksizin gelmeyen tanıklar zorla getirilir ve gelmemelerinin sebep olduğu giderler takdir edilerek, kamu alacaklarının tahsili usulüne göre ödettirilir. Zorla getirilen tanık evvelce gelmemesini haklı gösterecek sebepleri sonradan bildirirse aleyhine hükmedilen giderler kaldırılır. (2) Fiilî hizmette bulunan askerler hakkındaki zorla getirme kararı askerî makamlar aracılığıyla infaz olunur.*"

[50] CMK md.46 şu şekildedir: "*(1) Meslekleri ve sürekli uğraşıları sebebiyle tanıklıktan çekinebilecekler ile çekinme konu ve koşulları şunlardır: a) Avukatlar veya stajyerleri veya yardımcılarının, bu sıfatları dolayısıyla veya yüklendikleri yargı görevi sebebiyle öğrendikleri bilgiler. b) Hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler. c) Malî işlerde görevlendirilmiş müşavirler ve noterlerin bu sıfatları dolayısıyla hizmet verdikleri kişiler hakkında öğrendikleri*

mük. md. 378'in birlikte yorumundan; mükellef rıza göstermedikçe mali müşavirin tarhiyat aşamasında dinlenemeyeceği, yargılama aşamasında ise mükellef rıza göstermese bile hakimin lüzumlu görmesi halinde mali müşavirin tanık olarak dinlenebileceği anlaşılmaktadır. Mükellef ise mali müşavirini istediği zaman tanık göstermekte serbesttir.

Kanımızca vergi hukukuna yönelik olarak uygulamayı etkileyebilecek en büyük değişik CMK md.48'in uygulanması sonucunda ortaya çıkacaktır. CMK md. 48'e göre "*Tanık, kendisini veya 45 inci maddenin birinci fıkrasında gösterilen kişileri ceza kovuşturmasına uğratabilecek nitelikte olan sorulara cevap vermekten çekinebilir. Tanığa cevap vermekten çekinebileceği önceden bildirilir*" Bu hüküm tanığı ve onun yakınlarını korumak için getirilmiştir.

Yukarıda da belirtildiği üzere vergi hukukunda VUK md.3 nedeniyle özellikle tarhiyat aşamasında ifadesine başvurulan tanıklar genellikle vergiyi doğuran olayın diğer tarafıdır. Örneğin bir sahte fatura düzenlendiği iddiası varsa sahte fatura kullandığı iddia olunan taraf tanık olarak dinlenebilmekte ve ifade inceleme raporuna yazılabilmektedir. Örneğin Danıştay vermiş olduğu bir kararda[51] "*Davacını kayıtlarına intikal ettirdiği faturaları düzenleyen, dolayısıyla olayla ilgileri açık olan şahısların ifadelerinden, söz konusu faturaların gerçekte tüccardan alınan zirai ürünler nedeniyle değil, doğrudan müstahsilden ürün alındığı halde stopaj vergi mükellefiyetinden kaçınmaya yönelik olarak düzenlendiği yani içeriği itibariyle yanıltıcı olduğu anlaşılmaktadır*." diyerek inceleme raporunda yer alan tanık beyanına dayanarak karar verdiği tanıkların ise beyanları ile aslında "muhteyivatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme" suçunu işlediklerini kabul ettikleri görülmektedir.[52]

CMK md. 48 gereği artık bu kişiler kendilerine sorulan bu yöndeki sorulara cevap vermeyebileceklerdir. Ancak bu hüküm, bu kişilerin zorla getirilmesine bir engel teşkil etmemektedir. Sadece bu kişilere yemin verdirilmeyecektir ve kendi aleyhine sonuç doğurabilecek sorulara cevap vermekten kaçınabileceklerdir.[53] Mahkeme başkanı veya hakim veya Cumhuriyet Savcısı tarafından gerekli görülürse tanığa meslek nedeniyle tanıklıktan çekinmesinin dayanağını oluşturan olguları bildirilecek ve CMK md 49 gereğince gerektiğinde kendisine yemin verdirilecektir.

Düşüncemiz "nemo tenetur" ilkesi gereği, CMK md.48'de yer alan "ceza kovuşturması"nın geniş anlaşılması gerektiği, kişinin kendisine kabahat uygulanmasına neden olacak konularda da cevap vermekten çekinebileceği yönündedir. Böyle bir uygulama aslında vergi hukukunda tarhiyat

bilgiler. (2) Yukarıdaki fıkranın (a) bendinde belirtilenler dışında kalan kişiler, ilgilinin rızasının varlığı halinde, tanıklıktan çekinemez"

[51] Danıştay 7.D'nin E.1988/4717, K.1991/3180 numaralı ve 17.10.1991 tarihli kararı: Aktaran: Özbalcı, s.75

[52] Bu kişilerin şerik olarak kabul edilemeyeceğini de belirtmek gerekmektedir. Bu durumlarda ortada suça/kabahate iştirak değil, birden fazla ve ayrı suç veya kabahat bulunmaktadır. Bu nedenle bu kişiler CMK md 50 hükmü gereğinde yeminsiz olarak dinelenebilecek kişilerden değildirler. Bu kişilerin ise tanık olarak adlandırılması hatalıdır.

[53] Centel, Zafer, s.287.

aşamasında idarenin tanık dinlemesini büyük ölçüde engelleyecektir. Zira VUK md.3 gereğince idare sadece vergiyi doğuran olay ile doğrudan ilişkide olan tanıkları dinleyebilecektir ki bunlar çoğu zaman vergiyi doğuran olayın diğer tarafıdır. Yukarıda vermiş olduğumuz örnekte; müteahhitten daire alan kişilerdir. Bu kişilerin dinlenemeyecek, daha doğrusu bu sorulara isterlerse cevap vermeyecek olmaları, vergi hukukunda tanık delilin zaten az olan etkisini önemli ölçüde azaltacaktır. Bu kişiler dışında olup da vergiyi doğuran olay ile doğrudan ve açık ilişkisi bulunan kişilerin sayısı vergi uygulamasında oldukça azdır ve vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetinin kavranmasında sahip oldukları bilgiler de çoğu zaman mükellef hakkında tarhiyata neden olabilecek nitelikte değildir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki Yargıtay; vergi ceza davalarında CMK md.48'i mahkemeye çağrılıp dinlenecek olan tanıkla ilgili olarak uygulamaktadır. Yargıtay vermiş olduğu sahte belge düzenleme (VUK md.359) suçu ile ilgili bir kararda sahte faturayı kullandığı iddia edilen karşı tarafın da mahkeme çağrılıp dinlenmesi gerektiğini, ancak bu kişiler dinlenirken kendilerine CMK md.48 uyarınca çekinme haklarının olduğunun hatırlatılması gerektiğini belirtmiştir.[54]

Tanığa cevap vermekten çekinebileceğinin mutlaka bildirilmiş olması gerekmektedir. Aksi takdirde bu yolla elde edilmiş olan deliller hukuka aykırı delil niteliğinde olacak ve karara esas teşkil edemeyecektir. Bu delili kullanabilmek için tanık tekrar davet edilmeli ve çekinme hakkı olduğu hatırlatılmalıdır. Ancak bu hatırlatmadan sonra vermiş olduğu ifadeler geçerli olacak ve yargılamada kullanılabilecektir.

Mahkeme karşısında dahi tanıklıktan çekinme hakkı olan kişinin tarhiyat aşamasında bu hakka sahip olacağı ise açıktır.

Vergi hukuku uygulaması açısından yeni olacak bir diğer husus da tanığa yemin ettirilmesidir. Tanığa CMK'nın 54-56. maddeleri arasındaki usule uygun olarak yemin ettirilmelidir. Yine vergi hukuku açısından oluşabilecek en büyük fark tanıklıktan ve yeminden sebepsiz çekinilmesi halinde olacaktır. Mevcut uygulamada tanıklıktan çekinme diye bir kavram bulunmamaktadır. Kişinin tanıklıktan çekinmesi durumunda uygulanacak herhangi bir yaptırım da bulunmamaktadır. Ancak CMK hükümlerinin uygulanması durumunda CMK md. 60'a göre: yasal bir sebep olmaksızın tanıklıktan veya yeminden çekinen tanık hakkında, bundan doğan giderlere hükmedilmekle beraber, yemininin veya tanıklığının gerçekleştirilmesi için dava hakkında hüküm verilinceye kadar ve her hâlde üç ayı

[54] Yargıtay 11.CD'nin, E.2018/4817, K. 2018/8432 ve 25.10.2018 tarihli kararı: "*…Faturaları kullanan şirket yetkilileri veya kişilerin CMK'nin 48. Maddesi uyarınca çekine hakları hatırlatılarak tanık sıfatıyla dinlenmesi…*"(Çevrimiçi), Lexpera İçtihat Programı: Son Erişim: 27.10.2021.

geçmemek üzere disiplin hapsi verilebilecektir. Kişi, tanıklığa ilişkin yükümlülüğüne uygun davranması halinde ise derhâl serbest bırakılacaktır.[55]

Bu bağlamda inceme elemanı tarafından tespit edilen tanık ifadelerine dayalı olan bir vergi tarhına karşı açılan davada tanıkların ifadesinin güvenilir biçimde alınmadığı mükellef tarafından ileri sürülebilecek ve bu kişilerin mahkemede dinlenilmesi istenebilecektir.[56]

SONUÇ

Vergi Usul Kanunu'nda tanık delilinin kabul edildiği ancak İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda hiçbir düzenleme olmaması nedeniyle ortada bir kanun boşluğu olduğu açıktır. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda tanık delilinin bulunmaması nedeniyle tanık dinlenmemesi ise açıkça hukuka aykırıdır. Bu bağlamda ortada yer alan boşluk Kabahatler Kanunu hükümleri çerçevesinde Ceza Muhakemesi Hukuku'nun tanıklığa ilişkin hükümleri kullanılarak doldurulacaktır. Bu hükümlerin uygulanması noktasında ise uygulamada meydana gelecek en önemli değişiklik, vergiyi doğuran olayın diğer tarafı olmaları nedeniyle verecekleri beyanlar kendilerini de suçlama anlamına gelecek olan tanıkların bu sorulara cevap vermeme haklarının olacak olmasıdır. Bu husus sadece vergiyi doğuran olay ile doğrudan ve açık bağlantısı olanların dinlenebileceği vergi hukukunda tanık delilin de önemini oldukça azaltacaktır. Ayrıca tanıklar, mahkemede dinlenmedikçe, tanık delili ortaya çıkmış da sayılmayacaktır.

Son olarak belirmek gerekir ki olası tereddütlerin de önüne geçmek adına İYUK'da mutlaka tanıklığa ilişkin düzenlemelerin yapılması veya CMK'ya, en azından vergi davaları ile ilgili olarak açıkça atıf bulunulması yararlı olacaktır.

KAYNAKÇA

Centel, N, Zafer, H. (2020) Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta, İstanbul.

Gümüşkaya, G. (2015) Vergi Hukukunda İspat, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tez, İstanbul, 2015.

Güneş, G. (1986)Vergi Hukukunda Deliller, İÜHFM, C. LI, 475-494.

Kaneti, S vd. (2019) Vergi Hukuku, İstanbul, Filiz, 2019.

Karakoç, Y, (2019) Genel Vergi Hukuku, Yetkin, Ankara.

[55] CMK md 40 gereği disiplin hapsine hükmedilmesi mümkündür.
[56] Karakoç, **Genel Vergi Hukuku,** s.714.

Karakoç, Y, "Vergi Yargılaması Hukukunda Tanık Beyanının Delil Olması", Vergi Sorunları, S:104, 90-119

Kaşıkcı, M. (2007) Vergi Hukukunda Arama Koruma Önlemi, Ethemler, İstanbul.

Kaşıkcı, M. (2017) Vergi Yargılaması Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Filiz Kitabevi, İstanbul.

Kunter, N (1989) Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul.

Mutluer, K ve Dayanç Kuzeyli, N. (2019) Vergi Hukuku Genel ve Özel Hükümler, Yetkin, Ankara.

Oktar, A. (2018) Vergi Hukuku, Türkmen, İstanbul.

Öner, E (2012) Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, Seçkin, Ankara.

Özbalcı, Y. (2010) Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları, Oluş, Ankara.

Rençber, A. (2017) Kabahat Genel Teorisi Açısından Vergi Kabahatler, Onikilevha, İstanbul,

Saban, N (2019) Vergi Hukuku, Beta, Ankara.

Şahin, C ve Göktürk, N. (2020) Ceza Muhakemesi Hukuku II, Seçkin, Ankara.

Şenyüz, D vd. (2019) Vergi Hukuku, Ekin, Bursa.

Uzun, M (2020)"*Bir Adil Yargılanma Hakkı Olarak Tanığı Sorgulama Ve Tanık Dinletme Hakkının Türk Vergi Yargılamasındaki Yeri*" Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 63 (1) 2014, 219-245.

Ünver, Y ve Hakeri, H. (2020)Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet, Ankara.

Yenisey, F ve Nuhoğlu, A (2020) Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin, Ankara.

Kazancı İçtihat Programı

Lexpera İçtihat Programı

ÜVEY ÇOCUKLA ÜVEY ANA/BABA ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKEN DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Ayşe Nur KILINÇ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

ORCID NO: 0000-0001-8190-6557

Öz

Çocuklar dünyaya geldikten sonra çeşitli sebeplerle, üvey ana-baba ile aile yaşamına devam etme durumunda kalabilirler. Esasen ailede üveylik ilişkisi geçmişten beri yaşamın içinde var olan ve aile kurumu devam ettiği sürece de varlığı devam edecek olan bir sosyal gerçekliktir. Tarafların bu ilişkiden doğan hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesi ve özel hukuka yansıyan sonuçlarının değerlendirilmesinin amaçlandığı bu tebliğde önce bu sosyal ilişkinin hukuken nitelendirilmesi gerekir. Esasen taraflar arasında ne soybağı ne de velâyet ilişkisi kurulur. Türk hukukunda üvey çocuğa ilişkin doğrudan düzenlemelerin sayısı da oldukça azdır (TMK m. 306/III ve özellikle 388). Bu düzenlemelerde daha ziyade üvey çocuğun ergin olmadan önceki dönemde özen ve ilgiye ihtiyacı olduğu esasından hareket edilmiş ve ergin olmayan çocuğun üvey ana/babası tarafından evlat edinilmesi kolaylaştırılmıştır. Bir başka hükümde ise taraflar arasında oluşan hısımlık, ahlâk kuralları dikkate alınarak kesin evlenme engeli olarak düzenlenmiştir (m. 282/III). Ancak bazen taraflar arasındaki ortak yaşam öyle bir sosyal yakınlık ve duygusal bağlantı oluşturabilir ki, taraflar arasındaki bu sosyal yakınlık hısımlığın ötesinde bazı hukukî sonuçlar da doğurabilir. Bu tebliğde önce bu ilişkinin TMK'da açıkça düzenlendiği hâller incelenmekte ardından zikredilen özel durumlarda bu sosyal yakınlığa bağlanabilecek özel hukuk sonuçları ortaya konulmaktadır. Bu tebliğde, bu konu çocuk hakları perspektifinden değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Üvey çocuk, Üvey ana/baba, Hısımlık, Evlat edinme, Yakınlık, Çocuk hakları

Giriş

Geçmiş yüzyıllarda ailede üveylik ilişkisinin kaynağı daha ziyade ölümcül hastalıklar veya kaza gibi sebeplerle erken yaşta ana/baba ölüm oranlarındaki yükseklikliktir. Günümüzde ise bir ailede karşılaşılan üveylik ilişkisinin başlıca sebebi stres çağında önlenemeyen boşanma oranlarındaki

artıştır[1]. Bununla birlikte hâlen her iki sebeple de bir çocuğun hayatını aralarında üveylik ilişkisi bulunan bir ana/baba ile devam ettirmesi gerekebilmektedir.

Ana veya babanın ölümüyle evlilik birliği sona erdiğinde bu durum çocuklarda olumsuz psikolojik etkiler oluşturur. Boşanma ise, ana ve babadan birinin ölümüyle parçalanan ailelere kıyasen, çocuklarda daha fazla psikolojik sorunlara sebep olur[2]. Boşanma sonrasında velâyet hakkı sahibi olan eşin yeniden evlenir. Bu durum bazen çocuğu, boşanma sonrasında zorlukla alıştığı yeni yaşamına bir de aralarında üveylik ilişkisi bulunan bir ana/baba ile devam etmek zorunda bırakır. Bu yeniliğin çocuğun hayatına ve dolayısıyla psikolojisine doğrudan etki edeceği de açıktır. Ancak bu çalışmada üvey çocuk ile üvey ana baba arasındaki ilişki psikolojik etkileri bakımından değil, özel hukuk sonuçları bakımından değerlendirilmektedir. Bu tebliğde, bu konu çocuk açısından değerlendirilmiş ve üvey çocuk ile üvey ana/baba arasında gerçekleşebilecek özel hukuk sorunlarında çocuk hukukunun temel ilkeleri esas alınarak değerlendirmeler yapılmıştır. Bu sebeple aşağıda önce kısaca, bu değerlendirilmede göz önünde bulundurulması gereken çocuk hukuku ilkelerinden bahsedilmektedir.

I. Üvey Çocukla Üvey Ana/Baba Arasındaki İlişkinin Değerlendirilmesinde Göz Önünde Bulundurulması Gereken Çocuk Hukuku İlkeleri

Çocuk hukukuna ilişkin uluslararası ve ulusal tüm metinlere damgasını vuran en önemli ilke "çocuğun üstün yararı" ilkesidir. Bu ilke çerçevesi esnek, hâkimin takdirine açık ve bu sebeple her somut olaya göre değerlendirilmesi gereken bir ilkedir[3].

Bir ailede üveylik ilişkisinin bulunduğu ve bu uyuşmazlığın üvey çocuk ile üvey ana/baba arasındaki ilişkiden kaynaklandığı hâllerde, hâkimin, öncelikle çocuğun üstün yararı ve güvenliği ilkesini göz önünde bulundurması gerekir. Hâkim, ayrıca Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin (ÇHS) çocuğun dinlenmesine ilişkin 12. maddesi[4] ile velâyetin çocuğun yararına kullanılması bakımından önemli olan diğer hükümlerini (m. 3, m. 7, m. 9 ve m. 18/I) de dikkate almalıdır. Bu hükümler kapsamında yeterli olgunluktaki çocuğun görüşlerini serbestçe ifade etme hakkı, çocuğun görüşlerinin dikkate alınması ve katılım hakkı ile çocukların kendilerini etkileyen konuları ve sorunları öğrenme hakkı önemlidir. Zira modern hukuk sistemlerinde olduğu gibi, ÇHS'nin tarafı olan Türkiye'de de ana ve babanın menfaati ile çocuğun menfaati çatıştığında çocuğun yararı üstün tutulur. Üveylik ilişkisinin bulunduğu ailelerde ise bu ilke daha büyük bir dikkatle değerlendirilmelidir.

[1]Fırat Şimşek, s. 28; Kutoğlu, s. 19-20. Gerçekten de stres çağı olarak nitelendirilen yaşadığımız yüzyılda boşanma alanında yapılan çalışmalar son zamanlarda yapılan evliliklerin en az yarısının boşanma ile sonuçlandığını ortaya koymaktadır (Erlüle, (2020). s. 59).

[2] Bkz. Erlüle, (2020). s. 60.

[3] Bu ilke hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan, s. 65-67; Akyüz, s. 53-60; Özdemir/Ruhi, s. 5-6, 22-24; Erlüle, (2010). s. 225-226.

[4] Bu hak "çocuğun katılım hakkı" olarak da isimlendirilmektedir (Serozan, s. 68; Akyüz, s. 60 vd.; Özdemir/Ruhi, s. 24; Öcal Apaydın/Hışım, s. 287 vd).

Çocuğun üstün yararı ilkesi, çocuğun iradesi ve isteğinin de yerini tutan gelecekteki yararını kapsar. Çocuğun görüşlerini açıklayabilecek olgunlukta olduğu hallerde çocuk mutlaka dinlenmelidir. Ancak çocuk dinlendikten sonra çocuğun iradesinin ve kendi geleceğini belirleme hakkının yine çocuğun üstü yararı ilkesiyle sınırlandırılması gerekebilir[5]. Gerçekten de çocuğun üstün yararı ile kastedilen çocuğun kısa vadeli ve bencil çıkarı değil, çocuğun uzun dönemli ve gelecek toplumsal çevre içindeki yararıdır[6]. Ancak çocuk bazen kısa vadeli ve bencil çıkarını uzun dönemli yararı önünde tutabilir.

Yakın tarihli yargı kararlarında da, kendisiyle ilişkili yargılamada görüşlerini açıklayabilecek olgunluktaki çocuğun görüşlerinin mutlaka dinlenmesi gerektiği belirtilmektedir. Diğer yandan hâkimin çocuğun görüşlerini, üstün yararına aykırı düşmediği sürece, kararına esas alması gereğinin de altı çizilmektedir[7].

II. «Üvey Çocuk» ve «Üvey Ana/Baba» Kavramları

"Üvey çocuk" Serozan tarafından *"aile içinde birlikte yaşadığı kadın veya erkekten biri anası ve babası olmayan çocuk»* şeklinde tanımlanmıştır[8]. Bir eşin evlilik içi ve dışı çocukları ile evlatlığı diğer eş bakımından üvey çocuk olabilir[9].

"Üvey ana/baba" ise, bir çocuğun öz ana ve babası ile evli olan ve üvey çocuk ile birlikte ortak yaşamını sürdüren ancak çocukla biyolojik bağı bulunmayan sosyal ana/babadır.

Ailede üveylik ilişkisinin özel hukuk sonuçlarını değerlendiren yakın tarihli bir çalışmada ise "üvey aile" kavramının kullanıldığını ve bunun doktrinde en geniş anlamda şöyle tanımlandığı ifade edilmektedir. *«Üvey aile, daha önce bir başkası ile kurduğu evlilik içi veya dışı ilişkiden çocuğu olan bir ebeveynin evlenerek eşi ve çocuğuyla birlikte oluşturduğu ailedir[10].»* Yazarın kendisi tarafından da açıkça vurgulandığı üzere, "üvey aile" ifadesi Türk hukukuna yabancıdır[11]. Bu çalışmada, "üvey aile" ifadesi benimsenmemiş ve çocuk hakları temel alınarak "üvey çocuk" ile "üvey ana/baba" arasındaki ilişkinin hukuken nitelendirilmesine ve olası sonuçlarına odaklanılmıştır.

III. Üveylikle İlişkili Türk Medenî Kanunu Hükümleri

Günümüzde bünyesinde üveylik ilişkisi bulunduran aile sayısının hızla arttığı tahmin edilmektedir. Bunda son yıllardaki boşanma ve boşanma sonrası yeniden evlenme oranlarındaki artışın etkisi vardır. Buna karşılık Türk Medenî Kanunu'nda üveylik ilişkisiyle ilgili az sayıda düzenleme bulunmaktadır. Bunlardan en önemlisi, 4721 sayılı Türk Kanunu Medenisinde

[5] Genç Arıdemir, s. 97; Öcal/Apaydın, s. 295; Oktay Özdemir, s. 387.
[6] Serozan, s. 65.
[7] Bkz. Yarg. HGK 7.10.2012 tarih ve 201272-401E. 2012/723K sayılı ve 21.2.2019 tarih, 2017/1072E. ve 2019/185 K. sayılı kararları ile Yarg. 2. HD 26.09.2018 tarih ve 2017/14740E. ve 2018/10168K. sayılı kararı.
[8] Serozan, s. 221.
[9] Fırat Şimşek, s. 27-28; Kutoğlu, s. 50.
[10] Bkz. Kutoğlu, s. 20.
[11] Kutoğlu, s. 77. Üvey aile için evlilik, üveylik ve ortak hayat bulunmalıdır (Bkz. Kutoğlu, s. 47).

karşılığı bulunmayan "Üvey Çocuklar" kenar başlıklı m. 388'dir. Aşağıda önce kısaca bu düzenlemenin içeriği değerlendirilmekte ve ardından bu düzenleme ile üvey ana/baba bakımından getirilen yükümlülüğün ihlâline bağlanan hukukî sonuçlar üzerinde durulmaktadır.

1. TMK m. 338'deki Üvey Çocuklara İlişkin Hükmün Değerlendirilmesi

Üvey çocuklar kenar başlıklı m. 338, Türk Medenî Kanununun aile hukuku kitabının "Hısımlık" başlıklı ikinci kısmında velâyete ilişkin hükümler arasında yer almaktadır. Hükme göre «*Eşler, ergin olmayan üvey çocuklarına da özen ve ilgi göstermekle yükümlüdürler. Kendi çocuğu üzerinde velâyeti kullanan eşe diğer eş uygun bir şekilde yardımcı olur; durum ve koşullar zorunlu kıldığı ölçüde çocuğun ihtiyaçları için onu temsil eder.*» Hükmün gerekçesinde bu yeni düzenleme ile İsviçre Medeni Kanunu 299. maddesinden esinlenilerek esasen bir sosyal ahlâk kuralının özel hukuk kuralı hâline getirildiği ifade edilmiştir[12].

Bu düzenlemenin hukukî sonuçları olarak şu hususlar üzerinde durmak gerekir. Üvey ana/baba ile üvey çocuk arasında ne soybağı ne de velâyet ilişkisi kurulur[13]. Şu hâlde üveylik ilişkisi kurulduğunda soybağının ne velâyete bağlı sonuçları ne de velâyete bağlı olmayan sonuçları doğar. Üvey çocuk, üvey babanın soyadını almaz. Benzer şekilde üvey çocuk üvey ana/babanın mirasçısı olmaz. Üvey ana/babanın sadece somut olayda TMK m. 325'in şartları gerçekleştiğinde üvey çocukla kişisel ilişki kurma hakkı gündeme gelebilir. Zira üvey çocukla üvey ana/baba arasında kurulan yakın ve duygusal ilişki varsa, bu kişisel ilişkinin evliliğin sona ermesinden sonra devam ettirilmesinde çocuğun yararı da vardır[14].

Her hâlde üvey çocuk, üvey ana/babanın birinci dereceden altsoy kayın hısmıdır. Nitekim kayın hısımlığı, evlenme dolayısıyla eşlerden biri ile diğer eşin kan hısımları arasında meydana gelen yakınlıktır ve kayın hısımlığı, kendisini meydana getiren evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkmaz (TMK m. 18). Türk hukukunda kayın altsoy hısımlığı, kesin evlenme engeli olarak düzenlenmiştir. (TMK m. 129/I b.2). Bu sebeple her nasılsa üvey çocuk ile üvey ana/baba arasında evlenme gerçekleşirse, bu evlilik mutlak butlanla sakat olur (TMK m. 145/I b.4)[15]. Böyle bir evliliğin iptalini Cumhuriyet savcısı dâhil her ilgili dava edebilir (TMK m. 146).

Kanaatimizce eşlerin ergin olmayan üvey çocuğuna ilgi ve özen gösterme yükümlülüğü (TMK m. 338/I), üvey çocuğun ana/babasının velâyet ya da kişisel ilişki kurma hakkının gereğinin yerine getirilmesine yönelik tamamlayıcı bir yükümlülüktür. Daha ziyade eşlerin üvey çocuğun eğitimine ve kişisel bakımına yardım yükümlülüğü şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Diğer bir

[12] Türk Medenî Kanunu, Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ve Gerekçeleri, T.C. Adalet Bakanlığı, Ankara 2002, s. 436.
[13] Bunun tek istisnası üvey çocuğun üvey ana/baba tarafından evlat edinilmiş olmasıdır.
[14] Bkz. Öztan, s. 794; Erlüle, (2010). s. 242; Günel, s. 351.
[15] İsviçre'de de (İMK m. 95/II) üvey ana/babanın üvey çocuğuyla evlenme yasağı korunmaktadır (Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 55, prg. 47).

deyişle eşlerin ergin olmayan üvey çocuğuna iştirak ve yardım nafakası dışındaki yükümlülüklerine yardımcı olma yükümlülüğü vardır[16].

Esasen Türk Kanunu Medenisinde böyle bir düzenleme dahi bulunmamaktaydı. Ancak TMK ile salt eşlerin ergin olmayan üvey çocukları bakımından getirilen bu yükümlülüğün, doktrinde üvey çocuklar bakımından olumlu[17] ancak yetersiz bir düzenleme olduğu ifade edilmektedir[18]. Zira bu durum üveylik ilişkisinin söz konusu olduğu ailelerin fiili yaşamına uygun değildir. Gerçekte üvey ana/baba üvey çocuğun yaşamına bizzat katılmakta ve dolayısıyla müdahil olabilmektedir[19]. Günümüzde üvey çocuklarını okula getirip götüren, hastalandıklarında onlarla bizzat ilgilenen, onlara yemek hazırlayan ve derslerine yardımcı olan üvey ana/babaların varlığı karşısında bu düzenlemenin yetersizliği vurgulanmıştır. Yukarıda ifade edildiği üzere, üvey ana babaya diğer eşin velâyet hakkını tamamlayıcı bir yükümlülük getiren bu hüküm, üvey çocuğun ekonomik anlamda korunması noktasında da yetersizdir. Yine üvey ana/baba tarafından bu yükümlülüğe aykırı davranılmasının yaptırımı Kanunda düzenlenmemiştir.

Aşağıda üvey ana/babanın bu yükümlülüğü yerine getirmemesine bağlanan hukukî sonuçlar ortaya konulmaktadır. Özellikle böyle bir ihlâl durumunda, bunun boşanmada üvey ana/babaya kusur olarak yüklendiğine[20] ve hâkim tarafından bu sebeple üvey çocuğun kişiliğinin korunmasına yönelik önlemlerin alınması ve özellikle, son çare olarak, gerekirse üvey çocuğun ana/babasının velâyet veya kişisel ilişki kurma hakkının kaldırılması gerektiğine değinilmektedir.

a. Boşanma Sebeplerinde Dikkate Alınmalı mı?

Doktrinde üvey ananın üvey çocuğuna bakmamasının Yargıtay tarafından evlilik birliğini temelden sarsan sebep olarak kabul edilmediği ifade edilmektedir[21]. Ancak bu kararın verildiği dönemde eşlerin ergin olmayan üvey çocuğuyla ilgilenme yükümlülüğü kanunî değil; sadece ahlâki bir yükümlülüktür. Dolayısıyla bu kararın günümüzde emsal karar olarak değerlendirilmesi hem TMK m. 338'e hem de üvey çocuğun yararına aykırı düşer. Diğer taraftan Türk Kanunu Medenisi döneminde de babanın olmadığı zamanlarda üvey ananın üvey çocuğunu sokakta

[16] Fırat Şimşek, s. 28-29. Kutoğlu, s. 110. Doktrinde üvey ana babanın üvey çocukla birlikte yaşaması durumunda, üvey ana babanın üvey çocuğa bakma ve eğitme yükümlülüğünün TMK m. 185/III'ün yorumundun çıkartılabileceği belirtilmişse (Öztan, s. 1050) de üvey çocuğun üvey ana/babasının kendisine yardımını talep etme hakkı yoktur (Öztan, s. 204). Üvey ana/baba ile üvey çocuk arasında yardım nafakası yükümlülüğü doğmaz (Öztan, 1204, 1206; Özdemir/Ruhi, s. 209). Serozan ise, sosyal yardım ve dayanışma düşüncesinden kaynaklanan ana babanın bakım nafakası yükümlülüğünün üvey çocuğa karşı da söz konusu olduğu görüşündedir (Serozan, s. 243-244).

[17] Serozan, s. 130. Bu düzenlemenin çocuğa karşı bir yükümlülük gereği değil; sadece eşler arasındaki yardımlaşma yükümlülüğünün gereği olarak düzenlenmiş olması eleştirilmektedir (Kutoğlu, s. 49).

[18] Kutoğlu, s. 20; Kılıçoğlu, s. 146; Türkmen, s. 1129.

[19] Fırat Şimşek, s. 30.

[20] Kılıçoğlu, s. 146.

[21] Dural/Öğüz/Gümüş, s. 120, prg.640, dn. 247'de ve Akıntürk/Ateş, s. 264, dn. 131'de işaret edilen Yarg. 2. H.D.'nin 11.12.1970 tarih ve 6665/6511 sayılı kararında aynen *"Kadın, kanunen değil, sadece ahlâken üvey çocuklarına bakmak durumundadır. Bu külfete katlanan kadının basit asabi hallerini kocanın müsamaha ile karşılaması ve anlaşmazlığın giderilmesinde telifçi bir davranış içinde olması lazım gelir."* ifadeleri yer almaktadır (Ankara Barosu Dergisi, 1972, Sa.1, s. 115)

bıraktığını ve çocuğun komşular tarafından doyurulduğunu duyan kocada karısına karşı sevgi ve saygı hislerinin yok olacağı kabul edilmiş ve bu durum evlilik birliğini temelden sarsan bir sebep olarak kabul edilmiştir[22].

Yakın tarihli yargı kararlarında ise, üvey ana/babanın üvey çocuğuna kötü muamelede bulunması, evlilik birliğini temelinden sarsıcı bir sebep olarak değerlendirilmektedir. Bu kararlarda üvey ana/babanın üvey çocuğa karşı bu tür davranışlarının, boşanmada ağır kusur oluşturduğu sonucuna da varılmaktadır[23].

Kanaatimizce TMK m. 338'de öngörülen yükümlülüğün ihlâlinden bahsedilebilmesi için, üvey çocuğa kötü davranılmasına, eziyet edilmesine dahi gerek yoktur. Zira doktrinde de açıkça vurgulandığı üzere, salt çocuğun bakım ve eğitimiyle ilgilenilmemesi dahi hem ortak çocuklar hem üvey çocuklar bakımından evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebebiyet verebilir[24]. Nitekim eşlerin çocuklara bakma ve yetiştirme yükümlülüğü hem müşterek çocuklar hem de üvey çocuklar için söz konusudur[25].

b. Üvey Çocuğun Kişiliğinin Korunmasında Dikkate Alınmalı mı?

Çocuğun kişiliğinin korunması, kural olarak, velâyet sahibi ana ve babanın yükümlülüğüdür[26]. Yukarıda vurgulandığı üzere, bir evliliğin sona ermesinden sonra velâyete sahip ana/babanın yeniden evlenmesi, günümüz ailelerinde üveylik ilişkisinin asli kaynağını oluşturur. Esasen yeniden evlenme, tek başına velâyetin kaldırılması sebebi değildir. Ancak, çocuğun menfaati gerektirdiğinde velâyet sahibi değiştirilebileceği gibi, durum ve koşullara göre velâyet kaldırılarak çocuğa vasi de atanabilir (TMK m. 349). Nitekim üvey ana/babanın çocuğa iyi davranmaması ve velâyet sahibi ana/babanın çocuğu ihmal etmesi mümkündür[27].

[22] Yarg. HGK 1.1.1969 tarih ve 2-200/14 sayılı kararı için bkz. Ünlütepe, s. 315, dn.1354.

[23] Yarg. 2. H.D.'nin 20.12.2004 tarih ve 2004/14115E. 2004/15344 K. sayılı kararında davalı eşin üvey çocuğa kötü davranması boşanmada bir kusur olarak yüklenmiştir. Yarg. 2. H.D.'nin 9.05.2011 tarih ve 2011/7238E. 2011/7971K. sayılı kararı ile 18.04.2013 tarih ve 2012 24691 E. 2013/10970 K. sayılı kararında da benzer sonuçlara varılmıştır. Yarg. 2. H.D.'nin 1.12.2015 tarihli 2015/22112 E. 2015/22759 K. sayılı kararında açıkça *«Toplanan delillerden, davalı kadının davacı erkeğin ilk evliliğinden olan ve velayetleri davacı babada bulunan 2004 ve 2005 doğumlu kız çocuklarına evlilik süresince ağır fiziksel ve psikolojik şiddet uyguladığı, buna karşın davalı tanıkları da davacı erkeğin davalı kadına tek bir şiddet eylemi olduğundan bahsetmişlerdir. Bu hâlde evlilik birliğinin sarsılmasına neden olan olaylarda davalı kadın ağır kusurludur.»* sonucuna varılmıştır. Yarg. 2. H.D.'nin 20.01.2014 tarih ve 2013726074 E. 2014/987K. sayılı kararında ise bu durumun koca bakımından manevi tazminat gerektiren bir durum olduğu vurgulanmıştır. *«a)Davacı-karşı davalı (kadın)'ın kocasının önceki evliliğinden olan çocuklarına fiziki şiddet uyguladığı, bu çocukları sürekli aşağılayıcı söz ve davranışlarda bulunduğu yapılan soruşturma ve toplanan delillerden anlaşılmaktadır. Mahkemece de, kadının bu davranışları sabit görülmüş ve boşanma sebebi kabul edilmiştir. Kadının, ergin olmayan üvey çocuklarına karşı bu tutum ve davranışı kocanın kişilik haklarını zedeler ve manevi tazminatı gerektirir. Öyleyse koca yararına uygun miktarda manevi tazminat (TMK. md. 174/2) takdir ve tayini gerekir. Bu husus nazara alınmadan manevi tazminat talebinin reddi doğru bulunmamıştır.»*

[24] Ünlütepe, s. 314-315.

[25] Akıntürk/Ateş, s. 114.

[26] Bkz. Özdemir/Ruhi, s. 82-83.

[27] Akıntürk/Ateş, s. 440; Grassinger, s. 184; Öztan, s. 789. Elbette salt üvey çocuğun üvey ana/babadan hoşlanmaması velâyetin kaldırılmasını gerektirmez (Akyüz, s. 299).

Bununla birlikte üvey çocuğun velâyetine sahip ana/babanın yeniden evlenme sonrasında, üvey ana/babanın üvey çocuğa kötü muamelelerini engelleyememesi durumunda TMK m. 346 vd. çerçevesinde üvey çocuğun kişiliğinin korunması gerekir. Hâkim, öncelikle hem velâyet sahibi olan hem de üvey ana/babayı bu hususta uyarmalı, onlara talimat vermeli, onlara bu konuda danışman atamak gibi hafif önlemlere başvurmalıdır[28]. Ancak, hâkim tarafından bu tür hafif önlemlerin duruma çare olmadığı ya da çare olmayacağının öngörüldüğü hâllerde, TMK m. 347 kapsamında üvey çocuğun ana/babadan alınarak bir aile yanına ya da kuruma yerleştirilmesine de karar verilebilir.

Elbette hâkim, son çare olarak, gerekirse üvey çocuğun kişiliğini üvey ana/babadan koruyamayan ana/babanın velâyetinin kaldırılmasına (TMK m. 348, 349) da karar verebilir[29]. Özellikle ananın ikinci evliliğini yaptığı şahsın adli sicil kaydının kabarık olması, üvey babanın üvey çocuğun malvarlığını kendi çıkarı için kullanması, üvey ananın kendi çocukları ile üvey çocuk arasında açık ayrımcı tutumu bulunduğu hâllerde TMK m. 349'da aranan çocuk menfaati açısından tehlikenin mevcudiyeti şartı gerçekleşir[30]. Ayrıca velâyetin kaldırılmasına ilişkin bu tür davalarda, çocuğu bu davada temsil etmek üzere temsil kayyımı atanması[31] ve yeterli olgunluktaki çocuğun görüşünün alınması da gerekir[32]. Özellikle üvey çocuğa üvey ana baba tarafından eziyet edilmesi, kötü muamelede bulunulması, cinsel istismarda bulunulması çocuğun dilendirilmesi, suça yönlendirilmesi ve diğer eşten kaçırılması ya da çocuğa aşırı şiddet uygulanması gibi hâllerde mutlaka velâyet kaldırılmalıdır.

Bunun yanında şu hususa da işaret etmek gerekir. Eşlerin TMK m. 338/I'den doğan yükümlülüğü, kanaatimizce, salt velâyet sahibi ana/babanın eşi bakımından değil, çocuk ile kişisel ilişki kuran ana/babanın boşanma sonrasında evlendiği eşi bakımından da söz konusudur[33]. Velâyetin kaldırılmasına benzer şekilde, çocukla kişisel ilişki kuran eşin yeniden evlenmesi de, tek başına, kişisel ilişkinin sınırlandırılmasını veya kaldırılmasını gerektirmez[34]. Ancak çocuk ile velâyet sahibi olmayan ana baba arasındaki kişisel ilişkinin yatılı kurulduğu hâllerde bu ana/babanın eşi bakımından da bu yükümlülüğün ihlâline hukuki sonuç bağlanmalıdır. Esasen bu eş, bu çocuk bakımından bu çalışmada nitelendirilen anlamda "üvey ana/baba" olarak nitelendirilemez. Ancak, bu çocuk bu eş bakımından da TMK m. 338 anlamında "üvey çocuk" olur. Bu eşin diğer eşin ergin olmayan üvey çocuğuna kişisel ilişkinin kurulması esnasında kötü muamelede bulunması, ona eziyet etmesi gibi durumlarda TMK m. 324/II'ye dayanılarak hâkimin üvey çocukla ana/babası arasındaki kişisel ilişkiyi sınırlandırması gerekebilir. Hatta çocuğun kişiliğinin

[28] Bkz. Grassinger, s. 108, Akyüz, s. 273 vd.; Özdemir/Ruhi, s. 87; Akıntürk/Ateş, s. 436.
[29] Kılıçoğlu, s. 146.
[30] Öztan, s. 1094; Özdemir/Ruhi, s. 101.
[31] Özdemir/Ruhi, s. 92.
[32] Öcal Apaydın/Hışım, s. 311.
[33] Aynı yönde bkz. Kutoğlu, s. 51.
[34] Ancak çocuğun üvey ana babasını genetik ana babası yerine koyduğu hâllerde bunun gerekebileceği yönünde bkz. Erlüle, (2010). s. 241.

korunması gerektiriyorsa, son çare olarak, üvey çocuğun ana/babasıyla kişisel ilişkisinin kaldırılmasına da karar verilebilir. Ancak böyle bir davada somut olayda ebeveyne yabancılaşmış çocuk varsa, çocuğun kişisel ilişkinin kurulmasına yönelik olumsuz iradesi, kendi üstün yararı göz önünde bulundurularak dikkate alınmamalıdır[35].

2. TMK m. 306/III: Üvey Çocuğun Evlat Edinilmesi

Üvey çocuğun evlat edinilmesinde, üvey ana/baba üvey çocuğunu evlat edinerek üvey çocukla arasında yapay soybağının kurulmasını sağlar (TMK m. 282/II). Böylece üvey ana/babanın evlat edindiği üvey çocuğu üzerinde velâyet hakkı da doğar. Bu durum Kanunda özel bir şekilde düzenlenmiştir. Hükme göre, eşlerden biri, en az iki yıldan beri evli olmaları veya kendisinin otuz yaşını doldurmuş bulunması koşuluyla diğerinin çocuğunu evlât edinebilir (TMK m. 306/III).

Bu konuya ilişkin üzerinde durulması gereken en önemli husus, Türk hukukunda üvey çocuğun evlat edinilmesi hâlinde, çocuğun velâyetinin bu tür evlat edinmeyle birlikte sadece üvey ana/babaya geçmediğinin kabul edilmesi gereğidir. Gerçekten de üvey çocuğun evlat edilmesi hâlinde, üvey ana/babanın evlatlık ilişkisi sebebiyle velâyet hakkı doğar (TMK m. 314/I). Ancak üvey ana/baba ile evli olan ve aynı zamanda evlat edinilen çocuğun ana/babası olan eşin velâyeti sona ermez[36]. Zira Türk hukukunda üvey çocuğun evlat edinilmesine ilişkin düzenleme, "tek başına evlat edinme" niteliğinde değildir. "Birlikte evlat edinme" kenar başlıklı hükmün üçüncü fıkrasında düzenlenen bu olanağın birlikte evlat edinmenin özel bir hâli olarak değerlendirilmesi gerekir. Bu sonuç, hem sistematik yoruma hem de hükmün amacına uygun düşer[37]. Bununla birlikte doktrinde aksi yönde değerlendirmeler de yapılmakta ve bu tür evlat edinmeyle birlikte çocuk ve üvey ana/baba ile birlikte yaşayan ana/babanın da velâyetinin sona ereceği sonucuna varılmaktadır[38]. Kanaatimizce hem hükmün çocuğun üstün yararı ilkesine uygun şekilde yorumlanması gereği hem de TMK m. 306/III'ün amaçsal ve sistematik yorumu, bize üvey çocuğun evlat edinilmesine ilişkin dile getirilen bu endişelerin yersiz olduğunu gösterir.

Ayrıca üvey çocuğun evlat edinilmesi hâlinde de evlât edinecek üvey ana/babanın, küçüğe bir yıl süreyle bakmış ve onu eğitmiş olması gerekir (TMK m. 305/I). Evlat edinen ile evlatlık arasındaki on sekiz yaş farkı ve ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızası şartı geçerlidir (TMK m. 308). Yine

[35] Ancak ayırt etme gücüne sahip olan çocukların ana ve babasıyla kişisel ilişki kurmaya yönelik olumsuz iradelerine dikkat edilebilir. Ancak ebeveyne yabancılaşan çocuk sendromu yaşayan çocuklar bakımından, çocuğun buna ilişkin olumsuz yöndeki sübjektif iradesine çocuğun objektif menfaatiyle çatıştığı için itibar edilmemelidir. Zira medeni yargılamadaki kendiliğinden araştırma ilkesi, hâkimin, somut olayda çocuğun objektif üstün yararını araştırmasını ve çocuğun üstün yararına uygun çözümü belirlemesini gerektirir (Tek/Turan, s. 241-243).

[36] Bu hususta aynı sonuca varan yazarlar için bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, s. 321, prg.1532 ve 339, prg. 1605; Akyüz, s. 194.

[37] Üvey çocuğun evlat edinilmesinin niteliğine ilişkin tartışmalar için ise bkz. Sadioğlu, s. 742 ve dn. 57; Fırat Şimşek, s. 25-26.

[38] Bu yöndeki değerlendirmeler için bkz. Serozan, s. 135; 221; Şıpka, s. 310-311; Öztan, s. 959; Turan Başara, s. 72; Elçin, s. 98.

velâyet hakkına sahip olsun olmasın, küçükle aralarında soybağı kurulmuş olan ana ve babanın da rızası aranır (TMK m. 309).

Evlat edinilecek üvey çocuğun görüşünü açıklayabilecek olgunlukta ise[39], üstün yararına uygun karar verilebilmesi için hâkim tarafından dinlenmesi[40] ve rızasının mahkemeye açıklanması gerekir[41]. Bu rızayı açıklama hakkı, çocuğun kişilik hakkı kapsamında yer alır. Küçüğün hangi yaşta bu hususta geçerli bir irade ortaya koyabileceği her somut olaya göre belirlenmelidir[42]. Esasen bu hüküm ile üvey çocuğun evlat edinilmesi bakımından getirilen en önemli kolaylık, eşlerin birlikte evlat edinebilmelerinde aranan beş yıllık asgari evlilik süresinden vazgeçilmiş olmasıdır. Zira üvey ana/babanın evlat edineceği üvey çocuğunun ana/babasıyla evliliğinin iki yıl sürmüş olması yeterlidir. Ancak bu hüküm doktrinde eşlerin yeni evlilik kurmanın heyecanıyla, geçici hevesle ve hatta yeni eşin hatrına üvey çocuğunu evlat edinmesinin yolunu açtığı gerekçesiyle eleştirilmektedir[43]. Zira kısa süreli evliliklerde uzun süreli ve yerleşik evliliklere göre boşanma oranları daha yüksektir. Kısa süreli bir evlilikte üvey çocuğunu evlat edinen üvey ana/babanın bir süre sonra evlat edindiği üvey çocuğun ana/babasından boşanması daha yüksek ihtimaldir. Özellikle böyle hâllerde üvey ana/baba ile üvey çocuk arasında evlat edinmeyle kurulmuş yapay soybağının boşanma sonrasında devam edecek olmasında çocuğun yararı tartışılmaktadır[44].

Doktrinde genelde bu hükmün üvey çocuklu ailelerin bütünleşmesini ve daha doğal bir aile kurmasını kolaylaştırma amacı güttüğü ifade edilmektedir[45]. Oysa çocuğun evlat edinildiği her hâlde olduğu gibi, bu tür evlat edinmede de asıl amaç ailenin bütünleşmesi değil; üvey çocuğun yeni kurulan ailedeki konumunun güçlendirilmesi olmalıdır[46]. Dolayısıyla ergin olmayan üvey çocuğun evlat edinilmek istendiği her hâlde mutlaka çocuğun üstün yararı araştırılmalı ve hâkim, çocuğun yararı gerektiriyorsa böyle bir evlat edinme talebini kabul etmelidir. Zira TMK m. 305'e göre *«Bir küçüğün evlât edinilmesi, (...) her hâlde küçüğün yararına bulunması»* şartına bağlıdır. Kanaatimizce de üvey çocuğun evlât edinilmesi, herhangi bir çocuğun eşler tarafından birlikte

[39] Türk hukukunda hangi yaşı dolduran çocukların bu hususta ayırt etme gücüne sahip olduğu hususunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ayırt etme gücü nisbî bir kavram olduğundan, her somut olaya göre çocuğun zihinsel gelişimi ve yaşı dikkate alınarak, hâkim tarafından değerlendirilir (Genç Arıdemir, s. 78-79).
[40] Öcal Apaydın/Hışım, s. 308-309.
[41] Genç Arıdemir, s. 81.
[42] Genç Arıdemir, s. 77.
[43] Serozan, s. 135; Öztan, s. 967; Fırat Şimşek, s. 34-35. Bu sebeplerle kimi ülkelerde üvey çocuğun evlat edinilmesinin yasaklandığı ya da zorlaştırıldığı ifade edilmiştir (Serozan, s. 221). Buna karşılık birçok ülkede üvey çocuğun evlat edinilmesinin genellikle çocuk yararına bir durum olduğundan, istenen bir durum olduğu da tespit edilmiştir (Fırat Şimşek, s. 32).
[44] Turan Başara, s. 72. Doktrinde böyle hâllerde diğer eşin ağır kusuru dolayısıyla evlilik sona ermiş ve evlat edinilenin velâyeti üvey çocuğunu evlat edinen eşe verilmemiş ise, Kanun'da bu eşe boşanma sonrasında evlatlık ilişkisinin kaldırılmasını talep etme hakkının verilmesi gereğine işaret edilmiştir (Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 177, prg. 14).
[45] Bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, s.321, prg. 1532; Öztan, s. 961; Özdemir/Ruhi, s. 350.
[46] Akıntürk/Ateş ise bu şekilde ailede öz-üvey evlat ayrımının giderileceğine ve üvey çocukların gerçek ana/baba şefkatine kavuşacağına işaret etmiştir (s. 374). Fırat Şimşek de bu hükümde ön plânda olanın "üvey çocuk" olduğunu vurgulamıştır (s. 26).

evlât edinilmesine göre daha hassas bir mevzudur. Hâkim, böyle bir evlat edinme başvurusunda üvey çocuğun daha fazla korunmaya muhtaç olduğunu gözden kaçırmamalıdır. Dolayısıyla hâkimin, bu tür evlat edinmeye asgari koşulların gerçekleştiği her hâlde değil, sadece ergin olmayan üvey çocuğun menfaati gerektirdiği zaman ve istikrar kazanmış uzun süreli evlilikler bakımından izin vermesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira sadece böyle bir evlat edinme çocuğun üstün yararına ve güvenliğine uygun düşer[47]. Nitekim evlat edinme hükümleri arasında yer alan "Araştırma" başlıklı TMK m. 316 hükmü de bunu gerektirir[48]. Buradan hareketle hâkimin, bu uzman görüşünden yararlanabileceği ve somut olayda sırf eş hatrına ya da eşin sevgisini kazanmak amacıyla yapılmış bir evlat edinme başvurusunu çocuk yararına olmayacağı gerekçesiyle reddedebileceği kanaatindeyiz[49].

İsviçre Medenî Kanununda (İMK/ZGB) 01.01.2018'de yürürlüğe giren değişiklikle, eşlerden birinin diğerinin çocuğunu evlât edinmesi, eşlerin birlikte evlât edinmelerini düzenleyen hükümden (İMK m. 264a) çıkartılmış ve "üvey çocuğun evlât edinilmesi" başlığı altında özel olarak (İMK m. 264c) düzenlenmiştir. Bu yeni düzenleme ile İsviçre'de üvey çocuğun evlât edinilmesi için aranan beş yıllık süre üç yıla indirilmiştir. Ayrıca evli çiftler dışında tescil edilmiş eşcinsel hayat ortaklığı veya fiilî hayat ortaklığı içinde yaşayan çiftlerin de en az üç yıldan beri ortak hayat sürdürüyor olmak kaydıyla üvey çocuklarını evlât edinebilmelerinin yolu açılmıştır. Ayrıca bu düzenlemede fiilî hayat ortaklığı sürdüren çiftlerin, üvey çocuklarını evlât edinebilmelerinin evlenmeleri veya tescil edilmiş hayat ortaklığı kurmaları koşuluna bağlanamayacağı hüküm altına alınmıştır[50].

İsviçre hukukunda üvey çocuğun evlât edinilmesi açısından asgari bir yaş şartı getirilmemiştir. Üvey çocuğun zaten üvey ana/babayla birlikte yaşadığı ve dışarıdan evlat edinilen bir çocuk gibi değerlendirilmemesi gerektiği belirtilmiştir[51]. Çocukların Evlat Edinilmesine İlişkin (revize edilmiş) Avrupa Konseyi Sözleşmesi m. 9'da çocuğun yararına yönelik olarak evlat edinen ile evlatlık arasında tercihen en az on altı yaş olmak üzere, evlat edinen ve çocuk arasında uygun bir yaş farkı bulunması gerektiği ancak bu yaş farkından özellikle üvey çocuğun evlat edinilmesi bakımından vazgeçilebileceği düzenlenmiştir[52].

İsviçre hukukunda buna uygun şekilde eşlerin birlikte evlât edinebilmesi için, evlât edinen ile evlâtlık arasındaki yaş farkı on altıdan az, kırk beşten fazla olmamalıdır (İMK m. 264d/I) hükmü

[47] Çocuk hukukuna ilişkin uluslararası sözleşmelerde de evlat edinmenin şartları ve sonuçlarının çocuğun üstün yararı ve güvenliğini sağlayacak şekilde olması gerektiği vurgulanmıştır (Şıpka, s. 302).
[48] Benzer yönde Genç Arıdemir, s. 96. Ayrıca bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, s. 336-337, prg. 1600 vd.; Akıntürk/Ateş, s. 380-381; Güllüoğlu Altun, s. 152-153.
[49] Fırat Şimşek, s. 36; Turan Başara, s. 70.
[50] Bkz. Sadioğlu, s. 749-750; Yılmaz, s. 140; Fırat Şimşek, s. 24-25, 33.
[51] Bkz. Yılmaz, s. 150; Fırat Şimşek, s. 64. Ancak bu durum doktrinde eleştirilmiştir (Bkz. Sadioğlu, s. 751, dn. 87).
[52] Bkz. Yılmaz, s. 149: Fırat Şimşek, s. 33.

yer almaktadır. Ancak somut olayda çocuk yararı gerektiriyorsa her iki yaş farkından da ayrılmak mümkündür (İMK m. 264d/II)[53].

Türk hukukuna göre ise bu fark on sekiz yaş olarak emredici nitelikte[54] düzenlenmiştir (TMK m. 308/I). Ancak Kanunda buna çocuk yararına bir istisna getirilebileceği düzenlenmemiştir. Evlat edinmede aranılan yaş farkı ile amaç olağan aile yaşantısına benzer ana baba–çocuk ilişkisinin kurulmak istenmesidir. Kanaatimizce bu hüküm ile evlat edinen ve evlatlık arasında aranan yaş farkı şartının olağan aile yaşantısını bozmayacak ölçüde olduğu sürece ve özellikle üvey çocuğun evlat edinilmesi bakımından çocuk yararına esnetilebileceği sonucuna varılmalıdır[55]. Zira emredici nitelikteki bu hükme rağmen üvey ana/babanın arasında on sekiz yaştan daha az yaş farkı bulunan üvey çocuğunu evlat edinebilmesi, somut olayda üvey çocuğun yararına uygun olabilir. Bu durumda hükmün amacına göre yorumlanması ve hâkim tarafından TMK m. 2/II'ye dayanılarak emredici olmasına rağmen bu hükmün uygulanmaması ve ortaya çıkan boşluğun çocuğun üstün yararına Türk Medenî Kanunu'nun iktibas edildiği İsviçre Medenî Kanunu'nun yeni düzenlemeleri esas alınarak doldurulması gerektiği kanaatindeyiz[56].

IV. Üveylik İlişkisine Hukukî Sonuç Bağlanan ve Bağlanabilecek Diğer Hâller

Özellikle üvey ana/babanın eşinin üvey çocuk üzerinde velâyete sahip olduğu ve taraflar arasında sevgi ve saygı temelli uzun süreli ortak yaşam olduğu hâllerde, üvey çocuk ile üvey ana/baba arasındaki duygusal yakınlık "kayın altsoy hısımlığından" öte bir sosyal yakınlık oluşturabilir. Bu hâlde üvey çocuk ve üvey ana/baba arasındaki bu sosyal yakınlığa başka hukukî sonuçlar da bağlanmalıdır. Bu durum her somut olayda tarafların bir arada yaşadıkları süre ve özellikle üvey çocuğun velâyet sahibi olmayan ana/baba ile kişisel ilişkisinin kapsamı, özellikle de üvey ana/babayı öz ana/baba yerine koyup koymadığı dikkate alınarak değerlendirilmelidir.

Kanaatimizce somut olayda taraflar arasında varlığı tespit edilen böyle bir sosyal yakınlık, maddî hukukta ve yargılama hukukunda "yakın" olmaya bağlanan hukukî sonuçların üveylik ilişkisi bakımından da uygulanmasını gerektirir.

Bu hâllerin bir kısmı Türk Medenî Kanununun aile hukuku kitabında yer almaktadır. Bunlardan ilkine göre üvey çocuk üvey ana/babasının sağlığı veya namus ve onuruna yönelik pek yakın ve ağır bir tehlike ile korkutularak evlenmeye razı edilmişse, korkunun etkisinin ortadan kalktığı tarihten başlayarak altı ay ve her hâlde evlenmeden itibaren beş yıl içinde bu evlenmenin iptalini dava edebilmelidir (TMK m. 151- 152). Zira bu hükmün uygulanması için korkutmanın *hısımlık*

[53] Bkz. Yılmaz, s. 131, 133; Fırat Şimşek, s. 70.
[54] Akıntürk/Ateş, s. 375; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 322, prg. 1541.
[55] Benzer yönde çocuğun üstün yararı gerektiriyorsa örneğin birden çok kardeşin evlat edinilmesinde adalet ve çocuk yararı gereği bu hükümden vazgeçilebileceğine işaret eden görüş için bkz. Oktay Özdemir, s. 386.
[56] Bu yorumun teorik temellendirmesi için bkz. Oğuzman/Barlas, s. 70; Edis, s. 129; Erdoğan/Keskin, s. 120, 124. Yine TMK m. 305'in öngörüldüğü koşulların yerine getirilmesi hâlinde salt yaş farkının evlat edinmeye engel teşkil etmeyeceği yönünde bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, s. 323, prg. 1542.

ilişkisi kapsamında yer alan bir kişiye değil, evlenmeyi bu sebeple iptal edecek taraf ile duygusal, diğer bir deyişle sosyal yakınlık içinde bulunan bir kişiye yapılması zorunlu ve yeterlidir.

Sosyal "yakınlığa" bağlanan hukukî sonuçlar Türk Medeni Kanununun miras hukuku kitabında da karşımıza çıkmaktadır. Üvey ana/babanın mirasçılarından birisinin üvey çocuğa karşı ya da üvey çocuğun mirasçılarından birisinin üvey ana/babaya karşı ağır bir suç işlemiş olması hâlinde, üvey ana/baba ya da üvey çocuk ölüme bağlı bir tasarrufla bu saklı paylı mirasçısını mirasçılıktan çıkarabilir (TMK m. 510). Ayrıca mirasbırakanın terekesinden tasarruf edilebilir kısmın hesabında mirasbırakan ile birlikte yaşayan ve onun tarafından bakılan kimselerin üç aylık geçim giderleri terekeden indirilir (TMK m 507/II). Somut olayda mirasbırakan ile yaşayan ve onun tarafından bakılan bir üvey çocuk varsa, onun üç aylık geçim gideri de terekeden indirilir.

Özellikle haksız fiil sonucunda meydana gelen maddî ve manevî zararın tazmini hususunda da üvey çocuk ile üvey ana/baba arasındaki sosyal yakınlık hukukî sonuç doğurabilir. Örneğin üvey çocuk veya üvey ana/babadan birinin bir trafik kazası sonucunda ölmesi hâlinde, ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin, haksız fiil failine karşı TBK m. 55'teki şartlar gerçekleştiği takdirde, destekten yoksun kalma tazminatı talebiyle dava açması mümkündür. Kanaatimizce üvey ana/babanın üvey çocuk bakımından "destek" olarak kabul edilmesi mümkündür. Ayrıca üvey ana/baba veya üvey çocuğun bir haksız fiil sonucu ölmesi ya da ağır bedensel zarara uğraması hâlinde de, sağ kalan üvey ana/baba ya da üvey çocuğun haksız fiil failinden manevî tazminat isteminde bulunması mümkündür (TMK m. 56/II).

Üvey ana/baba ile üvey çocuk arasındaki bu ilişkinin medenî ve cezaî yargılamada da birtakım hukukî sonuçları bulunmaktadır. Ancak bu hâllerde taraflar arasında kayın altsoy kısımlığının bulunması yeterlidir. Ayrıca somut olayda taraflar arasında kayın hısımlığından öte bir sosyal yakınlık aranmaz. Zira taraflar arasında salt bu hısımlık ilişkisinin varlığı, yargılama hukukunda hem tanıklıktan (HMK m. 248/I, c bendi, CMK m. 45/I, c bendi) hem de hâkimlikten (HMK m. 34/I, c bendi; CMK m. 22/I, c bendi) ve hakemlikten (HMK m. 417) çekinme sebebi olarak düzenlenmiştir.

Sonuç

Bu tebliğde önce Türk Medeni Kanununda üvey çocuk ile üvey ana baba arasındaki ilişkiye doğrudan uygulanabilecek az sayıdaki hüküm (TMK m. 338, 306/III ve 282/III) üvey çocuk perspektifinden ve çocuk hukukunun temel ilkeleri esas alınarak değerlendirilmiştir. Bu noktada özellikle çocuğun üstün yararı ve güvenliği ilkesi ile çocuğun görüşlerinin dinlenmesi ve katılım hakkı ile bu hakkının sınırlarına dikkat çekilmiştir.

Tebliğin son kısmında ise, üvey çocuk ve üvey ana/babanın uzun süreli birlikte yaşantısının duygusal ve sosyal bir yakınlık oluşturduğu hâllerin gerçekleşebileceğine işaret edilmiştir. Böyle hâllerde bu ilişkiye hukukî sonuç bağlanabilecek durumlar gerek maddî hukuk gerek yargılama hukuku bağlamında değerlendirilmiştir. Bu değerlendirmede de yine çocuk haklarının temel ilkelerinden hareket edilmiştir.

KAYNAKÇA

Akıntürk, T. ve Ateş, D. (2020). Türk Medenî Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt. İstanbul: Beta Basım Yayım.

Akyüz, E. (2020). Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması. Ankara: Pegem Akademi.

Dural, M., Öğüz, T. ve Gümüş, M. A. (2020). Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi.

Edis, S. (1997). Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Erdoğan, İ. ve Keskin, A. D. (2019). Türk Medeni Hukuku (Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku). Ankara: Gazi Kitabevi.

Erlüle, F. (2010). Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması. MÜHF-HAD. C.16. S.3-4. 217-248.

Erlüle, F. (2020). Boşanmadan Sonra Birlikte (Ortak) Velayete İlişkin Güncel Gelişmeler. Bursa Barosu Dergisi. C.45. S.114, 59-68.

Fırat Şimşek, A. (2020). Ergin Olmayan Üvey Çocuğun Evlat Edinilmesi. İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C.19. S.1. 23-88.

Genç Arıdemir, A. (2021). Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması. A. Makaracı Başak, S. Öktem Çevik, G.S. Tek (Ed.). Velayet Altında Olan Küçüklerin Evlat Edinilmesinde Küçüğün Rızası (75-100). Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Elçin, E.G. (2015). Türk Medeni Kanunu'nda Soybağı ve Çocuğun Korunmasında Revize Edilmesi Gereken Hükümler. Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni. C.35. S.1, 97-102.

Grassinger, G.E. (2009). Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velâyet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Güllüoğlu Altun, Y. (2021). Türk Medeni Hukuku Çerçevesinde Aile Hukukunda Güncel Meseleler Sempozyumu. Y. Güllüoğlu Altun (Ed.). Evlat Edinmeden Doğan Soybağı ve Kurulmuş Olan Soybağında Küçüğün Yüksek Yararının Aranması (143-157). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Günel, M.C. (2019). Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları Cilt II Aile Hukuku. B.İ Engin. (Ed.). Üçüncü Kişilerin Çocuk ile Kişisel İlişki Kurmaları (TMK m. 325) (347-362). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Hatemi, H. ve Kalkan Oğuztürk, B. (2018). Aile Hukuku. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Kılıçoğlu, A. M. (2014). Medenî Kanun'umuzun Aile- Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler. Ankara: Turhan Kitabevi.

Kutoğlu, T. (2018). Üvey Ailede Hukuki İlişkiler. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Oğuzman, K. ve Barlas, N. (2002). Medenî Hukuk. İstnabul: Beta Yayıncılık.

Oktay Özdemir, S. (2021). Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması. A. Makaracı Başak, S. Öktem Çevik, G.S. Tek (Ed.). Değerlendirmeler (383-391). Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Öcal Apaydın, B. ve Hışım, S. (2021). Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması. A. Makaracı Başak, S. Öktem Çevik, G.S. Tek (Ed.). Türk Aile Hukukunda Çocuğun Katılım Hakkı (287-319). Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Özdemir, H. ve Ruhi, A.C. (2019). Çocuk Hukuku (Ders Kitabı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Öztan, B. (2015). Aile Hukuku. Ankara: Turhan Kitabevi.

Sadioğlu, F. C. (2020). Türk ve İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Eşlerin Birlikte Evlât Edinmesi Kuralı. Hacettepe HFD. C.10. S.2. 730-759.

Serozan, R. (2017). Çocuk Hukuku. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Şıpka, Ş. (1999). 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "Evlat Edinme"ye İlişkin Hükümlerinin İncelenmesi. İÜHFM. C. 57. S.1-2. 301-322.

Tek, G.S. ve Turan, S.G. (2021). Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması. A. Makaracı Başak, S. Öktem Çevik, G.S. Tek (Ed.). Ebeveyne Yabancılaşma Sendromu ve Hukuki Değerlendirilmesi (221-245). Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Turan Başara, G. (2021). Türk Medeni Hukuku Çerçevesinde Aile Hukukunda Güncel Meseleler Sempozyumu. Y. Güllüoğlu Altun (Ed.). Türk Medeni Kanunu'nun Evlat Edinmeye İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi (67-79). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Türkmen, A. (2020). Çocuğun Kişisel İlişki Kurma Hakkı. MAÜHF-HAD. C.26. S.2. 1126-1156.

Ünlütepe, M. (2019). Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Sebebine Dayalı Boşanma (TMK m. 166/I-II). Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Yılmaz, C. (2021). Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması. A. Makaracı Başak, S. Öktem Çevik, G.S. Tek (Ed.). Evlat Edinme Hukukunda Güncel Gelişmeler (127-157). Ankara: Seçkin Yayıncılık.

ULUSLARARASI
HUKUK
SEMPOZYUMU
International Symposium on Law

SÜRDÜRÜLEBİLİR KAMU ALIMI: KAMU İHALELERİNE SOSYAL VE ÇEVRESEL ÖLÇÜTLERİN DAHİL EDİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Bige Açımuz

Özyeğin Üniversitesi

ORCID NO: 0000-0002-0904-5489

Öz

Birleşmiş Milletler Sürdürülebilir Kalkınma İçin 2030 Gündemi'nde yer alan sürdürülebilir kalkınma hedeflerine erişilmesi, adil ve çevreyle uyumlu üretim ve tüketim mekanizmalarının geliştirilmesini gerekli kılmaktadır. Temelde özel sektörün faaliyetlerini hedef alan bu gereğin karşılanmasında devletin rolü politika belirleme, düzenleme yapma ve kolluk yetkilerini kullanarak mevzuatın uygulanmasını sağlamanın ötesine geçmektedir. Zira devlet, tercihleriyle bir yandan özel sektöre örnek olabilmekte, diğer yandan kamu alımlarına ilişkin olarak geliştirdiği ölçütler sayesinde özel sektörün üretim tercihlerinde etkili olmakta ve kurallara riayet edilmesini bu yolla da sağlayabilmektedir. İdare, ihale şartnamelerinde öngördüğü kriterler ve sözleşmelerin uygulanma aşamasına yönelik kurallar aracılığı ile aslında piyasayı yönlendirmektedir. Bu nedenle kamu ihaleleri, sürdürülebilir kalkınmanın özellikle çevresel ve sosyal bileşenlerinin hayata geçirilmesi için bir politika aracı olarak kabul edilmektedirler. Nitekim "ulusal politikalar ve önceliklerle uyumlu olacak şekilde sürdürülebilir kamu alımlarının teşvik edilmesi" Birleşmiş Milletler'in sorumlu üretim ve tüketim kapsamındaki hedefleri arasında sayılmaktadır. Çevresel ve sosyal mülahazaların kamu ihale süreçlerine dahil edilmesinde Avrupa Birliği hukuku önemli bir referans noktası oluşturmaktadır. Avrupa Birliği Kamu Alımları Yönergesi (2014/24/UE) sürdürülebilir alımı teşvik eden detaylı düzenlemeler öngörmektedir. Ancak sürdürülebilir kamu alımına yönelik uygulamaların ihale hukukuna hâkim olan ilkeler ile uyumlu olması gerekir. Türk hukukunda ise kamu ihalelerine ilişkin kurallar henüz sürdürülebilir kamu alımlarını teşvik edecek nitelikte olmasa da sınırlı bazı uygulamalar geliştirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Sürdürülebilir Kalkınma, Kamu İhale Hukuku, Sürdürülebilir Kamu Alımları, Yeşil Kamu Alımı, Avrupa Birliği

SUSTAINABLE PUBLIC PROCUREMENT: INTEGRATION OF SOCIAL AND ENVIRONMENTAL CONSIDERATIONS INTO PUBLIC TENDERS

Abstract

Achieving sustainable development goals of the United Nations 2030 Agenda for Sustainable Development requires the development of fair and environmentally compatible mechanisms of production and consumption. This requirement mainly targets the activities of the private sector. But the role of the state in meeting this goal exceeds policy making, developing regulations and ensuring the implementation of the legislation by using law enforcement powers. The state can set an example for the private sector with its preferences and influence its production methods by creating criteria regarding public procurements and thus ensure the respect of the legislation. In fact, the administration influences the market by means of the criteria stipulated in the tender specifications and the rules for the implementation phase of the contracts. Therefore, public tenders are accepted as a policy tool for the realization of the environmental and social components of sustainable development. Thus, "promoting public procurement practices that are sustainable, in accordance with national policies and priorities" figures among the goals of the United Nations within the scope of responsible production and consumption. European Union law constitutes an important reference point in the inclusion of environmental and social considerations into public procurement process. The European Union directive on public procurement (2014/24/UE) foresees detailed rules promoting sustainable procurement. Nonetheless, the practices of sustainable public procurement should be compatible with the principles of procurement law. In Turkish law, the rules regarding public procurement are not yet qualified to encourage sustainable public procurement but some limited practices are being developed.

Keywords: Sustainable development, Public procurement, Sustainable procurement, Green procurement, European Union

Giriş

Sürdürülebilir kamu alımı, sürdürülebilir kalkınma ilkesinin ihale hukukuna yansımasıdır. Kalkınmanın çevresel sorunlardan bağımsız şekilde değerlendirilemeyeceği 1972 yılında Stockholm'de düzenlenen Birleşmiş Milletler Çevre Konferansı'nda ortaya konulmuş ve bu husus Stockholm Bildirgesi'nde dile getirilmiştir. Bildirgenin önsözünde "*insan çevresinin geliştirilmesinin ve korunmasının insanların refahını ve tüm dünyadaki ekonomik kalkınmayı etkileyen ana mesele*" olduğu (paragraf 2) ve "*çevresel amacın dünya ölçeğindeki sosyal ve*

ekonomik kalkınma ve barış ile birlikte ve bunlarla ahenkli olarak gerçekleştirilebileceği" (paragraf 6) açıkça ortaya konulmaktadır[1].

Çevre hukukunun genel ilkelerinden olan sürdürülebilir kalkınma, 1987 yılında kaleme alınan ve Brundtland Raporu olarak da bilinen Ortak Geleceğimiz başlıklı raporun ifadesiyle şimdiki kuşakların ihtiyaçlarının, gelecek kuşakların ihtiyaçlarını tehlikeye düşürmeksizin karşılanması fikrine dayanır[2]. Ulusal hukuk düzenlerine de dahil edilen sürdürülebilir kalkınma, Çevre Kanunu'nda[3] da belirtildiği üzere "*Bugünkü ve gelecek kuşakların, sağlıklı bir çevrede yaşamasını güvence altına alan çevresel, ekonomik ve sosyal hedefler arasında denge kurulması esasına dayalı kalkınma ve gelişmeyi*" ifade eder. Buna göre sürdürülebilir kalkınma, üç hedefin birlikte ele alınmasını gerektirir.

Sürdürülebilir kalkınma kapsamındaki çevresel ve sosyal hedeflerin gerçekleştirilmesi şüphesiz bunları gözeten etkin politikaların hayata geçirilmesi ile olacaktır. Her türlü faaliyetin sosyal ve çevresel boyutu olduğu düşünüldüğünde, bunlar sadece doğrudan çevreyi ve sosyal gerekleri hedef alan politikalarla sınırlı kalmamalıdır. Nitekim çevre hukuku ilkelerinden entegrasyon ilkesi, her türlü alana ilişkin politika geliştirilmesi, düzenleme yapılması, idari faaliyetlerin yürütülmesi süreçlerinde çevresel boyutun dikkate alınmasını ve bunların çevresel etkilerinin göz önünde bulundurulmasını gerektirir[4]. İdarenin özel kişilerden mal ve hizmet alımı ve yapım işlerine yönelik ihtiyaçlarını karşılamasını ifade eden kamu alımları da bu kapsamda yer alabilecektir. Nitekim 1992 tarihinde Rio de Janeiro'da gerçekleştirilen Çevre ve Kalkınma Zirvesi'nin önemli çıktılarından olan Gündem 21'de "*Hükümetlerin, birimlerinin ve idarelerinin mal alımı politikalarını, tedarik süreçlerinde çevre unsurunun iyileştirilmesi bakımından gözden geçirmeleri gereği*"ne işaret edilmektedir[5]. Kamu alımlarında temel amaç idarelerin ihtiyaçlarının karşılanması olsa da alıma konu mallar, hizmetleri ve yapım işlerinin sosyal ve çevresel etkileri olacaktır. Bunların üretim süreçleri, hizmetin ifası, malların ve yapıların kullanımı da sosyal hakları doğrudan etkiler. Bunlara örnek olarak istihdam yaratılması, üretimde engellilerin çalıştırılması, adil ticaret ilkelerinin gözetilmesi, hizmetlerin herkesin yararlanabileceği şekilde sunulması, yapıların herkesin erişimine açık olması gibi örnekler verilebilir. Sürdürülebilir kalkınmanın kamu politikalarına dahil edilmesi ve çevresel ve sosyal mülahazaların başlı başına hedef oluşturması ile kamu alımları da bunların gerçekleştirilmesi için bir politika aracı haline

[1] Déclaration des Nations Unies sur l'environnement, 1972, A/CONF.48/14/REV.1.
[2] Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future, https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf adresinden erişildi (25.6.2021)
[3] 9.8.1983 tarihli ve 2872 sayılı kanun, 11.8.1983 tarihli ve 2872 sayılı Resmî Gazete.
[4] Van Lang, A. (2011) Droit de l'environnement. Paris: Presses Universitaires de France, 202.
[5] Gündem 21, madde 4.23.

gelmiştir[6]. Bu şekilde artık ihale hukukuna ikincil ya da daha doğru bir ifadeyle yatay işlevler denilen çevresel ve sosyal mülahazalar dahil edilmektedir[7].

Sürdürülebilir kamu alımı, Avrupa Komisyonu tarafından kamu idarelerinin ve kurumlarının mal, hizmet ve yapım işlerinde sürdürülebilir kalkınmanın üç önemli unsuru (ekonomik, sosyal ve çevresel) arasında dengeyi sağlamaya çalıştıkları süreç" olarak tanımlanmaktadır[8] ve birden fazla işleve sahiptir. Öncelikle devlet, sürdürülebilir alımlar sayesinde piyasaya "örnek" olur, bu sayede kendi sürdürülebilirlik politikalarını öncelikle kendisinin de uyguladığını gösterir. Devletini bir hukuk kişisi olarak hukuku uygulamada kusursuz davranması; personelinin de özellikle deontolojik yükümlülüklerini harfiyen yerine getirmesi hiç şüphesiz her şeyden önce hukuk devletinin gereğidir[9]. Örnek devlet kavramıyla bunun bir adım daha ötesine geçilmektedir. Sürdürülebilir kalkınmayla bağlantılı hedeflerin bütün idari birimlerce gözetilmesini sağlamak amacıyla kamu binalarında üst düzeyde enerji verimliliğinin sağlanması, karbon salımını düşürecek tedbirlerin alınması, engellilerin kamu hizmetlerine erişiminin mevzuatın zorunlu tuttuğu gereklerin ötesinde sağlanması gibi esasların öngörülmesi bu kapsamda değerlendirilir[10]. İdareler hizmetlerini bu esaslara göre düzenlemeleri, yapacakları ihalelerde de dönüşüme neden olacaktır. Nitekim Avrupa Yeşil Mutabakatında bu hususta "*AB kurumları dahil olmak üzere, kamu otoriteleri örnek olarak liderlik etmeli ve tedariklerinin yeşil olmasını sağlamalıdır. Komisyon, yeşil kamu alımına ilişkin daha fazla mevzuat önerecek ve rehberlik edecektir.*" (Paragraf 2.1.3) denilerek kamu otoritelerin örnek olma rollerinin altı çizilmektedir.

Sürdürülebilir kamu alımı aynı zamanda piyasanın regülasyonunu da sağlayan bir işleve sahiptir. Temel hedefi idarenin ihtiyaçlarının karşılanması olan kamu ihale sürecinde rekabetin sağlanması gerekir. Rekabetin sağlanması idarenin ihtiyacını farklı seçeneklerden karşılamasını sağladığından alıcı olan idare için avantajlı olduğu gibi serbest piyasa ekonomisinin gereğidir[11]. Nitekim kamu ihale hukukuna hakim olan ilkeler de bu çerçevede şekillenmişlerdir. Ancak kamu alımının çevre politikalarını ve sosyal politikaları gerçekleştirme aracı olarak kullanılması aynı zamanda piyasanın yönlendirilmesi anlamına gelmektedir. Zira idare, piyasada önemli bir alıcıdır. Kamu alımlarının GSYH içindeki payları OECD ülkelerinde %12, AB ülkelerinde ise %14

[6] Dikmen, S. ve Dağlıoğlu Şanlı, İ. (2020). Avrupa Birliği'nde çevre politikası aracı olarak yeşil kamu alımları. Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, 19/1, 107
[7] Kavramlara ilişkin değerlendirme için bkz. Arrowsmith, S. and Kunzlik, P. (2009) Public procurement and horizontal policies in EC law: general principles. S. Arrowsmith and P. Kunzlik (ed.), Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions. Cambridge: Cambridge University Press, 13-15.
[8] European Commission (2008) Communication, Public procurement for a better environment COM (2008) 400 final, 4.
[9] Deschamps, E. (2012). L'Etat exemplaire: slogan ou nouveau principe. Revue française d'administration publique, 3/143, 830.
[10] Deschamps, 836.
[11] Cantillon, G. (2010). L'achat public durable, un outil au service de l'Etat régulateur. Revue française d'administration publique, 134, 335-350.

civarındadır[12]. Türkiye'de ise bu oran OECD verileri uyarınca %10-12 arasında değişmektedir[13]. Buna göre idarenin kamu alımlarında oluşturacağı standartlar, ihalelere katılacak isteklilerin üretim ve hizmetleri sunuş biçimlerini yönlendirecek ve hatta değiştirecek; sürdürülebilir üretim ve tüketim politikalarının piyasa aktörleri tarafından benimsenmesini sağlayacaktır: idare piyasada oluşturduğu talep, özel sektörün arzını yönlendirecektir[14]. Bu vesileyle kamu otoriteleri devletin çevresel ve sosyal politikalarını kamu gücü kullanarak değil piyasada alıcı sıfatıyla ağırlıklarını kullanarak hayata geçirebileceklerdir.

Sürdürülebilir kamu alımlarının yukarıdaki işlevlerle bağlantılı bir sonucu ise idarenin faaliyetlerinin nitel olarak gelişmesinin sağlanmasıdır. Öyle ki çevresel ve sosyal mülahazalar, aşağıda da görüleceği üzere yaratıcı üretim ve çözümlerin geliştirilmesini gerektirirler. Bu anlamda da idarenin hizmetlerini özel sektörün deneyiminden faydalanarak[15] daha çevreci ve kapsayıcı bir biçimde sunması mümkün olur

Sürdürülebilir kamu alımları ile doğrudan ya da dolaylı olarak ilintili olan ve uluslararası örgütler nezdinde hazırlanan birçok uluslararası metin mevcuttur. Birleşmiş Milletler Sürdürülebilir Kalkınma İçin 2030 Gündemi bunlar arasında yer almaktadır. Sürdürülebilir kamu alımları, sorumlu üretim ve tüketime ilişkin 12. Amaç kapsamında değerlendirilmektedir. Bu kapsamda Hedef 12.7, "*Ulusal politikalar ve öncelikler doğrultusunda sürdürülebilir olan kamu ihalesi uygulamalarının desteklenmesi*" olarak belirlenmiştir. Bunun yanında kamu alımlarında sosyal hakların gözetilmesine ilişkin 94 no'lu Çalışma Şartları (Kamu Sözleşmeleri) Sözleşmesi de ILO nezdinde hazırlanmış olan bir diğer önemli metindir. Tüm bu düzenlemelerin incelenmesi mümkün olmadığından ve bu metinler kamu alımları hakkında bütünsel kurallar içermediklerinden bu çalışmada temelde Avrupa Birliği (AB) hukukunun temel metinleri ile sınırlı kalınacaktır.

Birleşmiş Millletler 2030 Ajandası'nın ve sürdürülebilir kalkınma hedeflerinin AB ölçeğinde uygulanmasına ilişkin Avrupa 2020 stratejisi ve özellikle Avrupa Çevre Mutabakatı ile AB kurumlarının bu alamda etkinliklerini artırmaları bir gereklilik haline gelmiştir[16]. Avrupa Birliği'nde halihazırda kamu alımlarına ilişkin olarak birçok yönerge yürürlüktedir. Bunlar; 2014/24/AB sayılı Kamu Alımlarına İlişkin Yönerge; 2015/25/AB sayılı Su, Enerji, Ulaştırma ve Posta Hizmetleri Sektörlerinde Faaliyet Gösteren Kuruluşlar Tarafından Tedarik Edilmesine

[12] Melon, L. (2020). More than a nudge? Arguments and tools for mandating green public procurement in the EU. Sustainability, 12(3) 988.
[13] OECD. Government at a glance 2019 edition, https://stats.oecd.org/Index.aspx?QueryId=94406 adresinden ulaşıldı (30.6.2021)
[14] Kantarcı, Ö. (2014). Çevreci kamu alımları kavramı ve Avrupa Birliği mevzuatındaki yeri. M. Çolak ve D.A. Demirboğa (ed.). Kamu ihale hukukunda temel konular (s. 259-282). Ankara: Kamu İhale Kurumu Yayınları.

[15] Kaya, M. B. (2014). Regulating sustainable public procurement in Turkey in the context of the European Union membership. Yayınlanmamış doktora tezi, University of Nottingham, Nottingham, 304.
[16] Pouikli, K. (2021) Towards mandatory Green Public Procurement (GPP) requirements under the EU Green Deal: reconsidering the role of public procurement as an environmental policy tool. ERA Forum, 21, 709.

İlişkin Yönerge; 2014/23/AB sayılı İmtiyaz Sözleşmeleri Yönergesi ile 2009/81/AB sayılı Savunma ve Güvenlikle İlgili Alımlar Yönergesidir. Bunlar arasında 2014/24/AB sayılı Kamu Alımlarına İlişkin Yönerge (Yönerge) sürdürülebilir kamu alımlarına ilişkin temel esasları ve kuralları ortaya koymaktadır.

Türk hukukunda ise ihale mevzuatında sürdürülebilir kalkınmayı gerçekleştirme işlevi kazandıran açık bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak uluslararası hukukta ve AB hukukunda var olan ve sürdürülebilir kamu alımının temel dayanaklarını oluşturan ilkeler, Türk hukukunda da mevcuttur. İhale mevzuatının suskunluğuna rağmen diğer hukuki düzenlemelerde yer alan hedef ve esasları gerçekleştirmek için ihale hukukunun kullanılabilmesi, bir başka ifadeyle çevresel ve sosyal mülahazaların ihale sürecinde gözetilmelerinin mümkün olup değerlendirilmesi gerekir.

I. AB Hukukunda sürdürülebilir kamu alımının hukuki çerçevesi

AB hukukunda sürdürülebilir kamu alımları 90'lı yıllardan itibaren resmi metinlerde yer alsa da son dönemde özellikle Avrupa Çevre Mutabakatı ile daha da ağırlık kazanmıştır. Özellikle iklim krizinin etkisiyle Avrupa Yeşil Mutabakatı kapsamında ağırlıklı olarak çevreyi merkeze alan yeşil kamu alımları üzerinde durulsa da konunun sosyal boyutuyla ilgili de önemli bir hedeftir. Avrupa 2020 kalkınma politikasının kapsayıcı büyüme ayağı sürdürülebilir kalkınmanın toplumsal boyutunu yansıtmaktadır. Bu kapsamdaki hedefler "*istihdam sağlamak, işgücü hareketliliğini desteklemek; sosyal içermeyi teşvik etmek ve yoksullukla mücadele etmek; eğitim, beceriler, yasam boyu öğrenmeye yatırım yapmak ve kurumsal kapasiteyi artırmak; etkin bir kamu idaresi*"[17] olarak ifade edilmektedir. Nitekim aşağıda görüleceği üzere Kamu Alımları Yönergesi'nde kamu ihalelerinde sosyal ve çevresel mülahazaların göz önünde bulundurulmalarına ilişkin yöntemler bunların birlikte ele alınması suretiyle geliştirilmiştir. Ancak bu süreçte elbette hem AB hukukundan kaynaklı hem de kamu ihalelerinin amacına yönelik sınırlamalara ve koşullara uyulması gerekecektir.

A. Sürdürülebilir kalkınma politikası aracı olarak kamu ihalesi

AB hukuku bakımından sosyal ve çevresel mülahazaların kamu ihale süreçlerinde dikkate alınması yürürlükteki 2014 yılına ait düzenlemelerden çok daha öncesine dayanmaktadır. Avrupa Komisyonu'nun çalışmaları ve Avrupa Adalet Divanı (ABAD) kararları, sürdürülebilir kamu alımlarına ilişkin kuralların genel hatlarının belirlenmesinde yönlendirici olmuştur.

Avrupa Birliği'nin kamu ihalelerine ilişkin 1992 yönergelerinde sürdürülebilir kamu alımları konusunda herhangi bir düzenleme yer almamakta olup bu durum yönergelerin temel amacının kamu ihalelerinin serbest piyasaya erişimin ve rekabetin sağlanması; özellikle de yerlilik kriteri istekliler arasında öngörülerek ayrımcılığın engellenmesi oluşuyla açıklanmaktadır[18]. Ancak

[17] SIGMA (2016), Kamu alımlarında sosyal koşulların dikkate alınması. Dosya 14. Paris: OECD Publishing, 2. http://www.sigmaweb.org/publications/public-procurement-brief-14-2016-turkish.pdf adresinden erişildi (ET: 14.5.2021)

[18] Schmitt, O. (2005) La commande publique et le développement durable. La Gazette du Palais, 169, 7.

Avrupa Komisyonu kısa süre sonra, 1996 yılında, kamu ihalelerine ilişkin olarak çıkardığı yeşil kitapta ihalelerde sosyal ve çevresel gereklerin gözetilmesine yeşil ışık yakmış[19]; 1998 yılında yayınlanan tebliği[20] ile ise mevcut yönergeler çerçevesinde bunun ne şekilde gerçekleştirileceğine ilişkin esasları ortaya koymuştur[21]. ABAD ise Komisyon'dan daha ileri gitmiştir[22]. Entegrasyon ilkesinden hareketle önce sosyal kriterlerin[23], ardından da çevresel kriterlerin[24] kamu alımlarına bazı koşullarda dahil edilmelerine cevaz veren kararlar vermiştir. Komisyonun yürüttüğü hazırlık çalışmalarının[25] ardından yürürlüğe giren 2004 yönergelerinde[26] ise ADAB kararlarında ortaya konulan ilke ve ölçütlerden yararlanılarak kamu ihalesinin açıkça sürdürülebilir kalkınma politikası aracı olarak kullanılması öngörülmüştür.

Yürürlükteki 2014 yılında çıkarılan Kamu Alımları Yönergesi'nde sürdürülebilir alıma ilişin çok çeşitli araçlar kullanılabildiği görülmektedir. İsteklilere ilişkin bir takım genel sınırlamaların yanında ihale konusunun belirlenmesinden sözleşmenin ifasına kadar bütün aşamalara ilişkin olarak sosyal ve çevresel gereklerin gözetilmesi mümkündür.

1. İstekliye ve yükleniciye ilişkin olanaklar

Sözleşmenin ifası da dahil olmak üzere ihale sürecinin bütününde etkili olan ve kamu ihalelerinin "düzenleyici" etkisi bakımından önemli bir kural; çevre hukuku, sosyal hukuk ve iş hukukundan

[19] Commission des Communautés européennes, Les marchés publics dans l'Union européenne: les pistes pour l'avenir, COM (96) 583 final. Metinde açıkça kamu ihalelerine ilişkin düzenlemelerin sosyal ve çevresel politikaların gerçekleştirilmesine katkıda bulunabilecekleri ifade edilmekte olup kamu ihalelerinin sosyal boyutuna ve kamu ihaleleri ve çevre arasındaki ilişkiye birer bölüm ayrılmıştır.

[20] Commission des Communautés européennes, Les marchés publics dans l'Union européenne, COM (1998) 143 final.

[21] Pouikli, 700.

[22] Komisyon'un ve ABAD'ın yaklaşım farklılıkları konusunda bkz. Alyanak, S. (2015). Avrupa Birliği kamu ihalesi hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 256-257.

[23] Bu konudaki ilk karar, 1988 yılında verilen *Beentjes* kararıdır (ABAD, 20 Eylül 1988, *Gebroeders Beentjes BV /Hollanda*, C-31/87). Davada tartışılan konu bir yapım işi ihalesinde uzun süreli işsizlere iş verilmesinin ifa koşulu olarak öngörülüp öngörülemeyeceğidir. Kararın önemi, yargıcın yönergede öngörülen kriterler dışında sosyal politikaya ilişkin bir koşulun öngörülmesin, -ayrımcılık teşkil etmemesi şartı ile- olanaklı görmesidir. Alyanak, 256.

[24] Bu alanda mihenk taşı olarak kabul edilen iki karar *Concordia Bus (ABAD*, 17 Eylül 2002, *Concordia Bus Finland/Helsingin Kaupunki*, C-513/99) ve *EVN-Wienstrom* (ABAD, 4 Aralık 2003, *EVN AG & Wienstrom GmbH/Avusturya*, C-448/01) kararlarıdır. İlk davada Helsinkli'de şehir içi ulaşım yapan otobüs filosunun yenilenmesi için açılan ihalede değerlendirme ölçütü olarak operasyonun genel fiyatının yanı sıra otobüs filosunun kalitesi ve çevresel yönetim kriterleri öngörülmüştür. Mahkeme burada çevrenin korunmasının topluluk politikalarının oluşturulması ve uygulanması süreçlerine dahil edilmesi gerekliliğine - yani entegrasyon ilkesine- dayanarak yürürlükteki 1992/50 yönergesinin ekonomik olarak en avantajlı teklifin belirlenmesinde çevresel kriterin kullanılmasını engellemediğine hükmetmiştir. *EVN-Wienstrom* davasında ise ekonomik olarak en avantajlı teklifin belirlenmesinde yenilebilir enerji kullanımı ile ilgili çevresel faktöre tekliflerin değerlendirmesi aşamasında %45 ağırlık verilmesi söz konusudur. Mahkeme burada idarelerin sadece ihale kriterlerini seçmek konusunda değil, aynı zamanda kriterlerin oran dağılımındaki ağırlığını belirlemede de takdir yetkisine sahip olduklarına karar vermiştir. Mahkeme, teknik ölçütlerle sözleşme konusu arasında bağlantı kurulması gerektiğine işaret etmekle birlikte ihale kriterlerinin mutlak olarak ekonomik nitelikli olmalarının aranmayacağını ortaya koymuştur. Alyanak, 258.

[25] Komisyon'un çıkardığı tebliğler hakkında bkz. Schmitt, 7.

[26] Temel yönergeler; Su, Enerji, Ulaştırma ve Posta Hizmetleri ("Utilities") Sektörlerinde Faaliyet Gösteren Kuruluşların Alımlarını Düzenleyen 2004/17/EC sayılı yönerge ile Kamu Yapım İşleri, Malı Alım ve Hizmet İhalelerinin Sonuçlandırılması Usullerinin Koordine Edilmesine İlişkin 31 Mart 2004 tarih ve 2004/18/EC sayılı yönergedir.

kaynaklanan yükümlülüklere uygun davranılması konusunda devletlere ve idarelere verilen denetim ve tedbir alma görevidir. Yönergeye göre ilgililerin, yapım işlerinin gerçekleştirildiği ve hizmetlerin sunulduğu yerlerde uygulanan ve ulusal hukuktan kaynaklanan yükümlülüklere uygun davranmaları için devletin ve idarelerin gerekli tedbirleri almaları gerekir. Bu yükümlülükler toplu sözleşmeleri ve uluslararası hukuk düzenlemelerini de kapsamakta olup yönergenin 10. ekinde sayılan uluslararası sözleşmelere[27] uygunluk özellikle aranmaktadır (Başlangıç prg 37, madde 18). Bu uygunluk denetimi isteklilerin belirlenmesi, ihale dışı bırakma, aşırı düşük tekliflerin değerlendirilmesi gibi aşamalarda yani ihale sürecinde (Başlangıç prg. 40) veya sözleşmenin ifası aşamasında yapılabilecek (madde 18/2) olup alt yüklenicinin faaliyetlerini de kapsar (Başlangıç prg. 105).

Tekliflerin değerlendirilmesi sırasında idare, Yönerge'nin 57/4/a hükmü uyarınca yukarıda belirtilen yükümlülüklerin ihlal edildiğini herhangi bir uygun vasıtayla ispat edebilmesi halinde ilgili isteklinin teklifini ihale dışı bırakabilir. Böylece örneğin çevre mevzuatını ihlali alışkanlık haline getirmiş olan veya iş güvenliği yükümlülüklerine uymayan bir şirketin tekliflerinin ihale dışı bırakılması mümkün olabilecektir. Bu genel kuralın dışında ihale dışı bırakılmaya neden olacak bazı özel fiillere ayrıca yer verilmektedir. Bunlardan 2011/36/AB sayılı yönergenin 2. maddesinde tanımlanan çocuk işçiliği ve diğer insan ticareti biçimleri (madde 57/1/f) ve sosyal güvenlik primlerinin ödenmemesi (madde 57/2), insan haklarıyla ve sosyal haklarla bağlantılıdır.

Aşırı düşük tekliflerin ihale dışında bırakılması noktasında da kural olarak ihale makamının takdir yetkisi bulunmakta olup isteklinin tatmin edici bir açıklama getirmesi durumunda ihale dışında bırakılması söz konusu olmayabilecektir. Ancak yönergede teklifin aşırı düşük olmasının sosyal hukuk, iş hukuku veya çevre hukukuna ilişkin yükümlülüklerin yerine getirilmemesinden kaynaklanması halinde ihale yetkilisinin teklifi ihale dışında bırakmak zorunda olması gerektiğine işaret edilmektedir (Başlangıç prg. 103). Bu düzenlemeler, kamu ihale hukuku sayesinde özel kişilerin mevzuata uygun davranmalarını sağlamaya hizmet ettiğinden özellikle dikkat çekicidir.

Uygun isteklilerin belirlenmesi için isteklinin yeterliğine ilişkin bazı ölçütler getirilebilmektedir. Yönergenin 58. maddesinde yapılacak seçimlerde mesleki faaliyette bulunabilme yeterliği, iktisadi ve mali yeterlik ve teknik ve mesleki yeterlik dikkate alınır. Çevresel ve sosyal ölçütlere teknik ve mesleki yeterlik kapsamında değerlendirilebilecektir. Sosyal koşullara mesleki deneyim kapsamında yer verilmesi mümkündür. Örneğin kreş yönetimi ile ilgili bir hizmet alımı

[27] Bunlardan iş hukuku ve sosyal haklarla ilintili ILO Sözleşmeleri 87 No'lu Sendika Özgürlüğü ve Sendikalaşma Hakkının Korunması Sözleşmesi, 98 No'lu Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı Sözleşmesi, 29 No'lu Zorla Çalıştırma Sözleşmesi, 105 No'lu Zorla Çalışmanın Kaldırılması Sözleşmesi, 138 No'lu Asgari Yaş Sözleşmesi, 111 No'lu Ayırımcılık (İş ve Meslek) Sözleşmesi, 100 No'lu Eşit Ücret Sözleşmesi ve 182 No'lu En Kötü Biçimlerdeki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması Sözleşmesidir. Çevre Korumaya Yönelik Sözleşmelerden Ozon Tabakasının Korunmasına Dair Viyana Sözleşmesi ve Ozon Tabakasını İncelten Maddelere Dair Montreal Protokolü; Tehlikeli Atıkların Sınırlar Ötesi Taşınması ve Bertaraf Edilmesinin Kontrolüne İlişkin Basel Sözleşmesi, Kalıcı Organik Kirleticiler Hakkında Stockholm Sözleşmesi ile Bazı Tehlikeli Kimyasallar ve Pestisitlerin Uluslararası Ticaretinde Ön Bildirimli Kabul Usulüne Dair Rotterdam Sözleşmesi ve Bu Sözleşmeye Bağlı Üç Bölgesel Protokole yer verilmiştir.

sözleşmesi için engelli çocuklarla çalışma deneyimi veya bir hastaneye yemek tedariki sözleşmesi için özel diyet gereklilikleri olan insanlar için yemek hazırlamış olma deneyimi aranabilecektir[28]. İsteklinin belli standartlara uygun olarak faaliyet gösterdiğinin belgelenmesini sağlayan sertifikaların da talep edilmesi mümkündür. Bunlardan kalite güvence standartları ile uyumluluğu gösteren sertifikalar kapsamında engelli erişimi de yer almaktadır. Bunun yanında belirli çevre yönetimi standartları ile uyumluluğun bağımsız kuruluşlar tarafından onaylandığını gösteren sertifikalar da istenebilmektedir (madde 62).

İhalelerin rekabet ve eşit muamele ilkelerine uygun olarak hazırlanmaları gerekmekte ise de devletlerin sosyal entegrasyonun sağlanması amacıyla ihaleleri sadece belli isteklilere açmaları veya bunlara öncelik tanımaları çok sınırlı bir çerçevede de olsa mümkündür. Madde 20 ile üye devletlerin, ihaleye katılma hakkını sadece ana amacı engelli veya dezavantajlı kişilerin[29] sosyal ve mesleki entegrasyonu olan korunaklı atölyelere ve ekonomi operatörlerine tanıyabilecekleri veya sözleşmelerin korunaklı istihdam programları bünyesinde uygulanmasını sağlayabilecekleri öngörülmektedir. Ancak bu istisnanın uygulanabilmesi için ilgili birim personelinin en az %30'unun engelli veya dezavantajlı işçilerden oluşması gerekir. Bu şekilde bir istisnanın öngörülmesinin nedeni bu tür kuruluşların normal rekabet şartlarında ihaleleri kazanmalarının mümkün olmamasıdır (Başlangıç prg. 36).

2. İhale konusunun belirlenmesi ve ihale dokümanının hazırlanması

İhale konusunun belirlenmesi ve ihale dokümanının hazırlanması iç içe geçen iki aşama olup bunları ayıran bir sınıflandırma şüphesiz yapaylık riski taşır. Ancak özellikle mal alımı ve yapım işlerinde ihale konusunun çevresel ve sosyal mülahazalar gözetilerek belirlenmesi mümkündür. Mevcut uygulamalara örnek olarak yapım işleri için bir kamu binasının enerji tüketimini azaltmak için güneş kolektörleri kurulmasını, petrol ürünü kullanımı için tasarlanmış ısıtma sisteminin yenilenebilir enerji temelli sistemle değiştirilmesini; mal alımı ihaleleri için ise elektrikli araç satın alınmasını, yeşil enerji alımını, sürdürülebilir ahşaptan üretilmiş ürün alımını veya güneş enerjisiyle çalışan seviye göstergeli atık konteyneri alımını konu edinen ihaleler gösterilebilir[30].

Bu aşamada etkili bir yöntem şüphesiz çevresel ve sosyal gereklerin karşılanmasını hedefleyen ölçütlerin ihale dokümanına eklenmesidir. 2014 Yönergesinin özellikle teknik şartnameye ilişkin hükümleri, AB hukukunda sosyal ve çevresel mülahazalara atfedilen önemin artmasının sonucu olup ABAD kararlarıyla ortaya konulan esasları yansıtmaktadır[31].

[28] SIGMA, Kamu alımlarında sosyal koşulların dikkate alınması, 7.
[29] Bu dezavantajlı kişi veya gruplar işsizler, dezavantajlı azınlıklar ya da başka nedenlerle sosyal olarak dışlanmış gruplar olabilir (Başlangıç prg. 36).
[30] Avrupa Birliği ülkelerindeki iyi uygulamalar için: https://ec.europa.eu/environment/gpp/case_group_en.htm.
[31] SIGMA (2016), 2014 AB Direktifleri: Kamu alımları ve sektörel alımlar. Dosya 30. Paris: OECD Publishing, 2. http://www.sigmaweb.org/publications/public-procurement-brief-30-2016-turkish.pdf adresinden erişildi (ET: 14.5.2021)

Yönergede teknik şartnamelerde çevresel ve sosyal ölçütlerin kullanılması teşvik edilmektedir. Bu ölçütlerin bazıları tüketici olmayacak bir şekilde yönergede belirlenmiştir (Başlangıç prg. 92). Yönergenin teknik şartnameyi düzenleyen 42. maddesinde teknik şartnamelerin gerçek kişiler tarafından kullanılacak hizmetlere, yapılara ve mallara ilişkin olarak engelli erişimi veya herkes için tasarım kavramı göz önünde bulundurularak hazırlanmaları öngörülmektedir. Aynı maddenin devamında teknik şartnamelerde performans ve teknik gerekliliklerin yanı sıra çevresel özelliklere de yer verilebileceği ifade edilmektedir (Madde 42/3/a)[32].

Çevresel ve sosyal kriterlerin öngörülmesi, ihale konusuyla bağlantılı ve orantılı olma koşuluyla, bunlar ihale konusunun önemli bir kısmını oluşturmasa da mümkündür. Çevresel mülahazalarla çevre dostu üretim veya imha yöntemi belirlenmesi, temizlik ihalelerinde çevreyle uyumlu deterjan kullanımı, yol bakımının geri dönüştürülmüş asfalttan yapılması gibi kriterler iyi uygulamalar kapsamında değerlendirilmektedir[33]. Sosyal gereklere ilişkin olarak ise örneğin otobüslerde engelli erişiminin sağlanması, görme engelli kişilerin ihtiyaçlarına özgü çözümler üreten kütüphane tasarımının zorunlu tutulması veya üretim sürecinin adil ticaret ilkelerine uygun olarak gerçekleştirilmesi gibi koşullar öngörülebilecektir[34].

İhale konusu mal, hizmet veya yapım işine veya yükleniciye ilişkin standartların belirlenmesinde bazı belgelere başvurma, kamu alımlarında yaygın olarak kullanılan bir yöntemdir. Bu tür belgeler çevresel ve sosyal mülahazaların gözetilmesinde de kullanılmaktadırlar. Bu yöntemlerden ilki etiketlemedir. Belirli bir ürünün, hizmetin ya da yapının bazı çevresel ve/veya sosyal özellikleri taşıdığını gösteren etiketlere belli koşullar dahilinde teknik şartnamede yer verilebilir (madde 43/1). Çıkış noktası bakımından piyasa ekonomisi araçlarından olup ekonomi operatörlerinin rekabet güçlerinin artmasına ve standart getirilmesi sayesinde ayrımcılığın önlenmesine hizmet eden çevre etiketlerinin[35] kamu ihalelerde aranması, bu aracın çevre politikaları içindeki rolünü kuvvetlendirmektedir. Bilgi verici nitelikte ve gönüllü bir aracın kullanımı böylelikle en azından bazı kamu ihalelerini alabilmek için zorunlu hale gelmektedir.

İdarelerin ayrıca sözleşme konusu ile bağlantılı olmak ve ihale dokümanında öngörülme koşuluyla sözleşmelerin ifasına ilişkin özel koşullar belirlemeleri de mümkündür. Sözleşmenin ifasına ilişkin koşullar ihale sürecinde verilecek kararlar bakımından belirleyici değildirler. Başka bir ifadeyle bunlar bir yükümlülük olarak öngörülürler ve bu koşulları baştan beri karşılayabilir durumda olan isteklilerin bunları kabul ederek teklif verdikleri varsayılır. Bu nedenle sözleşmenin ifa koşulları; teknik şartname, seçim kriterleri ya da değerlendirme kriterleri

[32] Yönergenin 44. maddesine göre idarelerin ayrıca teknik şartnamede belirlenen standartlara uygunluğu değerlendirmek üzere sertifika ya da deney raporu gibi belgelerin talep etmeleri de mümkündür. Ancak burada özel olarak çevresel kriterlere uygunluk değerlendirmesinden ziyade malın teknik şartnamede belirlenen kalitede olduğunun tespiti amaçlanmaktadır. Yine de bu tür belgeler dolaylı olarak – örn. malın çevreye veya insan sağlığına zararlı olmadığının tespiti- çevrenin korunmasına da hizmet ederler.
[33] Çeşitli örnekler için bkz. https://ec.europa.eu/environment/gpp/case_group_en.htm.
[34] SIGMA (2016), Kamu alımlarında sosyal koşulların dikkate alınması, 4.
[35] Van Lang, 206.

görünümü altında olmamalıdırlar[36]. Bu koşullar arasında çevresel, sosyal veya istihdamla ilgili hususlar yer alabilir (madde 67/3). Sosyal gerekler kapsamında sözleşmenin uygulanmasında kadın-erkek eşitliğini sağlamaya, kadınların işe erişimini artırmaya yönelik tedbirler alınması, uzun süreli işsizlerin istihdamı, mesleki formasyon kazandırma veya mevzuatın öngördüğü orandan daha yüksek oranda engelli istihdamı gibi koşullar öngörülebilir (Başlangıç prg. 98, 99). Çevre korumaya ilişkin olarak ise malların teslimine, ambalajlara ve bertarafına ilişkin koşullar getirilebilir. Atıkların en aza indirilmesi, kaynakların verimli kullanımı, ambalajlarda geri dönüştürülmüş veya dönüştürülebilir malzeme kullanılması bunlara örnek olarak gösterilebilir (Başlangıç prg. 97).

3. Tekliflerin değerlendirilmesi ve ihalenin sonuçlandırılması

Tekliflerin değerlendirilmesine ve ihale kararın ilişkin temel kural, ihalenin ekonomik olarak en avantajlı teklifi veren istekli üzerinde bırakılmasıdır (madde 67/1). Yönergenin 67. maddesinin ikinci fıkrasına göre ekonomik olarak en avantajlı teklif fiyat ya da maliyete dayanılarak belirlenebileceği gibi en iyi kalite/fiyat dengesinin dikkate alınması da mümkündür. Ekonomik olarak en avantajlı teklifin belirlenmesi sürecinde çevresel ve sosyal mülahazalar çeşitli biçimlerde ölçüt olarak kullanılabilirler.

Her şeyden önce idarelerin çevresel ve sosyal gereklerin karşılanmasına yönelik unsurlara ihale dokümanında ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesinde fiyat dışı unsur olarak yer vermeleri mümkündür[37]. Buna bağlı olarak yönergede ekonomik olarak en avantajlı teklif kavramının dışında en iyi kalite/fiyat dengesi kavramı benimsenmektedir (Başlangıç prg. 89). En avantajlı teklifin en iyi kalite/fiyat dengesine göre belirlendiği hallerde kalite kapsamına fiyat ve maliyet haricinde nitel ölçütler girmektedir ki çevresel ve sosyal kriterlerin bu kapsamda yer aldıkları 67. maddede açıkça ifade edilmiştir. Kaliteye bağlı değerlendirme kriterleri arasında, teknik kriterlerle paralel bir şekilde, engelli erişimi veya herkes için tasarıma, sosyal ve çevresel özelliklere yer verilmektedir (Madde 67/1/a).

İhale kararının fiyat veya maliyet esas alınarak belirlenmesi halinde de çevresel gerekler maliyet hesabına dahil edilerek dikkate alınabilecektir. Zira Yönerge'nin 67/2 hükmünde ekonomik açıdan en avantajlı teklifin fiyat veya maliyet esas alınarak belirlenmesi halinde "yaşam döngüsü maliyeti" gibi maliyet-etkinlik yaklaşımının kullanılabileceği ifade edilmektedir. Madde 68 uyarınca yaşam döngüsü maliyeti hesabında dikkate alınabilecek olgular iki gruba ayrılmaktadır. Bunlardan ilki malın, hizmetin ya da yapının doğrudan kullanım ömrü maliyetidir ki bunun içine edinim, kullanım, bakım ve yaşam sonu maliyeti girer. Kullanım sırasında enerji ve diğer kaynakların tüketimi; yaşam sonunda ise geri dönüşüm ve bertaraf maliyetleri çevresel etki bakımından önemlidir. Hükümde ayrıca kirleten öder ilkesinin bir uygulaması olarak çevresel dışsallıklara da atıf yapılmaktadır ki bu durum ihale konusu alımın çevresel etkilerinin bütüncül bir şekilde değerlendirilmesi bakımından da önemlidir. Maddede örnekleme yoluyla sera gazı ve

[36] SIGMA (2016), Kamu alımlarında çevresel koşulların dikkate alınması. Dosya 13. Paris: OECD Publishing, 9.
[37] Alyanak, 255.

diğer kirleticilerin salım maliyetleri ile iklim değişikliği azaltma maliyetlerinin bu kapsamda değerlendirilebilecekleri ifade edilmektedir. Bu kurallar sayesinde kamu alımlarının çevre koruma gibi toplumsal hedeflere ulaşmak için kullanılma olasılığı artırılmaktadır[38]. Ancak elbette bu etkilerin hesaplanabilir olmaları gerekir.

Son olarak bazı sosyal ve idari kamu hizmetlerine[39] ilişkin ihalelerde sosyal mülahazaların daha etkili bir şekilde dikkate alınmasına olanak tanınmaktadır. Yönergenin 76/2 hükmü uyarınca üye devletler ihale makamlarının, hizmetlerin kalitesini, sürekliliğini, erişilebilirliğini, uygun fiyatla sunulmasını, kullanılabilirliğini ve kapsamlılığını sağlama gerekliliğini dikkate alabilirler. Ayrıca dezavantajlı ve savunmasız gruplar dahil olmak üzere farklı kullanıcı kategorilerinin özel ihtiyaçlarının karşılanması ile kullanıcıların katılımı ve güçlendirilmesi yönünde de karar alınması mümkündür.

B. Kamu ihalesine çevresel ve sosyal ölçütlerin dahil edilmesinin koşulları

Kamu ihalesi sürecine çevresel ve sosyal mülahazaların dahil edilmesi kamu alımlarına sürdürülebilir kalkınmaya katkıda bulunma işlevini kazandırsa da ihalelerin temel amacı nihayetinde mal, hizmet ve yapım işleri gibi ihtiyaçların karşılanmasıdır. Kamu ihaleleri her ne kadar sürdürülebilir kalkınma politikası aracı olsa da idare burada piyasayı "alıcı" sıfatıyla yönlendirmekte olup bu rolü piyasayı "düzenleme" rolünden farklıdır[40]. Kamu alımlarında çevresel ve sosyal mülahazaların gözetilmesine getirilen bazı sınırlamalar ihalelere hakim olan ilkelerin yanında bu farktan da kaynaklanmaktadır.

İhale süreçlerinde uygulanan kriterlere ilişkin esaslar ABAD'ın içtihadından[41] esinlenilerek Yönerge'de düzenlenmiştir. Öncelikle ihale süreçlerinde malların serbest dolaşımı, girişim özgürlüğü, hizmetlerin serbest sunumu ve bunlara bağlı eşit muamele, ayrımcılık yasağı, karşılıklı

[38] Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. SIGMA (2016), Kullanım ömrü maliyetlendirilmesi. Dosya 34. Paris: OECD Publishing, 2. http://www.sigmaweb.org/publications/Public-Procurement-Brief-34-2016-Turkish.pdf adresinden erişildi (ET: 14.5.2021)

[39] Yönergenin 14. eki uyarınca bunlar arasında sağlık hizmetleri, eğitim ve kültür hizmetleri, zorunlu sosyal güvenlik hizmetleri, dini hizmetler, güvenlik hizmetleri, posta hizmetleri gibi hizmetler yer almakta olup bu kapsamda değerlendirilebilecek hizmetler ihale kodlarıyla belirlenmiştir.

[40] Bu ayrıma ilişkin çözümleme için bkz. Arrowsmith, S. and Kunzlik, P. (2009) Public procurement and horizontal policies in EC law: general principles. S. Arrowsmith and P. Kunzlik (ed.), Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions. Cambridge: Cambridge University Press, 21-28.

[41] Bu ölçütler ilk olarak 1988 yılında verilen *Dundalk* kararında ortaya konmuşlardır. Karara konu olayda İrlanda'da Dundalk belediyesi tarafından düzenlenen ana su borusu inşa edilmesine ilişkin bir ihaledeki teklifte borular için belirli bir standart öngörülmüştür. Yaygın olarak kullanılan ISO standardından farklı olan bu standardı sadece İrlanda malı ürünler karşılamaktadır. Divan, inşaatta kullanılacak borularla ilgili teknik şartnamenin İrlanda malı ürünler lehine bir ayrımcılık yaptığı sonucuna varmıştır. Serbest ticaretin engellenmemesi gereğine işaret eden ABAD, bunun için standardın eşdeğerinin öngörülmesi gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca yukarıda aktarılan kararlardan *Concordia Bus Finland* kararında ABAD, çevreci ölçütlerin kamu ihalelerinde dikkate alınmasını kabul etmekle birlikte bunların ekonomik olarak en avantajlı teklifi belirlemeye yönelik olmaları, sözleşmenin ana konusuyla ilişkili olmaları, AB hukukunun temel ilkeleriyle ve özellikle de ayrımcılık yasağıyla uyumlu olması, idareye sınırsız bir seçim özgürlüğü verilmemesi ve ihale dokümanında ve ihale ilanında ölçütlere açıkça yer verilmesi gerekliliğine işaret etmiştir. Bkz. Alyanak, 258.

tanıma, ölçülülük ve şeffaflık ilkelerinin gözetilmesi gerektiği temel bir esas olarak ortaya konulmaktadır (Başlangıç prg. 1). Eşitlik ve ayrımcılık yasağı ile şeffaflık, ölçülülük ve rekabet ayrıca madde 18'de ihalelere hakim olan ilkeler olarak sayılmaktadır. Yani AB'nin kamu alımlarını düzenlemesinin temel dayanağını oluşturan şeffaflığın, eşit muamelenin ve serbest piyasaya erişimin sağlanması gibi amaçlar[42] sınır ve koşulların belirlenmesinde etkilidirler.

Her şeyden önce şeffaflığın sağlanabilmesi için uygulanacak kriterlerin bu kriterler hangi aşamada kullanılırsa kullanılsın önceden belirlenmeleri ve duyurmaları gerekir. İhalenin çeşitli aşamalarına ilişkin olarak yukarıda aktarılan hükümlerde bu konuyla ilgili düzenlemeler mevcuttur. Teknik şartnamede sosyal ve çevresel ölçütlere açıkça yer verilmelidir. Çevresel ve sosyal kriterler uygun isteklilerin belirlenmesi veya tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında dikkate alınacaksa bunların da duyurulması gerekir. Bunun yanında örneğin maliyetin yaşam döngüsü maliyeti esas alınarak hesaplanması söz konusuysa bu durumun ve ayrıca hesaplama yönteminin ihale ilanında belirtilmesi şarttır. Sözleşmenin ifasına ilişkin kuralların da önceden duyurulmaları aranır.

İdarelerin ayrıca sürdürülebilir kalkınmaya hizmet eden kriterleri öngörme ve tercihlerini bunlara göre şekillendirme özgürlükleri sınırsız değildir. Bu bağlamda ihalenin farklı aşamalarına ilişkin kurallar getirilmektedir.

Öncelikle ihaleye katılımın sınırlanmasında bazı ölçütlere başvurulması yasaktır. Bunlardan bir kısmı belli sektörleri teşvik etmek, az gelişmiş bölgeleri, yerli alımı ve yerli isteklileri desteklemek gibi hedefler gözetilerek geliştirilen ve aslında sosyal gereklere de karşılık gelen ölçütlerdir. Ancak bunlar ayrımcılık kapsamına girdiklerinden bu tür ölçütlere başvurulması hukuka aykırı kabul edilmektedir[43].

Belirlenen ölçütlerin ihale konusuyla ilintili olması da yukarıda ifade edildiği üzere hem ihalelerin piyasayı düzenleme amacıyla kullanılmasına engel olmakta, hem de rekabet ve eşit muamele ilkelerinin uygulanmasını sağlamaktadır. Bu husus bir genel kural olarak belirlenmekte ve somut düzenlemelere de yönergede ayrıca yer verilmektedir. Teknik şartnamede verimliliğe ve işleve ilişkin olarak öngörülen kriterlerin belirli bir açıklıkta olması aranmaktadır. Teknik şartname ile ayrıca isteklilere eşit erişim fırsatı sağlanmalı ve kamu alımının rekabete açılmasının önünde haksız engeller oluşturulmamalıdır (madde 41).

Ayrıca ihale konusu malın üretimine veya hizmetin sunumuna ilişkin standartlar öngörülebilirken şirketin genel politikasına ilişkin ölçüt getirilemez. İsteklilerin yeterliklerinin değerlendirilmelerine ilişkin ölçütlerin ihale konusuna ilişkin ve orantılı olmaları bir koşul olarak öngörülmektedir (madde 58). Bu anlamda ihaleye katılacak şirketin sosyal sorumluluk

[42] Arrowsmith/Kunzlik, 31-32.
[43] Bu kapsamdaki yasak yöntemlere belirli bir grubun (örn. KOBİ'ler, işçi ve esnaf kooperatifleri) teklif verebilmesi amacıyla spesifik sözleşme türleri hazırlanması, yerli istekli tercihi ya da yerli isteklilere avantaj sağlama veya tercih edilen istekli grubundaki en iyi teklife genel olarak en iyi teklife denk olması halinde öncelik tanıma gibi yöntemler örnek olarak gösterilmektedir. SIGMA (2016), Kamu alımlarında sosyal koşulların dikkate alınması, 3.

politikasının veya çevresel sorumluluk konusunda genel bir politikasının olması zorunlu tutulamaz (Başlangıç prg. 97). Bu kural, eşit katılıma olanak tanıması yanında idarenin piyasayı düzenleme işlevinden ziyade ihalede alıcı sıfatıyla yer aldığını göstermesi bakımından da önemlidir.

İhale dokümanında ihale konusu mal, hizmet veya yapım işi için belirli bir etiketin öngörülmesi veya kalite güvence standartlarına ve çevre yönetimi standartlarına uygunluğu ortaya koyan belgelerin istenmesi halinde de bazı sınırlandırmalar mevcuttur. Bu sınırlandırmalar da eşit muamele ilkesinin gereğidir. Yönergede etiket ve sertifikaların oluşturulmasına ilişkin kuralların[44] yanı sıra etikete ilişkin gerekliliklerin ihale konusu ile bağlantılı olması ve sözleşme konusunu oluşturan yapı, hizmet veya malın özelliklerini belirlemeye uygun olması aranır. Etiket gerekliliklerinin ayrıca ayrımcı olmayan ve nesnel olarak doğrulanabilir ölçütlere dayanması da öngörülmektedir (madde 43/1).

Standardizasyona ilişkin ölçütlerin belirlenmesinde ayrıca eşdeğerliğin gözetilmesi ve belirli bir ölçüde esneklik sağlanması da gerekir. Bu sayede hem farklı ülkelerden isteklilerin hem de küçük ve orta ölçekteki işletmelerin ihalelere katılabilmeleri amaçlanmaktadır. Eşdeğerlik ilkesi uyarınca ihale makamları teknik şartnamede öngörülen etikete veya sertifikaya eşdeğer belgeleri de kabul etmelidirler[45]. Ancak eşdeğerlik istekli tarafından ispat edilecektir. Bunun yanında isteklinin şartnamede öngörülen belgeyi veya eşdeğerini kendisinden kaynaklanmayan sebeplerle süresinde edinememesi halinde de ihale konusu mal, hizmet veya yapım işinin etiketin veya sertifikanın standartlarını karşıladığını ve aynı ölçüde koruma sağladığını ispatlamasına da olanak tanınmalıdır (madde. 43/1, 44/2). Bu düzenlemeler ölçütlerin belirlenmesi ve karşılanması konusunda aşırı şekilci davranmama ve dolaylı ayrımcılık yaratmama gereğini ortaya koymaktadırlar.

Benzer bir yaklaşım tekliflerin değerlendirilmesi ve ihale kararının verilmesi sürecinde de benimsenmektedir. İhale dışı bırakma sebeplerinin varlığına rağmen güvenirliği gösteren kanıtların idareye sunulması halinde idarenin istekliyi ihale dışı bırakmamasına olanak tanınmaktadır (madde 57/6). Ayrıca örneğin sosyal güvenlik primlerinin ödenmemesi nedeniyle ihale dışı bırakma mümkün olsa da yapılan değerlendirmede ölçülülük ilkesinin gözetilmesi gerekir. Yapılan değerlendirmede ilgili idareyle borcun ödenmesine ilişkin bir ödeme planı yapılmış olması, ödenmeyen prim borcu miktarı veya ödeme planının borç miktarının geç öğrenilmesinden kaynaklanması gibi hususların gözetilmesi gerekmektedir (m. 57/2.3). Son olarak idarelerin yaptıkları değerlendirmelerde güncel verilere dayanmaları gerekmekte olup ilgili

[44] Buna göre etiketin açık ve şeffaf ve katılımcı bir usul izlenerek oluşturulması, herkes tarafından erişilebilir olması ve etiketin elde edilmesine ilişkin koşulların etiketi talep edenin kararına etki edemeyeceği bir üçüncü kişi tarafından verilmesi aranmaktadır (m. 43/1).

[45] SIGMA (2016), 2014 AB direktifleri: kamu alımları ve sektörel alımlar. Dosya 30. Paris: OECD Publishing, 16. http://www.sigmaweb.org/publications/public-procurement-brief-30-2016-turkish.pdf adresinden erişildi (ET: 15.5.2021)

şirketin finansal durumundaki düzelmeler ya da sosyal güvenlik prim borcunu sonradan ödeyip ödemediği idarelerce kontrol edilmelidir (Başlangıç prg. 85).

Son olarak ihale süreçlerinde isteklilerin ve yüklenicilerin çevre hukuku, sosyal hukuk ve iş hukuku mevzuata uygun davranmalarının sağlanması ve denetimi kapsamında yapılan uygulamalarda özellikle eşit muamele ilkesine uygunluğa dikkat çekilmekte olup Yönerge'de belirlenen yeminli beyan gibi uygun ispat vasıtalarından faydalanılması gerektiği ifade edilmektedir (Başlangıç, prg. 40).

II. Türk hukukunda sürdürülebilir kamu alımının uygulanabilirliği

Türk hukukunda sürdürülebilir kalkınma yukarıda da aktarıldığı üzere bir çevre hukuku ilkesi olarak kabul edilmekle birlikte kamu ihale mevzuatında sürdürülebilir kamu alımlarına ilişkin herhangi bir ibare yer almamaktadır. Bununla birlikte bazı uygulamaların sürdürülebilir alımlar kapsamında değerlendirilmeleri mümkündür. Bu noktada daha önemli olan soru ise ihale mevzuatında açıkça düzenleme olmamasına rağmen bazı çevresel ve sosyal ölçütlerin ihalelere dahil edilmesinin hukuken mümkün olup olmadığıdır.

A. Kamu ihale mevzuatında sürdürülebilir kamu alımı izleri

Türk ihale mevzuatında sürdürülebilir alım kapsamında düşünülebilecek kurallar daha ziyade sosyal mülahazalara cevap vermekte olup çevresel gereklere ilişkin düzenlemeler daha sınırlıdır.

1. Sosyal ölçütler

Sosyal ölçütler kapsamında değerlendirilebilecek bir düzenleme, bünyesinde sosyal açıdan dezavantajlı grupların bulunduğu kurumlar tarafından üretilen mal ve hizmetlerin Kamu İhale Kanunu'nun 3/e hükmü uyarınca Kamu İhale Kanunu'ndan istisna tutulmak suretiyle herhangi bir usule tabi olmaksızın veya sınır öngörülmeksizin edinilmesidir. Burada rekabete tabi olmaksızın alım yapılabildiği için bu düzenleme bir sosyal politika uygulaması olarak nitelenmektedir[46]. İlgili hükümde bünyesinde sosyal açıdan dezavantajlı gruplar bulunanlar dışında kalan kuruluşlara da yer veriliyor olması bu istisnaların sosyal mülahazalarla öngörüldüğü

[46] Taşyürek, Y.E. (2014). Türk kamu alımları sisteminde yatay politikalar ve çevreci kamu alımları. M. Çolak ve D.A. Demir Boğa (Ed.). Kamu ihale hukukunda temel konular. Ankara: Kamu İhale Kurumu Yayınları, 295. KİK m. 3/e Hükmünün Mevcut Teşkilat Yapısına Uygun Şekilde Okunması Sonucunda Bunlar; "*Adalet Bakanlığına bağlı Ceza İnfaz Kurumları, Tutukevleri İşyurtları Kurumları, [Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'na] bağlı huzurevleri ve yetiştirme yurtları, Millî Eğitim Bakanlığına bağlı üretim yapan okullar ve merkezler, Tarım ve [Orman] Bakanlığına bağlı enstitü ve üretme istasyonları, (...) Devlet Malzeme Ofisi ana statüsünde yer alan mal ve hizmetler için Devlet Malzeme Ofisi Genel Müdürlüğünden, yük, yolcu veya liman hizmetleri için Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğünden, akaryakıt ve taşıt için Tasfiye İşleri Döner Sermaye İşletmeleri Genel Müdürlüğünden yapacakları alımlar ile araştırma-geliştirme faaliyetleri kapsamında Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumundan Yapacakları mal, hizmet ve danışmanlık hizmet alımları, (...) faaliyet alanındaki mal ve hizmetler için Uluslararası Sağlık Hizmetleri Anonim Şirketinden, ray üstünde çeken ve çekilen araçlarda kullanılan monoblok tekerlek ve tekerlek takımları için Makine ve Kimya Endüstrisi Kurumu Genel Müdürlüğünden Yapacakları Alımlar[dır]*".

izlenimini doğurmuyor olsa da düzenlemenin sonucu itibarı ile sosyal bir etkisi olduğunu söylemek mümkündür.

Bir diğer konu ise engelli işçi çalıştırma zorunluluğudur. Özellikle hizmet alımı ihalelerinde gündeme gelen bu konu, Kamu İhale Tebliği'nin 78.28. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili hükme göre "*İsteklilerin aynı il sınırları içerisinde birden fazla iş yerinin bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, ihale dokümanında aynı il bazında elli veya daha fazla işçi çalıştırılmasının öngörüldüğü ihalelerde 4857 sayılı İş Kanununda belirtilen asgari orana uyulmak kaydıyla idarece tespit edilen engelli işçi sayısı ile bu işçilerin tabi olacağı ücret grubu idari şartnamenin ilgili maddesinde belirtilecek ve bu işçiler için birim fiyat teklif cetvelinde ayrı satır açılacaktır. İdareler tarafından İş Kanununda belirtilen asgari oranının üzerinde engelli işçi çalıştırılmasını öngören düzenleme yapılması da mümkündür. İstekliler tarafından ihale dokümanında öngörülen engelli işçi sayısı ve bu işçiler için Hazinece karşılanacak prim teşvik tutarları dikkate alınarak teklif bedelleri oluşturulacaktır. İlgili mevzuatında engelli işçi çalıştırılmasını kısıtlayan hükümler saklıdır.*"

Bu düzenlemede hem idarelerin İş Kanunu'ndaki asgari işçi çalıştırma zorunluluğunu dikkate almaları gerektiği vurgulanmakta, hem de bunun ötesine geçilerek bu asgari oranın üzerinde engelli işçi çalıştırılmasının mümkün olduğu ortaya konulmaktadır. İdarelerin, İş Kanunu'nda belirlenen asgari sınırda engelli işçi çalıştırma yükümlülüğünü -bu kanuni bir zorunluluk olsa da- ihale dokümanında açıkça belirtmeleri ve bu işçiler için birim fiyat cetvelinde ayrı satır açmaları gerekecektir. Aksi takdirde ihale dokümanı hukuka aykırı olacaktır[47]. Ancak il sınırları içinde elliden daha az işçi çalıştırılmasını gerektiren ihalelerde ihale dokümanında engelli işçi çalıştırılmasına ilişkin bir düzenleme yapılması zorunlu tutulmamıştır. Bununla birlikte ihaleye katılan isteklinin ihalenin üzerinde bırakılması durumunda ihale kapsamında çalıştıracağı işçi sayısıyla mevcut işçi sayısının toplamının ellinin üzerine çıkması ihtimalinde engelli çalıştırma yükümlülüğü oluşacaktır. İsteklinin teklifini bu durumu dikkate alarak vermesi İş Kanunu gereği bir yükümlülük olmakla birlikte öğretide bu şekilde hazırlanan bir teklifin ihale dışı bırakılacağı ifade edilmektedir[48].

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 10. maddesinde Türkiye'nin veya kendi ülkesinin mevzuat hükümleri uyarınca kesinleşmiş sosyal güvenlik prim borcu olan isteklilerin ihale dışı bırakılacakları ifade edilmektedir[49]. İsteklinin ihaleye girebilmek için işyerinin kayıtlı bulunduğu Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğünden/Sosyal Güvenlik Merkezinden sosyal güvenlik prim borcu olmadığına ilişkin belgeyi idareye sunması gerekir (Kamu İhale Genel tebliği madde 17.3.3). Bu

[47] D13D, 22.11.2016, E. **2016/4034, K. 2016/4328, Legalbank. Kamu İhale Kurulu'nun 12.11.2014 tarihli ve 2014/Uh.I-3704 numaralı kararı da aynı yöndedir.** https://ekap.kik.gov.tr/ekap/vatandas/kurulkararsorgu.aspx e.t. **11.5.2021 Ayrıca Bkz.** Şahbudak, C. (2014). Engelli işçi çalıştırma zorunluluğu çerçevesinde hizmet alımı ihalelerinde tekliflerin hazırlanması ve değerlendirilmesi sorunu. Terazi Hukuk Dergisi, 9/100, 390.

[48] Şahbudak, 391.

[49] Kesinleşmiş prim borcu kapsamına giren e girmeyen borçlar sırasıyla Kamu İhale Genel Tebliği'nin 17.3.1 ve 17.3.2 maddelerinde sayılmaktadır.

yükümlülük, işverenleri sosyal güvenlik primlerini ödemeye teşvik etmesi bakımından sosyal mülahazalara karşılık gelmektedir.

Engellilere ilişkin bir diğer düzenleme engellilerin kamu hizmetlerine erişimi amacına hizmet etmektedir. Kamu İhale Genel Tebliği'ne 2011 yılında eklenen 55.4 hükmü uyarınca "*Yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından özürlü vatandaşların kamu hizmetlerinden daha etkin yararlanabilmesi için alım konusu mala yönelik teknik düzenlemeler yapılmış ise teknik şartnamenin hazırlanmasında bu düzenlemeler de esas alınır"*[50]. Bu düzenleme sadece mal alımı ihalelerine ilişkin olup uygulamaya konulmasının ayrıca ilgili mala yönelik teknik düzenlemelerin yapılmış olmasına bağlı tutulması sınırlayıcı niteliktedir[51].

Son olarak Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda[52] 2015 yılında yapılan değişiklikle işveren için zaten yasal zorunluluk olan iş sağlığı ve güvenliği kurallarına uygunluk, ihale sözleşmelerine dahil edilmiştir. Kanunun sözleşmede yer alması zorunlu hususlara ilişkin 7. maddesine eklenen z) bendi ile "İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yükümlülükler"in sözleşmede zorunlu olarak yer alması öngörülmüştür.

2. Çevresel ölçütler

Kamu İhale Kanunu kapsamında çevresel ölçütlere ilişkin olarak temel düzenleme madde 5 uyarınca ihaleye çıkılmadan önce çevresel etki değerlendirmesi (ÇED) olumlu veya çevresel etki değerlendirmesine ihtiyaç olmadığına dair belgenin alınması gerekliliğidir. Bu hükmün hemen ardından istisnasına yer verilmekte olup doğal afetlere bağlı olarak acilen ihale edilecek yapım işlerinde ÇED raporu aranmayacağı düzenlenmiştir. ÇED raporu alınması gereken bir işlerde, projeye izin veya onay verilmemesi ve inşaatın yapılması veya işin ihale edilmesi için raporun beklenmesi gerekmektedir[53].

Bu düzenleme çevrenin korunmasına hizmet eder nitelikte olsa da uygulamada ÇED gerekli değildir kararlarının ÇED gereklidir ve ÇED olumlu kararlarının ÇED olumsuz kararlarına oranı

[50] Ayrıca Engelliler Hakkında Kanun'un 7. maddesinin 2. fıkrasına göre sürücü koltuğu hariç dokuz veya daha fazla koltuğu bulunan özel ve kamu toplu taşıma araçlarının engellilerin erişebilirliğine uygun olması zorunludur. Buna göre toplu taşıma araçlarını konu edinen bir mal alımı ihalesinde bu gereklerin gözetilmesi gerekecektir.

[51] Kaya, S. 250-251. Yazar ayrıca bu hükmün kamu ihale kanunu yerine hukuken bağlayıcı olmayan ("*not legally binding*)" genel tebliğde düzenlenmiş olmasının güçlü bir yasal dayanak oluşturmadığını ifade etmektedir. Gerçekten de kanun veya yönetmelikle bir düzenleme yapılmamış olması ve teknik gerekliliklere atıf yapılmakla sınırlı kalınması kamu ihalelerine engelli erişiminin sağlanmasına ilişkin olarak zayıf bir normatif sistem öngörse de tebliğin hukuken bağlayıcı olmadığını söyleyebilmek mümkün değildir. Nitekim tebliğ hükümlerine karşı idari yargıda dava açılabiliyor olması da tebliğin "kesin ve yürütülebilir" işlem niteliğinde olduğunu göstermektedir. Örn. Bkz. D13D, 2.1.2017, E. 2014/3501, K. 2017/10, Legalbank (E.T. 20.6.2021).

[52] 4735 sayılı kanun, 22.1.2002 tarihli ve 24648 sayılı Resmî Gazete.

[53] D14D, 04.10.2011, E. 2011/12413, K. 2011/1052, http://www.hukukturk.com (e.t. 07.12.2017). Aktaran Üstün, S. ve Çalış H. S. (2018). 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na hâkim olan ilkelerin değerlendirilmesi. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2/26, s. 142. Bu gereklilik, örneğin rekabet ilkesine aykırılık olarak değerlendirilemeyecektir.

karşısında[54] ÇED'e ilişkin düzenlemenin tek başında etkili bir çevre koruma sağladığından söz etmek zordur. Burada akla gelebilecek bir diğer soru ise kanunen ÇED yapılması gerekli olmayan projelerde yine de idarelerin ihaleye çıkmadan önce ÇED raporu alıp alamayacaklarıdır. Kamu İhale Kanunu madde 5'te ÇED'e ilişkin zorunluluk ilgili mevzuattaki yükümlülüğe atıf yapılarak öngörülmüş olmakla birlikte idarelerin kendi girişimleriyle ÇED raporu almalarına engel olan bir düzenleme mevcut değildir. Ancak ÇED, ihale sürecini geciktiren ve belirli bir masrafı olan bir usul olduğundan bu yaklaşım tercih edilmemektedir.

Çevresel kriterlerle ilintili olabilecek bir diğer düzenleme kalite ve standart ile isteklinin yeterliğine ilişkindir. Kamu İhale Kanunu'nun 12. maddesinde şartnamede belirlenecek teknik kriterlerin verimliliği ve fonksiyonelliği sağlamaya yönelik olacakları ifade edildikten sonra "*Teknik şartnamelerde, varsa ulusal ve/veya uluslararası teknik standartlara uygunluğu sağlamaya yönelik düzenlemeler de yapılır*" hükmüne yer verilmektedir. Bu standartlar, öncelikle ihale konusu malın ihaleye çıkan idarenin ihtiyacını karşılayıp karşılamadığını ölçen standartlardır. Kamu İhale Kanunu'nun yeterliğe ilişkin 10. madde hükmünde ayrıca ihale konusu işin ihale dokümanında belirtilen standartlara uygunluğunu gösteren, uluslararası kurallara uygun şekilde akredite edilmiş kalite kontrol kuruluşları tarafından verilen sertifikaların istenebileceği ifade edilmektedir.

İhale konusuna ilişkin olarak Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği[55]'nin 42. maddesinin ilk fıkrasında özel imalat süreci gerektiren mal alımı ihalelerinde, kalite yönetim sistem belgesi ve çevre yönetim sistem belgesi istenebileceği ifade edilmektedir. Çevre yönetim belgesi ISO 14001 standardını karşılamakta olup belli çevresel gereklerin üretim sürecinde karşılandığını göstermesi bakımından önemli bir belgedir. Aynı yönetmeliğin 27. maddesi uyarınca bu belgeler ihaleye katılımda yeterlik belgesi olarak da istenebilmektedir. Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'[56]nin 30. maddesinde[57] de yapım işlerinde yeterlik değerlendirilmesinde istenebilecek belgeler arasında Çevre Yönetim Sistem Belgesine yer verilmektedir[58]. Keza hizmet

[54] Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nın verilerine göre 1993-2019 arasında 54 proje hakkında ÇED olumsuz, 5.728 proje hakkında ÇED olumlu kararı verilmiştir. 1076 proje için ÇED gerekli, 63.112 proje için ÇED gerekli değildir kararı verilmiştir. 6. Türkiye Çevre Durum Raporu (2020), s. 295, https://webdosya.csb.gov.tr/db/ced/icerikler/tc-dr_2020-rapor-v18-web-20210217135643.pdf adresinden erişildi (E.T. 17.6.2021)

[55] 4.3.2009 tarihli ve: 27159 Mükerrer sayılı Resmî Gazete.

[56] 4.3.2009 tarihli ve: 27159 Mükerrer sayılı Resmî Gazete.

[57] Madde 30/1/c düzenlemesi şöyledir: "*c) Kalite Yönetim Sistem Belgesi ve Çevre Yönetim Sistem belgesi, yaklaşık maliyeti eşik değerin;*
1) Yarısına kadar olan ihalelerde istenemez,
2) Yarısı ile bu değerin üzerinde olan ihalelerde istenilebilir.

[58] Aynı yönetmeliğin 42. maddesinin ilk fıkrası uyarınca "*Yeterlik kriteri olarak Kalite Yönetim Sistem Belgesi ve Çevre Yönetim Sistem Belgesi istendiği durumlarda bu belgelerin, Türk Akreditasyon Kurumu tarafından akredite edilen belgelendirme kuruluşları veya Uluslararası Akreditasyon Forumu Karşılıklı Tanınma Antlaşmasında yer alan ulusal akreditasyon kurumlarınca akredite edilmiş belgelendirme kuruluşları tarafından düzenlenmesi zorunludur. Bu belgelendirme kuruluşlarının, Uluslararası Akreditasyon Forumu Karşılıklı Tanınma Antlaşmasında yer alan ulusal akreditasyon kurumlarınca akredite edilmiş belgelendirme kuruluşu olduklarının ve bu kuruluşlarca düzenlenen belgelerin geçerliliğini sürdürdüğünün, Türk Akreditasyon Kurumundan alınacak bir yazı ile teyit edilmesi gerekir.*

alımı ihalelerinde de işin niteliği göz önünde bulundurularak ön yeterlik şartnamesi ve idari şartname kapsamında yapılacak düzenlemeler kapsamında çevre yönetim sistem belgesine yer verilebilmektedir[59]. Ancak bu belgenin istenebilmesi için bu gereklilik ile ihale konusu arasında bağlantı kurulması aranmakta olup aksi durum ihale mevzuatına aykırılık oluşturmaktadır.[60]

Ayrıca Kamu İhale Genel Tebliği'nde hizmet ihalelerinde istenebilecek belgelere ilişkin özel düzenlemeler yer almaktadır. Madde 74.5 ve devamı hükümlerinde çevre yönetim sistem belgesinin istenip istenemeyeceği konusunda bazı esaslar belirlenmekte olup idarelerin kendi hizmet binalarında veya diğer görev sahalarında gerçekleştirilen hizmetler (örneğin; temizlik, özel güvenlik, hasta ve ziyaretçi yönlendirme, veri işleme ve otomasyon sisteminin işletimi, yemek hazırlama ve dağıtım hizmetleri gibi) ile niteliği gereği çevre yönetim sistem belgesi istenmesi uygun olmayan hizmet alımı ihalelerinde (personel ve öğrenci taşıma hizmetleri, araç kiralama, mesleki eğitim, toplantı ve organizasyon hizmetleri gibi) çevre yönetim sistem belgesi istenmeyeceği ifade edilmektedir (madde 74.5.2). Buna karşılık çöp toplama ve/veya kent temizliği hizmet alımı ihalelerinde çevre yönetim sistem belgesi istenebilecektir (madde 74.7). Hizmet alımı ihalelerinde istenebilecek belgelere ilişkin bir diğer sınırlama m. 74.4'te düzenlenmiştir. İlgili hükme göre Tehlike Analizi ve Kritik Kontrol Noktaları Yönetim Sistemi (HACCP), İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetim Sistemi (OHSAS), Bilgi Teknolojisi-Bilgi Güvenliği Yönetim Sistemi, Gıda Güvenliği Yönetim Sistemi (ISO 22000), Sosyal Sorumluluk Standardı (SA 8000), İyi Hijyen Uygulamaları (GPP) gibi kalite ve standarda ilişkin belgeler ve sertifikaların istenebilmesi mümkün değildir.

Son olarak Kamu İhale Kanunu'nun 30. maddesi uyarınca mal alımı ile sınırlı olsa da ihalelerde alternatif teklif verilebilmesi de tanıdığı esneklik nedeniyle sürdürülebilir alıma hizmet edebilmektedir. "*İhale dokümanında hüküm bulunması halinde, bir ihalede aynı aday veya istekli tarafından ihale konusu malın teknik şartnamesinde belirlenen asgari özellik ve şartları sağlamakla birlikte birbirinden farklı teknik özelliklere sahip ürünlerin, asıl teklifin yanı sıra alternatif olarak sunulması*"[61] olarak tanımlanan alternatif teklif sayesinde örneğin çevreye daha duyarlı bir ürünün sunulması ve idarenin de belki başlangıçta öngöremediği fakat tercih edebileceği bir ürünün sunulması mümkün olabilecektir[62].

Sonuç olarak, Türk ihale hukukunda sürdürülebilir ihalelere ilişkin doğrudan hüküm bulunmayıp konuyla bağlantılı olabilecek hükümler de sınırlıdır. Bununla birlikte ihale mevzuatı dışındaki

Teyit yazısı, ihale veya son başvuru tarihinde geçerli olması koşuluyla düzenlendiği tarihten itibaren bir yıl süreyle kullanılabilir. Ancak Türk Akreditasyon Kurumu tarafından akredite edildiği duyurulan belgelendirme kuruluşları tarafından düzenlenen ve TÜRKAK Akreditasyon Markası taşıyan belge ve sertifikalar için Türk Akreditasyon Kurumundan teyit alınması zorunlu değildir".

[59] Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği m. 42/1. 4.3.2009 tarihli ve: 27159 Mükerrer sayılı Resmî Gazete.

[60] Kaya, 272.

[61] Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği madde 3.

[62] Alternatif teklifin sadece mal alımı ihaleleriyle sınırlı tutulmasının eleştirisi için bkz. Kaya, 303.

düzenlemelerle idareye yüklenen görevler ve verilen yetkiler karşısında ihalelerde çevresel ve sosyal mülahazalarla hareket edilmesi olanağının değerlendirilmesi gerekir.

B. Açık düzenleme olmaksızın çevresel ve sosyal gereklerin gözetilmesi olanağı

Yukarıda aktarıldığı üzere, AB ihale sisteminde sürdürülebilir kalkınmanın gözetilmesinde kullanılan araçlar çevre hukuku, iş hukuku ve sosyal hukuk mevzuatına uygunluğun sağlanması ile ihale sürecinde çevresel ve sosyal kriterlerin uygulanmasıdır.

Türk ihale mevzuatında ihale dışı bırakma konusunda çevre hukukuna veya iş hukukuna doğrudan atıf yapan bir hüküm (sosyal güvenlik primlerinin ödenmesi dışında) bulunmamakla birlikte bu yönde bir olanak mevcuttur. Kamu İhale Kanunu'nun 10. maddesinde ihale tarihinden önceki beş yıl içinde, ihaleyi yapan idareye yaptığı işler sırasında iş veya meslek ahlakına aykırı faaliyetlerde bulunduğu bu idare tarafından ispat edilen isteklilerin ihale dışında bırakılacakları ifade edilmektedir (M. 10/4/f). Meslek ahlakına aykırı fiil ve davranışlar konusuna Kamu İhale Genel Tebliği'nde açıklık getirilmektedir. Madde 17.8.2'ye göre "*yüklenicilerin iş veya mesleklerinden dolayı yürürlükteki kanunların yüklediği mükellefiyetlere aykırı davranışlar iş ve meslek ahlakına aykırı faaliyet kapsamında değerlendirilebilecektir*".

Buna göre sosyal gereklilikler konusunda İş Kanunu'nda öngörülen eşit muamele ilkesine aykırı davranış, engellilere ilişkin yükümlülüklere uyulmaması veya işyerinde iş sağlığı ve güvenliği gereklerinin sağlanmaması[63]; çevresel mülahazalara ilişkin olarak ise Çevre Kanunu ve ilgili mevzuatın ihlali iş ve meslek ahlakına aykırı davranış olarak değerlendirilebilecektir. Ancak iş ve meslek ahlakına aykırı davranışın idare tarafından tespit edilmesi gerekmektedir[64]. Ayrıca iki düzenlemenin birlikte okunmasından iş ve meslek ahlakına aykırı davranış olarak nitelenebilecek yürürlükteki kanunların yüklediği mükellefiyetlere aykırı davranışın ihale tarihinden önceki beş yıl içinde ve ilgilinin ihaleyi yapan idareye yaptığı işler sırasında gerçekleşmesi aranmaktadır. Dolayısıyla bu düzenleme çevre hukuku, iş hukuku ve sosyal hukuk mevzuatına aykırı davranışlarda bulunanların ihale dışı bırakılmaları konusunda AB hukukundan çok daha zayıf bir olanak sağlamaktadır.

İhale konusunun ve teknik kriterlerin çevresel ve sosyal gerekler göz önünde bulundurularak belirlenmesi noktasında ise ihale mevzuatı dışında kalan düzenlemelerin hukuki dayanak oluşturması mümkündür. Sosyal gereklilikler konusunda her şeyden önce Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesinin hayata geçirilebilmesi devlet için bir yükümlülük olup yukarıdaki örneklerde aktarıldığı üzere sosyal kriterlerin önemli bir kısmı eşitlik ilkesiyle bağlantılıdır. Bunun yanında devletin sosyal haklara ilişkin ulusal hukuktan kaynaklanan

[63] Kaya, 260.

[64] Madde 17.8.2.ii: "*yine bu isteklinin 10 uncu maddenin (f) bendi uyarınca ihale dışı bırakılabilmesi, ancak ihaleyi yapan idareye yaptığı işler sırasında iş ve meslek ahlakına aykırı faaliyetlerde bulunduğunun bu idare tarafından ispat edilebilmesi halinde mümkün olabilecektir*". Ayrıca bkz. D13D 17.9.2014, E. 2014/2429, K. 2014/2941, Lexpera (e.t. 18.6.2021).

ödevlerinin yanında, başta 94 no'lu Çalışma Şartları (Kamu Sözleşmeleri) Sözleşmesi olmak üzere uluslararası sözleşmeler uyarınca da üstlendiği yükümlülükler mevcuttur. Çevre konusunda ise her şeyden önce Anayasanın 56. maddesi devlete çevreyi koruma ve geliştirme görevi vermektedir. Ayrıca Çevre Kanunu'nun 3. maddesinde yer alan ilkelerin bir kısmı doğrudan idareye yöneliktir. Örneğin madde 3/1/a'ya göre "*Başta idare, meslek odaları, birlikler ve sivil toplum kuruluşları olmak üzere herkes, çevrenin korunması ve kirliliğin önlenmesi ile görevli olup bu konuda alınacak tedbirlere ve belirlenen esaslara uymakla yükümlüdürler*". Çevre Kanunu madde 3/1/e'de her türlü faaliyet sırasında -ki idari faaliyetler de bu kapsamın dışında değildir- "*doğal kaynakların ve enerjinin verimli bir şekilde kullanılması amacıyla atık oluşumunu kaynağında azaltan ve atıkların geri kazanılmasını sağlayan çevre ile uyumlu teknolojilerin kullanılması esastır*" hükmüne yer verilmektedir. Madde 3/1/h hükmüne göre ise "*çevrenin korunması, çevre kirliliğinin önlenmesi ve giderilmesi, sıfır atığın yaygınlaştırılması, döngüsel ekonomi ilkelerinin uygulanması ve iklim değişikliği ile mücadele edilmesi için uyulması zorunlu standartlar ile (...) yenilenebilir enerji kaynaklarının ve temiz teknolojilerin teşviki, motorsuz veya elektrikli araçların teşviki, atıkların geri kazanımı ile arıtılmış atıksuların yeniden kullanımının teşviki, geri kazanım katılım payı, plastik içerikli poşet veya ambalaj ve tek kullanımlık materyallerin kullanımının azaltılması, depozito uygulaması, emisyon ücreti, kirletme bedeli ve kirliliğin önlenmesine yönelik teminat alınması (...) gibi piyasaya dayalı mekanizmalar ile ekonomik araçlar ve teşvikler kullanılır*" Bu düzenlemede kamu ihaleleri bir politika aracı olarak öngörülmemekle birlikte standartların ve teşviklerin konuları kamu ihalelerinde gözetilebilecek niteliktedir.

Hatırlatmak gerekir ki ABAD, sürdürülebilir ihalelere normatif dayanak kazandıran 2004 yönergeleri öncesinde verdiği kararlarında, bugünkü Türk çevre hukukundan daha zayıf bir hukuki çerçevede sosyal ve çevresel ölçütlerin belli koşullarda öngörülebileceklerini kabul etmiştir. Kamu İhale Kanunu uyarınca teknik düzenlemelerde bazı kriterler getirilmesi mümkün ise de bunların kanunun 12. maddesinde belirtildiği üzere "verimliliği ve fonksiyonelliği sağlamaya yönelik" ölçütler olmaları gerekir. Bunun sonucunda da yukarıdaki düzenlemeler idareler için dayanak oluşturabilecek olsalar da bunların kanunun 12. maddesi kapsamına girebilmeleri gerekir. Bunun sağlanması aynı zamanda verimliliği de etkileyen çevresel gerekler bakımından daha olanaklıdır. Ayrıca ihale mevzuatı dışındaki mevzuatta açık ve somut düzenlemelerin öngörüldüğü hallerde hem sosyal ölçütlerin hem de çevresel ölçütlerin öngörülmesi gereklilik haline gelmektedir.

Sosyal konulara ilişkin somut bir düzenleme olarak karşımıza Engelliler Hakkında Kanun[65] çıkmaktadır. Engelliler Hakkındaki Kanun'un 7. maddesinde yapılı çevrede erişebilirliğinin sağlanması için planlama, tasarım, inşaat, imalat, ruhsatlandırma ve denetleme süreçlerinde erişilebilirlik standartlarına uygunluk sağlanacağı ifade edilmekte olup bunların arasına kamuya

[65] 5378 sayılı kanun, 7.7.2005 tarihli ve 25868 sayılı Resmî Gazete.

ait ve kamu hizmetlerinin sunumunda kullanılan yapılar da girmektedir.[66] Nitekim kanunun geçici 2. maddesinde "*Kamu kurum ve kuruluşlarına ait mevcut resmî yapılar, mevcut tüm yol, kaldırım, yaya geçidi, açık ve yeşil alanlar, spor alanları ve benzeri sosyal ve kültürel alt yapı alanları ile gerçek ve tüzel kişiler tarafından yapılmış ve umuma açık hizmet veren her türlü yapılar bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren sekiz yıl içinde engellilerin erişebilirliğine uygun duruma getirilir*" hükmüne yer verilmiştir. Erişilebilirliğe ilişkin olarak ikincil düzenlemelerde de çeşitli hükümler olup ihale konusu yapım işinin engelli erişimine uygun olması gereği karşısında idarenin ihale dokümanında bu hususa yer vermesi yasal bir zorunluluktur. Yapım işlerine ilişkin olarak ihale mevzuatında herhangi bir hüküm bulunmaması bir eksiklik olsa da bu durum ihale konusunun belirlenmesinde ve teknik şartnamede erişilebilirliğin dikkate alınmasına engel teşkil etmez. Yukarıda aktarılan mal alımlarına ilişkin açık düzenleme yanında mal ve hizmet alımı ihalelerine konu edilebilecek bilgi hizmetleri ile bilgi ve iletişim teknolojisinin engelliler için erişilebilir olması gerekliliği (Engelliler Hakkında Kanun madde 7/3) karşısında bu kapsama giren ihalelerde ilgili hükmün dikkate alınması gerekeceği açıktır.

Çevreye ilişkin olarak ise 2018'de yürürlüğe giren Çevre Etiketi Yönetmeliği[67]'nin 6. maddesinin son fıkrasında açıkça "*Çevre etiketli ürün veya hizmetlerin kullanılmasının yaygınlaştırılması amacıyla kamu alımlarında çevre etiketli ürün veya hizmetleri tercih edici tedbirler belirlenir ve uygulanır*" hükmüne yer verilmektedir Aynı yönetmeliğin "Çevre etiketinin tanıtımı ve kullanılmasının teşvik edilmesi" başlıklı 21. maddesinde ise bakanlığın kamu alımı yapan kurum ve kuruluşların çevre etiketi taşıyan ürünleri tercih etmelerine ve teknik şartnamelerde ürün veya hizmet kriterlerinin kullanılmasına yönelik olarak bilgilendirme ve tanıtım çalışmaları yapacağı ifade edilmiştir. Bu düzenlemeler çevre etiketinin yaygınlaştırılmasının devletin çevre politikaları kapsamında olduğunu göstermekte olup bunların -ihale hukukuna hakim olan ilkelerin gözetilmesi koşuluyla- teknik şartnamelerde kriter olarak öngörülmelerinin mümkün olacağı düşünülebilir.

Çevreyle ilgili bir diğer olanak ve hatta yükümlülük kamu binalarda enerji verimliliğinin gözetilmesidir. Enerji Verimliliği Kanunu'nun[68] 7. maddesi kapsamına giren ve enerji yöneticisi görevlendirmekle yükümlü olan kamu binalarında, Enerji Kaynaklarının ve Enerjinin Kullanımında Verimliliğin Artırılmasına Dair Yönetmelik'in[69] 8. maddesi uyarınca TS EN ISO 50001 Enerji Yönetim Sistemini kurulması öngörülmektedir. Aynı yönetmeliğin 10. maddesinde ise mevcut tesislerin işletilmesinde, yeni tesislerin kurulmasında, kapasite artırımı ve modernizasyon çalışmalarında alınacak önlemler belirlenmektedir. Bu önlemler çevresel gereklerle bağlantılı olup bu kapsamda çevresel kriterlerin öngörülmesi bir gerekliliktir. Ayrıca

[66] Kanunun 7. maddesinin 2. fıkrasında ayrıca özel ve kamu toplu taşıma sistemlerinin de engellilerin erişimine uygun olması gerektiği ifade edilmektedir.
[67] 9.10.2018 tarihli ve 30570 sayılı Resmî Gazete.
[68] 5627 sayılı kanun, 2.5.2007 tarihli ve 26510 sayılı Resmî Gazete.
[69] 27.10.2011 tarihli ve 28097 sayılı Resmî Gazete.

Kamu Binalarında Enerji Tasarrufu konulu ve 2019/18 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi'nde[70] bu binalarda 2023 yılı sonuna kadar asgari %15 oranında enerji tasarrufu hedeflenmekte olup Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından Kamu Binalarında Tasarruf Hedefi ve Uygulama Rehberi hazırlanmıştır. Kamu binalarında enerji verimliliği tadilatlarında kullanılmak üzere Uluslararası İmar ve Kalkınma Bankası'ndan sağlanan krediyle Kamu Binalarında Enerji Verimliliği Projesi uygulanmakta olup bu kapsamda yapılacak işlerin konuları çevresel gereklerle örtüşmektedir.

Yukarıdaki düzenleme sadece enerji verimliliğine ilişkin olmakla birlikte bu kapsam dışında kalan konularda da sürdürülebilirlik ölçütlerinin öngörülmesi, bunlar verimliliğe hizmet ettikleri sürece olanaklıdır. Su tüketimine veya atık oluşumuna ilişkin kriterler örnek gösterilebilir[71]. Buna karşılık verimlilikle doğrudan ilintili olmayan kriterlerin öngörülmesi mevcut mevzuat çerçevesinde mümkün gözükmemektedir.

Tekliflerin değerlendirilmesine ilişkin olarak ise ekonomik açıdan en avantajlı tekliflerin fiyat dışı unsurlar dikkate alınarak belirlenmeleri mümkündür. Kamu İhale Kanunu'nun 40. maddesinin 2. fıkrasında bu kapsamda işletme ve bakım maliyeti, maliyet etkinliği, verimlilik, kalite ve teknik değer gibi fiyat dışı unsurlar sayılmakta; çevresel ve sosyal gereklere açıkça yer verilmemektedir. Bu durumda çevresel ve sosyal gerekler bu unsurlar kapsamında değerlendirilebilme ölçüsünde dikkate alınabileceklerdir. Örneğin yaşam döngüsü maliyeti verimliliğe de hizmet edeceğinden tekliflerin değerlendirilmesinde kullanılabilecektir[72]. Buna karşılık yeşil enerji kullanımı gibi verimliliğe doğrudan hizmet etmeyen kriterlerin kullanımı için mevzuatta değişiklik yapılması gerekir[73]. Ayrıca kullanım ömrü maliyetlendirmesi uygulanmak suretiyle çevreci bir alımın tercih edilmesi teorik olarak mümkünse de bir

Sözleşmelerin uygulanmasına ilişkin olarak ise idarelerin sürdürülebilir kalkınmanın gereklerini gözetmeleri teknik şartnamenin hazırlanması ve tekliflerin değerlendirilmelerinden daha olanaklıdır. Zira ifa koşulları ihale kararı vermede bir ölçüt olarak kullanılmamaktadır. Özellikle çevrenin korunmasına yönelik olan ve yükleniciye ek külfet getirmeyen konularda sözleşmeye hüküm konulması eşitlik muamele ilkesi gözetildiği sürece mümkündür[74]. Örneğin mal teslimine ilişkin olarak yakıt tüketiminin ve dolayısıyla karbon salımının azaltılması için teslimatın yoğun trafik saatleri dışında yapılması, malların yeniden dönüştürülebilir ambalajlarda teslimi veya her bir teslimatta teslim edilecek mal miktarının toplam teslimat sayısını azaltacak şekilde belirlenmesi ifa koşulu olarak öngörülebilir[75].

[70] 16.8.2019 tarihli ve 30860 sayılı Resmi Gazete.
[71] Kaya, 244.
[72] Kaya, 288.
[73] Kaya, 298.
[74] Kaya, 316-318.
[75] *Ibid.*

Son olarak öğretide Kaya, sınırlı katılımlı ihalelerde idarenin takdir yetkisinin genişliği ve esneklik nedeniyle çevresel ve sosyal koşulların müzakere edilmesinin ve öngörülmesinin daha olanaklı olduğunu ifade etmektedir[76]. Bunlar, Kamu İhale Kanunu'ndan istisna tutulan ihaleler ve idarelere daha geniş takdir yetkisi tanıyan pazarlık usulü ile doğrudan temin gibi alım yöntemleridir. Kamu İhale Kanunu'ndan istisna tutulan hallere ilişkin düzenlemelerde de alım yöntemi olarak pazarlık usulüne ve doğrudan temine yer verildiği gözlemlenmektedir[77]. Gerçekten de her iki alım yönteminde de eşit muamele, rekabet, şeffaflık ve kamuoyu denetimi gibi birçok ihale hukuku ilkesi ya uygulanmamakta veya sınırlı olarak uygulanmaktadır. Bu yöntemlerin yaygınlaşması, özellikle ihale hukukunun gelişmesinin ve uluslararası ölçekteki öneminin temelini oluşturan yolsuzlukla mücadeleyi olumsuz yönde etkilemektedir[78]. Bununla birlikte pazarlık usulünde teknik kriterlerin müzakere edilebilmesi[79], doğrudan teminde ise doğrudan sosyal ve çevresel açıdan yüksek standartlar sunan ekonomi operatörlerine başvurulabilmesi mümkün olup bu durum ihalelerde sürdürülebilir kalkınmanın gereklerini gözetmek için en azından teorik olarak bir fırsat sunmaktadır[80]. Ancak bu alım yöntemlerinin bu amaçla kullanılması için elbette bu yönde bir iradenin varlığı gerekir.

Sonuç yerine: Türkiye'de Sürdürülebilir Kamu Alımlarının Geleceği

Sonuç olarak sürdürülebilir kamu alımları uluslararası hukukta, bölgesel hukuklarda ve ulusal hukuklarda en azından düzenlemeler bakımından belli bir olgunluğa ulaşmıştır. Birçok ülkedeki idarelerin de toplumsal eşitliği sağlamayı ve daha iyi bir çevrede yaşamayı hedefleyen yöntemlere başvurdukları görülmektedir. Günümüzde bu konuda hukuki düzenlememe olmaması temel bir eksikliktir.

Türk hukukunda, her ne kadar idarelerin çevre korumaya ve sosyal haklara ilişkin anayasal ve yasal düzenlemeler sayesinde belirli bir hareket alanları varsa da idarenin kanuniliği ilkesi ve

[76] Kaya, 275.

[77] Örneğin Hazine ve Maliye Bakanlığı Darphane ve Damga Matbaası Genel Müdürlüğü Tarafından 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3 üncü Maddesinin (B) Bendi Kapsamında Yapılacak İhalelere İlişkin Usul Ve Esaslar, 18.4.2020 tarihli ve 31103 sayılı Resmî Gazete; Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı Tarafından 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun 3 üncü Maddesinin (F) Bendi Kapsamında Yapılacak İhalelere İlişkin Usul ve Esaslar, 8.1.2020 tarihli ve 31002 sayılı Resmî Gazete; Dışişleri Bakanlığı ve Avrupa Birliği Başkanlığı Tarafından Tertiplenecek Uluslararası Organizasyonlar ve Toplantılardan Cumhurbaşkanı Tarafından Belirlenenlerin Yürütülmesine Yönelik 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun 3 üncü Maddesinin (Z) Bendi *Kapsamında* Yapılacak Mal ve Hizmet Alımlarına *İlişkin* Usul ve Esaslar, 11.11.2019 tarihli ve 30945 sayılı Resmî Gazete; Tarım ve Orman Bakanlığı Tarafından 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun 3 üncü Maddesinin (B) Bendi Kapsamında Yapılacak Mal ve Hizmet Alımlarına İlişkin Usul ve Esaslar; 14.9.2018 tarihli ve 30535 sayılı Resmî Gazete; İletişim Başkanlığı Tarafından 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun 3 üncü Maddesinin (B) Bendi Kapsamında Yapılacak İhalelere İlişkin Usul ve Esaslar, 5.8.2020 tarihli ve 31204 sayılı Resmî Gazete.

[78] Özer, B. ve Mıynat, M. (2016). Türkiye'de uygulanan kamu tedarik usullerinin yolsuzluk riski açısından analizi. Manisa Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi , 14 (2), 42.

[79] Kaya, 223.

[80] Kaya, 276. Ayrıca, Kamu İhale Kanunu'ndan istisna tutulan araştırma-geliştirmeye yönelik ihalelerin konularının da çevresel ve sosyal mülahazalar gözetilerek belirlenmesi ile sanayinin de sürdürülebilirlik konusunda daha etkili bir şekilde yönlendirilmesi mümkün olabilecektir. Kaya, s. 308.

ihale hukukuna hakim olan ilkeler karşısında bunun etkili bir şekilde gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Üstelik yukarıdaki örneklerde de görüldüğü üzere sürdürülebilir kamu alımı kapsamındaki uygulamalar teknik olanak, yaratıcı düşünme ve esnekliği gerekli kılmaktadır. Bu nedenle bu konuda bir politika geliştirilmesi ve konunun yasayla düzenlenmesi gerekir.

Sürdürülebilir kamu alımlarının bir çevre politikası olarak benimsendiği yönünde bir irade, en azından son yıllar için gözlemlenmemektedir. Son iki kalkınma planının konuyla ilgili içeriklerinin karşılaştırması bunu ortaya koymaktadır. Onuncu Kalkınma Planı[81], sürdürülebilir kamu alımlarına açıkça atıf yapmaktadır. İmalat sanayiinde dönüşüm kapsamında "*Kamu alımları, yerli firmaların yenilik ve yeşil üretim kapasitesini artırmada etkin bir araç olarak kullanılacaktır. Bu kapsamda, nitelikli ihale şartnameleri hazırlama ve değerlendirme kapasitesi geliştirilecek, iyi uygulama örneklerinin kamuda yaygınlaştırılması ve tanıtılması sağlanacaktır"* (655. Prg) ifadesine yer vermektedir." Burada hem yerli firmaların yeşil üretim kapasitelerinin artırılması bir hedef olarak ortaya konulmuş hem de ihale şartnameleri bu hedefe ulaşmada araç olarak düşünülmüştür. Planın evrenin korunmasına ilişkin bölümünde ise açıkça "*Sürdürülebilir üretim ve tüketimi desteklemek üzere kamu alımlarında çevre dostu ürünlerin tercih edilmesi özendirilecektir*" *(1036. Prg)* ifadesine yer verilmektedir. On Birinci Kalkınma Planında[82] kamu alımlarına ilişkin olarak genel bir ifade yoktur ancak sektörel ve dolaylı olarak kamu alımlarıyla ilintili olabilecek ifadeler mevcuttur. Örneğin Makine-Elektrikli Teçhizat sektörüne ilişkin bölümde politika ve tedbirler arasında "*Yenilenebilir enerji alanında; yerli ekipman kullanımı, Ar-Ge, teknoloji transferi, kamu alımları gibi hususları içerecek mekanizmalar ile yeni yatırım modelleri hayata geçirilecektir*." Bir diğer konu ise enerjiyle ilgili politikalar ve tedbirlerdir. Prg. 492.4'te Kamu Binalarında Enerji Verimliliği Projesi uygulanacağı öngörülmekte olup bu binaların ihalelerinin de haliyle enerji verimliliği göz önünde bulundurularak hazırlanmaları gerekecektir. Nitekim yukarıda açıklandığı üzere bu konuda uygulamalar başlatılmıştır.

Son olarak gündemdeki kamu alım ihalelerinde reform çalışmalarında da kamuoyuna yansıdığı kadarıyla[83] sürdürülebilir kamu alımlarına ilişkin bir ihale politikası değişikliği öngörülmemektedir. Ancak reform kapsamında AB hukukundan esinlenilerek yapılan ve sürdürülebilir alımlar için kullanılma potansiyeli olan birkaç düzenleme mevcuttur.

Reform kapsamında AB sistemine benzer şekilde sektörel kamu alımları için ayrı bir yasa çıkarılması planlanmaktadır. Kamu İhale Kanunu'na ve yeni çıkarılacak yasada AB hukukunda var olan yenilikçi işbirliği usulü öngörülmektedir. Taslağın 13. maddesine göre "*Yenilikçi işbirliği*

[81] T.C. Kalkınma Bakanlığı, Onuncu Kalkınma Planı (2014-2018) https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2018/11/onuncu-kalkınma-planı-2014-2018.pdf adresinden erişildi (e.t. 2.6.021)

[82] T.C. Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, On Birinci Kalkınma Planı (2019-2023) https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2019/11/on_birinci_kalkınma-planı_2019-2023.pdf adresinden erişildi (e.t.2.6.2021)

[83] TMOOB, Kamu alim ihalelerinde reform çalişmalari kapsaminda hazirlanan teknik çalişmaya ilişkin tmmob değerlendirmesi, 10.05.2021, http://www.tmmob.org.tr/icerik/kamu-alim-ihalelerinde-reform-calismalari-kapsaminda-hazirlanan-teknik-calismaya-iliskin adresinden ulaşılmıştır (18.6.2021)

usulü, kamu teşebbüsünün ihtiyacını piyasada mevcut olan çözümlerle karşılayamaması nedeniyle yenilikçi bir mal, hizmet veya yapım işinin geliştirilerek alınmasına ihtiyaç duyduğu hallerde, bir veya birden fazla istekli ile işbirliği yapmak suretiyle yenilikçi bir mal, hizmet veya yapım işinin geliştirilmesi ve tarafların karşılıklı anlaşmaya vardıkları performans seviyeleri ve azami maliyete uygun olmak kaydıyla ortaya çıkan malların, hizmetlerin veya yapım işlerinin alınmasında uygulanan usuldür". Bu usul, özellikle inovasyona ihtiyaç duyulan çevreyle uyumlu ürün ve yapılar bakımından, bunu gerçekleştirmeye yönelik bir irade bulunduğu sürece bir olanak sağlayabilir. Sektörel kamu alımlarına ilişin olarak ise mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin özgün nitelikteki veya ihtiyacın mevcut çözümlerin uygulanması yoluyla karşılanamaması gibi nedenlerle teknik ve mali özelliklerinin müteşebbislerle görüşme yapılmaksızın gerekli netlikte belirlenemediği hallerde uygulanan "rekabetçi müzakere usulü" öngörülmektedir. Bu usul de benzer şekilde çevreci yöntemler geliştirmek için kullanılabilme potansiyeline sahiptir.

KAYNAKÇA

Alyanak, S. (2015). Avrupa Birliği kamu ihalesi hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Arrowsmith, S. ve Kunzlik, P. (2009) Public procurement and horizontal policies in EC law: general principles. S. Arrowsmith and P. Kunzlik (ed.), Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions. Cambridge: Cambridge University Press.

Cantillon, G. (2010). L'achat public durable, un outil au service de l'Etat régulateur. Revue française d'administration publique, 134, 335-350.

Deschamps, E. (2012). L'Etat exemplaire: slogan ou un nouveau principe? Revue française d'administration publique, 143, 829-845.

Dikmen, S. ve Dağlıoğlu Şanlı, İ. (2020). Avrupa Birliği'nde çevre politikası aracı olarak yeşil kamu alımları. Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, 19/1, 85-119.

Kantarcı, Ö. (2014). Çevreci kamu alımları kavramı ve Avrupa Birliği mevzuatındaki yeri. M. Çolak ve D.A. Demirboğa (ed.). Kamu ihale hukukunda temel konular (s. 259-282). Ankara: Kamu İhale Kurumu Yayınları.

Kaya, M. B. (2014). Regulating sustainable public procurement in Turkey in the context of the European Union membership. Yayınlanmamış doktora tezi, University of Nottingham, Nottingham.

Melon, L. (2020). More than a nudge? Arguments and tools for mandating green public procurement in the EU. Sustainability, 12(3) 988.

Özer, B. ve Mıynat, M. (2016). Türkiye'de uygulanan kamu tedarik usullerinin yolsuzluk riski açısından analizi. Manisa Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi , 14 (2), 21-49.

Pouikli, K. (2021) Towards mandatory Green Public Procurement (GPP) requirements under the EU Green Deal: reconsidering the role of public procurement as an environmental policy tool. ERA Forum, 21, 699–721

Schmitt, O. (2005) La commande publique et le développement durable. La Gazette du Palais, 169, 4-19

SIGMA (2016), Kamu alımlarında çevresel koşulların dikkate alınması. Dosya 13. Paris: OECD Publishing. http://www.sigmaweb.org/publications/Public-Procurement-Brief-13-2016-Turkish.pdf adresinden erişildi (ET: 14.5.2021)

SIGMA (2016), Kamu alımlarında sosyal koşulların dikkate alınması. Dosya 14. Paris: OECD Publishing. http://www.sigmaweb.org/publications/public-procurement-brief-14-2016-turkish.pdf adresinden erişildi (ET: 14.5.2021)

SIGMA (2016), 2014 AB Direktifleri: Kamu alımları ve sektörel alımlar. Dosya 30. Paris: OECD Publishing. http://www.sigmaweb.org/publications/public-procurement-brief-30-2016-turkish.pdf adresinden erişildi (ET: 14.5.2021)

SIGMA (2016), Kullanım ömrü maliyetlendirilmesi. Dosya 34. Paris: OECD Publishing. http://www.sigmaweb.org/publications/Public-Procurement-Brief-34-2016-Turkish.pdf adresinden erişildi (ET: 14.5.2021)

Şahbudak, C. (2014). Engelli işçi çalıştırma zorunluluğu çerçevesinde hizmet alamı ihalelerinde tekliflerin hazırlanması ve değerlendirilmesi sorunu. Terazi Hukuk Dergisi, 9/100, 386-393.

Taşyürek, Y.E. (2014). Türk kamu alımları sisteminde yatay politikalar ve çevreci kamu alımları. M. Çolak ve D.A. Demirboğa (ed.). Kamu ihale hukukunda temel konular (s. 283-307). Ankara: Kamu İhale Kurumu Yayınları.

Üstün, S. ve Çalış H. S. (2018). 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na hâkim olan ilkelerin değerlendirilmesi. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 2/26, 111-142.

Van Lang, A. (2011) Droit de l'environnement. Paris: Presses Universitaires de France.

ULUSLARARASI
HUKUK
SEMPOZYUMU
International Symposium on Law

AİLE HUKUKU AÇISINDAN NİŞANLILIKTA ŞİDDET VE SONUÇLARI

Dr. Öğr. Üyesi Burcu ÖZKUL*

Süleyman Demirel Üniversitesi

ORCID NO: 0000-0002-5033-8902

Öz

Aile birliğinin kurulmasındaki ilk adım olan nişanlanma ve bunun sonucu oluşan nişanlılıkta şiddet ile karşılaşılmaktadır. Nişanlılıktaki şiddet, şiddetin türleri olan fiziksel, ekonomik, cinsel ve duygusal şiddet olarak ortaya çıkmaktadır.

Nişanlılıktaki şiddeti iki aşamaya ayırarak incelemek gerekmektedir. Birincisi nişanlanmanın şiddetin etkisiyle olması, ikincisi ise nişanlanmanın şiddetin etkisiyle sona ermesidir. Her iki halde de şiddetin çeşitlerinden herhangi birine maruz kalan nişanlı tek yanlı bir irade açıklaması ile nişanlılığı sona erdirebilir ve şiddet uygulayan nişanlıdan Türk Medeni Kanunu hükümleri uyarınca maddi tazminat, manevi tazminat ve vermiş olduğu aşılmışın dışındaki hediyelerin iadesini talep edebilir. Bunların dışında, durdurma, önleme ve tespit davaları ile şiddet nedeniyle ihlal edilen kişilik haklarının korunmasını isteyebilir. Ayrıca şiddete maruz kalan nişanlı, 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun hükümlerine dayanarak koruyucu ve önleyici tedbirler alınmasını talep hakkına sahiptir. Nişanlının yakınları da şartlar sağlanmışsa benzer şekilde taleplerde bulunabilir.

Bu çalışmada; nişanlıların birbirine ve/veya birbirinin yakınlarına karşı şiddet uygulaması ve bunun sonucunda gerek şiddete maruz kalan nişanlının gerekse yakınlarının başvurulabilecekleri hukuki imkanların neler olduğu Türk aile hukuku boyutu ile incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Aile Hukuku, Nişanlılık, Şiddet, Türk Medeni Kanunu, 6284 Sayılı Kanun.

* Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, burcuozkul@sdu.edu.tr

VIOLENCE IN ENGAGEMENT AND IT'S CONSEQUENCES ACCORDING TO FAMILY LAW

Abstract

In engagement, which is the first step in the establishment of family unity and betrothal which is the result of engagement are encountered with violence. Violence in engagement emerges as physical, economic, sexual and emotional violence which are types of violence.

It is necessary to examine the violence in engagement by dividing it into two stages. The first is the establishment of the engagement with the effect of violence and the second is the end of the engagement with the effect of violence. Both of them, engaged who has been subjected to any form of violence, can end the engagement with a unilateral statement and can request financial compensation, moral compensation and the return of the unusual gifts from engaged who use violence based on the provisions of the Turkish Civil Code. Also, engaged who has been subjected violence can request the protection of personal rights violated due to violence with stopping prevention and determination cases. In addition, the engaged who is exposed to violence has the right to demand protective and preventive measures based on the provisions of Law No.6284 on the Protection Family and Prevention Violence Against Women. If the conditions are met, the kinspersons of the engaged have the right to demand also.

In this study; the use of violence by engageds against each other and/or their kinspersons and as a result of this, legal possibilities that both the engaged and their kinspersons can apply will be examined in terms of Turkish family law.

Keywords: Family Law, Engagement, Violence, Turkish Civil Code, Law No. 6284.

1. GİRİŞ

Şiddetin tarihi insanlık tarihi kadar eskiye uzanmaktadır. Günümüzde ise şiddet gerek diğer toplumlarda gerekse toplumumuzda her geçen gün artış göstermektedir. Bu nedenle tüm toplumlar için önemli bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Şiddete maruz kalma bakımından yaş, cinsiyet gibi unsurlar fark etmese de çoğunlukla kadınların ve çocukların şiddet mağduru olduğu bilinmektedir. Kadın ve çocukların şiddet mağduru olduğu pek çok durum ise aile içi şiddet veya ev içi şiddet olarak hane içinde veya aile bireyleri arasında yaşanmaktadır.

Bir kadın ve bir erkeğin aile olmak için birbirlerine verdiği söz yani evlenme vaadi olan nişanlanma ve nişanlanmadan evlenmeye kadar geçen süreçte nişanlı ve/veya yakınları diğer nişanlıdan şiddet görebilir. Bu şiddet, nişanlanmak istemeyen karşı tarafı nişanlanmaya zorlamak için olabileceği gibi, isteyerek nişanlandıktan sonra evlenmeye kadar geçecek süreçte herhangi

bir zamanda da olabilir. Birbirini daha yakından tanımak, evlenme ve aile olma hazırlıklarını yapmak gibi amaçlarla nişanlanıldığı düşünüldüğünde, bu süreçte şiddete maruz kalan bir kimsenin karşı taraf ile evlenmeyi ve aile olmayı istemesi pek muhtemel değildir. Bu nedenle nişanlılığı sona erdirmek en doğru yol olacaktır.

Nişanlılığı sona erdiren kimsenin kendisinin ve/veya yakınlarının gördüğü şiddetten dolayı gerek Ceza Kanunu ve gerek Medeni Kanundaki hükümlerden faydalanarak başvurabileceği hukuki imkanlar bulunmaktadır. Çalışma konusunun kapsamının Türk aile hukuku ile sınırlandırılmasından dolayı şiddet ile ilgili Ceza Kanunu hükümlerinden bahsedilmeyecektir.

Çalışmada öncelikle nişanlanma ve nişanlılık kavramlarından bahsedilecek olup nişanlanmanın hukuki niteliğine değinilecektir. Daha sonra şiddetin tanımı yapılarak türlerinin neler olduğu belirtilecektir. Çalışmanın bu kavramsal boyutunun ardından nişanlılıkta şiddet mağduru olabilecek nişanlı ve nişanlı yakınının başvurabileceği hukuki imkanlar açıklanacaktır. Hukuki imkanlarla ilgili bu açıklamalar Türk Medeni Kanunu ve 6284 sayılı Kanun çerçevesinde iki kısıma ayrılarak yapılacaktır. Bu bağlamda, şiddet mağdurunun nişanlılığı sona erdirmesi ve buna bağlı olarak veya bağlı olmaksızın gerek TMK m.120, m.121 gerekse m.25 uyarınca tazminat taleplerine, m.122 uyarınca hediyelerin iadesi talebine, m.25 uyarınca kişiliğin korunması amacına yönelik olmak üzere önleme, son verme ve tespit davaları ile vekaletsiz iş görmeye dayanan taleplerine değinilecektir. 6284 sayılı Kanun kapsamında alınabilecek olan koruyucu ve önleyici tedbirlerin nişanlıları ve nişanlı yakınlarını kapsayıp kapsamadığı irdelendikten sonra buna göre ne gibi tedbirlerin söz konusu olabileceği belirtilecek ve sonuç kısmında genel bir değerlendirme yapılarak önerilerde bulunulacaktır.

Şiddet konusunun, çoğunlukla kadına ve çocuğa karşı şiddet uygulandığı durumlarda ele alındığı ve bunun da aile içi şiddet ile açıklandığı göz önünde bulundurulduğunda, nişanlanmadan önce ve sonra nişanlılar arasında yaşanan şiddetin inceleneceği bu çalışmanın özellikle 6284 sayılı Kanunda açıkça yer almamış olan şiddet mağduru nişanlılar bakımından önem arz edeceği düşünülmektedir.

2. NİŞANLILIK

Nişanlılık, TMK'nın Aile Hukuku kitabının birinci ayırımında m.118-m.123 arasında düzenlenmiştir. Birinci ayırımın başlığı nişanlılık, ilk madde olan m.118'in başlığı nişanlanma, m.119'un başlığı ise nişanlılığın hükümleridir. TMK'da kullanılan farklı ifadelerden de anlaşılacağı üzere, zaman zaman eş anlamlı gibi kullanılsa dahi nişanlılık ve nişanlanma birbirinden farklıdır. Dolayısıyla öncelikle bu iki kavramı açıklamak gerekmektedir.

2.1. Nişanlanma ve Nişanlılığın Tanımı

TMK'da ne nişanlanma ne de nişanlılığın tanımına yer verilmeyip sadece TMK m.118/1'de "*Nişanlanma, evlenme vaadiyle olur*." hükmüne yer verilmiştir. Kanunda nişanlanmanın ve

nişanlılığın tanımlarına yer verilmemesi nedeniyle doktrinde çeşitli tanımlar yapılmıştır. Nişanlanma; ileride birbiri ile evlenmek isteyen ayrı cinsten iki kişinin, bu konudaki niyetlerini aralarında dile getirmeleri, birbirlerine karşı açıklamalarıdır şeklinde tanımlanabilir.[1] Bir başka tanımda nişanlanma, kadın ve erkeğin karşılıklı olarak birbirine evlenme sözünde bulunduğu bir hukuki işlem"; nişanlılık ise "bu işlem sonucu içine girmiş oldukları durum yada hukuki statü olarak açıklanmıştır.[2]

2.2. Nişanlanmanın Hukuki Niteliği

Nişanlılığın hukukun yarattığı bir müessese olmayıp hukuk tarafından kabul edilen ve şekillendirilen bir yaşam olgusu olması nedeniyle nişanlanmanın hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır.[3] Nişanlanmanın hukuki niteliğinin sözleşme, ön sözleşme ve karar olduğu yönünde görüşler bulunmaktadır.

2.2.1. Sözleşme Görüşü

Sözleşmeler tarafların birbirine uygun ve karşılıklı olarak iradelerini açıklaması ile kurulur. Nişanlanmanın da birbirine uygun ve karşılıklı irade açıklaması sonucu meydana gelmesi hukuki niteliğinin sözleşme olduğunu göstermektedir. Fakat nişanlanmanın hukuki niteliğinin sözleşme olduğunun kabulüyle birlikte, doktrindeki bir görüş[4] bunun bağımsız bir sözleşme, bir başka görüş[5] ise aile hukukuna özgü sözleşme olduğunu ifade etmektedir.

Bağımsız sözleşme görüşünü savunan Tekinay'a göre nişanlanma, farklı cinsiyetten iki kişi arasında yapılan ve evlenme vaadini ihtiva eden iki taraflı bir hukuki işlemdir ve taraflar nişanlanma ile birlikte birbirlerine sadık kalma, yardım etme, evlilik birliğinin kurulması için gerekli hazırlıkları yapma gibi bazı borç ve yükümlülükler altına girer. Dolayısıyla nişanlanmaya alelade bir ön sözleşmeden fazlaca değer vermek ve onu bağımsız bir sözleşme olarak kabul etmek gerekmektedir.[6]

Aile hukukuna özgü sözleşme görüşünü savunanlara göre, nişanlanma bir sözleşme olmakla birlikte borçlar hukukuna ilişkin sözleşmelerden değildir. Dolayısıyla borçlar hukukuna ilişkin

[1] Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku (İkinci Cilt)*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.23; Kayıhan ve Ünlütepe, *Medeni Hukuk Bilgisi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s.275; Zeytin ve Ergün, *Türk Medeni Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s.147.
[2] Hatemi, *Aile Hukuku*, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s.7; Akıntürk ve Ateş, s.23; Zeytin ve Ergün, s.147; Dural, Öğüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s.13.
[3] Öztan, *Aile Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s.28; Abik, "Nişanlanma ve Nişanlılık", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.54, S.2, 2005, s.71.
[4] Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1990, s.8; Arsebük, *Medeni Hukuku Cilt II Aile Hukuku*, Ankara, 1940, s.522.
[5] Zevkliler, Acarbey ve Gökyayla, *Medeni Hukuk*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1999, s.751; Dural, Öğüz ve Gümüş s.15; Akıntürk ve Ateş, s.30; Öztan, s.32; Oğuzoğlu, *Medeni Hukuk II Aile Hukuku*, Akıncı Matbaası, Ankara, 1956, s.14; Kurtoğlu, *Türk Medeni Hukuk Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1976, s.120; Hatemi, s.9; Özmen, "Nişanın Bozulmasında Cayma Akçası ve Cezai Şart (M.K 83. Madde Değişikliği)", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.4,1995, s.525.
[6] Tekinay, s.8.

hükümlerin nişanlanmaya aynen uygulanması mümkün değildir, bünyesine aykırı düşmediği ve onun manevi yapısını bozmadığı sürece uygulanabilir.[7] Borçlar hukuku sözleşmelerinde borçlu borcunu ifa etmek zorundadır ve ifadan kaçındığında aynen ifaya zorlanabileceği gibi ifadan kaçınması nedeniyle ortaya çıkan zararları tazmine de zorlanabilir. Halbuki nişanlanma sözleşmesinde, borcunu ifadan yani evlenmekten kaçınan kimseye bu yaptırımlar uygulanamaz, TMK'da özel şartlara bağlanmış olan tazmin borcu yüklenebilir. Kaldı ki nişanlanma ve evlenme bir kişilik işlemi hakkının kullanılmasını ifade ettiğinden bir borç olarak üstlenilemez.[8]

2.2.2. Ön Sözleşme Görüşü

Tarafların ileride asıl sözleşmeyi yapacaklarına ilişkin önceden yaptıkları sözleşmeye ön sözleşme bir başka ifadeyle sözleşme yapma vaadi denilmektedir. Doktrinde bir görüş, borçlar hukukundaki ön sözleşmeden yola çıkarak nişanlanmanın bir evlenme vaadi olduğunu, öyleyse evlenmenin vaadedilmesi ile tarafların ileride bir sözleşme yapmayı kararlaştırdığını yani evlenmenin gerçekleştirilmesi borcunu doğuran bir ön sözleşme yaptıklarını savunmaktadır.[9] Ancak ön sözleşme yapan asıl sözleşmeyi yapmak zorundadır. Ön sözleşmede vaadini yerine getirmeyen tarafa karşı bunu yerine getirmesi için dava açılabilmekte ve tarafların sözleşmeye koyacakları hükümle tazminat yada cezai şart ödemesi kararlaştırılabilmektedir. Oysaki TMK m.119'un *"(1) Nişanlılık, evlenmeye zorlamak için dava hakkı vermez. (2) Evlenmeden kaçınma hali için öngörülen cayma tazminatı veya ceza şartı dava edilemez; ancak yapılan ödemeler de geri istenemez.*" hükmü ile evlenme vaadini yerine getirmeyip evlenmekten cayan nişanlının borcunu ifaya yani evlenmeye zorlanamayacağı, evlenmeye zorlamak veya cayma tazminatı yada cezai şart için dava açılamayacağı belirtilmiştir. Ayıca TBK m.29/2'deki "*Kanunlarda öngörülen istisnalar dışında, ön sözleşmenin geçerliliği, ileride kurulacak sözleşmenin şekline bağlıdır*." ifadesi ile ön sözleşmenin şekli, asıl sözleşmenin şekline bağlanmışken nişanlanmada böyle bir bağlantı bulunmamaktadır. Nişanlanmanın olması için kadın ve erkek iki taraf zorunluyken, ön sözleşme için tarafların kadın ve erkek olması da zorunlu değildir.[10]

2.2.3. Karar Görüşü

Nişanlanmadaki irade açıklamalarının birbirine uygun fakat içeriğinin aksi yönde değil aynı yönde olduğunu, bu şekilde açıklanan iradelerle oluşan hukuki işlemin ise karar olacağını dolayısıyla nişanlanmanın hukuki niteliğinin karar olduğunu savunan görüş de bulunmaktadır.[11] Karar görüşü sözleşmelerle kararları aynı yada aksi yönde olmaları esasına göre ayırt etmenin doğru olmadığı gerekçesi ile eleştirilmiştir.[12] Tekinay, adi şirket sözleşmesi örneğini vererek adi şirkette iradelerin aynı yönde ve çok defa muhteva bakımından da aynı olmalarına rağmen ortada

[7] Öztan, s.30; Özmen, s.526 Dural, Öğüz ve Gümüş, s.15; Kurtoğlu, s.120; Zevkliler, s.751.
[8] Dural, Öğüz ve Gümüş, s.15; Hatemi, s.9.
[9] Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku Cilt II Aile Hukuku*, İstanbul, 1965, s.22; Oğuzoğlu, s.15; Berki, *Medeni Hukuk Umumi Esaslar – Şahıs ve Aile Hukuku*, 1961, Ankara, s.113.
[10] Dural, Öğüz ve Gümüş, s.14; Öztan, s.30.
[11] Saymen ve Elbir, *Türk Medeni Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, İstanbul, 1960, s.42-44.
[12] Tekinay, s.8; Feyzioğlu, *Aile Hukuku*, İstanbul, 1986, s.25.

karar olmadığını, karardan bahsedebilmek için birden fazla kimsenin kendilerine oy hakkı veren bir hukuki ilişki içinde, bu oy hakkını kullanmak suretiyle meydana gelen hukuki işlemin mevcut olması gerektiğini belirtmiştir.[13] Halbuki nişanlanmada oy hakkı ve oylama sonucu alınmış bir karar yoktur. Karar, tüzel kişilerin kurul organlarında tüzel kişinin iradesinin veya bir kişi topluluğunda o kişi topluluğunun ortak iradesinin tespiti için gerçekleştirilen bir işlemdir. Gerçek kişilerin psikolojik bir süreç sonucunda verdikleri karar, hukuk terimi olarak karar değil, iç iradenin oluşumu demektir.[14]

3. ŞİDDET

Şiddet, insanlık tarihiyle paralel olan bir olgudur ve yaşamın her alanında, her yaş grubunda ve cinsiyete bağlı olmaksızın uygulanmaktadır.[15] İster ev içinde ve aile bireyleri arasında olsun isterse ev dışında ve aile bireylerinden sayılmayan kimseler arasında olsun, şiddet olgusu, mücadele edilmesi gereken bir olgudur.[16] Eğitimsizlik, işsizlik, yoksulluk, alkol bağımlılığı, kumar gibi pek çok unsur şiddeti doğuran başlıca nedenler arasındadır.

3.1. Şiddetin Tanımı

Türk Dil Kurumu "Karşıt görüşte olanlara kaba kuvvet kullanma, kaba güç, duygu veya davranışta aşırılık" şeklinde birden fazla tanımla yapmıştır.[17] 6284 Sayılı Kanun m.2/1d'de şiddet "*Kişinin, fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik açıdan zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanan veya sonuçlanması muhtemel hareketleri, buna yönelik tehdit ve baskıyı yada özgürlüğün keyfi engellenmesini de içeren, toplumsal, kamusal veya özel alanda meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, sözlü veya ekonomik her türlü tutum ve davranış*" ifadesi ile tanımlanmıştır.

Şiddet tanımı çerçevesinde, bir davranışın Kanun kapsamına dahil edilebilmesi için o davranışın Ceza Kanunları anlamında suç oluşturması gerekli değildir.[18] Kanun ile şiddet olarak tanımlanmış her türlü davranışın Kanunun uygulanmasına imkan vereceğinden şüphe edilmemelidir. Bu bakımdan şiddetin belirli bir önemde olması, şiddete maruz kalan bireyin ciddi zararlar görmesine sebep olması da gerekmez.[19]

[13] Tekinay, s.8.
[14] Hatemi, s.8.
[15] Akbulut, "6284 Sayılı Kanunda Şiddet ve İstanbul Sözleşmesinin TCK Açısından Değerlendirilmesi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S.16, 2014, s.142.
[16] Yağcıoğlu, "6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.19, Özel Sayı, 2017, s.916.
[17] Türk Dil Kurumu Sözlükleri, https://sozluk.gov.tr, Erişim Tarihi: 01.06.2021.
[18] Erdem, "Aile İçi Şiddet ve 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.73, 2007, s.55.
[19] Kaya Kızılırmak, "İstanbul Sözleşmesi'nin Genel İlkeleri Işığında 6284 Sayılı Kanun'un 4. Maddesi Uyarınca Hakim Tarafından Verilebilecek Koruyucu Tedbirler", *Public and Private International Law Bulletin*, C.40, S.2, 2020, s.634.

3.2. Şiddetin Türleri

Hangi fiil, söz veya davranışın şiddet olduğunu anlamak ve şiddetin sonuçlarına göre başvurulabilecek hukuki imkanları belirlemek için şiddetin türlerini bilmekte fayda vardır. Dört temel şiddet türü bulunmaktadır. Bunlar fiziksel şiddet, psikolojik şiddet, cinsel şiddet ve ekonomik şiddettir. Nişanlılıkta şiddetin ortaya çıkış biçimlerinde bu dört tür de mevcuttur.

Fiziksel şiddet; şiddetin en yoğun karşılaşılan türüdür çünkü fiziksel şiddet belirgin ve kalıcı izler bırakır ve dikkat çekicidir. [20] Fiziksel şiddet, uygulamaya bakıldığında daha çok kişiye fiziksel bir zarar verme amacına yönelik olarak vurma, tokat atma, itme, kol bükme, bir kesici aletle yaralama şeklinde gerçekleşir.[21]

Psikolojik şiddet; duyguların, duygusal ihtiyaçların ve sözlerin, şiddet tanımında sayılan amaçlarla, karşı tarafa baskı uygulamak gibi sebeplerle tarafın istismar edilmesi, bir yaptırım ve tehdit aracı olarak kullanılmasıdır.[22] Psikolojik şiddette, şiddet uygulayan tarafından mağdur aşağılanmakta, hakaret görmekte, mağdurla dalga geçilmekte, mağdurun ailesi ve arkadaşlarıyla görüşme hakkı elinden alınmakta, mağdur üzerinde sosyal ve kültürel olarak üstünlük kurmaya çalışılarak şiddet gerçekleştirilmektedir.[23]

Cinsel Şiddet; cinselliğin bir tehdit ve sindirme aracı olarak kullanılmasıdır.[24] Diğer şiddet türlerine göre daha zor konuşulabilen, genellikle gizli kalması tercih edilen bir şiddet türüdür. Bu nedenle, mağdurlar üzerinde yarattığı özellikle cinsel sağlığa ilişkin sorunların yanında, mağdurun psikolojisini ve zihinsel bütünlüğünü ağır biçimde etkiler. Cinsel şiddet mağdurlarının pek çoğunda topluma karışmakta zorluk çekme, kendisine zarar verme ve hatta intihar eğilimi ile karşılaşılmaktadır.[25] Cinsel organlara zarar verme, başkaları ile ilişkiye girmeye zorlama, kürtaja zorlama, cinsel taciz cinsel şiddete örnek olarak verilebilir.

Ekonomik şiddet; diğer şiddet türlerine oranla daha az konuşulmasına rağmen kadınların maruz kaldığı birçok şiddet türünün temelinde yer almaktadır.[26] Bir görüşe göre ekonomik şiddet, aslında sonuçları itibariyle psikolojik şiddetin alt başlıklarından birini oluşturabilecek niteliktedir.[27] Ekonomik şiddete örnek olarak, zorla çalıştırma yada çalışmasına engel olma,

[20] Börü, "Kadına Karşı Şiddette Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Özel Sayı, 2017, s.180.
[21] Uyumaz ve Akdağ, "Türk Özel Hukukunda Şiddet ve Israrlı Takip Kavramı İle Israrlı Takip Mağdurunun Korunması", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 19, S.2, 2015, s.50.
[22] Börü, s.180.
[23] Uyumaz ve Akdağ, s.50.
[24] Börü, s.180.
[25] Özkan, "Kadına Yönelik Şiddet - Aile İçi Şiddet ve Konuya İlişkin Uluslararası Metinler Üzerine Bir İnceleme", Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S.1, 2017, s.544.
[26] Bilican Gökkaya, "Türkiye'de Kadına Yönelik Ekonomik Şiddet", *Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, C.12, S.2, 2011, s.104.
[27] Badur ve Ertem, "Kadına Yönelik Evlilik İçi Şiddetin Hukuki Boyutları Ceza Kanunu, Medeni Kanun Ve Ailenin Korunmasına Dair Kanun Kapsamında Bir İnceleme", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.65, 2006, s.91.

elinden parasını alma, malvarlığını haberi veya izni olmadan kullanma gibi durumlar gösterilebilir.

Şiddetin türlerine ilişkin sadece örnek olarak sayılan bu durumlar uygulamada şiddetin çeşitli görünümleri olmakla birlikte şiddet ortaya çıkmadan, bir başka deyişle uygulanmadan akla gelmeyecek pek çok farklı formda da gerçekleşebileceği beklenen karmaşık bir kavram olarak somutlaşabilmektedir.[28]

4. ŞİDDET MAĞDURUNUN BAŞVURABİLECEĞİ HUKUKİ İMKANLAR

Nişanlılıkta şiddet doğrudan doğruya nişanlıya karşı olabileceği gibi, nişanlının başta ailesi olmak üzere yakınlarına karşı da olabilir. Ayrıca nişanlılıkta şiddet, nişanlılığın oluşmasında ve nişanlılığında devamında olmak üzere iki aşamada da gerçekleşebilmektedir. Burada öncelikle nişanlının başvurabileceği hukuki imkanlara değinip daha sonra yakınların başvurabileceği hukuki imkanlardan bahsedilecektir.

4.1. Nişanlının Başvurabileceği Hukuki İmkanlar

Şiddet, nişanlanmadan önce karşı tarafı nişanlanmaya zorlamak için gerçekleştirilebilir. Bir başka anlatımla, karşı taraf nişanlanmayı istememekte fakat gördüğü şiddet sonucu oluşan korku, kaygı, baskı gibi unsurlar nedeniyle nişanlanmak mecburiyetinde kalmaktadır. Hatta henüz şiddete maruz kalmamış ancak şiddete maruz kalma tehdidi ile karşı karşıya kalıp bunun sonucunda da nişanlanmak zorunda bırakılmış olabilir. Dolayısıyla bu halde şiddet yada şiddet tehdidi nişanlılık öncesi gerçekleşmektedir. Gerek şiddete maruz kaldığı gerekse şiddete maruz kalma tehdidi altında kaldığı için karşı taraf ile nişanlanma yönünde irade açıklamasında bulunulduğunda, irade sakatlanmaktadır. Zira nişanlanma özgür irade ile değil şiddetin yada şiddet tehdidinin yol açtığı korku ile gerçekleşmektedir.

Nişanlanma şiddet yada şiddet tehdidi olmaksızın gerçekleşip fakat daha sonra nişanlılığın devamında şiddet yada şiddet tehdidi söz konusu olabilir.

Her iki halde şiddet veya şiddet tehdidi, bizzat karşı taraftan gelebileceği gibi onun yerine üçüncü bir kişiden de gelebilir ve nişanlanılacak kişiye yada nişanlıya karşı olabileceği gibi onun yakınlarına karşı da olabilir. Her iki halde kendisi veya yakınları şiddete veya şiddet tehdidine maruz kalan taraf TMK ve 6284 Sayılı Kanun hükümlerinden faydalanabilir. Bunların yanında TCK hükümleri doğrultusunda cezai yaptırım uygulanmasını da talep edebilir. Fakat çalışma konusunun kapsamının hukuki yaptırımlar ile sınırlı olması nedeniyle TCK'daki düzenlemelere değinilmeyecektir.

4.1.1. TMK'ya Dayanarak Başvurabileceği Hukuki İmkanlar

Nişanlanma şiddet yada şiddet tehdidi ile gerçekleşmişse veya nişanlıyken şiddet yada şiddet tehdidi ile karşılaşılmışsa, buna maruz kalan taraf TMK hükümleri doğrultusunda nişanlılığı sona

[28] Uyumaz ve Akdağ, s.50.

erdirme, maddi ve manevi tazminat talep etme, hediyelerin geri verilmesini talep etme, kişiliğin korunmasına yönelik olarak önleme, son verme ve tespit davalarını açma hakkına sahiptir.

4.1.1.1. Nişanlılığı sona erdirme

Diğer sözleşmelerde olduğu gibi nişanlanma sözleşmesi yapılırken tarafların irade açıklamalarında sakatlık meydana gelebilir. Bu sakatlığın nedeni zihni kayıt veya latife beyanı şeklindeki Kanunda düzenlenmeyen ve muvazaa, yanılma, aldatma veya korkutma şeklindeki Kanunda düzenlenen irade bozukluğu halleridir. Çalışma konusunun şiddet olmasından dolayı irade bozukluğu hallerinden korkutmaya değinilecek olup diğerlerinden bahsedilmeyecektir.

Şiddet veya şiddet tehdidi kişide korku oluşturması nedeniyle yapacağı hukuki işlemlerde iradeyi sakatlamakta ve hukuki işlem irade bozukluğu hallerinden korkutma ile gerçekleşmektedir. İradesi şiddet yada şiddet tehdidi ile sakatlandığı için nişanlanma yönündeki irade açıklamasını baskı altında, istemeden yapan taraf bu zoraki nişanlılığı sona erdirebilir. TMK'da evlenmedeki irade sakatlığı halleri ve sonuçları m.149-m.152 arasında yanılma, aldatma ve korkutma için ayrı ayrı düzenlenmiş olmasına rağmen nişanlanmadaki irade sakatlığı ile ilgili bu şekilde özel bir düzenleme bulunmamaktadır. İrade sakatlığı halleri ve sonuçları genel olarak TBK m.30-m.39 arasında da yer almaktadır. Bu durumda nişanlılığı sona erdirmek için şiddet veya şiddet tehdidi ile iradesi sakatlanan taraf TBK'daki irade bozukluğuna ilişkin genel hükümlere mi yoksa evlenmedeki irade bozukluğuna ilişkin TMK hükümlerine mi başvurmalıdır?

Doktrindeki genel görüş, nişanlanmadaki irade bozukluğuna TBK'daki genel irade bozukluğu hükümlerinin ve TMK'daki evlenmedeki irade bozukluğu hükümlerinin uygulanamayacağı, şiddet veya şiddet tehdidinin (korkutmanın) haklı sebep olarak kabul edilmek suretiyle TMK m.120'ye dayanarak nişanın bozulmasına ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği yönündedir.[29] Nişanlanmanın kendine özgü nitelikleri gereği ne TMK'nın evlenmedeki irade bozukluğuna ilişkin hükümlerinin ne de TBK'daki irade bozukluğuna ilişkin genel hükümlerin uygulanması uygun olmamaktadır. Zira irade açıklamasının sakatlanması durumunda TMK m.120'ye dayanarak nişanın ileriye dönük olarak bozulması, gerek TBK m.39 uyarınca nişanı geriye dönük olarak baştan itibaren geçersiz kılan iptale gerekse TMK m.151 gereği geçmişe etkili olmayan nisbi butlanla iptale göre taraflar arasındaki hukuki ilişki ile daha çok bağdaşmaktadır.[30] Bir diğer görüş ise, korkutma sonucu nişanın bozulabileceği fakat zararın tazmininin culpa in contrahendo sorumluluğu dolayısıyla olması gerektiğini dile getirmektedir.[31]

Şiddet veya şiddet tehdidi ile korkutularak iradesi sakatlanan ve istemediği halde nişanlanmak zorunda kalan taraf, evlenmedeki irade bozukluğundaki iptalden farklı olarak dava açmaksızın nişanı bozabilir. Yine TBK m.39'daki bir yıllık veya TMK m.152'deki altı ay ve beş yıllık sürelerin nişanın bozulmasında uygulanması nişanlanmanın mahiyetine uygun düşmemesi

[29] Akıntürk ve Ateş, s.39; Dural, Öğüz ve Gümüş, s.23; Öztan, s.53.
[30] Dural, Öğüz ve Gümüş, s.23; Öztan, s.53.
[31] Hatemi, s.16.

dolayısıyla, iradesi korkutularak sakatlanan taraf korkutma sona erdiğinde veya korkutmanın kendisi üzerindeki etkisi ortadan kalktığında makul kabul edilebilecek kısa bir düşünme süresinden hemen sonra nişanı bozma iradesini açıklamalıdır.[32] Şiddet veya şiddet tehdidi ile iradesi sakatlanan taraf en kısa sürede nişanı bozmayıp süreyi uzatır ve ileri bir tarihte nişanı bozarsa hakkın kötüye kullanılmasından söz edilmesi de mümkündür.[33]

Nişanlanma şiddet veya şiddet tehdidi altında gerçekleşmeyip tarafların özgür irade açıklamaları ile olabilir. Fakat daha sonra nişanlılık sürecinde şiddet veya şiddet tehdidi söz konusu olabilir. Bu durumda şiddete veya şiddet tehdidine maruz kalan nişanlı, evlenmekten vazgeçip nişanlılığı sona erdirebilir. Nişanlılık sürecindeki şiddet veya şiddet tehdidinin nişanı bozmada haklı sebep olarak kabul edileceği ve tek taraflı bir irade açıklaması ile nişanlanmadan dönülebileceği açıktır.[34]

4.1.1.2. Tazminat talebi

TMK m.120/1'deki "*Nişanlılardan biri haklı bir sebep olmaksızın nişanı bozduğu veya nişan taraflardan birine yükletilebilen bir sebeple bozulduğu takdirde; kusuru olan taraf, diğerine dürüstlük kuralları çerçevesinde ve evlenme amacıyla yaptığı harcamalar ve katlandığı maddi fedakarlıklar karşılığında uygun bir tazminat vermekle yükümlüdür. Aynı kural nişan giderleri hakkında da uygulanır.*" hükmü uyarınca kendisi yada yakınına yönelik şiddet veya şiddet tehdidi sonucu haklı sebeple nişanı bozan taraf, uğradığı maddi zararları karşı taraftan yani şiddeti veya şiddet tehdidini gerçekleştiren taraftan talep etme hakkına sahiptir. Fakat şiddete veya şiddet tehdidine dayanarak haklı sebeple nişanı bozan tarafın bu madde kapsamında tazminini talep edebileceği zararlar, nişanlanmasaydı uğramamış olacağı maddi zararlardır. Bir başka ifade ile burada müspet değil, menfi zarar talep edilebilmektedir.[35] Dolayısıyla, evlenmenin gerçekleşeceğine güvenerek mobilya satın almak, düğün davetiyesi bastırmak, balayı oteli ücretini ödemek, gelinlik yada damatlık satın almak, oturacakları evi kiralamak için ödenen masraflar evlenme amacıyla yapılan harcamalar kapsamında değerlendirilmektedir. Evleneceği için diğer tarafın istemesi nedeniyle çalıştığı işinden ayrılması yada gelen iş tekliflerini reddetmesi ise katlandığı maddi fedakarlıklar niteliğinde kabul edilebilir.[36] Aynı şekilde; nişan töreni için kiralanan salona ödenen bedel gibi nişan masrafları da bu madde kapsamında maddi tazminat olarak talep edilebilir.

TMK m.120/1 hükmüne dayanarak şiddet veya şiddet tehdidi sonucu nişanı bozan tarafın tazminat talebi hakkının olması, öncelikle masrafların evleneceklerine duyulan güven dolayısıyla yapılmasına bağlıdır. Bu nedenle tazmini istenen masraflar nişanlılık dönemine ait olmalıdır. Nişanlanma öncesi yapılan masraflar bu madde kapsamında istenemez. İkincisi, maddi tazminat

[32] Akıntürk ve Ateş, s.39; Dural, Öğüz ve Gümüş, s.23; Öztan, s.53.
[33] Öztan, s.53.
[34] Özmen, s.536.
[35] Y. 3.HD, E.2015/18045, K.2015/4348, T.17.03.2015, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi:13.06.2021.
[36] Zeytin ve Ergün, s.151; Tekinay, s.43; Akıntürk ve Ateş, s.53.

talebinde evleneceklerine duyulan güven dolayısıyla nişanlılık döneminde yapılan masrafların dürüstlük kuralı çerçevesinde yapılması gerekmektedir. Masrafın dürüstlük kuralına uygun olup olmadığı (aşırı olup olmadığı) yerel adetler, aile gelenekleri, tarafların sosyal seviyeleri gibi unsurlara göre değerlendirildiğinde normal kabul edilebilecek ölçüde değilse tazmini istenemez. Ancak aşırı sayılan masraf tazminat talep edilen yani şiddete veya şiddet tehdidine başvuran tarafça kabul edilmişse bu durumda tazmininin istenebilmesi doğru olacaktır.[37]

Nişanın bozulması nedeniyle uğranılan maddi zararlar dışında, şiddet nedeniyle uğranılan maddi zararlar da bulunabilir. Örneğin; maruz kalınan fiziksel şiddetten dolayı oluşan yaralanmalar, hayati tehlike gibi durumlarda hastane, ilaç, ameliyat, tedavi giderleri gibi masraflar da ortaya çıkabilir. Yine fiziksel şiddetten dolayı ortaya çıkan uzuv kaybı veya geçici yada kalıcı duyu kaybı sonucu meydana gelen geçici yada kalıcı iş görmezlik hali söz konusu olabilir. TMK m.120/1 ile sadece nişanın bozulmasının sonucu olan maddi zararlar istenebilmektedir. Şiddetin vücut bütünlüğe karşı bir saldırı ve buna bağlı olarak kişilik hakkı ihlali olduğu göz önüne alındığında, doğrudan şiddetin yol açtığı maddi zararlar TMK m.25/3'deki "*Davacının, maddi ve manevi tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekaletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır*." hükmü doğrultusunda istenmelidir. Ancak bu zararların tazmininde şiddete maruz kalan tarafa yapılan sigorta ödemesi gibi herhangi bir ödeme varsa bu ödemenin dikkate alınıp duruma göre tazminat miktarından indirilmesi gerekmektedir. Şiddet nedeniyle uğranılan doğrudan zararların tazmini talep edilebileceği gibi, dolaylı zararların tazmini de talep edilebilir. Örneğin; eve kapatılan ve evden çıkmasına izin verilmeyen kimsenin yatıramadığı elektrik faturasını faiziyle ödemesi ve elektrik işletmesi tarafından kesilen elektrik aboneliğini yeniden başlatması için yaptığı masraflar dolaylı zarar olarak kabul edilebilir.[38]

TMK m.25/3'de geçen "hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekaletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı" doğrultusunda uyguladığı şiddet veya şiddet tehdidi dolayısıyla kazanç elde etmiş olan nişanlıdan bu kazancı, şiddete veya şiddet tehdidine maruz kalan nişanlı talep edebilir. Örneğin; tanınmış bir sanatçı olan nişanlısı hakkında diğer tarafın yayınladığı ve nişanlısının mahremiyetini, özel hayatını, ailevi ilişkilerini gözler önüne seren kitaptan elde ettiği kazancı, şiddete maruz kalmış olan nişanlı talep edebilir.[39]

TMK m.121'in "*Nişanın bozulması yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevi tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir*." ifadesi gereği kendisi yada yakınına yönelik şiddet veya şiddet tehdidi sonucu haklı sebeple nişanı bozan taraf, uğradığı manevi zararları da karşı taraftan yani şiddeti veya şiddet tehdidini gerçekleştiren

[37] Dural, Öğüz ve Gümüş, s.36; Akıntürk ve Ateş, s.53; Abik, s.132.
[38] Badur, "Kadının Şiddet Nedeniyle Uğradığı Zararların Tazmini ve Nafaka", *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.3, S.1, 2018, s.15.
[39] Badur, s.15.

taraftan talep etme hakkına sahiptir. Fakat maddi zararda olduğu gibi manevi zararda da ikili bir ayrım ile değerlendirme yapılmalıdır. Nişanın bozulması nedeniyle uğranılan manevi zararlar dışında, şiddet nedeniyle uğranılan manevi zararlar da bulunabilir. Örneğin; kırsal kesimde küçük bir çevrede yaşayan nişanlıların cinsi münasebette bulunduktan sonra erkek nişanlının kadın nişanlıya işkence ve darp etmesi sonucu kadın nişanlı haklı sebeple nişanı bozduğunda adının kötü anılacağı, artık kimsenin onunla evlenmeyeceği kaygılarıyla oluşan psikolojik travmadaki manevi zarar nişanın bozulması yüzünden, uğradığı işkence ve darp nedeniyle oluşan psikolojik travmadaki manevi zarar ise nişanın bozulmasından bağımsız olarak şiddet yüzünden meydana gelmektedir. Farklı iki hukuki sebebe ilişkin hukuki olguların olayda gerçekleşmesi durumunda ayrı ayrı manevi tazminata hükmedilir ancak hükümlerden biri kapsamında verilen manevi tazminat miktarının, diğer manevi tazminat miktarının belirlenmesinde azaltıcı etkisi olmaktadır.[40] Dolayısıyla burada TMK m.121 hükmüne ilaveten TMK m.25/3 hükmüne de başvurulabilir.

4.1.1.3. Hediyelerin iadesi talebi

Şiddet veya şiddet tehdidi nedeniyle nişanın bozulması durumunda maddi ve/veya manevi tazminattan başka, verilen hediyelerin iade edilmesi de talep edilebilir. TMK m.122/1'in "*Nişanlılık evlenme dışındaki bir sebeple sona ererse, nişanlıların birbirlerine veya ana ve babanın yada onlar gibi davrananların, diğer nişanlıya vermiş oldukları alışılmışın dışındaki hediyeler, verenler tarafından geri istenebilir.*" ifadesinden anlaşılacağı üzere, iadesi talep edilebilecek hediyeler alışılmışın dışında olan hediyelerdir. Fakat Kanun hangi hediyelerin alışılmış yada alışılmışın dışında olduğu hakkında herhangi bir düzenleme yapmamış, bunu hakimin takdirine bırakmıştır. Hakim verilen bir hediyenin alışılmış olup olmadığına yerel adetlere, tarafların ekonomik ve sosyal durumlarına bakarak karar verecektir.[41] Alışılmış hediye sayılanların iadesi talep edilemez.

Hediyelerin iadesinde talep hakkı sadece şiddete veya şiddet tehdidine maruz kalan ve anne-baba veya onlar gibi davrananlarda değildir. Tazminat taleplerinde aranan kusur şartı hediyelerin iadesinde aranmadığından, şiddet veya şiddet tehdidini gerçekleştiren taraf da vermiş olduğu alışılmışın dışı sayılan hediyeleri geri isteyebilir. Ayrıca, alışılmışın dışındaki hediyelerin iadesini talep edebilmek için nişanlılığın tek taraflı irade açıklaması olan bozma ile sona ermesi şart değildir. Evlenme hariç olmak üzere, tarafların anlaşması, bozucu şartın gerçekleşmesi, evlenmenin imkansızlaşması, kesin evlenme engelinin ortaya çıkması halleri de nişanlılığı sona erdirdiğinden bu hallerde de verilmiş olan alışılmışın dışındaki hediyelerin iadesi talep edilebilir. Şunu da hatırlatmak gerekir ki, iadesi talep edilen alışılmışın dışındaki hediye nişanlılık dolayısıyla verilmiş olmalıdır. Alışılmışın dışındaki hediye nişanlanma sırasında yada nişanlılık

[40] Antalya, *Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.40.
[41] Abik, s.106.

sürecinde verilmeyip nişanlanma öncesi verilmişse TMK m.122/1 hükmüne dayanarak iadesi talep edilemez.

4.1.1.4. Kişiliğin korunması davaları

Nişanlılığı sona erdirsin yada erdirmesin şiddete yada şiddet tehdidine maruz kalan nişanlı TMK m.25'deki "*(1) Davacı, hakimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir. (2) Davacı bunlarla birlikte, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi yada yayımlanması isteminde de bulunabilir*. " hükmü uyarınca kişiliğinin korunmasına yönelik taleplerde bulunabilir.[42]

Önleme davası; şiddet henüz mevcut olmamakla birlikte birtakım hareket veya belirtilerden çok yakın bir gelecekte gerçekleşmesi çok olası görülen şiddeti önlemek için açılır. Nişanlısından şiddet tehditleri alan kimse, bu dava ile şiddetin gerçekleşmesine engel olunmasını isteyebilir. Fakat önleme davası açabilmek için tehdidin ciddi ve pek yakın bir zamanda gerçekleşecek olması gerekmektedir.[43]

Son verme davası; başlamış ve devam etmekte olan şiddeti durdurmak ve tekrarlanmasına engel olmak için açılır. Önceden gerçekleşmiş olmakla birlikte davanın açılacağı tarihte artık şiddet mevcut değilse bu dava açılamaz. Hatta sona ermiş olan şiddetten çok büyük ölçüde zarar görülmüş olsa dahi bu durum değişmez.[44] Dolayısıyla şiddet gören nişanlı şiddet davranışları devam ettiği müddetçe bu davayı açabilir.

Tespit davası ise; bir fiil veya davranışın kişilik haklarına yönelik bir saldırı olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğinin hakim tarafından belirlenmesi için açılır. TMK m.25/1'de düzenlenmiş olan hukuka aykırılığın tespitine ilişkin bu dava, genel tespit davasının kişilik haklarına saldırı durumu için özel olarak düzenlenmiş halidir.[45] Nişanlısından şiddet gören kimse bu dava ile sadece bunun hukuka aykırılığının ve dolayısıyla kişilik hakkının ihlal edildiğinin tespitini isteyebilir. Bunun dışında şiddeti önleme veya sona erdirme talebinde bulunamaz.[46]

Şiddete veya şiddet tehdidine maruz kalan nişanlı önleme, son verme ve tespit davalarının yanında kararın üçüncü kişilere bildirilmesi veya yayımlanmasını da talep edebilir.

---

[42] Kişilik hakkının ihlalinde hukuka aykırılığın TMK m.25/1'e göre tespit edilmesi kararının manevi tazmin şekillerinden biri olup olmadığının doktrinde tartışmalı olduğunu fakat saldırının hukuka aykırılığının başka bir tazmin şeklinden bağımsız TMK m.25/1'e göre tespit davasının konusu olabileceği yönünde Antalya, s.288.

[43] Dural ve Öğüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s.157; Akıntürk ve Ateş Karaman, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku (Birinci Cilt)*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.397.

[44] Akıntürk ve Ateş Karaman, s.396.

[45] Dural ve Öğüz, s.158.

[46] Zevkliler, Acarbey ve Gökyayla, s.529.

4.1.2. 6284 Sayılı Kanun'a Dayanarak Başvurabileceği Hukuki İmkanlar

6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un amacı m.1/1'de "*Bu Kanunun amacı; şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınların, çocukların, aile bireylerinin ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişilerin korunması ve bu kişilere yönelik şiddetin önlenmesi amacıyla alınacak tedbirlere ilişkin usul ve esasları düzenlemektir*." denilmek suretiyle belirtilmiştir.

Şiddete veya şiddet tehdidine maruz kalan nişanlının 6284 sayılı Kanuna dayanarak talep hakkının olup olmadığına bakıldığında, şiddete veya şiddet tehdidine maruz kalan nişanlının kadın veya erkek olmasına göre ikili bir ayrım yaparak durumu değerlendirmek gerekmektedir. Zira Kanunun amacında bu Kanun kapsamında kadınların, çocukların, aile bireylerinin ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişilerin şiddete karşı korunmak istendiği belirtilmiştir.[47] Dolayısıyla şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınların korunması ve kadınlara yönelik şiddetin önlenmesinin amaçlandığı açık bir şekilde ifade edilmiştir. Bu bağlamda, şiddete veya şiddet tehdidine maruz kalan nişanlı kadın ise 6284 sayılı Kanun doğrultusunda talep hakkına sahiptir. Fakat şiddete veya şiddet tehdidine maruz kalan nişanlı erkek ise ancak maddede geçen "aile bireyleri" kavramına dahil edilebilecekse 6284 sayılı Kanun doğrultusunda talep hakkına sahip olacaktır. Ancak aile bireyleri kavramından ne anlaşılması gerektiği Kanunda açıkça belirtilmemiştir. Aile bireyleri ifadesi ile kimlerin kastedildiğini belirleyebilmek için Kanunun ev içi şiddeti tanımlayan m.2/b'deki "*Şiddet mağduru ve şiddet uygulayanla aynı haneyi paylaşmasa da aile veya hanede yada aile mensubu sayılan diğer kişiler arasında meydana gelen her türlü fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik şiddet*" ifadesinden yola çıkılabilir. Burada ise "aile mensubu sayılan" kavramı ile karşılaşılmaktadır. O halde şiddete veya şiddet tehdidine maruz kalan nişanlı erkek daha doğru bir anlatımla "nişanlılar" aile mensubu kavramına dahil edilebilecekse 6284 sayılı Kanun doğrultusunda talep hakkına sahip olacaktır.

Nişanlı aile mensubu veya aile bireyi sayılır mı sorusuna verilecek cevap şiddete veya şiddet tehdidine maruz kalan erkek nişanlının 6284 sayılı Kanun kapsamında korunup korunamayacağı noktasında belirleyici olacaktır. Doktrinde bir görüş, 6284 sayılı Kanunda geçen aile bireyi ve ev içi şiddet kavramlarının muğlak olması nedeniyle İstanbul Sözleşmesi'nde yapılan ev içi şiddet tanımından faydalanılabileceğini, buna göre failin şiddet mağduruyla aynı ikametgahı şuan veya

[47] "Tek taraflı ısrarlı takip" kavramı, Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna İlişkin Uygulama Yönetmeliği m.3/1-ş'de "Aralarında aile bağı veya ilişki bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, şiddet uygulayanın, şiddet mağduruna yönelik olarak, güvenliğinden endişe edecek şekilde fiziki veya psikolojik açıdan korku ve çaresizlik duygularına sebep olacak biçimde, içeriği ne olursa olsun fiili, sözlü, yazılı olarak yada her türlü iletişim aracını kullanarak ve baskı altında tutacak her türlü tutum ve davranışı ifade eder." şeklinde tanımlanmıştır. Bu hüküm göstermektedir ki, 6284 sayılı Kanun ile düzenlenmiş olan koruma tedbirlerinden; kadın, çocuk ve aile bireylerinin yanı sıra herhangi bir aile bağı veya ilişki olmaksızın bir başkası tarafından ısrarlı takip mağduru olan kişiler de yararlanabilmektedir. Öktem Songu ve Şahin Emir, "6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un Çalışma İlişkilerine Etkisi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.26, S.2, 2020, s.1159; Öztürk, "Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun Getirdiği Bazı Yenilikler Ve Öneriler", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.8 S.1, 2017, s.7.

daha önce paylaşıp paylaşmadığına bakılmaksızın aile içinde veya ev içinde veya eski yada şu anki eş veya partnerler arasında meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik her türlü şiddetin ev içi şiddet olduğunu, bu nedenle aynı evi paylaşsın veya paylaşmasın resmi nikah olmaksızın birliktelik yaşayan partnerler ve bu arada nişanlılar arasında gerçekleşen veya gerçekleşme ihtimali olan şiddet olaylarının da 6284 sayılı Kanun kapsamına gireceğini belirtmektedir.[48] 6284 sayılı Kanun'daki aile içi şiddet kavramı ile asıl korunmak istenenin öncelikle kadınlar yani kadına yönelik şiddet eylemleri olmakla birlikte bu Kanun ile aynı evi paylaşsın paylaşmasın dini nikahlı eşin, nişanlının hatta kız yada erkek arkadaşın korunmasının da amaçlandığını belirten aynı yönde bir diğer görüş de mevcuttur.[49] Benzer şekilde, ne kadına yönelik şiddet ve şiddet tanımında, ne de şiddet mağduru ve şiddet uygulayan tanımında evli (eş) olmak, aile bireyi olmak gibi bir unsura yer verilmediğini aksine gayri resmi evlilikleri, birliktelik/beraberlikleri kapsayacak şekilde tanımlar yapıldığı; hatta şiddet, şiddet mağduru ve şiddet uygulayan tanımlarında kadın, aile bireyi gibi sınırlayıcı ifadeler yerine kişiler denilmek suretiyle farklı cinsiyetten olan insanların da Kanun kapsamına alındığı ifade edilmektedir.[50]

Karşıt görüş ise 6284 sayılı Kanundan önce yürürlükte olan 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'dan yola çıkarak, aynı çatı altında yaşansa dahi fiili beraberliklerin Kanunun koruması dışında bırakıldığını bu nedenle imam nikahıyla birlikte yaşadığı kişiye veya evlilik akdi olmaksızın aynı evde yaşayan kız arkadaşına veya nişanlısına yönelik şiddetin bu Kanun kapsamında korunmadığını dile getirmektedir.[51] Aynı yönde bir diğer karşıt görüş, yasalaşırken ismi de değişen Kadın ve Aile Bireylerinin Şiddetten Korunmasına Dair Kanun Tasarısında, nişanlılık sürecinde gerçekleşen şiddet veya şiddet tehdidi açıkça Kanun kapsamına dahil edilmiş olmasına rağmen yasalaşma sürecinde nişanlılık ibaresinin metinden çıkarıldığını, nişanlıların aile bireyi kapsamında değerlendirilemeyeceğini bu nedenle Kanunda açıkça yer almasa dahi nişanlı erkeğin ancak tek taraflı ısrarlı takip mağduru olması durumunda bu Kanun kapsamında korunacağını ifade etmiştir.[52]

Toplumumuzda nişanlanmaya atfedilen önem göz önüne alındığında, nişanlanma evlilik birliğini kurmanın, aile olmanın ilk basamağıdır. TMK'nın aile hukuku kitabının evlenme hükümleri ile değil nişanlanma hükümleri ile başlaması da bunu destekler niteliktedir. Dolayısıyla nişanlılar aileden bir birey olarak kabul edilir. Ayrıca, 6284 sayılı Kanun m.1'de tek taraflı ısrarlı takip

[48] Ercoşkun Şenol, "Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Üzerine Bir İnceleme", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S.13, 2019, s.433.
[49] Börü, s.179.
[50] Uğur, "Kadın ve Aile Bireylerine Yönelik Şiddete Karşı 6284 Sayılı Kanunun Getirdikleri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.101, 2012, s.347.
[51] Tığlı, "Ailenin Korunmasına Dair Kanunda Yer Alan Tedbirler Ve Bunların Uygulanması", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C.1, S.5, 2011, s.492.
[52] Özbilen ve Soygüt Arslan, "6284 Sayılı "Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun"un Değerlendirilmesi", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S.22, 2012, s.371; tek taraflı ısrarlı takip mağdurunun erkek de olabileceği, dolayısıyla nişanlı erkeğin de bu bakımdan Kanun kapsamında olabileceği yönünde Yağcıoğlu, s.928.

mağduru olan kişilerin korunması ve bu kişilere yönelik şiddetin önlenmesinden bahsederken kadın erkek fark etmeksizin, nişanlılık ilişkisi mevcut olmasa dahi hatta aralarında duygusal, sosyal ve benzeri hiçbir bağ bulunmasa dahi tek taraflı ısrarlı takip mağdurunu korumaktadır. O halde Kanunun nişanlı olanı şiddet veya şiddet tehdidinden evleviyetle koruyor olması gerekir. Hatta TBK m.53'de destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilecek olan kimseler belirtilirken -bilinçli bir şekilde- yasal mirasçılar, aile gibi kavramların kullanılmayıp "ölenin desteğinden yoksun kalan kişiler" ifadesi kullanılmak suretiyle çok geniş bir çerçeve çizilerek nişanlıların da madde kapsamına dahil edilmiş olması gibi belirtilen tüm bu hususlar dikkate alındığında nişanlıların 6284 sayılı Kanun kapsamında aile mensubu gibi kabul edilmesi yerinde olacaktır. Dolayısıyla şiddete veya şiddet tehdidine maruz kalan nişanlı erkek de bu Kanun kapsamında talepte bulunabilmelidir.

Şiddete veya şiddet tehdidine maruz kalan nişanlı 6284 sayılı Kanun'a dayanarak mahkemeden koruyucu ve önleyici tedbir kararları alınmasını talep edebilir.

4.1.2.1. Koruyucu tedbirler

Şiddete veya şiddet tehdidine maruz kalan kişinin temel ihtiyacı, şiddet uygulayanın kontrolünden uzaklaşmak olduğu için koruyucu tedbirler önem taşımaktadır. Koruyucu tedbirlerle şiddet mağdurlarını koruma amaçlanmakta, tedbir kararı acil durumlarda ve sınırlı süreyle verilmektedir.[53] Koruyucu tedbirlere hakim veya mülki amir karar verir. Fakat gecikmesinde sakınca olan durumlarda kolluk amiri de barınma yeri sağlama ve hayati tehlike durumunda koruma altına alma kararları verebilir. Hakim dışında mülki amire de koruyucu tedbir kararı alma yetkisinin verilmesindeki amaç, şiddet mağdurunun en kısa zamanda ve ulaşabileceği en kolay yolla destek almasını sağlamaktır.

6284 sayılı Kanun m.3/1'deki "*Bu Kanun kapsamında korunan kişilerle ilgili olarak aşağıdaki tedbirlerden birine, birkaçına veya uygun görülecek benzer tedbirlere mülki amir tarafından karar verilebilir: a) Kendisine ve gerekiyorsa beraberindeki çocuklara, bulunduğu yerde veya başka bir yerde uygun barınma yeri sağlanması. b) Diğer kanunlar kapsamında yapılacak yardımlar saklı kalmak üzere, geçici maddi yardım yapılması. c) Psikolojik, mesleki, hukukî ve sosyal bakımdan rehberlik ve danışmanlık hizmeti verilmesi. ç) Hayati tehlikesinin bulunması halinde, ilgilinin talebi üzerine veya resen geçici koruma altına alınması. d) Gerekli olması halinde, korunan kişinin çocukları varsa çalışma yaşamına katılımını desteklemek üzere dört ay, kişinin çalışması halinde ise iki aylık süre ile sınırlı olmak kaydıyla, on altı yaşından büyükler için her yıl belirlenen aylık net asgari ücret tutarının yarısını geçmemek ve belgelendirilmek kaydıyla Bakanlık bütçesinin ilgili tertibinden karşılanmak suretiyle kreş imkanının sağlanması.*" hükmü doğrultusunda mülki amir, şiddete veya şiddet tehdidine maruz kalan nişanlıya barınma yeri sağlanmasına; maddi yardımda bulunulmasına; psikolojik, hukuki, mesleki ve sosyal rehberlik ve danışmanlık hizmeti verilmesine, hayati tehlike varsa koruma altına alınmasına,

[53] Öztürk, s.8.

halihazırda çocukları varsa kreş imkanı sağlanmasına karar verebilmektedir. Kanun ile öngörülen bu tedbirler tahdidi değildir. Dolayısıyla mülki amir somut olayın özelliklerine göre Kanunun amacı çerçevesinde Kanunda düzenlememiş olan benzer başka tedbirlere de karar verme yetkisine sahiptir.[54]

6284 sayılı Kanun m.4'te "*Bu Kanun kapsamında korunan kişilerle ilgili olarak aşağıdaki koruyucu tedbirlerden birine, birkaçına veya uygun görülecek benzer tedbirlere hakim tarafından karar verilebilir: a) İşyerinin değiştirilmesi. b) Kişinin evli olması halinde müşterek yerleşim yerinden ayrı yerleşim yeri belirlenmesi. c) 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunundaki şartların varlığı halinde ve korunan kişinin talebi üzerine tapu kütüğüne aile konutu şerhi konulması. ç) Korunan kişi bakımından hayati tehlikenin bulunması ve bu tehlikenin önlenmesi için diğer tedbirlerin yeterli olmayacağının anlaşılması halinde ve ilgilinin aydınlatılmış rızasına dayalı olarak 27/12/2007 tarihli ve 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu hükümlerine göre kimlik ve ilgili diğer bilgi ve belgelerinin değiştirilmesi*." şeklindeki düzenleme ile hakimin alabileceği koruyucu tedbir kararları tahdidi olmaksızın belirtilmiştir. Hakim tarafından verilebilecek koruyucu tedbirlerin ortak yönü; mağdurun talebi yada onayı alınarak Bakanlık, kolluk görevlileri veya Cumhuriyet savcısının başvurusu üzerine verilebilmesidir.[55] Şiddete uğramış veya uğrama tehlikesi olan kimse hakkında koruyucu tedbir kararı verilmesi için önleyici tedbir kararındakinin aksine bir delil araştırması gerekli değildir.[56]

Bu hüküm kapsamında şiddete yada şiddet tehdidine maruz kalan nişanlı, işyerinin değiştirilmesini yada kimlik ve ilgili diğer bilgi ve belgelerinin değiştirilmesini talep edebilir. Hatta bir operasyon ile yüzünün ve/veya fiziksel yapısının değiştirilmesini de talep edebilir. Zira hakimin alacağı koruyucu tedbirler maddede belirtilmiş olanlarla sınırlı değildir, hakim uygun gördüğü benzer başka koruyucu tedbirleri de alabilir. Maddede geçen diğer tedbirler evli olanlar hakkında alınacağından şiddet mağduru nişanlının bu tedbirlere başvurması söz konusu değildir. İş yeri değişikliği aynı şehirde olmak üzere yapılabileceği gibi şehir değiştirmek suretiyle de yapılabilir. Kimlik, bilgi ve belge değişikliğinde ise şiddet mağduru nişanlının hayatının tehlikede olması ve diğer hiçbir tedbirin bu tehlikeyi önleyemeyecek olması gerekmektedir. Ayrıca kimlik, bilgi ve belgeleri değiştirilecek olan şiddet mağduru nişanlının aydınlatılmış rızasının alınması da şarttır. Tedbir kararı ile korunan nişanlı ve diğer aile bireylerinin kimlik bilgilerini veya kimliğini ortaya çıkarabilecek bilgiler ve adresleri ile korumanın etkinliği bakımından önem taşıyan diğer bilgileri tedbir kararı ile birlikte talep üzerine veya resen tüm resmi kayıtlarda gizli tutulmalı, yapılacak tebligatlara ilişkin ayrı bir adres tespit edilmelidir.[57]

[54] Kaya Kızılırmak, "6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'da Öngörülen Mülki Amir Tarafından Verilecek Koruyucu Tedbirler", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C.78, S.3, 2020, s.1147.
[55] Öztürk, s.12.
[56] Ceylan, "Türk Hukukunda Aile İçi Şiddet ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesiyle İlgili Yeni Düzenlemeler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.109, 2013, s.36.
[57] Uğur, s.351.

4.1.2.2. Önleyici tedbirler

Koruyucu tedbir kararları şiddet mağdurlarını korumaya yönelik iken, önleyici tedbir kararları henüz şiddet gerçekleşmeden önlemeye veya gerçekleşmişse şiddetin tekrarlanmasını önlemeye yöneliktir. 6284 sayılı Kanun m.5/1'in "*Şiddet uygulayanlarla ilgili olarak aşağıdaki önleyici tedbirlerden birine, birkaçına veya uygun görülecek benzer tedbirlere hakim tarafından karar verilebilir: a) Şiddet mağduruna yönelik olarak şiddet tehdidi, hakaret, aşağılama veya küçük düşürmeyi içeren söz ve davranışlarda bulunmaması. b) Müşterek konuttan veya bulunduğu yerden derhal uzaklaştırılması ve müşterek konutun korunan kişiye tahsis edilmesi. c) Korunan kişilere, bu kişilerin bulundukları konuta, okula ve işyerine yaklaşmaması. ç) Çocuklarla ilgili daha önce verilmiş bir kişisel ilişki kurma kararı varsa, kişisel ilişkinin refakatçi eşliğinde yapılması, kişisel ilişkinin sınırlanması yada tümüyle kaldırılması. d) Gerekli görülmesi halinde korunan kişinin, şiddete uğramamış olsa bile yakınlarına, tanıklarına ve kişisel ilişki kurulmasına ilişkin haller saklı kalmak üzere çocuklarına yaklaşmaması. e) Korunan kişinin şahsi eşyalarına ve ev eşyalarına zarar vermemesi. f) Korunan kişiyi iletişim araçlarıyla veya sair surette rahatsız etmemesi. g) Bulundurulması veya taşınmasına kanunen izin verilen silahları kolluğa teslim etmesi. ğ) Silah taşıması zorunlu olan bir kamu görevi ifa etse bile bu görevi nedeniyle zimmetinde bulunan silahı kurumuna teslim etmesi. h) Korunan kişilerin bulundukları yerlerde alkol yada uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmaması yada bu maddelerin etkisinde iken korunan kişilere ve bunların bulundukları yerlere yaklaşmaması, bağımlılığının olması halinde, hastaneye yatmak dahil, muayene ve tedavisinin sağlanması. ı) Bir sağlık kuruluşuna muayene veya tedavi için başvurması ve tedavisinin sağlanması*." ifadesinde önleyici tedbirlerin neler olduğu koruyucu tedbirlerde olduğu gibi tahdidi olmaksızın sayılmıştır. Önleyici tedbir kararları kural olarak hakim tarafından alınır. Fakat gecikmesinde sakınca bulunan hallerde birinci fıkranın (a), (b), (c) ve (d) bentlerinde yer alan tedbirler, ilgili kolluk amirlerince de alınabilir.

Önleyici tedbir kararı verilebilmesi için kesin delil aranmasa da en azından şiddet mağduru nişanlıya yönelik m.2'de şiddet olarak tanımlanan tutum ve davranışlarda bulunulduğunu veya böyle bir tehlikenin varlığını gösteren yeterli emare bulunmalıdır. Zira bir fiilin veya tehlikenin önlenmesi için onun mevcudiyeti söz konusu olmalıdır.[58] Koruyucu tedbir kararlarının korunan kişi üzerinden uygulanan kararlar olması fakat önleyici tedbir kararlarının şiddet veya şiddet tehdidini gerçekleştiren kişi üzerinden uygulanan kararlar olması nedeniyle önleyici tedbir kararları kural olarak sadece hakim tarafından alınabilir.[59]

[58] Uğur, s.352; Karşı görüş, koruyucu kararlar için delil aranmayacağı açıkça düzenlenmişken, önleyici kararlar için düzenlenmemiş olması, delil aranacağı şeklinde yorumlanmaktadır fakat her olay kendi içinde değerlendirilmeli ve somut olaya göre delil olmasa da, önleyici tedbire karar verilmelidir. Kırbaş Canikoğlu, "Kadınlara Yönelik Şiddetin ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesine Dair Ulusal ve Uluslararası Mevzuat (İstanbul Sözleşmesi ve 6284 Sayılı Kanun)", *Ankara Barosu Dergisi*, S.3, 2015, s.373.

[59] Karabağ Bulut, "6284 Sayılı Kanun'a Göre Şiddet Uygulayana Yönelik Muayene ve Tedavi Tedbirinin Şartları ve Hukuki Sonuçları", *Public and Private International Law Bulletin*, C.40, S.2, 2020, s.976; Kaya Kızılırmak, s.1145; Kırbaş Canikoğlu, s.372.

4.2. Yakınların Başvurabileceği Hukuki İmkanlar

Nişanlılıkta şiddet veya şiddet tehdidi ile nişanlı taraf karşı karşıya kalabileceği gibi nişanlı taraf ile birlikte yada nişanlı taraf olmaksızın sadece nişanlı tarafın yakınları da karşı karşıya kalabilir. Yakın kavramı aile kavramından daha geniş bir çerçeveye sahiptir. Samimi olunan arkadaşlar, aile dostları gibi aile bireyi veya hısım olmayıp duygusal olarak yakın olunan ve sevgi hissedilen kimseler yakın kavramı içinde değerlendirilebilir.

Şiddete veya şiddet tehdidine nişanlının yakını ister doğrudan kendisi maruz kalsın isterse yakını olan nişanlı maruz kalsın nişanlılığı sona erdirme hukuki imkanına sahip değildir. Zira bunu ancak nişanlanma sözleşmesinin tarafı olan nişanlılar yapabilir. Sadece nişanlı tarafa ait olan ve dolayısıyla yakınların başvuramayacağı bir diğer hukuki imkan TMK m.121'deki manevi tazminat talep etme hakkıdır. Madde metninden de açıkça anlaşılacağı üzere; anne, baba veya onlar gibi davranan yakınların dahi bu hükme dayanarak manevi tazminat istemesi mümkün değildir.

TMK m.120/2'deki "*Tazminat istemeye hakkı olan tarafın ana ve babası veya onlar gibi davranan kimseler de, aynı koşullar altında yaptıkları harcamalar için uygun bir tazminat isteyebilirler*." hükmü uyarınca şiddet veya şiddet tehdidi sonucu nişanlının haklı sebeple nişanı bozması durumunda, nişanı bozan nişanlının anne, baba veya onlar gibi davranan yakınları birinci fıkradaki şartlar dahilinde yani nişanlıların evlenecek olmaları dolayısıyla yaptıkları harcamaların, katlandıkları maddi fedakarlıkların ve nişan giderlerinin tazminini talep edebilirler. Burada nişanın bozulmasına yol açan şiddetin, tazminat talebinde bulunan anne, baba veya onlar gibi davranan yakınlara yöneltilmiş olması şart değildir. Onlara da yöneltilse nişanlıya da yöneltilse fark etmeksizin maddi tazminat talep edebilirler. Önemli olan nişanın haklı sebeple bozulmuş olmasıdır. Fakat nişanın bozulmasına yol açan haklı sebep şiddet olabileceği gibi başka bir sebep de olabilir. Nişanlı, şiddet veya şiddet tehdidiyle karşılaşmasına rağmen nişanı bozmamışsa, anne, baba ve onlar gibi davranan yakınların bu hüküm kapsamında maddi tazminat istemesi mümkün değildir. Uğranılan maddi zarar nişanlıların evlenecek olmaları nedeniyle yapılan masraflardan doğmamışsa bu hüküm kapsamında maddi tazminat istemek yine söz konusu değildir.

Şiddete veya şiddet tehdidine nişanlının yakını doğrudan kendisi maruz kalırsa, şiddet sonucu kendisinin uğradığı maddi ve/veya manevi zararların tazminini TMK m.25/3 hükmü uyarınca talep edebilir. Ayrıca TMK m.25/1-2 hükümlerine dayanarak şiddet devam ediyorsa şiddete son verilmesini, henüz gerçeklememiş fakat gerçekleşme tehlikesi varsa şiddetin önlenmesini ve tespitini de talep edebilir. Yakınların TMK m.25'e dayanarak talepte bulunabilmesi için anne, baba veya onlar gibi davranan yakınlardan olması da gerekmemektedir. Şiddete veya şiddet tehdidine maruz kalan kimse, nişanlının arkadaşı gibi herhangi bir hısımlık bağı olmayan kimse de olabilir.

6284 sayılı Kanun'a dayanarak nişanlının başvurabileceği hukuki imkanlar başlığında değinildiği üzere; kadınlar, aile bireyleri, aile mensubu sayılanlar, ısrarlı takip mağdurları, çocuklar bu Kanun kapsamında talepte bulunabilmektedir. Dolayısıyla şiddet mağduru olan yakın bu sayılanlar arasında olan bir kimse ise 6284 sayılı Kanun'a dayanarak koruyucu ve önleyici tedbirlerden kendi durumuna uygun düşen tedbirin yada tedbirlerin alınmasını talep edebilir.

TMK m.122/1 hükmüne dayanarak yakınların verdikleri hediyelerin iadesini isteyebilmesi için nişanlılığın evlilik dışındaki bir nedenle sona ermesi gerekmektedir. Ayrıca, istenebilecek olan hediyeler nişan dolayısıyla verilen alışılmışın dışındaki hediyelerdir. Yakınların hepsi değil anne, baba ve onlar gibi davranan yakınların bu madde kapsamında talep hakları bulunmaktadır. Nişanın bozulması nedeniyle istenebilecek maddi tazminattan farklı olarak, tazminat istemeye hakkı olan tarafın (şiddet mağduru nişanlı yada yakınlarının) yanında şiddeti veya şiddet tehdidini gerçekleştiren tarafın anne, baba veya onlar gibi davranan yakınları da nişan dolayısıyla vermiş oldukları alışılmışın dışındaki hediyelerin iadesini isteyebilirler. Hatta bu yakınlar şiddeti kendileri gerçekleştirmiş olsa dahi bu madde kapsamında talep hakları bulunmaktadır.

Yakınların başvurabileceği hukuki imkanlar başta bahsedilmiş olan istisnalar dışında, nişanlının başvurabileceği hukuki imkanlarla ortak olduğundan ve bunlara detaylı olarak değinildiğinden burada tekrardan kaçınılarak o kısıma gönderme yapmakla yetinilecektir.

5. SONUÇ

Nişanlanmaya zorlamak amacıyla nişanlılık öncesinde veya nişanlanma rıza ile olmasına rağmen nişanlanma sonrası nişanlılık sürecinde (çoğunlukla kadın nişanlı olmak üzere) nişanlı kimse diğer nişanlıdan fiziksel, psikolojik, cinsel, ekonomik şiddet görebilmektedir. Hatta nişanlı yakınları dahi bu nişanlı şiddetine maruz kalabilmektedir. Bu durumda TMK ve 6284 sayılı Kanun hükümlerine dayanarak mağdur olan nişanlı ve/veya yakınları çeşitli taleplerde bulunabilirler.

Şiddet mağduru nişanlı ve/veya yakını TMK m.120'deki maddi tazminat, m.121'deki manevi tazminat, m.122'deki hediyelerin iadesi, m.25'deki maddi-manevi tazminat, önleme, son verme, tespit ve vekaletsiz iş görmeye dayanan taleplerde bulunabilir. Ancak yakınlar m.121 uyarınca manevi tazminat talep edemez. TMK m.120 ve m.122 uyarınca talepte bulunabilmek içinse nişanlının annesi, babası veya onlar gibi davranan kimseler arasında bulunmak gerekmektedir.

6284 sayılı Kanun kapsamında korunmak isteyen nişanlı veya yakını kadın ise, Kanunun amacını açıklayan maddede açıkça belirtilmesi dolayısıyla tereddütsüz bir şekilde Kanundan faydalanabilecek ve gerek koruyucu gerek önleyici tedbirler alınmasını talep edebilecektir. Fakat, toplumdaki şiddet olaylarına bakıldığında kadınlara oranlara çok seyrek olarak şiddete uğrasa dahi nişanlı erkeğin bu Kanundan faydalanabileceğini net bir şekilde söylemek güçtür. Nişanlı erkek ısrarlı takip mağduru ise Kanunun amacını açıklayan maddede açıkça belirtilmesi dolayısıyla kadınlarda olduğu gibi tereddütsüz bir şekilde Kanundan faydalanabilecektir. Böyle bir durumun söz konusu olmaması ama örneğin fiziksel şiddet görmesi durumunda ise Kanun

kapsamında korunamayacağı söylenebilir. Bu bağlamda bakıldığında, şiddet gören nişanlı erkeğin 6284 sayılı Kanun kapsamında koruyucu ve önleyici tedbirler alınmasını talep edebilmesi için geriye tek bir seçenek kalmaktadır: Kanunun koruma kapsamında bulunan aile bireyi olmak. Aile bireyi kavramına kimlerin dahil olduğunu anlayabilmek için Kanunda geçen ev içi şiddet tanımına bakıldığında tam bir açıklık bulunmadığı görülmektedir. Dolayısıyla nişanlısından şiddet gören (Kanun kapsamında şiddet tehdidi de şiddet olarak kabul edilmektedir) kimsenin 6284 sayılı Kanun kapsamında talepte bulunabileceği hususu da belirsizdir.

6284 sayılı Kanunda, Kanunun amacını belirten maddeye aile bireyleri ve nişanlılar şeklinde bir ifadenin eklenmesi belirsizliği sona erdirecektir. Belirsizliğin giderilmesi için bir başka çözüm ise ev içi şiddeti tanımlayan maddede aile mensubu sayılan ifadesini açıklığa kavuşturmaktır. Nişanlıların da aile mensubu yada aile bireyi olarak sayıldığı bir düzenleme yapılması hem geniş anlamda aileyi koruyan Kanunun koruma kapsamının daralmamasını sağlayacak hem de amacı ile örtüşecektir.

KAYNAKÇA

Abik, Y. (2005). Nişanlanma ve Nişanlılık. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 54/2, 65-152.

Akbulut, B. (2014). 6284 Sayılı Kanunda Şiddet ve İstanbul Sözleşmesinin TCK Açısından Değerlendirilmesi. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 16, 141-177.

Akıntürk, T. ve Ateş Karaman, D. (2013) Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku (Birinci Cilt). İstanbul: Beta Yayıncılık.

Akıntürk, T. ve Ateş, D. (2019). Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku (İkinci Cilt). İstanbul: Beta Yayıncılık.

Antalya, O. G. (2017). Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması. İstanbul: Legal Yayıncılık.

Arsebük, E. (1940). Medeni Hukuku Cilt II Aile Hukuku. Ankara.

Badur, E. ve Ertem, B. (2006). Kadına Yönelik Evlilik İçi Şiddetin Hukuki Boyutları Ceza Kanunu, Medeni Kanun Ve Ailenin Korunmasına Dair Kanun Kapsamında Bir İnceleme. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 65, 89-118.

Badur, E. (2018). Kadının Şiddet Nedeniyle Uğradığı Zararların Tazmini ve Nafaka. Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3/1, 11-28.

Berki, Ş. (1961). Medeni Hukuk Umumi Esaslar – Şahıs ve Aile Hukuku. Ankara.

Bilican Gökkaya, V. (2011). Türkiye'de Kadına Yönelik Ekonomik Şiddet. Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, 12/2, 101-112.

Börü, L. (2017). Kadına Karşı Şiddette Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Özel Sayı, 173-198.

Ceylan, E. (2013). Türk Hukukunda Aile İçi Şiddet ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesiyle İlgili Yeni Düzenlemeler. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 109. 13-54.

Dural, M. ve Öğüz, T. (2019). Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi.

Dural, M., Öğüz, T. ve Gümüş, M. A. (2019). Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi.

Ercoşkun Şenol, H. K. (2019). Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Üzerine Bir İnceleme. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 13, 423-459.

Erdem, M. (2007). Aile İçi Şiddet ve 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 73, 46-77.

Feyzioğlu, F. N. (1986). Aile Hukuku. İstanbul.

Hatemi, H. (2020). Aile Hukuku. İstanbul: Onikilevha Yayıncılık.

Karabağ Bulut, N. (2020). 6284 Sayılı Kanun'a Göre Şiddet Uygulayana Yönelik Muayene ve Tedavi Tedbirinin Şartları ve Hukuki Sonuçları. Public and Private International Law Bulletin, 40/2, 965-1022.

Kaya Kızılırmak, C. (2020). 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'da Öngörülen Mülki Amir Tarafından Verilecek Koruyucu Tedbirler, İstanbul Hukuk Mecmuası, 78/3, 1139-1168.

Kaya Kızılırmak, C. (2020). İstanbul Sözleşmesi'nin Genel İlkeleri Işığında 6284 Sayılı Kanun'un 4. Maddesi Uyarınca Hakim Tarafından Verilebilecek Koruyucu Tedbirler. Public and Private International Law Bulletin, 40/2, 625-655.

Kayıhan, Ş. ve Ünlütepe, M. (2016). Medeni Hukuk Bilgisi. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Kırbaş Canikoğlu, S. (2015). Kadınlara Yönelik Şiddetin ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesine Dair Ulusal ve Uluslararası Mevzuat (İstanbul Sözleşmesi ve 6284 Sayılı Kanun). Ankara Barosu Dergisi, 3, 355-378.

Kurtoğlu, S. (1976). Türk Medeni Hukuk Dersleri. İstanbul: Filiz Kitabevi.

Oğuzoğlu, H. C. (1956). Medeni Hukuk II Aile Hukuku. Ankara: Akıncı Matbaası.

Öktem Songu, S. ve Şahin Emir, A. (2020). 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un Çalışma İlişkilerine Etkisi. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 26/2, 1157-1178.

Özbilen, A. B. ve Soygüt Arslan, M. B. (2012). 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun"un Değerlendirilmesi. İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 22, 365-387.

Özkan, G. (2017). Kadına Yönelik Şiddet - Aile İçi Şiddet ve Konuya İlişkin Uluslararası Metinler Üzerine Bir İnceleme. Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7/1. 533-564.

Özmen, E. S. (1995). Nişanın Bozulmasında Cayma Akçası ve Cezai Şart (M.K 83. Madde Değişikliği). Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 4, 520-577.

Öztan, B. (2015). Aile Hukuku. Ankara: Turhan Kitabevi.

Öztürk, N. (2017). Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun Getirdiği Bazı Yenilikler Ve Öneriler. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8/1, 1-32.

Saymen, F. H. ve Elbir, H. K. (1960). Türk Medeni Hukuku Cilt III Aile Hukuku. İstanbul,

Tekinay, S. S. (1990). Türk Aile Hukuku. İstanbul: Beta Yayıncılık.

Tığlı, H. (2011). Ailenin Korunmasına Dair Kanunda Yer Alan Tedbirler Ve Bunların Uygulanması. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 1/5, 487-538.

Türk Dil Kurumu Sözlükleri. (2021). https://sozluk.gov.tr adresinden erişildi (ET: 01.06.2021).

Uğur, H. (2012). Kadın ve Aile Bireylerine Yönelik Şiddete Karşı 6284 Sayılı Kanunun Getirdikleri. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 101, 333-366.

Uyumaz, A. ve Akdağ, İ. (2015). Türk Özel Hukukunda Şiddet ve Israrlı Takip Kavramı İle Israrlı Takip Mağdurunun Korunması. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 19/.2, 45-94.

Velidedeoğlu, H. V. (1965). Türk Medeni Hukuku Cilt II Aile Hukuku. İstanbul.

Y. 3.HD, E.2015/18045, K.2015/4348, T.17.03.2015, www.kazanci.com.tr adresinden erişildi (ET: 13.06.2021).

Yağcıoğlu, A. H. (2017). 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 19/Özel Sayı, 913-966.

Zevkliler, A., Acarbey, M. B. ve Gökyayla, K. E. (1999). Medeni Hukuk. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Zeytin, Z. ve Ergün, Ö. (2013). Türk Medeni Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

SÖZLEŞMENIN KURULMASINDA ROBOTLAR?

Dr. Öğr. Üyesi Cannur Ercan
Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID NO: 0000-0002-1870-0510

Öz

Önümüzdeki yıllarda günlük hayatımızda önemli roller üstlenmeye aday servis robotları; kişisel asistan, mutfak asistanı, akıllı buzdolabı gibi rollerde çoktan adını duyurmaya başlamıştır. Hatta bunlardan bazıları (Amazon'un kişisel asistanı Alexa gibi) bir süredir satışa sunulmaktadır. Alexa gibi kişisel asistanlar, Mykie gibi mutfak asistanları veya geleceğin akıllı buzdolapları, kişisel ihtiyaçları veya mutfaktaki eksikleri kullanıcısı adına internet üzerinden sipariş verebilecek kabiliyete sahip olarak tasarlanmaktadır. Söz konusu gelişmeler, robotlar tarafından kurulan(?) sözleşmelerin hukuki akıbeti noktasında merak uyandırmaktadır. İnceleme konumuz bakımından pozitif hukukun bahsi geçen güncel gelişmelere ne oranda yanıt verdiği belirlenerek, eksikliklere dikkat çekilmesi amaçlanmaktadır. Bu amaçla öncelikle robotların sözleşmenin kurulmasına yönelik faaliyetleri, arka plandaki bir kişinin iradesine dayandırılıp dayandırılamamasına göre değerlendirilecektir. Bu doğrultuda öncelikle irade beyanı kavramı ve unsurları; ardından robot tarafından kurulan(?) sözleşmede iradi temsilin varlığı veya robotun haberci (ulak) olarak nitelendirilebilmesi olasılıkları tartışılacaktır. Mevcut yasal düzenleme açısından robotların kuracağı sözleşmeler geçerli bir hukuki zemine dayandırılamayacaksa çözümün nerede aranması gerektiği tespit edilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: İrade beyanı, robotlarda irade, sözleşmenin kurulması, temsil, haberci

ROBOTS IN CONTRACT ESTABLISHMENT?

Abstract

Service robots, which are candidates to play important roles in our daily lives in the coming years; they are already started to make a name for himself in roles such as personal assistant, kitchen assistant, smart refrigerator. Some of them (like Amazon's personal assistant Alexa) have even been on sale for a while. Personal assistants such as Alexa, kitchen assistants such as Mykie or smart refrigerators of the future are designed with the ability to order over the internet on behalf of the user for personal needs or deficiencies in the kitchen. These developments arouse curiosity about the legal validity of contracts established by robots. In terms of our subject, it is aimed to draw attention to the deficiencies by determining how much in applicable law responds to the current developments. For this purpose, first, the activities of the robots for the establishment of the contract will be evaluated according to whether it can be based on the will of a person in the background. In this direction, first, the concept and elements of declaration of will; and then, the existence of voluntary representation in the contract established by

the robot or the possibilities of qualifying the robot as a messenger will be discussed. If the contracts to be established by robots cannot be legally valid in terms of the current legal regulation, it will be tried to determine where the solution should be sought.
Keywords: Declaration of will, will of robots, establishment of contract, representation, messenger

Giriş

Teknolojik gelişmeler, robotlarca internet üzerinden alışveriş yapılabilmesini olanaklı hale getirmiştir. Yukarıda örnek olarak sayılan robot türleri bunlardan bazılarıdır. Bu gelişmeler, hukuki bakımdan dikkat uyandırmakta, özellikle bunların neden olabileceği hukuki meseleler öncesinde konuya ilişkin değerlendirmeler yapılmasını kaçınılmaz kılmaktadır. İnceleme konumuz bakımından robotların rolü, sözleşmenin kurulmasına yönelik (somut olayda karşımıza öneri veya kabul olarak çıkabilecek) irade beyanı açısından hukuki tespitler yapılarak ortaya konulmaya çalışılacaktır. Alexa, Mykie, HP'nin yazıcısı (Instant INK) vb gibi robotlarca yapılabilecek sözleşmeler, bunların sahip olduğu sistemin otomatik veya otonom olması ayrımlarıyla ele alınarak, hukuki bakımdan iki farklı sonuçla değerlendirilebilecektir.

1. Sözleşmenin Kurulması

Sözleşmeler, kural olarak iki taraflı ve tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulan hukuki işlemlerdir (BK m. 1/I).[1] Çalışmamızda ele alınacak temel mesele, sözleşmenin kurulması sırasında taraflardan biri (veya ikisini de) bir robotun/yapay zekâ donanımlı bir cihazın oluşturduğu durumlarda hukuki bakımdan ne gibi sorunlarla karşılaşılacağı, çözüm olarak nasıl bir yol izlenmesi gerektiğinin belirlenmeye çalışılmasıdır. Kanun ifadesiyle "…karşılıklı ve birbirine uygun olarak… (BK m. 1/I)" kurulabilen sözleşmelerde ele alınması gereken temel unsur, irade beyanıdır. Sözleşmenin kurulması sonucunu doğuracak karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları, öneri ve kabuldür. İrade beyanının iki aşamasından ilki iradenin oluşturulması, ikincisi ise iradenin beyan edilmesidir. Yapılan işlemin sorunsuz hüküm ifade edebilmesi için bu aşamaların hiçbirinde aksaklık bulunmamalıdır. Robotlarca kurulacak(!) sözleşmeye ilişkin hukuki değerlendirmelerin, sözleşmenin kurulmasını ifade eden karşılıklı ve birbirine uygun iradelerin beyanı aşamasının öncesine, beyan edilen iradenin hukuken gerekli unsurları taşıyıp taşımadığı aşamasına götürülmelidir.

2. İrade Beyanının Unsurları

Hukuki işlemlerin hüküm ifade edebilmelerini sağlayan temel unsur irade beyanıdır. İrade beyanının unsurları öncelikle sübjektif ve objektif olarak sınıflandırılmaktadır. Sübjektif unsur fiil iradesi, işlem iradesi ve beyan iradesini içerirken; objektif unsur ise iradenin beyan edilmesidir.

[1] Sözleşmenin kurulması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, F. (2012), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 227 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, N./Hatemi, H./Serozan, R./Arpacı, A. (2017), Borçlar Hukuku – Genel Bölüm, İstanbul: Filiz Kitabevi (4. Basıdan 7. Tıpkı bası), s.165 vd.; Oğuzman, K./Öz, T. (2018), Borçlar Hukuku Genel Hükümler – Cilt 1, İstanbul: Vedat Kitapçılık, nr. 171 vd. İrade beyanı ve sözleşmenin kurulması hakkında ayrıca bkz. Schwenzer, İ. (2016), Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Bern: Stämpfli Verlag, s. 189, nr. 27.01 vd.; Prütting, H./Wegen, G./Weinreich, G., BGB Kommentar (2016), 11. Auflage, Köln: Luchterhand Verlag, § 116 vd., § 311 vd.

İrade beyanının öncelikle sübjektif unsurlarını değerlendirecek olursak: Sübjektif unsurlardan ilki, fiil iradesi (*Handlungswille*), beyan sahibinin beyana yönelik fiilinin bilinçli bir iradeye dayanması; fiilin bile isteye yapılmasıdır. Bir başka deyişle iradeyi dış dünyaya yansıtan söz, yazı, işaret vb. davranışlar, iradeyi dışa yansıtma bilinciyle yapılmış olmalıdır. Bu anlamda uyku halinde, ilaç/uyuşturucu tesiri altında veya fiziki zorlama ile bir kimseye iradesinin beyan ettirildiği hallerde fiil iradesinin varlığından bahsedilemeyecektir. İkincisi, işlem iradesi (*Geschäftswille*), kişinin bir işlemi yapmaya yönelik iradesini anlatmaktadır. İradesini beyan eden kişi belirli bir hukuki sonucu doğurma iradesine sahip olmalıdır ki işlem iradesinin varlığından bahsedilebilsin. Bu anlamda işlem iradesi, bir hukuki işlem ile hukuki ilişki kurma, ilişkiyi sona erdirme, değiştirme, devretme gibi bir hukuki sonuca yönelmiş olmalıdır. İşlem iradesi, kişinin beyanının arzu ettiği hukuki sonuca yönelmiş olması gereğini anlatır. Bu nedenle sonuç iradesi (*Erfolgswille*) olarak da adlandırılmaktadır. İrade beyanının sübjektif unsurlarından sonuncusu, beyan iradesi (*Erklärungswille*), işlem iradesini belirli davranışlarla muhataba beyan etme iradesidir. Burada beyan sahibinin, beyanını belirli davranışlarla ortaya koyma iradesi aranır. Ancak bununladır ki beyan sahibi, kurmak istediği hukuki ilişki ve bu ilişkinin yöneldiği hukuki sonuca dair bağlanma iradesini ortaya koyabilir. Bahsi geçen sübjektif unsurları içeren irade beyanı, son olarak, bir maddi fiil ile dış dünyada ortaya konulmalı, beyan edilmelidir. Bu, beyanın objektif unsurudur.[1] Sübjektif ve objektif koşulları taşıyan irade beyanı, hukuken sonuç doğurmaya elverişli olacaktır.

İrade beyanına yönelik genel ve kısa bilgilere yer verdikten sonrasında inceleme konumuz açısından önem arz eden husus ele alınmalıdır. Şöyle ki: İrade beyanının unsurları göz önünde tutularak, robotlarca kurulacak sözleşmeler açısından hukuken kimin iradesinin esas alınacağı ve burada aslında bir irade beyanının varlığından bahsedilip bahsedilemeyeceği açıklığa kavuşturulmalıdır. Bunun için ayrıca robotlarda otonomi kavramı açıklanmalıdır.

Öncelikle şüpheye yer bırakmayacak şekilde belirtilmelidir ki robotlar, pozitif hukukumuzca süje değildirler ve robotların kendi iradelerinin varlığından bahsedilemez. Bu nedenle robotlar (veya yapay zekâ donanımlı sistemler) hak sahibi olamaz veya borç altına giremezler. Ancak hakka konu olabilirler. Öyleyse robotlarca ortaya konulan iradenin, hukuken süje olan bir kişiye isnat edilebilmesi gerekir ki söz konusu beyan pozitif hukukumuz bakımından hüküm ifade edebilsin. Bu şekilde bir irade beyanının varlığından bahsedebilmek için robot vasıtasıyla ortaya konan iradenin beyan edilmesine yönelik unsurların gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirilmeli; robotlarda otonomi kavramı ile otonom ve otomatik sistemler arasındaki farklar inceleme konumuz kapsamında (ve konunun sunum süresinin elverdiğince) açıklanarak, robotun ardındaki

[1] Bilgiler için bkz. Eren, F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 128 vd.; Schmidt, R., BGB – Allgemeiner Teil, 9. Auflage, Hamburg: 2013, s. 59 vd., s. 64 vd.

bir kişiye sözleşme kurmaya yönelik bir iradenin isnat edilip edilemeyeceği meselesi ele alınmalıdır.[2]

3. Sözleşmenin Kurulmasında Otomatik Sistemler

Robotun otonom veya otomatik olması, beyanın ardında bir kişi bulunup bulunmadığı hususunda ciddi farklılıklar doğuracaktır. Bu nedenle otonom sistemler ve otomatik sistemler ayrımı yapılmalıdır. Otomatik sistemler ile otonom sistemleri birbirinden ayıran, sistemin işleyişinde, dışarıdan bir etkene bağımsızlığının derecesidir. Söz konusu bağımsızlık, yapay zekâ donanımlı sistem veya robotun sahip olduğu otonominin derecesine göre belirlenmektedir. Otonom sistemler dışa bağımlılığın kapsamını belirten, sahip olduğu otonominin derecesine göre yarı otonom-tam otonom olarak adlandırılırlar. Otomatik sistemlerde ise sistem, dışa bağımlı bir şekilde, sadece programlandığı işi görmek üzere ayarlanmıştır. Minimal bir bağımsızlığı söz konusudur. Otonom sistemlerden farklı olarak burada, öğrenme algoritmalarının programlanması sırasında kendisine tanıtılan bilgiler ve bunları, dış ortamdan edindiği tecrübelerle yapay zekâsı sayesinde birleştirerek çıkarımlarda bulunarak buna uygun davranabilecek bir işleyiş söz konusu değildir. Kahve/sigara otomatları veya klasik anlamda endüstriyel robotlar otomatik sistemlere örnektirler.

Otomatik sistemler ile kurulmak istenen sözleşmelerin, aslında diğer sözleşmelerden tek farkı, buna yönelik iradenin sistem aracılığıyla beyan edilmesidir. Otomatik sistemler önceden, insanlar tarafından programlanarak sadece kendilerine verilen talimatlar doğrultusunda hareket edebildiğinden, bir başka deyişle dış dünyadan bağımsız olarak kendi otonomileri ile kararlar alabilme ve bunları uygulama kabiliyetleri bulunmadığından aslında arka plandaki kişi, iradenin oluşturulmasına ve beyan edilmesine dolaylı olarak tesir etmektedir. Bu nedenle otomatik sistemler aracılığıyla açıklanan irade beyanları, "bilgisayar açıklaması (*Computererklärungen*)" olarak da anılmaktadır.[3] Bu anlamdaki otomatik sistemlere internette belirli işlemleri kullanıcılar adına yaparak onlar adına irade beyanında bulunan yazılım etmenleri (*Software Agenten*) örnek olarak verilebilir. İnternetten uçak bileti almak isteyen birine, havayolu şirketi adına önceden programlanmış bir şekilde uçuş saatini, seyahat güzergahını ve boş koltukları göstererek onunla sözleşme yapan yazılım etmenleri de bunun somut bir örneğidir.[4] Burada otomatik sistem

[2] Otomatik veya otonom sistemler/robotlarca kurulmak istenen sözleşmeler ile elektronik sözleşmeler ayrımı karıştırılmamalıdır. Elektronik sözleşmeler, elektronik ortamda yapılan sözleşmeleri ifade eder. Otonom veya otomatik sistemlerce yapılmış olması nitelendirmede rol oynamaz. Elektronik sözleşmeler hakkında bkz. Turan, G. (2008), Elektronik Sözleşmeler ve Elektronik Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti, TBB Dergisi, 77, s. 93 vd.

[3] Lukas, A. J. F. (2021), Willenserklärungen und Vertragsschluss selbststeuernder Systeme in der Industrie 4. 0 – Problematik und Handlungsempfehlungen für die betriebliche Praxis, Legal Revolutionary, s. 98 vd. [(Willenserklrungen_und_Vertragsschluss_selbststeuernder_Systeme_in_der_Industrie_40.pdf (legal-revolution.com) son erişim: 01.07.2021)].

[4] Alman Federal Mahkemesi "Uçuş rezervasyonu kararında (*Flugbuchungsentscheidung*)" öneride bulunan veya öneriyi kabul eden tarafın, bilgisayar sistemi değil, sistemi iletişim aracı olarak kullanan kişi ya da firma olduğuna hükmetmiştir (BGHZ 195, 126, Rn. 17. Karar için ayrıca bkz. Teubner, G. (2018), Digitale Rechtssubjekte? Zum

kullanıcısı önceden sözleşmenin türünü, örneğin satım sözleşmesi yapmak istediğini, sözleşmenin konusunu, önerinin yapılacağı zamanı, semeni önceden belirlemekte; sistem, zamanı geldiğinde buna uygun hareket etmektedir. Otomatik sistemlere bir başka güncel örnek HP'nin, mürekkep bittiğinde yeni mürekkep siparişi veren yazıcısıdır (HP, Instant Ink). Burada da önceden bir programlama söz konusudur. Mürekkep satın alınmasına yönelik beyan, yazıcıya çok öncesinden verilmiştir. Yazıcı, kartuş bittiğinde bu beyanı internet üzerinden ileterek kartuş satın alınmasına yönelik sözleşmeyi yapmaktadır.

Sözleşmenin kurulmasına yönelik irade beyanının otomatik bir sistem aracılığıyla verilmesi, sistemin, irade beyanının sadece iletilmesi fonksiyonu görmesi sebebiyle bu beyanın bir kişiye isnat edilebilmesi mümkün gözükmektedir. Bu yöndeki kesin bir çıkarım, ancak irade beyanının unsurlarının otomatik bir sistem/robot aracılığı ile kurulmak istenen sözleşmelerde gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti ile mümkün olabilecektir.

İrade beyanın unsurlarına ilişkin yukarıda yaptığımız genel açıklamaları, inceleme konumuza özgü bilgilerle birleştirerek tekrar gözden geçirecek olursak: Öncelikle irade beyanının sübjektif unsurlarını oluşturan fiil iradesi, işlem iradesi ve beyan iradesi unsurlarının otomatik sistemler aracılığıyla kurulmak istenen sözleşmelerde gerçekleşip gerçekleşmediği; son olarak da beyan unsurunun bulunup bulunmadığı meselesi ele alınmalıdır. Otomatik sistemler aracılığıyla kurulmak istenen sözleşmelerde irade beyanının sistemin ardındaki kişiye isnat edilebilmesinde sorun teşkil edebilecek olan, beyanda bulunan kişinin doğrudan değil bir otomatik sistem aracılığıyla, dolaylı olarak iradesini beyan etmesidir. Otomatik sistemler vasıtasıyla yöneltilen beyanların bu özelliği dikkate alınarak hukuken geçerli bir irade beyanının varlığından bahsedilip bahsedilemeyeceği belirlenmelidir.

Otomatik sistemler aracılığıyla kurulmak istenen sözleşmelerde irade beyanının sübjektif unsurlarından ilki, fiil iradesi, sistem kullanıcısının böyle bir sistem kullanarak sözleşme kurmaya yönelik iradesini beyan etme yönünde ortaya koyduğu davranıştır. Yukarıdaki örneklerden devam edecek olursak uçak şirketinin internetten bilet satışlarında yararlandığı yazılım etmenleri veya HP yazıcı (Instant Ink) kullanıcısının, internetten yazıcı kartuşu siparişi vermeye programlanmış otomatik sistemleri kullanma yönünde ortaya koydukları bilinçli irade, fiil iradesidir. Sistem kullanıcısı, irade beyanını önceden belirlenmiş parametreleriyle bile isteye sisteme bırakmaktadır. Öyleyse burada irade beyanının sübjektif unsurlarından fiil iradesi bulunmaktadır. İşlem iradesinin bulunup bulunmadığına gelince: Bu unsurun varlığından bahsedebilmek için otomatik sistem kullanıcısı, yapmak istediği hukuki işlemin sonucuna yönelik beyanda bulunduğunun bilincinde olmalıdır. Sistem kullanıcısı, bilet satmaya veya kartuş satın almaya yönelik iradesini sistem aracılığıyla ortaya koymaktadır. Burada irade beyanının muhataba doğrudan yapıldığı

privatrechtlichen Status autonomer Softwareagenten, s. 19. [Microsoft Word - TeubnerDigitale RechtssubjekteAcP 18Dez17.docx (uni-frankfurt.de) son erişim: (01.07.2021)].

(hazırlar arasında yüz yüze, telefon vb. veya hazır olmayanlar arasında mektup, elektronik posta vb. gibi) durumlardan farklı olarak sistem kullanıcısı, sözleşmenin kurulmasına yönelik irade beyanını ortaya koymakta, ancak beyan, muhataba hemen iletilmemekte; sisteme girilen parametreler gerçekleştiğinde otomatik olarak iletilmektedir. Böylece beyan sahibinin beyanın içeriğini belirlemesi ile beyanın otomatik sistem aracılığı ile muhataba iletilmesi arasına bir zaman dilimi girmektedir. Tek fark bu olmakla beraber, otomatik sistemler vasıtasıyla yapılan irade beyanının, Alman doktrin ve mahkeme kararlarında işlem iradesi sübjektif unsurunu taşıdığı kabul edilmektedir.[5] İşlem iradesini belirli davranışlarla muhataba beyan etme iradesini ifade eden beyan iradesi de otomatik sistem kullanıcısında bulunmaktadır. Ancak tıpkı işlem iradesinde olduğu gibi beyan iradesinde de sistem kullanıcısının iradesini ortaya koyması ile muhataba iletilmesi arasına bir zaman dilimi girmektedir. Aynı şekilde irade beyanının objektif unsuru olan beyan da otomatik sistem vasıtasıyla yöneltildiğinden, beyanın yöneltilmesi ile muhataba ulaşması arasına bir zaman dilimi girmektedir. HP (Instant Ink) yazıcı örneğiyle ifade edecek olursak yazıcının alınması, banka hesaplarının tanıtılması, kartuş bitince yenisinin siparişi için gerekli ön hazırlıkların yapılmış olması irade beyanının objektif ve sübjektif unsurlarını ortaya koyacak; ancak beyanın muhataba varması, otomatik sistem tarafından kartuş bittiğinde gerçekleştirilecektir.

Hukukumuzda yeterli kaynak olmamakla birlikte Alman doktrininde otomatik sistemler aracılığıyla kurulmak istenen sözleşmelerde irade beyanının unsurlarının bulunduğu kabul edilmektedir. Kanaatimizce de otomatik sistemler aracılığı ile yöneltilen irade beyanının unsurlarının varlığı kabul edilmelidir. Böylece otomatik sistem kullanıcısına bu sistem aracılığı ile yöneltilen irade beyanı isnat edilebildiğinden, otomatik sistemler aracılığı ile kurulan sözleşmelerin geçerli olacağından bahsedilebilecektir. Bu durumda pozitif hukukumuzdaki düzenlemeler açısından otomatik sistemler vasıtasıyla kurulan sözleşmelerde bir eksiklik/yeni bir yasa düzenlemesi ihtiyacı bulunmadığı kanısına da varılacağından pratik, çözüme yönelik bir yaklaşım olacaktır.

4. Robotlarda Otonomi Kavramı ve Sözleşmenin Kurulmasında Otonom Sistemler

Otonom sistemlerce kurulmak istenen sözleşmelerde, irade beyanına ilişkin hukuki değerlendirmeler yapabilmek için öncelikle otonomi kavramı açıklanmalıdır. Daha açık bir deyişle otonom bir robot tarafından sözleşmenin kurulmasına yönelik beyan edilen iradenin, robotun ardındaki bir kişiye isnat edilip edilemeyeceği, öncelikle robotun otonomisi kavramının açıklanmasıyla cevaplanabilecektir.[6]

[5] Bilgi için bkz. Kitz (2014), in: Hoeren/Sieber/Holznagel (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht. Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs, München: Verlag C. H. Beck, Teil 13 (13.1 Rn. 15). [Hoeren/Sieber/Holznagel, Multimedia-Recht - beck-online, son erişim: 01.07.2021]. Konu hakkında hukukumuzda yeterli veri olmadığından Alman hukuku bilgilerine değinilmekle yetinilmiştir.

[6] Robotlara ilişkin hukuki meselelerin anlaşılabilmesi için öncelikle "robot", "yapay zekâ" ve "otonomi" kavramlarının açıklanması gerekmektedir. Tebliğde zaman tasarrufu nedeniyle robot ve yapay zekâ kavramlarına değinilmemiş;

Otonomi kavramı, Avrupa Parlamentosu Hukuk İşleri Komisyonu'nun 16.02.2017 kabul tarihli Robotik Tavsiye Raporu'nda oldukça isabetli bir şekilde tanımlanmıştır. Robotik Tavsiye Raporu'ndaki tanım öncesinde özellikle Alman doktrininde robotların otonomisinin bulunup bulunmadığına ilişkin kapsamlı tartışmalar yapıldığını görmekteyiz. Görüş ayrılıklarının odak noktası, robotların kendi kararlarını alarak dış dünyada uygulayabilecek kabiyete sahip olup olmadıkları etrafında toplanmaktadır. Bir görüşe göre kendi kararlarını alarak muhakeme yapabilme ve kararlarını dış dünyada uygulayabilme kabiliyeti yalnızca gerçek kişi, insana aittir. Bu nedenle gerçekte otonomi sahibi tek varlık insandır. Diğer görüşe göre ise robotlar da sahip oldukları yapay zeka ve kendi yazılımlarının izin verdiği kapsamda (az veya çok) kararlar alarak dışarıdan bir müdahale olmaksızın bunları dış dünyada uygulayabilirler ve bu anlamda otonomi sahibidirler. Bahsi geçen Robotik Tavsiye Raporu, bu anlamdaki tartışmalara bir son vererek otonomiyi, bir robotun *"karar verebilmesi ve bu kararları dış dünyada, dışarıdan bir yönlendirme veya etkileşim olmaksızın uygulayabilme kabiliyeti"* olarak tanımlamaktadır. Raporda ayrıca söz konusu otonominin sadece *"**teknolojik bir tür olduğu**; otonominin derecesinin ise robotun kendi çevresi ile etkileşiminde meseleleri ne derecede çözebileceği tasarlanmış ise ona bağlı"* olduğu kaleme alınmıştır.[7] Böylece hiç tartışmasız, sadece ev süpürmek için tasarlanarak üretilen ve sadece bu işi görmesine yeterli gelecek kadar yapay zekaya sahip bir robot süpürgenin de otonomisi bulunmaktadır. Öyleyse robotları, karar mekanizması olan insanlarla kıyaslamamak; sahip oldukları yapay zeka dolayısıyla dış dünyayı algılayarak öğrenebilme/aldıkları kararları dış dünyada uygulayabilme kabiliyetleri derecesinde otonomilerinin varlığını (örn. yarı otonom – tam otonom) kabul etmek gerekmektedir.[8]

Konumuz açısından bir robotun sahip olduğu otonomi, sözleşmenin kurulmasına yönelik irade beyanının bulunup bulunmadığının değerlendirilmesinde oldukça kritik bir role sahiptir. Otonom bir robot tarafından sözleşme kurmaya yönelik ortaya konulan davranış veya beyan, robotun kendi kararlarını alarak dış dünyada buna uygun hareket etmesi nedeniyle onun ardındaki bir başka kişiye isnat edilemeyecek; bu nedenle pozitif hukukumuzda sözleşmenin kurulması sonucunu doğurmayacak; hukuk pratiği açısından otonom bir robotun, örneğin internet üzerinden yapacağı alış-verişler hukuken dayanaksız, hükümsüz kalmaya mahkum olacaktır. Robotun sahibi veya

otonomi kavramı ise kısa ve öz, konunun anlaşılmasına yetecek kadar açıklanmıştır. Kavramlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Beck, S. (2009), Grundlegende Fragen zum rechtlichen Umgang mit der Robotik, JR Heft 6, s. 226; Ercan, C. (2019), Robotların Fiillerinden Doğan Hukuki Sorumluluk – Sözleşme Dışı Sorumluluk Hallerinde Çözüm Önerileri, TAAD Yıl: 11, Sayı: 40, s. 23 vd. Robotlar ve yarı otonom sistemler hakkında karşılaştırma için bkz. Hilgendorf, E., Recht und Autonome Maschinen –ein Problemaufriss, (Hrsg.) Hilgendorf, E. (2015), Das Recht vor den Herausforderungen der modernen Technik, Beiträge der 1. Würzburger Tagung zum Technikrecht im November 2013, Robotik und Recht, Band 4, Baden-Baden: Nomos Verlag, s. 13.

[7] *"… in der Erwägung, dass die Autonomie eines Roboters als die Fähigkeit definiert werden kann, Entscheidungen zu treffen und diese in der äußeren Welt unabhängig von externer Steuerung oder Einflussnahme umzusetzen, und in der Erwägung, dass diese Autonomie rein technologischer Art ist und ihr Grad davon abhängt, wie ausgeklügelt die Interaktion des Roboters mit seiner jeweiligen Umwelt konzipiert worden ist…"* [Avrupa Parlamentosu Robotik Tavsiye Raporu, Sorumluluk (Haftung), AA.]

[8] Ercan, s. 26 – 27.

kullanıcısına sözleşmeden doğan sorumluluğunun gereğini atfetmek ise sıkı bir hukuki gerekçelendirmeye muhtaç olacaktır. Otonom sistem/robotlara örnek olarak yapay zeka donanımlı buzdolapları verilebilecektir. Buzdolabının, içerisinde bulunan kamera ile biten yiyecek ve içecekleri tespit ederek, kendisinin karar alıp internet üzerinden sipariş verebileceği durumlarda, sözleşmenin kurulmasına yönelik beyanın robotun ardındaki bir kişiye isnat edilebilmesi mümkün değildir. Burada otonom sistemlerce yöneltilen irade beyanının unsurlarının, hukuken değerlendirilmesine gerek yoktur. Ancak inceleme konumuz bakımından otonom robotlarca kurulacak sözleşmelere, en azından bu alanda bir yasal düzenlemeye gidilene kadar pozitif hukukumuzca nasıl çözümler üretilebileceğine ilişkin değerlendirmeler yapılabilecektir.

Söz konusu değerlendirmeler sonrasında otonom robotlarca kurulmak istenen sözleşmelerin pozitif hukukumuzda geçerlilik taşıyıp taşımadığı tespit edilecektir. Pozitif hukukumuz açısından burada temsil hükümlerinin uygulanması düşünülebilecektir. Ancak bu olasılık, hukuken birkaç farklı engele takılacaktır. Konu, temsile ilişkin kısa kısa ve öz temel bilgilerle birleştirilerek şöyle açıklanabilecektir: Temsil, bir kişinin bir başkasının adı ve hesabına hukuki işlem yapmasını ifade eder (BK m. 40/I). Temsilci şeklen kendisi fakat hukuken temsil ettiği kişidir.[9] Temsil ilişkisinin kurulabilmesi, karşı tarafın onayını gerektirmediği gibi temsilcinin tam ehliyetli olması da gerekmez; yaptığı hukuki işlem ile kendisi değil temsil ettiği kişi borç altına girecektir. Ancak temsilci, en azından sınırlı ehliyetsiz olmalı ve başkası ad ve hesabına yönlendirebileceği bir "irade" beyanından bahsedilebilmelidir. Bu gerekliliğe ilişkin açığın robotun otonomisi ile kapatılabileceği tartışılabilecekse de hukukumuzda fiil ehliyetine ilişkin düzenlemelerde "kişi" olmaya sonuç bağlanmaktadır (Bkz. MK m. 9, m. 10, m. 49). Pozitif hukukumuz açısından robotlar "kişi" olmadığından temsil hükümlerinin uygulanabileceği düşüncesi ilk olarak bu engele takılmaktadır. Öte yandan otonom sistem kullanıcısının burada temsile ilişkin yetkilendirme beyanının bulunduğu da şüphelidir. Örneğin, yapay zekâ donanımlı otonom buzdolabı satın alarak kullanmanın tek başına, robota temsil yetkisi verme anlamı taşıyıp taşımayacağı şüphe götürür niteliktedir.

Son olarak, temsil yetkisinin kapsamının aşıldığı durumlarda yetkisiz temsil hükümlerince temsilciye başvurulabilecekken; robotlarda durum epey farklılaşacaktır. Hukuken kişi statüsüne sahip olmadığından sorumluluğuna başvurulabilecek bir malvarlığı da bulunmayan otonom bir robot, sahip olduğu otonomisi ile temsil yetkisinin kapsamını aşacak olursa yetkisiz temsil hükümleri burada sonuçsuz kalacaktır…

Düşünülebilecek bir başka olasılık, otonom sistemin haberci (ulak) olarak nitelendirilerek sözleşmenin kurulmasına yönelik irade beyanının robotun ardındaki kişiye (kullanıcısı, maliki gibi) isnat edilebilmesidir. Ancak bu da hukuken mümkün değildir. Haberci, kendisi bir değişiklik veya ekleme yapmaksızın bir kişinin irade beyanını yalnızca muhataba iletirken, otonom sistem

[9] Temsil hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, s. 424 vd.; Oğuzman/Öz, nr. 663 vd.

sözleşmenin kurulmasına yönelik kendi bağımsız kararlarını alarak uygulayabilecek donanıma sahiptir. Bu bilgiler doğrultusunda örnekle malikin doğum gününde otonom karar alarak pasta malzemesi siparişi veren buzdolabı, pozitif hukukumuz açısından ne temsilci ne haberci olarak nitelendirilebilecektir.[10]

5. Sonuç ve Öneriler

Sözleşmenin kurulmasında robotların rolüne ilişkin hukuki değerlendirmeler, robotun otomatik mi yoksa otonom sistem mi içermesine göre farklı sonuçlara götürecektir. Sözleşmenin kurulmasına yönelik irade beyanı otomatik sistemlerde robotun ardındaki kişiye, malik veya kullanıcısına, isnat edilerek irade beyanının unsurları da bulunduğundan geçerli olarak hüküm ve sonuç doğurabilecektir. Buna karşın teknolojik gelişmelerin geldiği noktada otonom sistemlerce dış bir müdahaleden bağımsız kurulması her geçen gün sıkça gündeme gelebilecek sözleşmelerde robotun beyanı, onun ardındaki bir kişiye isnat edilemeyecektir. Pozitif hukukumuz açısından da bu durumda uygulanabilecek bir hukuki kurum mevcut değildir. Burada robotun yönelttiği beyan bakımından hukuken, sözleşmenin kurulmasına yönelik bir "irade beyanı" (öneri veya kabul) bulunmamaktadır. Teknolojinin beraberinde getirdiği günlük yaşamdaki bu gelişmeler, pozitif hukukumuzun yetersiz kaldığı alanların bir örneğidir. Yaşamın hızı, her alanda olduğu gibi burada da yasal düzenlemelerin önündedir. Otonom robotlarca kurulacak(!) sözleşmelere ilişkin olası ihtilaflarda yaşanacak hukuki sorunların önüne geçilebilmesi için kısa ve uzun vadeli hukuki çözümler üretilmelidir.

Bu çözümler için kısaca Avrupa Parlamentosu Robotik Tavsiye Raporu'na değinmek faydalı olacaktır. Rapora göre kısa ve orta vadeli bir çözüm olarak robotların türü ve kullanım alanına göre yapılacak bir tasnif sonrası, özellikleri dikkate alınarak sigortalanması öngörülmektedir. Ayrıca robotların türlerine göre bir sicile kaydedilmesi de getirilen öneriler arasındadır. Böylece otonomisi ile kararlar alarak bunu uygulayan ve başkalarının zararına yol açan robotlar için böylece başvurulacak bir malvarlığı değeri bulunabilecektir. Uzun vadede ise robotlara ilişkin özel bir hukuki statünün oluşturulması öngörülmektedir. "Elektronik kişilik" statüsü, bu kapsamda getirilen önerilerden biridir (Tavsiye Raporu m. 59/f).[11] İnceleme konumuz bakımından uzun vadeli çözüm önerisi olarak robotlara tanınması muhtemel kişiliğin, pozitif hukukumuz anlamında tam bir hak ehliyeti değil; yaptığı işlemle sınırlı bir sorumluluğun doğmasını sağlayacak kısmi bir hak ehliyetinin tanınması yeterli olacaktır.[12]

[10] Ancak otomatik sistemler haberci (ulak) olarak nitelendirilebilecektir. Bkz. Lukas, s. 100.

[11] Robotların hukuki statüsü hakkında görüşler için bkz. Bak, B. (2018), Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk, TAAD (sayı: 35), Yıl 9, s. 215 vd.; Günther, s. 245 vd. Robotlara Roma Hukukundaki köleliğe benzer bir statü tanınıp tanınamayacağı hakkında ayrıca bz. Günther, s. 51–52. Robotik Tavsiye Raporu'nda getirilen öneriler hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Ercan, s. 45 vd.

[12] Yazılım etmenlerinin veya robotların tam bir hak ehliyetine sahip olup olmamalarına ilişkin tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Teubner, s. 5 vd., s. 21.

Kaynakça

Bak, B. (2018), Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk, TAAD (sayı: 35), Yıl 9 (211 – 232).

Beck, S. (2009), Grundlegende Fragen zum rechtlichen Umgang mit der Robotik, JR Heft 6, (225 – 230).

Ercan, C. (2019), Robotların Fiillerinden Doğan Hukuki Sorumluluk – Sözleşme Dışı Sorumluluk Hallerinde Çözüm Önerileri, TAAD Yıl: 11, Sayı: 40 (19 – 51).

Eren, F. (2012), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara: Yetkin Yayınları.

Hilgendorf, E., Recht und Autonome Maschinen –ein Problemaufriss, (Hrsg.) Hilgendorf, E. (2015), Das Recht vor den Herausforderungen der modernen Technik, Beiträge der 1. Würzburger Tagung zum Technikrecht im November 2013, Robotik und Recht, Band 4, Baden-Baden: Nomos Verlag (11– 40).

Kitz (2014), in: Hoeren/Sieber/Holznagel (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht. Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs, München: Verlag C. H. Beck, Teil 13. [Hoeren/Sieber/Holznagel, Multimedia-Recht - beck-online, son erişim: 01.07.2021].

Kocayusufpaşaoğlu, N./Hatemi, H./Serozan, R./Arpacı, A. (2017), Borçlar Hukuku – Genel Bölüm, İstanbul: Filiz Kitabevi (4. Basıdan 7. Tıpkı bası).

Lukas, A. J. F. (2021), Willenserklärungen und Vertragsschluss selbststeuernder Systeme in der Industrie 4. 0 – Problematik und Handlungsempfehlungen für die betriebliche Praxis, Legal Revolutionary (97 – 107) [(Willenserklrungen_und_Vertragsschluss_selbststeuernder_Systeme_in_der_Industrie_40.pdf (legal-revolution.com) son erişim: 01.07.2021)].

Oğuzman, K./Öz, T. (2018), Borçlar Hukuku Genel Hükümler – Cilt 1, İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Prütting, H./Wegen, G./Weinreich, G., BGB Kommentar (2016), 11. Auflage, Köln: Luchterhand Verlag.

Schwenzer, İ. (2016), Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Bern: Stämpfli Verlag.

Teubner, G. (2018), Digitale Rechtssubjekte? Zum privatrechtlichen Status autonomer Softwareagenten, s. 19. [Microsoft Word - TeubnerDigitale RechtssubjekteAcP 18Dez17.docx (uni-frankfurt.de) son erişim: (01.07.2021)].

Turan, G. (2008), Elektronik Sözleşmeler ve Elektronik Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti, TBB Dergisi, 77 (87 – 119).

SOSYO-HUKUKİ AÇIDAN DİJİTAL TOPLUM VE HUKUK İLİŞKİSİ

Dr. Öğr. Üyesi Duygu Hatıpoğlu Aydın[1]
Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID NO: 0000-0002-3153-5310

Öz

Dijital çağ, özellikle internetin yaygınlaşmasıyla birlikte, sosyal bilimlerin ilgisini çeken, açıklanmak ve anlamlandırılmak istenen bir dönem. Özellikle sosyoloji açısından, dijitalleşme süreci ve bunun topluma yansımaları yoğun şekilde tartışılıyor ve kavramsallaştırılıyor. Dijitalleşme süreci, enformasyon toplumu, ağ toplumu, platform toplumu gibi, dönüşümün farklı açılarına odaklanan kavramlarla ifade ediliyor. Hukuk cephesinden bu hızlı değişim dönemine verilen cevaplara bakıldığında, mümkün olduğunca mevcut yapıların/anlayışların korunmaya çalışıldığı ve patika bağımlılığı ilkesi etrafında hareket edildiği söylenebilir. Yeni bir olgu olarak dijital dünyanın bir unsurunun hukuken düzenlenmesi, genellikle eski düzenlemeyle bağlantılı oluyor. Ancak, hukukun düzenleme alışkanlıkları ve hareket tarzı ile ağ yapısı birbiriyle uyumsuz özellikler sergiliyor. Bunun sonucunda da dijital dünyanın hukuk düzenince tam olarak kavranamadığını, sürekli yeni tartışmaların doğduğunu görüyoruz. Örneğin sahiplik ilişkilerinin dönüştüğü paylaşım ekonomisi, verinin merkezi konumu ya da "verileşmiş" toplumlar, dijital dünyanın eski özneleri dönüştürmesi ve yeni öznelerin ortaya çıkışı, bunlara ve bunlar arasındaki ilişkilere verilecek hukuksal cevapları bir yandan zorunlu kılıyor, diğer yandan bu cevapları zorlaştırıyor. Hukuk, bir taraftan yeni teknolojinin olumsuz kullanımlarına karşı önemli araçlardan biridir ancak hukukun sınırları da, dijitalleşme sürecinde rolleri değişen devletler ve şirketler tarafından çizilmektedir. Dijital çağda, şirketler, devletler ve vatandaş/tüketiciler arasındaki iktidar mücadelesi ve değişen dengeler, normatif kurallara yansımaktadır. Bu sunumda, dijital toplumun özelliklerinden kısaca bahsederek, hukuk düzeni açısından dijital toplumun ne anlama geldiği ve hukuk ile dijital toplum arasında nasıl bir etkileşim olduğu tartışılacaktır. Sosyo-hukuki bir perspektiften hareket ederek, ağ toplumunun meydan okumalarına hukukun cevapları ve kısıtları ortaya konmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Hukuk Sosyolojisi, Dijital Toplum, Paylaşım Ekonomisi, Veri Toplumu, Ağ Toplumu, Dijital Hukuk

Giriş

Özellikle 90'lar sonrası teknolojik gelişmelerin ve toplumsal dönüşümün karşılıklı etkisiyle birlikte, dijitalleşme hayatın her alanını etkiler hale geldi. Bu çalışmada, bu dijitalleşme sürecine

1 Dr. Öğr. Üy., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi ABD.

dair tartışmalarla, hukuk düzeni açısından dijital toplumun ne anlama geldiğini ve hukuk ile dijital toplum arasında nasıl bir etkileşim olduğunu tartışmaya çalışacağım.

Çalışmanın başlığında vurguladığım sosyo-hukuki yaklaşım, hukuku, hukuki olguları ve bunlarla toplum arasındaki ilişkileri interdisipliner bir şekilde analiz eden çalışmalara verilen ortak bir isimdir. Sosyo-hukuki çalışmalara hem teorik hem ampirik çalışmalar dahildir ve hukuku, sosyal, kültürel, tarihsel, antropolojik ve benzeri bağlamlarda şekillendiği iddiasıyla hem insani bilimler hem de sosyal bilimlere ait yaklaşım ve metodolojileri kullanır.[2] Bu noktada dijitalleşme, toplum ve hukuk ilişkisinde sosyo-hukuki yaklaşım, hukukun ne olduğuna dair farklı varsayımların arasından bir tercihi ifade etmektedir. Burada hukuk, pozitif düzenlemelerin ötesinde toplumsal ilişki içinde inşa edilen, yani hem toplumdan doğan hem de onu etkileyen bir ilişki biçimi olarak tariflenmektedir.

Bir diğer tartışma dijital toplumdur. Özellikle 90'lı yıllar sonrası internetin yaygınlaşmasıyla, düşünme, ilişki kurma biçimlerimizi oldukça fazla etkileyen bir dönemin ön planda olduğu vurgulanmaktadır. Gerçekten mikro ilişkilere ve makro yapılara bakıldığında, dijitalleşme olgusunun etkisi pek çok alanda görülebilir. İşte bu dijital kültürle yoğrulmuş, teknolojik gelişmelerin etkisinde yeniden şekillenen toplumsal ilişkiler, ağ toplumu[3], enformasyon toplumu[4], platform toplumu[5] gibi, meselenin farklı yüzlerini vurgulayan kavramlarla ifade edilmektedir.

Dijital Toplumda Hukuk

Dijital toplum açısından, şimdiye kadar kurulmuş yapıların, kurumların da dönüştüğü söylenebilir. Devletle vatandaş arasındaki ilişki, şirketlerle internet kullanıcıları arasındaki ilişki, veriler ve bunlara verilen değer sürekli değişmektedir ve mevcut hukuksal yapıları ve hukuki kavrayışımızı zorlamaktadır. Çok aşina olunmayan yeni bir alanın, eski dünyanın kavram setleriyle anlaşılmaya çalışıldığı söylenebilir. Bu noktada toplumdaki her ilişki biçimindeki dönüşüm ele alınabilirse de, bu çalışmanın sınırını hukuk oluşturmaktadır.

Bu noktada belirli kabullerin olduğu düşünülebilir. Her şeyden önce ağ toplumu ya da dijital toplum, teknolojik, ekonomik, toplumsal ve kültürel yapı üzerinde dönüştürücü bir etkiye sahiptir. Örneğin medya alanındaki dönüşüm uzunca bir süre telekomünikasyon yasalarıyla karşılanmaya çalışılmış, ama internet, eski döneme göre geleneksel sınırların ve sorumluluk alanlarının silikleştiği bir yeni medya ortamı yaratırken, eski yasaların yetersiz olmasına yol açmıştır. Çünkü artık sahiplik tanımları değişmiş, yeni aktörler, araçlar ortaya çıkmış, özel ve kamusal alan

2 Michael Salter ve Julie Mason, *Writing Law Dissertations: An Introduction and Guide to the Conduct of Legal Research*, (Harlow, England ; New York: Trans-Atlantic Publications, Inc., 2007), s. 128-33.

3 Jan Van Dijk, *Ağ Toplumu* (İstanbul: Kafka Yayınları, 2018).

4 Manuel Castells, *Ağ Toplumunun Yükselişi Enformasyon Çağı: Ekonomi, Toplum ve Kültür 1. Cilt*, 2. bs (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008).

5 José van Dijck, Thomas Poell, ve Martijn de Waal, *The Platform Society: Public Values in a Connective World* (New York: Oxford University Press, 2018).

arasındaki sınırlar silikleşmiş ve her bir yeni durum, mevcut hukuksal kurumların ve düzenlemelerin revize edilmesini aynı zamanda yeni hukukilikler yaratılmasını zorunlu kılmıştır.[6] Hukuk açısından bakıldığında, hukuk normal zamanlarda toplumsal gelişmelerin ardından gelir. Çünkü yeni gelişmelerin hukuksal düzenlemelere konu olmadan önce toplumda yerleşmiş olması gerekir. Dijitalleşme süreci açısından bakıldığında da, örneğin yeni teknolojilerin sonuçlarının ne olacağı her zaman öngörülebilir değildir.[7] O yüzden yeni olana dair hukuksal cevaplar genellikle tutucudur ve bir tepki niteliği taşır, ki bu tepki de genellikle kısıtlama, yasaklama gibi olumsuz olur ya da yeni durumun mevcut kurallara uydurulmaya çalışılması şeklinde gerçekleşir. Bu da dijital olguların hukuksal düzenlemelere konu olmasında bir patika bağımlılığına işaret eder.[8] Yeni olgunun düzenlenmesi, eski düzenlemeyle bağlantılı olur. Türkiye'de 5651 sayılı yasanın ilk halleri, internet gibi bir ağ yapısını, klasik medya araçları olarak düzenlemesi, TV kapatma gibi interneti kapatma tedbirleri alınması buna örnek olarak gösterilebilir. Bugün zaman zaman popüler hale gelmiş, popülaritesini yitirmiş ya da henüz çok popülerleşmemiş kişisel veriler, internetin denetimi, dijital varlıklar, blockchain teknolojisi, fikri mülkiyet gibi konularda hukukçular, mevzuat hakkında, eski tabir edebileceğimiz kavramlarla ve tartışmalarla ilgileniyorlar. Bunlar oldukça kıymetli olmakla birlikte, ağ yapısını kavrayan, yeni aktörleri ve yeni ilişkilerin farkında olan, ihtiyaçları gören bir hukuk anlayışına ve tartışmalara da ihtiyaç var.

Meydan Okunan Hukuk

İnternet ve bağlantılı olaylarla ilgili olarak, mevcut hukuksal yapılara bir meydan okuma söz konusu olduğunu belirten Van Dijk bu meydan okumanın sebeplerini maddeler halinde şu şekilde açıklamaktadır:[9]

1. Ağdaki bilgi ve iletişim, elle tutulamaz, coğrafi olarak serbest ve sürekli değişen bir karakterdedir. Mevcut hukuksal düzenlemeler kesin bir şekilde görünür, somut, elle tutulur, yerel ve sorumlu hukuki kişilerin var olduğu bir alan için tasarlanmıştır.
2. Mevcut yasaların ağda ihlal edilmeleri halinde ağdaki hareketlerin şeffaf olmaması ve takibinin zor olması, delillerin kolayca yok edilebilmesi ve yer değiştirebilmesi, soruşturma sürecinin çok devletli/çok hukuklu yürütülmesi gerekliliği ve usul kuralları arasındaki uyumsuzluğun ve karmaşıklığın problemin çözümünü zorlaştırması
3. Ağ teknolojilerinin ulus üstü yapısı karşısında hukuk kurallarının ulusal düzeyde yaygın olması. Bu bakımdan uluslararası sözleşmeler vb ile belirli ilkeler kabul edilse bile bunların somut olarak hayata geçirilmeleri konusunda sıkıntılar yaşanmaktadır.
4. Mevcut hukuk kuralları sanayi devrimine hatta sanayi öncesi üretim biçimlerine uygundur ve onun maddi gerçekliği ile sınırlıdır. Dijital toplum açısından ticaretin ve iletişimin kurallarının

6 Hakan Ergül ve Emre Gökalp, "Medya", *Sosyal Bilimlerde Temel Kavramlar* (Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayını, 2018), s. 175-76.

7 Van Dijk, *Ağ Toplumu*, s. 195.

8 Stefan Larsson, *Conceptions in the Code: How Metaphors Explain Legal Challenges in Digital Times*, *Conceptions in the Code* (Oxford University Press, 2017), s. 26.

9 Van Dijk, *Ağ Toplumu*, s. 195-97.

yeniden yazıldığı ve farklı toplumsal ve ekonomik koşullara uygun hukuk kurallarının bu alanı düzenlemekte yetersiz kaldığı söylenebilir.

5. Sermaye ve gücün uluslararası tekelleşmesi, üretimin merkezsizleştirilmesi, küresel akış ekonomisi karşısında mevcut mevzuatın yetersiz kalması söz konusudur.

6. Yeni dönemin yeni problemlerine dair mevzuatın parçalı ve çoğunlukla birbiriyle çelişen bir yapıya sahip olduğu söylenebilir. Bütünleşik bir düzenlemenin eksikliği hissedilmektedir. Hatta kısa süre sonra teknolojik ilerlemenin gerisinde kalacak olan teknik tanımlamalar üzerinden mevzuatta detaylı değişiklikler yapılmaktadır. Bu da yasal mevzuatın daha doğumunda eksik kalmasına yol açmaktadır.

İnternet Yönetişimindeki Aktörler

Bu noktada internetin düzenlenmesindeki aktörlerin pozisyonlarını doğru değerlendirmek gerekiyor. Çünkü bu aktörler ve aralarındaki ilişkiler çözülmesi gereken yeni sorunlar, hukuksal gündeme dahil edilmesi gereken yeni kavramları beraberinde getiriyor. Lawrence Lessig internetin dört farklı kural yapısı tarafından yönetildiğini belirtiyor: hukuk, internet kullanıcıları ve kömünitelerinin normları, pazar (piyasa) ve internetin tüm teknolojik mimarisi *(code)*.[10] Lessig'den hareketle Van Dijk, internet yönetişiminde rakipleri ve yönetişim türünü şu şekilde açıklar: Hükümetler (yasal kontrol), internet toplulukları (öz-denetim), şirketler (piyasa kontrolü) ve yazılım, mimari ve güvenlik tasarımları (teknolojik kontrol).[11]

Devletler açısından internetin kontrolünün ya da düzenlenmesinin ulusal sınırlar içine sıkıştığı söylenebilir. Sınırları aşan iletişim akışını düzenlemek için devletler uluslararası sözleşmelere ihtiyaç duyar ama bunların oluşturulması ve uygulanması hem zaman alır hem de kolay değildir çünkü çatışan pek çok çıkar üzerinde uzlaşma gerektirir.[12] Tabi internetin düzenlenmesinde ulus devletler kendi sınırları içinde internet trafiğini düzenlemeye devam etmektedirler, özellikle filtreleme ve sansür ile. Bu noktada ağ tarafsızlığı önemli bir talep olarak öne çıkmaktadır.

Şirketlere baktığımızda özellikle son dönemde platform ekonomileri de denen olguyu dikkate almak gerekir.[13] İnternet trafiğinin ve içeriklerinin birkaç büyük şirket (Google/Alphabet, Facebook, Amazon, Microsoft, Apple) tarafından yönlendirildiğini söylemek mümkündür. Bu şirketler kar odaklı politikalarıyla internet ortamını yönlendirmek isterler, çünkü yazılımlar, sosyal medya, cep telefonları vb ile internet kullanıcıları büyük bir pazar oluşturur.[14] Bu aynı zamanda şirketlerin internete dair vizyonlarının çeşitli araçlarla kullanıcılara empoze edilmesi anlamına gelmektedir.

İnternet kullanıcıları büyük bir topluluk olmakla birlikte, tamamen düzensiz oldukları söylenemez. Her şeyden önce devletler ve şirketler üstü çeşitli denetim mekanizmaları mevcuttur,

10 Lawrence Lessig, *Code: And Other Laws of Cyberspace, Version 2.0.* (New York: Basic Books, 2006).
11 Van Dijk, *Ağ Toplumu*, s. 202 vd.
12 Van Dijk, s. 202.
13 Dijck, Poell, ve Waal, *The Platform Society*.
14 Van Dijk, *Ağ Toplumu*, s. 204.

örneğin alan adlarının yönetimi açısından ICANN, global idare hukukunun bir görünümü olarak tartışılmaktadır.[15] Özdenetim olarak adlandırabilecek mekanizmanın diğer görünümleri de haber grupları, çevrimiçi topluluklar, forumlar vs olarak düşünülebilir. Yani her kadar merkeziyetsiz görünse de internet ortamı mutlaka dışarıdan yönetilmesi gereken, başına buyruk bir alan değildir. Ama bu öz-denetim mekanizmalarının manipülasyona açık olduğunu da bilmek gerekiyor.[16] Yani bu topluluk yine de dağınık ve çoğu kez de bilinçsizdir.

Geldiğimiz noktada internetin başlangıçtaki demokratik doğasından[17] uzaklaştığını söylemek mümkün. Erken hukuk düşüncesinde dijital meseleler düzenlenebilir bir siberalanla ilgiliyken artık dijital gerçeklik, sosyal, hukuksal ve yönetsel meselelerle haşır neşir olarak görülüyor.[18] Gelinen noktada hukukun sınırları, dijitalleşme sürecinde rolleri değişen devletler ve şirketler tarafından çiziliyor. Dijital çağda, şirketler, devletler ve vatandaş/tüketiciler arasındaki iktidar mücadelesi ve değişen dengeler, normatif kurallara yansıyor.

Yeni Toplumun Yeni Hukuksal Problemleri

Hukukun sınırlarının nasıl çizildiğinin, hukuksal çerçevenin içini kimin ne şekilde doldurduğu, esasında bu aktörler arasındaki ilişkilerle şekilleniyor. Çünkü internet kullanıcılar, devletler ve şirketler arasındaki dengesi sürekli değişen ilişkiler yeni sorunları ve bu meseleleri hangi yasal düzenlemelerin çözeceği sorununu da beraberinde getiriyor.

Gelişen teknoloji ve artan dijitalleşme, özellikle bazı başlıklarda hukuk tarafından cevaplandırılması beklenen soruları açığa çıkarıyor. Örneğin, paylaşım ekonomileri *(sharing economy)* olarak adlandırılan piyasa modelinde sorumluluk, haklar ve yükümlülükler ne şekilde düzenleneceği bunlardan biri. Yine olağanüstü düzeyde verileşmiş bir toplumdan söz ediliyor.[19] Sürekli olarak ürettiğimiz veriler tüketici/kullanıcı/vatandaşlarla hizmet üreticiler arasındaki ilişkileri de etkiliyor. Dolayısıyla veriler ve bağlantılı meselelerin ne şekilde çözüme kavuşturulacağı da hukuk tarafından cevaplandırılması gereken problemlerden biri. Artan bilgi asimetrisi ve veri toplama faaliyeti iktidarın paylaşılmasını, tüketicinin korunmasını, mahremiyet meselelerini ve verilerin korunmasını sürekli gündemde tutuyor.[20] Verilerin algoritmik sıralanması (algoritmalar meselesi),[21] kestirimsel analizle otomatikleştirilmesi hesap verilebilirlik ve öngörülebilirlik, güvenilirlik, sorumluluk problemleri yaratıyor. Kişisel verilerin nasıl toplandığı, kullanıldığı ve nereye gittiği ya da ne için kullanıldığı süreçleri şeffaf olmadığından,

15 Sabino Cassese vd., *Global Administrative Law: The Casebook*, 3. bs (IRPA-IILJ, 2012).

16 Van Dijk, *Ağ Toplumu*, s. 203.

17 John Perry Barlow, "A Declaration of the Independence of Cyberspace", Electronic Frontier Foundation, https://www.eff.org/cyberspace-independence., 1996.

18 Stefan Larsson ve Mans Svensson, "Law and Digital Society", *RCLS Newsletter*, 2017, s. 5.

19 Karin van Es ve Mirko Tobias Schäfer, *The Datafied Society. Studying Culture through Data* (Amsterdam University Press, 2017).

20 Larsson ve Svensson, "Law and Digital Society", s. 6.

21 Frank Pasquale, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information,* (Cambridge, Massachusetts London, England: Harvard University Press, 2016).

özellikle algoritmik karar almakla ilgili politikalarda önemli kaygılar ön plana çıkıyor.[22] Platform ekonomilerinde kamusal değerlerin ne olduğu ve nasıl korunacağı sorunları da hukukun gündemindeki başlıklardan biri. Belirli sosyal, kültürel ve kamusal değerlerin nasıl korunacağı konusunda problemler var. Fikri mülkiyetin korunması meselesinde sosyal normlarla hukuk kuralları arasında çatışmalar mevcut. Mesela telif hakları konusundaki tutucu hukuksal yapı şirketlerin çıkarlarını ön planda tutarken, sosyal normlarla uyumsuzluk gösteriyor. Bu sosyal normlar kültürel ifadelerin ve içeriğin paylaşıldığı dijital ağlarda şekilleniyor.[23]

Sonuç olarak hukuk sistemi açısından algoritmaya bağlı, platforma dayalı ve dijitalleşmenin aracılık ettiği toplumsal değişimlerin karşılanmasında sorumluluk, hesap verilebilirlik, mahremiyet ve faydanın dengelenmesinin düzenlenmesindeki karışıklıkların farkında olmak gerekir. Hukuk, bir taraftan yeni teknolojinin olumsuz kullanımlarına karşı önemli araçlardan biridir.[24] Çünkü hala dünya üzerinde insanların yaygın şekilde inandığı ya da zorla veya gönüllü şekilde kabul ettiği, hukukun yerine koyabileceğimiz normatif kurallar yok.

Hukuksal düzenlemelerin oluşturulmasında, mevcut düzenlemelerin tartışılmasında ve yeniden düzenlenmesinde bu yeni ve karmaşık toplumsal yapının ihtiyaçlarına cevap verirken, düşünme biçimimizi değiştirmemizi gerektirebilir. Çünkü dijital dünyayı nasıl regüle edeceğimiz, onu metaforik ve kavramsal olarak nasıl anladığımızla ilgili.[25] Halihazırda ise bireysel hakların ve yükümlülüklerin düzenlenmesinde ibrenin şirketler ve devletleri gösterdiği söylenebilir.

Hukuksal Düzenlemelerin Çerçevesi İçin Temel Prensipler

Yukarıda bahsedilen meselelerin hukuk yoluyla düzenlenmesinde temel prensipler oluşturulması ve bunların benimsenmesi gerekir. Burada da bilgi özgürlüğü, iletişim özgürlüğü ve mahremiyetin gerçekten korunmasına dair ilkeler ön plana çıkar.[26] Bu ilkelerin içeriklerinin saptanmasından sonra, mevcut kişisel verilerin korunmasına, ifade özgürlüğüne, mülkiyetin korunmasına dair mevzuatın içinde yaşadığımız hızlı dönüşümü karşılamak için ele alınması ve revize edilmesi gerekecektir. Dijital toplumun yeni ihtiyaçlarının mevzuata meydan okuyor olması, hali hazırdaki düzenlemelerin tümünün değersiz olduğu anlamına gelmez. Ancak bundan fazlasına ihtiyaç duyulduğu da bir gerçektir. İşte bu ilkelerin içeriklerini tespit etmek, temellendirmek için insani ve sosyal bilimlerin farklı disiplinlerinden yararlanmak gerekir. Bu temellendirmeleri felsefi, sosyolojik, antropolojik açıdan yapmak mümkün. Ancak yeni çözümler üretme yolunda kurallar üzerine düşünürken, başlangıç noktası olarak dijital dünyada ya da toplumda hukukun kimin lehine işleyeceği sorusunu sormak gerekiyor.

22 Larsson, *Conceptions in the Code*.

23 Stefan Larsson, "Conceptions in the Code: What 'The Copyright Wars' Tell us about Creativity, Social Change and Normative Conflicts in the Digital Society", *Societal Studies* 4, sy 3 (2012): 1009-30.

24 Van Dijk, *Ağ Toplumu*, s. 212 vd.

25 Larsson ve Svensson, "Law and Digital Society", s. 5.

26 Van Dijk, *Ağ Toplumu*.

KAYNAKÇA

Barlow, J. P. (1996) A Declaration of the Independence of Cyberspace, Electronic Frontier Foundation. https://www.eff.org/cyberspace-independence (ET: 1 Temmuz 2021).

Cassese, S. vd. (2012) Global Administrative Law: The Casebook. 3. Baskı. IRPA-IILJ.

Castells, M. (2008) Ağ Toplumunun Yükselişi Enformasyon Çağı: Ekonomi, Toplum ve Kültür 1. Cilt. 2. Baskı. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.

Dijck, J. van, Poell, T. ve Waal, M. de (2018) The Platform Society: Public Values in a Connective World. New York: Oxford University Press.

Ergül, H. ve Gökalp, E. (2018) 'Medya', Sosyal Bilimlerde Temel Kavramlar. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayını. 157–186.

van Es, K. ve Schäfer, M. T. (2017) The Datafied Society. Studying Culture through Data. Amsterdam University Press. doi: 10.5117/9789462981362.

Larsson, S. (2012) Conceptions in the Code: What "The Copyright Wars" Tell us about Creativity, Social Change and Normative Conflicts in the Digital Society, Societal Studies, 4(3), 1009–1030.

Larsson, S. (2017) Conceptions in the Code: How Metaphors Explain Legal Challenges in Digital Times, Conceptions in the Code. Oxford University Press. Available at: https://oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780190650384.001.0001/acprof-9780190650384 (ET: 1 Temmuz 2021).

Larsson, S. ve Svensson, M. (2017) Law and Digital Society, RCLS Newsletter, pp. 4–6.

Lessig, L. (2006) Code: And Other Laws of Cyberspace, Version 2.0. 2. baskı. New York: Basic Books.

Pasquale, F. (2016) The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information. Cambridge, Massachusetts London, England: Harvard University Press.

Salter, M. ve Mason, J. (2007) Writing Law Dissertations: An Introduction and Guide to the Conduct of Legal Research. 2. baskı. Harlow, England ; New York: Trans-Atlantic Publications, Inc.

Van Dijk, J. (2018) Ağ Toplumu. İstanbul: Kafka Yayınları.

25.12.2019 TARİH, 2019/1 E. VE 2019/8 K. SAYILI YARGITAY İÇTİHADI BİRLEŞTİRME KARARININ ZAMANAŞIMINA UĞRAMIŞ BONONUN HUKUKİ NİTELİĞİ HAKKINDA DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ

Dr. Öğr. Üyesi Ferhat Kayış

Anadolu Üniversitesi

ORCİD NO: 0000-0002-9970-6075

Öz

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 25.12.2019 tarih ve 2019/1 E. 2019/8 sayılı kararıyla zamanaşımına uğramış bonolar hakkında uzun süredir Yargıtay hukuk daireleri arasında yaşanan görüş aykırılıklarını giderme yoluna gitmiştir. Oyçokluğuyla alınan bu içtihadı birleştirme kararında özetle; zamanaşımına uğramış bonoların, kambiyo senedi vasfını kaybettiği ve yazılı delil başlangıcına dönüştüğü; onun dışında hukuken hiçbir sonuç bağlanmayan ve asıl alacağın varlığının ispatında dahi tek başına delil kabul edilemeyecek bir belge haline geldiği kabul edilmiştir. Bu kararla muhtelif daireler arasındaki görüş ayrılığı giderilirken, uygulamada artık mahkemelerin işbu karar yönünde karar verme zarureti ortaya çıkmıştır. Nitekim 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun "İçtihatların Birleştirilmesini İstemek Yetkisi ve Bağlayıcılığı" kenar başlıklı 45. maddesinin beşinci fıkrasında, içtihadı birleştirme kararlarının benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlayacağı açıkça hükme bağlanmıştır[1].

Verilen bu içtihadı birleştirme kararının her ne kadar çelişkili karar çıkmasını önleyici yönü bulunsa da, uygulamada sıkıntılara neden olacağı aşikârdır. Çünkü zamanaşımı, alacağı ortadan kaldıran bir neden olmayıp, ancak defi olarak ileri sürüldüğünde dikkate alınabilen bir hususdur. Keza bonoların kredi, teminat ve ödeme aracı gibi ekonomik işlevleri olduğu gibi, hukuki nitelik bakımından soyut borç ikrarı olduğu da kabul edilmektedir. Tüm bu hususların göz ardı edilip zamanaşımına uğramış bonoların salt delil başlangıcı kabul edilmesi eleştiriye açıktır. Bu çalışmada, zamanaşımına uğramış bonolara ilişkin Yargıtay'ın varmış olduğu sonucun, mevcut düzenlemeler ve doktrindeki görüşler çerçevesinde yerinde olup olmadığı incelenmiştir. Bu

[1] Benzer bir düzenleme, 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'ndan önce yürürlükte bulunan 1221 sayılı Temyiz Mahkemesi Teşkilatına Dair Kanunun 8. maddesinde yer almaktaydı. Hatta o dönemde söz konusu bu düzenlemenin, 1961 Anayasası'nın 5. maddesindeki TBMM'nin yasama yetkisine aykırı olduğundan bahisle somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi'nde iptali istenmiştir. Anayasa Mahkemesi ise (12.06.1969 tarih, E. 1968/38, K. 1969/34 sayılı karar) içtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcılığına ilişkin düzenlemenin, Anayasa'ya herhangi bir aykırılık teşkil etmediğini belirterek talebin reddine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin 12.06.1969 tarih, E. 1968/38, K. 1969/34 sayılı kararı için bkz. RG. 29.01.1970, S. 13412.

bağlamda bonoların hukuki niteliği, zamanaşımının bonolar üzerindeki etkisi, zamanaşımına uğramış bonoların delil başlangıcı haricinde senet kabul edilip edilemeyeceği açıklığa kavuşturulmuştur.

KARARIN İÇERİĞİ

Karardan anlaşıldığı kadarıyla Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu, talep üzerine Yargıtay'ın muhtelif daireleri arasındaki zamanaşımına uğramış bonolar hakkında görüş aykırılıklarını gidermek üzere bir araya gelmiştir. Söz konusu içtihadı birleştirme kararında ise iki temel sorun tartışılmıştır:

Birincisi, zamanaşımına uğramış bononun hukuki niteliği;

İkincisi de zamanaşımına uğramış bonodaki vade tarihinin temel ilişki yönünden temerrütte ihtara gerek olmayan haller bakımından dikkate alınıp alınamayacağı ve borçlunun temerrüde düşürülmesi bakımından ihtarın gerekip gerekmediği hususudur.

Bu iki sorun bakımından Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu ilk olarak zamanaşımına uğramış bonoların kambiyo senedi vasfını yitirdiğinden (yazılı) delil başlangıcına dönüştüğü görüşünü ortaya koymuştur. Daha sonra ise zamanaşımına uğramış ve bu yüzden kambiyo senedi vasfını yitirmiş olan bonoların delil başlangıcı niteliğinde olduğundan hareketle, temel ilişkiye dayalı takip ya da davada bonodaki vade tarihi temerrütte esas alınamayacağı sonucuna varmıştır. Söz konusu kararda bu iki husus tartışılmış olmasına rağmen, bu çalışmada daha ziyade Yargıtay'ın zamanaşımına uğramış bonolar bakımından yapmış olduğu hukuki nitelemenin yerinde olup olmayacağı hususu tartışmaya açılacaktır. Çünkü ikinci sorunun çözümü bakımından, birinci sorunda varılan sonuç dayanak olarak gösterilmiştir. O halde zamanaşımına uğramış bonoların hukuki niteliği bakımından yapılacak tespit, fevkalade önem taşımaktadır.

Yeri gelmişken şu hususun da altını çizmek gerekir. Yargıtay'ın bu kararda zamanaşımına uğramış bonoların hukuki niteliği açısından yapmış olduğu tespit, ilk olmadığı gibi sadece bu karara özgü de değildir. Yargıtay bundan önce vermiş olduğu pek çok kararda, zamanaşımına uğramış bonoları, temel ilişki yönünden (yazılı) delil başlangıcı niteliğinde kabul etmiştir. Nitekim bu bağlamda şu kararlar örnek gösterilebilir[2]:

19. HD, 18.05.2015, E. 2014/19602, K. 2015/7388 : "Dava konusu senetler zamanaşımına uğradığından, davacı kambiyo hukukundan kaynaklanan haklarını yitirmiş ise de zamanaşımına uğramış bonolar yazılı delil başlangıcı olup, alacaklı alacağını her tür delille ispat edebilir."

13. HD, 09.05.2018, E. 2015/42630, K. 2018/5438 : "Mahkemece, tarafların tanık dinlenmesine açıkça muvafakatleri bulunmadığı belirtilerek tanıklar dinlenmemiş ise de, takibe dayanak bono

[2] İlgili örnek kararların tamamına https://www.lexpera.com.tr veritabanından ulaşılmıştır.

zamanaşımına uğramış olup, HMK 202. maddesi hükmüne uygun olarak yazılı delil başlangıcı niteliğinde bir belgedir."

3. HD, 23.01.2014, E. 2013/20132, K. 2014/834 : "Zamanaşımına uğramış bono nedeniyle kambiyo hukukundan doğan haklar yitirilmiş olur. Bu durumda taraflar arasındaki temel ilişki için bu belge yazılı delil başlangıcı niteliğini alır ve bonoya dayanan kişi alacağını (tanık dâhil) her türlü delille kanıtlayabilir, ya da arada temel ilişki bulunmaması halinde TTK'nun 730.maddesi yollaması ile TTK'nun 644.maddesinde düzenlenen sebepsiz iktisap hükümlerine dayanılabilir."

HGK, 04.04.2007, E. 2007/13-153, K. 2007/183 : "Zamanaşımına uğrayan ve imzası inkâr edilmeyen bono, temel borç ilişkisi bakımından yazılı delil başlangıcı niteliğindedir."

11. HD, 05.06.2018, E. 2016/10741, K. 2018/4315 : "Bonoyu elinde bulunduran kişi zamanaşımına uğramış bonoya ilişkin olarak keşideciye karşı TTK m. 644'e dayalı sebepsiz zenginleşme davası açabileceği gibi, keşideci ile arasındaki temel ilişki kapsamında bonoya yazılı delil başlangıcı olarak dayanıp alacak davası da açabilir."

Görüldüğü üzere Yargıtay'ın zamanaşımına uğramış bononun yazılı delil başlangıcı niteliğinde olduğu görüşü, yeni olmasa da içtihadı birleştirme kararının kanun hükmü gibi bağlayıcı özelliği dikkate alındığında, artık mahkemelerin aksi yönde bir karar verme olanaklarını da ortadan kaldırmıştır.

BONONUN HUKUKİ NİTELİĞİ VE ZAMANAŞIMININ BONOLAR ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Bono ya da diğer bir tabirle emre yazılı senetler[3], uygulamada en sık karşılaşılan kıymetli evrak türüdür[4]. Kıymetli evrakın kambiyo senetleri türü içinde yer alan bonolar, Türk Ticaret Kanunu'nun 776 ilâ 779. maddeleri arasında düzenlenmiştir[5].

Türk Ticaret Kanunu'nda tanımlanmayan bonolar, kanunda belli ve sıkı şekil şartlarına tabi kılınmış, belirli bir miktar paranın ödenmesi taahhüdünü içeren, temel ilişkiden soyut kıymetli

[3] Emre yazılı senet ifadesi, hem Türk Ticaret Kanunu'nun kıymetli evrakı düzenleyen üçüncü kitabının dördüncü kısmının ikinci bölümünde bölüm başlığı olarak hem de TTK 776/1'de yer almakta olup, bono ile eş anlamlı kullanımı kanun koyucu tarafından kabul edilmiş yasal bir terimdir. Fakat halk dilinde bu ifadenin pek tutulmadığını, uygulamada da daha ziyade bono ifadesinin tercih edildiğini vurgulamak gerekir. Bu hususta bkz. **Kınacıoğlu,** s. 247, dn. 1. Halk arasında bonodan sadece senet diye bahsedildiği de görülmektedir.

[4] Bu yönde bkz. **Öztan,** s. 205; **Pulaşlı,** s. 225; **Eriş,** s. 725.

[5] Her ne kadar bonolar için TTK'da sadece 4. maddeye yer verildiği izlenimi yaratılsa da bu yanıltıcıdır. Çünkü TTK'nın 778. maddesinde poliçelere ilişkin pek çok hükmün niteliğine aykırı düşmedikçe bonolara da uygulanacağı açıkça hüküm altına alınmıştır. Düzenlemede geçen niteliğine aykırı düşmedikçe ifadesi, bono ve poliçenin farklı hukuki niteliğinden kaynaklanmaktadır. Nitekim poliçede üçlü ilişki söz konusu olup poliçe havale niteliğinde kabul edilirken, bonoda ikili ilişki mevcut olup, bonolar soyut borç ikrarı niteliğinde kabul edilmektedir. Bu bağlamda örneğin bonoda poliçedeki gibi kabul müessesesi olmadığından o düzenlemelere herhangi bir atıf yapılmamıştır.

evrak niteliğine sahip borç senetleri olarak tanımlanabilir[6]. TTK 645/1 gereği bonolardaki alacak hakkı, senetle kader birliği halinde adeta iç içe geçmiş halde olup, senetten ayrı ileri sürülemediği gibi başkalarına da devredilemez[7]. Başka bir ifadeyle bonoya dayalı bir kambiyo alacağından bahsedebilmek için, ortada kanunda aranan şekil şartlarına uygun şekilde düzenlenmiş bir bononun varlığı şarttır.

Bonolar uygulamada yaygın olarak ödeme, kredi, teminat ve hatta yatırım aracı olarak kullanılan bir kıymetli evraktır. Gerçekten de ülkemizde günlük hayatın rutin pek çok işleminde bu senetler kullanılmaktadır. Özellikle taksitli satışlarda her bir taksitin, kira ilişkisinde aylık kira bedellerinin teminatı olarak, keza otomobilden taşınmazlara kadar pek çok eşyanın alım ve satımında bu senetten yararlanılmaktadır. Çünkü kambiyo senetlerine bahşedilen pek çok özellik ve hukuki güvence, piyasanın gerektirdiği güveni sağlayarak bu senetleri daha çok tercih edilebilir hale getirmiş ve tedavül kolaylığı sağlamıştır[8]. Çoğunlukla kredi aracı olarak kullanılan bonolar, bir borcun ifası amacıyla düzenlenip verildiğinde hem ödeme aracı hem de senette belirtilen vadeye kadar kredi aracı işlevi görürken, bir borcun veya edimin teminatı karşılığı verildiğinde ise teminat aracı olarak kullanılmış olur.

Bonolarda poliçe ve çekteki gibi üçlü bir ilişki bulunmaz. Bu yönüyle bonolar diğer iki kambiyo senedinden ayrılmaktadır. Gerçekten de bonoya dayalı bir kambiyo ilişkisinin ortaya çıkabilmesi açısından senedi düzenleyen ve lehtarın bulunması yeterlidir. Oysa poliçe ve çekte düzenleyen ve lehtarın dışında kambiyo senedinde bir üçüncü kimse olarak muhatabın da gösterilmesi şarttır. Poliçede muhatap gerçek veya tüzel kişi fark etmeksizin herkes olabilirken, çekte muhatap çek hesabının bulunduğu bankadan başkası olamaz[9].

Bonolar, hukuki niteliği itibariyle bir ödeme vaadi ve aynı zamanda soyut borç ikrarı niteliğindedir[10]. Soyut borç ikrarı niteliğindedir; çünkü TTK 776/1-b uyarınca kayıtsız şartsız belirli bir bedeli ödeme vaadini içerir. Bu ödeme vaadi, herhangi bir şarta veya kayda bağlanamadığı gibi bononun içeriğinden temel ilişkinin yani borcun sebebinin ne olduğu

[6] Benzer şekilde bir tanım için bkz. **Domaniç,** s. 465.

[7] Keza bu yönde bkz. **Domaniç,** s. 465-466.

[8] Bu hususta bkz. **Poroy/Tekinalp,** s. 281-282, No. 410; **Kayış,** s. 19-20.

[9] Doktrinde *Bahtiyar*, çeklerde düzenleyenin kendisini lehtar veya muhatap olarak gösterebileceğinden bahsetmektedir. Bu hususta bkz. **Bahtiyar,** s. 128. Kanaatimizce bu görüşe katılma olanağı yoktur. Nitekim Türk Ticaret Kanunu'nun 782. maddesinin birinci fıkrasında "Türkiye'de ödenecek çeklerde muhatap ancak bir banka olabilir" ifadesiyle bu husus açıkça ortaya konmuştur. Ancak yazarın bu yargıya varmasının nedeni de TTK 818/1-a maddesidir. Poliçeye atıf yapılan bu düzenlemeye göre düzenleyenin bizzat kendi emrine, kendi üzerine ve üçüncü kişi hesabına düzenlediği poliçeler hakkındaki 673. madde uygulanacağı ifade edilmiştir. TTK 673 uyarınca ise, poliçe bizzat düzenleyenin emrine yazılı olabileceği gibi, bizzat düzenleyen üzerine veya üçüncü bir kişi hesabına da düzenlenebilir. Bu hükmün çekler açısından düzenleyenin kendini lehtar tayin edebilmesi ve üçüncü kişi hesabına çek keşide edebilmesi açısından uygulanabileceği, muhatabın ise sadece banka olması vesilesiyle, banka çekleri istisna olmak üzere, düzenleyenin kendisini muhatap olarak gösterdiği çeklerin ise geçersiz olacağı kanaatindeyiz.

[10] Bu hususta bkz. **Druey/Guhl,** s. 915, No. 9; **Bülow,** s. 345, No. 1; **Ülgen,** (Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya), s. 129, No. 432.

anlaşılmaz. Keza TBK 18'de borcun sebebini içermemiş olsa bile borç tanımasının geçerli olduğu hükme bağlanmıştır. O halde bonolarda da temel ilişkiden soyut bir ödeme vaadi bulunduğundan soyut borç ikrarı kabul edilmesinin önünde hukuki bir engel bulunmamaktadır. Belirtmek gerekir ki bonolar bu niteliği itibariyle hem poliçeden hem de çekten ayrılmaktadır[11]. Gerek poliçe gerekse çeklerde üçlü bir ilişki söz konusu olup, kambiyo alacağının ödenmesi düzenleyen tarafından muhataptan talep edilmektedir. Bu yüzden her iki senette de senet metninde muhataba yönelik genellikle "*ödeyiniz*" ifadesine yer verilir. Nitekim kanun koyucu, poliçenin de çekin de temelinde havale ilişkisinin bulunduğunu ilgili düzenlemelerde ortaya koymuştur (TTK 671/1-b; 780/1-b). Bonolarda ise üçlü ilişki olmadığından senet bedelinin ödenmesi üçüncü kişiden talep edilmemekte, doğrudan düzenleyen bedeli ödeyeceğini vaat etmektedir[12]. Bu açıdan bir bono incelendiğinde, senet metninde poliçe ve çekteki gibi "*ödeyiniz*" ifadesi yerine "*ödeyeceğim*" ifadesi bulunur.

Kanun koyucu, bir hakkın belirli süre geçtikten sonra talep ve takip edilememesi konusundaki tercihini hak düşürücü süre ve zamanaşımı olmak üzere iki şekilde ortaya koymuştur[13]. Zamanaşımı, bir alacağın muaccel hale geldikten sonra yasada öngörülen süre içinde alacaklının alacağını elde etme hususunda hareketsiz kalması neticesinde borçluya ifadan süresiz kaçınma hakkı veren bir durumu ifade eder[14]. Hak düşürücü sürede ise, kısaca bir hakkın ileri sürülmesi veya kullanılması için tayin edilen sürede, söz konusu hakkın ileri sürülmemesi veya kullanılmaması sonucu hakkın ortadan kalktığı durum anlaşılır[15].

Bir alacağın zamanaşımına uğramış olması onu ortadan kaldırmaz. Bu haliyle zamanaşımı borcu sona erdiren bir sebep olmayıp, ancak borçlu tarafından defi olarak ileri sürüldüğünde etkisini gösteren bir müessesedir. Nitekim TBK'da borcun sona ermeleri halleri, 3. bölüm 1. ayrımda m. 131-145 arasında düzenlenmiş; zamanaşımı ise, 3. bölüm 2. ayrımda m. 146 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Zamanaşımına uğramış bir borç, kendiliğinden ortadan kalkmasa da eksik borç halini alır. Dolayısıyla alacaklı tarafından ortada hala muaccel ve dolayısıyla talep edilebilir bir alacak vardır. Keza borçlunun zamanaşımına uğramış bir borcu hatayla da olsa ifa etmesi, geçerli bir ifadır ve sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde geri istenemez (TBK m. 78/2).

O halde genel hükümler çerçevesinde zamanaşımı, ancak borçlu tarafından ileri sürüldüğünde dikkate alınan ve alacağın ifasını etkisizleştiren bir durumu ifade eder. Başka bir deyişle mahkeme tarafından resen dikkate alınmayan bu durum, ancak borçlu tarafından defi olarak ileri

[11] Benzer şekilde bkz. **Bülow,** s. 346, No. 3.
[12] Bu doğrultuda bkz. **Öztan,** s. 206; **Poroy/Tekinalp,** s. 281, No. 409.
[13] **Kılıçoğlu,** s. 659.
[14] Bu yönde bkz. **Oğuzman/Öz,** s. 600.
[15] Zamanaşımı ile hak düşürücü süre arasındaki farklar için bkz. **Oğuzman/Öz,** s. 601; **Kılıçoğlu,** s. 659-660.

sürüldüğünde, artık borçlunun söz konusu borcun ifasına zorlanamayacağını ifade eder[16]. Bu bağlamda zamanaşımına uğramış bir borcun yerine getirilip getirilmemesi, tamamen borçlunun keyfiyetine kalır.

Zamanaşımı, sadece adi alacaklara özgü olmayıp kambiyo alacakları bakımından da zamanaşımı süreleri öngörülmüştür. Fakat ticari hayatın kendine özgü dinamikleri ve borçlar hukukunun yavaşlatıcı etkileri dikkate alınarak, kambiyo alacakları hakkında zamanaşımı süreleri, genel hükümlere kıyasla daha kısa belirlenmiştir. Bonolara ilişkin zamanaşımı sürelerinde ise poliçelerde zamanaşımına ilişkin TTK 749 vd. hükümlerine atıf yapılmıştır (TTK 778/1-h). Söz konusu düzenleme, bonolara niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulama alanı bulur. Bu bağlamda bonodaki ikili ilişki ve kambiyo borçlularının konumu ile poliçedeki üçlü ilişki ve kambiyo borçlularının konumu dikkate alınarak zamanaşımı sürelerini bonoya uyarlamak gerekir. Bono ve poliçede asıl borçlu ve müracaat (başvuru) borçlusu olmak üzere iki farklı türde borçlu bulunur. Bonoda düzenleyen poliçede ise kabul eden muhatap asıl borçludur. Dikkat edilirse bonoda düzenleyen ile poliçe düzenleyen kimsenin kambiyo ilişkisi içindeki borçlu sıfatı birbirinden ayrılmaktadır. Poliçede düzenleyen müracaat (başvuru) borçluları arasında yer alırken (TTK 713/1); bonoda düzenleyen poliçedeki kabul eden muhatap gibi asıl borçlu konumundadır (TTK 779/1)[17]. O halde zamanaşımına ilişkin kabul eden muhatap için öngörülen süre bonolarda düzenleyen bakımından uygulama alanı bulacaktır. Dolayısıyla bonolarda düzenleyene karşı zamanaşımı süresi, alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren üç yıl iken; diğer kambiyo borçluları karşı zamanaşımı süresi süresinde çekilen protesto tarihinden veya "*gidersiz iade olunacaktır*" kaydı varsa vadenin dolduğu tarihten itibaren bir yıldır (TTK 749/1-2). Keza bir cirantanın düzenleyen dışındaki cirantalara karşı ileri süreceği istemler ise, cirantanın bonoyu ödediği veya bononun dava yoluyla kendisine karşı ileri sürüldüğü tarihten itibaren altı ay geçmekle zamanaşımına uğrayacaktır (TTK 749/3)[18].

Kambiyo alacakları bakımından da zamanaşımı, genel hükümlerdeki etkiye paralel etkiler doğurur. Başka bir ifadeyle zamanaşımının sonuçları bakımından, alacağın adi veya kambiyo alacağı olması bir fark yaratmaz. Dolayısıyla zamanaşımına uğramış bir kambiyo alacağı da dava edilebilir ya da kambiyo senetlerine özgü haciz veya iflas yoluyla takibe konu edilebilir. Bu açıdan Yargıtay'ın «zamanaşımına uğramış kambiyo senetleri bakımından hamilin kambiyo hukukundan doğan hakları kullanamayacağı yönündeki görüşüne» katılma olanağı yoktur (Söz konusu karar için bkz. 19. HD, 24.01.2008, 11269/290). Aynı görüş, maalesef doktrinde de dile

[16] "Bonoya dayalı ihtiyati haciz istemi, bononun zamanaşımına uğradığı gerekçesiyle reddedilmişse de, zamanaşımı savunması def'i niteliğinde olup, aleyhine ihtiyati haciz istenen tarafından ileri sürülmediği sürece mahkemece resen gözetilemez." 11. HD, 20.10.2011, 12516/14256 (**Eriş,** s. 625).

[17] Nitekim bu hususta bkz. **Öztan,** s. 214; **Bülow,** s. 353, No. 1; **Kaya,** (Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya), s. 198, No. 737; **Susuz,** s. 81.

[18] Bu süreler, TTK 6/1'deki "Ticari hükümler koyan kanunlarda öngörülen zamanaşımı süreleri, Kanunda aksine düzenleme yoksa sözleşme ile değiştirilemez" hükmü nedeniyle, uzatılıp kısaltılamaz.

getirilmektedir. Oysa zamanaşımı, kambiyo alacakları yönünden hak düşürücü bir etkiye sahip değildir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, zamanaşımına uğramış bir kambiyo alacağı, kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takibe konu edildiğinde, icra memuru zamanaşımını kendiliğinden dikkate alıp takibe engel olamaz. İcra memurunun dikkat edeceği hususlar, senedin kambiyo senedi olup olmadığı, vadesinin gelip gelmediği, hamilin yetkili hamil olup olmadığı ve eğer müracaat borçlularına karşı bir başvuru söz konusu ise protestonun çekilip çekilmediği hususlarıdır. Alacağın zamanaşımına uğradığı hususu, borçlu tarafından ödeme emrinin tebliğinden itibaren beş gün içinde itiraz edilecek sebepler arasında yer alır (İİK m. 168/1-b. 5).

ZAMANAŞIMINA UĞRAMIŞ BONONUN KAMBİYO SENEDİ VASFINI YİTİRİP YİTİRMEDİĞİ HUSUSU

Söz konusu içtihadı birleştirme kararında en dikkat çekici noktalardan biri de, Yargıtay'ın zamanaşımına uğramış bonoların kambiyo senedi vasfını yitirdiği görüşüdür[19]. Doktrinde ise, zamanaşımına uğramış bonoların kambiyo senedi vasfını yitirmeyeceği belirtilmektedir[20]. Yargıtay, daha önceki tarihli kararında bu esastan hareket ederek senedin adi senede dönüşmeyeceğini içtihat etmekteydi[21].

Yukarıda da ifade edildiği üzere zamanaşımının alacaklar üzerindeki etkisi, hakkı ortadan kaldırıcı bir etki olmayıp, sadece borçlu tarafından defi olarak ileri sürüldüğünde dikkate alınabilen bir durumu ifade etmektedir. Gerçekten de zamanaşımına uğramış kambiyo alacağı gerek dava gerekse de kambiyo senetlerine özgü takip yoluyla ileri sürülebilir. Yargıtay'ın içtihadı birleştirme kararındaki zamanaşımına uğramış bonoların kambiyo senedi vasfını yitirdiği görüşünden hareket edilirse, bu tarz senetlere istinaden açılan davalarda ve yapılan takiplerde mahkeme ve icra dairelerinin bu hususu kendiliğinden nazara alması gerekir. Oysa zamanaşımı borcu sona erdiren bir hal değildir. Keza borçlu tarafından ileri sürülmedikçe tek başına dikkate alınamaz[22]. Yargıtay'ın içtihadı birleştirme kararında varmış olduğu sonuç, bu açıdan

[19] Benzer şekilde bkz. "Zamanaşımına uğrayan bono, kambiyo senedi niteliğini kaybeder." 11. HD, 19.01.2015, 14186/612 (**Eriş,** s. 621).

[20] Nitekim bu yönde bkz. **Bozgeyik,** (Karahan/Arı/Bozgeyik/Saraç/Ünal), s. 305; **Susuz,** s. 145; **Durgut,** s. 79.

[21] "Emre muharrer senet, tanzim sırasındaki niteliği ne ise onu muhafaza edip, zamanaşımına uğraması nedeniyle adi senede dönüşmez." 12, HD, 04.03.1980, 580/1088 (https://www.lexpera.com.tr). Benzer şekilde bkz. "Davacı, emre yazılı senedin adi senede dönüştüğünü ileri sürmüşse de bu iddiası yerinde değildir. Emre yazılı senet zamanaşımı geçmekle adi senede dönüşmez." 11. HD, 24.02.1987, 7611/1021 [**Bozgeyik,** (Karahan/Arı/Bozgeyik/Saraç/Ünal), s. 305, dn. 116].

[22] "Zamanaşımı savunması, ilk itirazlardan olmamakla beraber, uygulama ve öğretiye göre, cevap dilekçesinde ileri sürülmesi gerekir. Savunmanın ileri aşamalarında ileri sürülmesi halinde ise, karşı tarafça savunmanın genişletildiği biçimde bir açıklama ile itiraz edilmediği sürece zamanaşımı itirazının kabul edilmesi gerekir." 11. HD, 07.03.1996, 8578/1470 [**Bozgeyik,** (Karahan/Arı/Bozgeyik/Saraç/Ünal), s. 305, dn. 121. Ayrıca bkz. YKD, 1996/5, s. 739]. Ancak burada Yargıtay tarafından zamanaşımı için teknik anlamda itiraz ifadesinin kullanılması yerinde olmamıştır. Kararda zamanaşımı itirazı yerine niteliğine uygun olarak zamanaşımı defi dense şüphesiz daha isabetli olurdu.

kanaatimizce yerinde değildir. Çünkü zamanaşımının senedi niteliğini değiştirici veya hak düşürücü bir etkisi bulunmamaktadır[23]. Bu yüzden içtihadı birleştirme kararında ifade edildiği gibi zamanaşımına uğramış senet, kambiyo senedi vasfını yitirmez. Ancak özellikle ödeme vaadi niteliğinde olan bonolarda adi senedin tüm unsurlarının da bulunduğu göz ardı edilmemelidir.

ZAMANAŞIMINA UĞRAMIŞ BONO HER DURUMDA (YAZILI) DELİL BAŞLANGICI MI KABUL EDİLMELİDİR?

Kambiyo senetlerinin bir özelliği de temel ilişkiden soyut senetler olmasıdır. Gerçekten de bir kambiyo senedine bakıldığında, bu senedin hangi hukuki ilişkiye istinaden verildiği anlaşılmaz. Hatta temel ilişkinin kambiyo senedinde gösterilmemesi özellikle arzu edilmiştir. Nitekim temel ilişkinin herhangi bir nedenle geçersiz olması ise, kambiyo senedinin geçersizliğine yol açmaz.

Bir kambiyo senedi düzenlenmesiyle bu ilişkinin tarafları arasında öncelikle bir kambiyo ilişkisi ortaya çıkar. Bir de bu kambiyo senedinin düzenlenmesine neden olan satış, kira, ödünç, eser sözleşmesi gibi temel ilişki olarak adlandırılan bir hukuki ilişki bulunur. Her ne kadar kambiyo senetleri asıl ilişkiden soyut senetler olsa da, kambiyo ilişkisinin ortaya çıkması genellikle altta yatan bu asıl ilişkinin varlığına bağlıdır. Dolayısıyla her kambiyo ilişkisinin altında bir temel ilişki bulunmaktadır[24]. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi bir kambiyo senedi düzenlenmesi taraflar arasında temel ilişki ve kambiyo ilişkisi olmak üzere iki farklı hukuki ilişki ortaya çıkarır.

TBK 133/2 uyarınca mevcut bir borç için kambiyo taahhüdünde bulunulması tarafların açıkça yenileme iradeleri olmadıkça yenileme sayılmamıştır. Dolayısıyla temel ilişkiye istinaden düzenlenen kambiyo senedi, ifa amacıyla verilmiş kabul edilip temel ilişkideki borcun yerini almaz. Bu yüzden elinde kambiyo senedi bulunan kimse, her ne kadar hayatın olağan akışı içinde kambiyo ilişkisi çerçevesinde başvuru hakkını öncelikli olarak kullanacak olsa da, bu durum o kimsenin temel ilişkiye dayanarak alacağını talep etmesine engel teşkil etmez. Başka bir deyişle burada alacaklı yönünden hakların telâhuku (taleplerin yarışması) durumu söz konusu olup, alacaklı alacağını dilerse kambiyo ilişkisine dilerse de temel ilişkiye dayanarak talep edebilir[25]. Fakat böyle bir pozisyonda bulunan alacaklılar, kambiyo senetlerinin sahip olduğu hukuki güven ve kanun koyucunun bu alacaklar için öngördüğü özel düzenlemeler çerçevesinde kolay icra edilebilirlik özelliği nedeniyle genellikle alacağını kambiyo ilişkisine dayanmak suretiyle talep ederler.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 202. maddesinin ikinci fıkrasında delil başlangıcı şu şekilde tarif edilmiştir: "Delil başlangıcı, iddia konusu hukuki işlemin tamamen ispatına yeterli

[23] Poliçe ve bonolar için öngörülmüş zamanaşımı sürelerinin hak düşürücü nitelikte olmadığı yönünde bkz. **Karayalçın,** s. 251; **Bozgeyik,** (Karahan/Arı/Bozgeyik/Saraç/Ünal), s. 305.

[24] Senedin taraflar arasında bir borç ilişkisi bulunmaksızın hatır amacıyla verilmesinde bile hatır ilişkisi şeklinde temel ilişkinin olduğu hususunda bkz. **Ülgen,** (Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya), s. 86, No. 278.

[25] Bu doğrultuda bkz. **Öztan,** s. 71; **Pulaşlı,** s. 203; **Ülgen,** (Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya), s. 91, No. 288; **Bahtiyar,** s. 45.

olmamakla birlikte, söz konusu hukuki işlemi muhtemel gösteren ve kendisine karşı ileri sürülen kimse veya temsilcisi tarafından verilmiş veya gönderilmiş belgedir." Söz konusu düzenlemeye göre bir belgenin delil başlangıcı olabilmesi için şu unsurları bünyesinde barındırması gerekir. Öncelikle delil başlangıcı için ortada bir belge bulunmalıdır. Çünkü kanun koyucu, delil başlangıcının bir belge olduğundan söz etmektedir. Belge ise, HMK 199'a göre uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcılarıdır. Bu bağlamda imzasız mektup, paraflanmış belge, üzerine not düşülmüş kartvizit gibi uyuşmazlığı ispata elverişli senet kapsamında değerlendirilemeyen her türlü bilgi taşıyıcısı delil başlangıcı olabilir.

Eskiden delil başlangıcı için "*yazılı*" delil başlangıcı ifadesi kullanılmaktaydı. Fakat yeni düzenlemede belge kavramı içinde mutlaka yazılı bir metin olması gerekmemekte; fotoğraf, ses kaydı gibi uyuşmazlık konusuyla alakalı vakıaları ispata elverişli bilgi taşıyıcıları da belge kapsamında ele alınmaktadır. Bu yüzden eski düzenleme zamanında kullanılan yazılı ibaresi delil başlangıcı bakımından bir zorunluluk olmaktan çıkmıştır. İkincisi delil başlangıcı olarak kabul edilecek belgenin kendisine karşı ileri sürülen kimse veya temsilcisi tarafından verilmiş veya gönderilmiş olması gerekmektedir. Üçüncü olarak ise, delil başlangıcı sayılacak belgenin iddia edilen hukuki işlemi tam olarak ispat edememekle birlikte, o işlemi muhtemel göstermesi gerekir. Bu unsurları taşıyan bir belge, delil başlangıcı niteliğinde olup senetle ispat zorunluluğu bulunan hallerde delil başlangıcına dayanan kimseye tanık dinletmek suretiyle vakıasını ispat kolaylığı sağlar.

Delil başlangıcı, senet kuvvetine sahip olmayan ve iddia edilen hukuki işlemi tam olarak ispat edemeyen bir belgedir. Bu yönüyle zamanaşımına uğramış olsa bile nitelikli senet vasfında olan bonoları delil başlangıcı olarak kabul etmek yanlıştır. Aksi takdirde aynı sonuca adi senetler yönünden de varmak icap eder. Zira zamanaşımı, söz konusu belgenin niteliğini değiştirici bir etkiye sahip değildir. Ek olarak zamanaşımının hak düşürücü bir fonksiyonu da bulunmamaktadır. Bu yüzden zamanaşımına uğramış ve sebepsiz zenginleşmeden doğan dava hakkı da zamanaşımına uğramış olan bononun, tekrar kambiyo takibine veya sebepsiz zenginleşme davasına konu edilmesine yasal bir engel yoktur. Borçlu zamanaşımı definde bulunmadığı takdirde, anılan takip ve davalar yoluyla alacağın tahsili meşru ve mümkündür. Zamanaşımına kambiyo senedinin niteliğini değiştirici bir etki yüklemek, zamanaşımına ilişkin mevcut düzenlemeler karşısında kanun koyucunun iradesine aykırı bir yorum tarzı olacağı kanaatindeyiz.

Yargıtay, zamanaşımına uğramış çekler yönünden de, arada temel ilişki bulunması halinde (yazılı) delil başlangıcı sonucuna varmaktadır (HGK, 04.04.2007, 13-153/183). Oysa bonolar hukuki nitelik açısından havale hükmünde olmayıp, soyut borç ikrarı niteliğine sahip senetlerdir. Bu bağlamda çekler açısından varılan bu sonucun aynen bonolar bakımından da kabul edilmesi yine kanaatimizce isabetsizdir.

ZAMANAŞIMINA UĞRAMIŞ BONONUN ADİ SENET OLARAK KABUL EDİLİP EDİLEMEYECEĞİ HUSUSU

Kambiyo senetlerinde zamanaşımına ilişkin özellikle zamanaşımının etkileri bakımından doktrin ve uygulamada senedin adi senede dönüşmeyeceği ifade edilmektedir. Bu bağlamda doktrinde *Öztan*, poliçe bağlamında zamanaşımına uğramış poliçe alacağının adi borca tahviline imkân olmadığı görüşünü dile getirmiştir[26]. Benzer şekilde *Susuz* da, zamanaşımına uğramış kambiyo senetlerinin üzerine kurulu oldukları hukuki işlemlerin tüm unsurlarını taşıdıkları dikkate alınırsa, bunların birer havale veya soyut borç ikrarı olduklarının ileri sürülebileceğini; ancak bu yorumun kanunu amacına aykırı olduğunu ve kambiyo alacağı zamanaşımına uğramış hamile alacağını elde etme yolunda pek çok imkân tanındığını belirtmiştir[27]. *Durgut* ise, zamanaşımına uğramış kambiyo senedinin kambiyo senedi vasfını yitirmediği ve adi senede dönüşemeyeceği görüşünü paylaşmıştır[28].

Yargıtay da muhtelif kararlarında zamanaşımına uğramış kambiyo senedinin adi senede dönüşmeyeceğini içtihat etmiştir[29].

Doktrinde *Umar* ise, zamanaşımına uğramış bononun hukuki niteliği hakkında "Gerçekten artık bu belge bono işlevinde olmayacak ve borcun sebebini göstermiyor ise de, yargılama usulü hukuku açısından, borç ikrarıdır ve adi senettir." görüşünü dile getirmiştir[30].

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda belge kavramı açıklanmış olmakla birlikte, senedin ne olduğu açıkça ortaya konulmamıştır. Doktrinde ise senet kavramının tanımı konusunda görüş birliği olduğu söylenemez. Nitekim bir yerde senet, bir beyanın, ispatını sağlayacak şekilde yazı ile dışa vurulması olarak tanımlanmışken[31], bir başka yerde iddia konusu vakıanın ispatına tek başına yetebilen ve kendisine karşı ileri sürülmüş kimse veya temsilcisi tarafından düzenlenmiş bir belge olarak tanımlanmıştır[32]. Bir başka görüşe göre ise bir şeyin senet

[26] Söz konusu görüş için bkz. **Öztan,** s. 189.
[27] İlgili görüş için bkz. **Susuz,** s. 147.
[28] Bu yönde bkz. **Durgut,** s. 79.
[29] Bu hususta örnek olarak bkz. "Yukarıda açıklandığı üzere, zamanaşımına uğramış olan bono adi senet sayılmayacağı gibi, aralarında temel ilişki bulunmayan hamil yönünden yazılı delil başlangıcı da teşkil etmez." HGK, 28.03.2001, 19-230/310 [**Bozgeyik,** (Karahan/Arı/Bozgeyik/Saraç/Ünal), s. 305, dn. 116]. Benzer şekilde bkz. "Bonoda zamanaşımının gerçekleşmesi halinde, bono zamanaşımına uğramış sayılır. Ancak bu durumda bono vasfında bir değişiklik olmaz. Zamanaşımına uğramış bono ile genel haciz yoluyla da icra takibi yapılamaz." 12. HD, 31.05.2007, 8901/11344 (**Eriş,** s. 626). Ancak bu son kararda Yargıtay'ın zamanaşımına uğramış bono ile genel haciz yoluyla icra takibi yapılamayacağı görüşüne katılma olanağı yoktur. Genel haciz yoluyla takibe başvurmak için alacaklının elinde herhangi bir belge bulunmasına dahi gerek olmazken, zamanaşımına uğramış bono ile genel haciz yoluyla icra takibi yapılamayacağı görüşü fevkalade isabetsizdir.
[30] Bu görüş için bkz. **Umar,** s. 655.
[31] Bu tanım için bkz. **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım,** s. 325. Benzer yönde başka bir tanım için bkz. **Kuru/Arslan/Yılmaz,** s. 372.
[32] Söz konusu tanım için bkz. **Umar,** s. 615.

olarak nitelendirilebilmesi için, bir hukuki işleme veya vakıaya ilişkin olması, dış dünyada varlık kazanmış bulunması, yazılı olması ve imzalanmış bulunması gerekmektedir[33].

Usul hukuku açısından her senet bir belge iken, her belge bir senet değildir. Başka bir anlatımla belge, bir üst kavram olup senedi de içinde barındırır. Doktrindeki söz konusu tanımlardan yola çıkarak senet hakkında genel hatlarıyla şu özelliklerden bahsedilebilir: Öncelikle senet bir yazılı bir belgedir. Bu belge, iddia konusu vakıanın ispatına tek başına yeterli olabilecek ölçüde içeriğe sahiptir. Genellikle bu belge kendisine karşı ileri sürülecek olan kimse veya temsilcisi tarafından düzenlenir[34].

Doktrinde özellikle ticaret hukukçuları arasında zamanaşımına uğramış bononun adi senet olarak kabul edilmeyeceği görüşü hâkimse de ve bu görüş Yargıtay'ın muhtelif daire kararlarında da dile getirilmişse de, usul hukukuna hâkim olan temel ispat kuralları ile adi senede ilişkin unsurlar dikkate alındığında, bu görüşün dayanağı sağlam temeller üzerine oturtulamamaktadır. Zamanaşımına uğramış bonoyu adi senet dahi kabul etmemek ve her halükarda delil başlangıcı saymak, ne bononun soyut borç ikrarı niteliği ne de adi senedin tüm unsurlarını taşımasıyla açıklanabilir. Zira soyut borç ikrarı niteliğinde olan ve adi senedin tüm unsurlarını bünyesinde barındıran bir bonoyu salt zamanaşımına uğradı diye, aralarında temel ilişki bulunan kambiyo borçluları yönünden adi senet hükmünde dahi saymamak, kanaatimizce alacaklının hak arama hürriyetinin kanunun öngörmediği şekilde kısıtlanması anlamına gelmektedir.

HMK'nın 205/1. maddesi gereğince imzası ikrar edilen adi senetler aksi ispat edilmedikçe kesin delil sayılır. Zamanaşımına uğrayan bonoda kambiyo hukukundan kaynaklanan talep hakları yitirilmiş ise de aralarında temel ilişki bulunan düzenleyen ve lehtar bakımından senette hem imza hem de "*ödeyeceğim*" şeklinde bir irade açıklamasının varlığı, bu irade açıklamasının bir kağıt üzerinde olması ve yazılı olması gibi tüm unsurlar bulunmaktadır. Bu durumda bu belgenin HMK anlamında adi senette bulunması gereken tüm unsurları taşıması nedeniyle adi senet olarak kabul edilmemesi düşünülemez.

Aralarında temel ilişki bulunan düzenleyen ile lehtar arasındaki bono, zamanaşımına uğramış olsa dahi yukarıda yer verilen tanımlara ve senedin unsurlarına göre adi senedin tüm unsurlarını içermektedir. Keza Türk Ticaret Kanunu'nda zamanaşımına uğrayan senedin adi senet dahi sayılmayacağına ilişkin herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır.

Alacaklının zamanaşımına uğrayan bonoda hakların yarışması kapsamında temel ilişkiye dayalı olarak bu senede delil olarak dayanması suretiyle hakkını ispat etmesi mümkündür. Özellikle senedin asıl borçlusu olan düzenleyen ile lehtar arasındaki zamanaşımına uğramış senetlere dayalı

[33] Bu yönde bkz. **Budak/Karaaslan,** s. 233, No. 67.

[34] Fakat doktrinde de haklı olarak belirtildiği üzere, söz konusu belgenin senet kabul edilebilmesi açısından illa her zaman kendisine karşı ileri sürülen kimse veya temsilcisi tarafından düzenlenmiş olmasına gerek yoktur. Nitekim akit tablosu hariç tapu senedinde tarafın imzası bulunmamasına rağmen bu belgenin senet niteliği tartışılmazdır. Bu hususta bkz. **Yılmaz,** s. 1081.

taleplerde, senedin adi senet vasfında kabul edilmesi, bononun ödeme vaadi ve soyut borç ikrarı niteliğine de uygundur.

Sonuç olarak zamanaşımına uğramış bonolarda, lehtarın düzenleyene başvurduğu durumlarda söz konusu senet, delil başlangıcı değil adi senet hükmünde kabul edilmelidir. Keza tedavüle çıkarılmış kambiyo senetleri yönünden zamanaşımına uğramış bonolar, aralarında temel ilişki bulunan kimseler bakımından da adi senet hükmünde kabul edilmelidir. Çünkü bunlar, kendi aralarındaki temel ilişkiye dayalı olarak bir borcun ifası veya ifa yerine geçmek üzere senedi ciro etmektedirler. Ancak, alacaklının temel ilişkiye dayalı olarak dava açması ve bonoya da delil olarak dayanması halinde zamanaşımı süresi, o temel ilişki için TBK'nın 146 veya 147. maddelerindeki sözleşme tiplerindeki zamanaşımı (10 ve 5 yıllık gibi) sürelerine tabi olacaktır. Kaldı ki bononun soyut borç ikrarı niteliğinde bir belge olması, zamanaşımına uğramış bono bakımından bu yönde bir değerlendirme yapmayı gerektirir.

SONUÇ

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, verdiği kararla zamanaşımına uğramış bonoların kambiyo senedi vasfını yitirdiği ve delil başlangıcı niteliğinde olduğu kanaatine varmıştır. Bu kararla hukuk daireleri arasındaki görüş ayrılıkları giderilirken, zamanaşımına uğramış bonoların asıl alacağın varlığını ispatta tek başına yeterli olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Zamanaşımı, borcu sona erdiren bir neden olmayıp, ancak bir defi olarak ileri sürüldüğünde dikkate alınabilen bir durumdur. Keza zamanaşımına uğramış bir borcun ifası da geçerli bir ifa olarak kabul edilmektedir (TBK 78/2). Bonolar ise, hukuki nitelik bakımından ödeme vaadi ve soyut borç ikrarı niteliğinde bir belgedir. Bu bağlamda bononun zamanaşımına uğramış olması, defi olarak ileri sürüldüğünde kambiyo senedine bağlı başvuru hakkının kullanılmasına engel olsa da, bononun soyut borç ikrarı olma özelliğini ortadan kaldırmaz. Bu durumun göz ardı edilerek zamanaşımına uğramış bononun temel ilişki veya asıl borçlu yönünden salt delil başlangıcı kabul edilmesi eleştiriye açıktır. Çünkü delil başlangıcı, iddia konusu hukuki işlemin tamamen ispatında yeterli kabul edilmeyen ve ancak iddianın tanık ile desteklenmesi durumunda delil işlevine sahip bir belgedir (HMK 202). Delil başlangıcı senetten farklı olarak ispatı istenen hukuki ilişkinin varlığı hakkında tam bir kanaat edinilmesine elverişli değildir. Oysa bononun kambiyo senedi vasfını yitirmesi, ondan adi senet olarak yararlanılmasına engel değildir. Çünkü soyut borç ikrarı niteliğindeki bono, özellikle aralarında temel ilişki bulunan kambiyo borçluları arasında, delil başlangıcından öte bir anlam ifade etmektedir.

Tüm bu yönleriyle söz konusu karar, alacaklının haklarını kanunun öngörmediği şekilde kısıtlayan ve bononun hukuki niteliği ile temel ispat kuralları çerçevesinde yerindeliği tartışmaya açık bir karardır.

Bononun zamanaşımına uğramış olması, ondan adi senet olarak yararlanılmasına engel bir durum ortaya çıkarmaz. Zira zamanaşımının senedin vasfını ortadan kaldırıcı veya hak düşürücü bir

etkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla zamanaşımına uğramış bono için, temel ilişki yönünden sadece delil başlangıcı niteliği taşır demek, zamanaşımına kanun koyucunun öngördüğünün ötesinde bir fonksiyon yüklemek anlamına gelir. Kaldı ki hukukumuzda senedin bütün unsurlarını taşıyan bonoların, salt zamanaşımına uğramış olması nedeniyle adi senet hükmünde dahi sayılmayacağına ilişkin herhangi bir yasal düzenlenme bulunmamaktadır. Alacaklının elinde zamanaşımına uğramış bonoya adi senet olarak dayanmak gibi daha lehe bir imkân varken, bu imkândan yararlanmasının engellenerek söz konusu bonoyu delil başlangıcı olarak nitelendirmek, alacaklının hak arama hürriyetinin de kısıtlanması anlamı taşır. Kanaatimizce zamanaşımına uğramış bono, gerek soyut borç ikrarı niteliğinde olması gerekse de senedin bütün unsurlarını bünyesinde taşıması nedeniyle pekâlâ adi senet olarak kabul edilebilir. Nitekim kambiyo senedinin düzenlenmesi de esasen tarafların aralarındaki temel ilişkiye dayalı olarak bir borcun ifasına hizmet etmektedir. O halde aralarında temel ilişki bulunan kambiyo borçluları açısından söz konusu bonoya adi senet olarak dayanabilmek mümkün olmalıdır.

KAYNAKÇA

Alangoya, Y. H. ve Yıldırım, K. ve Deren-Yıldırım, N. (2009). Medeni usul hukuku esasları, İstanbul: Beta Yayıncılık.

Bahtiyar, M. (2014). Kıymetli evrak hukuku, İstanbul: Beta Yayıncılık

Budak, A. C. ve Karaaslan, V. (2017). Medeni usul hukuku, Ankara: Adalet Yayınevi.

Bülow, P. (2013). Wechselgesetz scheckgesetz, München: C. H. Beck oHG Verlag.

Domaniç, H. (1990). TTK şerhi IV, kıymetli evrak hukuku, İstanbul.

Druey, J. N. ve Guhl, T. (2000). Das schweizerische obligationenrecht mit einschluss des handels- und wertpapierrechts, Zürich: Schulthess Juristische Medien AG.

Durgut, R. (2005). Kambiyo senetlerinde sebepsiz zenginleşme, İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Eriş, G. (2016). Türk ticaret kanunu hükümlerine göre kıymetli evrak, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Karahan, Sami vd. (2013). Kıymetli evrak hukuku, Konya: Mimoza Yayınları.

Karayalçın, Y. (1970). Ticaret hukuku III, Ticari senetler (kambiyo senetleri), Ankara: Sevinç Matbaası.

Kayış, F. (2020). Kambiyo senetlerinde ihtiyati haciz, Ankara: Adalet Yayınevi.

Kılıçoğlu, A. (2009). Borçlar hukuku genel hükümler, Ankara: Turhan Kitabevi.

Kınacıoğlu, N. (1999). Kıymetli evrak hukuku, Ankara: Nobel Yayınları.

Kuru, B. ve Arslan, R. ve Yılmaz, E. (2013). Medeni usul hukuku, Ankara: Yetkin Yayınları.

Oğuzman, K. ve Öz, T. (2012). Borçlar hukuku genel hükümler, İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Öztan, F. (2016). Kıymetli evrak hukuku, Ankara: Turhan Kitabevi.

Poroy, R. ve Tekinalp, Ü. (2013). Kıymetli evrak hukukunun esasları, İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Pulaşlı, H. (2012). Kıymetli evrak hukukunun esasları, Ankara: Adalet Yayınevi.

Susuz, K. (2008). Kambiyo senetlerinde zamanaşımı, İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Umar, B. (2014). Hukuk muhakemeleri kanunu şerhi, Ankara: Yetkin Yayınları.

Ülgen, H vd. (2013). Kıymetli evrak hukuku, İstanbul: XII Levha Yayınları.

Yılmaz, E. (2013). Hukuk muhakemeleri kanunu şerhi, Ankara: Yetkin Yayınları.

ULUSLARARASI
HUKUK
SEMPOZYUMU
International Symposium on Law

GİZLEME SURETİYLE HAKSIZ REKABET*

Dr. Öğr. Üyesi Hediye Bahar Sayın

Anadolu Üniversitesi

ORCID NO: 0000-0001- 5175-8987

Öz

Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 54-63'üncü maddeleri arasında haksız rekabet düzenlenir. Bu düzenlemelerin amacı, tüm katılanların menfaatine dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır. Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırı olarak kabul edilerek haksız rekabetin temel ilkeleri belirlenir. Haksız rekabete ilişkin düzenlemelerin mehazını ise İsviçre Haksız Rekabet Kanunu (Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb-UWG) oluşturur. TTK m. 55'de, haksız rekabet örnekleri altı bent halinde sınırlı sayıda olmamak üzere sıralanır. Söz konusu madde kapsamında yer alan haksız rekabet örneklerinin büyük bölümünü ise "Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar ve Satış Yöntemleri" oluşturur (TTK m. 55/1-a). Bu bent altında bulunan haksız rekabet örneklerinden biri ise "Malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerin özelliklerini, miktarını, kullanım amaçlarını, yararlarını veya tehlikelerini gizlemek ve bu şekilde müşteriyi yanıltmak"tır (TTK m. 55/1-a, 9)(UWG m. 3/1,i). Hüküm, gizleme suretiyle yanıltmanın söz konusu olduğu haksız rekabet fiillerini düzenler. Bu suretle rekabet ortamında şeffaflığın sağlanması hedeflenir. Hükmün lafzından yola çıkarak hüküm kapsamında bir haksız rekabet fiilinden söz edilebilmesi için belirli bir mal veya iş ürünü ya da faaliyete ilişkin bazı hususların gizlenmesi (miktar, kullanım amacı, yarar, tehlike gibi) ve bu suretle müşterilerin yanıltılması gerekir. Bu çalışmada, reklamlarda veya satış yöntemlerinde gizleme suretiyle müşterilerin yanıltılması yoluyla ortaya çıkan haksız rekabet fiilin unsurları belirlenmesinin ardından, konu İsviçre hukuku ile karşılaştırmalı olarak ele alınacak ve bu kapsamdaki yargı kararları incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Haksız rekabet, Gizleme, Yanıltma

* Dr. Öğr. Üyesi Hediye Bahar Sayın, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, E-Mail: hediyeb@anadolu.edu.tr (ORCID: 0000-0001- 5175-8987).

GİRİŞ

Haksız rekabet hukuku, hukuken korunan ticaret yapma ve rekabet etme hakkının yine hukukun belirlediği sınırlar içinde korunmasını hedefler. Sınırların belirlenmesinde ahlak kuralları, dürüstlük kuralları ve meslek kuralları gibi ölçütler esas alınır. Bu ölçütler yoluyla ortaya herhangi bir emek koymadan kendi ürünlerini öne çıkarmaya yönelik davranışlar ile rakipleri rekabette engellemeye, onları rekabet dışına atmaya yönelik davranışlar engellenmeye çalışılır. Emeğe dayanan rekabet ile rakiplerin ve toplumun menfaatinin korunması hedeflenir[1].

Türk hukukunda haksız rekabet çeşitli düzenlemelere konu olmuştur. Haksız rekabetin düzenlendiği yerlerden biri de Türk Ticaret Kanunu'dur. TTK m. 54-63 arasında haksız rekabet hükümlerine yer verilir. TTK m. 54'de haksız rekabet tanımlanır. TTK m. 55'te ise "Dürüstlük kuralına aykırı davranışlar, ticari uygulamalar" madde başlığı altında haksız rekabet örnekleri sınırlı sayıda olmamak üzere sayılır. TTK m. 55/1-a'da "Dürüstlük kuralına aykırı reklamlar ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar" ana başlığı altında bu kapsamdaki haksız rekabet örneklerine yer verilir. Bu başlık altındaki haksız rekabet hallerden biri de "gizleme" suretiyle haksız rekabete sebebiyet vermedir. TTK m. 55/1-a,9 gereğince, "Malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerin özelliklerini, miktarını, kullanım amaçlarını, yararlarını veya tehlikelerini gizlemek ve bu şekilde müşteriyi[2] yanıltmak" haksız rekabet hallerinden biridir.

Ürün veya hizmetler hakkındaki bilgilerin tüketicilere sunulmasında en sık başvurulan yol reklamdır. Reklam, bir malın veya hizmetin sürümünü artırmak amacıyla yapılan herhangi bir tanıtım faaliyeti olarak tanımlanabilir[3]. Reklam verenin veya satış faaliyetinde bulunanın sunduğu mal, iş ürünü, faaliyet hakkında eksiksiz ve kapsamlı bilgi verme yükümlülüğü kural olarak söz konusu değildir. Müşteriler, sunulan hizmet veya ürünler hakkında verilen bilgiler konusunda bazı eksikliklerin olduğunu da dikkate alır[4]. Ancak müşterilerin karar vermesini etkileyecek hususların gizlenmesi, söz konusu durumdan tamamen farklıdır. Özellikle reklamlarda genel anlayış çerçevesinde reklamın muhatabı reklamda sunulan bilginin eksiksiz olduğu aksi halde bu hususun belirtilmesini bekledikleri veya beklemeye haklarının olduğu hallerde, reklam verenin bazı hususlarda sessiz kalması bağlamında yanıltmanın söz konusu olduğu kabul edilir[5].

[1] Güven, Ş. (2012). Haksız rekabet hukukunun amacı ve koruduğu menfaatler. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 1 vd.

[2] Müşteri, bir işletmenin herkese arz ettiği iş veya ürettiği mal veya sattığı eşyaları seçen veya seçme hakkına sahip olan kişidir. Ayhan, R. (1990). Haksız rekabet münasebetiyle elde edilen menfaatlerin iadesi. Konya: Selçuk Üniversitesi Yayınları No: 80, s. 13.

[3] Reklam "*mal ve hizmetlerin satışını artırmaya amacı güden duyuru*"dur. Göle, C. (1983). Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 59.

[4] Loschelder, M./ Danckwerts, R. (Hrsg)(2019) Handbuch des Wettbewerbsrecht. 5. Auflage, München: Verlag C.H. Beck, UWG §5, 5a, Rn: 343. Bozbel, S. (2006). Mukayeseli hukukta ve Türk hukukunda karşılaştırmalı reklam hukuku. Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 249.

[5] Bozbel, S. (2006). Mukayeseli hukukta ve Türk hukukunda karşılaştırmalı reklam hukuku. Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 249.

Haksız rekabete ilişkin düzenlemelerin kaynağını İsviçre hukuku oluşturur. Diğer haksız rekabet örneklerinde olduğu gibi "gizleme suretiyle haksız rekabet" İsviçre Haksız Rekabet Kanunu (Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb-UWG) (UWG Art 3/1,i) m. 3/1,i'ye paralel şekilde TTK'da da düzenlenir. Bu çalışmada öncelikle hükümlerdeki benzerlik sebebiyle TTK m. 55/1-a,2'de (UWG Art 3/1,b) düzenlenen "gerçek dışı ve yanıltıcı açıklamalar" suretiyle haksız rekabet fiili ile gizleme suretiyle haksız rekabet fiili arasındaki farklar tespit edilecek, ardından gizleme suretiyle haksız rekabet fiilinin unsurları TTK ve UWG bağlamında ve yargı kararlarından örneklerle incelenecektir.

1. Düzenlemenin Amacı

TTK m. 55/1-a,9 tüketicinin[6] korunmasını hedefleyen bir düzenlemedir. Kanun koyucunun amacı; piyasaya sunulan ürünlerin ve fiyat tekliflerinin özellikleri hakkındaki bilgilerin dikkatlice verilmesi ve böylece ürün ve hizmetlere ilişkin tekliflerde şeffaflığın sağlanmasıdır[7]. Hükümle, ürüne ilişkin yanlış açıklamalarda bulunulması, bazı açıklamaların unutulması, paketlemede yanlış izlenimlere sebep olunması ve müşterilerin söz konusu yollarla yanıltılması engellenmeye çalışılır. Bahsi geçen hedef doğrultusunda mal, iş ürünü ve faaliyetlerin piyasaya sunulması sırasında teşebbüslerin bilgi paylaşımında özenli davranması sağlanarak[8], piyasadaki şeffaflık güçlendirilir[9]. Hüküm, piyasaya sunulan tekliflerin şeffaflığının sağlanması yanında satış fiyatlandırması ve ürün bilgilerine ilişkin redaksiyonel faaliyetlerde ilgililerin özen yükümlülüğünü arttırır[10]. Bu yolla tüketicinin farklı teklifleri deneyen, bu teklifleri karşılaştıran ve hangi teklifin kendi ihtiyaçlarını karşıladığına karar veren konumda olmasına imkân sağlanır. Böylece, tüketicide ürün veya hizmet hakkında yanlış beklenti oluşmasına sebebiyet veren reklam ve satış yöntemleri engellenmeye çalışılır[11].

[6] Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 3/k'da "Tüketici; ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi" olarak tanımlanır.

[7] Heizmann, R./ Loacker, D. L. (Hrsg)(2018). UWG Kommentar Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zürich: Dike Verlag, UWG Art 3 Abs.1, lit i, Rn. 602.

[8] Pekdinçer, R. T. (2020). Haksız rekabet hukukunda dürüstlük kuralına aykırı reklamlar ve satış yöntemleri. Ankara Adalet Yayınevi, 175 vd.

[9] Baudenbacher, C./Glöckner, J. (Hrsg.)(2001). Lauterkeitsrecht: Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, Art 3 Abs. 1 lit i, Rn. 1, 2; Pekdinçer, s. 175.

[10] Jung, P./Spitz P. (2016). Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 2. Auflage, Stämfli Verlag: Bern, Art 3 Abs. 1 lit. i, Rn. 1.

[11] Baudenbacher/Glöckner, Art 3, Abs. 1 lit i, Rn. 1, 2; Jung/Spitz, Art 3 Abs. 1 lit i, Rn. 5.

2. "Gizleme" Suretiyle Haksız Rekabet Hali ile "Gerçek Dışı Ve Yanıltıcı Açıklama" Suretiyle Haksız Rekabet Hali Arasındaki Sınır

2.1. Genel olarak

TTK m. 55/1-a,9 gereğince[12], "Malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerin özelliklerini, miktarını, kullanım amaçlarını, yararlarını veya tehlikelerini gizlemek ve bu şekilde müşteriyi yanıltmak" haksız rekabet hallerinden biridir. TTK m. 55/1-a,2'de ise "Kendisi, ticari işletmesi, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak veya aynı yollarla üçüncü kişiyi rekabette öne geçirmek" şeklindeki haksız rekabet fiili düzenlenir. Her iki düzenlemede "mallar, iş ürünleri, faaliyetler" ile "yanıltma", "yanıltıcı olma" şeklinde ortak kavramların kullanıldığı görülür.

TTK m. 55/1-a,9 (9. alt bent) ile TTK m. 55/1-a,2 (2. alt bent) arasındaki benzerlik ve 2. alt bendin daha geniş bir kapsama sahip olması; doktrinde gizleme suretiyle haksız rekabete ilişkin 9. alt bendin tekrar nitelikli bir düzenleme olması şeklinde eleştirilere sebep olmuştur[13]. 2. alt bentte yer alan "Kendisi, ticari işletmesi, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak veya aynı yollarla üçüncü kişiyi rekabette öne geçirmek" şeklindeki düzenlemenin 9. alt bent ile benzer olup olmadığının tespit edilebilmesi için öncelikle 2. alt bentte yer alan haksız rekabet eyleminin unsurlarının belirlenmesi gerekir. Bu unsur ve benzerliklerin tespiti TTK mm. 55/1-a,9'da yer bulan "gizleme suretiyle haksız rekabet"in unsurlarının tespitinde yol gösterici olabilir.

2.2. "Gerçek Dışı ve Yanıltıcı Açıklama" suretiyle haksız rekabetin unsurları

TTK m. 55/1-a,2 çerçevesinde öncelikle bir gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamanın mevcut olması, ardından bu açıklamanın kişinin kendisi, ticari işletmesi, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri hakkında olması[14] gerekir.

2.2.1. Açıklama

Haksız rekabet teşkil eden gerçek dışılık ve yanıltıcılık fiilleri, açıklama suretiyle gerçekleşir. Açıklama, bir hususun karşı tarafa izah edilmesi, sunulması faaliyetidir[15]. Açıklamanın sözle,

[12] Bu haksız rekabet hali 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu'nda "Başkalarını veya onların mallarını, iş ürünlerini, fiyatlarını, faaliyetlerini veya ticari işlerini yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici açıklamalarla kötülemek" ifadeleri ile yer bulmuştur.

[13] Bkz. 2.3. nolu başlık altındaki açıklamalar

[14] Nomer Ertan, N. Füsun (2016). Haksız rekabet hukuku, İstanbul: XII Levha, s. 132.

[15] Sözlük.gov.tr.

yazıyla, resimle veya internet ortamında gerçekleşmesinin bir önemi yoktur. Açıklamanın haksız rekabet teşkil etmesi için öncelikle açıklamanın tüm piyasa katılımcıları tarafından algılanmaya uygun olması daha açık bir ifade ile rekabet ortamını etkileme imkanının olması gerekir. Açıklamanın hangi amaçla yapıldığı önem arz etmez. Bu bağlamda iyiniyetle yapılan bir açıklamanın yanıltıcı olarak kabul edilmesi de mümkündür[16]. Açıklamanın mutlaka bir rakibe yönelmesi zorunlu değildir[17].

Ayrıca gerçek dışı veya yanıltıcı açıklama yapmak için doğruluğu ve yanlışlığı objektif olarak tespit edilebilen bir bilginin söz konusu olması gerekir. Doktrinde ve yargı kararlarında bir açıklamanın objektif kriterlerle yanlışlığı, yanıltıcılığı tespit edilebiliyor ise aldatıcılığın söz konusu olduğu kabul edilir[18].

2.2.2. Açıklamanın konusu

Açıklamanın konusunun açıklamayı yapan kişinin kendisi, ticari işletmesi, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri hakkında olması gerekir. Ancak hükümde yapılan sayım örnek mahiyetindedir. Bu sayılanlar dışında örneğin reklam sloganlarındaki, internet alan adlarındaki, kullanılan hammaddenin kalite ve cinsindeki, müşteri çevresindeki gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalar da hükmün kapsamında olduğu kabul edilir[19]. Ayrıca açıklamanın kapsamına yalnızca sözleşme kurulmasından önceki aşamaya ilişkin bilgilerin girmediği, müşterinin satın alma kararını etkileyen tüm yöntemlerin hükmün kapsamında olduğu kabul edilir[20].

2.2.3. Açıklamanın niteliği

Haksız rekabetten söz edebilmek için açıklama içeriğinin gerçek dışı veya yanıltıcı olması gerekir. Daha açık bir ifade ile açıklamanın gerçeğe aykırı olması veya doğru olmasına rağmen müşteriyi yanlış bir sonuca yönlendirmesi (yanıltıcı) ve müşterinin alım kararını etkilemeye uygun olması gerekir[21]. Gerçek dışı açıklamalar, içeriği doğru olmayan açıklamalardır[22]. Yanıltıcı açıklamalar

[16] Nomer Ertan, s. 132.

[17] Aksoy, s. 94.

[18] Arkan, S. (2020). Ticari işletme hukuku, 26. Bası, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 355; Pınar, H. (2012). Reklam ve satış yöntemlerine ilişkin haksız rekabet hâlleri. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken (10-11-12 Mayıs 2012 Sempozyum), s. 132; Göle, s. 143; İnal/Baysal, s. 25; Reklamlarda kullanılan abartılı ifade eğer abartının müşteri tarafından anlaşılmasına uygun ise bu kapsamda değerlendirilmez. Arkan, s. 356; Pekdinçer, s. 101; Şener, s. 620.

[19] Nomer Ertan, s. 150; Pekdinçer, s. 99 vd.

[20] Aksoy, s. 95.

[21] Pedrazzini Mario M./ Pedrazzini, Federico A. (2002). Unlauterer Wettbewerb UWG, Bern: Stämfli Verlag, Rn. 6.07; Aksoy, M. A. (2011). Haksız Rekabet Halleri ve Haksız Rekabetin Tespiti. Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, s. 93.

[22] Somut olayda, davalının gerçekte, "Tiego, Eve ve Umicore" gibi firmaların Türkiye temsilcisi olmadığı halde, kendisine ait internet sitesinde gerçeğe aykırı olarak bu yönde beyanda bulunması, piyasada bulunan ve aynı işi yapan bütün tacirlere yönelik TTK m. 55/1-a,2 kapsamında genel nitelikte bir haksız rekabet eylemi

ise içerikleri kural olarak doğru olmakla birlikte mahiyet ve tarz birlikte değerlendirildiğinde muhatabının hataya düşmesine sebebiyet veren açıklamalardır. Yorumların gerçek dışı olmasından değil, yanıltıcı olmasından söz edilebilir[23]. Bu bağlamda kısaca, gerçek dışı beyanların; yanlış, yalan, doğru olmayan, gerçeği saptıran beyanlar olduğu[24], yanıltıcı açıklamaların ise hedef kitlede bıraktığı genel izlenimle açıklama konusunun olduğundan farklı algılanmasına yol açan açıklamalar olduğu söylenebilir[25].

Gerçek dış, yanıltıcı açıklamanın söz konusu olması için açıklamayı yapan kişinin kusurlu olmasına, yanıltma iradesi taşımasına gerek yoktur[26]. Bir işletme sahibinin cirosunu veya çalışan sayısını olduğundan fazla göstermesi gerçek dışı açıklama olarak kabul edilir[27]. Bu düzenleme ile kişilerin kendisi veya üçüncü kişiler hakkında açıklamalarda bulunurken uyması gereken doğruluk ve açıklık ilkelerinin tesis edilmesi hedeflenir[28].

2.2.4. "Gerçek Dışı veya Yanıltıcı" açıklamalarda bulunarak kendisini veya üçüncü kişiyi rekabette öne geçirme

TTK m. 55/1-a,2 hükümde düzenlen gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalar; açıklamayı yapan kişinin kendi işletmesi, tanıtıcı işaretleri, iş ürünleri, çalışmaları, fiyatları hakkında olabileceği gibi üçüncü kişinin bizzat kendisine, firmasına, ürünlerine ilişkin de olabilir. Bu beyanlar, alıcıların alım kararlarını etkileme amacı taşır. Söz konusu beyanlar uygulamada "aldatıcı reklamlar" ile gündeme gelir[29]. Ancak TTK m. 55/1-a,2 doğrudan aldatıcı reklamlarla ilgili değildir; hüküm, aldatıcı reklamları da kapsayan bir üst başlıktır[30]. Örneğin, işletmenin sektörde güçlü ve öncü olan başka bir işletme ile yakın iş ilişkileri içinde olduğunun açıklanması. Burada bir reklam mevcut olmamakla birlikte söz konusu işletme, iş ilişkileri konusunda gerçek dışı açıklamalarda bulunarak rekabette avantaj sağlamaya çalışmaktadır.

olduğu tespit edilmiştir. Y. 11. Hukuk Dairesi 2019/4607 E., 2020/4111 K. https://kararara ma.yargitay.gov.tr/ (Et: 14.05.2021).

[23] Pekdinçer, s. 101; Nomer Ertan, s. 151.

[24] Yanıltma; gerçekliği, aldatma; açıklığı/şeffaflığı ihlal eder. Bir beyanın doğru olmadığı ortalama tüketici tarafından zor tespit ediliyor veya hiç tespit edilemiyorsa ortada yanıltma vardır. Aldatma ise doğru olmayan iddiaların satır arasında telkin edildiğinde veya bu doğru olmayan iddiaların başkaca iddialardan kolay tespit edilemeyecek durumda sunulması halinde meydana gelir. Aldatıcılık doğru olan beyanlarda bile söz konusu olabilir. Örneğin alelade bir kalitenin fazlaca övünmesi suretiyle söz konusnu kalitenin olağanüstü olarak algılanması halinde olduğu gibi. David, Lucas/Jacobs, R. (2012). Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Auflage, Bern: Stämpfli Verlag, s. 62.

[25] Bozer, A./Göle, C. (2018). Ticari işletme hukuku, 5. Bası, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 217 vd.

[26] Nomer Ertan, s. 151; Pekdinçer, s. 105.

[27] Nomer Ertan, s. 151.

[28] Pekdinçer, s. 100.

[29] Bozer/Göle, s. 218.

[30] Aksoy, s. 98; Aldatıcı reklamlar abartma unsuru taşıyan reklamlar, bilimsel araştırma sonuçlarına dayanan reklamlar, fiyat unsuru taşıyan reklamlar, karşılaştırmalı reklamlar şekilde ortaya çıkabilir Ayhan, R./ Çağlar, H./ Özdamar, M. (2020). Ticari işletme hukuku genel esaslar, 12. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 363; Şener, O. H. (2016). Ticari işletme hukuku. Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 620; Arkan, s. 355.

Hükümle kişinin sadece kendisi hakkında değil, üçüncü bir şahıs hakkında da gerçek dışı ve yanıltıcı açıklamada bulunması ve bu yolla rekabette öne geçilmesi engellenmek istenir[31]. Yapılan açıklamalarla mal, hizmet veya faaliyete ilişkin üstünlük kazanılması hedeflenmiş olabileceği gibi genel anlamda ticari itibar sağlanması da hedeflenebilir[32].

Övme hali söz konusu olmasa dahi yanıltıcılık söz konusu ise haksız rekabet eyleminin meydana geldiği kabul edilir[33]. Bu bağlamda rekabette öne geçirme davranışının mutlaka övme veya üstünlük belirtilmesi suretiyle yapılması gerekli olmayıp gerçeğe aykırı şekilde oluşan bir kanaatin desteklenmesi veya dezavantajın gizlemesi suretiyle de gerçekleşebilir[34].

Avantaj sağlanmasının ne şekilde olacağı belirtilmemiştir. Söz konunu avantaj reklam, medya veya satış yöntemleri aracılığıyla gerçekleşebilir[35]. Aslında üçüncü kişilere avantaj sağlanması şeklinde ki davranış, genellikle rakipler arasında söz konusu olmaz. Bu tarz bir durumla daha çok basın kuruluşları tarafından yapılan açıklamalarda rastlanır. Medyanın toplum üzerindeki etkisi dikkate alındığında 2. alt bette yer alan düzenlemenin rekabetin emeğe dayanması ilkesine bir kez daha vurgu yapması önem taşır[36].

Gerçek dışı yanıltıcı açıklama sonucu açıklamada bulunan veya üçüncü kişi rekabette öne geçmiş, avantajlı duruma gelmiş olmasa ancak böyle bir risk söz konusu olsa bile fiil haksız rekabet teşkil eder[37]. Zira haksız rekabetin söz konusu olması için rekabette yarar sağlama zorunlu bir unsur değildir. Bu çerçevede 2 alt bette yer alan haksız rekabet eyleminin gerçekleşmesi için de rekabet eylemini yapan kişinin veya üçüncü kişinin bu fiil sebebiyle yarar elde etmiş veya kâr elde etmiş olması zorunlu değildir[38].

2.3. Hükümler arasındaki sınırın tespiti

TTK m. 55/1-a,9 hükmü; malın, iş ürününün veya faaliyetin özellikleri, miktarı, kullanım amacı, yararı veya tehlikelerinin gizlenerek müşterinin yanıltılması halinde uygulama alanı bulur. Aslında hüküm yukarıda unsurları açıklanan TTK m.55 1-a,2 ile ilk bakışta benzerlik taşır[39]. TTK m. 1-a,2'de "***Kendisi, ticari işletmesi, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri***" hakkında "***gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunarak kendisini ve üçüncü kişiyi rekabette öne çıkarmak***" haksız rekabet oluşturur. Hükümler dikkatli incelendiğindeTTK m. 55/1-a,9'de "***mallar, iş ürünleri ve***

[31] TTK m. 55 gerekçesi.
[32] Tekil, F. (1981). Ticari işletme hukuku. İstanbul: Fakülteler Matbaası, s. 165.
[33] Poroy, R./Yasaman, H. (2017). Ticari İşletme Hukuku, 16. Bası, İstanbul: 2017, s. 341.
[34] Aksoy, s. 95.
[35] Poroy/Yasaman, s. 341.
[36] Göle, s. 53; Pekdinçer, s. 110 vd.
[37] Göle, s. 53; Pekdinçer, s. 110 vd.
[38] Nomer Ertan, s. 20 vd; Ülgen, Ü./Helvacı M./Kaya A./Nomer Ertan, N. F. (2019). Ticari İşletme Hukuku. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 565 vd.
[39] Pekdinçer, s. 174; Nomer Ertan, s. 252.

faaliyetler" hakkında bazı hususların "***gizlenmesi suretiyle müşteriyi yanıltma***"nın haksız rekabet hali oluşturduğu görülür.

İsviçre hukukunda da UWG Art 3 "i" bendinin "b" bendi ile benzer alanları düzenlediği ve bu sebeple "i" bendinin kaldırılması hususu UWG'nin parlemento görüşmeleri sırasında teklif edilmiştir. Ancak "i" bendinde düzenlenen gizleme eyleminin fiili bir gerçeği saklanması, "b" bendinin ise gerçek dışı beyanlarla ile ilgili olması sebebiyle teklif red edilmiştir[40]. Bu ayrım ilk bakışta ikna edici gibi görünse de yakından bakıldığında anlaşılması ve uygulanması zor bir ayrımdır. Doktrinde ve yargı kararlarında iki hüküm arasında sınırın belirlenmesine ilişkin çeşitli görüşler vardır. Bir görüşe göre; "b" bendi, teklifte bulunanın müşterilerde yanlış anlamaya sebebiyet veren açık veya zımni tekliflerin hepsini içerir. UWG Art 3/1,b'nin uygulama alanı teklifte bulunan müşterilerle bir nevi iletişimine ilişkindir[41]. Buna karşı "i" bendinde aldatıcı paketlemede örneğinde olduğu gibi müşteri ile iletişim söz konusu değildir. Zira paket büyüklüğü ürün içeriği sebebiyle gerekli ise paketten zımni bir irade beyanı çıkarılması mümkün değildir. Bu noktada ihmal suretiyle de müşterilerin yanıltılması "i" fıkrası uyarınca mümkün olduğu tespit edilebilir. Diğer durumlarda ise "i" bendi, "b" bendine göre özel hüküm niteliğindedir. Sonuç olarak "b" bendi uygulanırken "i" bendi şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği denetlenmesi gerekir[42]. Bir başka görüşe göre ise "b" bendi doğru olmayan, aldatıcı nitelikteki eylemleri düzenlerken, "i" bendi tek başına açıklama yükümlülüğünü düzenler[43].

Türk hukukunda da iki hüküm arasındaki farklılığa TTK Gerekçesinde işaret edilmiş olmasına rağmen hükümler arasındaki benzerlik tartışma konusu olmuştur. Gerekçeye göre;

> *"Bu bent "gizleme" diye adlandırılan haksız rekabet halini düzenlemektedir. Gizleme de yanıltmanın, gerçeğe aykırı hareket etmenin özel bir halidir. Onun için hükmün (2) numaralı alt bendinden farklılığının belirlenmesi gerekir. (9) numaralı alt bentte malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerinin, özellikleri, miktarı, kullanım amaçları veya tehlikeleri gizlenerek müşteri yanıltılmaktadır. (2) numaralı alt bendin aksine yanılma sadece açıklamalarla değil malın biçimi, paketleme tarzı, etiketteki takdim gibi görsel algılamalar dahil her türlü araçla yapılmaktadır. Meselâ, büyük bir paketten ancak yarısını dolduracak kadar çerez çıkması, tırnak kadar parfümün büyük bir şişeyi alacak kutuya konulması, kolonya şişesinin doluymuş gibi görünmesine rağmen şişenin iç hacminin çok küçük olması gibi. Ayrıca (2) numaralı alt bent müşteriler de dahil piyasanın rakipler, ara kullanıcılar gibi diğer aktörlerine de yönelirken, (9) numaralı alt bent sadece tüketiciyi dikkate alan bir hükümdür.*

[40] Heizmann/Loacker, Rn. 611.

[41] Baudenbacher/Glöckner, Rn. 12.

[42] Ancak ürün paketinin zımni irade beyanı olarak kabul edilip edilemeyeceği hususu da doktrinde tartışılan bir diğer konudur. Heizmann/Loacker, Rn. 612.

[43] David/Jacobs, s. 62.

> *Etiketteki bilgiler de (2) numaralı alt bentte kullanılan "açıklamaları" akla getirebilir, ancak bir etikette, olası tehlikeleri, yan etkileri ve sağlığa dokunan diğer hususları gizlemek veya mevcut olmayan nitelik ve özelliklere yer vermek (2) numaralı alt bentteki açıklamadan farklıdır. (2) numaralı alt bentteki açıklamalar "aktif" (9) numaralı alt benttekiler ise pasif niteliktedir. Ancak iki hüküm arasındaki fark, gene de somut olaya göre belirlenmelidir."*

Türk hukukunda bir görüşe göre de, TTK m. 55/1-a, 9'da yer alan haksız rekabet hali TTK m. 55/1-a,2'de düzenlenen haksız rekabet halinin özel bir görünüm biçimidir[44]. Bu görüşte olan yazarlar, bir haksız rekabet eyleminin iki ayrı şekilde düzenlenmiş olmasını eleştirir ve durumun TTK m. 55/1-a,9'un dar yorumlanmasına yol açtığını savunurlar. Bir diğer görüşe göre, hükümler benzer olsa da bazı açılardan farklılıklar içerir. TTK m. 55/1-a,2'de müşteriler, sadece gerçek dışı, yanıltıcı açıklamalarla yanıltılmaktadır. TTK m. 55/1-a,9'da ise yanıltma; malların biçimi, paketleme tarzı, etiketindeki takdim gibi görsel algılamalarda dahil her türlü araçla yapılmaktadır. Ayrıca TTK m. 55/1-a,2'de gerçek dışı ve yanıltıcı hareket açıklama, müşteriler dahil tüm piyasa aktörlerine yönelirken, TTK m. 55/1-a,9'da sadece müşteriler dikkate alınır[45].

Bu noktada kanun koyucunun abesle iştigal etmeyeceğinden yola çıkarak; benzer düzenlemelere yer verilse de düzenlemelerin amaç ve kapsamlarının farklı olduğu sonucuna varılabilir.

*Öncelikle TTK m. 55/1-a,2'nin konusu "*Kendisi, ticari işletmesi, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri"* oluştururken TTK m. 55/1-a,9'un konusunu *"mallar, iş ürünleri ve faaliyetler ve bunların özellikleri, miktarı, kullanım amacı, yarar ve tehlikeleri*" oluşturur. 2. Alt bentte yer alan düzenlemenin konusunun, 9. alt bende yer alan düzenlemeden daha geniş olduğu tespit edilebilir. Ancak her iki düzenlemenin konusunu oluşturan hususlar bağlamındaki sayımın sınırlı olmaması hükümler arasındaki benzerliklerden bir diğeri olduğuna da işaret edilmelidir.

*2. alt bent, tüm piyasa katılımcılarını korumayı hedef alırken, 9. alt bent (…sadece gizlemek ve bu şekilde müşteriyi yanıltmak…) müşterileri korumayı hedef alır[46].

[44] Göle/Bozer, s. 226.

[45] Şener, O. H. (2016). Ticari işletme hukuku, Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 634; Bozkurt, T. (2017). Ticarî işletme hukuku. Ankara: Legem Yayıncılık, s. 346. Yasaman, H. (2021). Haksız rekabet ve rekabet yasağı makaleler- Hukuki Mütalalar- Bilirkişi Raporları, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 85 vd. Bu görüşte olan yazarlardan Pekdinçer, TTK m. 55/1-a,2 hükmünün TTK m. 55/1-a,9'u kapsamadığını, TTK m. 55/1-a,9'da yer alan haksız rekabet eyleminin meydana gelmesi için bir açıklamanın varlığının zorunlu olmadığını, burada aldatıcılığın paketlemeden, açıklamanın yapılmamasından veya eksik yapılmasından kaynaklandığını, TTK m. 55/1-a,2'de ise aldatıcılığın zorunlu olarak bir açıklamanın varlığına ihtiyaç duyduğunu ifade eder. Pekdinçer, s. 174.

[46] Bozkurt, s. 346. Hüküm, bilgilendirme yükümlülüğünü düzenler. Bu bağlamda, hüküm; ürün ve hizmetlerde gerekli bilgilerin verilmesi konusunda belirli bir standart oluşturarak, müşterilerin yanlış kararlar alınmamasına hizmet eder. Müşterilerin verilen doğru bilgiler doğrultusunda tercihte bulunması sağlayarak dolaylı şekilde rakiplerin menfaatlerinin de korunduğuna dikkat edilmelidir.

*2. alt bentte gerçek dışı ve yanıltıcı şekilde ortaya çıkan bir açıklamanın (…gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak…) bulunması zorunlu iken, 9. alt bentte mutlaka bir açıklamanın bulunması (gizlemek ve bu şekilde müşteriyi yanıltmak…) şart değildir[47].

* 2. alt bent rekabetin emeğe dayanmasını sağlama amacını taşırken, 9. alt bent bilgi verme yükümlülüğünü düzenleme amacı taşır. Sonuç olarak, iki hüküm birbirine benzese de birbirinden pek çok açıdan farklı olduğu tespit edilebilir.

Çocuk ürünlerinde kullanılan malzemenin özenle seçilmiş ve çocuk sağlığına uygun olması, ortalama tüketicinin beklentisidir. Üründe kullanılan plastik malzemenin geri dönüştürülmüş plastikten yapılmasına rağmen bu husus hakkına bilgi verilmemesi "gizleme suretiyle haksız rekabete", söz konusu durumda geri dönüştürülmüş malzeme ifadesi yerine "1. Sınıf veya yeni malzeme" ibaresine yer verilmesi ise "gerçek dışı ve yanıltıcı açıklama suretiyle haksız rekabete" örnek olarak gösterilebilir.

TTK Gerekçesinde ifade bulan TTK m. 55/1,-a,2'nin aktif, TTK m. 55/1-a,9'un pasif açıklama içermesi hususunun hükümler arasındaki sınırı belirlemede doğru bir yaklaşım olmadığı da eklenmelidir. Gizleme unsurunun sağlanması için bazı aktif davranışlara ihtiyaç duyulabileceği gibi[48], "gerçek dışı, yanıltıcı açıklamalar" suretiyle haksız rekabetin pasif davranışlarla gündeme gelmesi söz konusunu olabilir. Hükümlerin uygulanmasına sebep olan fiilleri dar kalıplara sokmak hukuken doğru sonuca yönlendirmeyebilir. Bu bağlamda, somut olaya göre değerlendirmede bulunmak Gerekçe'de de ifade edildiği gibi daha doğru bir yaklaşım olabilir.

Doktrinde[49] TTK m. 55/1-a,9 yanılmanın özellikle eksik açıklamadan kaynaklanması halinde, her iki düzenlemenin de uygulama alanı bulmasının mümkün olduğuna işaret edilir. Bu bağlamda, her iki düzenleme arasındaki sınırın somut olayda tespit edilmesi zorunluluğu ortaya çıkar[50]. Yukarıda yer alan örnek bağlamında, bebek ürününde geri dönüşümü yapılmış bir malzemenin kullanıldığının belirtilmesi halinde "gerçek dışı yanıltıcı açıklama" anlamında herhangi bir haksız rekabet hali söz konusu olmayabilir. Ancak geri dönüştürülen malzemenin çocuk sağlığına zararlı bir malzeme olması halinde söz konusu açıklama eksik ve aynı zamanda yanıltıcıdır. Zira ürünün geri dönüştürülen maddelerden yapıldığının açıklanmasına rağmen, çocuk sağlığına zararlı olması

[47] Şener, s. 634 vd.

[48] Heizmann/Loacker, Art 3 Abs. 1 lit i, Rn. 603.

[49] Pınar, s. 138; Pekdinçer, 175.

[50] "*Davaya konu ürünün ambalajında "SAE 5W40" ibaresine yer vererek kutu ambalajı içindeki ürünün "5W40" viskozite değerinde olduğunun iddia edildiği, oysa sunulan labaratuvar analiz sonuçlarına göre ürünün eski tip vasıtalarda ve ağır hizmet araçlarında kullanılan düşük kaliteli, "15W40" viskozite seviyesine sahip olduğu ileri sürüldüğüne göre, Mahkemece, ambalajdaki bu açıklamanın, yukarıdaki ilkeler doğrultusunda yanıltıcı ve aldatıcı reklam niteliğinde olup olmadığı ve bu nedenle haksız rekabet teşkil edip etmediği konusunda her hangi bir inceleme ve değerlendirme yapılmaksızın eksik incelemeye dayalı olarak, bu iddia yönünden de yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş ve bu iddia yönünden davacı vekilinin karar düzeltme itirazlarının kabulüne*" karar vermiştir. Y. 11. Hukuk Dairesi 2018/2964 E., 2019/7755 K. https://karararama.yargitay.gov.tr/ (Et: 14.05.2021).

olasılığı olan maddelerin dönüştürüldüğünün belirtilmemesi açıklamanın yanıltıcı olmasına sebebiyet verir. Söz konusu durum müşterinin alım kararını etkileyeceği için teklifte bulunanın bu husus hakkında müşteriyi bilgilendirmesi zorunlu olup bu hususun gizlenmesi haksız rekabet oluşturur. Dolayısıyla her somut olayda durumu değerlendirmek daha doğru bir yaklaşımdır.

Hükümlerin bezer olmasının bir sakıncası söz konusu değildir. Zira TTK m. 54/2'de haksız rekabet tanımlanır. Haksız rekabet; emek, kamu yararı, tüketicinin korunması ve dürüstlük kuralı ilkeleri temelinde düzenlenir. Bu temeldeki haksız rekabet örnekleri TTK m. 55'de ayrıca sıralanır. Ancak TTK'daki haksız rekabet örnekleri sınırlayıcı değildir. Haksız rekabetin tanımına giren ve temel ilkeleri ihlal eden her davranış haksız rekabet örneği teşkil edebilir. Söz konusu sayımda örneklerin unsurlarının (2. ve 9. alt bentlerde olduğu gibi) kesişmesinin de olası olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Bu bağlamda, TTK m. 55/1-a hükmünün 10,11 ve 12. Alt bentlerinde[51] doğrudan tüketicinin korunması ile ilgili haksız rekabet hallerine dikkat çekmek gerekir. Düzenlemelerin amacı tüketici kredilerinde, taksitli satış veya benzeri satış şartlarında, formlarda, ilan ve reklamlarda kullanılan belirsiz yanıltıcı, aldatıcı, eksik ifadelere karşı tüketicilerin korunmasıdır. Söz konusu benzerlikler bahse konu hükümde de görülebilir.

3. Gizleme Suretiyle Haksız Rekabet Fiilin Meydana Gelmesi İçin Gerekli Unsurlar

3.1. Genel olarak

TTK m. 55/1-a,9'da, malların, iş ürünlerinin ve faaliyetlerin özelliklerini, miktarını, kullanım amaçlarını, yararlarını veya tehlikelerini gizlemek ve bu şekilde müşteriyi yanıltmak haksız rekabet olarak kabul edilir. Söz konusu hüküm bağlamında haksız rekabetten bahsedebilmek için belirli bir mal veya hizmet ya da faaliyete ilişkin yine hükümde yer bulan hususların gizlenmesi ve bu surette müşterilerin yanıltılması gerekir[52]. Bu bağlamda, belirli hususları gizleyen ve böylece müşterileri yanıltan kişiler, bu hüküm kapsamında haksız rekabet gerçekleştirmiş olur.

3.2.Gizleme

Sözlük anlamıyla gizlemek bir perde ile saklamak özellikle yanıltma durumun sezdirilmemesi, saklanmasıdır[53]. Ayrıca, gizleme; bir mal veya iş ürününün özel önlemlerle gerçek niteliği ile görünürdeki niteliği arasındaki farkın ortadan kaldırılması olarak da tanımlanabilir[54]. Burada ortaya çıkan soru teklifte bulunanın hangi hususlar hakkında müşteriyi bilgilendirmesi gerektiğidir. Mal, iş ürünü ve faaliyete ilişkin her türlü bilginin ürünle birlikte sunulması imkansızdır. Burada genel bir kıstas söz konusu olmamakla beraber müşterinin alım kararını

[51] İlgili düzenlemelerin eleştirisi için bkz. Nomer Ertan, s. 284.
[52] Nomer Ertan, s. 251 vd.; Pekdinçer, s. 176.
[53] Pedrazzini/Pedrazzini, Rn. 6.82.
[54] Nomer Ertan, s. 253.

etkileyen konuların gizlenmesinin hükmün uygulanmasına yol açtığı söylenebilir[55]. Başka bir anlatımla, edimin önemli unsurlarının hiç veya gereği gibi müşterilere açıklanması gerekir. Sonuç olarak sunulan edime ilişkin önemli hususlar müşteri tarafından tespit edilemez ise haksız rekabet eylemi meydana gelir[56].

Gizleme; kast veya ihmal şeklindeki uygun eylemlerle gerçekleştirilebilir[57]. Bir bilgi kasten paylaşılmayabileceği gibi gerekli hassasiyetin gösterilmemesi sebebiyle de paylaşılmamış olabilir. Dolayısıyla gizleme bir bilginin paylaşılmasının ihmal edilmesi[58] veya aldatıcı paketleme[59] yapılması örneklerinde olduğu gibi kast suretiyle ortaya çıkabilir[60].

Sadece bir aktif davranış değil, aynı zamanda pasif bir davranışla da (yapmama, kaçınma gibi ihmali hareketlerle[61]) gizleme meydana gelebilir. Zira, müşterilerin doğru biçimde karar alabilmesi ancak doğru bilgilenme ve piyasa şeffaflığının sağlanması ile mümkün olduğundan, gizlemenin hem aktif hem pasif davranışla gerçekleştirilebileceği kabul edilir[62]. Dolayısıyla gizlemeye yönelik davranışlar yapma, yapmama veya kaçınma şeklinde olabilir. Bu bağlamda, bir mala ilişkin bilgilerin karmaşık şekilde verilmesi sebebiyle bilgi içeriğinin veya öneminin karşı tarafça algılanmasına engel olunması veya önemli bilgilerin hiç verilmemesi halinde de "gizleme" mevcut olabilir[63]. Ayrıca, malın biçimi, paketleme tarzı, etiketindeki takdim gibi görsel algı unsurlarında gizleme yapılarak da haksız rekabet oluşturulabilir[64].

[55] Swisscom ile rakibi arasındaki ihtiyati tedbir talepli yargılamada Mahkeme başkanı; "Bilgi için yeni numara: 111 yerine 1811" sloganını içeren Swisscom reklamının UWG Art. 3/i anlamında haksız rekabet teşkil etmediğine zira rakip işletmelerin müşterilerinin müşteri hizmetlerine ulaşılması için hangi numaranın kullanılması gerektiği konusunda bilgilendirme yükümlülüğünün Swisscom'u ilgilendiren bir konu olmadığına ve UWG Art 3/i düzenlemesinden teklifte bulunanın müşterileri rakip tekliflerden haber etme yükümlülüğünün çıkarılamayacağına hükmetti. Sic! 2007, 43 ff., E. 23. Heizmann/Loacker, Art. 3 Abs. 1 lit. i, Rn. 615.

[56] Nomer Ertan, s. 253.

[57] Kast, tazminat sorumluluğunun (TTK m. 56) ve fiil dolayısıyla cezai sorumluluğun gündeme gelmesi (TTK m. 62) açısından önem taşır.

[58] İKS'nin eczaneler tarafından satılmasını öngördüğü ölü deniz banyo tuzunun, satışı eczacı sıfatına sahip olunmayan bir kişi tarafından yapılır ise UWG 3, lit i'ye aykırı davranış söz konusu olur -ki burada benzer ürünlerin denetimindeki eksiklik sebebiyle- müşterilere kalite garantisi verilemez. Buda resmi olarak kontrol edilen ve ruhsatlanan ürünlerde müşteri güveninin kaybedilmesine sebep olur (GE SMI 1996, 383). Pedrazzini/Pedrazzini, Rn. 6.86.

[59] Aldatıcı paketleme; paketleme müşteride büyüklüğü ile fazla içeriğe sahip olduğu algısını yaratıyor ise ve bu nedenle de ürün yüksek bir fiyata sahipse veya paket algılanandan daha az bir içeriğe sahipse ve yanlış beklenti yaratıyor ise aldatıcı paketleme söz konusudur. Heizmann/Loacker, Art 3 Abs. 1 lit i, Rn. 603.

[60] Jung/Spitz, Art 3 Abs. 1 lit i, Rn. 6. Eksik, yanlış bilgilendirme sadece teklifte bulunanın aktif davranışı ile değil aynı zamanda bir açıklamanın yanlış bir izlenim oluşturabileceğinin bilinmesine veya bilinmesi gerekmesine rağmen bunun açıklamaması veya böyle bir durumun meydana gelmesine sessiz kalması halinde de meydana gelebilir. Gizleme, sadece sözlü açıklamalarla değil, aynı zamanda görsel açıklamalarda da (örneğin paketlemede) söz konusu olabilir. Heizmann/Loacker, Art 3 Abs. 1 lit i, Rn. 603.

[61] Nomer Ertan, s. 253; Pekdinçer, s. 176.

[62] Heizmann/Loacker, Art 3 Abs. 1 lit i, Rn. 603.

[63] Nomer Ertan, s. 253

[64] Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 370.

Ayrıca teklifin gerçekten yanlış izlenim/algıya sebep olması da önemli değildir. Teklifin böyle bir algının oluşmasına uygun olması, gizlemenin varlığını tespitte yeterli kabul edilmelidir[65]. Başka bir ifade ile gizleme unsurun yanında mutlak bir sonucun meydana gelmesi şartını aramaya gerek yoktur. Zira burada gizleme ve yanıltma unsurları bir arada yol alır[66].

Gizlemenin şeklinden bağımsız olarak müşterilerin -rakiplerin değil- teklifin gerçekte taşıdığı özelliklerden farklı anlam çıkarmaları bu noktada önemlidir. Daha açık bir ifade ile ortalama tüketicinin somut teklifi nasıl algıladığı bu hususta önem arz eder[67]. Burada esas olan teklifin kendisinin genel veya belirli bir tüketici kitlesine hitap edip etmediğidir[68]. Zira her bir müşteri bu teklifi farklı algılayıp, değerlendirebilir. Gizlenen bir özelliğin müşteriyi yanıltma ihtimali taşıyıp taşımadığının tespitinde; ilgili mal, ürün veya faaliyetin orta yetenekli olağan alıcısı ölçüt olarak alınır[69].

3.3. Yanıltma

Gizleme sonucu yanıltmanın meydana gelmesi için gizlemenin hangi unsurları içermesi gerektiği sorusu tam olarak cevap bulmamıştır. Ancak gizlemenin müşteride yanlış bir izlenim yaratması önemli değildir. Önemli olan teklifin böyle bir izlenime elverişli olmasıdır[70]. Yanıltma sadece

[65] Hilty, R. M./Arpagaus, R. (Hrsg) (2013). Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Zürich: Helbig Lichtenhahn Verlag, Art 3 Abs. 1 lit. i, Rn. 4; Heizmann/ Loacker, Art 3 Abs. 1 lit i, Rn. 603; Pedrazzini/Pedrazzini, Rn. 6.84; Nomer Ertan, s. 254 vd.

[66] Heizmann/Loacker, Art 3 Abs. 1 lit i, Rn. 603.

[67] Reklamın hukuka aykırılığının tespitinden reklamın muhatabının esas alınması Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un ortaya koyduğu bir ilkedir. Reklam verenin kullandığı (bizce hem kullandığı hem kullanmadığı) kelimelerin anlamı ve etkileri konusunda bilinçli hareket edip etmemesinin önemi yoktur. Dolayısıyla reklam verenin amacı, reklamın onu izleyen müşteri kitlesinin gözünden değerlendirilmesine engel teşkil etmez. Hedef kitlenin her türlü tutum ve algısı değil, ortalama tüketicinin gösterdiği davranış hukuki değerlendirmeye alınır. Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nde ortalama tüketici "ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden, tüketici işlemi ya da tüketiciye yönelik uygulamaların her aşamasında makul düzeyde bilgiye sahip olan gerçek veya tüzel kişidir (m. 4/1-j). Reklam herkesin görebileceği izleyebileceği mecrada yayınlansa da reklamın hitap ettiği özel bir tüketici grubu var ise bu tüketici grubunun algısı eğer böyle bir tüketici grubu söz konusu değil ise genel tüketici kesiminin algısı dikkate alınmalıdır. Karaaslan, P. (2019). "Kötüleyici Reklamların Tespitinde Esas Alınacak Ortalama Tüketici Ölçütü," *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C. 11, S. 40, s. 159-162.

[68] Bern Yüksek Mahkemesi, "Alzeimer hastaları için yeni umut" sloganı ile eczanelere gönderilen reklam mektupları bakımından haksız rekabetin söz konusu olmadığını zira reklamı yapılan ilacın alıcılarının eczacı ve doktorlar olduğunu, bu kimselerin ise yüksek bilgi düzeyleri sebebiyle ilacın faydaları ve uzun süreli testlerin yapılmadığını bilecek durumda olduklarına karar vermiştir. AppHoff BE sic! 1998, 207 ff, E. 5. Heizmann/Loacker, Art 3 Abs. 1 lit i, Rn. 615.

[69] Pekdinçer, s. 179; Nomer Ertan, s. 254.

[70] B Ltd.nin ticaret sicilinde değişiklik yapmasından kısa bir süre sonra A AG'nin işletme yöneticisi X, ödeme makbuzunun kopyasını içeren ve ticaret sicil müdürlüğüne atıf yapılan bir evrakı B Ltd'ye gönderdi. Evrak, ticaret sicil müdürlüğünün faturasıyla karıştırılabilir nitelikteydi. B Ltd'nin şikayetçi olması üzerine Federal Mahkeme A AŞ'nin UWG Art 3/1, i hükmünü ihlal ettiğine karar vermiştir. Mahkeme bu kararda; gönderilen evrakın 1) sadece bir teklif içermesine rağmen, fatura izlenimi yaratması ve 2) evrakta yer alan meblağın sadece ek hizmet edimler için borçlanılmış olmasına rağmen söz konusu meblağın tescil için borçlanıldığı şeklinde bir algı yarattığı gerekçeleriyle X'in şirketin hizmet özelliklerini gizlediği sonucuna varmıştır. BGer 6B_272/2008 vom 8. Oktober 2008, E. 5. Benzer başka bir kararda ise A tek başına B Ltd şirketin iki şubesinin imzaya yetkili yöneticisi olup, bu şubelerden biri resmi sicile kayıtlı değildi. A, ticaret sicilde işlem yaptıran işletmelere bu işlemlerden kısa süre önce veya sonra yazı göndererek bu yazılarda ticaret sicil müdürlüğü faturası olduğu şeklinde bir izlemini yarattı. Mahkeme olayda A'nın

açıklamalarla değil malın biçimi, paketleme tarzı, etiketteki takdim gibi görsel algılamalar[71] dahil her türlü araçla sağlanabilir[72].

"Yanıltma" kavramı TTK m. 55/1,a,1'de ilk olarak düzenlenir. Bu bağlamda yanıltma yanıltıcı olma, mal iş ürünü, faaliyet ilişkin olarak yapılan tekliflerde kullanılan sözcük, resim veya karşılaştırmaların hedef kitlede bıraktığı izlenim sebebi ile konunun olduğundan farklı algılanması halidir. Hükümdeki yanıltma unsuru haksız davranışı haklı davranıştan ayırt etmeye hizmet eder. Bu sebeple, hüküm bir nevi "aldatma[73]" davranışını düzenleme altına alır[74]. Aslında müşteride ürün hakkında yanlış izlenim uyanması riski ortaya çıktığında, yanıltma gizlemenin ayrılmaz bir unsuru olduğundan ayrıca bir yanıltma fiiline gerek yoktur[75].

Esaslı bir yanıltma[76] -ürün içeriği hakkında yanlış fikir oluşması- unsuru zorunlu olmayıp, sadece önemli hususlarda bilgisizlik dahi UWG Art 3, Abs. 1,i'nin unsurlarının gerçekleşmesi için yeterli olduğu kabul edilir. Zira bu halde müşterinin söz konusu ürünü rakip ürünlerle kıyaslama imkânı ortadan kalkar. Hükmün lafzına ilave olarak yanılmanın fiilen mevcut olması için müşteride yanlış fikir uyanma unsuru aranması; rekabetin bozulması tehlikesi ortaya çıktığında değil, fiilen

fiilinin UWG Art 3/1,i'ye aykırı olduğuna karar vermiştir. BGer 6B_1215/2013 vom 12. Mai 2014, E. 2.4. Heizmann/Loacker, Art 3 Abs. 1 lit. i, Rn. 614. 17.06.2011 tarihinde UWG'de yapılan bazı değişiklikler sonucu kanuna bazı haksız rekabet halleri eklenmiştir. UWG Art/1-q'ya göre, bir rehbere kaydolmak veya ilanların yayınlanması için gönderilen faturalar, karşı tarafın önceden kabulünü almaksızın gönderilmiş ise haksız rekabet teşkil eder. Zira doğrudan bir fatura gönderilmesi bazı hallerde bir arzı gizlememektedir. Yukarıda bahsi geçen örnekler İsviçre hukukunda söz konusu değişiklikten sonra "q" bendi kapsamında değerlendirildiğini eklemek gerekir. Heizmann, Reto/ Loacker, Art 3 Abs. 1 lit. i, Rn. 614.

[71] Reklam Kurulu "Ceres" isimli içeceğin ambalajının ön yüzünü kaplayacak şekilde kiwi ve yaban mersini bulunmasına rağmen arka yüzündeki etikette söz konusu içeceğin %94 üzüm suyu, %3 yaban mersini ve %3 kiwi'den meydana geldiğinin belirlenmesi sebebiyle ambalaj üzerindeki resimlerin yarattığı izlenimin tüketici açısından yanıltıcı olduğuna karar vermiştir. Reklam Kurulunun 12.07.2005 tarih ve 118. Toplantısı 2005/117 sayılı karar. Bozbel, s. 118.

[72] TTK m. 55 gerekçe.

[73] Aldatma, saikte yanıltmanın nitelikli halidir. Aldatılan iradesini oluşturan olgularda yanılır. Bu yanılma, sözleşmenin diğer tarafının bilgisi dahilinde oluşturulur. Aldatmanın koşulları ve sonucu kural olarak TTK m. 36'da düzenlenir. Aldatmanın meydana gelmesi için iki şart gerekir. İlki yanılmanı varlığı ikincisi ise aldatmanın varlığıdır. Fail gerçek durumu bilmekte ve diğer tarafın gerçek durumu bilmediğinin, bilemeyeceğinin farkındadır. Diğer tarafı yanılmaya veya yanıldığı pozisyonda kalmaya sevk eder. Eğer fail bilgisizlikle hareket etmiş ise burada aldatma söz konusu olmaz. Tercier, P./Pichonnaz, P./Develioğlu, M. (2016). Borçlar Hukuku Genel hükümler. İstanbul: Seçkin Yayınevi, § 15, N. 822. Aldatma fili olumlu davranış, yapma fiili olabileceği gibi olumsuz bir davranış yapmama veya kaçınma, susma da olabilir. Bu son halde dürüstlük kuralına göre bilgi vermesi gereken bir hususta susma aldatma fiilini oluşturur. Yanılmanın düzeltilmemesi yani susma yoluyla aldatmanın oluşması için karşı tarafın içine düştüğü yanılgı hakkında aydınlatma yükümlülüğünün olması gerekir. Ayrıca aldatmanın varlığından bahsedebilmek için yanılanı sözleşme yapmaya sevk etmek, gerekli hususları bilerek ve isteyerek gerçekleştirmiş olmak gerekir. Eren, F. (2019). Borçlar hukuku genel hükümler, 24. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 447 vd.

[74] Jung/Spitz, Art 3 Abs. 1 lit. i, Rn. 4.

[75] Heizmann/Loacker, Art 3 Abs. 1 lit i, Rn. 603; Pekdinçer, s. 179.

[76] Kanun her yanılmayı dikkate almaz. Zira herkes hatalarının sonuçlarına katlanmak zorundadır. Bu kural işlem güvenliği açısından zorunludur. Bununla beraber, TBK'da önemli bazı durumlar için yanılanı koruyan bir sisteme yer verilir. Buna göre, yanılanın borcundan kurtulabilmesi için düştüğü yanılmanın "esaslı" olması gerekir. Daha açık bir ifade ile yanılma işlem güvenliği aleyhine yanılanı korumayı haklı gösterecek nitelikte olmalıdır. Tercier,/Pichonnaz/Develioğlu, § 15, N. 783 vd.

rekabet bozulduğunda UWG'nin eylemi müeyyidelendireceği anlamına gelirdi. Söz konusu durumun UWG sistemi ile bağdaşmayacağı söylenebilir[77].

Hükmün uygulama alanı münhasır olarak müşterilerin yanıltılmasıyla sınırlıdır. Yanıltılan kişi özellik, miktar, kullanım amacı, yarar ve tehlikeleri gizlenen ürün, iş, faaliyetin fiilen veya potansiyel olarak müşterisi olmalıdır. Müşteri, nihai tüketici anlamında değildir. Hüküm anlamındaki "müşteri" ürünü kullanmada ehil ve özel bilgiye sahip olan kişidir[78].

3.4. Gizlemenin konusu

TTK m. 55/1,9'da haksız rekabet fiilinin konusunu "mallar", "iş ürünleri" ve "faaliyetler" oluşturur. Söz konusu kavramlar TTK m. 55/1-a,1'ın gerekçesinde açıklanır. Gerekçeye göre, "mal" ticarete konu, bir gereksinime cevap veren şeyi ifade eder. İş ürünü ise bir patent, tasarım, makale, film, sahneye koyuş, bir icrayı içeren geniş bir kavramdır. "Faaliyet" kavramıyla, ticarete konu hizmetler kastedilir[79]. İsviçre hukukunda TTK m. 55/1-a,9'a mehazı olan UWG Art 3/1-a,i'nin UWG Art 3/1,b'nin (TTK m. 55/1,a,2) uygulama alanına girdiği ifade edilir[80]. İsviçre hukukunda "mal" kavramı ile taşınır, taşınmaz mallar, haklar, varlıklar, yazılımlar ve know-how gibi ticarete konu her türlü şey, "iş ürünü" ile bir faaliyet sonucu fiziksel veya fiziksel olmayan biçimde ortaya çıkan sonuç "faaliyet kavramı" ile leasing, lisans, kredi, iş birlikleri, risk üstlenilmesi de dahil olmak üzere taahhüt edilen kazanç ve ek edimler (Sponsorluk da dahil) kastedilir[81]. Bu bağlamda, Türk ve İsviçre hukuklarında söz konusunu kavramlarının içeriklerinin kabaca benzer olduğu söylenebilir. Aslında yanıltma mal, iş ürünü ve faaliyetin özellikleri hususunda olabileceği gibi ürün veya hizmetle ilgili her türlü olası teklifle ilgili de olabilir. Ancak hükmün, yanıltmanın konusunu teklifte bulunanın kendisinin oluşturduğu durumları kapsamadığı belirtilmelidir. Kanaatimizce; bunun sebebi, ilgili hususun TTK m. 55/1-a,2'de açık şekilde düzenlenmiş olmasıdır.

Kanunda mal, iş ürünü veya faaliyetlerde gerçekleşecek yanıltmanın söz konusu hususların özellik, miktar, kullanım amacı, yarar ve tehlikelerinin gizlenmesi suretiyle ortaya çıkacağı belirtilir. Gizlenen hususlar konusundaki sayımın sınırlı olmadığı, bu kapsama mantıksal olarak gizlemeyle bağlantılı olabilecek fiyat[82], kalite veya mal veya hizmetin satıcısı[83] gibi diğer önemli tüm parametrelerin de girdiği bazı yazarlarca kabul edilir.

[77] Hilty/Arpagaus, Art 3 Abs. 1 lit. i, Rn. 4-26; Heizmann/Loacker, Art 3 Abs. 1 lit. i, Rn. 604.
[78] Jung/Spitz, Art 3 Abs. 1 lit. i, Rn. 19.
[79] Bk. Gerekçe TTK m. 55.
[80] Jung/Spitz, Art 3 Abs. 1 lit i, Rn. 1; Pedrazzini/Pedrazzini, Rn. 6.85.
[81] Jung/Spitz, Art 3 Abs. 1 lit b, Rn. 32.
[82] Heizmann/Loacker, Art 3 Abs. 1 lit i, Rn. 606.
[83] Nomer Ertan, s. 254.

3.4.1.Özellik

"Özellik"; bir şeyin benzerlerinden veya başka şeylerden ayrılmasını sağlayan nitelik, olarak tanımlanabilir[84]. "Özellik" başlığı, sunulan ürünün, iş ve hizmetin kalitesini, boyutlarını içerir. Ayrıca ürünün diğer ürünlere uyumu da bu başlık altında değerlendirilebilir[85].

Aslında bir teklifin özelliği ile kastedilen öncelikle ürünün kalitesidir (örneğin kullanılan hammadde[86], yapılan işçilik). Bir teklifin içeriği açısından halihazırdaki kaliteden daha kaliteli olduğu algısının yaratılması durumunda yanıltma söz konusu olur[87]. Paketleme suretiyle gerçekleştirilen gizlemede paket birden fazla kalite unsurları taşıyan kısımlardan oluşuyor fakat bu kalite unsurlarından en iyi olanı ürüne ilişkin açıklamada vurgulanıyor ise "özellik" bağlamında bir yanıltmanın söz konusu olduğu söylenilebilir[88]. Aynı şekilde teklifte bulunan ürün paketlerinde yanıltıcı bilgiye yer verebileceği gibi, paketleme şekli ile de yanıltıcı bilgi verebilir. Örneğin, ürün reklamında ürünün daha önceden kullanılmış olduğuna dikkat çekilmemesi müşteride ürünün yeni olduğu şeklinde yanlış bir algı yaratabilir[89].

3.4.2.Miktar

Miktar bir şeyin ölçülebilen, sayılabilen veya azalıp çoğalabilen durumunu ifade eder.[90] Teklifte bulunan, teklif olunan edimin miktarı konusunda ürün paketini süsleyerek veya bir başka şekilde (sipariş formu düzenlenmesinde[91]; online siparişlerde ürünün resimlenmesinde) yanlış izlenim yaratabilir. Eğer paketleme, ürünün gerçekte olduğundan daha büyük olduğu izlenimi veriyor ise ortada aldatıcı paketleme vardır[92]. Bu uygulamalara İsviçre hukukunda daha çok kozmetik alanında rastlanır. Bu bağlamda, parfüm şişesinin hacmi parfümün ağırlığını belirleme açısından

[84] Sözlük.gov.tr (ET: 15.05.2021)

[85] Jung/Spitz, Art 3 Abs. 1 lit. i, Rn. 9.

[86] Zoug Kanton Mahkemesi içinde et bulunmayan bir sos için paketinde "spagetti Bolenez sos" ifadesinin kullanılamayacağını zira bolenez sosun içinde et bulunan bir sos olduğunu, bu sebeple ürünü alan müşterinin sosta kıyma bulunduğu yanılgısına kapılabileceğini ayrıca paket üzerinde yapılan açıklamada ürüne kıyma ilave dilmesi gerektiği yazılsa dahi bu durumun ürünün adındaki yanlışlığı ortadan kaldırmayacağına ve bu haksız rekabet fiilin gerçekleştiğine karar vermiştir. KGer ZG, SMI 1990, 202. Yasaman, s. 175.

[87] "Davacı, Türkiye'deki tek satıcısı ve distribütörü olduğu ürünün, davalı tarafından taklit etmek suretiyle aynı ve benzeri bir şekilde piyasaya daha ucuz fiyatlarla sunulduğunu böylece davacının mallarının kötülendiğini, kalitesiz mal vermek suretiyle davacıya zarar verildiğini ayrıca müşterilere sahte mal vermek suretiyle ürün kalitesi hakkında yanılttığı iddiası ile açtığı davada mahkeme davalının eylemlerinin TTK m. 55/1-a, 4 ve 9 bağlamında haksız rekabet teşkil ettiğinin tespitine karar vermiştir". İstanbul 14. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2016/577, K. 2018/390, T. 26.3.2018 www.lexpera.com.tr (E.T: 11.05.2021).

[88] Jung/Spitz, Art 3 Abs. 1 lit. i, Rn. 9.

[89] Baudebacher/Glöckner, Art 3 Abs. 1 lit. i, Rn. 9; Hilty/Arpagaus, Art 3Abs. 1 lit. i, Rn. 9.

[90] Sözlük.gov.tr (ET: 15.05.2021).

[91] Miktar konusundaki gizleme fiilen az miktara ilişkin sipariş formu oluşturulması sureti ile de meydana getirilebilir. Bu durumda da kural olarak UWG Art 3Abs. 1 lit. b hükmü uygulama alanı bulur zira fiili fiyat ile beklenen fiyat arasında farklılık meydana gelmesi öncelikle gizlemeden değil, yanıltıcı açıklamadan kaynaklanır. Jung/Spitz, Art 3 Abs. 1 lit. i, Rn. 11.

[92] Jung/Spitz, Art. 3 Abs. 1lit. i, Rn. 10.

zor bir unsurdur. Şişenin hacmi, alıcının günlük ihtiyacı için miktarın yeterli olup olmadığı ve miktar fiyat dengesi konusunda yanıltıcı olabilir[93]. Tırnak kadar parfümün büyük bir şişeyi alacak kutuya konulması TTK gerekçesinde yer bulan haksız rekabet hallerinden biridir. Yine büyük bir tenekenin yarısına kadar zeytinyağı doldurulmuş olmasına rağmen ucuzmuş gibi satılması halinde de miktarda gizleme söz konusu olur[94]. Aslında mevcut durumda önemli olan ortalama tüketicinin bu büyüklükteki miktardan gerçek miktarı tahmin edip edemeyeceğidir. Ancak miktarda gizleme konusunda kesin bir sınırlama yoktur: Kural olarak miktardaki her farklılık hükmün uygulama alanı bulmasına sebep olabilir. Kuşkusuz ortalama tüketicinin cüzi miktar farklılığından dolayı istisnai hallerde haklı beklentilerinde hayal kırıklığına uğraması da olasıdır[95]. Paketlemeden kaynaklanan yanılmalar genellikle müşteriyi miktar konusunda aldatır. Ancak aldatıcı paketleme yoluyla müşterinin ürünün özellikleri hakkında yanıltılması da mümkündür[96].

3.4.3.Kullanım amacı

Kullanım amacı; müşteriyi ilgili mal, iş ürünü veya faaliyetle ilgili işlem yapmaya sevk eden saiktir. Elde edilmek istenen amaç, müşterilerin ürüne ilişkin beklentilerini de şekillendirir. Müşteriler sunulan ürün veya hizmetle belirli bir amaca ulaşmayı hedefledikleri için mevcut teklifler müşteriler tarafından değerlendirilir, kıyaslanır[97]. Genellikle bu amaca en iyi hizmet eden ürün tercih edilir. Teklif müşterinin önemli beklentilerini karşılamıyorsa müşteri tarafından tercih edilmez. Ancak açıklamalar ürünün olası kullanım amacını somut olarak ortaya koymuyorsa müşteri, ürünün hangi amaçlara uygun olduğunu tespit edemez[98]. Bu bağlamda, kullanım amacı hakkında gerekli ve yeterli bilgilerin sunulması önem arz eder. Ayrıca ürünün fonksiyonu gibi aleni faktörlerin yanında daha az aleni olan ürünün verdiği ek yetkiler ve ürünün diğer ürünlerle

[93] Pedrazzini/Pedrazzini, Rn. 6.82.

[94] Bahtiyar, M. (2020). Ticari işletme hukuku, 21. Baskı. İstanbul: Beta Yayınevi, s.183.

[95] Hilty/Arpagaus, Art. 3 Abs. 1 lit. i, Rn. 12.

[96] Pekdinçer, s. 177. Genel olarak, miktar konusunda açıklığın sağlanarak hükmün ihlal edilmesinin engellenmesi önem taşır. Zira, böylece miktar konusunda net açıklamalar yapılması sağlanabilir. Bu da müşterilerin yanlış anlamalardan korunmasına hizmet edebilir. Bu nedenle aldatıcı miktar açıklamaları konusunda katı kıstaslar meydana getirilmelidir. Heizmann/Loacker, Art 3 Abs. 1 lit. i, Rn. 606, 607.

[97] İsviçre'de meydana gelen bir olayda, tektifte bulunan BAKOM'un ruhsat vermediği bir modem tipini piyasaya sunması üzerine, müşteriler ruhsattaki eksiklik sebebiyle modemleri yasal olarak kullanamadı. Teklifte bulunan modemlerin sevki sırasında ruhsatın gerekli olduğunu bilmesine rağmen bu hususu müşterilere bildirmeyi ihmal etti. Bölge Mahkemesi uygun bir bilgilendirme olmaksızın yapılan teklifin UWG Art 3/1,i gereğince haksız olduğuna, zira müşterilerde modemi hemen yasal olarak kullanabilecekleri izlenimi yaratıldığına karar verdi. BezGer Uster, SMI 1996, 160 ff., 162 f. Heizmann/Loacker, Art. 3 Abs. 1 lit. i, Rn. 615.

[98] Jung/Spitz, Art 3 Abs. 1lit. i, Rn. 12. Budenbacher/Glöckner'e göre, hükmün amacı ne sadece kullanılabilirlikteki eksikliğin gizlenmesi ne de bunun şüpheli olmasıyla sınırlı değildir. Hüküm daha çok müşterinin yanılmasıyla ilişkili kullanım amacının tümüyle gizlemesiyle alakalıdır. Yazar, burada sadece müşterilerin değil aynı zamanda rakiplerin de dava hakkı olduğunu böylece düzenlemenin kontrol fonksiyonu yerine getirdiğine dikkat edilmesi gerektiğini ileri sürer. Baudebacher/Glöckner, Art. 3 Abs. 1 lit. i, Rn. 18.

ilişkisi gibi faktörlerde kullanım amacı kapsamda kabul edilebilir[99]. Zira söz konusu hususlar da kullanım amacını belirleyeme hizmet eden durumlardır.

Teklifte bulunan ürün veya hizmeti belirli bir amacı -açık veya gizli- över ise, bunun ortalama tüketicide hangi beklentilere sebep olduğu değerlendirilmelidir. Kural olarak telkin edici reklamla ortaya çıkan haklı beklentiler karşılanmıyor ise ortada bir gizleme olduğu söylenebilir. Söz konusu teklifte övgü belirsiz ise bu teklifle ilgili müşteri beklentilerinin de belirsizleşmesi durumuyla karşılaşılabilir[100].

Hükmün uygulama alanı bulması için bir sözleşme akdedilmesine gerek yoktur. Eğer hukuki bir işlem gerçekleştirilmişse ve satılan ürün beklentileri karşılamıyor ise tazminat talebi gündeme gelir[101].

3.4.4.Yarar

"Yarar" bir işten elde edilen fayda, avantaj anlamındadır[102]. Bir üründen beklenen yararın onun kullanım amacıyla sınırlandırılması zordur. Aslında "yarar kavramının kapsamı geniş olup, ürün veya hizmetin ilişkili olduğu tüm olumlu özelikleri kapsar. Bu sebeple yarar kavramı sadece doğrudan yararı veya kullanım amacını değil, ayrıca ilişkili olunan her bir ek yararı içerir. Yarar kavramı teklifin müşteriler için sağlanan yararlarının tümünü çevreler. Bu da hem ekonomik hem de sosyal faktörlerle ilişkili olabilir[103]. Genel olarak teklifte bulunanlar ürünlerinin yararlarını gizlemezler. Aslında burada "yarar" kavramı ile hedeflenen bazı hususların gizlenmesi suretiyle mal, iş ürünü veya faaliyetin yararları konusunda müşterinin yanıltılması ve özellikle yararlı olmayan bir ürünün yararlıymış gibi gösterilmesi halidir[104]. Ancak bazı hallerde ürünün bazı yararları (başka özellikler sebep gösterilerek) müşterilerin ürünün daha büyük yararları ile yetinmeleri için kasıtlı olarak gizlenebilir. Böyle bir harekette müşterinin yanılmasına sebep olabilir[105].

[99] Baudebacher/Glöckner, Art. 3 Abs. 1 lit. i, Rn. 18.

[100] Heizmann/ Loacker, Art. 3 Abs. 1 lit. i, Rn. 607.

[101] Jung/Spitz, Art. 3 Abs. 1lit. i, Rn. 13.

[102] Sözlük.gov.tr (ET: 15.05.2021).

[103] Baudebacher/Glöckner, Art. 3 Abs. 1 lit. i, Rn. 22; Hilty/Arpagaus, Art. 3 Abs. 1 lit. i, Rn. 18.

[104] Pekdinçer, s. 177. Örneğin bir kremin tanıtımında kremin meydana getirdiği olumlu değişiklikler gösterdiği ifade edilirken gerçekle ilgisi olmayan fotomontajlı fotoğrafın kullanılması. Karahan, S. (2015). Ticari işletme hukuku, 27. Baskı, Konya: Mimoza Yayıncılık, s. 246.

[105] Jung/Spitz, Art .3 Abs. 1 lit. i, Rn. 15. Tehlike, müşterinin sağlığını tehdit edecek nitelikte olabileceği gibi müşterilerin hukuki veya cezai sorumluluğunu doğuracak nitelikte de olabilir. Örneğin internet üzerinden dosya paylaşımı sırasında eser sahibinin rızası varmış gibi bir izlenim yaratılması ve müşterilerin olası hukuki problemler hakkında aydınlatılmaması durumunda olduğu gibi. Pekdinçer, s. 177 vd.

3.4.5.Tehlike

Tehlike, gerçekleşme ihtimali olan fakat istenmeyen sakıncalı durumdur[106]. Tehlike kavramı zarardan daha geniş bir anlama sahiptir. Söz konusu halde müşteriye bilgi verilmesi zorunlu olup, bilginin verilmesi veya bunun ihmal edilmesi vücut, sağlık veya diğer hukuki değerlere zarar verir[107].

İsviçre Parlementosu'nda hükümde düzenlenen "özellikle mal, iş ürünü, faaliyetin tehlikeleri" şeklindeki sayıma "insan sağlığı ve çevreye zarar"ın ilave edilmesinin gerekip gerekmediği tartışılmıştır. Bu konuda özellikle araba, alkol ve sigara reklamlarına dikkat çekilmiştir. Ancak nihayetinde "sadece insan sağlığı için değil ayrıca çevre içinde zararlı" ifadesi hükme eklenmemiştir. Bir mal, iş ürünü veya faaliyetle ilişkili önemsiz dahi olsa risklerin bulunması halinde teklifin tehlikeli olduğu ilkesi kabul edilmiştir[108].

Hükmün temelde temelde işletmecilerin bilgi verme yükümlülüğünü düzenlediği söylenebilir. Hüküm, müşterinin bilgilenme düzeyi bağlamında reklamlarda asgari standart oluşturulması gerektiğini gösterir ve öylece hüküm bu alandaki benzer düzenlemeleri (gıda hukuku gibi) tamamlar[109].

Bir ürünün bizatihi kendisi tehlikeli olabileceği gibi (ör: patlayıcı madde) ürünün öngörülen kullanım amacı (alkolün ısınmak amacıyla yakılması) veya örneği verilen ürünlere kıyasla çok basit bir alet (ör: geleneksel bir bisiklet) dahi tehlike oluşturabilir. Bir teklifin tehlikeli olup olmadığı, ürünün daha ağır bir zarara sebep olmaya uygun olup olmadığı ortalama tüketici algısına göre değerlendirilir. Burada somut bir kriter söz konusu değildir. Esas olan olası zararın ne kadar ağır olacağı ve olası zararın nasıl gerçekleşeceğidir. Riskin gerçekleşmesi şartı ise söz konusu haksız rekabet hükmünün unsuru değildir[110].

Eğer risk mevcut ve bu risk alıcı/müşteri tarafından biliniyor ise örneğin risk teklifin incelenmesi sırasında hemen tespit edilebiliyor ise müşterinin bilgilendirilmesinin gerekli olmadığı kabul edilir. Örneğin bir araba veya uçak yolculuğunda hangi risklerin söz konusu olduğu ortalama tüketici tarafından bilindiği için, bu risklerin ne olduğunun ayrıca teklifte açıklanması gerekmez. Keza kullanım amacına yabancı risklerinde ayrıca açıklanması gerekmediği gibi ortalama tüketici de bu konuda herhangi bir bilgilendirme beklemez. Zira müşteriler amaç dışı kullanımın risk taşıdığını kural olarak bildiklerinden böyle bir bilgi paylaşımı beklentisi içinde de değildirler[111].

[106] Sözlük.gov.tr (ET: 15.05.2021).
[107] Jung/Spitz, Art. 3 Abs. 1 lit. i, Rn. 18.
[108] Heizmann/Loacker, Art. 3 Abs. 1 lit. i, Rn. 606, 607.
[109] Jung/Spitz, Art. 3 Abs. 1 lit i, Rn. 17.
[110] Hilty/Arpagaus, Art. 3 Abs. 1 lit i, Rn. 20.
[111] Baudebacher/Glöckner, Art. 3 Abs. 1 lit. i, Rn. 31; Hilty/Arpagaus, Art. 3 Abs. 1 lit i, Rn. 21.

Ayrıca kullanım amacı dışındaki her bir kullanımın tek tek tahmin edilmesi ve risklerin tespit edilmesi mümkün de olmayabilir.

Burada ortaya çıkan bir soru da, tehlike konusundaki bilgilendirmenin ne zaman yapılması gerektiğidir. Teklifte bulunan ürünün gözetimi sırasında tehlikeli durumun ürünün kullanımı sonunda meydana geldiği tespit edilmiş ise söz konusu bilgilendirmenin ve uyarının tehlikenin meydana gelmesinden önce yapılması gerekir. Eğer teklifte bulunan bunu yerine getirmez ise gizlemenin söz konusu olduğu söylenebilir. Buna karşı teklifte bulunanın sonradan deneyim sahibi olduğu ve gerekli özeni göstermesine rağmen tespit edemediği riskler konusunda açıklama/bilgilendirme yükümlülüğü olmadığı gibi burada bir gizlemenin de söz konusu olmadığı söylenebilir[112].

Türk hukuku açısından mal, iş ürünü ve faaliyetlerin gizlenmesi hususunu düzenleyen başkaca mevzuat hükümleri de mevcuttur. Bu düzenlemelere özellikle ilaç, çocuk mamaları, alkol ve tütün mamullerinde rastlanır. Örneğin 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun m. 4/3. Bu ve benzeri nitelikteki düzenlemeler, haksız rekabet hükümlerinin uygulanmasına engel olmamaktadır[113]. Kendi özel mevzuatı uyarınca bir malın, ürünün veya faaliyetin tehlikelerinin, yan etkilerinin bildirim yükümlülüğünün söz konusu olmadığı hallerde dahi ilgili mal, iş ürünü veya faaliyetin tehlikelerinden bahsedilmemesi haksız rekabet olarak değerlendirilebilir[114]. İsviçre hukukunda da bilgilendirme yükümlülüğü kriteri genel olarak Ürün Mecburi Mesuliyeti Kanunu (PrHG -Produktehaftpflichtgesetz) kapsamında özel hukuk sorumluluğuna dayandırılır. Tehlike konusunda bilgilendirme yükümlülüğü bağlamında tehlike hakkında eksik bilgilendirme sebebiyle meydana gelen zarardan teklifte bulunanın sorumlu olduğu kabul edilir[115].

3.3.6. Fiyat

TTK m. 55/,1-a,9'da "fiyat" gizlenecek konulardan biri olarak sayılmamış olup "fiyatın" hükümde geçen bir kategoriye sokulması da mümkün değildir. Ancak hükümde sayılan gizleme konuları sınırlı olmadığı için, müşteride yanlış anlamaya sebep olan fiyatlandırmanın hüküm kapsamına girip girmediği değerlendirilmelidir. Teklifte bulunan teklifin gerçek özelliklerini içeren fiyatını gizlemesi halinde, fiyat unsurunun hüküm kapsamında olduğu kabul edilmelidir. Fiyat; ürünün değer veya kalitesini etkileyen göreceli bir husus olup ortalama tüketici bu hususların denetimini yapamayacağı için, fiyat üzerinden yanıltma söz konusu olabilir[116].

[112] Heizmann/Loacker, Art. 3 Abs. 1 lit i, Rn. 609.

[113] Pekdinçer, s. 178; Nomer Ertan, s. 256.

[114] Nomer Ertan, s. 256; Poroy/Yasaman, s. 382.

[115] Baudebacher/Glöckner, Art. 3 Abs. 1 lit i, Rn. 9; Heizmann/ Loacker, Art 3 Abs. 1 lit. i, Rn. 609.

[116] Doktrinde bir kısım yazara göre fiyat konusunda yanıltma UWG Art 3/b'de ayrıca düzenlendiğinden hükmün (i bendi) ceza hukukundaki kanunilik ilkesi kapsamında geniş yorumunun pratik bir önem arz etmez. Heizmann/ Loacker, Art. 3 Abs. 1 lit i, Rn. 610, 611.

4.Paralel Düzenlemeler

"Gizleme" sadece haksız rekabet düzenlemelerinde yer verilen bir kavram değildir. Ticari Reklam Ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği[117] m. 30'da ticari uygulamada bulunanın bir hukuki ilişki kurmak amacıyla tüketiciye yöneltmiş olduğu öneride önemli bir bilgiyi gizlemesi, öneriyi tüketiciye anlaşılmaz bir şekilde veya uygun olmayan bir zamanda sunması, amacı açıkça belli olan ticari uygulamanın amacını tüketiciye bildirmemesi ve bu durumların ortalama bir tüketicinin normal şartlar altında taraf olmayacağı bir hukuki işleme taraf olmasına yol açması ya da yol açma olasılığının bulunması halinde aldatıcı olma ihmalin varlığı kabul edilir. Yine Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun m. 8'de ayıplı mal ve ayıplı hizmete ilişkin hükümler kapsamında konuya değinilir. Bir satıcı ürünün kullanım amacını gizlediği ölçüde ve bu yolla müşteride yanlış bir izlemin oluştuğu sürece satış sözleşmesi açısından bir sakatlık söz konusu olup, böylelikle satış sözleşmesinden kaynaklanan garanti borcuna ilişkin hükümler uygulama alanı bulur. Ayrıca sözleşmede irade sakatlıkları bağlamında TBK m. 30 vd.'da yanılma, aldatma ve korkutma düzenleme altına alınır. Pasif aldatmada gizleme şeklinde pasif bir davranış mevcuttur.

Söz konusu düzenlemelerin haksız rekabet düzenlemesinin uygulanmasına engel olup olmadığı değerlendirilmelidir. Haksız rekabet düzenlemeleri söz konusu düzenlemelerden farklı bir amaç güttüğünden söz konusu düzenlemelerle birlikte TTK m. 55/1-a,9 hükmünün birlikte uygulanması mümkün olduğu kabul edilir[118]. Örneğin, TBK m. 30 vd. bağlamında aldatmanın tespit edilmesi için yanıltmanın mevcut olması gerekir. Ancak TTK m. 55/1-a,9 açısından yanıltmanın varlığı zorunlu değildir. Dolayısıyla haksız rekabet düzenlemesinin uygulama alanı bulması daha kolaydır.

5.Hükmün Uygulama Alanı

Gizleme suretiyle haksız rekabet fiilinin uygulama alanın dar olduğu kabul edilir. İsviçre hukukunda bunun sebebi UWG art 3/1,b ile i arasındaki sınırın tespitinin zor olmasına dayandırılır. Ayrıca müşterilerin fiilen yararının ihlal edilmediği sürece yargılama giderleri sebebiyle teklifte bulunana karşı dava açmaması da uygulama alanının daralmasında etkilidir[119]. Türk hukukunda da benzer bir durumun söz konusu olduğu söylenebilir.

SONUÇ

"Malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerin özelliklerini, miktarını, kullanım amaçlarını, yararlarını veya tehlikelerini gizlemek ve bu şekilde müşteriyi yanıltmak" haksız rekabet örneklerinden biridir (TTK m. 55/1-a, 9)(UWG m. 3/1,i). Teklifte bulunanların tekliflerinde

[117] 10.01.2015 tarih ve 29232 sayılı RG.
[118] Heizmann/Loacker, Art. 3 Abs. 1 lit. i, Rn. 613; Ayrıca bkz. Nomer Ertan, s. 256; Poroy/Yasaman, s. 382.
[119] Heizmann/Loacker, Art. 3 Abs. 1 lit. i, Rn. 613.

belirli standartlar oluşturarak piyasada şeffaflığın sağlanması ve bu sayede tüketicinin korunması ve amaçlanır.

TTK m. 55/1-a,9 düzenlemesinin ilk bakışta TTK m. 1-a,2 ile benzer olduğu algısı oluşur. Ancak 2. alt bentte "Kendisi, ticari işletmesi, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak veya aynı yollarla üçüncü kişiyi rekabette öne geçirmek" haksız rekabet hali olarak düzenlenir. 2. Alt bentte "gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalar" haksız rekabet oluştururken 9. alt bentte "gizlemek suretiyle yanıltmak" haksız rekabet hali oluşturur. Hükümler konu, amaç ve hedef kitle yönünden farklılıklar barındırır.

TTK m. 55/1-a,9'da bahsi geçen gizleme; bir mal veya iş ürününün özel önlemlerle gerçek niteliği ile görünürdeki niteliği arasındaki farkın ortadan kaldırılması olarak da tanımlanabilir. Gizleme; bir bilginin paylaşılmasının ihmal edilmesi veya aldatıcı paketleme yapılması örneklerinde olduğu gibi çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Sadece bir aktif davranış değil, aynı zamanda pasif bir davranışla da (yapmama, kaçınma gibi ihmali hareketlerle) gizleme meydana gelebilir. Yanıltma ise mal iş ürünü, faaliyet ilişkin olarak yapılan tekliflerde kullanılan sözcük, resim veya karşılaştırmaların hedef kitlede bıraktığı izlenim sebebi ile konunun olduğundan farklı algılanması halidir. Fiilin haksız rekabet teşkil etmesi için gizlemenin müşteride yanlış bir izlenim yaratması önemli değildir. Teklifin böyle bir izlenime elverişli olması yeterlidir. Hükümde gizlemenin miktarını, kullanım amaçlarını, yararlarını veya tehlikeler oluşturacağı belirtilmekle birlikte başkaca hususlarda meydana gelen gizleme eyleminin (örneğin fiyat) de haksız rekabete sebep olabileceği kabul edilir. Sonuç olarak**,** hükmün teklifte bulunanların müşterilerin karar almasında etkili olacak konularda bilgi verme yükümlülüğünü düzenlediği söylenebilir.

KAYNAKÇA

Aksoy, M. A. (2011). Haksız rekabet halleri ve haksız rekabetin tespiti. Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi.

Arkan, S. (2020). Ticari işletme hukuku, 26. Bası, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

Ayhan, R. (1990). Haksız rekabet münasebetiyle elde edilen menfaatlerin iadesi. Konya: Selçuk Üniversitesi Yayınları No: 80.

Ayhan, R./ Çağlar, H./ Özdamar, M. (2021). Ticari işletme hukuku genel esaslar, 12. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları.

Bahtiyar, M. (2020). Ticari işletme hukuku, 21. Baskı. İstanbul: Beta Yayınevi.

Baudenbacher, C. / Glöckner, J. (Hrsg.)(2001). Lauterkeitsrecht: Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Helbing Lichtenhahn Verlag: Basel.

Bozbel, S. (2006). Mukayeseli hukukta ve Türk hukukunda karşılaştırmalı reklam hukuku. Ankara: Seçkin Yayınevi.

Bozer, A./ Göle, C. (2018). Ticari işletme hukuku, 5. Bası, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

Bozkurt, T. (2017). Ticarî işletme hukuku. Ankara: Legem Yayıncılık.

David, L./Jacobs, R. (2012). Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Auflage, Bern: Stämpfli Verlag.

Eren, F. (2019). Borçlar hukuku genel hükümler, 24. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları.

Göle, C. (1983). Ticaret hukuku açısından aldatıcı reklamlara karşı tüketicinin korunması. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

Güven, Ş. (2012). Haksız rekabet hukukunun amacı ve koruduğu menfaatler. Ankara: Adalet Yayınevi.

Heermann, W. P. /Schlingloff, J. (2020). Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht Band 1, 3. Auflage, München: C.H. Beck.

Heizmann, R./ Loacker, D. L. (Hrsg) (2018). UWG Kommentar Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zürich: Dike Verlag.

Hilty, Reto M/Arpagaus, R. (Hrsg) (2013). Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Zürich: Helbig Lichtenhahn Verlag (BSK).

İnal, E./ Baysal, B. (2008). Reklam hukuku ve uygulaması. İstanbul: XII Levha.

Jung, Peter/ Spitz, Philippe (Hrsg)(2016). Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 2. Auflage, Bern: Stämfli Verlag.

Karaaslan, P. (2019). "Kötüleyici reklamların tespitinde esas alınacak ortalama tüketici ölçütü," *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 40, s.147-171.

Karahan, S. (2015). Ticari işletme hukuku, 27. Baskı, Konya: Mimoza Yayıncılık.

Loschelder, M./ Danckwerts, R. (Hrsg) (Autor: Burger, Benedikt/ Held, Thosten/Sonntag, Matthias)(2019). Handbuch des Wettbewerbsrecht, 5. Auflage, München: C.H.Beck.

Moroğlu, E. (2010). Karşılaştırmalı reklam ve Yargıtay kararları- Makaleler, İstanbul: XII Levha, s. 209-226.

Nomer Ertan, N. F. (2016). Haksız rekabet hukuku. İstanbul: XII Levha.

Ohly, A./ Sosnitza, O. (2016). Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb, 7. Auslage, München: C.H.Beck.

Pedrazzini Mario M./Pedrazzini, Federico A. (2002). Unlauterer Wettbewerb UWG, Bern: Stämfli Verlag,

Pekdinçer, R. T. (2020). Haksız rekabet hukukunda dürüstlük kuralına aykırı reklamlar ve satış yöntemleri. Ankara: Adalet Yayınevi.

Pınar, H. (2012). Reklam ve satış yöntemlerine ilişkin haksız rekabet hâlleri. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken (10-11-12 Mayıs 2012 Sempozyum), s. 129-156.

Poroy, R./ Yasaman, H. (2017) Ticari işletme hukuku, 16. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Şener, O. H. (2016). Ticari işletme hukuku. Ankara: Seçkin Yayınevi.

Tekil, F. (1981). Ticari işletme hukuku. İstanbul: Fakülteler Matbaası.

Tercier, P./ Pichonnaz, P./ Develioğlu, M. (2016). Borçlar Hukuku Genel hükümler. İstanbul: Seçkin Yayınevi.

Ülgen, Ü./ Helvacı M./ Kaya A./ Nomer Ertan, N. F. (2019). Ticari işletme hukuku. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Yasaman, H. (2021). Haksız rekabet ve rekabet yasağı makaleler- Hukuki Mütalalar- Bilirkişi Raporları, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi.

ANONİM ŞİRKETLERİN KAMU DÜZENİNE AYKIRI İŞLEMLERİ SEBEBİYLE FESHİ DAVASININ YÖNETİM KURULUNUN SORUMLULUĞUNA DAİR HÜKÜMLERLE İLİŞKİSİ

Dr. Öğr. Üyesi Murat Can Pehlivanoğlu*

İstanbul Kent Üniversitesi

ORCID NO: 0000-0001-7326-1859

Öz

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 210(3) hükmü uyarınca kamu düzenine veya işletme konusuna aykırı işlemlerde veya bu yönde hazırlıklarda ya da muvazaalı iş ve faaliyetlerde bulunduğu belirlenen ticaret şirketleri hakkında, özel kanunlardaki hükümler saklı kalmak kaydıyla Ticaret Bakanlığınca bu tür işlem, hazırlık veya faaliyetlerin öğrenilmesinden itibaren bir yıl içinde fesih davası açılabilmektedir. Nitekim mezkûr düzenlemeye istinaden ilk derece mahkemelerince 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerini ihlal eden ticaret şirketlerinin feshine dair kararlar verildiği gözlemlenmektedir. Gerçekten de TTK m. 210(3) lafzen değerlendirildiğinde maddenin "kamu düzeni" kavramına istinaden ticaret şirketlerinin tüketici mevzuatının kamu düzenine ilişkin hükümlerinden herhangi birinin devamlılık arz etmese dahi ihlali halinde şirketin feshine karar verilebilme olanağı bulunmaktadır. Ancak TTK m. 210(3) hükmünün kanundaki diğer hükümlerden bağımsız görülmemesi ve hükmün uygulanmasında kanunun diğer hükümlerinin de dikkate alınması gerekmektedir. Bu kapsamda eldeki çalışmada anonim şirketlerde yönetim kurulunun sorumluluğuna ilişkin ilkelerin TTK m. 210(3) hükmüyle ilişkisine yollama yapılmaktadır. Anonim şirket yönetim kurulunun TTK m. 375(1)(e) uyarınca devredilemez görev ve yetkisi ile TTK m. 369(1) uyarınca tedbirli bir yöneticinin özeniyle hareket etme yükümlülüğünden TTK m. 210(3) dairesinde fesih davasının yerindeliğini tespitte bir ölçüt olarak faydalanılabileceği değerlendirilmektedir. Tüketici mevzuatı örneğinden hareket edilerek, TTK m. 210(3) dairesinde fesih kararı verilmesinde ticaret şirketlerinin kamu düzenini devamlılık arz eden ve ilk bakışta ihlalin açıkça anlaşılabildiği şekilde ihlalinin aranması önerilmektedir. Bu öneri Amerika Birleşik Devletleri'nin Kaliforniya Eyaleti hukukundaki muadil mevzuatla somutlaştırılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Ticaret Şirketlerinin Feshi Davası, Ttk m. 210(3), Yönetim Kurulunun Sorumluluğu, Kamu Düzeni, Tüketicinin Korunması.

I. GİRİŞ

Anonim şirketler hukukuna dair temel ilkelerden biri olan "devletin ilgilenmesi" ilkesini somutlaştıran hükümlerden biri 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 210(3) düzenlemesidir[1]. "Gümrük ve Ticaret Bakanlığının düzenleme ve denetleme yetkisi" kenar başlığını taşıyan bu hükümde *"Kamu düzenine veya işletme konusuna aykırı işlemlerde veya bu yönde hazırlıklarda ya da muvazaalı iş ve faaliyetlerde bulunduğu belirlenen ticaret şirketleri hakkında, özel kanunlardaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca, bu tür işlem, hazırlık veya faaliyetlerin öğrenilmesinden itibaren bir yıl içinde fesih davası açılabilir"* kuralına yer verilmektedir[2]. Mezkûr düzenleme ticaret şirketlerinin faaliyetleri sırasında denetlenmelerine ilişkin görülmekte olup[3], geniş çapta ve kuvvette mağduriyetlere hızlı ve etkin şekilde müdahale edilebilmesi konusunda önemli bir araç niteliğindedir.

TTK m. 210(3) hükmü doğrultusunda kamu düzenine aykırı faaliyetler gerçekleştiren ticaret şirketlerinin ve bu kapsamda anonim şirketlerin (TTK m. 124(1)), T.C. Ticaret Bakanlığı (Bakanlık) tarafından feshinin dava edilmesi mümkündür. Bununla beraber, TTK sisteminde "kamu düzeni" kavramı tanımlanmamış bulunduğundan, mezkûr düzenleme tahtında kamu düzenine aykırı faaliyetlerin kapsamına ne tür iş, işlem ve faaliyetlerin gireceği belirsizdir[4]. Bu durum hiç kuşkusuz T.C. Anayasası m. 48 dairesinde özel teşebbüsler kurma özgürlüğüne istinaden faaliyetlerini sürdüren kişiler ve menfaat sahipleri açısından yine Anayasa m. 2 uyarınca hukuk devleti ilkesinin gerektirdiği hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik ilkeleri bağlamında sorun teşkil etmektedir.

* İstanbul Kent Üniversitesi, can.pehlivanoglu@kent.edu.tr, Tel: 02126101010, ORCID: 0000-0001-7326-1859.

[1] Pulaşlı, H. (2020). Şirketler Hukuku Genel Esaslar. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 249.

[2] Mülga TTK döneminde de Bakanlığa tanınmış bu yetkinin devletin anonim şirketler üzerinde kontrol ve denetleme haklarından birini yansıttığı kabul edilmekteydi, bkz. Baştuğ, İ. (1974). Şirketler Hukukunun Temel İlkeleri. İzmir: EÜİTBF Yayınları, s. 394.

[3] Mutluer, M. K. vd. (2013). Sermaye Şirketlerinin Denetimi. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 28.

[4] Bkz. Kaderoğlu, M. (2017). Anonim Şirketlerin İnfisahı (Dağılması). İstanbul: 12 Levha Yayıncılık, s. 57.

Bu çalışmada, Bakanlık tarafından kamu düzenine aykırı faaliyetler nedeniyle anonim şirketler aleyhine açılacak fesih davaları konusunda TTK m. 210(3) hükmünün uygulanmasında anonim şirketlere ilişkin diğer TTK hükümlerinin dikkate alınmasının, anılan maddenin işletiminde hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik sağlanmasına önemli bir katkı sağlayacağı ortaya konulmaktadır. Bu doğrultuda, yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri kapsamında özellikle TTK m. 375(1)(e) hükmünün TTK m. 210(3) dairesinde kamu düzenine aykırı işlemler sebebiyle fesih davasının yerindeliğini tespitte bir ölçüt olarak kullanılabileceği değerlendirilmektedir. Anılan değerlendirme, karşılaştırmalı hukuktan Kaliforniya şirketler hukukunda yer alan muadil mevzuat üzerinden örneklendirilmektedir.

II. FESİH DAVASININ KOŞULLARI

TTK m. 210(3) uyarınca Bakanlığın, ticaret şirketlerinin kamu düzenine aykırı işlemlerde veya bu yönde hazırlıklarda bulunduğunu belirlemesi halinde bu işlem, hazırlık veya faaliyetlerin öğrenilmesinden itibaren fesih davasının bir yıl içinde açılabilmektedir[5]. Dolayısıyla, TTK m. 210(3) hükmüne istinaden kamu düzenine aykırı işlemler sebebiyle fesih davasının açılabilmesi için öncelikle ortada kamu düzenine aykırı işlemler ya da bu yönde hazırlıkların bulunduğunun tespiti ve davanın da bir yıl içerisinde açılmış olması gerekmektedir. Hükümde sadece kamu düzenine aykırı işlemlerin gerçekleşmiş olmasına değil bu yönde hazırlıkların tespitine de sonuç bağlanmış olup, bu durum uygulama güçlüğü ve teorik tespit sorunu yaratacağı görüşüyle eleştirilmektedir[6]. Öte yandan, TTK m. 210(3) hükmünün lafzında kamu düzenine aykırı faaliyet teşkil eden bir faaliyetin süreklilik arz etmesinin aranmaması nedeniyle bir defaya mahsus münferit bir ihlal halinin dahi feshe sebebiyet verebileceği belirtilmektedir[7].

TTK m. 210(1) hükmüne istinaden yürürlüğe konulan Ticaret Şirketlerinin Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca Denetlenmesi Hakkında Yönetmelik[8] (Yönetmelik) içerisinde TTK m. 210(3) düzenlemesinin uygulamasına ilişkin bir kısım hususlar yer almaktadır. Yönetmelik m. 9(3) uyarınca *"Ticaret şirketlerinin, kamu düzenine veya işletme konusuna aykırı işlemlerde veya bu*

[5] TTK m. 210(3) madde gerekçesinde, fesih davasının açılabilmesinde geçerli bir yıllık sürenin niteliğinin saptanmasının yargı kararlarına ve öğretiye bırakıldığı ifade olunmaktadır. Bu sürenin bir hak düşürücü süre değil zamanaşımı süresi niteliğinde olduğu yönünde, bkz. Pulaşlı, s. 606.
[6] Bahtiyar, M. (2020). Ortaklıklar Hukuku. İstanbul: Beta Yayınevi, s. 386.
[7] Pulaşlı, s. 606. Karşı yönde, bkz. Sarıkaya, S. (2020). Koronavirüs (Covid- 19) Salgını Sebebiyle Sermaye Şirketlerine Getirilen Kar Dağıtım Sınırlaması. BUHFD, C.15(193- 194), 1263- 1301, s. 1288.
[8] R.G. Tarihi: 28.08.2012 Sayısı: 28395

yönde hazırlıklarda ya da muvazaalı iş ve faaliyetlerde bulunduğunun Bakanlık denetim elemanlarınca tespit edilmesi halinde Bakanlıkça fesih davası açılabilmesi için inceleme raporu düzenlenir." Nitekim inceleme raporu, "teftiş ve soruşturma raporlarına konu olmayan hususlarda düzenlenen rapor" olarak tanımlanmıştır (Yönetmelik m. 9(1)(c)).

O halde TTK m. 210(3) hükmünün uygulanmasına ilişkin ilkeler bağlamında Yönetmelik sisteminden anlaşılan bir husus, Bakanlıkça fesih davasının açılması için öncelikle bu talebin dayanağı bir Bakanlık inceleme raporunun bulunması gerektiğidir. Bakanlık denetim elemanlarınca bir inceleme raporu düzenlenebilmesi için hiç kuşkusuz bir denetim de gerçekleştirilmiş olmadır (Yönetmelik m. 9(1)). Bu çerçevede, ticaret şirketlerinin denetimine ise Bakanlıkça resen veya ortakların ya da üçüncü kişilerin istem, ihbar ve şikayetleri üzerine karar verilebilecektir (Yönetmelik m. 8(2)). Ticaret şirketlerinin işlemlerinin denetim ilkeleri ise Yönetmelik m. 6(1) ile ortaya konulmuştur.

III. KAMU DÜZENİ KAVRAMI

TTK m. 210(3) hükmünde bulunan "kamu düzeni" kavramı ne anılan maddede ne de TTK sisteminde tanımlanmış değildir. Nihayetinde kamu düzeninin her hukuk dalında o dalın kendisine has bir kavram biçimini aldığı değerlendirilmektedir[9]. Genel olarak ise kamu düzeni kavramı, bir ülkede belli bir zaman diliminde toplumun ve devletin çıkarlarını yakından ilgilendiren ve tüm hukuk kurallarının oluşturduğu düzeni ifade etmektedir[10]. Benzer şekilde, özel hukukta kamu düzeni kavramının genel olarak toplum menfaatini koruyan hükümlerle ortaya çıkan hukuk düzenini veya toplumun doğrudan doğruya menfaatlerini koruyan hukuk kurallarını işaret edecek biçimde tanımlandığı görülmektedir[11]. Nitekim öğretide TTK m. 210(3) kapsamında kamu düzenine aykırı faaliyetin herhangi bir kanunun kamu yararı için koyduğu ve yaptırıma bağladığı kurala aykırılığı ifade ettiği belirtilmektedir[12].

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2017/130 K. 2019/1394 T. 19/12/2019 kararında kamu düzeni kavramının çerçevesini şu şekilde çizmiştir: *"Türk kamu düzeninin ihlalini gerektirecek haller çoğunlukla bir emredici hükmün ihlali halinde düşünülecektir. Fakat her emredici hükmün ihlali halinde veya her emredici hükmü ihlal eden bir yabancı kararın Türk kamu düzenine aykırı*

[9] Atasoy, K. (2020). Sözleşme Özgürlüğünün Kamu Düzenine Aykırılık Sınırı. İstanbul: 12 Levha Yayıncılık, s. 31.
[10] Karasu, R. (2015). Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 37.
[11] Bkz. Artık, S.A. (2018). İstinaf Kanun Yolunda Kamu Düzeni Kavramı. TBB Dergisi, (134), 257- 292, s. 261.
[12] Pulaşlı, H. (2018). Şirketler Hukuku Şerhi Cilt III. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 2412.

bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. İç hukuktaki kamu düzeninin çerçevesi, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensiplere, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık şeklinde çizilebilir."

Kamu düzeni kavramının kanuna aykırılık kavramından daha sınırlı bir çerçeveyi işaret ettiği anlaşılmaktadır[13]. Nihayetinde öğretide emredici hükümlerin niteliklerine göre kesin nitelikte emredici hükümler ve nisbi emredici hükümler olarak ikiye ayrıldıkları, kesin nitelikte emredici hükümlerle doğrudan doğruya kamu düzenine ilişkin olarak belli bir davranışı ilgililerin iradelerini dikkate almaksızın emreden hükümlerin kastedildiği ifade edilmektedir[14]. Ancak konusunun doğrudan kamu düzeni ve çıkarı değil de özel çıkarlar olduğu, özellikle ekonomik olarak zayıf olanı korumaya yönelmiş ancak doğrudan bir kamu çıkarını korumayan emredici hükümlerin ise nisbi emredici hükümler sınıfında yer aldığı vurgulanmaktadır[15]. Bu yaklaşım TTK m. 210(3) bağlamında değerlendirildiğinde, mezkûr hüküm uyarınca kamu düzenine aykırı işlem ve faaliyetin, kanunların özellikle kesin nitelikte emredici hükümlerini ihlal eden işlem ve faaliyetlerin varlığı halinde söz konusu bulunabileceğini işaret ettiği söylenebilecektir. Dolayısıyla, yine örneğin "düzen hükmü"[16] niteliğindeki idari veya cezai yaptırımlar öngören kamu hukuku normlarının ihlalinin TTK m. 210(3) kapsamında her durumda kamu düzenine aykırı faaliyete sebep olduğunun kabul edilmemesi gerekecektir.

Bu doğrultuda, örneğin bir ticaret şirketinin suç örgütüne para aktarması[17], şirketin tefecilik ve yağma faaliyeti için paravan olarak kullanılması[18], istifçilik ya da vurgunculuk yapılması[19], 2644 sayılı Tapu Kanunu m. 35 düzenlemesini etkisiz kılmak üzere şirketin kullanılması[20] veya kumar

[13] Alışkan, M. (2007). Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın Anonim Şirketleri Denetlemesi ve İlgili Fesih Davaları. İstanbul: Legal, s. 200.
[14] Moroğlu, E. (2017). Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü. İstanbul: 12 Levha Yayıncılık, s. 69.
[15] Moroğlu, s. 159.
[16] Bkz. Oğuzman, M. K. ve Barlas, N. (2017). Medeni Hukuk. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 224.
[17] Can, O. (2015). Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın Ticaret Şirketlerinin Feshini İsteme Davasında Bir Yıllık Süreye İlişkin Anayasaya Aykırılık Sorunu (TTK m. 210/F.3). BATIDER, C31(4), 111- 126, s. 115.
[18] Yargıtay 11. H.D. E. 2017/2044 K. 2018/7787 T. 10.12.2018.
[19] Pulaşlı (Şerh), s. 2412.
[20] Poroy, R. vd. (2019). Ortaklıklar Hukuku II. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 345.

oynatılması[21] gibi işlem ve faaliyetler kamu düzenine aykırı işlem ve faaliyetlerden kabul olunacaktır. TTK m. 210(3) düzenlemesi çerçevesinde kamu düzeni kavramının ilk derece mahkemelerince güncel uygulaması incelendiğinde ise, örneğin tüketici mevzuatı dairesinde mesafeli sözleşmelere dair cayma hakkının kullandırılması dahil ilgili yükümlülüklerin yerine getirilmemesinin kamu düzenine aykırı faaliyet teşkil ettiğinin değerlendirildiği görülmektedir[22].

IV. YÖNETİM KURULU, SORUMLULUK HÜKÜMLERİ VE TTK M. 210(3)

Yönetim kurulu kanun ve esas sözleşme uyarınca genel kurulun yetkisinde bırakılmış bulunanlar dışında şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkilidir (TTK m. 374(1)). Buna göre, şirketin üst düzeyde yönetimi ve bunlarla ilgili talimatların verilmesi (TTK m. 375(1)(a)) ile yönetimde görevli kişilerin özellikle kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönergelere ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediklerinin üst gözetimi (TTK m. 375(1)(e)) de yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkilerinden sayılmaktadır. Dolayısıyla, anonim şirketlerin başta TTK olmak üzere mevzuata uygun faaliyet göstermesini sağlayacak tedbirlerin alınması yönetim kurulunun görev ve yetkisindeki bir husus olarak değerlendirilmektedir[23].

Yönetim kurulunun üst gözetim görevine dair TTK m. 375(1)(e) hükmünün, yönetim kurulunun bir mevzuat uyum organizasyonu kurup uygulama yükümünün temelini teşkil ettiği kabul edilmektedir[24]. Yönetim kurulunun anonim şirketin mevzuata uygun biçimde faaliyet göstermesini temin edecek tedbirleri alıp almadığının tespitinde TTK m. 369 uyarınca üyelerin görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülükleri dikkate alınacaktır[25]. Nitekim yönetim kurulunun şirketin mevzuata uyarlığını temin etmemesi ve bu arada şirket tarafından kamu düzenine aykırı faaliyetlerde bulunulması halinde TTK m. 553(1) dairesinde sorumluluğuna başvurulabileceği kuşkusuzdur[26]. Bununla beraber, bazı hallerde şirket yönetimlerinin bir fayda ve maliyet analizi çerçevesinde

[21] Pulaşlı, s. 605.
[22] Bkz. İstanbul 19. Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2019/281 K. 2020/341 T. 16/07/2020.
[23] Yaşar, T.N. (2021). Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Uyum (Compliance) Yükümlülüğü. Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu içinde (s. 267- 274). İstanbul: 12 Levha Yayıncılık, s. 268.
[24] Pulaşlı, s. 398.
[25] Bkz. Anayasa Mahkemesi G.K. E. 2016/191 K. 2017/131 T. 26/07/2017, Par. 46.
[26] Yaşar, s. 275.

kasten bir kısım mevzuat hükümlerini ihlal ettiği bilindiğinden[27], her mevzuata aykırı faaliyet sebebiyle yönetim kurulu üyelerinin TTK m. 553 dairesinde ilgilileri tarafından hukuki sorumluluğuna başvurulmayabileceği de aşikardır.

TTK m. 375(1)(e) ile asıl hedeflenenin uygun bir gözetim ve kontrol sistemi kurulması ve yönetim kuruluna devamlı rapor verilmesine ilişkin bir organizasyonun işletilmesinin olduğu ifade edilmektedir[28]. Bu çerçevede, bir anonim şirketin kamu düzenine aykırı faaliyet göstermesini engelleyici tedbirleri mevzuat uyum organizasyonu kapsamında almak kadar bu yönde bir faaliyet hazırlığının söz konusu bulunması halinde bunun tespiti ile ortadan kaldırılması için eylemlere başvurulması da yine şirket yönetim kurulunun sorumluluğunda bulunmaktadır. Elbette bu mevzuat uyum organizasyonunun oluşturulmasına rağmen ve yönetim kurulunun gereken tüm tedbirleri önceden almasına karşın kamu düzenine aykırı bir faaliyetin gerçekleşmesini engelleyemediği ya da durumdan haberdar olamadığı haller de söz konusu olabilecektir. Bu durumlarda yönetim kurulu bilerek ve isteyerek kamu düzenine aykırı bir eylemi desteklemiş kabul olunamayacağından, örneğin Bakanlık bildirimiyle durumdan haberdar olması halinde bu durumu düzeltici tedbirlere başvurabileceği değerlendirilmelidir.

Şirketin mevzuata uyarlığını sağlama yükümlülüğü ve bunu yerine getirmemesi halinde sorumluluk yönetim kuruluna yüklendiğine göre, şirketin münferit bir işleminin kamu düzenine aykırı olmasına istinaden TTK m. 210(3) dairesinde şirketin feshine karar verilmesinin yönetim kurulunun yükümlülüklerine ilişkin TTK hükümleriyle bir uyumsuzluğa sebep olacağı dikkate alınmalıdır. TTK sisteminde yönetim kuruluna yüklenen mezkûr sorumlulukların tamamen görmezden gelinerek münferit bir olayda derhal şirketin TTK m. 210(3) dairesinde feshi yoluna başvurulması, bu düzenlemeyi öngörüldüğü amaçtan uzaklaştırmış olacaktır. Nihayetinde bir tüzel kişiliğe sahip olan anonim şirketin (TTK m. 125(1)) kendi menfaatleri de bulunduğundan, şirketin salt birtakım kişilerce kamu düzenine aykırı faaliyetlere aracı edilmiş olması şirketin hukuki varlığının öylece sonlandırılması için yeterli görülmemelidir. Üstelik her kanuna aykırılığın Bakanlık tarafından fesih sebebi yapılamayacak bulunmasının bir meşruiyeti de TTK

[27] Pollman, E. (2019). Corporate Disobedience. Duke Law Journal, C68(4), 709- 765, s. 725.
[28] Pulaşlı, s. 399.

sisteminde ilgililerin mağduriyetlerin giderilmesi konusunda öngörülmüş TTK m. 553(1) gibi alternatif denetim mekanizmalarının bulunmasındadır[29].

Öte yandan, kanun hükümlerinin kişilerin Anayasa m. 48 çerçevesinde özel teşebbüs özgürlüğünü yine Anayasa m. 2 uyarınca hukuk devleti ilkesi kapsamında hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik içerisinde sürdürülebileceği biçimde yorumlanması ve uygulanması gereklidir[30]. Kamu düzenine aykırı işlem ve faaliyetlerin kapsamına nelerin girdiğinin belirsiz olması karşısında[31], bir anonim şirketin neredeyse her faaliyetinde kamu düzenine aykırı işlem tesis etmesi riskinin bulunmasının ticaret hayatının gerektirdiği akışkanlığa zarar vereceği kuşkusuzdur. Bu anlamda hukuki güvenlik ve öngörülebilirliği sağlamanın bir yolu TTK sistemindeki yönetim kurulunun görev ve sorumluluklarına ilişkin hükümlerin TTK m. 210(3) tahtında değerlendirilmesi olarak görülmelidir.

V. KALİFORNİYA HUKUKU

Amerikan hukukunda "corporation" türünde bulunan ve Türk hukukundaki anonim şirkete tekabül eden şirket türünün[32], Kaliforniya Şirketler Kanunu[33] (CACC) m. 1801 hükmüyle mahkeme yoluyla feshi halleri düzenlenmiştir. Mezkûr hüküm kanunun "irade dışı fesih" başlıklı kısmında yer almaktadır. Bu çerçevede, şirketin irade dışı fesih halleri genel olarak şirket kisvesi altında fırsatçı davranışlar gerçekleştirilmesinin engellenmesi ve şirkette azınlık durumda bulunan ortakların mağduriyetlerinin giderilmesinin önüne geçilmesi için öngörülmüşlerdir[34].

CACC m. 1801 uyarınca Kaliforniya eyalet başsavcısı tarafından resen ya da şikâyet üzerine, şirketlere ilişkin kanun hükümlerinin ciddi şekilde ihlal edilmesi (CACC m. 1801(a)(1)) ile hileli şekilde şirket ayrıcalık ve yetkilerinin kötüye kullanılması hallerinde (CACC m. 1801(a)(2)) şirketin feshinin talep edilebileceği kuralları, TTK m. 210(3) hükmünün Kaliforniya hukukundaki muadil düzenlemesini oluşturmaktadır. Ancak CACC sisteminde, mezkûr fesih sebeplerini

[29] Bkz. Alışkan, s. 200.
[30] Bkz. Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Numarası: 2019/20904 Karar Tarihi: 15/04/2021.
[31] Bkz. III. Bölüm.
[32] İmregün, O. (1969). Amerikan Ortaklıklar Hukukunun Ana Hatları. İstanbul: İÜHFY, s. 35.
[33] "California General Corporations Code", öğretide "Kaliforniya Şirketler Kanunu" ifadesiyle tercüme edilmektedir, bkz. Pehlivanoğlu, M.C. (2021). Yönetim Kurulunda Cinsiyet Kotası Uygulamasının Amerikan Şirketler Hukuku Açısından Değerlendirilmesi. Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu içinde (s. 641- 650). İstanbul: 12 Levha Yayıncılık, s. 642.
[34] Bkz. Pehlivanoğlu, M.C. (2019). Involuntary Dissolution: Theory and Operation in Publicly Traded Corporations. Annual Survey of International and Comparative Law, C23(1), 1- 19, s. 2.

doğuran bir şirket eylemi, şirket esas sözleşmesinin değiştirilmesi veya başkaca korporatif işlemlerle düzeltilebilecek ise, fesih davası açılmadan en az otuz gün önce durumun şirkete bildirilmesi ve davanın da ancak aykırılıkların bu sürede şirket tarafından düzeltilmemesi halinde açılması kuralı bulunmaktadır (CACC m. 1801(b)).

Fesih sebebini doğuran şirket eyleminin esas sözleşme ya da başkaca korporatif işlemlerle düzeltilmesinden kastedilen hususlar hiç kuşkusuz sadece şirketler hukuku bağlamında korporatif düzlemde[35] anlam ifade eden işlemlerin yapılmasını değil, aynı zamanda üçüncü kişiler nezdinde hak ve borçları ilgilendiren işlemlere dayanak teşkil edecek yönetim kurulu kararı ve talimatları gibi işlemleri de kapsamaktadır. Dolayısıyla, şirketin sadece şirketler hukuku değil, örneğin borçlar hukuku tahtındaki işlemleri vasıtasıyla ihlal konusu eylemleri gidermesi mümkün ise yine fesih yoluna başvurulmaması gerekecektir. Şirkete ihlal konusu eylemi düzeltmesi için süre verilecek olması hiç kuşkusuz feshin son çare olması ilkesinin bir yansıması durumundadır (CACC m. 1801(c)).

VI. SONUÇ

Anonim şirketlerin birbirlerine yabancı olan sermaye sahipleri ile finansman kaynakları arasında bağlantı kurulmasını mümkün kılarak günümüz ekonomik düzeninin oluşumuna altyapı teşkil ettiği yadsınamaz olduğundan[36], bu şirketlerin kamu düzenine uygun faaliyet göstermesinin Bakanlık tarafından denetlenmesinin meşru amaçlara[37] hizmet ettiği açıktır. Bununla beraber, TTK m. 210(3) hükmünün uygulamasının hükmün amacından şaşmaması adına, özellikle kamu düzenine aykırı işlem ve faaliyetlerin kapsamına nelerin girdiğinin belirli olmaması karşısında hukuki güvenlik ve öngörülebilirliği teminin TTK sisteminde anonim şirket yönetim kurulunun sorumluluklarına ilişkin hükümler dikkate alınmak suretiyle sağlanması tercih edilmelidir. TTK m. 210(3) dairesinde bir fesih davasının yerindeliğinin tespitinde bu yaklaşımın uygulanması ise

[35] Korporatif terimi, şirket tüzel kişiliğinin organizasyon yapısı ve iç işleyişine ve bu arada pay sahipleriyle şirket arasındaki ilişkiye dair kavramları ifade etmek üzere kullanılmaktadır (Ayoğlu, T. (2018). Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim. İstanbul: 12 Levha Yayıncılık, s. 9).

[36] Postacıoğlu, İ.E. (1978). Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan. Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti (s. 479- 511). İstanbul: İÜHFY, s. 481.

[37] Bkz. Anayasa m. 48(2): "Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirler alır."

kamu düzeni kavramının çerçevesini çizecek olan hâkimin takdir yetkisi dahlinde mümkün kılınacaktır[38].

O halde kamu düzenine aykırı işlem ve faaliyette bulunduğu saptanan bir anonim şirkette öncelikle şirket yönetim kurulunun bu faaliyetten haberdar edilerek bunu düzeltmesinin beklenmesi, bu anlamda şirket yönetim kurulunun TTK m. 375(1)(e) yetki ve görevini icrasının gözlemlenmesi, şayet ihlal tekerrür eder veya Bakanlık bildirimi sonuçsuz kalırsa bu halde fesih davasının açılması ve feshe karar verilmesi TTK sistemine uyarlık taşıyacaktır[39]. Zira aksi halde, kamu düzenine aykırı bir eylem gerçekleşmiş bulunsa dahi bunun doğrudan şirket tüzel kişiliğinin kendisine izafe edilmesi meşruiyet temelinden uzaklaşmış olacaktır. Üstelik karşılaştırmalı hukuktan Kaliforniya şirketler hukuku da bu yaklaşımı benimseyen bir örnek teşkil etmektedir. Nihayetinde Yönetmelik m. 4(1) düzenlemesiyle Bakanlık denetiminin amacının ticaret şirketlerinin TTK ve bu kanuna dayanılarak çıkarılan düzenleyici işlemlere uygun işlem yapmalarını sağlamak olduğu belirtilmiştir. O halde Bakanlık denetiminde denetim konusu anonim şirketin mevzuat uyum yükümlülüklerine riayet edip etmediğinin değerlendirilmesi ve neticede fesih davasından önce bu riayetin artırılmasının teminine ilişkin önlemlerin alınmasının sağlanması önem taşımaktadır. Nitekim mezkûr Yönetmelik hükmünde uygunsuzlukların giderilmesi için rehberlik edileceği vurgulanmaktadır.

KAYNAKÇA

Alışkan, M. (2007). Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın Anonim Şirketleri Denetlemesi ve İlgili Fesih Davaları. İstanbul: Legal.

Artık, S.A. (2018). İstinaf Kanun Yolunda Kamu Düzeni Kavramı. TBB Dergisi, (134), 257- 292.

Atakan, A. (2007). Kamu Düzeni Kavramı. MÜHF- HAD, C13(1- 2), 59- 136.

Atasoy, K. (2020). Sözleşme Özgürlüğünün Kamu Düzenine Aykırılık Sınırı. İstanbul: 12 Levha Yayıncılık.

Ayoğlu, T. (2018). Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim. İstanbul: 12 Levha Yayıncılık.

[38] Kamu düzenine ilişkin hükümleri hâkimin takdir yetkisini kullanarak belirleyeceği yönünde bkz. Atakan, A. (2007). Kamu Düzeni Kavramı. MÜHF- HAD, C13(1- 2), 59- 136, s. 88.

[39] Mülga TTK m. 466 hükmü açısından mülga TTK m. 274(2) hükmüne dair benzer bir değerlendirme için bkz. Birsel, M.T. (1973). Anonim Şirketler Hukukunda Kar Kavramı C. 1. İzmir: Ege Üniversitesi Matbaası, s. 63.

Bahtiyar, M. (2020). Ortaklıklar Hukuku. İstanbul: Beta Yayınevi.

Baştuğ, İ. (1974). Şirketler Hukukunun Temel İlkeleri. İzmir: EÜİTBF Yayınları.

Birsel, M.T. (1973). Anonim Şirketler Hukukunda Kar Kavramı C. 1. İzmir: Ege Üniversitesi Matbaası.

Can, O. (2015). Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın Ticaret Şirketlerinin Feshini İsteme Davasında Bir Yıllık Süreye İlişkin Anayasaya Aykırılık Sorunu (TTK m. 210/F.3). BATIDER, C31(4), 111-126.

İmregün, O. (1969). Amerikan Ortaklıklar Hukukunun Ana Hatları. İstanbul: İÜHFY.

Kaderoğlu, M. (2017). Anonim Şirketlerin İnfisahı (Dağılması). İstanbul: 12 Levha Yayıncılık.

Karasu, R. (2015). Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi. Ankara: Yetkin Yayınları.

Moroğlu, E. (2017). Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü. İstanbul: 12 Levha Yayıncılık.

Mutluer, M. K. vd. (2013). Sermaye Şirketlerinin Denetimi. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.

Oğuzman, M. K. ve Barlas, N. (2017). Medeni Hukuk. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Pehlivanoğlu, M.C. (2021). Yönetim Kurulunda Cinsiyet Kotası Uygulamasının Amerikan Şirketler Hukuku Açısından Değerlendirilmesi. Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu içinde (s. 641- 650). İstanbul: 12 Levha Yayıncılık.

Pollman, E. (2019). Corporate Disobedience. Duke Law Journal, C68(4), 709- 765.

Poroy, R. vd. (2019). Ortaklıklar Hukuku II. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 1557.

Postacıoğlu, İ.E. (1978). Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan. Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti (s. 479- 511). İstanbul: İÜHFY.

Pulaşlı, H. (2018). Şirketler Hukuku Şerhi Cilt III. Ankara: Adalet Yayınevi.

Pulaşlı, H. (2020). Şirketler Hukuku Genel Esaslar. Ankara: Adalet Yayınevi.

Sarıkaya, S. (2020). Koronavirüs (Covid- 19) Salgını Sebebiyle Sermaye Şirketlerine Getirilen Kar Dağıtım Sınırlaması. BUHFD, C.15(193- 194), 1263- 1301.

Yaşar, T.N. (2021). Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Uyum (Compliance) Yükümlülüğü. Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu içinde (s. 267- 274). İstanbul: 12 Levha Yayıncılık.

BARTER SÖZLEŞMESİNİN ÖNEMİ VE ETKİN KULLANILMA ÖNERİLERİ

Dr. Öğr. Üyesi Nazım AKSOY*
Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi
ORCID NO: 0000-0002-1835-7476

Öz

Yaklaşık iki yıldır devam eden pandemi sonucunda ticari faaliyetlerde hem üretim sektöründe hem de tüketim alanında kesintiler olmaktadır. Bu durum nakit akışında ciddi sorunları ortaya çıkarmış ve firmaların gelirlerinde yaşanan ani düşüşler ödemeleri aksatmıştır. Özellikle küçük ve orta boyuttaki işletmeler (KOBİ) üzerindeki nakit ödemelerine yönelik ekonomik baskılar yeni finansman modelleri arayışını zorunlu kılmaktadır. Bu bağlamda örneğin nakitle yapılan ticaret yerine mal veya hizmet ile gerçekleşebilen ödeme aracına başvurulması bu sorunların çözülebilmesine bir alternatif olarak düşünülebilir. Mal ve hizmetlerle ödemeler çok eski dönemlerde de görüldüğü üzere, günümüz ticari ilişkilerinde de sık başvurulan bir yöntemdir. Gelişmiş ülkelerde bu sistem barter usulü ile yapılan ticaret şeklinde uygulanmaktadır. Ülkemiz uygulamasında her ne kadar trampa hükümleri olarak nitelendirilen barter sözleşmesi görülmekte ise de, mevzuat açısından konuyla ilgili her hangi bir çalışmanın olmaması sistemin uygulamasında ciddi sorunlara sebep olmaktadır. Dolayısıyla barter sözleşmesinin özellikle de kriz ortamlarında nakitle ödeme yerine alternatif finansman olarak kullanılması ve konuyla ilgili alınması gereken önlemler bu dönemde büyük önem arz etmektedir.

Anahtar Kelimler: Barter sözleşmesi, barter sistemi, ekonomik kriz, parasız ticaret, mal ve hizmet mübadelesi.

THE IMPORTANCE OF THE BARTER CONTRACT AND ITS EFFECTIVE USE RECOMMENDATIONS

Abstact

As a result of the pandemic that has been going on for about two years, there are interruptions in both production and consumption sectors in commercial activities. This situation revealed serious

* Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, naksoy@mehmetakif.edu.tr; ORCİD ID: orcid.org/0000-0002-1835-7476

problems in cash flow and sudden decreases in the income of the companies disrupted the payments. Economic pressures for cash payments, especially on small and medium-sized enterprises (SMEs), necessitate the search for new financing models. In this context, for example, using a payment instrument that can be realized with goods or services instead of trading in cash can be considered as an alternative to solving these problems. Payments with goods and services are a method frequently used in today's commercial relations, as was seen in ancient times. In developed countries, this system is applied as barter trade. Although the barter agreement, which is described as the bartering agreement, is seen in our country's practice too, the lack of a study on the subject in terms of legislation causes serious problems in the implementation of the system. Therefore, the use of the barter contract as alternative financing instead of cash payment, especially in crisis environments, and the measures to be taken in this period are of great importance.

Keywords: Barter contract, barter system, economic crisis, free trade, exchange of goods and services.

Giriş

Küresel boyuttaki çalkantılar gelişmekte olan ülkelerden biri olan ülkemizde hala etkisini göstermektedir. Dövize endeksli birçok ürünlerde yaşanan ani dalgalanmalar ödemelerde sıkıntılara neden olmaktadır. Bu durum şüphesiz ki en çok KOBİ'lere yansımaktadır. Zira finansal problemler karşısında KOBİ'ler büyük işletmelere oranla ekonomik olarak kırılgan ve zayıf bütçelere sahip olmaktadırlar. Bunun sonucu olarak KOBİ'lerin ekonomik krizlerde kredilere başvurularında artış yaşanmakta, devlet de çeşitli destek ve teşvik paketleri ile firmaların ayakta durabilmeleri konusunda önlemler almaktadır. Ancak asıl önemli olan kazanın sonucunda çözümler üretmek yerine, diğer bir ifade ile, hastalık sonucu tedavi uygulamanın yerine, kazanın veya hastalığın meydana gelmesini engellemektir. Dolayısıyla borçların ödenmesine yönelik çeşitli destek ve teşvik paketlerinin yanı sıra, bu sorunların meydana gelmesinin engellenmesine yönelik çeşitli yöntemleri tespit etmek ve uygulamak daha etkili bir yaklaşım olarak nitelendirilebilir. Bu bağlamda nakit ödeme yerine alternatif finans araçlarından barter sistemi çerçevesinde, firmaların üretmiş oldukları veya ellerindeki mallarla, gerekirse de hizmetlerle borçlarını ödemeleri konusunda devlet tarafından gerekli teşvikler sağlanmalıdır. Böylece firmalar hem kendi ürünlerini satma imkânlarını elde edecek, hem de nakde ihtiyaç duymadan kredi ve diğer finansman araçlarına başvurularda azalma görülecektir. Tebliğde ülkemizdeki barter sistemi ile ilgili mevcut durum, barter sözleşmesi ve alınması gereken önlemlere değinilecektir.

I. Barter Sistemi, Önemi ve İşleyişi

Geçtiğimiz yıllarda dünya çapında barter sistemi ile yapılan ticaretin tüm ticari hacmin %40'ına tekabül etmesi barter sisteminin ticareti faaliyetlerde önemli bir araç olduğunu göstermektedir.

Gelişmiş ülkeler arasında yer alan Amerika Birleşik Devletleri'nde yaklaşık beş yüzden fazla barter firması ve yarım milyona yakın çalışanları ile yıllık dört yüz milyar dolarlık iç ve dış ticaret yapmıştır. Keza benzer bir durum Avrupa'da da görülmüştür. The Economist dergisinin, 2010 yılında dünya ticaretinin %50'sinin barter sistemiyle yapılacağını iddia etmiştir. Yine o dönemde dünya çapında 600 binden fazla firma ticareti barter sistemi ile gerçekleştirmiştir[1].

Küresel ekonomik krizlerin görüldüğü dönemlerde özellikle de gelişmekte olan ülkelerin paralarında yaşanan değer kaybı ve paraya güvenin azalması sebepleriyle firmalar ürün satışlarında zorluk yaşamaktadırlar. Bu durum sonucunda görülen nakit sıkıntıları sebebi ile de firmalar ihtiyacını gideremediklerinden dolayı kredi ve diğer finansal araçlara başvurmaktadırlar. Oysa ihtiyaç duydukları ürün ve hizmetleri kendi ürün ve hizmetleri karşılığında temin etmeleri ve nakit akışı olmadan bir sistem içerisinde alış verişin sağlanması mümkündür. Günümüzde bu tür alışveriş barter sistemi ile gerçekleştirilmektedir. Barter sisteminde firmalar alışverişlerinde ödeme aracı olarak para yerine mal ve hizmetlerini sunmakta, böylelikle stoklarını eritme ve ihtiyaçlarını nakde başvurmadan giderme imkânına kavuşmaktadırlar. Bu durum da barter sistemini sıradan satış sözleşmesine kıyasla daha imtiyazlı hale getirmektedir[2]. Ülkemizde her ne kadar mevzuat konusunda mal değişim sözleşmesine trampa gözüyle bakılsa da, aslında barter sözleşmesi, aşağıda da açıklanacağı üzere, trampanın ötesinde nitelikli ve birden çok edimi bünyesinde barındıran çok taraflı bir borç ilişkisidir.

Barter sözleşmesine geçmeden önce barter sisteminin işleyişine değinmek gerekir. Barter ilişkisi, barter firmasının organizasyonu ve onayı ile sisteme üye olan firmaların arz ve talepleri ile başlamaktadır. Üye firmaların bir araya gelerek oluşturduğu pazarda, iki taraflı ve karşılıklı olan mal ve hizmet mübadelesi yerine, sistem içerisinde yer alan üyeler arasında gerçekleştirilen mal veya hizmet mübadelesi söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla barter sisteminin her hangi bir üyesi, faaliyetlerini gerçekleştirmek için nakit kullanmadan ihtiyaç duyduğu mal ve hizmeti sisteme üye olan bir başka firmadan karşılayabilmektedir. Bu satın almanın karşılığında ise, alınan mal veya hizmet bedeli tutarında, satışı gerçekleştiren üye firmaya değil, barter firmasına, diğer bir ifade ile, barter sistemi içerisinde borçlanmaktadır. Akabinde belirli dönem (9-12 ay) içerisinde borcunu yine sisteme üye olan diğer bir firmaya kendi ürünleri veya hizmetleriyle ödeyebilmektedir. Üye firmaların sistemden taleplerinin karşılanması ve ürün veya hizmet satışını gerçekleştirebilmesi için kendilerine bir "barter çeki" verilir[3].

Bununla birlikte, satıcı firma da alacağını belirli süre içerinde barter sistemi içerisinde farklı bir üyeden temin edebilmektedir. Dolayısıyla alışveriş silsilesi bu şekilde nakit para olmadan barter firmasının koordinasyonu ve onayı dâhilinde devam etmekte ve firmalar da kendi aralarındaki ihtiyaçları karşılamış olmaktadırlar. Bu açıklamalardan yola çıktığımızda, barter sisteminin

[1] Anonim (30 Ocak 2004), Barter Nedir? (Online), https://www.alomaliye.com/2004/01/30/barter-nedir/ (ET: 30.03.2021).

[2] Tüzüner Ö. (2015). Mal Değişim Sözleşmesi Hakkında Yakın Gelecek Öngörüleri, Türk İdare Dergisi, (480), s. 243.

[3] Barter çeki sistem içerisinde kıymetli evrak olarak nitelendirilse de Türk Ticaret Kanunu'da geçen çek ile karıştırılmaması gerekir. Aynı zamanda barter çeklerinde kambiyo senelerine ilişkin takibe de geçilememektedir. Konuyla ilgili bkz. Anonim, http://www.yatirimbarter.com.tr/barter-ceki-nedir,MD_3.html, (ET: 30.03.2021).

tarafları denildiğinde, mal ve/veya hizmeti arz ve talep eden barter üyeleri ile barter işlemine aracılık eden barter organizatörü firmadır[4].

Bu sistemin sağlam bir şekilde yürütülebilmesi için asıl görev şüphesiz ki barter firmasına düşmektedir. Zira sistem içerisinde mal ve hizmet mübadelesini organize ederek takibinin yapılması, üye firmaların sistem içerisinde ihtiyaç duyulabilecek mal ve hizmet sınıflandırılmasının yapılması, belirli tür ürünlerin olması konusunda gerekli piyasa araştırmalarının zamanında yapılması barter firmasının sorumluluğundaki hususlardır. Barter firması nezdinde üyelik kararını belirleyen temel faktör, barter sistemindeki arz ve talep dengesidir. Bu bağlamda, üyeliği kabul edilen firmalara bir "broker"[5] atanmaktadır[6].

Bunun yanı sıra, sisteme her firmanın üyelik talebinin değil, sistemin ihtiyaç duyduğu faaliyetlerle uğraşan firmaların kayıtlarının tespiti ve belirlenen alanlar ve kriterlerdeki üyelik taleplerinin değerlendirilmesi gerekir. Yine barter firması tarafından üyelerin sunacakları ürünlerinin belirli standartları karşılayacak kriterleri taşıması ve güvenilir üye firmaların üyeliliklerinin kabulü konusunda gerekli önlemler alınmalıdır. Bu bağlamda barter firması barter sistemi içindeki tüm bilgi akışını sağlamakla yükümlüdür[7]. Barter sisteminde söylenmesi gereken diğer bir husus, barter firması tarafından, alıcı ile satıcının yaptığı işlemlerin hesabının tutulmasından ve aracılık işlemlerinden dolayı belirli bir üyelik aidatı ile her bağlanan sözleşmeden belirli bir komisyon tahsil edilmektedir[8].

Bununla birlikte, barter sistemi içerisinde her ne kadar nakde ihtiyaç olmadığı söylense de aslında istisnai olarak nakit de söz konusu olabilmektedir. Şöyle ki, alıcı firmanın satın aldığı mal veya hizmetin karşılığında kendi ürettiği mal ve hizmetleri ya da başka şekilde temin ettiği mal veya hizmetin, az önce de belirtildiği üzere, 9 ay (bazı barter firmalarında 12 ay) içinde bir şekilde satışını yapması gerekir. Eğer belirlenen dönemde her hangi bir satış yapılmaz ise, bu durumda alıcı üye firma, barter firmasından satın almış olduğu mal ve hizmetin bedelini dövizle ödemek durumunda kalacaktır. Öğretide bu durumun sistem içerisinde barter firması tarafından alıcıya bir

[4] Tekşen, Ö. (2006). Barter İşlemlerinin Muhasebeleştirilmesi ve Vergilendirilmesinin Yeni Finansal Tekniklerle Karşılaştırılarak İncelenmesi: Bir Araştırma, Yayımlanmamış Doktora Tezi Süleyman Demirel Üniversitesi, Isparta. s. 27 vd.

[5] Broker, alım ve satım işlemlerine belli bir komisyon karşılığı aracılık eden, işlemleri kendi adına ancak taraf olduğu kişi veya kurumlar hesabına yapan işlemcilere verilen isimdir. Alıcı ve satıcının bir araya gelmesini kolaylaştırarak alışverişi hızlandırır. Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. Anonim, https://tr.wikipedia.org/wiki/Broker, (ET: 12.03.2021).

[6] Özeroğlu, A. İ. (2014) Barter'ın Türk Finans Sektöründe Yeri ve Uygulanabilirliği. International Journal of Economic and Administrative Studies. 7 (13). s. 115, 117.

[7] Biyan, Ö.(2009). Barter İşlemlerinin Türk Vergi Hukuku Karşısındaki Durumu, Vergi Sorunları Dergisi (253), http://www.vergisorunlari.com.tr/makale/barter-islemlerinin-turk-vergi-hukuku-karsisindaki-durumu/2618, (ET: 19.03.2021).

[8] Koç, E. (2013). Takas Büyümüş Barter Olmuş. http://www.ankarabarosu.org.tr/siteler/ankarabarosu/hgdmakale/2008-1/3.pdf s. 30 vd. (ET:18.03.2021); Bkz. Anonim, "Exchange (goods or services) for other goods or services without using Money", https://en.oxforddictionaries.com/definition/barte r, s. 32, (ET: 30.03.2021).

nevi 9 aylık (bazen 12 aylık) kredi olarak verildiği ileri sürülmüştür[9]. Dolayısıyla alıcı firma, her hangi bir satış gerçekleştirmese dahi, geçen süre içerisinde ihtiyacının karşılanmış olacağından, diğer finans kuruluşları yerine barter firmasından kredi kullanmak suretiyle standart kredili işlemlerde görülen faiz ve komisyon gibi ek külfetlerle karşılaşmamış olacaktır.

Bu durumun tek olumsuz tarafı, barter sisteminde alıcı üye firmasının oluşabilecek muhtemel kur farkına katlanması olacaktır. Hemen belirtmek gerekir ki, barter sisteminde bu 9-12 aylık sürede alıcı üye firmasının kendi mal veya hizmetlerini satma ihtimali olacağı için barter sistemindeki kredi ilişkisi diğer kredi kuruluşlarına yine de daha avantajlı olacaktır[10].

II. Barter Sözleşmesi ve Hukuki Niteliği

Barter sözleşmesi konusunda çeşitli görüşler[11] olmakla birlikte tanım şu şekilde verilebilir: Barter sözleşmesi, barter sistemi içerisinde sisteme kayıtlı üye firmalar arasında mal veya hizmet mübadelesinin nakit para kullanılmadan mal ve hizmetle yapıldığı ve bu mübadelenin barter firmasının organizasyonu ve onayı dahilinde yapılan çok taraflı isimsiz karma bir sözleşmedir[12]. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, barter sözleşmesi barter sistemi içerisinde yer alan ve ilk görünüşte üçlü bir ilişki olarak nitelendirilebilecek bir sözleşmedir. Yine sistemde yer alan üye firmalar söz konusu olacağından ortada bir üyelik sözleşmesinin de yer aldığı söylenebilir. Bu bağlamda barter sözleşmesi kapsamında öncelikle sisteme kayıtlı olmak için üyelik sözleşmesi, bunun yanı sıra sistem içerisinde mal alışverişini sağlayacak olan alım satıma yönelik sözleşme söz konusu olacaktır. Barter sistemi kapsamında barter sözleşmesi denildiğinde bu her iki sözleşmenin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira her bir sözleşmenin ayrı ayrı ele alınması ve sistemi parçalara ayırarak her bir sözleşmenin ayrı unsurlarına değinilmesi sistemin işleyişinin ruhu ile bağdaşmayacağı düşüncesindeyiz.

Barter sisteminde yer alan en önemli husus alım satımların parasız olarak mal veya hizmetler ile gerçekleştirilmesidir. Barter sistemi içerisinde yukarıda da görüldüğü üzere, mal veya hizmet mübadelesinde edimlerin iki farklı taraf arasında gerçekleşmesi şart koşulmamıştır. Sistem işleyişinden de anlaşıldığı üzere, mal veya hizmeti satın alan üye firmanın satışı sağlayan firmaya kendi mal ve hizmetini verme zorunluluğu yoktur. Zaten malı satan üye firmanın da malı alan firmanın mal ve ürünlerine ihtiyaç duymayabilir. Bu mübadele sonucunda alım yapan üye firmanın sisteme borçlanması ve sisteme kayıtlı başka bir üçüncü üye firmadan ihtiyaçları mukabilinde mal veya hizmet satın alınması söz konusu olabilmektedir. Barter usulü satışlarda satış sözleşmesinin ivazlı olmasının eksikliği hususu barter'ın eksik iki taraflı borç ilişkisi olarak nitelendirilmesini düşündürelebilir. Ancak, satılan ürünlerin karşılığının aslında var olduğunu, sadece alımı yapan üye firma tarafından bu karşılığının sağlanmasının şart olmadığının vurgulaması gerekir. Dolayısıyla barter sözleşmesi denildiğinde barter firmasının onayı ve

[9] Biyan, dn 9.

[10] Sürmen, Y. ve Kaya, U.(2001). Barter Muhasebe İşlemleri, Vergi Dünyası, (239), s. 131.

[11] Yalçınduran, T. (2004). Barter Sözleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 4, 141-176. s. 148; Keskin, A. D. (2004). Barter Sözleşmesi. Ankara: Turhan Kitapevi. s. 82.

[12] Benzer tanımlar ve görüşler için bkz. Saka, N. (2017) Barter Sözleşmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi, İstanbul. s. 63-65.

koordinasyonu sağlanarak trampa sözleşmesine oranla daha karmaşık yapı ile karşı karşıya kalınmaktadır.

Barter'ın hukuki niteliğinin tespiti bu sözleşme türünün mevzuatta tanımlanmamasından dolayı sistemin işleyişinden ortaya çıkabileceği kanaatindeyiz. Barter sözleşmesi aslında bünyesinde birden fazla isimli sözleşmeler sınıfında yer alan trampa, takas, borcun nakli, alacağın temliki, cari hesap, komisyonculuk, kefalet, vekâlet sözleşmeleri barındırmaktadır. Bu sözleşmelere ilaveten barter sözleşmesi isimsiz olarak nitelendirilen bazı sözleşmelerin de özelliklerini taşıdığını düşünmekteyiz. Çok fazla ayrıntıya girmeden hemen belirlemek gerekir ki, bu sözleşme türünün isimsiz karma bir sözleşme olduğu ve karma sözleşmenin de alt ayırımları sınıfında yer alan kombine sözleşme olarak nitelendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira gerek 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) gerek diğer kanunlarda barter sözleşmesinin yer almamış olması bu sözleşme türünün isimsiz sözleşme olarak nitelendirilmesini gerektirir. Şöyle ki, bazı sözleşmelerin kanunda bahsedilmeleri ile birlikte, ayrı bir sözleşme olarak tanımlamamasından dolayı bu sözleşmeler isimsiz sözleşmeler olarak nitelendirilmektedir[13].

Bununla birlikte, kanunlarda çeşitli sözleşme türleri için öngörülen unsurların yine kanunlarda öngörülmediği bir şekilde bir araya getirilmesi ile oluşan sözleşmeler isimsiz sözleşmelerin karma sözleşmeler kategorisinde değerlendirilmektedir. Karma sözleşmeler kendi bünyesinde başlıca dört alt ayırıma tabi tutulmaktadır. Bunların: Çifte tipli, kaynaşık, kendisine yabancı yan edimleri içeren sözleşmeler ve kombine alt sözleşmeler olarak ayrılması gerektiği öğretide ileri sürülmüştür[14]. Her bir alt sözleşme türünün ayrıntılı ele alınması çalışma sınırlarını aşmasından dolayı sadece kombine karma sözleşme türünün birden çok edimli sözleşmeler olarak nitelendirildiğinin belirtilmesi ile yetinilecektir[15]. Barter sözleşmesi, yukarıda da belirtildiği üzere, birden çok sözleşmenin asli edimlerini bünyesinde barındırdığından karma sözleşmelerin bir türünü oluşturan kombine sözleşme olarak nitelendirilebileceği kanaatindeyiz. Şöyle ki, barter sistemine kayıtlı üyelerin aidat yükümlülüğü, barter şirketinin üyeler arasındaki arz ve taleplerdeki koordinasyonun sağlanması, kredi ilişkisinin takibi, üyelerin ürün ve hizmetlerdeki yükümlülükleri gibi tarafların diğer edimleri dikkate alındığında, barter sözleşmesinin sistem içinde bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekir. Bu bağlamda, bu sözleşme türünün ancak isimsiz karma kombine sözleşme türü olarak nitelendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

III. Türk Mevzuatındaki Yeri

Barter sözleşmesi bazı yargı kararlarında yer almıştır[16]. Uygulamada bu alandaki ihtilaflarda en çok eser veya satın alma sözleşmelerinden kaynaklanan alacakların tahsili amacıyla başlatılan

[13] Feyzioğlu, F.N. (1978). Borçlar Hukuku, Akdin Muhtelif Nevileri. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları. İstanbul: Fakülteler Matbaası. s. 264.

[14] Oktay, Ş. (1996). İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması. İstanbul Hukuk Mecmuası, 55, 264. s. 274 vd.

[15] Detaylı bilgi için bkz. Saka, s. 29.

[16] "*Davacı, davalının ... konutlarının ahşap işlerini almasında kendisinin aracılık yaptığını, davalı ile aralarında yapılan anlaşma uyarınca, davalının yapmış olduğu iş karşılığında alacağı iki dairenin satışları gerçekleştiğinde kendisine 100.000,00 TL ödeme yapacağını, davalının sözü edilen işleri bitirmiş ve yaptığı işlerin bedeli olarak da verilen dairelerin satışlarının gerçekleşmiş olmasına karşın taahhüdünü yerine getirmediğini belirterek, alacağını tahsil için*

ilâmsız icra takibine davalı borçlu tarafından yapılan itirazın iptali veya benzer nedenlerle gidildiği görülmektedir. Dolayısıyla TBK'da geçen isimli sözleşmeler temelinde gerçekleşen borç ilişkisi dolayısıyla ürünlerin teslim edilmemesi veya belirli vadedeki mübadelenin ya da satış ile bedellerinin ödenmemesi gibi sebeplerden oluşan ihtilaflar söz konusu olmaktadır. Keza, barter sözleşmesinin Mülga Borçlar Kanunu'nda "*trampa*", TBK'da ise "*mal değişim sözleşmesi*" şeklinde düzenlenen sözleşmelerle karıştırıldığı ve ihtilaflarda bu sözleşme kapsamında nitelendirildiği de görülmektedir. Bunun sebebi olarak mevzuat hükümlerinde konuyla ilgili her hangi bir düzenlemenin yer almaması gösterilebilir. TBK'da mal değişim sözleşmesi: "*Mal değişim sözleşmesi, taraflardan birinin diğer tarafa bir veya birden çok şeyin zilyetlik ve mülkiyetini, diğer tarafın da karşı edim olarak başka bir veya birden çok şeyin zilyetlik ve mülkiyetini devretmeyi üstlendiği sözleşmedir*" (TBK. m. 282) ve "*Satış sözleşmesine ilişkin hükümler, mal değişim sözleşmesine de uygulanır; buna göre taraflardan her biri, vermeyi üstlendiği şey bakımından satıcı, kendisine verilmesi üstlenilen şey bakımından alıcı durumundadır*" (TBK. m. 283) seklinde hükme bağlanmıştır. Bu hükümler barter sözleşmesini ve barter'ın oluşturduğu borç ilişkisini yansıtmamaktadır. Zira barter sözleşmesinde hükümde geçen "…karşı edim" hususu söz konusu hükümde yer almamaktadır. Ayrıca madde hükmünde geçen "*şey*" kavramı 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun m. 683/1, 684/1, 685 vs. "*mal*" anlamında kullanılmaktadır[17].

Türk mevzuatından trampaya en yakın ve sadece özdeş malların değiş tokuşunu mümkün kılan takas sözleşmesi ismi ile yapılan ilk düzenleme 31 Mayıs 1932 tarihli "*Takas Komisyonu Teşkiline Dair Kanun*" ile yapıldığı görülmektedir. Takas komisyonu, 5 Ağustos 1939'da "*Takas Limited Şirketi*"nin kurulmasına kadar devam etmiştir. 31 Mayıs 1941 tarih ve 2/15843 sayılı kararname ile dış ülkelerle ticari ilişkilerde kliring, takas ve serbest dövizle ticaret olmak üzere üç tür ödeme şeklinin kabul edilmesinin ardından, bu şirket 29 Aralık 1945 yılında tasfiye edilmiştir[18]. Bunun yanı sıra 1 Eylül 1958 tarih ve 4/10707 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe giren "*Dış Ticaret Rejimi*" ise; her ne şekilde ve ad altında olursa olsun, dış ticarette takasa bağlı muamele yapılamayacağını kesin şekilde hükme bağlamıştır. Bu düzenlemelerin dışında 17 Mayıs 1979 tarih ve 7/17493 sayılı "*Dış Satım Düzenleme Kararı*" ile 28 Aralık 1983 tarih ve 83/7540 sayılı "İhracat Rejim Kararı" vardır. Bu düzenlemeler ile de takas ve bağlı muameleleri yasaklamış, 1990 yılında çıkarılan "İhracat Rejimi Kararı" ile takas ve bağlı

başlatmış olduğu Elazığ 4.İcra Müdürlüğünün 2014/2678 E sayılı takip dosyası ile başlatılan icra takibine vaki itirazın iptalini, takibin devamını ve %20 oranından aşağı olmamak üzere icra inkar tazminatının davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir. Davalı, taraflar arasında yapılan sözleşmenin erteleyici şarta bağlı olduğunu, işi tamamlayamaması nedeni ile dairelerin kendisine verilmediğini, şartın gerçekleşmemesi nedeni ile borcunun bulunmadığını savunarak davanın reddini dilemiştir." Kararlariçin bkz. T.C. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 25.11.2020 tarih ve 2020/7355 E. , 2020/7097 K. ; 15. Hukuk Dairesi'nin 27.10.2015 ve 2015/3202 E., 2015/5404 K.; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 16.5.2016 2016/936 E., 2016/2755 K. vs. https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/ (ET: 30.03.2021).

[17] Bu konuda geniş bilgi için bkz. Özlük, B. (2019). Mülkiyet ve Zilyetlik Üzerine Düşünceler, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 27 (1), s. 142 vd.

[18] Geniş bilgi için bkz. Alptürk, E. (2009). Barter İşlemlerinin Türkiye'de Gelişim Süreci, https://www.xing.com/communities/posts/barter-islemlerinin-tuerkiyede-gelisim-suereci-1003591065, (ET: 31.03.2021).

muamele yasağı kaldırılmıştır[19]. Bu düzenlemelerin dışında barter ile ilgili mevzuatta hiçbir hükme rastlanmamıştır.

IV. Alınması Gereken Önlemler

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, Türk hukukunda barter konusunda hiçbir düzenlemenin yer almaması sebebiyle barter ilişkisi dolayısıyla çıkan ihtilaflarda yargıçların doğrudan uygulayabileceği herhangi bir hukuk normu yoktur. Bu bağlamda yargıçlar, temel ilişkiyi yansıtan sözleşme türlerine yönelik ilgili kanun hükümleri ile ihtilafları çözme yoluna gitmektedirler. Oysa barter ilişkisi kendi bünyesinde birden çok sözleşmenin bir bütünü yansıtması gerçeği ve her bir tarafın üzerine düşen sorumlulukların tamamen imzaladıkları sözleşmeye uygun bir şekilde yapılıp yapılmadığı gerektiği gibi araştırılmamaktadır. Nitekim barter sözleşmesinde tarafların arasında çıkan ihtilaflarda asıl sorumluluk aslında barter firmasında olduğu gerçeği gizli kalmakta, tarafların sistem içerisindeki döngüde satış yapacak farklı iş koluna veya sektöre ait üye bulamadıklarından dolayı alım yapan üyenin borcundan dolayı ihtilaflar ortaya çıkmaktadır.

Bunun yanı sıra, barter sisteminin işleyişindeki sorunların çözümü olarak "Türk Barter Kurumu" kurulabilir. Zira, tıpkı Ticaret Odaları gibi çatı bir kurum oluşturulduğunda barter firmaları arasında koordinasyonu sağlayabilecek üst yapı barter firmalarının faaliyet ve sorumluluklarında daha objektif ve kurumsal bir çerçevede işleyecektir. Bu kurumun gözetimi ve koordinasyonu ile barter firmaların belirli standartlarda sektörel bazda üye firmaların yer alacağı bir yapı oluşturulabilir. Nitekim farklı barter firmaları arasında geçerli olabilecek "*barter çekleri*"nin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) çek ile ilgili kambiyo senedi hükümlerine tabi bir evrak olarak nitelendirilmese de, en azından barter sistemleri arasında sirkülasyonuna yasal olarak müsaade edilebilir. Garanti fonu veya sigortacılık faaliyetlerinin de barter sektöründe aktif roller üstlenilebilir. Konuyla ilgili yurt dışı tecrübelerine yönelik akademik çalışmaların sayısının ve bilimsel kaynakların arttırılması da Türk kanun koyucusunun barter konusunda aydınlatılması sağlanabilir.

Sonuç

Sonuç olarak, gelişmekte olan Türkiye gibi ülkelerde bugün COVID-19 salgını, yarın farklı bir sebeple oluşabilecek muhtemel kriz ortamlarının en az zararla atlatması büyük önem arz etmektedir. Ülkemizin ihracata dayalı büyüme stratejinin benimseyen ülke olabilmesi ve daha fazla yatırım çekebilmesi için öncelikle iç pazarda firmaların ekonomik bakımından güçlü olması akabinde inovasyona odaklı çalışmaların yer alması gerekmektedir.

Barter sistemi, her ne kadar çok eski bir sistem de olsa, günümüzde ABD, Fransa ve diğer AB ülkeleri ile Rusya Federasyonu'nda aktif bir şekilde uygulanması, ülkemiz açısından da değerlendirilmesinde fayda sağlayacağı düşüncesindeyiz. Barter firmalarının faaliyetlerinde sadece sistem içindeki üye firmalardan gerçekleşen satışlardan komisyon alarak veya aidatların tahsili şeklinde değil, üyelerin tespitinde belirli kriterlerin oluşturulması, gerekli araştırmaların

[19] Türkiye'deki barter'la ilgili çalışmalar için bkz. Uyan, Ö. (2005). İş Dünyası'nın Yeni Pusulası, Barter Sistemi, Bakırköy Yenises Gazetesi, (29). s. 10; Uzun, F. (2010). Barter Sistemi ve Küçük ve Orta Boy İşletmelerde Uygulanabilirliği: Türkiye Örneği, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Ankara. s. 10 vd.

yapılması vs. hususlarda barter firmalarının sorumlulukların daha objektif zeminde ve asgari şartları içeren yasal olarak belirlenmesi gerekmektedir.

Bununla birlikte, gerekirse barter firmalarının düzenlenmesinde ve denetiminde aktif rol alabilecek Ticaret Bakanlığı nezdinde bir üst kuruluş oluşturulmalıdır. Bu kurumun gözetimde faaliyetlerini sürdürecek olarak barter firmalarının sorumlu ve bilinçli davranışları ileride üye firmalar arasındaki ihtilafların engellenmesine büyük katkı sağlayabilecektir.

Sonuç olarak bu yapı içerisinde özellikle KOBİ'leri bir araya getiren iş ortamlarının oluşturması, nakit paranın, alım satımlarında ve tedarik zincirinin genişletilmesinde en üstün değer olarak nitelendirilmemesi, firmaların stoklarını eritilmesi ve üretilen malların arz talep dengelerinin gözetilmesi gibi faydalar değerlendirildiğinde barter'ın yasal bir temele oturtulması kaçınılmaz olacaktır. Gelişmiş ülkelerin konuyla ilgili mevzuat çalışmaları incelenmeli ve özellikle de yakın komşu olan ülkeler arasında barter yoluyla ticaretin artırılmasına önem verilmelidir. Bu yönde yapılacak düzenlemeler en çok Türk KOBİ'lerin başarısının artmasına ve ülke istihdamına büyük katkılar sağlayacağı düşüncesindeyiz.

KAYNAKÇA

Alptürk, E. (2009). Barter İşlemlerinin Türkiye'de Gelişim Süreci, https://www.xing.com/communities/posts/barter-islemlerinin-tuerkiyede-gelisim-suereci-1003591065, (ET: 31.03.2021).

Biyan, Ö.(2009). Barter İşlemlerinin Türk Vergi Hukuku Karşısındaki Durumu, Vergi Sorunları Dergisi (253), http://www.vergisorunlari.com.tr/makale/barter-islemlerinin-turk-vergi-hukuku-karsisindaki-durumu/2618, (ET: 19.03.2021).

Feyzioğlu, F.N. (1978). Borçlar Hukuku, Akdin Muhtelif Nevileri. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları. İstanbul: Fakülteler Matbaası.

Oktay, Ş. (1996). İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması. İstanbul Hukuk Mecmuası, 55, 264.

Özeroğlu, A. İ. (2014) Barter'ın Türk Finans Sektöründe Yeri ve Uygulanabilirliği. International Journal of Economic and Administrative Studies. 7 (13). 115-132.

Özlük, B. (2019). Mülkiyet ve Zilyetlik Üzerine Düşünceler, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 27 (1), 139-166.

Keskin, A. D. (2004). Barter Sözleşmesi. Ankara: Turhan Kitapevi.

Koç, E. (2013). Takas Büyümüş Barter Olmuş. http://www.ankarabarosu.org.tr/siteler/ankarabarosu/hgdmakale/2008-1/3.pdf (ET:18.03.2021)

Saka, N. (2017) Barter Sözleşmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi, İstanbul.

Sürmen, Y. ve Kaya, U.(2001). Barter Muhasebe İşlemleri, Vergi Dünyası, (239), 130-139.

Tekşen, Ö. (2006). Barter İşlemlerinin Muhasebeleştirilmesi ve Vergilendirilmesinin Yeni Finansal Tekniklerle Karşılaştırılarak İncelenmesi: Bir Araştırma, Yayımlanmamış Doktora Tezi Süleyman Demirel Üniversitesi, Isparta.

Tüzüner Ö. (2015). Mal Değişim Sözleşmesi Hakkında Yakın Gelecek Öngörüleri, Türk İdare Dergisi, (480), 229-256.

Uyan, Ö. (2005). İş Dünyası'nın Yeni Pusulası, Barter Sistemi, Bakırköy Yenises Gazetesi, (29).

Uzun, F. (2010). Barter Sistemi ve Küçük ve Orta Boy İşletmelerde Uygulanabilirliği: Türkiye Örneği, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Ankara.

Yalçınduran, T. (2004). Barter Sözleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 4, 141-176.

https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/ (ET: 31.03.2021).

Anonim, http://www.yatirimbarter.com.tr/barter-nedir,YT_5.html, (ET: 31.03.2021).

Anonim, "Exchange (goods or services) for other goods or services without using Money", https://en.oxforddictionaries.com/definition/barte r, (ET: 31.03.2021).

Anonim (30 Ocak 2004), Barter Nedir? (Online), https://www.alomaliye.com/2004/01/30/barter-nedir/ (ET: 31.03.2021).

Anonim, https://tr.wikipedia.org/wiki/Broker, (ET: 12.03.2021)

Anonim, http://www.yatirimbarter.com.tr/barter-ceki-nedir,MD_3.html, (ET: 31.03.2021).

ULUSLARARASI
HUKUK
SEMPOZYUMU
International Symposium on Law

TÜRK HUKUKUNDA MİLLİ PARKLARIN HUKUKİ NİTELİĞİ VE TABİ OLDUĞU HUKUKİ REJİM

Dr. Öğr. Üyesi Onur KAPLAN[1]

Yaşar Üniveristesi Hukuk Fakültesi

ORCID NO: 0000-0003-1252-6352

Öz

Bilimsel ve estetik açıdan tabii ve kültürel kaynak özelliğini haiz milli parklar, ormanlar içerisinden spesifik nitelikleri nedeniyle ayrılan ya da daha önce orman statüsünde olmasa bile belirli unsurları taşıması nedeniyle idari makamlar tarafından tespit edilen alanları ifade etmektedir. Bu kapsamda, ormanlarla bağlantılı olarak milli parkların tabi olduğu hukuki rejim irdelenirken; bir alanın milli park olarak tespit edilmesi için hangi özelliklerin bir arada bulunması gerektiği ve bu alanların tespit edilmesi neticesinde hangi hukuki sonuçların ortaya çıkacağı önem arz etmektedir. Bunun yanında, arz ettiği özellikler nedeniyle korunması gereken alanlardan olan milli parkların tabi olduğu hukuki rejimin kamu malları konusunun yanında idari işlemler ve idari faaliyetler konularıyla ilintili olduğu ileri sürülebilir. Özellikle, kültürel ve tabii bir değer olarak milli parkların korunması ve bu kapsamda destekleyici tedbirlerin alınması noktasında, idari makamların pozitif yükümlülüğünün bulunduğu ve bu hususun bireylerin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkını etkilediği ifade edilebilir. Bu çerçevede, milli parkların doğal niteliğinin bozulmadan korunması ve genel anlamda bu alanlarda ekolojik dengenin sağlanması için gerek tabii afetler ve iklim değişikliği gibi doğal sebeplerden gerekse beşerî bazı faaliyetlerin gerçekleştirilmesinden ileri gelen olumsuzlukların bertaraf edilmesi gerekmektedir. O halde, milli parkların koruma rejimi; mevcut alanlara bireyler tarafından yapılacak olumsuz müdahalelerin idari makamlar tarafından önlenmesini ve bu alanların hukuki statüsünün maddi olgular değişmediği müddetçe ortadan kaldırılmaması ve korunması yükümlülüğünü ihtiva etmektedir. Buna koşut biçimde, milli parkların tespit edilmesi aşamasında idari makamların irade açıklamalarının hukuki etkilerinin ne olduğunun da irdelenmesi icap eder. Bu husus özellikle, milli parkların yetkili idari makamlar tarafından tespit edilmesi neticesinde; bireylerin mülkiyet hakkına yönelik müdahalelerin neler olabileceğinin anlaşılması noktasında yol gösterici olacaktır. Bu doğrultuda, çalışmada öncelikle milli parkların tabi olduğu pozitif hukuk kuralları açıklanarak hukuki niteliği ortaya konulacak; sonrasında milli parkların kamu malları içerisindeki yeri ele alınarak, tespit aşaması neticesinde ortaya çıkacak hukuki etkilerin neler olduğu irdelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Milli Park, Orman, Koruma, İdare, Planlama.

[1] Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi. E-posta: (onur.kaplan@yasar.edu.tr), Orcid ID: 0000-0003-1252-6352.

LEGAL NATURE OF NATIONAL PARKS AND LEGAL REGIME IN TURKISH LAW

Abstract

National parks, which have the characteristics of natural and cultural resources in terms of scientific and aesthetics, refer to areas separated from forests due to their specific characteristics or determined by administrative authorities due to having certain elements, even if they were not previously in forest status. In this context, when examining the legal regime that national parks are subject to in connection with forests, it is important that what features are required to determine an area as a national park and what legal consequences will emerge as a result of the determination of these areas. In addition, it can be argued that the legal regime governing the national parks, which are among the areas that need to be protected due to their characteristics, is related to the subject of public goods as well as administrative procedures and administrative activities. In particular, it can be stated that the administrative authorities have a positive obligation to protect national parks as a cultural and natural value and to take supportive measures, so this issue also affects the right of individuals to live in a healthy and balanced environment. In this context, it is necessary to eliminate the negativities arising from natural causes such as natural disasters and climate change, as well as from the realization of some human activities, in order to preserve the natural quality of the national parks without deterioration and to ensure the ecological balance in these areas in general. So, the protection regime of national parks; it includes the obligation to prevent the negative interventions to be made by individuals in existing areas by the administrative authorities and not to destroy and protect the legal status of these areas as long as the material facts do not change. Parallel to this, it is necessary to examine the legal effects of the declarations of will of the administrative authorities at the stage of determining the national parks. This issue is particularly important as a result of the determination of national parks by the competent administrative authorities and it will be a guide in understanding what interventions to the property rights of individuals can be. In this study, first of all, the positive legal rules to which the national parks are subject will be explained and their legal nature will be described; afterwards, the place of national parks in public property will be discussed and the legal effects that will emerge as a result of the determination phase will be examined.

Keywords: National Parks, Forest, Protection, Administration, Planning.

I. Giriş

Toplumun rekreasyon kavramıyla ifade edilen "*açık havada eğlenme ve dinlenme*[1]" gereksinimlerinin karşılanması, belirli doğal alanların oluşturulması ve korunmasıyla mümkün olmaktadır. Bireyler yönünden doğrudan ekonomik değer arz etmekten ziyade sağlıklı bir çevrede ("*fiziki, psikolojik ve çevresel yaşam düzeylerinin gelişmiş olduğu*[2]") yaşayabilmek adına önem

[1] Boydak, Melih, "Türkiye'de Ormanların Fonksiyonları ve İstanbul Açısından Değerlendirilmesi", İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi, Cilt:38, Sayı:1, 1988, s.48; Baturman, Bülent/Akış, Tonguç, "Kentsel Mekan Olarak Doğa: √-1", Mimarlık Dergisi, Sayı:291, 2000, s.23.

[2] Fırat, A. Serap, "Sağlıklı Kentler ve Kentsel Sağlık", Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt:8, Sayı:2, 2006, s.227.

taşıyan bu işlev, "*kent hakkı*" kavramının özünü oluşturmak bakımından da büyük öneme sahiptir[3]. Ayrıca, iklim değişikliği, kuraklık, erozyon gibi olgular karşısında oluşabilecek olumsuzlukların önüne geçilebilmesi açısından doğal alanların işlevsel özellikte olduğu vurgulanmalıdır[4]. Bu yönüyle söz konusu alanlardan biri olan milli parklar, bireylerin bahsi geçen gereksinimlerinin karşılanması noktasında önemli bir fonksiyon yerine getirmektedir[5].

Amerika Birleşik Devletleri'nde 1 Mart 1872 tarihinde Yellowstone Ulusal Parkı, magmatik-hidrotermal sistem barındıran[6] ilk milli park yeri ve "*insanların yararlanacağı ve eğleneceği bir ulusal park ve eğlence yeri*" olarak ilan edilmiştir[7]. Sonrasında 20. yüzyılın başlarında Yeni Zelanda'da (1879) ve Avustralya'da (1887) çeşitli ulusal parkların ilanı söz konusu olmuştur[8]. Bu durumu müteakip, 1942'de toplanan Uluslararası Doğa Koruma Konferansı'nda "*doğal tabiat varlıkları kendi içinde; dünya, ülke ve bölge çapında doğal varlıklar*" olarak sınıflandırılmıştır[9]. Milli parklara ilişkin olarak ayrıca, Kurdoğlu'nun aktardığı üzere; önce, 1962 yılında toplanan 1. Uluslararası Milli Parklar Komitesinin yaptığı çalışmayla "*milli park ve benzeri sahaların*" özellikleri belirtilmiş olup, sonrasında Avrupa'daki parklar arasında iş birliğinin sağlanması olan "*Avrupa Milli Parklar ve Doğa Parkları Federasyonu (FNNPE)*" kurulmuştur[10].

Bu gelişmeler, ulusal hukuk düzenlerinde de etkilerini göstermiştir. Özellikle, zaman içinde yetkili idari makamlar tarafından gerçekleştirilen arazi planlama faaliyetlerinde; milli parkların doğal özellikler ve taşıdığı kültürel değerler gözetilir hale gelmiştir[11]. Bunun yanında, doğal ve kültürel değer arz eden ve nadir görülen alanlarla ilgili olarak; 1992 yılında "*BM Çevre ve Kalkınma Rio Deklarasyonu*" ilan edildikten sonra doğa koruma alanında gösterilen çabalar artmıştır[12]. Türk Hukuku açısından bakıldığında; 1956 tarihli 6831 sayılı Orman Kanunu'nun[13] ihdas edilmesi çerçevesinde korunan alanlara verilen önemin artmaya başladığı, bu kapsamda korunan alanlarının geniş anlamda yer aldığı yasal düzenlemelere (örneğin; 2863 sayılı Kültür ve

[3] Keleş, Ruşen, "Kent ve Çevre Haklarının Korunması Üzerine Gözlemler", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt:49, Sayı:3, 1994, s.278.
[4] Tezer, Azime/Türkoğlu, Handan, "Zarar Azaltma ve Şehir Planlama", Afet Zararlarını Azaltmanın Temel İlkeleri (Ed. Kadıoğlu, Mikdat/Özdamar, Emin), JICA Türkiye Ofisi Yayınları, Ankara, 2008, s.63.
[5] Kervankıran, İsmail/Kılıç, Mahinur, "Sosyo-Mekânsal Boyutlarıyla Kentleşme ve Milli Park Etkileşimi: Yozgat Çamlığı Milli Parkı Örneği", İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Coğrafya Dergisi, Sayı:34, 2017, s.24.
[6] Fournier, Robert O., "Geochemistry and Dynamics of the Yellowstone National Park Hydrothermal System", Annual Review of Earth and Planetary Sciences, No:17, 1989, s.16 vd.
[7] Amerika Birleşik Devletleri'nde milli parkların tabi olduğu rejime ilişkin bkz. Ayanoğlu, Sedat, "Hukuksal Açıdan Muhafaza Ormanı ve Milli Park Kavramları", İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi, Cilt:45, Sayı:3-4, 1995, s.38.
[8] Milli park alanlarının tespit edilmesi bakımından tarihsel süreç hakkında bkz. Kurdoğlu, Oğuz, "Dünyada Doğayı Koruma Hareketinin Tarihsel Gelişimi ve Güncel Boyutu", Artvin Çoruh Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi, Cilt:8, Sayı:1, 2007, s.63 vd.
[9] Koşdemir, Zerrin, Uluslararası Ulusal Park Politikası İçinde Türkiye Ulusal Park Politikasının Yeri, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, İstanbul, 1994, s.4.
[10] Kurdoğlu, s.63.
[11] Bayer, M. Zekai, "Milli Parklar ve Türkiye Açısından Önemi, Alınması Gerekli Önlemler (II)", Anatolia: Turizm Araştırmaları Dergisi, Cilt:5, Sayı:1, 1994, s.57.
[12] Memiş, Emin, Çevre ve Çevre İdare Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015, s.128-129.
[13] RG.08.09.1956-9402.

Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu[14], 2872 sayılı Çevre Kanunu[15], 2873 sayılı Milli Parklar Kanunu[16]) yer verildiği görülmektedir[17].

II. Milli Parkların Tespit Edilmesi

Milli parklar, korunan alan ekosistemi çerçevesinde eğlenme ve dinlenme maksatlarına da yönelen biçimde ele alınmaktadır[18]. Bu kategorideki doğal kara ve/veya deniz alanlarının tespit edilmesindeki maksat, "*Dünya Koruma Birliği tarafından da aktarıldığı üzere; (a). Mevcut durumun muhafazası yanında gelecek nesiller için bütünlüğünü korumak, (b). Alanın tahsis amacına ters düşecek kullanım ve yerleşimleri önlemek, (c). Çevresel ve kültürel açılardan uygun manevi, bilimsel, eğitsel, eğlenme-dinlenme ve ziyaret amaçlı faaliyetlere olanak vermektir*[19]". Bu bağlamda milli park alanlarının tespit edilmesine dair temel hususlar, "*bu alanların varlıklarının güvence altına alınması, geniş anlamda korunmaları, üstün hizmet verecek düzeyde geliştirilmeleri*" olarak ifade edilebilir[20].

Doktrinde Geray/Görcelioğlu'nun ifade ettiği üzere; belirli alanlarda "*karma sistem uygulaması*" (örneğin; orman topraklarında tarım ve hayvancılık yahut tarım topraklarında ormancılık ve hayvancılık) gündeme gelebilmektedir[21]. Ancak, kural olarak milli parklar bakımından böyle bir karma sistemin varlığı söz konusu değildir. Milli parklar, özellikle doğal, tarihi ve kültürel değerlerin korunması, rekreasyon ihtiyaçlarının karşılanması noktasında ön plana çıkmaktadır. Bunun yanında milli parklar, doğal özellikleri yönünden spesifik nitelikte olan tabiat parçaları olduğundan; gelecek nesillere aktarılması gereken ve bu nedenle korunması mühim olan, kural olarak yapılaşmaya izin verilmeyen alanlar olarak ifade edilmektedir[22]. Milli ve milletlerarası düzeyde değerlere sahip milli parklar, 2873 sayılı Milli Parklar Kanunu md.2 uyarınca, "*bilimsel ve estetik bakımından, millî ve milletlerarası ender bulunan tabiî ve kültürel kaynak değerleri ile koruma, dinlenme ve turizm alanlarına sahip tabiat parçalarını*" ifade eder. Bu kapsamda milli parklar "*koruma*", "*dinlenme*", "*turizm*" gibi alanlarla daha yoğun biçimde ilişkilendirilen doğal mallardandır[23]. "*Yaban hayatının ya da ekosistemin korunarak yaşatılması*" gibi amaçlar ön planda değildir (=*tali niteliktedir*). Bu yönüyle milli parkların; tabiat parklarından veya tabiat

[14] RG.23.07.1983-18113.
[15] RG.11.08.1983-18132.
[16] RG.11.08.1983-18132.
[17] Coşkun, Bayram/Ak, Duygu/Pank Yıldırım, Çiğdem, "Mevzuatta Son Dönemlerde Meydana Gelen Gelişmeler Bağlamında Çevresel Açıdan Korunan Alan Yönetiminin Değerlendirilmesi", Aksaray Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt:4, Sayı:10, 2018, s.43.
[18] Eroğlu, Semih, "Milli Parklar Kanununda Belirlenen Korunan Alan Metodolojisi", Denetişim Dergisi, Sayı:13, 2014, s.88.
[19] Bkz. Şahbaz, Ramazan P./Altınay, Meltem, "Türkiye'deki Milli Parkların Rekreasyon Faaliyetleri Açısından Değerlendirilmesi", Journal of Tourism and Gastronomy Studies, Vol.3, No.3, 2015, s.126; Eroğlu, s.88; Kervankıran, İsmail/Eryılmaz, Adile G., "Isparta İli Milli Parklarının Rekreasyonel Faaliyetlerde Kullanımı", Marmara Coğrafya Dergisi, Sayı:29, 2014, s.88.
[20] Koday, Zeki/Kaymaz, Çağlar K., "Çevre, Eğitim ve Milli Parkların Önemi", 15. Uluslararası Türk Dünyası Sosyal Bilimler Kongresi Tebliğler Kitabı, Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 2017, s.24-25.
[21] Geray, Uçkun/Görceoğlu, Ertuğrul, "Tarım ve Orman Arazileri Kullanımında Karma Sistemler", İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi, Cilt:33, Sayı:1, 1983, s.175.
[22] Ayanoğlu, Hukuksal Açıdan Muhafaza Ormanı ve Milli Park Kavramları, s.34.
[23] Ayanoğlu, Sedat, Hukuksal Açıdan Orman Emlaki ve Orman Mülkiyetinin Temelleri, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 1986, s.27.

koruma alanlarından bazı farklı özelliklerinin bulunduğundan bahsedilebilir[24]. Diğer alanlardan farklı olarak "*devlet mülkiyeti*" kavramından bahsedilmemiştir. Bu kapsamda kapsamında değerlendirildiğinde; milli parklar idarenin veya özel hukuk kişilerinin özel hukuk anlamında mülkiyeti altında olmayan mallar arasındadır[25]. Bu kapsamda devlet ormanlarından ayrılan veya özel hukuk kişilerine ait olmasına rağmen sonrasında kamulaştırılan milli parkların devlet ormanlarına benzer biçimde "*devletin hüküm ve tasarrufu altındaki mallardan*" olduğu ifade edilebilir[26]. Danıştay'ın da milli parkların dolaylı olarak devletin hüküm ve tasarrufu altındaki mallardan olduğuna dair kararı mevcuttur[27].

Milli Parklar Yönetmeliği[28] md.6 uyarınca, milli park olarak ayrılacak yerlerde; "*(i). Tabii ve kültürel kaynak değeri ile rekreasyonel potansiyeli, milli ve milletlerarası seviyede özellik ve önem taşımalıdır. (ii). Kaynak değerleri, gelecek nesillerin miras olarak devralacakları ve sahip olmaktan gurur duyacakları seviyede önemli olmalıdır (=tarihi özellikler dahil[29]). (iii). Kaynak değerleri tahrip olmamış veya teknik ve idari müdahalelerle ıslah edilebilir durumda olmalıdır. (iv). Saha büyüklüğü, kaynak değerleri kesafeti yönünden, özel haller ve adalar dışında, en az 1000 hektar olmalı ve bu alan bütünüyle koruma ağırlıklı zonlardan meydana gelmelidir. İdari ve turistik amaçlı geliştirme alanları bu asgari saha büyüklüğünün dışındadır*".

2873 sayılı Kanun uyarınca; Tarım ve Orman Bakanlığı tarafından milli park karakterine sahip olduğu tespit edilen alanlar, Cumhurbaşkanı kararıyla nihai biçimde milli park olarak belirlenir[30]. Bu yönüyle de Tarım ve Orman Bakanlığı tarafından onaylanarak belirlenen tabiat parkı ya da tabiat koruma parkından farklı olarak; milli parklar Cumhurbaşkanı kararıyla belirlenmektedir[31]. Maddi olguların milli parkların Tarım ve Orman Bakanlığı tarafından tespit edilmesi neticesinde alanın milli park olmasını gerektiren teknik ve ilmi veriler ortaya konulmaktadır. Ancak söz

[24] 2873 sayılı Kanun md.2'de milli parkların haricinde diğer alanlar şu şekilde tanımlanmıştır: "*(...) Tabiat parkları; bitki örtüsü ve yaban hayatı özelliğine sahip, manzara bütünlüğü içinde halkın dinlenme ve eğlenmesine uygun tabiat parçalarını, c) Tabiat anıtı; tabiat ve tabiat olaylarının meydana getirdiği özelliklere ve bilimsel değere sahip ve milli park esasları dahilinde korunan tabiat parçalarını, d) Tabiatı koruma alanı; bilim ve eğitim bakımından önem taşıyan nadir, tehlikeye maruz veya kaybolmaya yüz tutmuş ekosistemler, türler ve tabii olayların meydana getirdiği seçkin örnekleri ihtiva eden ve mutlak korunması gerekli olup sadece bilim ve eğitim amaçlarıyla kullanılmak üzere ayrılmış tabiat parçalarını, ifade eder*". (Metnin altı tarafımızca çizilmiştir.)

[25] Bkz. Gülan, Aydın, Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tâbi Olduğu Hukuki Rejim, Alfa Yayıncılık, İstanbul, 1999, s.91.

[26] Alman hukuk doktrininde milli parkların orman kavramı içinde değerlendirildiği ve hukuksal niteliğinin bu çerçevede belirlendiği yönünde bkz. Ayanoğlu, Sedat, "Ormanların Kamu Malları Arasındaki Yeri, Orman Tanımı ve Kapsamı", İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi, Cilt:42, Sayı:1-2, 1992, s.84.

[27] D13D. E.2015/2692, K.2019/4182, T.10.12.2019, (https://www.lexpera.com.tr, Anılış: Lexpera İçtihat Bilgi Bankası), Erişim T.01.06.2021.

[28] RG.12.12.1986-19309.

[29] Belirtmek gerekirse, söz konusu şartın sübjektif özelliği; milli park alanlarının belirlenmesi bakımından farklı yaklaşımların ortaya çıkmasına yol açabilmektedir. Özellikle son yıllarda milli parkların tespiti yönünden doğal karakterden çok tarihi olayların ilgili yerde geçmesi ön plana çıkmıştır. Bkz. Serter, Gencay, "2002 Sonrası Milli Parklar Kanunu Kapsamında İlan Edilen Doğa Koruma Alanlarına Eleştirel Bir Bakış", Planlama Dergisi, Cilt:30, Sayı:2, 2020, s.248.

[30] 2873 sayılı Kanun md.3/1: "*Orman ve Su İşleri Bakanlığınca millî park karakterine sahip olduğu tespit edilen alanlar, Cumhurbaşkanı kararı ile millî park olarak belirlenir*".

[31] 2873 sayılı Kanun md.3/2: "*Orman ve orman rejimine tabi yerlerde tabiat parkı, tabiat anıtı ve tabiatı koruma alanları Orman ve Su İşleri Bakanının [Tarım ve Orman Bakanının] onayı ile belirlenir*".

konusu tespit, idari süreç içerisinde bir değer arz etmekte[32] ve günün sonunda nihai işlem niteliği alanın bu özelliklerinin idari işlem olarak Cumhurbaşkanı kararıyla belirlenmesi neticesinde ortaya çıkmaktadır. Bu anlamda, 2873 sayılı Kanun çerçevesinde milli parklar yönünden; (i). Tarım ve Orman Bakanlığının milli park alanını tespit etmesi, (ii). Cumhurbaşkanı kararıyla belirleme yapılması şeklinde sürecin işletildiğinden bahsedilebilecektir.

6831 sayılı Kanun uyarınca ormanlar; "*vasıf ve karakter bakımından: (i). Muhafaza ormanları, (ii). Milli parklar, (iii). İstihsal ormanları*", olmak üzere ayrılır. 6831 sayılı Kanun uyarınca ormanlar; "*mülkiyet ve idare bakımından: (i). Devlet ormanları; (ii). Hükmi şahsiyeti haiz amme müesseselerine ait ormanlar; (iii). Hususi ormanlar*", olmak üzere ayrılır[33]. Orman Genel Müdürlüğü; "*yeri ve özelliği dolayısıyla lüzumlu gördüğü alanları*", (i). bilim ve fennin istifadesine tahsis etmek, (ii). tabiatı muhafaza etmek, (iii). yurdun güzelliğini sağlamak, toplumun çeşitli spor ve dinlenme ihtiyaçlarını karşılamak, (iv).turistik hareketlere imkan vermek maksadıyla[34], milli parklar olarak ayırır ve düzenler. Kural olarak, devlet ormanlarına ve devlet ormanı sayılan yerlere ait iş ve işlemler, Orman Genel Müdürlüğünce yapılır ve yaptırılır[35]. Devletten başkasına ait olan bütün ormanlar, 6831 sayılı Kanun'un ilgili hükümleri çerçevesinde Orman Genel Müdürlüğünün gözetim ve denetimine tabidir[36].

Orman rejimine tabi sahalar içinde milli parkların ayrılması şartları birden fazladır. Özellikle, estetik değerlerin yanında, turistik hareketlere imkan vermek hususu da bir motif olarak karşımıza çıkmaktadır[37]. Bununla birlikte, ilgili maddede (6831 sayılı Kanun md.25[38]) orman veya orman rejimine giren sahalar denildiğine göre[39] Orman Genel Müdürlüğü mülkiyet ve idare bakımından orman türüne bakmaksızın ilgili sahaları milli park olarak ayırabilecektir. Bu durumda Orman Genel Müdürlüğünün bu yetkisi mülkiyet ve idare bakımından yapılan ayrımda kamu kurum ve kuruluşlarına ait ormanlarla hususi ormanları da kapsar[40]. Bu hususun özellikle koruma alanlarının niteliği gözetildiğinde bir kamulaştırma sebebi sayılacağı ifade edilmektedir[41]. Ancak

[32] İdari makamların maddi olgunun saptanmasına yönelik irade beyanlarına hukuki sonuçların bağlanması ve bunun nihai işlemin oluşumuna etkisi açısından bkz. Kaplan, Onur, İdari İşlem Teorisi Açısından İdare Hukukunda Tespit Edici İşlemlerin Yeri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s.87-88.

[33] Ormanların bu şekilde ayrıma tutulmasının hukuki sonuçları hakkında ayrıca bkz. Elvan, Osman D., "Orman Sınırları Dışında, Kent İçi Alanlarda Ağaç ve Ağaççıkların Kesilmesinin Hukuki Olarak İncelenmesi", İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi, Cilt:63, Sayı:2, 2013, s.74. Ayrıca bkz. Cin, Halil, "Tanzimattan Sonra Türkiye'de Ormanların Hukuki Rejimi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:35, Sayı:1, 1978, s.358.

[34] Bkz. Akın, Galip, "Yozgat Çamlığı Milli Parkı'nın Özellik ve Gizemleri", Afet ve Risk Dergisi, Cilt:2, Sayı:2, 2019, s.109.

[35] Özdemir, Şükrü/Deda, S. Necip, Orman Hukuku Cilt-I, Feryal Matbaacılık, Ankara, 1991, s.603.

[36] 6831 sayılı Kanun md.6/2: "*Devletten başkasına ait olan bütün ormanlar, bu Kanunun hükümleri dairesinde Orman Genel Müdürlüğünün murakabesine tabidir*".

[37] Gülgün, Bahriye/Sayman, Müveyla/Aktaş, Erden, "Doğa Koruma Kavramı Çerçevesinde Milli Park Olgusu", Ziraat Mühendisliği Dergisi, Sayı:351, 2008, s.43.

[38] 6831 sayılı Kanun md.25: "*Orman Genel Müdürlüğü; mevkii ve özelliği dolayısıyla lüzum göreceği ormanları ve orman rejimine giren sahaları; bilim ve fennin istifadesine tahsis etmek, tabiatı muhafaza etmek, yurdun güzelliğini sağlamak, toplumun çeşitli spor ve dinlenme ihtiyaçlarını karşılamak, turistik hareketlere imkan vermek maksadıyla, milli parklar, tabiat parkları, tabiat anıtları, tabiatı koruma sahaları ve orman mesire yerleri olarak ayırır, düzenler, yönetir ve gerektiğinde işletir veya işlettirir*".

[39] Bu düzenlemenin Türk hukuk sisteminde koruma alanlarına dair ilk düzenleme olduğu hakkında bkz. Güneş, Ahmet M., Çevre Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s.114.

[40] Ayanoğlu, Hukuksal Açıdan Orman Emlaki ve Orman Mülkiyetinin Temelleri, s.25.

[41] Ayanoğlu, Hukuksal Açıdan Muhafaza Ormanı ve Milli Park Kavramları, s.34.

bu durumun, orman rejimine tabi alanlar için geçerli olduğunu vurgulamak gerekir. Ayrıca belirtmek gerekirse; orman rejimi esaslarına tabi alanlar yönünden milli parkların tespitine dair yetki Orman Genel Müdürlüğü tarafından kullanılmalıdır[42]. İlgili düzenlemede yer alan "*ayırır*" ifadesinden hareketle Orman Genel Müdürlüğünün bağlı yetki içinde olduğundan bahsedilecektir[43].

III. Milli Parkların Özellikleri

Tarım ve Orman Bakanlığının maddi olguları değerlendirmek suretiyle tespit ettiği alanların; Cumhurbaşkanı kararıyla yeniden belirlenmesi neticesinde yahut Orman Genel Müdürlüğü tarafından orman alanlarından milli parkların ayrılması neticesinde, alanın hukuki statüsünde değişiklik meydana gelmektedir. Yani, hukuki statüsü orman olan bir alanın bu statüsü, Orman Genel Müdürlüğü tarafından yapılacak bir idari işlemle ya da orman niteliği olmayan bir yerin taşıdığı milli karakter vasfından hareketle Cumhurbaşkanı kararıyla[44] değiştirilebilecektir. Bir alanın hukuki statüsünün milli park olarak değiştirilmesiyle birlikte, o alan içerisinde bulunan taşınmaz malların hukuki durumları üzerinde de bazı hukuki etkiler meydana gelecektir[45]. Örneğin, 2873 sayılı Kanun md.5 uyarınca "*bir milli park sınırları içinde kalan yerlerdeki gerçek ve tüzelkişilere ait taşınmaz mallar ile her türlü tesisler, onaylı uygulama imar planına göre hazırlanacak projelerin gerçekleşmesi için, gerekli görüldüğünde*" Tarım ve Orman Bakanlığı tarafından kamulaştırılabilecektir.

Esasen, 2873 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce sadece 6831 sayılı Kanun md.25 hükmü çerçevesinde bir alanın milli park alanı olarak ayrılması söz konusu olabilmekteydi. Örneğin; "*Yozgat şehrine üç kilometre mesafede bulunan ve ilişik krokide hudutları gösterilen Yozgat Çamlığının (namı diğer Soğuk Oluk mevkii) "Milli Park" olarak ayrılması*[46]; *Ziraat Vekâletinin 16/1/1958 tarihli ve 6885-6 sayılı yazısı üzerine, 6831 sayılı kanunun 25 inci maddesine göre, İcra Vekilleri Heyetince (Bakanlar Kurulu) 5/2/1958 tarihinde kararlaştırılmıştır*[47]". Aynı şekilde, "*Afyon ve Kütahya İlleri içerisinde yer alan ve ilişik haritada sınırları belirtilen sahaların (Milli Harp tarihimizdeki müstesna yeri yönünden*[48]*) Milli Park olarak tefriki ve uygulanması için orman rejimi kapsamına alınması; Turizm ve Tanıtma, İmar ve İskan ve Kültür Bakanlıklarının uygun mütalâalarına dayanan Tarım ve Orman Bakanlığının 20/8/1981 tarihli ve Milli Parklar ve Avcılık Genel Müdürlüğü yazısı üzerine, 6831 sayılı Kanunun 3 üncü maddesine göre, Bakanlar Kurulunca 31/8/1981 tarihinde kararlaştırılmıştır*[49]".

[42] Yılmazer, Avni Y., "Çevre Konusunun Cumhuriyet Dönemi Ormancılığındaki Yeri", İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi, Cilt:40, Sayı:2, 1990, s.125.
[43] Ayanoğlu, Hukuksal Açıdan Orman Emlaki ve Orman Mülkiyetinin Temelleri, s.26.
[44] Daha önce bir alanın milli park olarak belirlenmesine karar vermek yetkisi Bakanlar Kuruluna verilmişken; 700 sayılı KHK'nin 79 uncu maddesiyle; bu konudaki yetki Cumhurbaşkanında olacak biçimde değiştirilmiştir.
[45] D1D. E.2004/645, K.2005/86, T.28.01.2005, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.01.06.2021.
[46] Yozgat Çamlığı Milli Parkı'nın özellikleri hakkında bkz. Akın, s.107 vd.; Kılıç, Mahinur/Kervankıran, İsmail, "Türkiye'de Milli Parkçılığın Kısa Bir Hikâyesi: Yozgat Çamlığı Milli Parkı Örneği", Türk Coğrafya Dergisi, Sayı:72, 2019, s.26 vd.
[47] RG.08.03.1958-9853.
[48] Bkz. Alaeddinoğlu, Faruk/Aliağaoğlu, Alpaslan, "Savaş Alanları Turizmine Tipik Bir Örnek: Büyük Taarruz ve Başkomutan Tarihî Milli Parkı", Anatolia: Turizm Araştırmaları Dergisi, Cilt:18, Sayı:2, 2007, s.219.
[49] RG.22.10.1981-17492.

2873 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte; milli park alanı olarak ayrılan alanlar bu Kanun'un ilgili hükümlerine göre tespit edilmeye başlanmıştır. Örneğin; "*Nevşehir İli hudutları, içinde bulunan ve ekli krokide sınırları tespit edilen Göreme Vadisi ve çevresindeki alanın Milli Park olarak belirlenmesi; ilgili Bakanlıkların uygun görüşlerine dayanan Tarım Orman ve Köyişleri Bakanlığı'nın 10/10/1986 tarihli ve 700 sayılı yazısı üzerine, 2873 sayılı Milli Parklar Kanunu'nun 3 üncü maddesine göre, Bakanlar Kurulu'nca 30/10/1986 tarihinde kararlaştırılmıştır*[50]". Benzer biçimde "*Trabzon İli Maçka ilçesi hudutları dahilinde bulunan ve ekli haritada sınırları tesbit edilen Maçka Altındere Vadisi ve çevresindeki alanın Milli Park olarak belirlenmesi; Milli Savunma, Bayındırlık ve Iskan, Kültür ve Turizm Bakanlıklarının uygun görüşlerine dayanan, Tarım Orman ve Köyişleri Bakanlığı'nın 24/8/1987 tarihli ve 1060 sayılı yazısı üzerine, 2873 sayılı Milli Parklar Kanunu'nun 3 üncü maddesine göre, Bakanlar Kurulu'nca 9/9/1987 tarihinde kararlaştırılmıştır*[51]".

Bunun yanında, 2873 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra, özellikle "*milli değerlerin yaşatılması ve korunması*" maksadıyla başkaca milli park alanlarının belirlenmesi söz konusu olmuştur. Örneğin; "*Malazgirt Meydan Muharebesi Tarihi Milli Parkı*" sahasının belirlenmesi bunun bir örneğini teşkil etmektedir[52]. 2018 yılında Muş ili sınırları içerisinde 2873 sayılı Kanun kapsamında söz konusu alanın milli park olarak ayrılması gerçekleştirilmiştir. Keza, Ankara-Çankırı-Kastamonu illeri sınırları içerisinde bulunan ve üzerinde pek çok kahramanlık öyküsünün bulunduğu[53] alanın "*İstiklal Yolu Tarihi Milli Parkı*[54]" olarak saptanması, Ankara İli, Polatlı ve Haymana ilçeleri sınırları içerisinde bulunan alanın "*Sakarya Meydan Muharebesi Tarihi Milli Parkı*" olarak belirlenmesi[55], Erzurum ili sınırları içerisinde bulunan alanın "*Erzurum Nene Hatun Tarihi Milli Parkı*[56]" olarak belirlenmesi, Bayburt ve Erzurum illeri sınırları içinde bulunan alanın "*Kop Dağı Müdafaası Tarihi Milli Parkı*[57]" olarak belirlenmesi bunların birer örneğini teşkil etmektedir.

Milli parkların tespit edilmesinde önemli rol oynayan alanın "*milli karaktere sahip olma vasfının*" yanında "*doğal güzelliklere sahip olma, turistik ve rekreasyonal potansiyel taşıma ve bitki örtüsü ve hayvan türlerinin çeşitliliği*" hususlarının da bazı hallerde ön planda olduğu görülmektedir. Nitekim Soykan/Atasoy/Önal'ın aktardığı üzere; örneğin, "*Kazdağı, Yozgat Çamlığı, Spil Dağı, Ilgaz Dağı ve Uludağ milli parkları milli değere sahip olmasının yanında barındırdığı zengin ve endemik flora ve fauna sayesinde rekreasyon ve turizm potansiyelini de haizdir*[58]". Keza bu kapsamda, "*Kırklareli Demirköy Sakagölü Longozu Yaban Hayatı Geliştirme Sahası*"na ilişkin alanın "*İğneada Longoz Ormanları Milli Parkı*" olarak belirlenmesine[59] karar verilmiştir. Bu

[50] RG.25.11.1986-19292.
[51] RG.08.10.1987-19598.
[52] RG.17.03.2018-30363.
[53] Söz konusu milli parkın manevi değeri açısından bkz. Taşlıgil, Nuran, "Milli Parklar Arasında Farklı Bir Örnek: İstiklâl Yolu Tarihi Milli Parkı", Türk Coğrafya Dergisi, Sayı:74, 2020, s.91.
[54] RG.02.11.2018-30583.
[55] RG.08.02.2015-29261.
[56] RG.06.06.2009-27250.
[57] RG.15.11.2016-29889.
[58] Soykan, Abdullah/Atasoy, Emin/Önal, Hakan, "The importance of national parks in the development of environmental awareness and environmental education in Turkey", Social Sciences Researches in the Globalizing World (Ed. Efe, Recep), St. Kliment Ohridski University Press, Sofia, 2018, s.377.
[59] RG.13.11.2007-26699.

örneklerden de anlaşılacağı üzere; milli parkların doğal güzellikleri barındırması yanında yaban hayatının korunması hususunu da ihtiva eden bir özelliği bulunabilmektedir[60]. Bunun yanında, Büyük Ağrı Dağı ile Küçük Ağrı Dağını kapsayan "*Ağrı Dağı Milli Parkı*[61]" sahası ile Şanlıurfa'da bulunan "*Tek Tek Dağları Milli Parkı*[62]" sahasının belirlenmesi örneklerinde de doğal güzelliğin ve kaynağın bulunmasından hareketle; milli park sahasının tespit edildiği ileri sürülebilecektir[63].

Bununla birlikte milli parkların sınırlarının değiştirilmesi, zaman içinde milli park alanına ilave alanların eklenmesi mümkün olmaktadır. Örnek olarak, Aydın ili sınırları dahilindeki Büyük Menderes Deltası'nın mevcut "*Dilek Yarımadası Milli Parkı*" sahasına ilave edilerek milli park, olarak belirlenmesi söz konusu olmuştur[64]. Benzer yönde; Ankara ili, Kızılcahamam ilçesi sınırları dahilinde yer alan "*Soğuksu Milli Parkı*" sahasının sınırlarının genişletilmesine karar verilmiştir[65]. Bu sınır değişikliklerinin özellikle, alanın milli park vasfını sürdürmesine göre anlam kazanacağını vurgulamak gerekir. Bununla birlikte, milli park sınırlarının azaltılmasının ya da artırılmasının çıkardığı yeni durumdan etkilenen alanların -doğal özellikler yanında[66]- hukuki statüsünde değişiklik olduğu da bir gerçektir. Bu noktada sınır değişikliğine yönelik idari işlemin tesis edilmesini gerektiren "*kamu yararının*" somut biçimde ortaya konulması icap eder.

Nihayet milli parkların özellikleri çerçevesinde ele alınması gereken bir diğer önemli konu bu alanlar ile turizm bölge alanları ve merkezleri arasındaki hukuki ilişkidir. 2873 sayılı Kanun uyarınca, "*bu Kanun kapsamına giren yerlerdeki turizm bölge, alan ve merkezlerinde, turizm yatırımlarına ilişkin plan kararları Çevre ve Şehircilik ile Tarım ve Orman Bakanlıklarının görüşü alınarak sonuçlandırılır*". Bu bağlamda milli park alanı olarak tespit edilen bölgenin aynı zamanda "*turizm bölge, alan ve merkezi*[67]" olarak nitelendirilmesi mümkündür. Dolayısıyla milli park olarak tespit edilen sahanın aynı zamanda, turizm bölge, alan ve merkezi olarak da nitelendirilmesi ve bu yönüyle "*nitelik çakışmasının*" ortaya çıkması söz konusu olabilir[68]. Esasen genel olarak değerlendirildiğinde milli parkların; "*koruma, dinlenme ve turizm alanlarına sahip tabiat parçalarını*" ifade ettiği görülmektedir. Milli parklar, bu özellikleri ve sahip olduğu doğal güzellikleri bakımından korunması gerekli tabiat varlıkları olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle bir alanda böyle bir çakışma hali bulunsa bile; her halde, milli park alanının korunmasına

[60] Bkz. Alkan, Hasan/Ersin, M. Önder, "Korunan Doğal Alanlarda İnsan-Yaban Hayatı Çatışması", Türkiye Ormancılık Dergisi, Cilt:19, Sayı:3, 2018, s.287.
[61] RG.17.11.2004-25643.
[62] RG.21.06.2007-26559.
[63] Bununla birlikte Tek Tek Dağları Milli Park sahasının "*barındırdığı kaynak değerlerin azlığından hareketle*" milli park niteliğine sahip olmadığı yönünde bkz. Serter, s.249.
[64] RG.08.07.1994-21984.
[65] RG.28.06.1997-23033.
[66] Örücü, Ömer K./Aslan, E. Seda, "Analysis of the border change in Beyşehir Lake and Kızıldağ National Parks in terms of land cover and land use", International Journal of Geography and Geography Education (IGGE), Vol.41, 2020, s.296 vd.
[67] Ayrıca, 2873 sayılı Kanun md.8'de "*Turizm bölge, alan ve merkezleri dışında kalan milli parklar…*" ifadesine yer verildiği görülmektedir. Bunun yanında ilgili alanlara ilişkin olarak, 2634 sayılı Turizm Teşvik Kanunu md.4 kapsamında, "*Kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri ve turizm merkezlerinin tespitinde; ülkenin doğal, tarihi, arkeolojik ve sosyo-kültürel turizm değerleri, kış, av ve su sporları ve sağlık turizmi ile mevcut diğer turizm potansiyeli dikkate alınır*".
[68] D6D. E.2009/5136, K.2013/3540, T.20.05.2013, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.06.2021.

öncelik tanınması gerekecektir. Dolayısıyla alanın milli park sahası olarak belirlenmekle hukuki statüsünün değiştiği ve özel bir kanun olan 2873 sayılı Milli Parklar Kanunu kapsamına girdiği gözetildiğinde; ancak, milli park ilan amacı olan kültürel kaynak değerleri ile kaynak değerini bozmayacak biçimde[69] turizm faaliyetlerine izin verilmesi söz konusu olabilecektir.

IV. Kamu Malları Yönünden Milli Parkların Niteliği

Bazı kamu malları doğal nitelikleri gereği ayrıca bir tahsise gerek kalmaksızın kamunun kullanımına açıktır[70]. "*Sahipsiz mallar*[71]" olarak ifade edilen bu mal kategorisi bakımından; bu malların doğal niteliği, bir kanun hükmüyle yahut bir tespit edici işlemle saptanabilmektedir[72]. Bu durum maddi bir olgunun (=*kamu malının doğal niteliği*) bir irade beyanıyla ve fakat hukuk düzeninde etki doğurur biçimde saptanmasını ifade etmektedir. Bununla birlikte "*yollar, meydanlar, köprüler gibi, okul, hastane, savunma tesisleri gibi*" bazı kamu malları ise ilgili kamu hizmetlerinin yerine getirilmesine hizmet ettikleri için dolaylı olarak kamu malı niteliğini kazanmaktadırlar[73]. Devletin özel malları ise, henüz bir kamu hizmetine tahsis edilmemiş, üzerlerinde kişilerin ve kamunun yararlanma hakları bulunmayan mallar olarak ifade edilmektedir[74]. Doktrinde Bilgen'in deyimiyle, "*idare bir taşınmaz malını kamu hizmetleri dışında kendisi kullanır veya kiraya vererek yalnız gelirlerinden yararlanır; bunlar da diğer idare mallarıdır*[75]".

"*Devletin hüküm ve tasarrufu*" ifadesi devletin mal üzerindeki hakimiyet sahasının bir sonucu olunca, devletin nesnelerle bu tür hukuki ilişkisini "*özel mülkiyet ilişkisi*" olarak kabul etmek mümkün değildir. Bu hukuki ilişki bir "*kamu hukuku ilişkisidir ve kamu hukuku ilkelerine ve kurallarına*" tabidir. Ancak malın, devletin hüküm ve tasarrufu altında olması kamu malı olduğunun yanında onun kullanım açısından hangi kategoride olduğu hakkında doğrudan bilgi vermemektedir[76]. Türk Medeni Kanunu'na göre "*genel sular ve tarıma elverişli olmayan*

[69] Bkz. DİDDK. E.2011/1606, K.2014/1970, T.30.04.2014, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.06.2021. Bununla birlikte, orman alanlarıyla ilgili olarak Danıştay'ın turizm amaçlı tahsis işlemine yönelik yaklaşımı hakkında bkz. Güloğlu, Yavuz, "Ormanların Turizm Amaçlı Tahsisinin İdari İşlemin Unsurları Bakımından Değerlendirilmesi", Kastamonu Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Sayı:10, 2015, s.52.

[70] Düren, Akın, İdare Hukuku Dersleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1979, s.30.

[71] 3402 sayılı Kadastro Kanunu md.16/C: "*Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan kayalar, tepeler, dağlar (bunlardan çıkan kaynaklar) gibi, tarıma elverişli olmayan sahipsiz yerler ile deniz, göl, nehir gibi genel sular tescil ve sınırlandırmaya tabi değildir, istisnalar saklıdır*".

[72] Düren, s.57.

[73] 3402 sayılı Kadastro Kanunu md.16/A: "*Kamunun ortak kullanılmasına veya bir kamu hizmetinin görülmesine ayrılan yerlerle Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan sahipsiz yerlerden: A) Kamu hizmetinde kullanılan, bütçelerinden ayrılan ödenek veya yardımlarla yapılan resmi bina ve tesisler, (Hükümet, belediye, karakol, okul binaları, köy odası, hastane veya diğer sağlık tesisleri, kütüphane, kitaplık, namazgah, cami genel mezarlık, çeşme, kuyular, yunak ile kapanmış olan yollar, meydanlar, pazar yerleri, parklar ve bahçeler ve boşluklar ve benzeri hizmet malları) kayıt, belge veya özel kanunlarına veya Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine göre Hazine, kamu kurum ve kuruluşları, il, belediye köy veya mahalli idare birlikleri tüzelkişiliği, adlarına tespit olunur*".

[74] Kırbaş, Sadık, Devlet Malları, Adım Yayıncılık, Ankara, 1995, s.31; Söyler, İlhami, "Kamu Malları Teorisi Açısından Devletin Hüküm ve Tasarrufundaki Yerler", Sayıştay Dergisi, Sayı:83, 2011, s.58.

[75] Bilgen, Pertev, İdare Malları, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1995, s.6.

[76] Gülan, Aydın, "Kamu Malları", Günışığında Yönetim (Ed. Özay, İl Han), Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s.679.

araziler" sahipsiz mallardır[77]. Bu kapsamda belirli kamu malları kimsenin mülkiyetinde değildir ve kural olarak özel mülkiyete konu olamazlar; sahipsiz mal sayılmaları gerekir[78]. Ormanlar açısından; bu malların kimsenin mülkiyeti altında olmayan sahipsiz mal niteliğinde olduğu söylenebilir[79]. Bununla beraber, Ayanoğlu'na göre, bu görüşün açıklayamadığı bir husus da orman mevzuatında özel orman mülkiyetinin kabul edilmesidir[80]. Zira sahipsiz mallar üzerinde bir mülkiyet ilişkisinin kurulamaması ve bu nedenle de bu malların özel hukuk kişilerine devrinin uygun bulunmaması önemli özelliklerinden biridir[81]. Ayanoğlu, bu nedenle "*ormanların hizmet malı sayılması*" görüşünün daha isabetli olduğunu belirtmekle birlikte[82], doktrinde Düren bu mallar üzerinde "*kamu mülkiyeti ilkesinin esas olduğunu; bu durumun da bu malların doğal niteliklerinden kaynaklandığını*" ileri sürerek sahipsiz mal olduğunu ifade etmektedir[83]. Duran ise, bu malların kamu yararına yönelik olduğunu belirtmekle birlikte; kamunun yararlanmasına bırakılmadığını ve bir hizmette kullanılmadığını, dolayısıyla kamu malı olsa da kamusal mal niteliğinde olamayacağını ve sahipsiz mal kategorisinde bulunmadığını ifade etmektedir[84]. Esasen ilgili Yargıtay ve Danıştay kararlarına bakıldığında ikinci görüşün ağırlıkta olduğu ve "*sahipsiz mal*" nitelendirmesinin yargı içtihatlarında kendisine yer bulduğu ifade edilebilir[85].

Bununla birlikte, ormanla ilişkisi olmayan herhangi bir arazi de 2873 sayılı Kanun kapsamında yukarıda belirtilen özellikleri taşıyabilir ve milli park olarak ayrılabilir. Ancak, buradaki tespit edici işlemle malın hukuki statüsünün değişmesi ve kamu malı haline gelmesinden bahsedilecektir[86]. Dolayısıyla doğrudan hizmete özgülenmek ya da onun ayrılmaz bir parçası haline gelmekten ziyade herkesin kullanımına açık ve doğal özelliklerinin ön planda olduğu bir maldan bahsedilmektedir[87]. Ancak, buradaki orman rejimine tabi olma durumu; milli parklar ve ormanların eşit olduğu biçiminde algılamaya yol açmamalıdır. O halde, milli parkların niteliğinin ayrıca belirlenmesi gerekir (=*kültürel ve tabii özellikler bir arada ve farklılık arz etmektedir*).

[77] 4721 sayılı Türk Medeni Kanun md.715/2: "*Aksi ispatlanmadıkça, yararı kamuya ait sular ile kayalar, tepeler, dağlar, buzullar gibi tarıma elverişli olmayan yerler ve bunlardan çıkan kaynaklar, kimsenin mülkiyetinde değildir ve hiçbir şekilde özel mülkiyete konu olamaz*".
[78] Bilgen, s.14.
[79] Anayasada "*bütün ormanların gözetiminin devlete ait olduğu belirtilse de yalnızca devlet ormanlarının mülkiyetinin devrolunamayacağı*" ifade edilmiş durumdadır. AY md.169 hükmüne göre, "*Devlet, ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gerekli kanunları koyar ve tedbirleri alır. (...) Bütün ormanların gözetimi Devlete aittir. Devlet ormanlarının mülkiyeti devrolunamaz. Devlet ormanları kanuna göre, Devletçe yönetilir ve işletilir. Bu ormanlar zamanaşımı ile mülk edinilemez ve kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamaz (...)*".
[80] Ayanoğlu, Hukuksal Açıdan Orman Emlaki ve Orman Mülkiyetinin Temelleri, s.11.
[81] Düren, s.66; Kaman, Nur, Kamu Malları", İdare Hukuku (Ed. Yıldırım, Turan), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.265.
[82] Ayanoğlu, Hukuksal Açıdan Orman Emlaki ve Orman Mülkiyetinin Temelleri, s.13.
[83] Düren, s.93; Kaman, s.252.
[84] Duran, Lütfi, "Kamusal Malların Ölçütü", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Cilt:5, Sayı:1-3, 1984, s.43.
[85] YHGK. E.1979/167, K.1981/656, T.30.09.1981, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.06.2021; YHGK. E.1979/589, K.1982/482, T.12.09.1982, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.06.2021; D8D. E.2017/6772, K.2018/4022, T.10.07.2018, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.06.2021; D8D. E.2016/13764, K.2020/5515, T.09.12.2020, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.06.2021.
[86] Karahanoğulları, Onur, İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s.289.
[87] Bkz. Duran, s.44.

Bir alanın Milli Parklar Kanunu md.2 ve Milli Parklar Yönetmeliği md.6 kapsamında belirtilen şartları taşıdığı ifade edilebiliyorsa; milli park olarak tespit edilmesi gündeme gelecektir. Bu tespit, idarenin alanın hukuki statüsüne yönelik "*irade beyanı açıklamasını*" ifade etmektedir. Bu irade açıklamasına hukuk düzeni sonuç bağlamaktadır ve alan "*milli park*" statüsüne geçmektedir[88]. Bu anlamda Düren'in belirttiği üzere, halihazırda dağ olan bir alanın "*dağ*" niteliğinde (tepeler, kayalıklar vs.) olduğunun tespitinden ziyade[89], burada bir alanın niteliğinin "*spesifik olarak, teknik ve ilmi verilerle belirlenmesi*" söz konusudur. Bu anlamda burada maddi anlamda "*izhari*" değil; o malın hukuki statüsünde değişikliğe yol açan bir tespit edici işlem mevcuttur[90]. Bu saptamanın neticesindeyse; o malın kamunun kullanımına açılması hali söz konusu olmaktadır. Yani belirli bir idari süreç geçirildikten sonra, bir malın kamunun kullanımına açık hale gelmesi söz konusu olmaktadır[91]. Bu anlamda idari işlemle malın "*açık hava rekreasyon faaliyetleri, dinlenme vs.*" hususlarda kullanılması maksadıyla yararlanıma açık hale getirildiği görülmektedir. Bu anlamda "*orta malından*" bahsetmek gerekecektir[92].

2873 sayılı Kanunun "*Tahsis amacının değiştirilmesi*" başlıklı 14. maddesinde; "*Tahsis amacı değiştirilmedikçe mera, yaylak ve kışlaktan bu Kanunda gösterilenden başka şekilde yararlanılamaz. Ancak, bu Kanuna veya daha önceki kanunlara göre mera, yaylak ve kışlak olarak tahsis edilmiş olan veya kadimden beri bu amaçla kullanılan arazilerden (...) milli park kurulması için ihtiyaç duyulan (...) Yerlerin, ilgili müdürlüğün talebi, komisyonun ve defterdarlığın uygun görüşü üzerine, valilikçe tahsis amacı değiştirilebilir*" ifadesi yer almaktadır. Dikkat edilirse bir tahsis amacından (p) başka bir tahsis amacına (p') dönüşmesi hali (rekreasyon potansiyeli taşıması ve kamunun birbirini dışlar özellikte olmayan biçimde yararlanabilmesi) söz konusu olmaktadır[93].

V. Planlama Faaliyeti ve Milli Parkların İşletilmesi

Milli parkların milli ve kültürel değerler ihtiva etmesi, bu alanların tespit edilmesini müteakip aksi yönde maddi olguların değişmesi söz konusu olmadıkça korunmasını gerektirmektedir. Bu durum, milli park alanlarının sınırlarının kamu yararının gerektirdiği bir durum olmadıkça değiştirilmemesinin yanında, mevcut alanların korunmasını ihtiva eder. Dolayısıyla bu alanlara dair işletme düzleminin "*koruma*" kavramıyla ilintili biçimde[94] bazı kayıtlamalara tabi olarak ele alınmasından bahsedilecektir. Milli park sahalarının korunması amacının ön planda olduğu gözetildiğinde; bunun "*kamusal boyutunun*" bulunduğundan bahsedilebilir. Danıştayın vermiş olduğu bir kararda "*tabiat parklarının, [milli park esaslarına göre] özellik ve karakterlerinin*

[88] Karahanoğulları, s.289.
[89] Düren, s.46.
[90] Karahanoğulları, s.293.
[91] Ersöz, A. Kürşat, Türk İdare Hukuku Kapsamında Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.177.
[92] Ersöz, s.177. Orman alanlarından ayrılan milli park sahaları yönünden tahsis edilen kamu hizmetinin değiştiği ve bu yerlerin de hizmet malı olarak nitelendirilmesi gerektiği yönünde; Ayanoğlu, Hukuksal Açıdan Orman Emlaki ve Orman Mülkiyetinin Temelleri, s.37.
[93] D6D. E.2002/1843, K.2003/4061, T.19.06.2003, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.06.2021; Y20HD. E.2016/7760, K.2018/2333, T.27.03.2018, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.06.2021. Ayrıca bkz. Güloğlu, s.47.
[94] Bkz. Yinanç, Abdullah/Sönmez, Kamil, "Koruma Alanlarının Yönetimi Üzerine Bir Model Önerisi", Namık Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Metinleri, No:2, 2016, s.57.

bozulmadan korunması, buralardaki dinlenme ve turizm alanlarının kamu yararına hizmet edecek şekilde işletilmesi kamu hizmeti niteliğindedir. Dava konusu işleme dayanak gösterilen sözleşme incelendiğinde, Yozgat Çamlığı Milli Parkı A Tipi Mesire Yerinin içerisinde bulunan tesislerin işletmeciliğinin, tabiat parkında bulunan tesisin kamu yararına yönelik olmasının yanında arazinin saha temizliğini de içeriyor olduğu göz önüne alındığında burada yürütülen hizmetin kamu hizmeti olduğu" sonucuna varılmıştır[95].

Orman Genel Müdürlüğü, milli park alanlarıyla ilgili olarak düzenleme, yönetme, işletme veya işlettirme yetkilerine de sahiptir[96]. Bir görüşe göre, burada geçen "*işlettirme*" kelimesinden sadece devlet ormanları dışındaki ormanlardan ayrılacak milli parkların kastedildiğini belirtmek gerekir[97]. Ancak, devlet ormanından ayrılsa dahi, alanın hukuki statüsü ve tabi olduğu esaslar milli park tespiti işlemiyle değişmiş olacağından; bu çıkarım kanımızca isabetsizdir.

Milli parkların; tabiat varlığı olarak kültürel değerlerin gelecek nesillere aktarılması[98], doğal güzelliklerin yaşatılması gibi unsurlardan hareketle korunmasının planlama çalışmalarının sağlıklı biçimde yürütülmesiyle mümkün olacağı ifade edilmelidir[99]. Nitekim bu doğrultuda milli parklar yönünden kapsamlı ve bilimsel bir çalışma olarak "*uzun devreli gelişme planlarının*[100]" yapıldığı görülmektedir[101]. 2873 sayılı Kanun md.4/1 kapsamında milli park olarak belirlenen yerlerin özellik ve nitelikleri göz önünde tutularak, koruma ve kullanma amaçlarını gerçekleştirmek üzere, kuruluş, geliştirme ve işletilmelerini kapsayan gelişme planı, ilgili bakanlıkların olumlu görüşleri ve gerektiğinde fiili katkılarıyla, Tarım ve Orman Bakanlığınca hazırlanır ve yürürlüğe konur[102]. Korunan Alanlarda Yapılacak Planlara Dair Yönetmelik[103] md.6 hükmünde ise; "*uzun devreli gelişme planları Tarım ve Orman Bakanlığınca yapılacağı veya*

[95] D13D. E.2019/289, K.2019/2445, T.09.07.2019, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.06.2021.
[96] 6831 sayılı Kanun md.25 uyarınca Orman Genel Müdürlüğü, orman ve orman rejimine giren sahaları; "*bilim ve fennin istifadesine tahsis etmek, tabiatı muhafaza etmek, yurdun güzelliğini sağlamak, toplumun çeşitli spor ve dinlenme ihtiyaçlarını karşılamak, turistik hareketlere imkan vermek*" amaçlarından hareketle milli park sahası olarak ayırabilir; işletebilir veya işlettirebilir. Bu anlamda, "*tabiatı muhafaza etmek ya da yurdun güzelliğini sağlamak amaçlarının yanında*" spor ve dinlenme gereksiniminin karşılanması yahut turizm faaliyetlerine olanak sağlanması gibi nedenlerle de milli park ayrılması mümkündür. Bu bağlamda, bu sebeplerin birden fazlası bir arada bulunduğu takdirde; belirtilen maksatların birbiriyle bağdaşır nitelikte olması göz önünde bulundurulmalıdır.
[97] Ayanoğlu, Hukuksal Açıdan Orman Emlaki ve Orman Mülkiyetinin Temelleri, s.26.
[98] Söz konusu doğal değerlerin yaşatılmasının kişilere/kişi gruplarına getirdiği sorumluluğun yanında gelecek nesilleri ilgilendirdiği yönünde bkz. Açımuz, Bige/Pintus, Rossella, "Droits et devoirs en droit de l'environnement: Etude sur le droit international, communautaire et français", Yıldızhan Yayla'ya Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2003, s.4.
[99] Cırık, Umut, "Milli Parklar ve Uzun Devreli Gelişme Planları", Planlama Dergisi, Sayı:2007/1, 2007, s.50.
[100] Korunan Alanlarda Yapılacak Planlara Dair Yönetmelik'in Tanımlar kenar başlıklı 3. maddesinin (s) bendinde: "*Uzun Devreli Gelişme Planı: Milli park olarak belirlenen yerlerin özellik ve nitelikleri göz önünde tutularak, koruma ve kullanma amaçlarını gerçekleştirmek üzere, kuruluş, geliştirme ve işletilmelerini kapsayan ve 3/5/1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanunu kapsamı dışındaki gelişme planlarını*" ifade eder denilmektedir.
[101] Tunçer, Mehmet/Özdal Oktay, Simge, "Methods and Techniques in Preparation of Secular Decade Strategic Plan for National Parks", GRID-Mimarlık Planlama ve Tasarım Dergisi, Cilt:1, Sayı:2, 2018, s.77.
[102] Belirtmek gerekirse, 2873 sayılı Kanun'un 4. maddesinin başlığı daha önce "*Planlama*" olmasına rağmen; 2018 yılında yapılan değişiklikle birlikte "*İşletme*" olarak değiştirilmiştir. Ne var ki; ilgili hükme bakıldığında, "*işletme*" kavramından ziyade "*planlama*" kavramına yapılan vurgu göze çarpmaktadır. Bu nedenle söz konusu maddenin başlığının planlama olmasının daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.
[103] RG.23.03.2012-28242.

yaptırılacağı" ifade edilmiştir[104]. Bununla birlikte, 2873 sayılı Kanun md.4/2 çerçevesinde, uzun devreli gelişme planı uyarınca "*iskan ve yapılaşmaya konu olacak yerler*" için, imar mevzuatına göre imar uygulama planları, milli park gelişme planı hüküm ve kararlarına uygun olarak hazırlanır veya hazırlattırılarak Çevre ve Şehircilik Bakanlığının onayıyla yürürlüğe konulur. Keza, Korunan Alanlarda Yapılacak Planlara Dair Yönetmelik md.6/C hükmü kapsamında "*milli park, tabiat parkı ve sulak alanların uzun devreli gelişme planları veya yönetim planlarının ilke ve hedefleri doğrultusunda, korunan alanın önemine ve büyüklüğüne göre gerektiğinde çevre düzeni planı, gelişme planında iskan ve yapılaşmaya konu olacak yerler için 1/5000 ölçekli nazım ve 1/1000 ölçekli uygulama imar planları yapılır*".

Esasen, milli parkların tespit edilmesi neticesinde bölgenin –rekreasyonel potansiyeli gözetildiğinde– turistik gelişiminin de sağlanması gündeme geleceğinden; ilgili alanın gelişimine dair "*bütüncül ekosistem yaklaşımlı bir planlama faaliyetinin*" yürütülmesi önem arz etmektedir[105]. Bu konu; (i). mevcut yapıların durumu ve milli park alanıyla bağdaşabilirliği, (ii). korumaya yönelik tedbirlerin alınması ile yerleşimin sağlıklı ve dengeli biçimde olmasının sağlanması hususlarıyla ilintilidir[106]. Çalışmanın devamında milli parkların korunmasına yönelik hukuki düzenlemeler ile bu doğrultuda idari makamlarca yapılan faaliyetlerin niteliği irdelenecektir.

VI. Milli Parkların Korunma Rejimi

Türk hukukunda taşıdığı özellikler nedeniyle koruma rejimine tabi olan milli parklar, ekonomi ve turizm alanları başta olmak üzere çeşitli alanlarda, bulunduğu bölge bakımından katkı sağlamaktadır[107]. Kültürel ve tabii bir değer olarak milli parkların bu niteliğine uygun olarak devlete düşen bazı görevler bulunmaktadır[108]. İdari makamlar araçlığıyla yerine getirilen bu görevler, öncelikle 1982 Anayasası ("AY") md.56/1, md.56/2 ve md.63[109] hükümlerinden ileri

[104] Ayrıca, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi md.410 kapsamında Tarım ve Orman Bakanlığının görevleri arasında "*tabiatın korunmasına yönelik politikalar geliştirilmesi amacıyla çalışmalar yapmak, korunan alanların tespiti, milli parklar, tabiat parkları, tabiat anıtları, tabiatı koruma alanları, sulak alanlar ve biyolojik çeşitlilik ile av ve yaban hayatının korunması, yönetimi, geliştirilmesi, işletilmesi ve işlettirilmesini sağlamak*" ifadesi yer almaktadır. Bunun yanında belirtmek gerekirse, milli park alanlarında bulunan sit alanlarına ilişkin olarak ayrıca düzenleme yapılması yoluna gidildiği görülmektedir. 6831 sayılı Kanun ek md.14 hükmüne göre, "*2873 sayılı Millî Parklar Kanununun uygulandığı alanlarda, alanın sit statüsü özelliği korunması kaydıyla, 21/7/1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun diğer hükümleri uygulanmaz*".

[105] Koca, Ramazan/Güney, İsmet/Altundal Öncü, Merve vd., "Korunan Alanlarda Etkili Planlama ve Sürdürülebilir Alan Yönetimi Üzerine Kaçkar Dağları Milli Parkı'nın İncelenmesi", TÜCAUM Uluslararası Coğrafya Sempozyumu Bildiriler Kitabı, Ankara, 2016, s.773.

[106] Bu konuda, Kültür Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulunun 11/03/2021 tarihli ve 1700 sayılı İlke Kararı'na göre, "*öncelikle, milli park bulunan yerlerde uzun devreli gelişim planı, milli park bulunmayan yerlerde alanın tarihi ve kültürel değerlerini koruyan koruma amaçlı imar planları ilgili koruma bölge kurulunca uygun görülünceye kadar zorunlu altyapı uygulamaları ve bu uygulamalar kapsamında yapılacak olan resmi kurum yapıları dışında, bitki örtüsünü, topografik yapıyı, siluet etkisini bozabilecek, tahribata yönelik hiçbir inşai ve fiziki uygulamada bulunulmaması icap eder*". Bkz. RG.30.03.2021-31439.

[107] Yasak, Üzeyir/Durukan, Zehra, "Spil Dağı Milli Parkı'nın Turizm Potansiyeli", Tarih Okulu Dergisi, Yıl:10, Sayı:30, 2017, s.317.

[108] Akay, Aslı/Kaldırım Akgün, Fatma, "Türkiye'de Planlamada Dönüşüm Süreci: Çevre ve Koruma mı? Kentleşme ve Yapılaşma mı?", Amme İdaresi Dergisi, Cilt:47, Sayı:4, 2014, s.102.

[109] AY md.56/1: "*Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir*". AY md.56/2: "*Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir*". AY md.63: "*Devlet, tarih,*

gelmektedir. "*Çevresel kaynakların/değerlerin kullanılması*[110]", "*ulusal/doğal kaynakların çevreyi koruyacak biçimde değerlendirilmesi*[111]" çerçevesinde tabii ve kültürel bir değer olan milli parkların korunması yönünden idari makamların gerekli tedbirlerin alınmasına dair pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır. AY md.17/1[112] ve md.56 hükümleri çerçevesinde temel hak ve hürriyetlerle de ilintilidir. Bu nedenle "*sağlıklı ve dengeli bir çevrenin*" yaratılması bakımından gerek erozyon, iklim değişikliği gibi doğal sebeplerden gerekse beşerî bazı faaliyetlerin gerçekleştirilmesinden ileri gelen olumsuzlukların bertaraf edilmesi gerekmektedir[113].

Doktrinde İnal, "*doğayı koruma amacı için ayrılacak alanların mutlak doğayı koruma ve ulusal park niteliği taşımaları gereği üzerinde durmuş ve ulusal park olarak ayrılacak alanlarda, estetik güzellik ve turistik kullanımlara uygunluğun ağırlıklı tutulması*[114]" gerektiğini ifade etmiştir. Bu doğrultuda, milli parkların korunması bakımından; idari makamlarca bu konuda kanunda belirtilen sınırlamalara uygun olmak kaydıyla belirli temel hak ve hürriyetlere müdahale edilebilecektir. Özellikle, milli parkların tespit edilmesine bağlı olarak; alanın hukuki statüsüne bağlı biçimde çeşitli kısıtlamaların ortaya çıkabileceğinden bahsedilebilir[115]. Örneğin; milli park sahasında yeni yapılaşma yasağının getirilmesi yahut alanın asıl kullanım niteliğiyle bağdaşmayan kullanımların bertaraf edilmesi, bu çerçevede değerlendirilebilir[116]. O halde, korunan alanlar kategorisinde yer alan milli parklara ilişkin olarak; bu koruma statüsünün niteliğinin ortaya konulması gerekir.

A. Milli Parkların Özel Koruma Statüsü

Milli parkların ana işlevlerini gerçekleştirebilmeleri her şeyden önce kendi sınırları içinde doğal yapılarının iyileştirilmesi ve etkin biçimde tüm değerleri ile korunmalarına bağlıdır[117]. Korunan Alanların Tespit, Tescil ve Onayına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Yönetmelik uyarınca; "*biyolojik çeşitliliğin, doğal ve bununla ilişkili kültürel kaynakların korunması ve devamlılığının sağlanması amacıyla ilgili mevzuata göre yönetilen milli parklar*" korunan alanlar arasında ifade edilmiştir[118]. Tespit aşamasının tamamlanması neticesinde milli parkların hukuki statüsünün başka bir idari işlemle değiştirilmesi yahut sınırlarının daraltılması gibi durumlarda, söz konusu alanın doğal

kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasını sağlar, bu amaçla destekleyici ve teşvik edici tedbirleri alır. Bu varlıklar ve değerlerden özel mülkiyet konusu olanlara getirilecek sınırlamalar ve bu nedenle hak sahiplerine yapılacak yardımlar ve tanınacak muafiyetler kanunla düzenlenir".

[110] Giannini, Massimo S., "Çevre Kullanımı ve Yeryüzü Kullanımı Kavramları Üzerine İlk Notlar" (çev. Esin, Pars), Prof. Dr. Tahsin Bekir Balta'ya Armağan, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974, s.193.

[111] Yavuz, Fehmi, "Çevre Sorunları ve Örgütleşme", Prof. Dr. Tahsin Bekir Balta'ya Armağan, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974, s.620.

[112] AY md.17/1: "*Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir*".

[113] "*(...) çevrenin geliştirilmesi, çevre sağlığının korunması ve çevre kirlenmesinin önlenmesine yönelik tedbirleri almak devletin temel ödevlerindendir. Bu amaçla devlet, çevrenin korunmasını sağlamak için etkili bir hukuk düzeni oluşturmakla yükümlüdür*". AYM. E.2020/10, K.2020/67, T.12.11.2020, RG.17.02.2021-31398.

[114] İnal, Selahattin, Tabiatı Koruma Karşısında Biz ve Ormancılığımız, Osmanbey Matbaası, Orman Genel Müdürlüğü Yayınları, İstanbul, 1949, s.70, aktaran; Ayanoğlu, Hukuksal Açıdan Muhafaza Ormanı ve Milli Park Kavramları, s.33.

[115] Kalabalık, Halil, "Türk Hukukunda Kırsal Alanlarla İlgili Yapı ve Faaliyet Yasakları", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:11, Sayı:1-2, 2007, s.848.

[116] Kalabalık, s.848.

[117] Bkz. Şen, Gökhan/Erkan Buğday, Seda, "Kastamonu İlinde Çeşitli Statülerde Koruma ve Kullanma Amaçlı Belirlenmiş Alanlar", Kastamonu Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi, Cilt:15, Sayı:2, 2015, s.215.

[118] Gök, Hasan, Koruma Alanlarındaki İmar Uygulamaları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.11.

özelliklerinin de rol oynadığı ifade edilecektir[119]. Özellikle, belirli alanlara ilişkin olarak bu şekilde planların yapılması; idari makamların bu bağlamda gerçekleştireceği idari faaliyetler açısından yol gösterici nitelikte olacaktır. Ayrıca, bu alanlara ilişkin olarak koruma statülerinin yaratılması; bu alanlara yapılacak beşerî müdahalelerin de önüne geçilmesini sağlayabilecektir.

Genel olarak, milli parkların hukuki statülerinin ele alınmasının yanında özel kanunlarda bu malların tabi olduğu hukuki rejiminin ne şekilde olduğu da ifade edilmektedir. Belirtmek gerekirse, milli parklar; korunması gereken alanlar olarak ifade edildiğinden ötürü, diğer mallardan farklı olarak ayrıca ve özel olarak korunabilir[120]. Bu doğrultuda, mülga 4533 sayılı Gelibolu Yarımadası Tarihi Milli Parkı Kanunu[121]'na bakıldığında "*1915 Çanakkale deniz ve kara muharebelerinin cereyan ettiği Gelibolu Yarımadası Tarihi Milli Parkının tarihi, kültürel değerleri ile orman ve bitki örtüsünün korunması, geliştirilmesi ve yönetimine ilişkin esas ve usullerin düzenlenmesinin*" yanı sıra bu milli parkın uluslararası düzlemde tanıtılması hususunun da ele alındığı görülmektedir[122]. Bunun yanında kişilerin bu alanlarda işlediği hukuka aykırı fillere ilişkin olarak daha ağır cezai yaptırımların getirilmesi söz konusu olabilmektedir. Anayasa Mahkemesi bu kapsamda, "*milli park sınırları içinde belirlenen yerler dışında ateş yakmak veya izin verilen yerlerde yakılan ateşi söndürmeden mahallini terk etmek eylemini gerçekleştirenlerin cezalandırılmasına yönelik olarak aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi(nin) zedelenme(yeceği)*[123]" düşüncesiyle, bu durumu hukuka aykırı görmemiştir. Keza, başka bir kararında Anayasa Mahkemesi "*bölgenin, tarihsel geçmişi, sert rüzgarlara açık konumu ve buna bağlı olarak korumada genel hükümlerin yetersiz kalması, daha önce büyük bir orman yangını geçirmiş olması tüm çevresiyle özel bir korumaya alınmasını gerekli kılmıştır. Bu özelliği nedeniyle Gelibolu Millî Parkından yararlananlarla bu bölge ile farklı özellikler taşıyan diğer bölgelerden yararlananların ayrı hukuksal kurallara tabi tutulmasında eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edileme(yeceğini)*[124]" ifade etmiştir.

[119] Bkz. D6D. E.2008/1996, K.2010/6665, T.25.06.2010, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.06.2021.
[120] Hatta bunun içindir ki cezai sorumluluk özel biçimde öngörülmüştür. 2873 sayılı Kanun md.20: "*6831 sayılı Orman Kanunu ile 4915 sayılı Kara Avcılığı Kanunu ve 1380 sayılı Su ürünleri Kanununda yasaklanan fiillerin bu Kanunun uygulandığı yerlerde işlenmesi halinde, cezalar bir misli artırılarak hükmolunur*". 2873 sayılı Kanun md.21: "*Bu Kanunda yazılı yasaklamalara ve mecburiyetlere aykırı hareket edenler hakkında, fiilleri daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde, altı aya kadar hapis veya adlî para cezasına hükmolunur*".
[121] RG.20.02.2000-23970. Söz konusu kanun, 6546 sayılı Çanakkale Savaşları Gelibolu Tarihi Alan Başkanlığı Kurulması Hakkında Kanun md.13 kapsamında yürürlükten kaldırılmıştır (RG.28.06.2014-29044): "*17/2/2000 tarihli ve 4533 sayılı Gelibolu Yarımadası Tarihi Milli Parkı Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır. Bu Kanunda Başkanlığa verilen görevlerle ilgili olarak diğer mevzuatta Orman ve Su İşleri Bakanlığına yapılan atıflar Kültür ve Turizm Bakanlığına, Gelibolu Yarımadası Tarihi Milli Parkı Müdürlüğüne yapılan atıflar ise Çanakkale Savaşları Gelibolu Tarihi Alan Başkanlığına yapılmış sayılır*".
[122] Mülga 4533 sayılı Kanun md.1: "*Bu Kanunun amacı; 1915 Çanakkale deniz ve kara muharebelerinin cereyan ettiği Gelibolu Yarımadası Tarihi Milli Parkının tarihi, kültürel değerleri ile orman ve bitki örtüsünün korunması, geliştirilmesi ve yönetimine ilişkin esas ve usullerin düzenlenmesi ile Türk vatan savunmasının ve doğanın güzel bir örneği olarak uluslararası barışa hizmet etmesi için dünya uluslarına tanıtılmasıdır. Belirtilen amaç doğrultusunda yapılacak çalışmalarda uyulacak esasları, alınacak önlemleri, yapılacak denetimleri, sağlanacak eşgüdümü ve tabi olunacak hukuki ve cezai hükümleri kapsar*".
[123] AYM. E.2001/143, K.2004/11, T.10.02.2004, RG.12.05.2004-25460.
[124] AYM. E.2002/114, K.2004/53, T.05.05.2004, RG.20.07.2004-25528.

B. Milli Parklarda Yapılaşma ve İzin Verilen Faaliyetler

Milli parkların tabi olduğu koruma rejimi, mevcut durumun muhafaza edilmesi yönünden; kanunla getirilen bazı yasaklamalarla kendini göstermektedir[125]. Buna göre, 2873 sayılı Kanun md.7 çerçevesinde; "*milli park veya tabiat parklarında, planlarına uygun olması şartıyla, kamu kurum ve kuruluşları tarafından yapılacak her türlü plan, proje ve yatırımlara Tarım ve Orman Bakanlığınca izin verilebilir ve uygulamalar bu Kanun hükümlerine göre denetlenir. Ancak; bu Kanun kapsamına giren yerlerde tarihi ve arkeolojik sahalarda kazı, restorasyon ve bilimsel araştırmalar Kültür ve Turizm Bakanlığının iznine tabidir*". 2873 sayılı Kanun'un "*Gerçek ve özel hukuk tüzelkişilerine verilecek izinler*" başlıklı 8. maddeye göre; "*Turizm bölge, alan ve merkezleri dışında kalan milli parklar ve tabiat parklarında kamu yararı olmak şartıyla ve plan dahilinde, turistik amaçlı bina ve tesisler yapmak üzere gerçek ve özel hukuk tüzelkişileri lehine Maliye Bakanlığının görüşü alınarak Tarım ve Orman Bakanlığınca izin verilebilir. Bu izin üzerine gerçek ve özel hukuk tüzelkişileri lehine tesis edilecek intifa hakkı süresi kırkdokuz yılı geçemez. Bu süre sonunda bütün tesisler eksiksiz olarak Hazineye devredilir. Ancak, işletmesinin başarılı olduğu Kültür ve Turizm Bakanlığınca belgelenen hak sahiplerinin intifa hakkı, Tarım ve Orman Bakanlığınca tesisin rayiç değeri üzerinden belirlenecek bedelle doksandokuz seneye kadar uzatılabilir*".

Bununla birlikte, kanun koyucu izin verilemeyecek alanlar bakımından tabiat anıtları ile tabiat koruma alanlarını belirtmiş ve fakat milli parkları saymamıştır. Bu yönüyle, koruma rejimi bakımından milli parklar; tabiat anıtları ile tabiat koruma alanı seviyesine yükseltilmemiştir[126]. Burada milli parkların taşıdığı turistik değerin rol oynadığı ifade edilebilir. 2873 sayılı Kanun kapsamına giren yerlerde maden[127] ve petrol kanunları gereğince araştırma ve işletme ruhsatnamesi veya imtiyazı, 2863 sayılı Kanun'un ilgili hükümleri saklı kalmak kaydıyla Cumhurbaşkanı kararıyla verilebilir. Araştırma ve işletme faaliyetlerinde bu yerlerin korunması amacıyla riayet edilecek hususlar Tarım ve Orman Bakanlığınca belirlenir[128].

[125] Kalabalık, s.848.

[126] 2873 sayılı Kanun md.10 uyarınca; "*tabiat anıtları ve tabiatı koruma alanlarında 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun ilgili hükümleri saklı kalmak kaydıyla kullanma izni verilemez veya irtifak hakkı tesis edilemez*".

[127] 3123 sayılı Maden Kanunu md.7: «*Madencilik faaliyetlerinin yapılması ve ruhsatlandırma işlemlerinin yürütülmesi ile ilgili olarak yeni verilecek ruhsat alanlarına maden işletme yöntemi, faaliyetin yapıldığı bölge, madenin cinsi, yapılacak yatırımın çevresel etkileri, şehirleşme ve benzeri hususlar dikkate alınarak, temdit talepleri dahil ruhsat verilen alanlarda kazanılmış haklar korunmak kaydıyla, ilgili kurumların görüşleri alınarak Bakanlık tarafından kısıtlama getirilebilir. (...) Özel çevre koruma bölgeleri, milli parklar, yaban hayatı koruma ve geliştirme sahaları gibi yatırım alanlarına ait koordinatlar ilgili kurumlar tarafından Genel Müdürlüğe bildirilir. Belirtilen alanlara yapılan ruhsat müracaatlarının hak sağlaması hâlinde, iki ay içinde ruhsat bedeli yatırılması ve 16 ncı maddeye göre müracaatta bulunulması şartıyla ruhsat düzenlenir. Ruhsat sahasındaki bu alanlara ilişkin ilgili kurumlardan izin alınması için ruhsat sahibine bir yıl süre verilir. Bu süre içinde bu alanların izin alınamayan kısımları ruhsat sahasından taksir edilerek ihale yolu ile ruhsatlandırılır*".

[128] Bunun yanında, yukarıda aktarılan 2873 sayılı Kanun md.7 ve md.8 hükümleri saklı kalmak kaydıyla, milli parklar, tabiat parkları, tabiat anıtları ve tabiatı koruma alanlarındaki planların gerektirdiği her türlü hizmet ve faaliyetler ile koruma, yönetim, işletme, tanıtım, sportif, eğlenme ve dinlenme hizmetleri için gerekli her türlü altyapı, üstyapı ve diğer tesisler Tarım ve Orman Bakanlığınca yapılır veya yaptırılır, yönetilir veya işletilir (2873 sayılı Kanun md.12).

2873 sayılı Kanun kapsamına giren yerlerdeki ormanlarda, makilik ve fundalıklarda ve diğer arazi kullanma şekillerinde, koruma ve çok taraflı kullanımı esas tutan orman amenajman planlarına[129] dayanılarak, tabiat varlıklarının korunmasını, geliştirilmesini ve devamlılığını[130] sağlayacak teknik faaliyetler yapılır. Tabii çevre ve ekosistemlerin korunması ve iyileştirilmesi yönünden teknik ve bilimsel gereklere göre, Tarım ve Orman Bakanlığınca düzenlenecek rapora dayanılarak hazırlanacak özel amenajman planları uyarınca belirli yerlerde ve belirli sürelerde üretim, avlanma ve otlatma faaliyetlerine izin verilebilir[131].

2873 sayılı Kanun'da öncelikle verilecek izinlerden bahsedilmiş; sonrasında koruma esaslarından bahsedilmiştir. İzin verilen faaliyetlerin milli parkları tahrip etmeyeceğinin "*varsayımsal*" olarak kabul edildiği görülmektedir. Bu Kanun kapsamına giren yerlerde; "*a) Tabii ve ekolojik denge ve tabii ekosistem değeri bozulamaz, b) Yaban hayatı tahrip edilemez, c) Bu sahaların özelliklerinin kaybolmasına veya değiştirilmesine sebep olan veya olabilecek her türlü müdahaleler ile toprak, su ve hava kirlenmesi ve benzeri çevre sorunları yaratacak iş ve işlemler yapılamaz, d) Tabii dengeyi bozacak her türlü orman ürünleri üretimi, avlanma ve otlatma yapılamaz, e) Onaylanmış planlarda belirtilen yapı ve tesisler ve Genelkurmay Başkanlığınca ihtiyaç duyulacak savunma sistemi için gerekli tesisler dışında kamu yararı açısından vazgeçilmez ve kesin bir zorunluluk bulunmadıkça her ne suretle olursa olsun hiçbir yapı ve tesis kurulamaz ve işletilemez veya bu alanlarda var olan yerleşim sahaları dışında iskan yapılamaz*"[132]**.**

C. Yargı Kararlarında Milli Parkların Korunmasına Dair Yaklaşımın Ortaya Konulması

Milli parklarda tesis kurulabilmesi ve projelerin uygulanabilmesi, öncelikle "*kamu yararı açısından vazgeçilmezlik ve kesin zorunluluk*" kavramlarına bağlanmıştır[133]. Bununla beraber, Danıştay'ın bir kararında da ifade edildiği üzere; "*idarenin, kamu hizmetlerinin gereklerini saptama, tesis kurma konusunda takdir yetkisi bulunmakla birlikte, bu takdir yetkisi mutlak olmayıp, kamu yararı ile sınırlıdır*[134]". Bu durumda, örneğin; olağan dönemde gerçekleşebilecek olan yatırım projeleri arasında yer alan rüzgar enerjisi santrallerine ait tesislerin "*toptancı bir anlayışla*[135]", olağan dışı ve "*kamu yararı açısından vazgeçilmez ve kesin bir mecburiyet doğması*" halleri kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Nitekim bu konuda Danıştay'ın vermiş olduğu bir karara göre, "*Yenilenebilir Kaynak Olarak Rüzgar Enerjisinin*

[129] Bu konuda bkz. Eler, Ünal, "Türkiye'de Orman Amenajman Yönetmeliğinin Tarihsel Gelişimi", Süleyman Demirel Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi, Sayı:2, 2008, s.90 vd.; Oral, Serhat/Akyol, Ayhan/Türkoğlu, Türkay, "Orman Amenajman Planlarının Hazırlanması ve Uygulanması Sürecinde Karşılaşılan Sorunlar: İzmir Orman Bölge Müdürlüğü Örneği", Süleyman Demirel Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Dergisi Cilt 22, Özel Sayı, 2018, s.464.

[130] Bu konuda bkz. Sancakdar, Oğuz, İdare Hukuku Yönüyle Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunması ve Yargısal Denetimi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s.50.

[131] Ayrıca bkz. D6D. E.2008/7832, K.2010/10934, T.07.12.2010, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.06.2021.

[132] Bu husus, planlama faaliyetinin yapılması ve uygulanması konularıyla da bağlantılıdır. Bu doğrultuda, "*milli park olarak belirlenen yerlerin özellik ve nitelikleri göz önünde bulundurularak koruma ve kullanma amaçlarını gerçekleştirmek üzere, kuruluş, geliştirme ve işletilmelerini kapsayan gelişme planlarının yapılmasının Yasa gereği olduğu*" ifade edilmektedir. DİDDK. E.2009/1592, K.2013/1487, T.18.04.2013, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.06.2021.

[133] Gökalp Alıca, Süheyla S., İdari Yargı Kararları Kapsamında Çevresel Etki Değerlendirmesi (Mevzuat ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar ile Çözüm Önerileri), Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.303.

[134] D10D. E.2002/2180, K.2005/3958, T.05.07.2005, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.06.2021.

[135] Aksoylu, Özge, "Çevrenin Korunması ve Kamu Yararları Çatışması: Danıştay ve Conseil d'Etat İçtihatlarına Karşılaştırmalı Bir Bakış", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:2011/2, 2011, s.157.

Elektrik Üretiminde Kullanımına İlişkin Analiz Raporunda, 2020 yılı Enerji Kaynak Projeksiyonunda tüketim talebinin (520,0 GW h/yıl) %6'sını (31,3 GW h/yıl) rüzgar enerjisinin karşılayacağı, Alibey Adası RES Projesinin ise 30 MW (Megavat) (1GW=1000MW) olacağı öngörülmektedir. Uyuşmazlık konusu yatırımın üreteceği elektrik enerjisi öngörüsü, yaratacağı diğer etkilerle birlikte ele alınması halinde dahi, kamu yararı açısından vazgeçilmez ve kesin bir mecburiyet kapsamında olağan dışı bir büyüklüğü ifade açısından yeterli bulunmamaktadır[136]".

2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nun[137] 4.maddesinde, turizm bölgeleri, turizm alanları ve turizm merkezlerinin tespitinde, ülkenin doğal tarihi, arkeolojik ve sosyo-kültürel turizm değerleri, kış, av ve su sporları ve sağlık turizmi ile mevcut diğer turizm potansiyelinin dikkate alınacağı öngörülmüştür. Bu anlamda her iki alanın çakışma halinden bahsedilebilirse de burada "*koruma*" düzlemiyle "*turizm potansiyelinin ortaya çıkarılması/gelişme*" düzlemi arasında bir çatışma hali belirebilir[138]. Bu çatışma halinin "*dengeleme*" yapılmak suretiyle çözümlenmesi gerekecektir[139]. Aksoylu'nun vurguladığı üzere, kamu yararına yönelik iki husus arasındaki dengeleme, Danıştay'ın "*üstün kamu yararı*" içtihadının ortaya çıkması neticesini doğurmuştur[140]. Örneğin; Bursa Uludağ Kış Sporları Turizm Merkezi ilanına ilişkin karar, Bursa Uludağ Milli Parkı sınırlarını ve bu kapsamda milli parkın hukuki durumunu etkilediğinden dava konusu edilmiştir. Bu uyuşmazlıkta Danıştay "*dava dosyasındaki bilgi ve belgelerle bilirkişi raporunun birlikte incelenmesinden 6.1.1998 günlü, 98/10496 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla ilan edilen Bursa Uludağ Kış Sporları Turizm Merkezi kararının söz konusu alanın büyük bir kısmının Uludağ Milli Parkı alanı içinde yer aldığı ve su kaynakları beslenme ve koruma alanlarını kapsadığı, bu haliyle çevre ve doğa açısından olumsuz etkiler yaratacağı anlaşıldığından anılan işlemde hukuka uyarlık görülme(diğine)*[141]" karar vermiştir.

Şu halde, milli parkların koruma statüsünün, turizmi geliştirme amacına göre daha ağır bastığı ifade edilebilir. Esasen, korunması gereken bir tabiat parçasından ve gelecek nesillerin yararlanışına sunulacak bir doğal maldan bahsedildiğinde; milli parkların korunmasına önem verilmesi tabii bir sonuçtur[142]. Bu aynı zamanda ilgili bölgede yapılacak diğer projeler bakımından da sonuç doğuracaktır. Örneğin, bir başka Danıştay kararına göre (Munzur Vadisi Milli Parkı sınırları içinde); "*ÇED Raporu hazırlanmaksızın ve projenin bulunduğu yerin milli park sınırları içerisinde olması nedeniyle bu konudaki mevzuat da göz önünde bulundurulmak suretiyle kapsamlı bir çalışma yapılmaksızın, Konaktepe I ve II Barajı ve Hidroelektrik Santralleri projesinin uygulamaya konulmasında ve dolayısıyla davacıların Konaktepe I ve II Barajı ve Hidroelektrik Santralleri inşaatlarının durdurularak yapımından vazgeçilmesi*

[136] D6D. E.2007/3384, K.2009/1829, T.27.02.2009, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.06.2021. Bununla birlikte Danıştay'ın söz konusu istisnai yapıları "*kamu hizmeti yapıları*" ifadesi biçiminde yorumladığı kararları da mevcuttur. D14D. E.2014/2950, K.2016/594, T.03.02.2016, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.06.2021.
[137] RG.16.03.1982-17635.
[138] Bkz. Demir, Cengiz, "Turizm ve Rekreasyon Faaliyetlerinin Olumsuz Çevresel Etkileri: Türkiye'deki Milli Parklara Yönelik Bir Uygulama", Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt:17, Sayı:2, 2002, s.103 vd.
[139] Aksoylu, s.140.
[140] Aksoylu, s.141. Ayrıca bkz. Güloğlu, s.53.
[141] D6D. E.1998/1455, K.1999/5011, T.20.10.1999, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.06.2021.
[142] Madran, Emre/Özgönül, Nimet, Kültürel ve Doğal Değerlerin Korunması, TMMOB Mimarlar Odası Yayınları, Ankara, 2005, s.24.

isteminin zımnen reddine ilişkin işlemde ve de dava konusu işlemin dayanağı Bakanlar Kurulu Kararında hukuka uyarlık görülmemektedir[143]".

Bunun yanında milli park alanlarına tanınan koruma statüsü aynı zamanda söz konusu alana yapılacak yeni yapılar bakımından da etki üretmektedir[144]. Milli park alanı olarak belirlenen yerlerde yaban hayatının ve doğal güzelliğin tahribatının engellenmesine dair bağlı olunan milletlerarası andlaşmalar[145] ve 2873 sayılı Kanun başta olmak üzere diğer hukuki düzenlemeler uyarınca bu alanları ilgilendiren biçimde yapılacak yapılara ilişkin olarak çevresel etki değerlendirilmesi aşamasında alanların söz konusu durumu dikkate alınmaktadır. Bu kapsamda hidroelektrik santrallerin kurulması vb. hususlar bakımından Danıştay tarafından "*alınacak önlemlerin teknik ve bilimsel açıdan yeterliliğinin tespitinin ayrıntılı biçimde ve gerekli ve nitelikli uzman eliyle yapılması gerektiğine*[146]" dikkat çekilmiştir.

Bu doğrultuda, pozitif hukuk kurallarıyla belirlenen yetkilerin kullanım amacının dışında[147], sadece belirli bir yapının yapılması maksadıyla milli park alanlarının sınırlarının değiştirilmesi yahut milli park statüsünün ortadan kaldırılması; o idari işlemi, "*sebep ve maksat*" unsurları yönünden hukuka aykırı hale getirecektir. Bu da yapılan işlem nezdinde "*yetki saptırması*" halinin bir örneğini oluşturabilir[148]. Nitekim Danıştay'ın vermiş olduğu bir karara göre, "*milli park özelliği göstermeyen bir tabiat parçasının milli park olarak korunamayacağı kabul edilmiştir. (...) davaya konu Yumurtalık Lagünü'nün tabiatı koruma alanı niteliğini yitirdiğine ilişkin herhangi bir bilgi ve belge bulunma(zken) alt yöre halkının uyuşmazlık konusu alandaki ekonomik faaliyetlerinin sürdürülebilmesi için tesis olunan dava konusu Bakanlar Kurulu Kararında sebep ve amaç yönleriyle hukuka uyarlık bulunmamaktadır*[149]". Dolayısıyla alanın hukuki statüsünün değişmesini gerektiren bir maddi olgu mevcut değilken; "*koruma düzeyinin düşürülmesine yönelik*" tesis edilecek idari işlemlerin hukuka aykırı olacağını vurgulamak gerekir.

VII. Sonuç

Taşıdığı kültürel değerleri ve doğal güzellikleriyle korunarak yaşatılması gereken alanlardan biri olan milli parkların, hukuki niteliği ve tabi olduğu koruma rejimi önemli bir inceleme konusunu teşkil etmektedir. Özellikle, belirli alanların korunması düşüncesiyle kabul edilen milletlerarası antlaşmalar; ulusal hukuk düzenlerinde de etkisini göstermiştir. Ülkemizde, 1956 yılında kabul edilen 6831 sayılı Orman Kanunu'yla ilk kez ifade edilen milli park kavramı, daha sonrasında ayrıca yasal düzenlemeye konu olmuş ve 2873 sayılı Milli Parklar Kanunu ihdas edilmiştir. Bu çerçevede, orman alanlarından ayrılan sahaların dışında; orman niteliğinde olmasa da taşıdığı rekreasyonel potansiyelin yanında doğal güzelliklere sahip olan alanlar bakımından da milli park

[143] D10D. E.2002/2180, K.2005/3958, T.05.07.2005, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.06.2021.
[144] Kalabalık, s.848.
[145] Bu husus aynı zamanda sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkıyla bağlantılı olarak AY md.90/5 kapsamında değerlendirilebilir: "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır*".
[146] D6D. E.2020/2342, K.2020/4847, T.04.06.2020, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.06.2021.
[147] Tan, Turgut, İdare Hukuku, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s.916.
[148] Gözler, Kemal, İdare Hukuku Cilt-I, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s.1095.
[149] D10D. E.2009/1713, K.2014/895, T.17.02.2014, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.06.2021.

sahasının tespit edilmesi mümkün olabilecektir. AY md.17, md.56 ve md.63 hükümleriyle bir arada değerlendirildiğinde; milli parkların tespit edilmesinin yanında mevcut durumunun muhafaza edilmesinin de önem arz ettiği ifade edilecektir. Buna yönelik biçimde, 2873 sayılı Kanun'da kaide olarak yapılaşma ve faaliyet yasağının getirildiği görülmektedir. Ne var ki, bu yasaklara ilişkin yasal düzenlemelerle getirilen istisnalarla birlikte bu alanların tahrip edilmeye açık bir hale gelebildiği de gözden kaçırılmamalıdır.

Özellikle, bu alanların taşıdığı rekreasyonel özellikler ve turizm potansiyeli, belirli hallerde beşerî müdahalelerin yapılmasına neden olabilmektedir. Bu nedenle yapılan müdahaleler açısından bu alanların hukuki statüsünün göz önünde tutulması ve "*koruma*" kavramının ön plana çıkarılması icap eder. Aksi takdirde, bir faaliyetin milli parkların hukuki niteliğiyle bağdaşmadığı yahut tahribine yol açabileceği hallerde buna izin verilmesi, bu alanların korunarak yaşatılması maksadıyla örtüşmeyecektir. Esasen, Danıştay kararlarında genel olarak bu gibi alanların kamu yararının gerektirdiği haller dışında sınırlarının değiştirilmesi veya hukuki statüsünün değişmesi hukuka aykırı görülmektedir. Bununla birlikte, bazı kararlarında "*kategorik bir yaklaşımla*", milli parklarda yapı yapılması yahut büyük projelerin gerçekleşmesi hukuka aykırı görülmemektedir. Şüphesiz, bu yaklaşım biçimi bir kenara bırakıldığında; sadece bir faaliyetin yapılması ya da projenin gerçekleştirilmesi için yapılan sınır değişiklikleri veya alanın hukuki niteliğinin kaldırılması, işlemi sebep ve maksat unsurları bakımından hukuka aykırı kılacaktır. O halde, milli parkların kullanımına ilişkin koruma düzlemi ile diğer kullanım düzlemleri arasındaki çatışma halinin kamu yararı kavramının somutlaştırılarak gerekçeli biçimde ortaya konulmasıyla mümkün olacağının altı çizilmelidir.

KAYNAKÇA

Açımuz, B. ve Pintus, R. (2003). Droits et devoirs en droit de l'environnement: Etude sur le droit international, communautaire et français. Yıldızhan Yayla'ya Armağan. İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 1-21.

Akay, A. ve Kaldırım Akgün, F. (2014). Türkiye'de planlamada dönüşüm süreci: çevre ve koruma mı? kentleşme ve yapılaşma mı?. Amme İdaresi Dergisi, 47 (4), 93-115.

Akın, G. (2019). Yozgat çamlığı milli parkı'nın özellik ve gizemleri. Afet ve Risk Dergisi, 2 (2), 105-114.

Aksoylu, Ö. (2011). Çevrenin korunması ve kamu yararları çatışması: Danıştay ve conseil d'etat içtihatlarına karşılaştırmalı bir bakış. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011/2, 139-254.

Alaeddinoğlu, F. ve Aliağaoğlu, A. (2007). Savaş alanları turizmine tipik bir örnek: büyük taarruz ve başkomutan tarihî milli parkı. Anatolia: Turizm Araştırmaları Dergisi, 18 (2), 215-225.

Alkan, H. ve Ersin, M. Ö. (2018). Korunan doğal alanlarda insan-yaban hayatı çatışması. Türkiye Ormancılık Dergisi, 19 (3), 284-292.

Ayanoğlu, S. (1986). Hukuksal açıdan orman emlaki ve orman mülkiyetinin temelleri. Yayımlanmamış Doktora Tezi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Ayanoğlu, S. (1992). Ormanların kamu malları arasındaki yeri, orman tanımı ve kapsamı. İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi, 42 (1-2), 73-94.

Ayanoğlu, S. (1995). Hukuksal açıdan muhafaza ormanı ve milli park kavramları. İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi, 45 (3-4), 29-42.

Baturman, B. ve Akış, T. (2000). Kentsel mekan olarak doğa: √-1. Mimarlık Dergisi, 291, 23-25.

Bayer, M. Z. (1994). Milli parklar ve Türkiye açısından önemi, alınması gerekli önlemler (II). Anatolia: Turizm Araştırmaları Dergisi, 5 (1), 53-57.

Bilgen, P. (1995). İdare malları. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları.

Boydak, M. (1988). Türkiye'de ormanların fonksiyonları ve istanbul açısından değerlendirilmesi. İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi, 38 (1), 45-53.

Cırık, U. (2017). Milli parklar ve uzun devreli gelişme planları. Planlama Dergisi, 2007/1, 45-50.

Cin, H. (1978). Tanzimattan sonra Türkiye'de ormanların hukuki rejimi. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 35 (1), 311-379.

Coşkun, B., Ak, D. ve Pank Yıldırım, Ç. (2018). Mevzuatta son dönemlerde meydana gelen gelişmeler bağlamında çevresel açıdan korunan alan yönetiminin değerlendirilmesi. Aksaray Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 4 (10), 29-44.

Demir, C. (2002). Turizm ve rekreasyon faaliyetlerinin olumsuz çevresel etkileri: Türkiye'deki milli parklara yönelik bir uygulama. Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 17 (2), 93-117.

Duran, L. (1984). Kamusal malların ölçütü. İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, 5 (1-3), 35-48.

Düren, A. (1979). İdare hukuku dersleri. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Eler, Ü. (2008). Türkiye'de orman amenajman yönetmeliğinin tarihsel gelişimi. Süleyman Demirel Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi, 2, 89-98.

Elvan, O. D. (2013). Orman sınırları dışında, kent içi alanlarda ağaç ve ağaççıkların kesilmesinin hukuki olarak incelenmesi. İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi, 63 (2), 71-83.

Eroğlu, S. (2014). Milli parklar kanununda belirlenen korunan alan metodolojisi. Denetişim Dergisi, 13, 85-90.

Ersöz, A. K. (2017). Türk idare hukuku kapsamında kültür ve tabiat varlıklarının korunması. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Fırat, A. S. (2006). Sağlıklı kentler ve kentsel sağlık. Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 8 (2), 219-240.

Fournier, R. O. (1989). Geochemistry and dynamics of the yellowstone national park hydrothermal system. Annual Review of Earth and Planetary Sciences, 17, 13-53.

Geray, U. ve Görceoğlu, E. (1983). Tarım ve orman arazileri kullanımında karma sistemler. İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi, 33 (1), 173-200.

Giannini, M. S. (1974). (çev. Esin, P.) Çevre kullanımı ve yeryüzü kullanımı kavramları üzerine ilk notlar. Prof. Dr. Tahsin Bekir Balta'ya Armağan. Ankara: Sevinç Matbaası, 189-198.

Gök, H. (2017). Koruma alanlarındaki imar uygulamaları. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Gökalp Alıca, S. S. (2019). İdari yargı kararları kapsamında çevresel etki değerlendirmesi (mevzuat ve uygulamaya ilişkin sorunlar ile çözüm önerileri). Ankara: Adalet Yayınevi.

Gözler, K. (2019). İdare hukuku C1. Bursa: Ekin Yayınevi.

Gülan, A. (1999). Kamu mallarından yararlanma usullerinin tâbi olduğu hukuki rejim. İstanbul: Alfa Yayıncılık.

Gülan, A. (2004). Kamu malları. (Ed. Özay, İ.) Günışığında Yönetim. İstanbul: Filiz Kitabevi, 657-720.

Gülgün, B., Sayman, M. ve Aktaş, E. (2008). Doğa koruma kavramı çerçevesinde milli park olgusu. Ziraat Mühendisliği Dergisi, 351, 38-43.

Güloğlu, Y. (2015). Ormanların turizm amaçlı tahsisinin idari işlemin unsurları bakımından değerlendirilmesi. Kastamonu Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 10, 45-55.

Güneş, A. M. (2015). Çevre hukuku. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

İnal, S. (1949). Tabiatı koruma karşısında biz ve ormancılığımız. İstanbul: Orman Genel Müdürlüğü Yayınları.

Kalabalık, H. (2007). Türk hukukunda kırsal alanlarla ilgili yapı ve faaliyet yasakları. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11 (1-2), 837-886.

Kaman, N. (2018). Kamu malları, (Ed. Yıldırım, T.) İdare hukuku. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 247-292.

Kaplan, O. (2021). İdari işlem teorisi açısından idare hukukunda tespit edici işlemlerin yeri. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Karahanoğulları, O. (2018). İdarenin hukukla kavranması: yasallık ve idari işlemler. Ankara: Turhan Kitabevi.

Keleş, R. (1994). Kent ve çevre haklarının korunması üzerine gözlemler. Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 49 (3), 275-281.

Kervankıran, İ. ve Eryılmaz, A. G. (2014). Isparta ili milli parklarının rekreasyonel faaliyetlerde kullanımı. Marmara Coğrafya Dergisi, 29, 81-110.

Kervankıran, İ. ve Kılıç, M. (2017). Sosyo-mekânsal boyutlarıyla kentleşme ve milli park etkileşimi: Yozgat çamlığı milli parkı örneği. İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Coğrafya Dergisi, 34, 22-38.

Kılıç, M. ve Kervankıran, İ. (2019). Türkiye'de milli parkçılığın kısa bir hikâyesi: Yozgat çamlığı milli parkı örneği. Türk Coğrafya Dergisi, 72, 21-34.

Kırbaş, S. (1995). Devlet malları. Ankara: Adım Yayıncılık.

Koca, R. vd. (2016). Korunan alanlarda etkili planlama ve sürdürülebilir alan yönetimi üzerine kaçkar dağları milli parkı'nın incelenmesi. TÜCAUM Uluslararası Coğrafya Sempozyumu

Bildiriler Kitabı. Ankara: Ankara Üniversitesi Türkiye Coğrafyası Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları, 771-778.

Koday, Z. ve Kaymaz, Ç. K. (2017). Çevre, eğitim ve milli parkların önemi. 15. Uluslararası Türk Dünyası Sosyal Bilimler Kongresi Tebliğler Kitabı. İstanbul: Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı. 21-32.

Koşdemir, Z. (1994). Uluslararası ulusal park politikası içinde Türkiye ulusal park politikasının yeri. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü.

Kurdoğlu, O. (2007). Dünyada doğayı koruma hareketinin tarihsel gelişimi ve güncel boyutu. Artvin Çoruh Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi, 8 (1), 59-76.

Madran, E. ve Özgönül, N. (2005). Kültürel ve doğal değerlerin korunması. Ankara: TMMOB Mimarlar Odası Yayınları.

Memiş, E. (2015). Çevre ve çevre idare hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi.

Oral, S., Akyol, A. ve Türkoğlu, T. (2018). Orman amenajman planlarının hazırlanması ve uygulanması sürecinde karşılaşılan sorunlar: İzmir orman bölge müdürlüğü örneği. Süleyman Demirel Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Dergisi, 22 (Özel Sayı), 460-469.

Örücü, Ö. K. ve Aslan, E. S. (2020). Analysis of the border change in Beyşehir Lake and Kızıldağ National Parks in terms of land cover and land use. International Journal of Geography and Geography Education (IGGE), 41, 292-318.

Özdemir, Ş. ve Deda, S. N. (1991). Orman hukuku CI. Ankara: Feryal Matbaacılık.

Sancakdar, O. (2010). İdare hukuku yönüyle taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunması ve yargısal denetimi. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Serter, G. (2020). 2002 sonrası milli parklar kanunu kapsamında ilan edilen doğa koruma alanlarına eleştirel bir bakış. Planlama Dergisi, 30 (2), 242-256.

Soykan, A., Atasoy, E. ve Önal, H. (2018). The importance of national parks in the development of environmental awareness and environmental education in turkey. (Ed. Efe, Recep) Social Sciences Researches in the Globalizing World. Sofia: St. Kliment Ohridski University Press, 371-387.

Söyler, İ. (2011). Kamu malları teorisi açısından devletin hüküm ve tasarrufundaki yerler. Sayıştay Dergisi, 83, 57-68.

Şahbaz, R. P. ve Altınay, M. (2015). Türkiye'deki milli parkların rekreasyon faaliyetleri açısından değerlendirilmesi. Journal of Tourism and Gastronomy Studies, 3 (3), 125-135.

Şen, G. ve Erkan Buğday, S. (2015). Kastamonu ilinde çeşitli statülerde koruma ve kullanma amaçlı belirlenmiş alanlar. Kastamonu Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi, 15 (2), 214-230.

Tan, T. (2018). İdare hukuku. Ankara: Turhan Kitabevi.

Taşlıgil, N. (2020). Milli parklar arasında farklı bir örnek: istiklâl yolu tarihi milli parkı. Türk Coğrafya Dergisi, 74, 87-96.

Tezer, A. ve Türkoğlu, H. (2008). Zarar azaltma ve şehir planlama. (Ed. Kadıoğlu, M. ve Özdamar, E.). Afet zararlarını azaltmanın temel ilkeleri. Ankara: JICA Türkiye Ofisi Yayınları, 59-73.

Tunçer, M. ve Özdal Oktay, S. (2018). Methods and techniques in preparation of secular decade strategic plan for national parks. GRID-Mimarlık Planlama ve Tasarım Dergisi, 1 (2), 59-80.

Yasak, Ü. ve Durukan, Z. (2017). Spil dağı milli parkı'nın turizm potansiyeli. Tarih Okulu Dergisi, 10 (30), 315-347.

Yavuz, F. (1974). Çevre sorunları ve örgütleşme. Prof. Dr. Tahsin Bekir Balta'ya Armağan. Ankara: Sevinç Matbaası, 617-630.

Yılmazer, A. Y. (1990). Çevre konusunun cumhuriyet dönemi ormancılığındaki yeri. İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi, 40 (2), 123-131.

Yinanç, A. ve Sönmez, K. (2016). Koruma alanlarının yönetimi üzerine bir model önerisi. Namık Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Metinleri, 2, 51-58.

ABD YÜKSEK MAHKEMESİNİN BOOKİNG.COM'LA İLGİLİ KARARININ TÜRK MARKA HUKUKUNA ETKİSİ

Dr. Öğr. Üye. Onur Sarı*
İstanbul Kent Üniversitesi
ORCID NO: 0000-0002-9026-7600

Öz

Günümüzde girişimciler, ürünlerini ve hizmetlerini web siteleri üzerinden pazarlamakta ve satmaktadır. Bunun için de girişimciler, alan adı almaktadır. Alan adlarıysa yeknesak ayırt edici ifadelerdir. İlk kim başvurursa bu kimse alan adını alabilir. Girişimciler, alan adını seçerken ticari faaliyetleriyle ilgili kavramları tercih etmektedir. Böylelikle tüketicilere en hızlı şekilde ulaşabilmektedirler. Örneğin otomotiv yedek parça satışı yapmak isteyen bir kimse "buyautoparts" gibi alan adını alıp tüketicilere hızlıca erişmektedir. İnceleme konumuz olan Booking.com kararı da benzer bir yaklaşımın sonucudur. Girişimci, Dünya çapında faaliyet gösteren rezervasyon yapma sitesi kurmak istemiştir. Alıcı kitleye erişmek amacıyla Booking.com ifadesini tercih etmiştir. Daha sonralarıysa girişimci, Booking.com ismini, ABD'de marka olarak tescil etmek istemiştir. Fakat USPTO, Booking.com ifadesinin cins adı + .com'dan oluştuğunu, ayırt edici bir nitelik taşımadığını ve tescil konusu ürün veya hizmet sınıfında yaygın olarak kullanılan bir isim olduğu gerekçesiyle başvuruyu reddetmiştir. Gerçekten de Booking, İngilizce'de rezervasyon, rezervasyon yapmak anlamına gelir. Turizm sektörü için ayırt edici nitelikte değildir. Tam tersine yaygın olarak kullanılan bir ifadedir. Bununla birlikte başvuran, Booking.com'un ayırt edici işaret haline geldiğini iddia ederek tescil edilmesini talep etmiştir. Yargılama sonucunda Amerikan Yüksek Mahkemesi, booking.com ifadesinin per se ayırt edici niteliği bulunmayan bir işaret olarak kabul edilip tescilinin reddinin doğru bir karar olmadığına hükmetmiştir. Mahkemeye göre marka başvurusunu inceleyen uzman, somut olayda markanın bir mal veya hizmet adı olarak mı algılandığını yoksa belirli bir mal veya hizmetin kaynağını gösteren bir işaret olarak mı algılandığını araştırması gerekir. Bunun için alıcı kitlenin, başvuru konusu işareti nasıl algıladığı önem arz eder. Nitekim Booking.com alıcı kitle nezdine artık marka olarak algılanmaktadır. Bu kararla birlikte ABD'de yaygın olarak kabul edilen cins adı + .com'dan oluşan başvuruların marka olarak tescil edilmeyeceği yaklaşımı değişmeye başlayacaktır. Bu kararın, Türk Hukuku açısından da önemli sonuçları olacaktır. Çünkü özellikle alan adı kaynaklı markalar, küresel ölçekte faaliyet göstermektedir. Türk Hukuku'na göre cins adı, SMK. m.5/1- b, c ve d hükümleri gereği marka olarak tescil edilmemektedir. Ancak kullanım neticesinde ayırt edicilik kazandıysa ve markasal bir işlevi varsa tescil edilebilir. Bizim görüşümüze göreyse cins adlarının marka olarak tescil edilmesi rekabet ortamına zarar verebilecektir. Bu nedenle ancak

* Email: dronursari@outlook.com, , Gönderim Tarihi: 04.04.2021

çok kuvvetli ayırt edicilik kazanan ve markasal işlevi olan cins adları marka olarak tescil edilebilir.
Anahtar Kelimeler: Marka, Mutlak Ret Nedenleri, Fikri Mülkiyet Hukuku, Ticaret Hukuku, Medeni Hukuk

THE IMPACT OF THE US SUPREME COURT'S BOOKING.COM DECISION ON TURKISH TRADEMARK LAW

Abstract

Today, entrepreneurs market and sell their products and services on their websites. For this, entrepreneurs buy domain names. Domain names are unique distinctive phrase. Whoever applies first can get the domain name. Entrepreneurs prefer terms related to their commercial activities when choosing a domain name. Thus, they can reach the consumers in the easiest way. For example, a person who wants to sell automotive spare parts takes the domain name such as buyautoparts and accesses consumers readily. The Booking.com decision, our subject of review, is the result of a similar approach. The entrepreneur wanted to establish a worldwide booking website. In order to reach the consumers, he chose the Booking.com phrase. Later, the entrepreneur wanted to register the Booking.com name as a trademark in the USA. However, the USPTO rejected the application on the grounds that the Booking.com phrase is formed in the generic name + .com, is not distinctive. Moreover it is a name commonly used in the product or service class subject to registration. Trully, Booking means “reservation”, “to book”. It is not distinctive for the tourism sector. On the contrary, it is a commonly used. However, the applicant requested registration, claiming that Booking.com had become a distinctive. As a result of the trial, the U.S. Supreme Court ruled that the refusal of registration was not correct, considering the statement of booking.com per se as a non-distinctive. According to the court, the expert examining the trademark application must look at the concrete case whether the trademark is referred to as a good or service name or as a sign indicating the origin of a particular good or service. For this, it is important how the consumers perceive the subject of the sign. As a matter of fact, Booking.com is now perceived as a trademark by the consumers. With this decision, the approach that applications consisting of generic name + .com will not be registered as trademark, which is widely accepted in the USA, will begin to change. This decision will also have important consequences for Turkish Law. Because domain-based trademarks operate on a global scale. According to Turkish Law, generic names are not registered as a trademark in accordance with the provisions of Article 5 / 1- b, c and d. However, if it has gained distinctiveness as a result of use and has a branded function, it can be registered as a trademark. In our opinion, registration of generic names as trademarks may harm the competitive environment. For this reason, only generic names which acquired strong distinctiveness and signs that have brand functionality can be registered as trademarks.

Keywords: Trademark, Absolute Grounds for Refusal, Intellectual Property Law, Commercial Law, Civil Law

Giriş

Booking.com bir alan adıdır. Alan adları, yeknesak ifadelerden oluşmaktadır. Genellikle ilk gelen alır prensibi uygulandığı için kim ilk başvurursa bu kişiler alan adı üzerinde hak sahibi olabilmektedir.

İnternet girişimcileriyse, faaliyet yürüttükleri alanda sıklıkla kullanılan ifadeleri, alan adı olarak kullanmaya meyillidir. Böylelikle ilgili ifadelerin gücünden yararlanarak ticari alanda başarı elde etmeyi hedeflemektedirler. Örneğin çiçek konusunda faaliyet yürütmek isteyen girişimci hemen "çiçek", "çiçekçi", "çiçekler" gibi alan adlarını almaya çalışmaktadır. Bu yaklaşım ticari açıdan doğrudur. Çünkü birçok İnternet kullanıcısı, belirli bir ürün veya hizmette ulaşmak için genellikle ürün adı, türü veya karakteristik özelliklerini dikkatte alarak arama yapmaktadır.

Günümüzde alan adları, marka olarak da korunmaktadır. Bu nedenle girişimciler marka başvurusunda bulunmaktadır. Fakat ticari faaliyetlerde sıklıkla kullanılan cins isimlerinin, marka olarak korunup belirli kişilerin tekeline verilmesi, rekabet düzenini bozabilmektedir. Çünkü marka sahibine inhisari bir kullanım hakkı tesis etmektedir. Dolayısıyla rakipler, ilgili ifadeleri kullanamamakta veya kullanmak için başkasından izin almak zorunda kalmaktadır. Örneğin bir kimse "otel" diye bir marka elde ederse, başka hiçbir otel sahibi, otel ifadesini kullanamaz.

Araştırma konumuz olan Booking.com'da İnternet üzerinde başta otel rezervasyonu yapmak olmak üzere seyahatle ilgili hizmetler sunan bir sitedir. Bu site; yerel bir turizm acentesinden farklı olarak küresel alanda faaliyet gösteren, içeriğinde sayısız otel, misafir evi, hostel gibi konaklama tesisleri bulunan bir platformdur. Fakat bu siteyi oluşturan *booking* ifadesi İngilizce'de "*rezervasyon*", "*rezervasyon yapmak"* anlamına gelmektedir. Bu nedenle cins isim olarak değerlendirilebilir. ABD Yüksek Mahkemesiyse Booking.com'un marka olarak korunabileceğine karar vermiştir. Bu karar, marka hukukunda önemli değişimlere sebebiyet verebilir. Bu nedenle incelenmesi gerekir.

Genellikle markalar tescil sistemiyle korunmaktadır. Bununla birlikte ABD Hukuku'ndaki gibi kullanımla birlikte de marka korunabilir. ABD'de marka, Common Law Markası, Eyalet Bazında Koruma ve Ülke çapında koruma olmak üzere temelde üç şekilde korunabilir. Çalışma konumuz olan Booking.com kararına ilişkin başvuru, Federal düzeyde yapıldığı için biz araştırmamızda sadece Federal ABD Hukuku bağlamında konuyu inceledik. Booking.com aynı zamanda alan adı da olmaktadır. Ancak konu kapsam ve sınırlarımız sadece marka hukukunu kapsaması nedeniyle alan adı bakımından inceleme yapılmamıştır.

Çalışmamızın amacıysa kendi sınıfında cins isim olarak değerlendirilebilecek bir işaretin marka olarak korunup korunmayacağını incelemektir. Bu konuda öncellikle marka hakkında genel bir bilgi verilmiştir. İkinci bölümde Booking.com kararı, emsal ABD Yüksek Mahkemesi kararları

da dikkate alınarak tahlil edilmiştir. Üçüncü bölümdeyse Booking.com kararının Türk Hukuku'na olası etkileri değerlendirilmiştir.

I. Marka

Marka, ayırt edilebilir olan ve sicilde açık kesin şekilde belirtilen her türlü işaretten oluşabilir. Markanın temel işleviyse bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini, diğer teşebbüslerden ayırt edebilmesidir.[1] Ayrıca marka temsil ettiği bir mal veya hizmetin hangi işletmeye ait olduğunu gösterme işlevi vardır.[2]

Markalar; mal markaları ve hizmet markaları olmak üzere temelde ikiye ayrılabilir. Mal markaları, belirli bir teşebbüse ait olan malları, diğer teşebbüslerden ayırt etmek amacıyla kullanılan markalardır. Hizmet markasıysa bir mal markasının ürünlere yaptığı gibi, bir teşebbüsün hizmetlerini diğerinden ayırır ve tanımlar.[3] ABD'de Federal bağlamda yapılan tescil başvurularında; tescil talebi, başvuru sahibi hakkında bilgiler (isim, adres, vatandaşlık ve ikametgah gibi), marka altında sunulan mal ve / veya hizmetlerin seçimi, markanın gösterimi, marka kullanılıyorsa kullanımı gösteren numune yer alır.[4] Ayrıca belirli bir miktar harcın da yatırılması gerekir.

Bir işaretin marka olarak korunması için sicilde gösterilmesi gerekir. Sicilde gösterilmesiyle birlikte işaretin korunmak istenen sınırları yasal belirlilik kazanır, marka sahibinin haklarının kapsamı belirlenir ve diğer başvuruculara da yardımcı olur.[5] Nitekim diğer başvurucular sicilde gözüken markalar sayesinde hangi markaların korunduğunu öğrenmekte ve buna göre markalarını geliştirmektedir. ABD Hukuku'nda da marka başvurusu sırasında markanın çizimi yer almaktadır. Marka, siyah beyaz şekilde gösterilebileceği gibi renkli markalarda korunmaktadır. Fakat marka, renkleriyle birlikte korunmak isteniyorsa hangi renklerin nasıl kullanıldığı başvuruda açıklanmalıdır. Başvuran başvurusunda renklerinde korunmasına ilişkin talepte bulunması gerekir.[6] Bununla birlikte marka başvurusunda düz bir metin kullanılabileceği gibi stilize edilmiş bir metinde kullanılabilir. Başvuran, markasını düz bir metin olarak göstermek istiyorsa standart çizim formunu kullanmalıdır. Ancak başvuran markasında, iki veya üç boyutlu bir tasarım, renk ve / veya kelimeler, harfler, sayılar veya bunların bir kombinasyonunu yer alıyorsa, belirli bir yazı tipi stili veya boyutunu içeren bir işaret varsa özel çizim formunu kullanmalıdır.[7] Yapılan stilizasyonlarda formda belirtilmelidir.[8]

Başvuru konusu markanın ayırt edicilik niteliğine sahip olması gerekir. ABD Hukuku'nda markanın ayırt ediciliği iki şekilde kendisini gösterir. Birincisi markanın niteliği gereği doğuştan

[1] Bozgeyik, H. (2019). Marka Hakkının Korunması. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, s.6
[2] Ayhan, R. ve Çağlar, H. (2018). Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar. Ankara: Yetkin Yayınevi, s.313
[3] Seville, C. (2009). E.U. Intellectual Property And Policy. Cheltenham: Edward Elgar Pubishing, s.232
[4] Ayrıntılı bilgi için bakınız; Bouchoux, D. (2017). Intellectual Property. New York: Delmar, Cengage Learning, s.57
[5] Seville, s.226
[6] Stim R. (2007). Patent, Copyright & Trademark. California: Nolo Publishing, s.366
[7] Bouchoux, s.65
[8] Türk Hukuku'ndan farklı olarak ABD Hukuku'nda Federal bağlamda marka başvurusu yaparken markanın kullanıldığı ürün veya hizmetlere ilişkin numunelerde başvuru sürecinde talep edilmektedir.

ayırt ediciliğe sahip olmasıdır. İkincisiyse markanın kullanım neticesinde ayırt edicilik kazanmasıdır. Genellikle bir marka; satış, reklam faaliyetleri ve kampanyalar neticesinde sonradan da ayırt edicilik kazanabilir.[9] ABD Hukuku'nda markanın ayırt ediciliği konusunda hayali markalar, ihtiyari markalar, imalı markalar, tanımlayıcı(tasviri) markalar ve cins isimli markalar olmak üzere bir sınıflandırma yapılmaktadır. Bu sınıflandırmaya göre hayali markalar, ticari marka olarak kullanmaktan başka işlevi olmayan ve icat edilmiş kelimeler veya ifadelerdir.[10] Bu özellikleri nedeniyle ayırt edicilik kabiliyeti en yüksek olan markalardır. Instagram® örnek olarak verilebilir. İhtiyari markalar ise gerçek anlamıyla hiçbir ilişkisi olmayan mal veya hizmet alanlarında kullanılan markalardır.[11] Örneğin Apple® gibi… Apple®, elma anlamına gelmekle birlikte teknoloji, bilgisayar ve cep telefonu pazarında kullanılmaktadır. Hayali markalar ile ihtiyari markalar doğuştan ayırt ediciliği kuvvetli markalar olduğu için tescil edilebilmeleri olasıdır.[12] İmalı markalar ise bir ürün veya hizmetin niteliklerinden birine işaret eden, ancak ürün veya hizmetin niteliklerinden oluşmayan markalardır.[13] Örneğin Airbus®, uçağı ima eden bir markadır. Ancak ürünün kendi adından oluşmaz. Bu tip markalar alıcı kitleyi ürün veya hizmetle bağlantı kurmasını kolaylaştırdığı için tercih edilen markalar olmakla birlikte hayali markalar veya imalı markalar kadar ayırt edici niteliğe sahip olmayan markalardır.[14] Bu nedenle tescil başvurularında ret olabilirler. Tanımlayıcı markalarsa kullanıldığı ürün veya hizmetin türünü veya özelliklerini tanımlayan işaretlerden oluşan markalardır.[15] Bu tip markalar yalnızca mal veya hizmetlerin bazı yönlerini, bu malların veya hizmetlerin kaynağını tanımlamadan veya ayırt etmeden tanımlayan markalardır.[16] Örneğin organik domates gibi… Bu özellikleri nedeniyle ayırt edicilik kabiliyetleri düşüktür ve tescil edilmeleri oldukça güçtür. Ancak kullanım neticesinde ayırt edicilik kazanırlarsa tescilli marka korumasından yararlanabilirler.[17] Bu nedenle tanımlayıcı işaretler genellikle Ek Sicile kaydedilmektedir. Tanımlayıcı işaretler genellikle beş yıllık ciddi kullanım neticesinde ikincil anlam kazandığı kabul edilmekte ve Asli Sicile kaydedilmektedir.[18]

[9] Stim, s.345
[10] Stim, s.386
[11] United States Patent and Trademark Office. (2020). Protecting Your Trademark Enhancing Your Rights Through Federal Registration, https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/BasicFacts.pdf adresinden erişildi. (E.T.:19.03.2021), s. 7
[12] "Protecting Your Trademark Enhancing Your Rights Through Federal Registration", s.7
[13] International Trademark Association (INTA) (2019). Trademark Strength. https://www.inta.org/fact-sheets/trademark-strength/ adresinden erişildi. (E.T.12.01.2021)
[14] Warda M. (2000). How to Register Your Own Trademark. Napperville: Sphinx® Publishing, s.38
[15]Stim, s.374
[16] United States Patent and Trademark Office. (2021). Strong Trademarks. https://www.uspto.gov/trademarks/basics/strong-trademarks. adresinden erişildi. (E.T: 31.03.2021)
[17] Warda, s.38
[18] Stim, s.374

Konumuz açısından önem arz eden cins isimli markalar ise belirli bir mal veya hizmetin cinsinden oluşan markalardır.[19] Cins isimli markalar, marka korumasından yararlanması en güç markalardır. Çünkü bu markalar, genel bir terim olup bir mal veya hizmet sınıfındaki ürünleri ve hizmetleri tanımlar.[20] Belirli bir mal veya hizmetin kaynağını göstermediği için ve markasal işlevi bulunmaması nedeniyle marka olarak korunmamaktadır.[21] Örneğin kırtasiye sektöründe kalem, sağlık sektöründe hastane, fırıncılık sektöründe pasta gibi... Bu tip markalar ürün veya hizmeti, tanımladığı için başkasına inhisari hak tanınması, rakiplerin hakkını zedeleyebilecektir.[22] Nitekim rakipler, ürünün veya hizmetin cins ismini kullanamayacaktır. Örneğin sabun için sabun markası olmaz. Olursa rakiplerin kendi sabunlarını nasıl pazarlayacağı tartışmalı bir hal alır.

Cins isimden oluşan markaların korunması oldukça güçtür. Çünkü bir ticari markanın kabul edilen ve geleneksel rolü, bir ürün veya hizmetin kaynağını göstermesidir.[23] Böylelikle alıcı kitle, markalı ürün veya hizmetin hangi işletme tarafından temin edildiğini görebilecektir. Markanın bir diğer önemli işleviyse ayırt ediciliktir. Bir işaretin, marka olarak tescil edilebilmesi için işaretin ayırt edicilik niteliğine sahip olması – bir başka deyişle mal veya hizmetleri diğerlerinden ayırt edebilmesi – gerekir.[24] Ayırt edicilik sayesinde alıcı kitle markayı diğer mal veya hizmetlerden ayırt edebilecektir. Cins isimden oluşan markaların ayırt edicilik özelliğiyse pek bulunmamaktadır.

Çalışma konumuz olan Booking.com markasıysa ABD'de de marka başvurusuna konu edilmiştir. ABD Hukuku'nda Common Law Markası, Eyalet bazlı Marka Koruması ve Federal Marka Koruması olmak üzere üç şekilde marka koruması tesis edilmektedir. Eyalet bazlı marka koruması ilgili eyaletin sınırlarında genellikle tescil neticesinde elde edilen korumadır. Common Law Markasıysa kullanım neticesinde elde edilen ve benzer markaların kullanımına engel olan bir marka korumasıdır. Federal Marka ise ülke çapında kullanım neticesinde tescille elde edilen bir marka korumasıdır.[25]

Federal bağlamda yapılan tescil süreçlerinde başvuran kullandığı veya kullanma niyeti olduğu marka için başvuruda bulunmaktadır. Başvuruda bulunurken de markayla korunmak istenen mal veya hizmet sınıflarını seçmektedir.[26] Başvuran Booking.com için Federal Marka Koruması talep etmiştir. Bu nedenle USPTO'ya marka başvurusunda bulunmuştur. Ancak USPTO başvuruyu ret etmiştir.

[19] CaseText. (1976). Abercrombie & Fitch Company v. Hunting World, Incorporated 537 F.2d 4 (2d Cir. 1976). https://casetext.com/case/abercrombie-fitch-co-v-hunting-world-inc adresinden erişildi. (21.02.2021), s.2
[20] Stim, s.346
[21] United States Patent and Trademark Office. (2021). Strong Trademarks. https://www.uspto.gov/trademarks/basics/strong-trademarks. adresinden erişildi. (E.T: 31.03.2021)
[22] Bouchoux, s.26
[23] Dutfield G. ve Suthersanen U. (2008). Global Intellectual Property Law. Cheltenham: Edward Elgar, s.138
[24] Dutfield ve Suthersanen, s.141
[25] Ayrıntılı bilgi için bakınız; Bouchoux, s.23, Sarı O. (2020). Marka Hakkı Edinme Süreci Türk ve ABD Hukuku Bağlamında. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.352 vd.
[26] Ayrıntılı bilgi için bakınız; Bouchoux, s.59

II. Booking.com Kararının Değerlendirilmesi

Booking.com 2006'dan beri otel rezervasyonu konusunda faaliyet gösteren bir sitedir. Site içerisinde Dünya'nın çeşitli yerlerindeki, otel, motel, misafir evi ve hostellerde rezervasyon yapılması mümkündür. Booking.com, otel rezervasyonunun yanı sıra araç kiralama, taksi hizmetleri, uçak biletleri gibi gezginlerin ihtiyacı olan diğer alanlarda da hizmet vermektedir. Booking.com 2011 yılındaysa marka başvurusunda bulunmuştur.

USPTO uzmanı, ilgili marka başvurusunu incelemiş ve reddetmiştir. Temel ret gerekçesiyse Booking.com'un tescil için başvurduğu sınıf açısından tamamen cins isimli bir marka olarak kabul edileceğidir.[27] Marka başvurusunun reddi üzerine başvuru sahibi, TTAB'e itiraz etmiştir. TTAB ise itirazı değerlendirmiştir. TTAB, genel olarak "booking" ifadesinin rezervasyon yapmak, seyahat bileti satın almak, otel odasında kalmak gibi anlamlara geldiğini ".com"'un ise ticari bir web sitesini belirttiğini dolayısıyla sunulan hizmetler için cins isimli marka olduğuna karar vermiştir.[28] Ayrıca TTAB, cins isimli marka değil de tasviri(tanımlayıcı) marka olarak kabul etsek bile yine de ikincil anlam teorisi bağlamında başvuru konusu Booking.com'un marka olarak korunamayacağına karar vermiştir.[29] İkincil anlam, ABD'de marka koruması elde etmek için sıklıkla başvurulan tezlerden biridir. Bir işaret, zamanla kullanım neticesinde ürün veya hizmet adından ayrılıp, ayırt edilebilir bir işaret haline gelirse ikincil anlam kazanır ve marka olarak korunabilir. Marka sahibi, marka olarak kullanmış olduğu tanımlayıcı işaretin, kullanım neticesinde ayırt edicilik kazandığını ve artık marka olarak korunabileceğini ikincil anlam iddiasıyla sağlamaktadır. TTAB'e göre Booking.com ikincil anlamla ayırt edicilik kazanmayan bir cins isimli marka olması nedeniyle tescil edilemeyecek bir markadır.

Başvuran, TTAB'in itirazın reddi kararına karşı, Doğu Virginia Bölge Mahkemesi'ne başvurmuştur. Başvuran, Booking.com'un belirli bir mal veya hizmete ilişkin cins ismi değil, ayırt edilebilir bir marka olduğunu gösteren Teflon tekniğiyle düzenlenen anketi sunmuştur. Mahkemeyse tüketici algısına dayanarak Booking.com ifadesini, alanında yaygın olarak kullanılan bir cins ismi değil, ayırt edici bir işaret olarak değerlendirmiştir. Mahkeme, Booking.com'u tanımlayıcı marka olarak da kabul etmiştir. Ayrıca Bölge Mahkemesi başvuru konusunda yer alan "booking" ifadesinin tanımlanan hizmetler için genel bir terim olmasına rağmen, "Booking.com"'un bir bütün olarak tanımlayıcı bir işaret olduğuna karar vermiştir. Booking.com'un, ikincil anlam teorisi gereği ayırt edicilik kazandığı tespit edilmiştir.[30] Bununla birlikte Bölge Mahkemesi iki esaslı gerekçeye dayanarak Booking.com'u haklı bulmuştur.

[27] Ayrıntılı bilgi için bakınız; Dinwoodie B. G. ve Janis D. M. (2020). Trademarks and Unfair Competition Law and Policy. Aspen: Casebook Series, s.9

[28] Justia US Law. U.S. Supreme Court. (2020). Patent and Trademark Office v. Booking.com B.V., 591 U.S.(2020), s.9. U.S. Supreme Court, https://supreme.justia.com/cases/federal/us/591/19-46/#tab-opinion-4267766) adresinden erişildi. (E.T.: 21.03.2021), s.5

[29] U.S. Supreme Court, Patent and Trademark Office v. Booking.com B.V., 591 U.S.(2020), s.5

[30] Ayrıntılı bilgi için bakınız; Case Text. United States District Court, E.D. Virginia, Alexandria Division. (2017). Booking.com B.V. v. Matal, 278 F. Supp. 3d 891, 918 (2017) https://casetext.com/case/bookingcom-bv-v-matal-2 adresinden erişildi. (E.T.: 21.03.2021)

Birincisi USPTO'u halkın "booking.com"u cins isim olarak kullandığını gösteren kanıtları eksik sunmasıdır. İkincisiyse Booking.com'un başvurmuş olduğu Teflon anketi sonucudur.
İhtilaf daha sonra istinaf mahkemesine taşınmıştır. ABD 4. İstinaf Mahkemesinin kararı da Bölge mahkemesi kararıyla benzer değerlendirmeleri içermektedir. 4. İstinaf Mahkemesi, Bölge Mahkemesini haklı bularak mahkeme kararını onamıştır. Uyuşmazlıkta USPTO, markanın *per se* cins isimli bir marka olduğunu iddia etmiştir. Bu nedenle marka olarak tescil edilemeyeceğini ileri sürmüştür. USPTO özellikle başvuru konusunun özünde bir internet alan adı olduğunu, başvuru konusunun SLD'sinin "rezervasyon" anlamına geldiğini, bu nedenle cins ismi olduğunu ve bu cins ismine ".com" ekleyerek, ayırt edilebilir bir işaret oluşturulamayacağını iddia etmiştir.[31] USPTO bu iddiasını gerekçelendirirken *Goodyear's Rubber Mfg. Co. v. Goodyear Rubber Co., 128 U.S. 598, 602–03 (1888)* içtihatını esas almıştır. Bu içtihatte, belirli bir ürün veya hizmet adına ilişkin cins ismin yanına Anonim Şirket gibi ibareler getirilerek ayırt edici bir nitelik kazanmayacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte USPTO, Booking.com ibaresi gibi bir cins ismin tescil edilmesi halinde başka teşebbüslerin ilgili işareti kullanamayacağını da belirtmiştir. İstinaf mahkemesiyse uyuşmazlığı temelde iki hususta ele almıştır. İlk hususta; markanın cins ismi olup olmadığını kimin tarafından ispat edileceği tespit edilmelidir. İkinci hususta ise markanın cins ismi olup olmadığının nasıl tespit edileceği konusudur.[32]
Onama gerekçesinde mahkeme; marka başvurularının, cins isimli olma gerekçesiyle reddinin, önemli sonuçları olduğunu belirtmiştir. Cins isimli marka, bir daha tescilli marka koruması elde edemeyecektir. Bu nedenle USPTO'nun markanın cins isimli marka olduğunu ispat etme yükümlülüğü bulunmaktadır.[33] Markanın cins ismi olup olmadığı değerlendirmesindeyse 3 adımlı test uygulanmalıdır. İlk aşamada markanın kullanıldığı mal veya hizmet sınıfları belirlenmektedir, ikinci aşamada markanın hitap ettiği alıcı kitlesi tespit edilmektedir. Üçüncü aşamadaysa başvuru konusu marka bu alıcı kitle nezdinde, bir mal veya hizmet adı olarak mı anlaşıldığı yoksa, belirli bir teşebbüse ait ürün veya hizmetin kaynağını mı gösterdiği tespit edilmektedir.[34]
İstinaf Mahkemesi, ilk derece mahkemesi kararının isabetli olduğunu belirtmiştir. Özellikle de başvuru konusu markanın, Teflon anketi yöntemi sonucu tespit edilen 74.8%'lik marka algısı oranın önemli olduğunu tespit etmiştir. Ayrıca ilk derece mahkemesi, USTPO'nun başvuru konusunun cins isim olduğu yönündeki iddiasını ispat edemediği yönündeki kararını da doğru bulmuştur. Son olarak İstinaf Mahkemesi, her ne kadar başvuru konusu markanın cins isimli ifade + .com'dan oluşsa da bu iki ifadenin birleşmesi neticesinde ortaya çıkan markanın yine de ayırt edilebilir bir niteliğe sahip olabileceğini, USPTO'nun burada tüketici anketleri gibi delilleri

[31] United States Court of Appeals for The Fourth Circuit. (2019) Booking.Com B.V. vs USPTO, No. 17-2458. United States Court of Appeals for The Fourth Circuit, https://www.ca4.uscourts.gov/opinions/172458.P.pdf adresinden erişildi. (E.T.:23.03.2021), s.19
[32] United States Court of Appeals for The Fourth Circuit, Booking.Com B.V. vs USPTO, No. 17-2458, s.9
[33] United States Court of Appeals for The Fourth Circuit, Booking.Com B.V. vs USPTO, No. 17-2458, s.10
[34] Ayrıntılı bilgi için bakınız; United States Court of Appeals for The Fourth Circuit, Booking.Com B.V. vs USPTO, No. 17-2458, s.10

değerlendirerek karar vermesi gerektiğini belirtmiştir.[35] USPTO'nun ileri sürdüğü *Goodyear's Rubber Mfg. Co. v. Goodyear Rubber Co* kararının ise eski tarihli bir içtihat olduğunu tespit etmiştir. Bununla birlikte İstinaf Mahkemesi, USPTO'nun başvuru konusu cins ismin başka teşebbüslerce kullanılmayacağı kaygısını da gidermiştir. İstinaf Mahkemesi Booking.com'un otel rezervasyonları sınıfında koruma sağlandığını ve başka sınıflarda koruma sağlanmadığını belirterek turizm sektöründeki diğer teşebbüslerin(carbooking.com, flightbooking.com gibi…) "booking" ibaresini kullanabileceğini belirtmiştir.[36] Ayrıca olası bir marka hakkına tecavüz davasında, marka sahibinin uyuşmazlık konusu markayla kendi markası arasında karıştırılma ihtimali olduğunu ispat etmesi gerektiğini de belirtmiştir.[37] Bu nedene marka koruması oldukça sınırlı bir alanı kapsar.

Uyuşmazlık, Yüksek Mahkeme'ye de taşınmıştır. Yüksek Mahkemeyse cins isim + .com'dan oluşan markanın per se ayırt edicilik niteliğine sahip değildir kuralını kaldıran bir karar vermiştir. Marka hukukundaki per se ayırt edicilik bulunmaz kuralı gereği, cins isim + .com'u içeren marka başvuruları, ayırt edicilik özelliğine sahip olmadığı için ret edilmekteydi ve bunun istisnası bulunmamaktaydı. Fakat Yüksek Mahkeme, Booking.com kararında bu kuralın uygulanmayacağını belirtmiştir. Mahkemeye göre başvurunun reddi için başvuru konusunun ayırt edicilik kazanıp kazanmadığı konusunda değerlendirmesi gerekir. Değerlendirmeyi yapan uzman, işareti incelerken alıcı kitlenin başvuru konusu terimi tanımlanan mal ve/veya hizmet sınıfı için cins ismi algılayıp algılamadığına bakmalıdır.[38] Bu süreçte başvuru sahibinin alıcı kitlesinin algısına ilişkin kanıtlar da dahil olmak üzere mevcut tüm kanıtları değerlendirmelidir.[39] Bununla birlikte Yüksek Mahkeme, USPTO'nun cins isim + .com ifadesinden oluşan markaların doğrudan reddine ilişkin kural iddiasının her zaman uygulanmadığını da tespit etmiştir. Örneğin Art.com (Marka Tescil Nosu: 3601346) ve Dating.com (Marka Tescil Nosu 2580467) markaları da aslında cins isim + .com'dan oluşan fakat tescil edilen markalardır. USPTO'nun cins isim + .com'dan oluşan markaların reddine ilişkin kural iddiası, tescil edilen bu markalar için de risk teşkil etmektedir. Çünkü bu markalarda iptal tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktadır. Bu durumda belirsiz ve tutarsız bir sonuç yaratmaktadır.[40]

USPTO'ysa özellikle iki nokta üzerinde durarak Booking.com'un marka olarak tescil edilemeyeceğini iddia etmiştir. Öncellikle USPTO, ".com"'un kullanımının Anonim Şirket kullanımı gibi bir sonuç yaratacağını iddia etmektedir. Nasıl ki Şirket (A.Ş. gibi) ibaresi (ABD Hukuku'nda *Company* olarak ifade edilmiştir.) başvuru konusuna ayırt edicilik kazandırmayacaksa ".com" ibaresi de başvuru konusuna ayırt edicilik kazandırmamalıdır.

[35] United States Court of Appeals for The Fourth Circuit, Booking.Com B.V. vs USPTO, No. 17-2458, s.23
[36] United States Court of Appeals for The Fourth Circuit, Booking.Com B.V. vs USPTO, No. 17-2458, s.25
[37] United States Court of Appeals for The Fourth Circuit, Booking.Com B.V. vs USPTO, No. 17-2458, s.25
[38] U.S. Supreme Court, Patent and Trademark Office v. Booking.com B.V., 591 U.S. (2020), s.7
[39] Ayrıntılı bilgi için bakınız; USPTO. (2020). Examination Guide 3-20 Generic.com Terms after USPTO v. Booking.com October 2020, s.2
[40] Ayrıntılı bilgi için bakınız; U.S. Supreme Court, Patent and Trademark Office v. Booking.com B.V., 591 U.S.(2020), s.8

USPTO bu iddiasını *Goodyear's Rubber Mfg. Co. v. Goodyear Rubber Co., 128 U.S. 598, 602–03 (1888)* kararıyla da desteklemektedir. Yüksek Mahkemeye göreyse, USPTO'nun cins isim + şirket türünün marka olarak korunmayacağı yaklaşımı hatalıdır. Mahkemeye göre cins isim + şirket ibarelerinden oluşan markalarda alıcı kitlenin perspektifi önem arz eder.[41] Ayrıca Yüksek Mahkeme, bir alan adının sadece tek bir teşebbüs tarafından elde edilebileceği kuralına da dikkat çekmektedir. Yüksek Mahkemeye göre alıcı kitle, yeknesak olan alan adının kime ait olduğunu ve kaynağını bilmektedir. Bu nedenle Yüksek Mahkeme, USPTO'nun "Booking.com" ibaresinin genel olarak kullanılan bir ibare olduğu iddiasını kabul etmemektedir.[42]

USPTO tarafından ileri sürülen; "booking" ifadesinin sektörde yoğun bir şekilde kullanıldığı ve bu nedenle rakiplerin zarar göreceği yönündeki iddiası da Yüksek Mahkeme tarafından kabul edilmemiştir. Mahkemeye göre bu risk tüm tanımlayıcı markalar için geçerli olup USPTO'nun görüşünün kabulü halinde tanımlayıcı markaların da tescil edilmeyeceği yönünde bir durum ortaya çıkmaktadır.[43] Ayrıca marka hakkının ihlali için uyuşmazlık konusu marka ile korunan marka arasında alıcı kitle nezdinde karıştırılma ihtimalinin bulunması gerekir. Bununla birlikte korunan markanın her türlü izinsiz kullanımı da marka ihlali teşkil etmeyecektir. Adil kullanım ve iyi niyetli kullanım hallerinde marka ihlali söz konusu olmayacaktır.[44] Son olarak Booking.com gibi cins isimli markalar tescil edilmese bile, haksız rekabet hukuku gereği korunabilmektedir. Nitekim USPTO da bu tip markaların haksız rekabet gereği korunabileceğini kabul etmektedir. Dolayısıyla mahkeme, USPTO'nun, Booking.com'un herkes tarafından kullanılan bir ifade olduğunu ve marka olarak korunması halinde rakiplerin artık "booking" ifadesini kullanamayacağı yönündeki iddiasını, kabul etmemektedir.

Yüksek Mahkemenin kararından sonra USPTO, Examination Guide 3-20 başlıklı bir inceleme kılavuzu da yayımlamıştır. Bu Kılavuz'da cins ismi + .com ifadesini içeren başvuruların nasıl değerlendirileceği düzenlenmiştir. Kılavuz'a göre cins isim + .com ilişkin başvurularda, uzmanlar, başvuru konusunu bir mal ve / veya hizmet sınıfının adı olarak mı yoksa bunun yerine bir mal veya hizmetin kaynağını gösteren işaret mi olduğunu inceleyeceklerdir.[45] İncelemeyi yapan uzman; başvuruyu ret etmek için ilgili alıcı kitlesinin, başvuru konusu işareti bir mal veya hizmet olarak algıladığını göstermesi gerekir.[46]

Kılavuz'da ikinci göze çarpan noktaysa Booking .com gibi ifadelerin doğrudan cins ismi olarak değerlendirilip ret edilmeyeceği yönündeki yaklaşımdır. Kılavuz; Booking.com gibi ifadelerin ne doğrudan cins ismi olarak kabul edilebileceğini ne de doğrudan cins ismi olarak kabul edilmeyeceğini belirtmektedir.[47] Somut olayda değerlendirme yapılması gerektiğini kabul

[41] U.S. Supreme Court, Patent and Trademark Office v. Booking.com B.V., 591 U.S.(2020), s.9
[42] U.S. Supreme Court, Patent and Trademark Office v. Booking.com B.V., 591 U.S.(2020), s.11
[43] U.S. Supreme Court, Patent and Trademark Office v. Booking.com B.V., 591 U.S.(2020), s.12
[44] U.S. Supreme Court, Patent and Trademark Office v. Booking.com B.V., 591 U.S.(2020), s.12
[45] Ayrıntılı bilgi için bakınız; USPTO. (2020). Examination Guide 3-20 Generic.com Terms after USPTO v. Booking.com October 2020, s.2
[46] USPTO. (2020). Examination Guide 3-20 Generic.com Terms after USPTO v. Booking.com October 2020, s.2
[47] USPTO. (2020). Examination Guide 3-20 Generic.com Terms after USPTO v. Booking.com October 2020, s.3

etmektedir. Bununla birlikte booking.com gibi ifadelerin alıcı kitle tarafından bir mal veya hizmetin kaynağı olarak görülmesinin güç olduğu Kılavuz'da belirtilmiştir.[48] Ayrıca Kılavuz'da booking.com gibi cins isim + .com markalarına ilişkin delillerin ayırt edicilikten ziyade cins ismi olduğunu göstermesi muhtemeldir yaklaşımı kabul görmektedir. Çünkü doğası gereği bu tip ifadeler cins ismi sayılır. Bu nedenle başvuru sahipleri, başvuru konusu işaretin ayırt edicilik özelliğine sahip olduğunu göstermek için kuvvetli kanıtlara ihtiyaç duyacaktır.[49]

ABD Hukuku'nda genellikle işaretin 5 yıl boyunca aralıksız kullanımı neticesinde ayırt edicilik kazandığı kabul edilmektedir. Kılavuz'a göre cins ismi + .com markalarının ayırt edicilik kazanması için 5 yıllık süre yeterli değildir. Ayrıca başvuran, başvuru konusu markanın alıcı kitle nezdinde ayırt edicilik kazandığını kuvvetli ve yeterli delillerle ispat etmesi gerekir.[50] Başvuran özellikle başvuru konusunun ayırt edici bir işaret olduğunu gösteren; tüketici anketlerine, tüketici görüşlerine, ticaret otoriterlerinin görüşlerine, reklam harcamalarına başvurabilirler. Bu delillerle başvuru konusu işaretin fonksiyonunun mal veya hizmetleri ayırt etmek amacıyla kullanıldığını, marka olarak ne kadar zamandan beraber kullanıldığını ve hangi mal veya hizmet sınıflarında kullanımın gerçekleştiğini ispat edebilecektir. Kılavuz'da düzenlenen bir diğer önemli noktaysa markanın kaynak gösterme işlevine ilişkindir. Kılavuz'da başvuru konusu işaret ayırt edici olmasa bile, zayıfta olsa mal veya hizmetin kaynağını gösterebiliyorsa Ek Sicile tescil edilebileceği düzenlenmiştir.[51]

Booking.com davası, cins isimli alan adlarını marka olarak kullananlar ve cins isim mi yoksa tanımlayıcı isim mi noktasında tartışmalar içeren markalar için önemli sonuçları olacaktır. Bu markalar, iptal edilme tehlikesi altındaydı. Fakat Booking.com kararından sonra bu tehlikenin sona erdiği söylenebilir. Bununla birlikte Booking.com ifadesinin marka olarak tescil edilmesi İnternet ortamında faaliyet yürüten şirketler açısından büyük risk teşkil etmektedir. Çünkü marka, sahibine inhisari bir kullanım hakkı tanımaktadır. İnhisari kullanım hakkı gereği markayı sadece sahibi ile onun izin verdiği kişiler kullanabilir. Başka bir kimsenin izinsiz kullanımı, marka hakkı ihlaline sebebiyet verecektir. Günümüzdeyse booking ifadesi birçok seyahat acentesi ve oteller tarafından kullanılmaktadır. Booking.com marka olarak tescilliyle birlikte bu kullanımların marka hakkının ihlali teşkil edip etmeyeceği belirsizdir. Yüksek Mahkemeyse kararında Booking.com'un marka olarak tescil edilmesinin belirsizlik yaratmayacağını belirtmiştir. Mahkeme iki nokta üzerinde durmuştur. Birincisi markalar yalnızca tescil edildikleri ilgili hizmeti koruduğu için Booking.com'un tescilinin haksız bir koruma sağlamayacağını belirtmiştir. Nitekim Booking.com sadece otel rezervasyon hizmetleri bağlamında marka koruması elde etmiştir. Seyahat acentesi hizmetleri veya carbooking.com, flightbooking.com gibi farklı alanlarda kullanılan markalar için risk teşkil etmeyecektir.[52] İkincisi marka hakkının ihlali için

[48] USPTO. (2020). Examination Guide 3-20 Generic.com Terms after USPTO v. Booking.com October 2020, s.3
[49] USPTO. (2020). Examination Guide 3-20 Generic.com Terms after USPTO v. Booking.com October 2020, s.3
[50] USPTO. (2020). Examination Guide 3-20 Generic.com Terms after USPTO v. Booking.com October 2020, s.4
[51] USPTO. (2020). Examination Guide 3-20 Generic.com Terms after USPTO v. Booking.com October 2020, s.4
[52] U.S. Supreme Court, Patent and Trademark Office v. Booking.com B.V., 591 U.S.(2020), s.24

ihlal ettiği ileri sürülen markayla tescilli marka arasında karıştırılma ihtimalinin bulunması gerektiğidir. Eğer markalı mal veya hizmetler tüketicilerin zihninde malların menşei konusunda karıştırılma ihtimali yaratıyorsa marka ihlali söz konusu olur.[53] Dolayısıyla Booking.com'un marka olarak korunması geniş bir koruma alanı yaratmayacaktır.[54] Diğer alan adları ve markaların, Booking.com markasını ihlal etmesi için karıştırılma ihtimali araştırması yapılacaktır. Yüksek Mahkemenin bu yaklaşımı kanımızca tatmin edici değildir. Birçok teşebbüs, tazminat ödeme riski ve itibarlarının zedelenmesinden çekineceği için kendi sektörlerinde yaygın ad olan booking ifadesini kullanamayacaktır.

Alan adları, kullanıcıların İnternet üzerinde yollarını bulmaya yarayan ifadelerdir.[55] Alan adları, web tarayıcısına yazılan ve bilgisayarın anlayabileceği kayıtlı eşsiz ifadelerden oluşur.[56] Bu nedenle başka hiçbir teşebbüs aynı alan adını alamaz. Bununla birlikte alan adı sahibi olmak, aynı zamanda marka koruması da tesis etmeyecektir. Marka koruması için alan adının ayırt edilebilir ve sicilde açıkça gösterilebilir bir işaret olması gerekir. Özellikle de alan adı, yalnızca mal veya hizmetlerin satışı ile bağlantılı olarak kullanılması ve tüketicilerin bu alan adını internet işi ile ilişkilendirmesi durumunda marka işlevi görecektir.[57] Ayırt edicilik işlevi bulunmayan alan adları marka olarak korunamayacaktır. USPTO'nun Booking.com Kararı'ndan sonra yayımladığı Kılavuz'da (Examination Guide 3-20) da bu hususa değinilmiştir. USPTO uzmanlarının; inceleme yaparken alan adlarının özelliğine bakması gerektiği belirtilmiştir. Başvuru konusu işaret sadece alan adı olarak kullanılıyorsa marka olarak kabul edilmemelidir. Ancak başvuru konusu, markasal olarak kullanılıyorsa marka olarak tescil edilebilir.[58] Bununla birlikte ABD Hukuku'nda başvuru konusunun işlevini gösteren en önemli husus numunedir. Türk Hukuku'ndan farklı olarak ABD Hukuku'nda başvuru esnasında marka örneğinin yanı sıra markanın hangi mal veya hizmet sınıflarında kullanıldığını gösteren numune de talep edilmektedir. Numune başvuru konusu işaretin marka olarak kullanıp kullanılmadığını göstermektedir.[59] Numune, başvuru konusu markayı mal veya hizmetleri ayırt eden ve markasal işlevi olan bir işaret olarak gösteriyorsa başvuru konusu marka olarak korunabilir. Ancak sadece alan adı olarak gösteriyorsa başvuru konusu ret edilmelidir.[60] Alan adlarında .com, co.uk., av.tr. gibi uzantılarda bulunmaktadır. Kanımızca bu uzantılar alan adına ayırt edicilik kazandırmayacaktır.

Booking.com'un tanınmışlığından yola çıkarak kullanım neticesinde ayırt edicilik kazandığı da düşünülebilir. Fakat her işaret kullanım neticesinde ayırt edicilik kazandığı kabul edilmemelidir.

[53] Ayrıntılı bilgi için bakınız; U.S. Supreme Court, Patent and Trademark Office v. Booking.com B.V., 591 U.S.(2020), s.25
[54] U.S. Supreme Court, Patent and Trademark Office v. Booking.com B.V., 591 U.S.(2020), s.25
[55] Kılıçoğlu A. (2020). Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar. Turhan Kitabevi: Ankara, s.15
[56] Stim, s.379
[57] Stim, s.383
[58] USPTO. (2020). Examination Guide 3-20 Generic.com Terms after USPTO v. Booking.com October 2020, s.5
[59] Warda, s.81
[60] USPTO. (2020). Examination Guide 3-20 Generic.com Terms after USPTO v. Booking.com October 2020, s.5

Örneğin "*berber*" ifadesi, saç bakımı, kuaförlük ve berberlik sektöründe kullanım neticesinde ayırt edicilik kazanamaz. Kazanırsa birçok berber ve kuaför, yaptığı işi tanımlayamayacaktır.

III. Booking.com Kararının Türk Hukuku Bağlamında İncelenmesi

Marka koruması, fikri çabanın ve doğru bir rekabet ortamının korunmasında önem arz etmektedir. Marka koruması olmasaydı; bir kimsenin ürettiği kaliteli ürünler için kullandığı marka, başkaları tarafından haksız bir şekilde kullanılacak, bu kimseler marka sahibinin şöhretinden ve saygınlığından yararlanacaktır.[61] Türk Hukuku'nda tescilli marka hakkının elde edilmesi için bir işaretin bulunması, bu işaretin ayırt edilebilir olması ve sicilde açık kesin şekilde gösterilebilir olması yeterlidir. Bunun dışında işaretin; özgün, anlamlı, yaratıcı ve estetik olması gibi özellikler taşıması zorunlu değildir.

İşaret, "*bir teşebbüsü çağrıştıran, hedef kitleyi teşebbüse bağlayan simgedir*."[62] Marka konusu işaretin gözle görülebilir olmasıysa zorunlu olmayıp duyu organlarıyla algılanabilir olması yeterlidir.[63] Bir markanın oluşabilmesi için işaretin ayırt edicilik niteliğine sahip olması da gerekir.[64] İşaretin ayırt edici olması, işaretin diğer işaretlerden farklı olması/farklı algılanması anlamına gelir.[65] Bir işaret ilgili mal veya hizmeti tanımlamaktan uzak olduğu sürece marka olarak tescili mümkündür. Ancak ilgili mal veya hizmeti tanımlayan işaretlerin marka olarak korunması güçtür.[66] Başvuru konusu işaret, birden fazla unsuru barındırabilir. İşaretin ayırt edilebilir olup olmadığı bütün özellikleri dikkate alınarak belirlenmelidir.[67] Örneğin bir işaret, hem şekilden hem de kelimeden oluşuyorsa ayırt edicilik incelemesi yapılırken şekil + kelime birlikte dikkate alınmalıdır.

Markanın ayırt ediciliği konusunda tescilli olduğu mal veya hizmet sınıfları da önem arz eder. Türk Hukuku'da ABD Hukuku gibi Nis Anlaşması çerçevesinde markaları, mal ve hizmet sınıflarına bölünmüştür. TÜRKPATENT tarafından çıkarılan Tebliğ'de mal ve hizmet sınıfları gösterilmektedir. Başvurucu, marka başvurusu yaparken ilgili mal veya hizmet sınıflarını seçerek marka koruması talep ettiği sektörleri belirlemektedir. Bununla birlikte Nis Anlaşması ve Tebliğ uyarınca düzenlenen mal veya hizmet sınıfları bir tür yol gösterici düzen hükmü olup yargısal ve idari süreçte karşılaştırılan markaların aynı sınıfta olması benzer olduklarına veya farklı sınıflarda olmaları farklı olduklarına yasal karine teşkil etmez.[68] Somut olayda markalar, karşılaştırma yapılarak incelenir. Bu incelemede karşılaştırılan markaların aynı veya benzer olması değerlendirilir. Bununla birlikte marka sahibi, tek bir mal veya hizmet sınıfında koruma talep edebileceği gibi, birden fazla mal veya hizmet sınıfında da marka koruması talep edebilir. Burada

[61] Kılıçoğlu, s.20
[62] Karasu R. (Suluk C. ve Nal T.). Fikri Mülkiyet Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.156
[63] Çağlar, H. (2015). Marka Hukuku. Ankara: Adalet Yayınevi, s.12
[64] Marka konusu işaret, hem niteliği gereği ayırt edicilik unsuruna sahip olmalı hem de diğer markalarla karşılaştırıldığında da aynı veya benzer işaretlerden ayırt edilebilmelidir. Bakınız; Kılıçoğlu, s.11
[65] Kaya Arslan (Ülgen Hüseyin, Helvacı Mehmet, Nomer Ertan N. Füsun). (2020). Ticari İşletme Hukuku. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s.456
[66] Savaş T. ve Saygın M. (2019). Marka Tescil Süreci. Ankara: Seçkin Yayınevi, s.80
[67] Arkan, S. (1997). Marka Hukuku C.1. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s.73
[68] Bakınız; Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), s.475

dikkat edilmesi gereken nokta koruma talep edilen sınıflarda markanın kullanılmasıdır. Aksi taktirde kullanılmayan sınıflardaki tescilli marka iptal edilebilir. Bir diğer önemli husus marka örneğidir. Marka koruması sicilde gösterilen marka örneğiyle sınırlı bir koruma sağlar. Bu nedenle marka örneği hazırlanırken itinalı davranılmalıdır. ABD Hukuku'nda da Türk Hukuku'nda olduğu gibi markalar, tüm mal veya hizmet sınıflarında değil sadece belirli mal veya hizmet sınıflarında koruma sağlar. ABD'de başvuran markayı tescil etmek istediği mal veya hizmet sınıflarında markayı kullandığını veya kullanma niyeti olduğunu göstermesi de gerekir.[69] Ayrıca Türk Hukuku'ndan farklı olarak ABD Hukuku'nda markanın kullanılacağı mal veya hizmetlerin daha spesifik bir şekilde gösterilmesi de beklenmektedir. Bununla birlikte bir marka sadece tek bir sınıfla ilişkili değil birden fazla sınıfla ilişkili de olabilir. Bu durumda marka başvurusunda bulunan her bir sınıf için ayrı ayrı ücret ödeyerek koruma talep edebilir. Marka sahibi, daha sonra markasını farklı mal veya hizmetlerde kullanırsa yine farklı markayı tescil ettirmesi gerekir.[70]

ABD Hukuku'nda cins isimli markaların, günlük hayatta mal veya hizmetleri tanımlayan yaygın isimler olması ve ayırt edicilik niteliği taşımadığı için marka olarak korunmayacağı yaklaşımı kabul görmektedir. Türk Hukuku'nda da ayırt edici niteliği olmayan veya belirli bir mal veya hizmeti tanımlayıcı işaretlerin, marka olarak korunmayacağı kabul edilmektedir. Ancak ABD Hukuku'ndan farklı olarak Türk Hukuku'nda bu tip işaretlerin marka olarak korunmaması daha sistematik bir şekilde düzenlenmiştir. Türk Hukuku'na göre ayırt edici özelliği bulunmayan markalar, SMK. m.5/1-a, m.5/1-b, m.5/1-c ve m.5/1-d bağlamında mutlak ret nedeni taşıması nedeniyle marka olarak tescil edilmeyecektir.

SMK. m.5/1-a'da, SMK. m.4'deki koşulları taşımayan işaretlerin marka olamayacağı düzenlenmiştir. SMK m.4'deyse bir işaretin marka olabilmesi için ayırt edici niteliğe sahip olması ve sicilde açık kesin şekilde belirtilebilir olması gerektiği düzenlenmiştir. Dolayısıyla korunmak istenen işaretin soyut ayırt edicilik özelliğine sahip olması da gerekir. *Soyut ayırt edicilik; bir işaretin herhangi bir mal veya hizmetle ilgisi olmaksızın ayırt edici olup olmamasına ilişkindir.*[71] SMK. m.5/1-a bağlamında soyut ayırt edicilik niteliği olmayan, bir başka deyişle marka olmayacak işaretler, tescilli marka korumasından yararlanamayacaktır.[72] Örneğin bir kitap sayfasında yazılan sözcük grubu, geniş kitlelerce ezberlenip hatırlansa bile kullanımla ayırt edicilik kazanamaz.[73] Dolayısıyla marka olarak korunmaz. Soyut ayırt edicilik niteliğine sahip olmayan işaretler kullanımla bile ayırt edicilik kazanamayacaktır.[74] Burada markanın sicilde açık ve kesin şekilde gösterilebiliyor olması da önem arz eder. Sicilde açık ve kesin şekilde gösterilebiliyor olmasından kasıt marka örneğinin üçüncü kişilerin anlayabileceği şekilde

[69] Bouchoux, s.90
[70] Ayrıntılı bilgi için bakınız; Stim, s.400
[71] Çağlar, Marka Hukuku, s.12
[72] Ayrıntılı bilgi için bakınız; Ayhan R., Çağlar H., Yıldız B. ve İmirlioğlu D. (2021). Sınai Mülkiyet Hukuku. Ankara: Adalet Yayınevi, s.53
[73] Karasu (Suluk, Nal), s.169
[74] Karasu (Suluk, Nal), s.169

gösterimidir. Bu gösterim çizimle olabileceği gibi ses veya görüntü kaydı şeklinde de gerçekleşebilir. Bununla birlikte SMK; geleneksel marka olarak kabul edebileceğimiz, kelimeler, şekiller, sayılar, biçimlerin marka olarak korunabileceğini kabul etmekle birlikte geleneksel olmayan sınıfta yer alan koku, ses, tat, ticari form, üç boyutlu şekiller, hologram gibi işaretlerin de marka olarak korunabileceğini kabul etmektedir. Nitekim SMK. m.4'de "her tür işaret" ifadesi bu tezimizi desteklemektedir.[75] Hatta marka örneği gösteriminin düzenlendiği Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik m.7'de tezimi desteklemektedir. Yönetmelikte geleneksel ve geleneksel olmayan markaların nasıl gösterileceği detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Ayrıca yönetmelikte düzenlenmemiş markaların nasıl gösteriminin yapılacağı da genel hükümlere bağlanmıştır.

SMK. m.5/1-b ise somut ayırt ediciliğe atıf yaparak, tüketiciler için somut ayırt edici nitelikte olmayan işaretlerin marka olarak tescil edilmeyeceğini düzenlemiştir.[76] Bir işaret, belirli mal veya hizmet açısından ayırt edici niteliğe sahip değilse somut ayırt ediciliği yoktur.[77] Bu tür işaretler, mal veya hizmetin işletmeyle ilişkisini ortaya koyamayan ve ortalama tüketiciler çerçevesinde marka olarak algılanamayan işaretlerdir.[78] Bununla birlikte bazı işaretler, belirli bir mal veya hizmet grubu için ayırt edici kabul edilmemekle birlikte farklı mal veya hizmet grupları için ayırt edici kabul edilebilir. Örneğin Apple ifadesi meyve sebze sınıfında ayırt edici değildir. Ancak teknoloji sınıfında ayırt edicidir. Ayrıca SMK. m.5/1-b bağlamındaki işaretler zamanla kullanım neticesinde ayırt edicilik kazanarak marka olarak korunabilir. Ancak soyut ayırt ediciliğe sahip olmayan markalar kullanımla dahi ayırt edicilik özelliği kazanamaz. Somut ayırt edicilik incelemesinde özellikle başvuru konusu işaretin ilgili mal veya hizmetleri tanımlayıp tanımlamadığı önem arz eder.

"Ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin sunulduğu zamanı gösteren veya malların ya da hizmetlerin diğer özelliklerini belirten işaret veya adlandırmaları münhasıran ya da esas unsur olarak içeren işaretler" SMK. m.5/1-c gereği marka olarak tescil edilemeyecektir. Dolayısıyla bir mal veya hizmetin karakteristik özelliklerini gösteren işaretlerin ilgili mal veya hizmet için marka olarak tescil edilmesi engellenmiştir.[79] Ayrıca FIRIZGA gibi bir eşyanın adı haline gelen işaretlerde SMK. m.5/1-c gereği marka olarak tescil edilemez.[80] Bununla birlikte bir markanın cins isim olup olmadığını tescil edileceği mal veya hizmet sınıfları belirleyecektir. Dolayısıyla her marka

[75] SMK. m.4'de "*korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işaretten oluşabilir*." düzenlemesi yer bulmuştur. Düzenlemede sayılan marka türleriyse sınırlı sayıda değil, örnekleyici biçimde sayılmıştır.
[76] Çağlar H. (2019). Yargı Uygulamaları Işığında Marka Olarak Tescil Edilemeyecek İşaretler (Mutlak ve Nisbi Ret Nedenleri). Türkiye Adalet Akademisi, Fikri Mülkiyet Hukuku Çalıştayı Bildiriler Kitabı. 19-22 Aralık 2019, (s.175 – 196), Ankara, s.175
[77] Çağlar, Marka Hukuku, s.12
[78] Karasu (Suluk, Nal), s.170
[79] Tekinalp, Ü. (2012). Fikri Mülkiyet Hukuku. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s.403
[80] Arkan, s.303

başvurusu somut olayda tescil edilmek istenen mal ve hizmet sınıfları dikkate alınarak yapılmalıdır.[81] Doktrinde bu işaretlerin tasviri nitelikleri gereği başkasının tekeline bırakılmasının ticari hayatı olumsuz etkileyeceği ve bu yüzden münhasıran veya esas unsur olarak tesciline izin verilmeyeceği belirtilmiştir.[82] Münhasır unsur markayı oluşturan ögedir. Esas unsur ise *"markayı diğerlerinden ayırt etmeye yarayan unsur olarak tanımlanabilir".*[83] Yardımcı unsur ise markayı diğerlerinden ayırt etmeye yarayan unsur dışında kalan unsurdur. Örneğin Garanti Bankası'ndaki Garanti esas unsur, Banka ise yardımcı unsurdur. Çünkü "Garanti" ögesi, diğer bankalardan ayırt etmek amacıyla kullanılmaktadır. SMK. m.5/1-c gereği tasviri işaretler, esas unsur veya münhasıran markanın içerisinde yer almaması gerekir. Ancak yardımcı unsur olarak yer alabilir.

SMK. m.5/1-d gereğiyleyse *"ticaret alanında herkes tarafından kullanılan veya belirli bir meslek, sanat veya ticaret grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan işaret veya adlandırmaları münhasıran ya da esas unsur olarak içeren işaretler"* marka olarak tescil edilemeyecektir. Kanun koyucu ilgili düzenlemeyle belirli meslek, sanat ve ticaret gruplarını ayırt etmeye yarayan ifadelerin kimsenin tekeline bırakılamayacağını düzenlediği anlaşılmaktadır. Nitekim bu tip ifadeler, nitelik itibariyle ayırt edici olmadığı gibi bir kimsenin tekeline bırakılması haksız rekabetti de oluşturur. Çünkü, ilgili sektörde faaliyet gösteren diğer kişiler, yaptıkları mesleği, sanattı veya ticaret grubunu kullanamazlar. Marka hakkı sahibine inhisari bir kullanım hakkı tesis ettiği için sadece marka sahibi, markayı kullanabilir. Ayrıca bu ifadelerin marka olarak tescil edilmesi alıcı kitleler nezdinde, marka sahibinin otorite veya sektörün uzmanı olduğu gibi bir algı da yaratacaktır.[84] Bununla birlikte kanun lafzından meslek, sanat ve ticaret gruplarının esas unsur olarak tescil edilemeyeceği ancak yardımcı unsur olarak markanın içerisinde yer alabileceği anlaşılmaktadır.[85] Dolayısıyla "Berber" diye bir marka, bankacılık sektöründe tescil edilemez. Ancak Berber Kemal Çelik marka olarak tescil edilebilir. Çünkü buradaki "Berber" ibaresi artık yardımcı unsur olmuştur.

Mutlak ret nedeni içeren bir işaret, bir şekilde marka olarak tescil edilse bile, tescil edildikten sonra hükümsüzlük davasıyla hükümsüz kılınabilir.[86] Bununla birlikte SMK. m.5/1-b, m.5/1-c ve m.5/1-d bağlamında olan bir işaret, kullanım neticesinde ayırt edicilik kazandıysa marka olarak tescil edilebilir.[87] Kullanım neticesinde ayırt edicilik kazanılmasıysa somut olay bağlamında değerlendirmeye tabii tutulacaktır. Doktrinde Tekinalp, toplumda sıklıkla göz önünde bulunan, talep sıklığı yoğun olan mal veya hizmette ilişkin markaların ve yüksek yatırım yapılan

[81] Çağlar, Marka Hukuku, s.49
[82] Çağlar Hayrettin, Yargı Uygulamaları Işığında Marka Olarak Tescil Edilemeyecek İşaretler (Mutlak ve Nisbi Ret Nedenleri), s.177
[83] Arkan, S. (2019). Ticari İşletme Hukuku. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü Yayınlar, s.303
[84] Savaş ve Saygın, s.88
[85] Benzer yönde; Poroy, R. ve Yasaman, İ. H. (2012) Ticari İşletme Hukuku. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s.459
[86] Ayrıntılı bilgi için bakınız; Oğuz, A. (2019). Markanın Hükümsüzlüğü ve İptali, Türkiye Adalet Akademisi, Fikri Mülkiyet Hukuku Çalıştayı Bildiriler Kitabı, 19-22 Aralık 2019, (s.197 – 220) Ankara, s.197 vd.
[87] Bu tür işaretler karine olarak ayırt edilemeyecek işaret olarak kabul görür. Dolayısıyla marka sahibinin markasının ayırt edicilik kazandığını ispat etme yükümlülüğü bulunmaktadır. Kaya (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), s.477

markaların kullanım neticesinde daha kısa bir zamanda ayırt edilebilir bir niteliğe kavuşabileceğini belirtmiştir.[88] Bununla birlikte kullanım neticesinde ayırt edicilik kazanma için işaretin markasal kullanımı şarttır.[89] Markasal kullanım kabul edilmeyen hallerde işaret ayırt edicilik kazanmaz. Buradaki kullanım neticesinde ayırt edicilik, ABD Hukuku'nda kabul edilen ikincil anlam kazandırma doktriniyle örtüşmektedir. ABD Hukuku'nda da başlangıçta ayırt edici nitelikte olmayan bir işaret zamanla kullanım neticesinde, ikincil anlam kazanmakta ve ayırt edilebilir kabul edilmektedir. Görüldüğü üzere Türk Hukuku'nda başvuru konusu işaret kullanılacağı mal veya hizmetler bakımından ayırt edici nitelikte değilse, tanımlayıcıysa, tasvir ediciyse marka olarak tescil edilmemektedir.

Açıklamalarımız kapsamında Booking.com ifadesinin ülkemizde marka olarak korunması konusuysa değerlendirilmelidir. Fakat bunun için ilk önce yabancı dilde marka olarak tescil edilemeyecek işaretlerin ülkemizde tescile konu edilip edilmeyeceği değerlendirilmelidir. Doktrinde Arkan'a göre yabancı dildeki ifadelerin ülkemizde marka olarak tescil edilmesi için markayı oluşturan yabancı dilin ülkemizdeki bilinirliği dikkate alınmalıdır.[90] Karan & Kılıç ise yabancı kelimelerin marka olarak tescil edilmesinde bilinirlik, aşinalık ve uluslararası ilişkilerde kullanımının dikkate alınması gerektiği görüşündedir.[91] Karasu'ysa ülkemizde yaygın olarak bilinen, hitap ettiği sektörde sıklıkla kullanılan ifadelerin marka olarak tescil edilmemesi görüşündedir.[92] Yasaman'a göreyse yabancı dildeki bir kelimenin, Türkiye'de marka olarak korunması Türkiye'de yaygın olarak bilinmesine ve eşya adı olarak kabul edilip edilmemesine bağlıdır.[93] Emsal bir Yargıtay Kararındaysa mahkeme; Fransızca kumaş anlamına gelen "Chiffon" ifadesinin dilimizde de şeffaf ince kumaş anlamına geldiğini ve tasviri işaret olduğuna içtihat etmiştir. [94] Başka bir emsal kararındaysa yabancı dildeki kelimeye ilişkin değerlendirme yapılırken normal düzeyde bilgilendirilmiş, makul ölçüde dikkatli davranacak kitle algısının belirleyici olacağını, bu kişilerin ilgili işaretten dolayı yanılgıya düşüp düşmeyeceğinin önem arz ettiğine içtihat etmiştir.[95] Bizim görüşümüze göreyse yabancı dildeki bir ifadenin marka olması

[88] Tekinalp, s.368 vd.
[89] Uzunallı, S. (2019). Marka Hukuku. Ankara: Adalet Yayınevi, s.57
[90] Arkan, Marka Hukuku, s.80
[91] Karan, H. & Kılıç, M. (2004). Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat. Ankara: Turhan Kitabevi, s.87
[92] Karasu, (Suluk, Nal), s.172
[93] Yasaman İ. H., Altay A., Ayoğlu T., Yusufoğlu F. ve Yüksel S. (2004). Yasaman İ. H. (ed). Marka Hukuku Cilt 1. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s.181
[94] Yarg. 11.H.D. 17.02.2000 Tarihli 2000/236 E. 2000/1141 K. sayılı kararı aktaran Karan & Kılıç, s.112, 113
[95] "Mahkemece, iddia, savunma, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna göre, davacının marka başvurusuna konu "M..." sözcüğünün sunulacak ürünler için ayırt edicilik özelliğini taşıdığı, yabancı dildeki karşılığının vişne olmasına rağmen tescil istemi reddedilen ürünler bakımından cins ve vasıf bildirmediği, normal düzeyde bilgilendirilmiş, makul ölçüde dikkatli yararlanıp kitlesinin bu kelimeyi vişne olarak algılamasının mümkün olmadığı, işarette yer alan sözcüğün 556 sayılı KHK'nın 7/1 (f) maddesi uyarınca yanıltıcı olabilmesi için tüketicinin sırf o işarette yer alan sözcük ya da anlatım nedeniyle yararlanma yoluna gitmesi gerektiği, yeterince bilinmeyen bir kelimenin anılan ürünler yönünden yanılgı doğuracağından bahsedilmesinin gerçekçi olmadığı, markanın tescil kapsamına giren ürünlerin öz adlarından veya tasviri hallerinden uzak olduğu gerekçesiyle, davanın kısmen kabulüne, TPE YİDK'nın

hususu somut olay bağlamında değerlendirilmelidir. Değerlendirme yapılırken markanın hitap ettiği kitle(aracılar, tedarikçiler, ithalatçılar, dağıtımda rol alanlar, üreticiler vs…) ile markalı mal veya hizmeti kullanacak halk kitlesi dikkate alınmalıdır. Eğer ilgili kitleler, bu işareti bir ürün veya hizmet adı olarak görüyorsa, tasviri işaret olarak tanımlıyorsa bu durumda ilgili işaret marka olarak tescil edilmemelidir. Ancak bu kitleler, işareti bir ürün veya hizmet adı olarak algılamıyorsa ve ayırt edici işaret olarak kabul ediyorsa marka olarak tescil edilmelidir. Ülkemizde ilkokul hatta ana okullundan itibaren İngilizce öğretildiği dikkate alındığında "booking" ifadesinin rezerve etme anlamında algılanacağı kabul edilmelidir. Fakat Booking.com alanında tanınmış bir marka olması nedeniyle kullanım neticesinde ayırt edicilik kazanmıştır. Bu nedenle marka olarak tescil edilebilir. Bununla birlikte yapmış olduğumuz araştırma neticesinde Booking.com'un ülkemizde tescilli bir marka olduğu tespit edilmiştir.[96]

Booking ifadesi İngilizce bir kelime olup rezervasyon, rezervasyon yapmak şeklinde dilimize çevrilebilir. İlgili mal veya hizmet sınıfında ayırt edici niteliği zayıf olan "rezervasyon", "rezervasyon yapmak" gibi bir ifadenin ülkemizde marka olarak korunup korunmayacağının ise ayrıca incelenmesi gerekir. Bizim görüşümüze göre bu marka, Türkiye'de tescile konu olsaydı, ayırt edicilik özelliği bulunmaması nedeniyle başvuru SMK. m.5/1-b veya SMK. m.5/1-c bağlamında ret olmalıydı. Çünkü marka hakkı sahibi, markası üzerinde inhisari bir kullanım hakkına sahip olacaktır. Dolayısıyla başka hiç kimse, marka sahibinin rızası hilafında, markayı oluşturan işareti – bir başka deyişle ifadeyi - kullanamayacaktır. Bununla birlikte bu ifadeler, sektörün tümü tarafından kullanılması zorunlu ifadelerdir. İkame ifadeler bulunmamaktadır. Bu durumda çeşitli ihtilafların ortaya çıkması olasıdır. Örneğin bir işletme erken rezervasyon diye bir kampanya başlatırsa rezervasyon markası sahibi, kendi marka hakkının ihlal edildiğini ileri sürebilir. İşte bu gibi neticelerin önüne geçmek için belirli bir mal veya hizmet alanında sıklıkla kullanılan ve o sektörü tanımlayan ifadeler marka olarak korunmamalıdır. Ayrıca özellikle belirli bir sektörün faaliyet göstermesi için kullanılan ifadelerin, ayırt edicilik niteliği bulunmaması nedeniyle tasviri işaret olarak değerlendirilip marka olarak korunmamalıdır.

.com uzantısı markanın esas unsuru olmadığı gibi markayı ayırt edici bir karakterde katmamaktadır. Çünkü .com, tıpkı AŞ, LTD gibi bir eklenti olarak değerlendirilmelidir. Nitekim TÜRKPATENT'de ayırt edilebilirlik değerlendirmesi yaparken https, www, .com gibi ibarelerin başvuru konusuna ayırt edici nitelik katmadığını kabul etmekte ve diğer unsurları incelemektedir.[97] Dolayısıyla Türkiye'de Rezervasyon.com diye bir başvuru yapılsa kanımızca bu başvuru ret edilmelidir. Bununla birlikte TÜRKPATENT Marka Sisteminde yaptığımız inceleme neticesinde, 2014/01148 sayılı başvuruyla "www.rezervasyon.com.tr" ifadesi için

10.04.2006 tarih ve 2006/M-442 sayılı kararının 30. sınıfın 9, 32. sınıfın 2, 3, 4. alt gruplarında yazılı emtialar yönünden iptaline, tescil ve benzeri istemlerin reddine karar verilmiştir." Yarg. 11. H.D. 20.10.2008 Tarihli 2007/8574 E., 2008/11531 K. Aktaran Poroy& Yasaman. Ticari İşletme Hukuku, 2012, s.456

[96] TÜRKPATENT Marka Arama Sisteminde yaptığımız araştırma neticesinde 2013/01875, 2013/01874 ve 2012/67815 nolu kayıtlar, BOOKİNG.COM B.V. ait olarak gözükmektedir.

[97] Ayrıntılı bilgi için bakınız; Poroy, R. ve Yasaman, İ. H. (2019) Ticari İşletme Hukuku. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s.512

marka başvurusunda bulunulmuş fakat bu başvuru ret edilmiştir. Yine 2014/03016 sayılı başvuruyla "www.rezervasyon.com" ifadesi için marka başvurusunda bulunulmuş ve bu başvuru da ret edilmiştir.

Booking.com kararına kadar cins isimlerin marka olarak tescil edilip edilmeyeceği konusu ABD mahkeme kararlarında da tartışmalıdır. Yaptığımız inceleme neticesinde ABD mahkeme kararlarında ayırt ediciliği bulunmayan ve cins isim olarak tanımlanabilecek işaretlerin marka olarak korunması konusunda kesin bir ölçüt belirlenmediği tespit edilmiştir. Örneğin ABD Federal Temyiz Mahkemesi, benzer bir olayda USPTO'nun reddini haklı bulmuştur. Başvuru konusu Hotels.com'dur. Bu site de Booking.com gibi otel rezervasyonu ve seyahat planlaması için kullanılan bir web sitesidir. USPTO genel olarak Hotels ifadesinin ilgili sektörde cins ismi olduğunu, ayırt edicilik özelliği bulunmadığını ve .com ekiyle ayırt edicilik kazanmadığını belirtmiştir.[98] Nitekim ".com" alan adlarında standart olarak kullanılan ve ayırt edicilik katmayan bir ibaredir. Başvuran ise Hotels.com'un marka olarak algılandığına ilişkin, müşterilerden, satıcılardan ve rakiplerden alınmış 64 adet beyanname sunmuştur. Ayrıca güvenilir bir anket şirketine, teflon metoduyla anket yaptırmıştır.[99] Bu ankette katılanların %76'sı Hotels.com'u marka olarak algılamıştır. Fakat TTAB savunmasında, bu anketlerin güvenilir, ehil ve yeterli veriler içermediğini iddia etmiştir. Ankettin tasarımı ve sorulan soruları da hatalı bulmuştur. Başvuranın sunmuş olduğu 64 beyannameyi de kabul etmemiştir. Bu beyannameler içerik olarak aynı olup halkın görüşünü yansıtmamaktadır.[100] Mahkemeyse TTAB'in görüşlerine hak vererek, başvurunun reddi kararını onamıştır.[101] Benzer bir olayda Federal Mahkeme, Lawyers.com'un da ayırt edici bir işaret olmadığını ve cins ismi + .com ibaresinin marka olarak korunmayacağını belirtmiştir.[102] Kanımızca Booking.com kararından sonra da cins isim + .com ibareleri markalara ilişkin tartışmalar devam edecektir. Çünkü bu tip markaların ayırt ediciliği oldukça zayıftır.

Alan adı ile marka kavramı birbirinden ayırt edilmelidir. Alan adlarının, yapıları gereği başkaları tarafından aynen kullanılması mümkün değildir. Bu nedenle sahibine münhasır bir kullanım hakkı sağlamaktadır. Ancak her alan adı, marka olarak korunacak diye de bir koşul bulunmamaktadır. Marka olarak korunabilecek işaretlerin koşullarıyla alan adının koşulları farklıdır. Alan adının;

[98] Caselaw.findlaw, United States Court of Appeals, Federal Circuit, (2009). IN RE: HOTELS.COM, L.P., No. 2008-1429, Decided: July 23, 2009. https://caselaw.findlaw.com/us-federal-circuit/1155088.html adresinden erişildi. (E.T. 28.03.2021)

[99] Ayrıntılı bilgi için bakınız; Caselaw.findlaw, United States Court of Appeals, Federal Circuit, (2009). IN RE: HOTELS.COM, L.P., No. 2008-1429, Decided: July 23, 2009. https://caselaw.findlaw.com/us-federal-circuit/1155088.html adresinden erişildi. (E.T. 28.03.2021)

[100] Ayrıntılı bilgi için bakınız; Caselaw.findlaw, United States Court of Appeals, Federal Circuit, (2009). IN RE: HOTELS.COM, L.P., No. 2008-1429, Decided: July 23, 2009. https://caselaw.findlaw.com/us-federal-circuit/1155088.html adresinden erişildi. (E.T. 28.03.2021)

[101] Caselaw.findlaw, United States Court of Appeals, Federal Circuit, (2009). IN RE: HOTELS.COM, L.P., No. 2008-1429, Decided: July 23, 2009. https://caselaw.findlaw.com/us-federal-circuit/1155088.html adresinden erişildi. (E.T. 28.03.2021)

[102] Justia US Law. US Court of Appeals for the Federal Circuit. (2007). In Re Reed Elsevier Properties Inc, 482 F.3d 1376 (Fed. Cir. 2007) 12.04.2007 https://law.justia.com/cases/federal/appellate courts/F3/482/1376/497156/ adresinden erişildi. (E.T. 30.03.2021).

markasal işlevi varsa, sicilde açık ve kesin şekilde gösterilebiliyorsa ve ayırt edicilik niteliği varsa marka olarak korunabilir.

Sonuç

İnternet, iş modellerini değiştirmeye başlamıştır. Araba kiralama, ev kiralama, satın alma ve otel rezervasyonları gibi birçok faaliyet artık İnternet üzerinden gerçekleşmektedir. İnternet üzerinden ticari faaliyet yürütülebilmesi için alan adına sahip olmak gerekir.

Girişimciler, alan adı tercihinde bulunurken, genellikle faaliyet konularıyla ilişkili ifadeleri tercih etmektedir. Örneğin berber, "berber.com" gibi bir alan adına başvurabilmektedir. Marka hukukunun aksine alan adı hukukunda cins isimlerde kullanılabilmektedir. Dolayısıyla cins isimlerin, tasviri işaretlerin, belirli bir meslek, sanat veya ticaret grubuna ait ifadelerin marka olarak korunamayacağı yaklaşımı, alan adları için geçerli değildir. Bununla birlikte alan adı zamanla piyasada tanınmaktadır. Alan adı sahipleri bu tanınmışlık karşısında alan adını bir de marka olarak tescil ettirmeye yönelmektedir. Fakat bu tip alan adları ayırt edicilik özelliği zayıf işaretler olması nedeniyle ret edilmektedir.

Markanın ayırt ediciliği konusunda Booking.com davasıysa önem arz etmektedir. Booking, İngilizce'de "*rezervasyon*", "*rezervasyon yapmak"* anlamına gelir. USPTO bu ifadeyi cins isim olması nedeniyle marka olarak tescil edilemeyeceğine karar vermiştir. Ancak ABD Yüksek Mahkemesi, booking + .com ifadesi birlikte kullanılırsa marka olarak tescil edilebileceğine karar vermiştir. Çünkü toplum booking + .com ifadesini bir bütün olarak kullanmaktadır. Mahkemeye göre önemli olan tüketici kitlesinin bakış açısıdır. Tüketici kitlesi işareti belirli bir mal veya hizmettin kaynağı olarak görürse bu işaret marka olabilir. Bir başka deyişle tüketici markayı gördüğünde cins isimle markayı karıştırmıyorsa marka ile mal veya hizmet arasında bağ kurabiliyorsa işaret ayırt edici niteliktedir. Bu durumda işaret marka olarak kullanılabilir. Ayrıca mahkemeye göre booking.com Dünya'da tek ve yeknesak bir alan adıdır. Başka hiçbir teşebbüs bu alan adını kullanamaz. Son olarak tüketicilere yönelik anket araştırmaları da mahkeme kararını etkilemiştir. Bu araştırmalarda tüketiciler booking.com'u, rezervasyon anlamında cins isim olarak değil, belirli bir mal veya hizmette ilişkin marka olarak görmüştür. Dolayısıyla bu kararla birlikte jenerik ifadeler .com kullanımıyla birlikte marka olabilecektir.

İncelememiz bağlamında alan adının, aynı zamanda marka olarak korunabileceğini kabul ediyoruz. Ancak her alan adının marka olarak tescil edilmemesi gerektiğini düşünüyoruz. Cins isim + .com'dan oluşan markalar ise kanımızca doğrudan tescilli marka olarak korunmamalıdır. Çünkü bu tip ifadeler, ilgili sektörde sıklıkla kullanılan ifadelerdir. Marka korunması bu ifadelerin günlük hayatta kullanılmasına mani olacaktır. Örneğin süt.com diye bir alan adı, marka olarak tescillenirse mandıralar, süt ifadesini kullanamayacaktır. Burada cins isimli markaların koruma sınırının diğer markalara göre daraltılması ve karıştırılma ihtimali konusunda daha keskin ve ağır koşulların aranması akla gelebilir. Ancak bu yaklaşım da ihtilafların doğmasına engel olmayacaktır. Ayrıca cins isimlerin marka olarak korunması rekabet ortamını da bozacaktır.

Booking.com davasında tespit ettiğimiz asıl sorun, alan adı ile marka hukuku arasındaki etkileşimden doğmaktadır. Bizim görüşümüze göre bir alan adı, geniş kitlelere hitap ediyor diye

her zaman marka olarak korunmamalıdır. Burada önem arz eden nokta alan adının ayırt edilebilir ve kaynak gösteren bir işaret olup olmadığıdır. Kanımızca alan adı, toplumun çok büyük kısmı tarafından marka olarak algılanırsa, kayda değer bir ayırt edicilik kazandıysa ve sicilde açık kesin şekilde gösterilebilirse marka olarak korunabilir. Bu istisnai ve ispatı zor durum dışında tescilli marka olarak korunmamalıdır.

Kaynakça

Arkan, S. (1997). Marka Hukuku C.1. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları

Arkan, S. (2019). Ticari İşletme Hukuku. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü Yayınları

Ayhan, R. ve Çağlar, H. (2018). Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar. Ankara: Yetkin Yayınevi

Ayhan R., Çağlar H., Yıldız B. ve İmirlioğlu D. (2021). Sınai Mülkiyet Hukuku. Ankara: Adalet Yayınevi

Bouchoux, D. (2017). Intellectual Property. New York: Delmar, Cengage Learning.

Bozgeyik, H. (2019). Marka Hakkının Korunması. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık

Caselaw.findlaw, United States Court of Appeals, Federal Circuit, (2009). IN RE: HOTELS.COM, L.P., No. 2008-1429, Decided: July 23, 2009. https://caselaw.findlaw.com/us-federal-circuit/1155088.html adresinden erişildi. (E.T. 28.03.2021)

CaseText. (1976). Abercrombie & Fitch Company v. Hunting World, Incorporated 537 F.2d 4 (2d Cir. 1976). https://casetext.com/case/abercrombie-fitch-co-v-hunting-world-inc adresinden erişildi. (21.02.2021)

Case Text. United States District Court, E.D. Virginia, Alexandria Division. (2017). Booking.com B.V. v. Matal, 278 F. Supp. 3d 891, 918 (2017) https://casetext.com/case/bookingcom-bv-v-matal-2 adresinden erişildi. (E.T.: 21.03.2021)

Çağlar, H. (2015). Marka Hukuku. Ankara: Adalet Yayınevi

Çağlar H. (2019). Yargı Uygulamaları Işığında Marka Olarak Tescil Edilemeyecek İşaretler (Mutlak ve Nisbi Ret Nedenleri). Türkiye Adalet Akademisi, Fikri Mülkiyet Hukuku Çalıştayı Bildiriler Kitabı. 19-22 Aralık 2019, (s.175 – 196), Ankara

Dinwoodie B. G. ve Janis D. M. (2020). Trademarks and Unfair Competition Law and Policy. Aspen: Casebook Series

Dutfield G. ve Suthersanen U. (2008). Global Intellectual Property Law. Cheltenham: Edward Elgar

International Trademark Association (INTA) (2019). Trademark Strength. https://www.inta.org/fact-sheets/trademark-strength/ adresinden erişildi. (E.T.12.01.2021)

Justia US Law. US Court of Appeals for the Federal Circuit. (2007). In Re Reed Elsevier Properties Inc, 482 F.3d 1376 (Fed. Cir. 2007) 12.04.2007 https://law.justia.com/cases/federal/appellate courts/F3/482/1376/497156/ adresinden erişildi. (E.T. 30.03.2021).

Justia US Law. U.S. Supreme Court. (2020). Patent and Trademark Office v. Booking.com B.V., 591 U.S.(2020), s.9. U.S. Supreme Court,

https://supreme.justia.com/cases/federal/us/591/19-46/#tab-opinion-4267766) adresinden erişildi. (E.T.: 21.03.2021)
Karan, H. & Kılıç, M. (2004). Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat. Ankara: Turhan Kitabevi.
Kılıçoğlu A. (2020). Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar. Turhan Kitabevi: Ankara
Oğuz, A. (2019). Markanın Hükümsüzlüğü ve İptali, Türkiye Adalet Akademisi, Fikri Mülkiyet Hukuku Çalıştayı Bildiriler Kitabı, 19-22 Aralık 2019, (s.197 – 220) Ankara
Poroy, R. ve Yasaman, İ. H. (2012) Ticari İşletme Hukuku. İstanbul: Vedat Kitapçılık
Poroy, R. ve Yasaman, İ. H. (2019) Ticari İşletme Hukuku. İstanbul: Vedat Kitapçılık
Sarı O. (2020). Marka Hakkı Edinme Süreci Türk ve ABD Hukuku Bağlamında. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
Savaş T. ve Saygın M. (2019). Marka Tescil Süreci. Ankara: Seçkin Yayınevi
Seville, C. (2009). E.U. Intellectual Property And Policy. Cheltenham: Edward Elgar Pubishing
Stim R. (2007). Patent, Copyright & Trademark. California: Nolo Publishing.
Suluk C., Karasu R., Nal T. (2020). Fikri Mülkiyet Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
Tekinalp, Ü. (2012). Fikri Mülkiyet Hukuku. İstanbul: Vedat Kitapçılık
United States Patent and Trademark Office. (2020). Protecting Your Trademark Enhancing Your Rights Through Federal Registration, https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/BasicFacts.pdf adresinden erişildi. (E.T.:19.03.2021)
United States Court of Appeals for The Fourth Circuit. (2019) Booking.Com B.V. vs USPTO, No. 17-2458. United States Court of Appeals for The Fourth Circuit, https://www.ca4.uscourts.gov/opinions/172458.P.pdf adresinden erişildi. (E.T.:23.03.2021)
United States Patent and Trademark Office. (2021). Strong Trademarks. https://www.uspto.gov/trademarks/basics/strong-trademarks. adresinden erişildi. (E.T: 31.03.2021)
USPTO. (2020). Examination Guide 3-20 Generic.com Terms after USPTO v. Booking.com October 2020
Uzunallı, S. (2019). Marka Hukuku. Ankara: Adalet Yayınevi
Ülgen H., Helvacı M., Kaya A. ve Nomer Ertan N. F. (2020). Ticari İşletme Hukuku. İstanbul: Vedat Kitapçılık
Warda M. (2000). How to Register Your Own Trademark. Napperville: Sphinx® Publishing
Yasaman İ. H., Altay A., Ayoğlu T., Yusufoğlu F. ve Yüksel S. (2004). Yasaman İ. H. (ed). Marka Hukuku Cilt 1. İstanbul: Vedat Kitapçılık

EKONOMİ CEZA HUKUKUNDA CEZASIZLIĞI GÖRMEK

Dr. Öğretim Üyesi. Özgür TAŞDEMİR*
Ankara Üniversitesi
ORCID NO: 0000-0001-5327-1822

Öz

Ekonomi ceza hukukunda, hukuk düzeninin etkinliğinin sağlanması ve yolsuzluklarla mücadele için odaklanılması gereken ama çoğu zaman gözden kaçırılan çok yönlü sorunlardan biri cezasızlıktır. İnsan hakları ihlalleri açısından kullanılan cezasızlık kavramı, beyaz yakalıların büyük şirketler aracılığıyla gerçekleştirdiği hak ihlallerinin cezasız kalması da göz önüne alınarak yeniden ele alınmalıdır. Ekonomi ceza hukukunda cezasızlığın, insan hakları ihlallerindeki görünümünden bile daha yaygın olabileceği belirtilmektedir. Böylelikle ticaret ve insan hakları (*business and human rights*) ayrı bir bağlantı noktası olarak karşımıza çıkar. Uluslararası şirketlerin yol açtığı insan hakları, çevre, sağlık, gıda rekabet gibi alanlardaki ihlallerle sıkça karşılaşılır. Bu doğrultuda ekonomik suçlar söz konusu olduğunda karşı karşıya kalınan başka bir büyük sorununsa etkin soruşturma yapılamaması olduğu ileri sürülmektedir. Beyaz yakalı failler hakkındaki olumlu önyargılar, ekonomik suçların saptanmasındaki güçlük ve dolayısıyla uzmanlaşmış birimlere duyulan gereksinim, bu suçların kaleme alınış biçimindeki muğlaklıklarla, öngörülen cezaların görece hafifliği irdelenmelidir. Bu çalışmada ekonomi ceza hukukunda cezasızlık, uluslararası şirketler ve onların beyaz yakalı çalışanları açısından irdelenecektir. Cezasızlığın nedenleri incelenecek ve bu olguyu engellemeye yönelik hukuksal çareler değerlendirilecektir. Ekonomik suçlarla mücadelede, bilinen geleneksel görüşlerin dışına çıkılması gerektiği söylenebilir. Bu doğrultuda uzmanlaşmaya odaklanılmasına, gelişen teknolojinin kullanılmasına ve uluslararası alanda işbirliğinin arttırılmasına, ticaret ve insan haklarının bir arada düşünülmesine gereksinim vardır.

Anahtar Kelimeler: İnsan Hakları, Ticaret, Cezasızlık, Ekonomik Suçlar, Yolsuzluk, Beyaz yaka(lı) suçululuğu

SEEING IMPUNITY IN THE ECONOMIC CRIMINAL LAW

Abstract

Impunity is one of the versatile problems of economic criminal law that need to be stayed focused for ensuring the effectiveness of economic criminal law and for the fight against corruption, but often escaped from the attention. The concept of impunity is conceptualised as human rights

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adalet Meslek Yüksekokulu, Ceza İnfaz ve Güvenlik Hizmetleri Programı, Dr. Öğretim Üyesi, Orcid Id: 0000-0001-5327-1822, (kucuktasdemir@ankara.edu.tr)

violations, but it should be reconsidered by the aspect of fundamental rights violations committed by white-collar workers or through large international companies. It is stated that impunity in economic criminal law may be even more common than state violation of human rights. Thus, "Principles on Business and Human Rights" appear as an essential connection point. Violations in areas such as human rights, environment, health, food and competition caused by international companies are frequently encountered. In this context, another main problem facing the economic criminal law is the inability to conduct an effective investigation. Optimism bias about white-collar offenders, the need for specialized units because of the difficulty in detecting economic crimes, and the relative lenient punishment envisaged for them should be examined. In this study, impunity in economic criminal law will be discussed in terms of large international companies and their white-collar employees. The causes of impunity will be examined and legal remedies to prevent this phenomenon will be evaluated. It can be said that in the fight against economic crimes, it is necessary to avoid looking at from traditional perspectives. As a conclusion, there is a need to focus on specialization, international cooperation, and to consider business and human rights together.

Keywords: Human Rights, Business, Impunity, Economic crimes, Corruption, White-collar crimes

1. GİRİŞ

Ceza hukuku, kendi tarihsel gelişim çizgisi içinde üretim ve mübadele ilişkilerinden doğrudan etkilenmiş, ekonomik düzenin tasarımında ve yeniden yapılandırılmasında önemli roller üstlenmiştir.[1] 18.yüzyılda ticari kapitalizmin egemenliği, başta hırsızlık olmak üzere malvarlığına karşı suçları yeniden biçimlendirmiş, bir yüzyıl kadar sonra sanayi devrimi idari cezalar ile "*mala prohibitum*" suçları ortaya çıkarmıştır. Bu tarihsel akışta, ikinci sanayi devrimiyle birlikte ve "bilişim çağının" arifesinde çağımız, ekonomi ceza hukukunun doğuşuna tanıklık etmiştir.[2] Günümüzün piyasa ekonomisi sistemleri ceza veya idari yaptırım yoluyla yönlendirilmektedir.[3] Ekonomi ceza hukukunun doğuşuna ve gelişimine, beyaz yaka suçluluğu, bilişim suçları gibi kavramlar eşlik eder. Kapitalizmin gelişimine paralel bir biçimde, ekonomi ceza hukukuna ait yeni kavramlarla ve alt alanlara karşılaşmamız olanaklıdır. Yeni kavramsallaştırmalar arasında da çalışmanın devamında ele alacağımız, içtihat hukuku kaynaklı, şirket cezasızlığı (*corporate impunity*), şirket şiddeti (*corporate violence*), ticaret ve insan hakları (*business and human rights*)

[1] Engle, Karen, "*Anti-Impunity and the Turn to Criminal Law in Human Rights*", **Cornell Law Review**, V.100, 2015, (ss.1069- 1128), s. 1077

[2] Hashesh Adham, "*The Criminal Entrepreneu: Rethinking Business Crime in Global Legal Context*", Dissertation Thesis, Chairperson: Prof. Michael H. Hoeflich, University Of Kansas School of Law, 2015, s.19

[3] Tiedemann, Klaus, **Ekonomi Ceza Hukuku**, Çev. Ayşe Nuhoğlu, Seçkin, Ankara, 2017, s.31

belirgin bir biçimde öne çıkmaktadır. Kanımızca bu kavramların her biri cezasızlık olgusuyla bağlantılıdır.

Günümüzde sıklıkla kullanılmaya başlanan "cezasızlık", muğlak bir kavramdır.[4] Bu özelliğine karşın cezasızlık terimi, uluslararası insan hakları hukukunda son yıllarda çokça başvurulan, hukuksal tanımı bakımından üzerinde henüz öğretice uzlaşılamamış ve gelişmekte olan bir kavram da olsa, özü itibariyle cezadan vareste veya muaf kalınmasını açıklar.[5] 1990'lı yılların başından beriyse, insan hakları hareketi cezasızlıkla mücadeleyle özdeşleşmiştir.[6] "Cezasızlık" dendiğinde, çoğunlukla insanlığa karşı suçlar, işkence, adam öldürme ve yaralama gibi suçlardan, bir biçimde ceza almadan sıyrılan kamu görevlileri akla gelmektedir. Türkiye'de de cezasızlık bağlamında kamu görevlilerine ve insan hakları ihlallerine odaklanıldığı görülebilir.[7] Bu durum kanımızca, kamuoyunun şiddet içeren suç fiillerine fazlasıyla eğilmesine karşın, çok daha büyük maddi zararlara yol açan beyaz yaka suçluluğuna yeterince önem vermemesinden kaynaklanmaktadır.[8] Gerçekten de cezasızlık dendiğinde kamu görevlilerinin yol açtığı insan hakkı ihlalleri zihinlerde ilk elde belirirken, cezasız kalan ekonomik suçlar göz ardı edilmektedir. Çoğunlukla, negatif statü haklarının ihlalinde gündeme gelen cezasızlık kavramı, beyaz yakalı faillerin şirketler aracılığıyla gerçekleştirdiği hak ihlallerinin azımsanmayacak derecede cezasız kalması göz önüne alındığında, ekonomi ceza hukuku boyutuyla tartışılır duruma gelmektedir.[9]

Genellikle insan hakları söz konusu olduğunda, açılan davalarda ve kurulan hakikat komisyonlarında[10] medeni ve politik haklara, kişi özgürlüğüne ve güvenliğine ilişkin ihlaller değerlendirilmekte, ekonomik ve sosyal haklar çoğunlukla es geçilebilmekte, negatif ve pozitif statü haklarının kullanmalarını engelleyebilecek yolsuzluklar, tabiri caizse halının altına süpürülebilmektedir.[11] Buna karşın, insan hakkı ihlallerinin temelini yolsuzlukların ve yozlaşmanın oluşturduğu bilinmektedir. Yolsuzluğun temelindeyse ekonomi ceza hukukuyla yaptırıma bağlanan fiiller yer alır. Gerçekten de insan hakkı ihlallerinin yoğun olduğu rejimlerde,

[4] Jorge E. Vinuales, "*Impunity: Elements for an Empirical Concept*", **Law & Ineq.**, V.25, 2007, (ss.115-145), s.125

[5] Bkz. Şirin, Tolga, "*Türkiye'de Cezasızlık Sorunu ve Anayasa Mahkemesi*", **D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C.21, Özel Sayı, 2019, (ss.1-31), s.1

[6] Engle, s.1070

[7] Örneğin bkz. Şirin, s. 6 vd.

[8] Araştırmacılara göre, ekonomik suçların içinde yer aldığı, beyaz yaka suçlarının yol açtığı zarar, sokak suçlarına (*street crimes*) göre yirmi kat daha fazladır. (Bkz. Cornick, Hal, "*Corporate Crime and non-punishment*", **Knowable Magazine**, 06.08.2020, (https://knowablemagazine.org/article/society/2020/how-should-we-punish-criminal-corporations), s.2

[9] Bu çalışmanın konusuyla doğrudan bağlantılı ve bir avukatın *yaşam öyküsünden* uyarlanan başarılı bir sinema filmi için bkz. *A Civil Action* (1998), (https://www.imdb.com/title/tt0120633/?ref_=fn_al_tt_1)

[10] 1974 ve 2004 yılları arasındaki otuz yıllık sürede dünya genelinde 34 hakikat komisyonu toplanmış, bunlardan ancak sadecce üçü ekonomik suçları, sosyoekonomik hak ihlallerini gündemine almıştır. (Carranza, Ruben, "*Plunder and Pain: Should Transitonal Justice Engage with Corruption and Economic Crimes?*", **The International Journal of Transitional Justice**, Vol. 2, 2008, (ss.310–330), s.315)

[11] Carranza, s.310

cezasızlık en az insan hakları ihlalleri kadar ekonomik suçlar için de söz konusudur; insan hakkı ihlalleri ile yolsuzluklar baskıcı rejimlerde birbirleriyle bağlantılı ve bağlıdır.[12] Nitekim uluslararası ekonomi ceza hukukunda yolsuzlukların, son yıllarda suç siyaseti açısından büyük önem kazandığı belirtilmektedir.[13] Örneğin bu tebliğinin sunumundan hemen sonra Avrupa Birliği'nde, Birliğin bütçesine zarar veren ekonomik suçları soruşturmakla yetkilendirilmiş Avrupa Birliği Savcılığı görevine başlamıştır.[14] Aynı tarihlerde, Amerika Birleşik Devletlerinde Biden yönetimi, ulusal ve küresel ölçekte yolsuzlukla mücadeleye ilişkin bir "ulusal güvenlik bildirisi" ortaya koymuştur.[15]

Bu çalışmada ekonomi ceza hukukunda cezasızlık olgusu üç yönüyle incelenecektir. Birinci yönüyle, kapitalimin gelişimi ve tarihsel süreç içinde ekonomik suçlarla cezasızlık olgusunun bağlantısı, kriminolojideki kimi kavramlar aracılığıyla gözlemlenmeye çalışılacaktır. İkinci yönüyle beyaz yakalılar açısından cezasızlığın nedenleri irdelenecektir. Son olarak da beyaz yakalıların içinde yer aldığı ticari tüzel kişilikler olan şirketler odağa alınacak, bu odak çerçevesinde küreselleşme olgusuna ve uluslararası şirketlere değinilecektir. Günümüzde, şirket cezasızlığı (*corporate impunity*) konumuzla yakından ilgili ve çalışmanın devamında değerlendirilecek önemli bir kavramdır. Ulus-ötesi nitelik gösteren büyük şirketlerin gerçekleştirdiği başta insan hakları hukukuna ve çevre hukukuna ilişkin ihlallerin cezasız kalması, uluslararası toplumun gündemini meşgul etmeye başlamıştır. Büyük uluslararası şirketlerin Dünya geneline yayılımı, ekonomik suçlara yeni bir gözle bakmayı gerektirmektedir. Ne yazık ki ekonomi ceza hukukundaki cezasızlık, insan hakları ihlallerindeki görünümünden bile daha yaygın olabilir. Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde, ekonomi ceza hukukunda cezasızlık, Türkiye örneği üzerinden de incelenecek ve çalışmanın sonuç bölümündeyse bu olguyu engellemeye yönelik çeşitli savlarda bulunulacaktır. Altını çizmek gerekir ki ekonomik suçlarla mücadele, yolsuzluklarla savaşımın en önemli ama en çok es geçilen adımıdır.

2. EKONOMİ CEZA HUKUKUNDA CEZASIZLIK OLGUSU

3. Tarihsel Süreçte Ekonomik Suçlar ve Cezasızlık

Ekonomi ceza hukuku ile cezasızlık olgusunun bir arada anılabilmesinin arka planını veya başka bir anlatımla bağlamını, pek doğaldır ki kapitalizmin gelişim aşamalarına dair tarihsel süreç oluşturur. Bu süreç bizce tarihsel bir incelemenin yanı sıra, kriminolojide türetilen kavramların izinden gidilerek de takip edilebilir. Bu doğrultuda, bağlamsal değişimlerin, kriminolojideki üç kavramla izlenebileceğini düşünüyoruz: "kriminoloid" kavramı, beyaz yaka(lı) suçluluğu ve

[12] Bu bağlamdaki örnekler için bkz. Carranza, s.312 vd.
[13] Tiedemann, s.263
[14] Bkz. Deutsche Welle Türkçe, "*AB Savcılığı Görevine Başladı*", 01.06.2021, (https://p.dw.com/p/3uJBr)
[15] Bkz. Amerika'nın Sesi (VoA) "*Biden'dan Yolsuzluklarla Mücadeleye İlişkin Ulusal Güvenlik Bildirisi*, 03.06.2021, (https://www.amerikaninsesi.com/a/bidendan-yolsuzlukla-mucadeleye-iliskin-ulusal-guvenlik-bildirisi/5915422.html)

şirket suçları. Kriminolojinin bakış açısıyla ekonomik düzenle suçluluğun ilişkisi, 20.yüzyılında başında, Rockefeller gibi büyük iş adamlarının monopol oluşturan ticari faaliyetlerinin eleştirilmesiyle kurulmaya başlanmış, o yıllarda sosyolog E. A Ross, sahip oldukları nüfuzla fiili dokunulmazlık altında bulunan, doğrudan görünür olmadıklarından zarara uğrattıkları kamunun şüphesini dahi üzerlerine çekmeyen, iş dünyası liderlerini nitelendiren "*criminaloid*" kavramını ortaya atmıştır.[16]Aslında bu yıllarda dahi, henüz kavramlaştırılmasalar ve net bir biçimde dile dökülemeseler de ekonomik suçlarla cezasızlığın birbirleriyle koşutluğunun düşünürlerce sezildiği ileri sürülebilir. Bu aşamada henüz yönetici konumundaki sermaye sahipleri dikkatleri üstlerine yeni yeni çekmektedir.

Öte taraftan zamanla şirketler, ticari yaşama daha fazla egemen olup faaliyet alanlarının sayısını artttırıp, organizasyonlarının karmaşıklaşıp finansal hacimlerinin genişleterek kendi bürokrasilerini oluştururlar. Bu doğrultuda şunu da belirtmek gerekir ki bürokrasilerin sadece kamu sektöründe olduğunu düşünmek bir yanılgıdır; büyük özel teşebbüslerin bizzat kendisi zaten bürokratiktir.[17] Tam da bu noktada, 1940'lı yıllarda, E. Sutherland, faillerin içinde bulundukları organizasyonu ve bu organizasyondaki konumlarını merkeze aldığı, bulunulan konumun sağladığı olanaklar, yüksek statü ve güven aracılığıyla işlenen suç fiillerini irdelediği beyaz yaka suçluluğu kuramını ortaya atar.[18]Böylelikle o güne kadar toplumun alt gelir gruplarına dikkatlerini yoğunlaştırmış olan kriminologları derinden etkiler.

Üzerinde tam bir terim birliği sağlanamamış olmakla birlikte "beyaz yaka suçluluğu" (*White collar crime*) , Edwin Sutherland tarafından ilk ortaya atıldığı biçimiyle, toplumun meslek sahibi, zengin ve güçlü üst tabakaları tarafından gerçekleştirilen suç etkinlikleri olarak tanımlanmıştır.[19] Kriminolojide ve ceza hukukunda "beyaz yaka suçları" üzerinden tam bir terim birliği sağlanamadığı ve dolayısıyla kavramsal içeriği hala daha tartışmalı olduğundan ekonomik suçlar ile beyaz yaka suçlarının – oldukça fazla sayıda - kimi düşünür tarafından aynı anlamda kullanıldığı belirtilmelidir.[20] Kanımızca, kriminoloji boyutuyla daha geniş bir kümeyi temsil eden bir kavram olarak ele alınabilecek beyaz yaka suçluluğunun görünümlerinden biri de ekonomik suçlardır. Sutherland, çoğunlukla yüksek makamlarda bulunan bu kişilerin kendilerine ve bulundukları makama duyulan güveni kötüye kullanarak rahatlıkla suç işleyebildiklerinin, bu suçların ortaya çıkartılamadığının ve soruşturulmadığının altını çizer.[21]

[16] Siegel, Larry J., **Criminology**, 11th Edition, Wasworth, USA, 2012, s.457

[17] Katarani, Kojin, **Dünya Tarihinin Yapısı**, Üretim Tarzlarından Mübadele Tarzlarına, Metis, İstanbul, 2017, s.256. Kanımızca bu bağlamda "beyaz yakalı" sıfatı aynı zamanda "bürokrasi" kavramıyla birlikte düşünülmelidir.

[18]Gottschalk, Petter/ Gunnesdal, Lars, **White-Collar Crime in the Shadow Economy**, Lack of Detection, Investigation and Conviction Compared to Social Security State, Palgrave-MacMillan, SW, 2018, s.3 vd.

[19] Siegel, s.443

[20] Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz. Küçüktaşdemir, Özgür, **Ekonomik Suçlar Bağlamında Türk Ticaret Kanununda Düzenlenen Suçlar ve Cezalar**, Seçkin, Ankara, 2018.

[21] Treadwell, James, **Criminology**, Sage, UK, 2006, s.110

Neo-liberalizmin etkisiyle gelişmekte olan ülke piyasalarının, küresel ekonomisine serbest ticaret anlaşmalarıyla bütünleştirilmesi, kamu iktisadi teşebbüslerinin aceleyle özelleştirilmesi, finansal büyüklükleri birçok ülkenin milli hasılasından fazla olan ulus-ötesi şirketlerin ortaya çıkışı, gelişmekte olan ülke devletlerinin büyük şirketler üzerindeki denetimini zayıflatmış, insanların refahı, güvenliği ve ekolojik çevre serbest piyasanın ellerine bırakılmıştır.[22] Bulunduğumuz zaman diliminde küreselleşmenin geldiği noktada büyük küresel şirketler, organize ve mali gücü yüksek lobileriyle gelişmekte olan ülkelerin hükümetlerine etki edebilmektedir. Böylelikle kendi menfaatlerine yönelik yasal düzenlemelerin ortaya çıkmasını sağlayarak neredeyse tam bir serbestlik içinde, bulundukları ülkelerin doğal kaynakları ve insanlarının refahı aleyhine faaliyetlerini sürdürebilmektedirler. Üzücüdür ki uluslararası şirketlerin bu gücü, medyada, siyasette ve akademide söylemde kabul edilse de nadiren kamuoyu tarafından gözlemlenebilmekte ve anlaşılmaktadır.[23] Tam da bu doğrultuda kriminolojide kullanılan "şirket suçları" kavramına değinilmelidir. Bu kavram, şirket faaliyetleri sırasında gerçekleştirilen, ekonomik düzene, sağlığa ve çevreye ait yasal düzenlemeleri ihlal eden suç konusu fiilleri tanımlar.[24]

Belirtmek gerekir ki beyaz yaka suçluluğu ile şirket suçlarını ayrı biçimde ele almamızın iki nedeni bulunmaktadır. Öncelikle her iki kategoride de içinde yer alınan organizasyona ait bağlamın önemli olduğunun altını çizmek gerekir. Buna karşın düşüncemize göre, şirket suçlarında şahsi çıkardan ziyade şirket menfaatinin düşünülmesi onu ticari suçlar gibi diğer beyaz yaka suçlarından ayırıp, beyaz yaka suçluluğunun alt ve daha dar bir kategorisi yapar. Ayrıca beyaz yaka suçlarından farklı olarak, şirket suçlarının işlenmesinin temelinde, organizasyon içindeki sosyal bağların kuvvetli oluşu, yüksek seviyede adanmışlık ve içte hesap verilebilirlik yatmaktadır.[25] Vurgulamak gerekir ki şirket suçlarında, tikel olarak şirket içindeki bir makam/konumdan bireysel olarak fail yararlanmamakta, şirket organizasyonun kendisi, şirket menfaatine ve suç konusu fiil için harekete geçirilmektedir. Dolayısıyla şirket suçlarında, geleneksel suçlara nazaran, fail ile mağdur arasındaki fiziksel yakınlık son derece azdır; fark edilebilmeleri, fark edilseler dahi bu suçlardan zarar görenlerin karşılaştıkları durumla nasıl başa çıkabileceklerini öngörebilmeleri de aynı oranda güçtür.[26] Büyük bir şirketin karşısında bir birey, hele ki bu şirket küresel çapta faaliyet gösteriyorsa aynı bir devletin karşısında olduğu gibi hatta bundan da daha fazla korunmaya muhtaçtır. Tüm bu sayılanlara ek olarak her ne kadar eski bir

[22] Jochnik, Chris, "*Confronting the Impunity of Non-State Actors: New Fields fort he Promotion of Human Rights*", **Human Rights Quarterly**, V.21, 1999, (ss. 56-79), s.63 vd.
[23] Global Justice Now, "*Ending corporate impunity: The struggle to bring about a binding UN treaty on transnational corporations and human rights*", Briefing Paper, July 2018, (ss.1-8), s.2
[24] Bkz. Demirbaş, Timur, **Kriminoloji**, Seçkin, Ankara, 2016, s.287. 1990'lu yıllarda yapılan bir çalışmada, büyük şirketlerin lehine gerçekleştirilen, idari düzenlemelere uymama, yanlış kayıt tutma, vergi kaçırma, ürün ve iş güvenliğini sağlamama, çevreyi kirletme, adil olmayan ticari uygulamalarda bulunma gibi birçok eylem istatistiklere geçirilmiştir. (Slaper ve Tombs'dan aktaran Demirbaş, s.287)
[25] Gottschalk/Gunnesdal, s.8
[26] Demirbaş, s.288

tartışma da olsa, yatırım çekmek amacıyla büyük şirketlerle gerçekleştirilen özel tahkim anlaşmalarının da devletlerin şirketler üzerindeki otoritesini zayıflattığı belirtilebilir.[27] Bu da şirket içinde ekonomik suçları işlemeye elverişli bir ortamın doğmasına zemin hazırlayabilir. Görülebileceği üzere kriminolojideki kullanılan kavramlardan yola çıkarak, izini sürdüğümüz tarihsel gelişmelerin üçüncü ve son ayağını küreselleşme ile finansallaşma oluşturmaktadır.

Yukarıda sözü edilenlerin yanında, ulus-ötesi şirketlerin askeri rejimlerle, diktatörlüklerle ilişkileri ve dünyadaki çatışma alanlarındaki faaliyetleri hatırlatılmaıdır. Böylelikle kimi şirketler, devlet şiddetinden kar elde etmekte, para aklamada, kaçakçılıkta, istihbarat hizmeti vermekte işlev göstermektedir.[28] Büyük şirketlerin varlığına ve tüm bunlara ek olarak, istihbarat ve askeri alanda faaliyet gösteren şirketlerin ortaya çıması (*Örn. Blackwater*) ve bunların çeşitli ülkelerde -kimi zaman cezasızlık amacıyla- kullanımı, ticaret ve insan hakları kavramlarının daha yakın bir yörüngede konumlanmasına yol açmıştır. Bu bağlamda insan haklarının daha geniş bir biçimde ele alınmasına ve devletlerin yansıra şirketlerin de uluslararası insan hakları hukukunun kıstaslarıyla bağlı kılınmasına dair bir paradigma değişimi umulmaktadır.[29] Zira, serbest piyasanın neo-liberal kuramının kâr amacını kutsallaştırması, büyük uluslararası şirketler ile güvenlik şirketlerinin ortaya çıkışıyla birlikte düşünüldüğünde, insan hakları için ciddi bir tehdidi oluşturmaktadır.[30]

4. Ekonomik Suçlar ve Cezasızlık

5. a) Ekonomi Ceza Hukukunda Cezasızlığın Temel Nedenleri

Özelleştirmelerle devletlerin küçüldüğü ve faaliyet gösterdikleri birçok alanı özel girişimlere bıraktıkları, hatta küreselleşme karşısında ulus devletlerin geleceğinin bile tartışıldığı bir çağda, ekonomik suçlarla, özellikle de şirket suçlarıyla daha çok karşılaşılabileceği düşünülebilir.[31] Halbuki bu alanda, siyah sayıların arttığı düşünülmektedir. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde yapılan araştırmalar 1990'lı yıllara göre önemli bir ekonomik büyüme yaşanmasına karşın, ekonomik suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturmaların, aynı yıllarla

[27] The EU and The Corporate Impunity Nexus, Building the UN Bindin Treaty On Transnational Croporations and Human Rights, (https://www.tni.org/en/publication/the-eu-and-the-corporate-impunity-nexus)

[28] Ayrıntılı bilgi için bkz. Kaleck, Wolfgang/ Saage-Maas, "*Corporate Accountability for Human Rights Violations Amaounting to International Crimes*", **Journal oflnternational Criminnl Justice**, V.8, 2010, (ss. 699-724), s.703 vd.

[29] Rosemann, Nils, "*The Privatization of Human Rights Violations - Business' Impunity or Corporate Responsibility? The Case of Human Rights Abuses and Torture in Iraq*," **Non-State Actors and International Law** V.5, 2005, (ss.77-100).

[30] Bkz. Rosemann, s.93

[31] Bkz. Bittle Steven/Hebert Jasmine, "*Controlling Corporate Crimes in Time of De-regulation and Re-regulation*", **The Handbook of White Collar Crime**, (Ed. M.L. Rorie), Wiley, USA, 2020, (484-501)

kıyaslandığında azaldığını göstermiştir.[32] Hatta, bu durum, zengin elitlerin sefasını sürmekte olduğu, cezasızlığın altın çağı olarak nitelendirilmiştir.[33]

Yukarıda söz edilenler ışığında ve Türkiye örneğinde TUİK verileri değerlendirildiğinde, Türk Ceza Kanunu'nda "Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar" başlığı altında yer alan suçlardan açılan kamu davalarının sayısının diğer suçlarla karşılaştırıldığında son derece düşük rakamlarda kaldığı ve bilhassa diğer özel yasalarda yer alan ekonomik suçlarla ilgili açılan davaların sayısının son derece az olduğu gözlemlenebilir. Örneğin, Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan suçlar için TUİK görüldüğü kadarıyla istatistiklerinde ayrı bir başlık bile açmamıştır.[34] Buna ek olarak Türkiye'nin zaten ekonomik suçlar dışarıda bırakılsa dahi genel olarak yüksek cezasızlık oranlarına sahip ve bu durumuyla küresel ölçekte çarpıcı bir ülke olduğu bilinen bir gerçektir.[35]

Tüm bunların yanı sıra ekonomik suçlarda cezasızlığı önlemenin başat koşullarından biri de "cezasızlık" kavramının net bir biçimde açıklanmasından geçiyor olabilir. Böylelikle pozitif hukuk boyutuyla nasıl bir sorunla karşı karşıya kalındığı açık bir biçimde kavranabilir. Ne var ki cezasızlık kavramının net bir hukuksal tanımı yoktur. Buna karşın, pozitif hukuk yönünden cezasızlık kavramı, İnan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi içtihatlarında, soruşturmaya re'sen ve darhal başlanılmadığı, soruşturmanın tarafsız ve bağımsız yapılmadığı, etkili delillerin toplanamadığı, soruşturmanın makul bir özenle ve süratle gerçekleştirilmediği, savcılık kararlarının denetime kapalı bulunduğu ve yasal düzenlemelerdeki caydırıcı cezaların noksan olduğu durumları kapsar.[36]

"*Business & Human Rights Resource Centre*" gibi ticaret ve insan hakları alanında çalışan kuruluşlar ekonomik suçlara ait siyah sayılardaki artışı ve cezasızlık olgusunu yaratan koşulları özetle şu biçimde açıklar:[37]

- Büyük şirketler ve bu şirketlerin yöneticileri ile kimi çalışanları, şirketleri aracılığıyla arkalarına aldıkları saklı devlet desteğiyle davacıları/şikayetçileri ve onların avukatlarını çeşitli mali yollarla baskılayabilmekte, kimi zaman üstü kapalı tehditlere ve hatta şiddete dahi başvurabilmektedir.

- Yasal düzenlemelerdeki noksanlıklar ve muğlaklıklar, beyaz yakalı faillerin mesleki bilgileri ile şirketlerin geniş mali olanaklarıyla edindikleri profesyonel hukuksal

[32] Amerika Birleşik Devletleri üzerinden yapılan bir çalışma için bkz. Hobbes, a.g.m, s.1 vd.
[33] Bkz. Hobbes, a.g.m., s.2
[34] Bkz. TUİK Adalet İstatistikleri (http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt_id=1070); Bu duruma ilaveten, içtihat veri tabanlarından ekonomik suçlara ilişkin yüksek mahkeme içtihatları taranabilir. Bu tebliği sunmadan önce yaptığım araştırmalarda çok az sayıda ekonomik suç fiiline ilişkin yüksek mahkeme içtihadına ulaşabildim. Bunların da kahir ekseriyeti haksız rekabet fiilleriyle ilgiliydi.
[35] Ortega Juan/ Lara, Gerardo, **Global Impunity Dimensions,** CESIJ, 2017, s.9 ve 44
[36] Şirin, s.6
[37] Bkz. Business & Human Rights Resource Centre, "*Corporate Impunity is Common & Rmediy for Victims is rare, Corporate Legal Accounability*", Annual Briefing, (https://www.business-humanrights.org/en/new-briefing-corporate-impunity-is-common-remedy-for-victims-is-rare)

yardımlarla birleştiğinde, yasal süreçler, ekonomik suçlarda bir cezasızlık aracına dönüşmektedir.

- Şirket faaliyetleri çerçevesinde gerçekleştirilen insan hakları ihlalleri diğer suç fiillerine göre daha önce değinildiği üzere çok daha az soruşturulmaktadır; soruşturulanlar arasından çok azı içinse kovuşturma aşamasına geçilebilmekte, çok çok daha azı içinse bir ceza yaptırımına hükmedilmektedir. Öyle ki sonunda bir yaptırımla sonuçlanan ekonomi ceza hukukuna ilişkin davalar istisnai bir görünüm sunmaktadır.

- Ek olarak belirtmek gerekir ki yukarıda sayılan nedenlerle şirket faaliyetlerinden zarar görenler bazı durumlarda ceza davalarından daha etkin ve hızlı hukuksal çareler sunabilecek hukuk davalarından da bekledikleri yararları elde edememekte ve kişilik haklarını özel hukuk yaptırımlarıyla da koruyamamaktadır.

Çalışmanın bu bölümüne kadar değinilen tüm konulardan her biri ayrıntılı bir irdelemeye gereksinim gösterir ve dolayısıyla her biri ayrı bir çalışma konusunu oluşturabilir. Yine de bu çalışma boyunca başvurduğumuz ekonomik suçlara ilişkin kriminolojik ve hukuksal çalışmalar, açıklamaya değer kimi sonuçlara varmamız için yeterlidir. Ekonomi ceza hukukunda cezasızlık olgusunu, basamaklar halinde üç aşamada inceleyebiliriz. Birinci basamağı beyaz yakalı failler ve onların yer aldığı toplumsal bağlam oluştur. İkinci basamakta bir adım daha çıkar ve beyaz yakalı faillerin, içinde yer aldıkları organizasyona odaklanabiliriz. Bu organizasyon kamu veya özel herhangi bir tüzel kişiliğe ait olabilir; yeter ki bürokratik bir yapı göstersin. Çalışmamızın odağında kâr amacı güden tüzel kişiler yer almaktadır. Şirket organizasyonuna da iki sütün üzerinden yaklaşılabilir. Bu sütunlar şirket kültürü[38] ve organizasyonunun kendi yapısıdır. Sonuncu ve en yukarıdaki basamağıysa izlenen suç siyaseti oluşturur. Bu basamakların her birinin birbirlerine eklemlenmiş bir döngü oluşturduğu da söylenebilir.

5. b) Beyaz Yakalı Failler ve Cezasızlık

Ekonomik suçlar söz konusu olduğunda ortaya çıkan cezasızlık durumunun ilk basamağında veya başka bir anlatımla temelinde, daha önce de değinildiği üzere beyaz yakalı faillerle içinde bulundukları sosyo-ekonomik konum yer alır. Onların beyaz yakalı sıfatları gereği, eğitimli ve varlıklı insanlar olmaları, haklarında olumlu bir algının oluşmasına yol açar. Sosyoekonomik konumlarının ve/veya mesleklerinin onlara bahşettiği saygınlık, resmi mercileri de etkileyecektir.[39] Diğer taraftan suç konusu fiillerinin şiddet içermemesi, haklarındaki olumlu önyargının yanına hoşgörüyü de ekler. Çeşitli ülkelerde savcıları muhatap alarak yapılan kriminoloji çalışmalarıyla, beyaz yaka suçluluğunun onlar tarafından dahi ciddi bir sorun olarak

[38] Tam da bu noktada değinmek gerekir ki, yargı organlarında alt kültür gruplarına karşı, onlara daha ağır yaptırım uygulanması eğilimlerini içinde barındıran bir önyargı gözlemlenirken, şirketten şirkete değişmekle birlikte fazlasıyla yozlaşabilecek "şirket kültürü" es geçilmektedir. (Konuyla ilgili olarak bkz. Hobbes, s.9)

[39] Konuyla ilgili örnekler için bkz. Hobbes, s.5 ve 7.

görülmediği, adli makamların önüne çıkan beyaz yakalılara diğer suçlulara göre çok daha özenli ve hoşgörülü yaklaşıldığı anlaşılmıştır.[40]

Beyaz yakalılar içinde daha fazla mali güce ve siyasal nüfuza sahip olan ve bu özellikleriyle çekirdek bir grubu oluşturan ekonomik elitlere de işaret edilmelidir. Zira ekonomik elitler, siyasi aktörlerle karşılaştırıldıklarında gözler önünde değil de arka planda kalır, sosyal düzenin şekillenmesindeki doğrudan etkilerine karşın, siyasi elitlere göre kamuoyunca neredeyse hiç fark edilmezler.[41]

Her ne kadar failleri hakkındaki algı çok daha olumlu da olsa, önemle belirtmek gerekir ki beyaz yaka suçluluğunun bir ülkeye maliyeti, her alanda sokak suçlarından çok daha fazladır.[42] Nitekim, beyaz yaka suçları, ekonomik düzeni doğrudan etkiler, ekonomiye ve hükümete güveni sarsar, mevcut kurumları yozlaştırır; Amerika Birleşik Devletleri'nde bu suçların ekonomide yol açtığı zararın yıllık 660 milyar dolar olduğu tahmin edilmektedir.[43] Buna karşın yine ABD'de ekonomik suçların etkin soruşturulamadığı eleştiri konusu yapılmaktadır.[44]

5. c) Şirketler ve Cezasızlık

Beyaz yaka suçluluğunun bir başka görünümü de şirket suçlarıdır.[45] Bu doğrultuda içtihat hukuku kaynaklı şirket cezasızlığı (*corporate impunity*) kavramı ekonomi ceza hukukunda karşımıza çıkan, hatta uluslararası toplumun da gündeminde olan sorunları niteler. Uluslararası şirketlerin sahip oldukları büyük maddi olanaklar, her türlü hukuksal yardımdan yararlanmalarının önünü açtığı gibi, kamu görevlileri üzerinde nüfuz kurmalarına da neden olmaktadır. Bu durum şirketlerin yol açtığı insan hakları, çevre, rekabet vb. ihlallerden zarar görenlerle aralarında adalete erişim konusunda şirketler lehine açık bir eşitsizliğe yol açar.[46] Şirketlerin sahip olduğu geniş, karmaşık, şeffaf olmayan iç organizasyonları, yol açılan ihlallerin sorumlularının bulunmasını da güçleştirmektedir. Bu nedenlerle çağımızda ticaret ve insan hakları (*business and*

[40] Siegel, s.459

[41] Kaleck/Saage-Maass, Kaleck, Wolfgang/ Saage-Maas, "*Corporate Accountability for Human Rights Violations Amaounting to International Crimes*", **Journal oflnternational Criminnl Justice**, V.8, 2010, (ss. 699-724), s.718

[42] Siegel, s.443; 8'inci dipnotta, 20 kat daha fazla olduğunu belirtmiştik.

[43] Siegel, s.443

[44] Hobbes, Micheal, "Golden Age of White Collar Crime – Elite lawbreaking is out of control. This is the grotesque story of an existential threat to American society" **HuffPost Highline**, 10.01.2020, (https://www.huffpost.com/highline/article/white-collar-crime/), s.9

[45] Siegel, s.457. Şirket suçları öğretide, "*corporate crime*" veya "*organizational crime*" olarak adlandırılabilmektedir.

[46] Örneğin, gerçek hayattan uyarlanan ve kanımızca her hukukçunun izlemesi gereken "*Civil Action*" adlı filmde bu durum başarılı bir biçimde anlatılmaktadır.

human rights) önemli bir bağlantı noktası olarak belirmektedir. Bu bağlamda Birleşmiş Milletler yol gösterici ilkeler yayımlamakta[47] ve çeşitli BM kararları üzerinde çalışılmaktadır.[48]

Beyaz yaka suçları sadece ekonomik zarara yol açmakla kalmaz; sınai faaliyetlere ilişkin kimi güvenlik standartlarına aykırılıklara, çevrenin kirletilmesine, iş kazalarının meydana gelmesine, insanların mal ve can güvenliklerinin tehlikeye düşmesine de zemin hazırlar. Bu gibi durumlar, şirket şiddeti (*corporate violance*) olarak tanımlanmaktadır.[49] Şirket şiddeti kaynaklı suç fiillerinde de cezasızlık olgusuyla karşılaşılır. Bu bağlamda örneğin, günümüz büyük şirketlerinin karmaşık organizasyon yapısı, iş kazaları sonucu ortaya çıkan ölüm veya yaralanmalardan, varsa kimlerin taksirli olarak sorumlu tutulabileceğini saptamamızı güçleştirmektedir.[50] Kimi zamansa sorun çok daha karmaşıklaşmakta, şirketler, taşeronlarını perde arkasından yöneterek, sorumluluktan kurtulmaktadır.[51]

Batı ülkelerinde, şirket suçları hakkında yapılan kimi araştırmalarda bu suçların soruşturulmasındaki güçlüklerin nedenleri ve paralelinde ekonomik suçlardaki cezasızlığın boyutu aşağıdaki unsurlar üzerinden özetle sıralanabilir[52]:

- Şirket suçları beyaz yakalı suçluluğun bir görünümü olduğundan, adi suçlara göre toplumsal yaşamın içinde daha az görünür olmakta ve bu durum ekonomik suçlarla ilgili kamuoyunda hassasiyet yokluğuna yol açmaktadır.

- Kamuoyu hassasiyetinin az olması, devlet otoritelerinin bu suçlara gereken önemi vermeyip bu suçlarla ilgili tutarlı bir suç siyaseti belirlememesine kapı aralar.

- Ekonomik suçlar, beyaz yakalı suçluluğun bir görünümü oldukları ve işlenmeleri belirli bir uzmanlık gerektirdiği için, güçlükle saptanıp ihbar veya şikâyet edilebilmektedir.

- Kimi zaman siyaset veya devlet otoriteleri büyük şirketler ve yöneticileriyle yakın ilişki kurduklarından gereken yasal düzenlemeleri hayata geçirmeyebilmekte veya hukuk insanları üzerinde baskı kurabilmektedirler.

[47] Bkz. Guiding Principles on Business and Human Rights, (https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf)

[48] Şirket cezasızlığıyla ilgili üzerinde çalışılan BM çözüm ve anlaşmaları için bkz. Challenging corporate impunity: First draft of a treaty on corporate human rights obligations" (https://www.ciel.org/challenging-corporate-impunity-first-draft-tnc-treaty/)

[49] Siegel, s.443

[50] Bkz. Bittle, Steven, "*In the Land Of Corporate Impunity: Corporate Killing Law in the United States"*, **Journal of White Collar and Corporate Crime**, V.1, N.2, 2020, (ss. 131-139).

[51] Kaleck/Saage-Maass, s.717

[52] International Corporate Accountability Roundtable (ICAR) / Amnesty International, **The Corporate Crimes Principles, Advancig Investigations and Prosecutions in Human Rights Cases**, October 2016, (www.commercehumanrights.org)

- Ekonomik suçlardan, özellikle şirket suçlarını soruşturacak adli makamlar, şirketlerin sahip olduğu büyük finansal güç ve bu güce dayanan nüfuzları dolayısıyla kariyerlerini tehlikede, kendilerini ise baskı altında hissedebilmektedir.
- Şirket suçları, diğer suçlara nazaran işlenmelerindeki karmaşıklık ve ortaya çıkarılabilmeleri için başta mali olmak üzere üst düzey uzmanlıklara gereksinim göstermeleri nedeniyle etkin bir biçimde soruşturulamamakta, soruşturma dosyaları hızlıca kapanmaktadır.
- Şirket suçlarında, somut gerçeği ortaya çıkartabilmek hukuk alanı dışında çeşitli uzmanlıklara ciddi derecede sahip olmayı, geniş kaynakları ve bilgiyi kullanmayı gerektirmektedir.
- Soruşturmayı yapacak savcıların ve emirlerindeki adli kolluğun gerekli uzmanlığa sahip olmaması zaman kaybına neden olmakta ve bu durum da soruşturma sırasında somut gerçeğin ortaya çıkartılması için anahtar konumda olan delillerin şirket yetkilileri tarafından karartılmasına olanak sağlamaktadır.
- Şirket suçlarını ortaya çıkartabilecek deliller, şirketlerin tasarrufunda bulunmakta, şirket uzmanları halihazırda bir soruşturma başlamadan önce hangi delilleri karatabileceklerini soruşturma makamlarından daha iyi bilmekte daha çabuk davranabilmektedirler.

- Ekonomik suçlarda delilleri ortaya çıkartmak, disiplinlerarası bilgiyi gerektirdiği gibi, yoğun bir kriminalistik uzmanlığı dayatmakta, finansal hareketlerden, telekomünikasyona, şirketin belgelerinden yazışmalarına, şirketin mali yapısından organizasyonuna çok yönlü, kapsamlı bir araştırmayı zorunlu kılmaktadır.
- Şirketler, faaliyetlerini hukuk kurallarını kötüye kullanarak veya hukuk kurallarını dolanarak gerçekleştirmek konusunda, edindikleri mali güçle tuttukları uzmanların yardımıyla yeteneklere kavuşmaktadır.
- Şirketler büyüdükçe ve uluslararası nitelik kazandıkça, soruşturulmaları, ilgili şirketin farklı ülkelerde farklı hukuk sistemlerine tabi çeşitli şube ve merkezleri bulunabileceğinden ayrıca güçlük arz edebilmektedir.
- Bir uluslararası şirket, başka bir ülkede faaliyet gösterdiğinde, o ülkedeki işletmesinin içini uygulanacak idari veya adli para cezalarının etkisiz kılmak amacıyla başka bir ülkedeki organizasyonuna kaydırabilmekte, yetkililerini kendi ülkesine kaçırabilmektedir.
- Uluslararası şirketlerin hukuksal yaptırımlara maruz kalması kimi durumlarda ilgili ülkeler arasında kanunlar ihtilafına neden olabilmektedir.

- Uluslararası büyük şirketler, faaliyette bulundukları gelişmekte olan ülkelerin, henüz tam olarak kurumsallaşmamış hukuk sistemlerindeki eksiklikleri kendi çıkarlarına kullanabilmektedirler.
- Kimi zaman uluslararası şirketler, kendi ülkelerinin hükümetlerini arkalarına alıp gerçekleştirdikleri yasal olmayan faaliyetlerin soruşturulmasını siyasi baskıyla engelleyebilmektedirler.
- Şirket suçlarında, şirket yöneticilerinin kastını ortaya koymak, yeterli delile ulaşılamaması ve şirket organizasyonunun belirli bir art niyetle karmaşık bir biçimde oluşturulması nedeniyle çoğu zaman mümkün olmayabilmektedir. Bunda şüpheden sanık yararlanır ilkesi karşısında, beyaz yakalı failler için duyumsanan toplumda ve dolayısıyla yargı makamlarındaki olumlu önyargılar da etkilidir.
- Şirket suçlarının ortaya çıkartılmasında, şirket çalışanları önemli tanıklardır. Buna karşın, işlerini kaybetmekten veya büyük şirketlerin siyasi ve ekonomik nüfuz sahibi yöneticileri tarafından kötülüğe maruz bırakılmaktan korkmaktadırlar.

5. d) Suç ve Ceza Siyaseti Karşısında Cezasızlık

Suç sosyolojisinin bakış açısıyla beyaz yaka suçları veya ekonomik suçlar, hukuk ve siyasetin, meşrulukla gayrimeşruluğun kesişim kümesinde konumlanan, ticari faaliyetlerin kötüye kullanımından, özel alanda gerçekleşmesine rağmen kamu düzenini etkileyen, ceza yaptırımını gerektiren ağırlığa ulaşmış haksızlıklardan oluşur.[53]Beyaz yaka suçları, hileden (*deceit*) ve iktisadi faaliyetlere ilişkin güven ihlallerinden (*violation of trust*) oluşan fiilleri barındırmakta olup, belirtildiği üzere şiddet içermemeleriyle diğer suçlardan ayrılırlar. Zira genellikle mesleki bir bilginin veya makamın kullanılmasıyla gerçekleştirilirler. Bu sayede kolaylıkla gözlerden saklanabilirler. Öte taraftan bu suçlar, ekonomik düzen içinde varlık kazanan, bu yüzden de "*mala prohibutum*" nitelik gösteren fiillerin cezalandırılmasıyla bir hukuk sistemi içinde yer aldıklarından ve şiddet de içermediklerinden, toplumu oluşturan bireylerin gündelik hayatında etkilerini doğrudan göstermezler. Zira gözlemlenmeleri de belirli bir bilgi gerektirdiğinden toplum tarafından çok az farkına varılan suçlar olarak kalırlar.[54] Bu bilinçsizlik, bir önceki başlıkta da değinildiği üzere, bu suçlarla mücadeleyi ortaya koyacak tutarlı bir suç siyasetinin güdülmesinde, hükümetleri kayıtsızlığa ve atalete sevk eder. Beyaz yaka suçları ve her ne kadar aynı anlamda kullanılsa da bizce, beyaz yaka suçluluğunun bir alt görünümünü oluşturan

[53] Hashesh, s.
[54] Treadwell, s.110

ekonomik suçlar, yeni tarihli fenomenlerdir.[55] Bundan kaynaklı, müphemlik ve toplumsal farkındalık yoksunluğu, ekonomik suçların ilgili yasalarda kaleme alınışlarından soruşturma ve kovuşturulmalarına kadar birçok kesite sirayet eder. Tüm bu nedenlerle, ekonomik suçlarla mücadelede *proaktif* değil maalesef *reaktif* (tepkisel) kalındığı söylenebilir.[56]

Beyaz yakalı suçlular kriminologlarca incelendiğinde, nüfuz sahibi bu kişilerce halihazırdaki etkinliklerinin yasal düzenlemeler dışında kalmasına çabalayabildikleri veya ilgili düzenlemelerin karmaşık bir dille kaleme alınması için lobi yapıp uğraştıkları gözlemlenmiştir.[57] Kaldı ki, ekonomik suç fiilleri, klasik suçlarla karşılaştırıldıklarında gerçekten de ticari yaşamın gereklilikleri çerçevesinde yeni doğmuş davranış kurallarından oluşur. Bu davranış kuralları da çoğu zaman teknik ve karmaşık bir yapı sunar. Genel olarak bu davranış kuralları, suç olarak tipikleştirildikleri süreç öncesinde, başka bir alana ait -örneğin özel hukuk gibi- bir hukuk normu olarak doğmuş, sonradan ve son çare olan ceza yaptırımıyla donatılmıştır. Bu yüzden ekonomik suçlar, çoğunlukla bulundukları alana ilişkin yasada zaten hükme bağlanan davranış kurallarını ayrıca ceza yaptırımına bağlayan, kanunilik ilkesine uygun bir biçimde ve özenle kaleme alınmamış atıf normlarıyla oluşturulur; haliyle kıyasa varabilecek geniş yorumlara eğilim sunan, genel kavramlar barındırabilirler. Çünkü yollamada bulunarak ceza yaptırımına bağladıkları hüküm, biraz önce de belirttiğimiz gibi daha en başından bir özel hukuk normu ya da ilgili alan ait bir norm olarak düzenlenip kaleme alınmıştır.[58] Bu durum ekonomi ceza hukuku normlarında kanunilik ilkesinin yaşama geçirilmesi ve yorum yöntemlerinin kullanımı bakımından ciddi zorluklar ortaya çıkarmaktadır. Tüm bu sözü edilenlere belirli bir örnek oluşturması bakımından, 29 Nisan 2021 tarihli ve 7318 sayılı "Vergi Usul Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ile vergi kaçakçılığı suçunun düzenlendiği VUK'un 359'uncu maddesine eklenen (ç) bendi gösterilebilir.[59]

[55] Giddey, Thibaud, "*The Institutionalization of the fight against white-collar crime in Switzerland, 1970-1990*", **Business History**, 2020, (ss.1-26), (https://doi.org/10.1080/00076791.2020.1856077), s.2

[56] Siegel, s.458

[57] Bu konu hakkında ve bu bağlamda ABD'den bir örnek için bkz. Brow, Stephen/ Esbesen, Finn-Aege /Geis, Gilbert, **Criminology**, Explaining Crime and Its Context, Anderson Publishing, USA, 444 vd.

[58] Küçüktaşdemir, s. 548. Ayrıca örnek için bkz. Türk Ticaret Kanunu, Sermaye Piyasası Kanunu.

[59] Bu uzun bendin rahatça okunması dahi güçtür. VUK 359/ç: "*Hazine ve Maliye Bakanlığınca yetkilendirilmediği halde, ödeme kaydedici cihaz mührünü kaldıran, donanım veya yazılımını değiştiren veya yetkilendirilmiş olsun ya da olmasın ödeme kaydedici cihazın hafıza birimlerine, elektronik devre elemanlarına veya harici donanım veya yazılımlarla olan bağlantı sistemine ya da kayıt dışı satışın önlenmesi için kurulan elektronik kontrol ve denetim sistemleri veya ilgili diğer sistemlere fiziksel veya bilişim yoluyla müdahale ederek; gerçekleştirilen satışlara ait mali belge veya bilgilerin cihazda kayıt altına alınmasını engelleyen, cihazda kayıt altına alınan bilgileri değiştiren veya silen, ödeme kaydedici cihaz veya bağlantılı diğer donanım ve sistemler ya da kayıt dışı satışın önlenmesi için kurulan elektronik kontrol ve denetim sistemleri veya ilgili diğer sistemler tarafından Hazine ve Maliye Bakanlığı veya diğer kamu kurum ve kuruluşlarına elektronik ortamda iletilmesi gereken belge, bilgi veya verilerin iletilmesini önleyen veya bunların gerçeğe uygun olmayan şekilde iletilmesine sebebiyet verenler üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*"

Ekonomi ceza hukukunda cezasızlık olgusuyla karşılaşılmasının önemli bir diğer nedeni, ekonomik suçlar için öngörülen yaptırımların diğer suçlara nazaran daha hafif kalması olabilir. Ekonomi ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler gündeme geldiğinde, iş dünyasının "*ekonomik suça ekonomik ceza*" söylemine sığındığına dikkat çekilmelidir.[1] Öngörülen cezaların hafifliği, hükümlerin yorumlanmasındaki güçlükler ve ilgili fiillerin saptanmalarındaki zorluk, faillerinin beyaz yakalı olması, ilgili makamları bu suçları soruşturmada ve kovuşturmada isteksiz davranmaya itiyor olabilir. Diğer yandan öngörülen cezaların hafifliği, ekonomik suçların yardımcı norm olarak ortaya çıkmadıkları durumlarda, genel-özel norm ilişkisi çerçevesinde faillerinin temel ceza yasalarında daha ağır ceza öngörülmüş suç fiilleri yerine, özel yasalarda ekonomik suç olarak düzenlenmiş ve daha hafif bir cezayla yaptırıma bağlanmış suç fiillerinden yargılanmalarına neden olmakta, belki de siyaseten ekonominin işleyişi uğruna tacirlere tabiri caizse üstü kapalı bir ayrıcalık tanınmaktadır. Bu sav için en başarılı örneği, Türk Ticaret Kanunu'nun 562'nci maddesindeki suçlar oluşturmaktadır. Halbuki beyaz yaka suçluluğunun kontrolü ve dolayısıyla ekonomik suçlarla mücadelede saç ayaklarından birinin genel önleme olduğu (*deterrence*) ileri sürülmektedir.[2] Ne var ki ekonomik suçlar için öngörülen cezalar hafif kalınca, Türk hukuku üzerinden örneklendirirsek, failler için, önödeme, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kamu davasının açılmasının ertelenmesi ya da hapis cezasının ertelenmesi gibi kimi kurumlara başvurmak olanaklı duruma gelmektedir. Bu durumun da ne kadar caydırıcılık sağlayacağı okurun takdirindedir.

Ekonomik suçları soruşturacak uzman adli kolluk ile yetişmiş savcıların bulunmaması, bu tip ihlalleri yargılayacak uzmanlaşmış mahkemelerin kurulmaması da cezasızlığın bir başka önemli nedeni olarak karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten de daha 1970'li yıllardan itibaren, Almanya, İsveç ve İngiltere vb. ileri düzeyde sanayileşmiş ve gelişmiş Avrupa ülkelerinde beyaz yakalı suçlulukla mücadelede gerekli yargı reformlarının yapılması, uzmanlaşmış birimlerin kurulması için düşünceler ortaya atılmıştır. Örneğin İngiltere'de 1987 yılında yolsuzlukla mücadele için "*Serious Fraud Office*" yaratılmıştır.[3] Ekonomik suçların ortaya çıkartılması, soruşturulması ve kovuşturulması ileri seviyede teknik bilgi gerektirir ve dolayısıyla karmaşıktır. Bu yüzden uzmanlaşmış kolluk birimlerinin, savcılıkların ve mahkemelerin kurulması gerektiği ileri sürülür.[4] Örneğin son yıllarda bu doğrultuda Ukrayna yolsuzluğa karşı özel bir yüksek mahkeme kurmuştur.[5]

[1] Konuyla ilgili tartışma ve söylemler için bkz. TOBB, **Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu**, 30 Nisan-1 Mayıs 2005, Ankara, TOBB Yayınları NO: 2005-25

[2] Siegel, s.459. Diğeri de "compliance"dır. (Siegel, s.459). "Compliance programları" hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tiedemann, s.33

[3] Batı ülkeleri ve özellikle de İsviçre'nin beyaza yakalı suçlulukla mücadelesinin kısa tarihçesi için bkz. Giddey, s.3 vd.

[4] Bkz. Giddey, s.6 vd.

[5] Bkz. Interfax-Ukraine, "*Law on High Anti-Corruption Court Comes Into Force*", 14.06.2018, (https://en.interfax.com.ua/news/general/511967.html)

Kıta Avrupası olmak üzere birçok ülkede tüzel kişilerin, dolayısıyla ticari tüzel kişi olan şirketlerin cezai sorumluluğu bulunmamaktadır. Bu durum, büyük ve ulus-ötesi şirketlerin karmaşık organizasyon yapısında yer alan faillerin saptanmasındaki zorluklar göz önüne alındığında ekonomik suçlarda cezasızlığın nedenlerinden biri olarak görülebilir. Buna karşın, İçtihat Hukuku ülkelerinde, şirketlere uygulanan adli para cezalarının caydırıcılığının şüpheli olduğu, haksız yere hisse sahiplerini etkilediği, gözetim ve hukuka uyum (*compliance*) programlarının suçu önlemede daha etkin kılınabileceği ileri sürülmektedir.[6]

6. CEZASIZLIĞI ÖNLEMEDE ULUSLARARASI ÇABALAR

Yolsuzluklar ve de yozlaşma tarihin her aşamasında vardı. Günümüzde yozlaşmanın ve yolsuzlukların öncüllerinden, hatta görünümlerinden biri de ekonomik suçlardır. Buna ek olarak küreselleşme ve oluşumuna yol açtığı büyük uluslararası şirketler yozlaşmanın yayılımı için yeni mecralar yaratmış ve sorunu küresel niteliğe kavuşturmuştur. Nasıl ki uluslararası çabalar, köleliğin yasaklanmasından, açık denizlerde korsanlığın önüne geçilmesine ve günümüzdeyse uyuşturucu kaçakçılığı gibi kaçakçılık fiillerinin engellenmesine yoğunlaştıysa, bir zaman geldiğinde, yolsuzlukların da bunlara eklemlenen son öğe olacağı öngörülebilir.[7]Zaten bu yönde adımlar da halihazırda atılmaktadır. Bu adımların bir örneğini, 1997 tarihli OECD "Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesi" oluşturur.[8] Yolsuzlukların ve yozlaşmanın yüz yüze gelinen sorunsalın bir bölümünü veya görünümünü oluşturduğu ileri sürülebilir. Kanımızca bu noktada altı çizilmesi gereken olgu, büyük uluslararası şirketlerin Küre boyunca gerek ticari yaşamda gerekse de toplumsal yaşamın diğer alanlarında (örn. büyük teknoloji şirketleri gibi) giderek daha fazla kudrete ulaşmalarıdır.
Bu bağlamda küreselleşmenin yan etkileriyle karşılaştığımızı söylemek yanlış olmaz. Uluslararası şirketlerin elde ettiği büyük nüfuz, gelir dağılımındaki adaletsizlikler, ekolojik çevredeki tahribat, pozitif statü haklarına yeniden gözlerin çevrilmesine neden olmuştur. Böylelikle, insan hakları savunucuları, insan hakları hareketi içinde, ekonomik suçlarda cezasızlıkla mücadeleye yoğunlaşırlar veya başka bir biçimde söylersek yoğunlaşmalıdırlar.[9] Sistemsel bir sorunla karşılaşılmaktadır. Bu yüzden ekonomik ve sosyal hakları vurgulayanların, kapitalist sistemin sınırları içinde malvarlığı, şirket ve sözleşme rejimlerini temelden değiştirmek yerine, sadece bu

[6] Conick, Hal, "*Corporate Crime and non-punishment*", **Knowable Magazine**, 06.08.2020, (https://knowablemagazine.org/article/society/2020/how-should-we-punish-criminal-corporations), s.6
[7] Grabosky, Peter, "*Globalization and White-Collar Crime*", **The Criminology of White Collar Crime**, (Ed.Sally Simpson/David Weisburd), Springer, USA, 2009, (ss.129-152), s.139
[8] Sözleşme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Küçüktaşdemir, Özgür, "Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesi ve Türkiye", **5. Türk – Kore Ceza Hukuku Günleri Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Tebliğler** – C: II, 2020, (ss.1783-1810)
[9] Engle, s.1122

sistemin aşırılıklarını giderme çabası gösterebildiklerini akılda tutmak gerekir.[10]Yine de insan haklarının daha geniş bir çerçevede yorumlanması, sosyal ve ekonomik haklara gereken önemin verilmesi gerektiği, devlet odaklı paradigmanın terk edilerek dikkatlerin şirketlere, finansal kurumlara, üçüncü taraf devletlere çevrilmesinin ve hesap verilebilirliklerinin sağlanmasının küresel boyutta bir çabayı zorunlu kıldığı açıktır.[11]

Sözü edilen nedenlerle ve pek doğaldır ki ulus-ötesi şirketlerin artan gücü karşısında, şirketlerin faaliyetlerinin uluslararası sözleşmelere ve bunlara dayanan ulusal yasalarla kıstas altına alınıp küresel bir harmoniyle düzenlenmesi gerektiğinin altı çizilmekte, ulus-ötesi şirketlerin uluslararası hukukun muhatabı haline getirilmesi önerilmektedir.[12] Günümüzde bu doğrultuda, bağlayıcı olmamakla birlikte -*soft law*- kimi uluslararası sözleşmelere ve kılavuz ilkelere rastlanabilir. İnsan hakları ve uluslararası şirketler bağlamında, ihtiyari anlaşmalara (*voluntary agreements*) dayanan uluslararası metinler arasında: 2000 tarihli BM Küresel Taahhüdü *(UN Global Compact*), kimi Uluslararası Çalışma Örgütü (*ILO*) sözleşmeleri sayılabilir.[13]Bu metinlere ek olarak suçtan elde edilen malvarlıklarının geri alınmasını ilkesel hale getiren BM Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi'ne (*UN Convention Against Corruption* -UNCAC) değinilebilir.[14] Öte yandan yukarıda sözü edilen Sözleşmelerin, uygulama ve bağımsız denetimlerinin gerçekleştirilemediği hatırlatılmalıdır.[15]

Bu metinlerin yanında konuyla ilgili genel ilke ve esasları içeren, karşılaşılan olguyla ilgili geniş bir çerçeve çizen kılavuz ilkelerle karşılaşırız. Bunlar arasında, 1976 tarihli OECD Çok Uluslu Girişimler için Kılavuz İlkeler (*The OECD Guidelines for Multinational Enterprises*), 2011 tarihli BM Ticaret ve İnsan Hakları Üzerine Kılavuz İlkeler (UN Guiding Principles On Business and Human Rights-UNGPs) sayılabilir. Örneğin, BM Ticaret ve İnsan Hakları Üzerine Kılavuz İlkeler, şirketlerin insan haklarına saygılı faaliyet göstermesine vurgu yapar ve devletlerin bunu teşvik edecek, güvence altına alacak gerekli hukuksal çareleri ortaya koymasının altını çizer.[16] Yukarıda sözü edilen tüm bu uluslararası çalışmaların, ekonomik suçlarda cezasızlığı önleyebileceğini söylemek güçtür. Karşıt bir sav olarak, asıl önemli olanın ağır insan hakkı ihlallerinde cezasızlığın önlenmesi olduğu öne sürülebilirse de insan hakkı ihlalleriyle sıklıkla anılan ülkeler, aynı zamanda, yolsuzluğun ve dolayısıyla ekonomik suçların da yoğun olarak gözlemlendiği ülkelerdir.

[10] Engle, s.1123
[11] Bkz. Rosemann, s.99 vd.
[12] Jochnik, s.66
[13] Global Justice Now, s.5
[14] Carranza, s.319
[15] Rosemann, s.95
[16] Bkz. UN Human Rights Office of the High Commissioner, **Guiding Principles on Business and Human Rights**, Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework, UN New York and Geneva, 2011, s.1 ve 8.

Değinmek gerekir ki cezasızlık, salt bireylerin temel hak ve özgürlüklerine karşı bir tehlike oluşturmaz. Yüksek cezasızlık oranları, sosyoekonomik farkları arttırmakta, yasa önünde eşitliği ortadan kaldırmakta, ekonomik gelişimi baltalamakta, yabancı yatırımcı çekmeyi engelleyici etkiler yaratmaktadır.[17] Ekonomik suçlarda ortaya çıkan cezasızlık hem özel sektörde hem de devlette yolsuzluklara neden olabilmektedir. Böylelikle yozlaşma ve yolsuzluk hem şirketlerin hem de devletlerin bünyesinde bir ur gibi yayılmaktadır. Hatırlamak gerekir ki şirket yöneticilerinin şirket faaliyetleri üzerinde geniş bir takdir yetkisi bulunur, bu kişilerin her zaman yetkilerini kötüye kullanarak büyük maddi kazanımlara ulaşmaları olanaklıdır; diğer yandan yöneticilerin faaliyetlerini gözlemlemek ve denetlemek ciddi anlamda uğraş ve buna bağlı olarak yüklü bir maliyete yol açar.[18] Bu yüzden sadece devlete ve üst düzey kamu görevlileri ile siyasetçilere odaklanmak, yozlaşmaya neden olan bataklığın büyük bir bölümünü göz ardı etmektir.

7. SONUÇ

Ekonomi ceza hukukunda, cezasızlık olgusuyla sıklıkla karşılaşılıyor oluşu, liberal kapitalizmin noksanlarından biridir[19] ve bunun önüne geçmek çok boyutlu bir yaklaşımı zorunlu kılmaktadır. Bu sorun, sosyal, ekonomik, uluslararası, ulusal, cezai, idari ve hukuksal boyutlarıyla ele alınabilir. Ekonomik suçlarda cezasızlık sorunu toplumsal boyutuyla ele alındığında genel olarak cezasızlıkla mücadelede, sosyal yaklaşımlara, ekonomide kalkınmaya önem veren, vatandaşlarının hukuksal çarelere kolaylıkla erişebildiği, kendi hakları konusunda bilinçli ve kuvvetli bir orta sınıftan oluşan toplumlara sahip devletlerin daha başarılı olduğu dile getirilmektedir.[20]Bu doğrultuda, kamuoyundaki farkındalığın arttırılması, sivil toplum örgütlerinin ve basının ekonomik suçlara ilişkin olayların üzerine daha çok gitmesi, ilk elde önerilebilir. Şeffaflıktan ve hesap verilebilirlikten söz edilebilmesi için kuvvetli ve bağımsız bir basın, bilinçli bir toplum, bağımsız ve tarafsız bir yargı üç önemli saç ayağı olarak belirmektedir. Ekonomik suçlar ve yolsuzluklar konusunda küresel toplumun farkındalık kazanması da bu gerekliliklere içkindir.

Ekonomi ceza hukukunda, cezasızlığın önüne geçebilmek uluslararası ve ulusal düzeyde hesap verilebilirlik mekanizmalarının geliştirilmesine, bu bağlamda kimi maddi ve hukuksal sorunların giderilmesine bağlıdır. Kanımızca bu sorunlarından giderilmesinde uluslararası topluma başvurulması en önemli çarelerimizden biri olabilir. Çünkü uluslararası antlaşmalarla ekonomi ceza hukukunda terim birliği ve farklı hukuk sistemleri arasında küresel ölçekte bir uyum sağlanabilirse ulus-ötesi şirketlerin faaliyetleri etkin bir biçimde denetlenebilir. Bu bağlamda,

[17] Ortega/Lara s.8
[18] Argandona, Antonio, Corruption: the corporate perspective, Business Ethics: A European Review, V.10, N.2, 2001, (ss.163-175), s.166
[19] Giddey, s.18
[20] Ortega/Lara, s. 13

özellikle uluslararası düzeyde, ILO ve OECD'nin kıstasları dışında, şirketleri bağlayıcı -*soft law* niteliği taşımayan- sosyal ve çevresel ölçütlerin belirlenmesi ve hata bunun için uluslararası yargı mekanizmalarının kurulması düşünülebilir.[21] Kanımızca uluslararası insan hakları mekanizmaları, yolsuzluğu ve sosyoekonomik hak ihlallerini, kimi ekonomik suçları da görev alanları içine almalı, bunları insan hakları ihaleleriyle beraber değerlendirmeli veya yolsuzlukla mücadelede uzmanlaşmış uluslararası mahkemeler tasarlanmalıdır.[22] Bu doğrultuda nasıl ki 19.yüzyılda kölelikle mücadele için veya 20.yüzyılda 2.Dünya Savaşı sonrasında insan hakkı ihlallerinin yargılanması için uluslararası mahkemeler kurulduysa "Dünya İş ve İnsan Hakları Mahkemesinin" (World Court on Business and Human Rights) kurulması da ortaya atılmaktadır.[23] Sosyal ve ekonomik hakların da odağa koyulduğu daha geniş bir insan hakları bakış açısıyla konu düşünüldüğünde, Uluslararası Ceza Mahkemesinin sadece soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçunu değil ulus-ötesi şirketlerce işlenen kimi ekonomik suçları da görev alanına alması savunabilir.[24] Uluslararası ceza hukukunda şirketlere ceza sorumluluğu getirilmesinin savunulmasındaki nedenlerden biri de bu savdır.[25]

Ekonomik suçlardaki cezasızlık sorununa, ceza hukuku dışında daha geniş bir çerçeveyle ama ulusal düzlemde bakılabilir. Ekonomik düzeni tehdit eden anti sosyal ticari davranışlarla savaşımda idari yaptırımların daha etkin olabileceğini, bağımsız düzenleyici denetleyici kuruluşların hukuka aykırılıklara daha çabuk tepki verebileceğini düşünebiliriz. Zira ekonomi ceza hukuku, klasik ceza hukukundan ve alışılmış suç politikası ilkelerinden ayrılan, ikincil ve katmanlara ayrılmış bir hukuk dalıdır.[26] Kanun koyucu, ticari davranış kurallarını ceza yaptırımına bağlarken eli sıkı davranmalı, önüne çıkan sorunları idari yaptırımlarla çözmeye çalışmalı ve ceza hukukuna son çare olarak başvurması gerektiğinin bilincinde olmalıdır.

Konu tazminat hukuku yönüyle irdelendiğinde, yabancı bir şirketin faaliyet gösterdiği ülke veya ülkelerde, o ülkelerin imzacı olduğu bir uluslararası antlaşmaya aykırı davranması durumunda, haksız fiili o ülkede gerçekleştirilmese bile faaliyet gösterdiği herhangi bir imzacı ülkede dava edilebilmesine vesile olan, ABD'deki ATCA (*Alien Tort Claims Act*) benzeri düzenlemeler ilham vericidir.[27] Zaten ekonomi ceza hukukunu ilgilendiren olayların büyük bir bölümünün hukuk mahkemelerinde yargılandığı, tarafların amaçlarına hukuk mahkemelerinde daha kolay ulaştıkları belirtilmektedir.[28]

---

[21] Kaleck/Saage-Maass, s.710
[22] Bu bağlamda bkz. Carranza, s.328 vd.
[23] Bkz. Gallegos, Luis/ Uribe, Daniel, "*The Next Step against Corporate Impunity: A World Court on Business and Human Rights?*," **Harvard International Law Journal**, V.57, 2016, (http://www.harvardilj.org/2016/07/the-next-step-against-corporate-impunity-a-world-court-on-business-and-human-rights/)
[24] Hashesh, s.114
[25] Mc Gregor, s.497
[26] Tiedemann, s.136
[27] Kaleck/Saage-Maass, 703 ve 710
[28] Tiedemann, s.35

Tüm bunların yanında, şirket ana/esas sözleşmelerine (TTK md.339), bu doğrultuda, özellikle ve de önemle şirketlerin iç yönergelerine (TTK md.371) yoğunlaşılmalıdır.[29] Kanımızca iç yönergeler, aynı zamanda şirket yönetiminde keyfiliği önleyebilecek, sorumluların saptanmasında kullanılabilecek etkin bir mekanizmanın yaratılmasında işlev görebilir. Bu doğrultuda yönetim ve temsil yetkileri açıklıkla ve şeffaflıkla ele alınabilir. Dolayısıyla temsil veya yönetim yetkilerinin devri durumunda Türk Ticaret Kanunu'nun 367 ve 371'inci hükümleri uyarınca bu konuları içeren iç yönergeyle, şirket organizasyonunun net bir biçimde ortaya serilmesi sağlanabilir. Diğer taraftan, Anayasa ve özel hukuk yaklaşımının ticaret hukuku alanında da değerlendirilmesi akla getirilebilir. Temel hakların özel hukuktaki yatay etkisi göz önüne alınıp, özel hukuk kurallarının Anayasanın dayandığı temel esaslar ve haklar çerçevesinde yorumlanmasına özen gösterilebilir; böylelikle Anayasanın kapsayıcı anlamı benimsenebilir.[30]Bizce bu, ticaret ve insan hakları (*business and human rights*) yaklaşımıyla da uyum gösterecektir.

Ekonomik suçlardaki cezasızlıkla, ceza hukuku boyutuyla yüzleşmede asli öncelik, kanaatimizce, savcılıklara ve kolluğa, konuyla ilgili derinlemesine uzmanlık kazandırılması, bu suçlara ilişkin özel mahkemelerin kurulmasıdır. Dikkat edilirse, ekonomik suçlarda cezasızlığın ortaya çıktığı ve düğümlendiği eksen, bu suçların soruşturma aşamasıdır. Bu nedenle diğer disiplinlerden, yasal düzenlemeler yapılırken etkin bir biçimde yararlanılması gerekmektedir. Diğer yandan ekonomik suçlarla mücadelede bir bilgi sistemi kurulması savunulmaktadır.[31] Bu uğurda, büyük veri *(big data*) gibi yeni teknolojilerin ve uygulamaların kullanılmasının üzerinde durulmalıdır.[32] Ekonomik suçlarla mücadelede etkin pişmanlık hükümlerinin kullanılması da değerlendirilebilir. Kanımızca bu doğrultuda, Türk Ceza Hukukunda belirli suçlar için öngörülen etkin pişmanlık hükümlerinin, ortaya çıkartılmaları uzmanlık isteyen ve bu nedenle de son derece güç olan kimi ekonomik suçlar için genişletilmesi, bu tür suçların cezasının arttırılmasına paralel olarak göz önüne alınabilir. Ekonomik suçlar için öngörülen cezaların, "ekonomik suça ekonomik ceza" söylemiyle sınırlandırılmasındansa, aslen caydırıcılığı sağlayabilecek ağırlıkta olması gerektiği de hatırlanmalıdır.

Ekonomi ceza hukuku, ceza hukukunun diğer alanlarına göre daha genç bir alan olduğundan birçok sorunla yüzleşmektedir. Bunlardan biri de çalışma boyunca irdelenen ve de ekonomi ceza hukukunda özenle üzerinde durulması gereken ama çoğu zaman gözden kaçan cezasızlık

[29] Böylelikle, temsil ve yönetim yetkisine sahip olanların keyfiliğinin önlenebileceği ve risk değerlendirmeleri yapılabileceği düşüncesindeyiz. (Ayrıca bkz. Gülgeç, Yahya Berkol, "*Türk Hukukunda Anonim Şirket Esas Sözleşmesinin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri*", **Ankara Barosu Dergisi**, 2019/3, (ss.41-94), s. 85

[30] Boyar, Oya, **Anayasa ve Özel Hukuk**, On İki Levha Y., İstanbul, 2019, s.19

[31] Demirbaş, s.290

[32] Bkz. Urban, Mike, "*Big Data analytics in the fight against financial crime",* **bobsguide**, December, 18, 2014, (https://www.bobsguide.com/articles/big-data-analytics-in-the-fight-against-financial-crime/)

olgusudur. Kanımızca ekonomi ceza hukukunun temel problemleri buradan bakıldığında daha rahat anlaşılabilir.

KAYNAKÇA

Bittle Steven/Hebert Jasmine, (2020), "*Controlling Corporate Crimes in Time of De-regulation and Re-regulation*", **The Handbook of White Collar Crime**, (Ed. M.L. Rorie), Wiley, USA, (484-501)

Bittle, Steven, (2020), "*In the Land Of Corporate Impunity: Corporate Killing Law in the United States"*, **Journal of White Collar and Corporate Crime**, V.1, N.2, (ss. 131-139)

Boyar, Oya, (2019), **Anayasa ve Özel Hukuk**, On İki Levha Y., İstanbul

Brow, Stephen/ Esbesen, Finn-Aege /Geis, Gilbert, (2018), **Criminology**, Explaining Crime and Its Context, Anderson Publishing, USA

Carranza, Ruben, (2008), "*Plunder and Pain: Should Transitonal Justice Engage with Corruption and Economic Crimes?*", **The International Journal of Transitional Justice**, Vol. 2, (ss.310–330)

Conick, Hal, (2020) "*Corporate Crime and non-punishment*", **Knowable Magazine**, 06.08.2020, (https://knowablemagazine.org/article/society/2020/how-should-we-punish-criminal-corporations)

Demirbaş, Timur, (2016), **Kriminoloji**, Seçkin, Ankara

Engle, Karen, (2015), "Anti-Impunity and the Turn to Criminal Law in Human Rights", **Cornell Law Review**, V.100, (ss.1069- 1128)

Gallegos, Luis/ Uribe, Daniel, (2016), "*The Next Step against Corporate Impunity: A World Court on Business and Human Rights?*," **Harvard International Law Journal**, V.57, (http://www.harvardilj.org/2016/07/the-next-step-against-corporate-impunity-a-world-court-on-business-and-human-rights/)

Giddey, Thibaud, (2020), "*The Institutionalization of the fight against white-collar crime in Switzerland, 1970-1990*", **Business History**, (ss.1-26), (https://doi.org/10.1080/00076791.2020.1856077

Global Justice Now, (2018) "*Ending corporate impunity: The struggle to bring about a binding UN treaty on transnational corporations and human rights*", Briefing Paper, (ss.1-8)

Gottschalk, Petter/ Gunnesdal, Lars, (2018), **White-Collar Crime in the Shadow Economy**, Lack of Detection, Investigation and Conviction Compared to Social Security State, Palgrave-MacMillan, SW

Grabosky, Peter, (2009), "*Globalization and White-Collar Crime*", **The Criminology of White Collar Crime**, (Ed.Sally Simpson/David Weisburd), Springer, USA, (ss.129-152)

Gülgeç, Yahya Berkol, (2019), "*Türk Hukukunda Anonim Şirket Esas Sözleşmesinin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri*", **Ankara Barosu Dergisi,** (ss.41-94)

Hashesh Adham, (2015), "*The Criminal Entrepreneu: Rethinking Business Crime in Global Legal Context*", Dissertation Thesis, Chairperson: Prof. Michael H. Hoeflich, University Of Kansas School of Law

Hobbes, Micheal, (2020), "*Golden Age of White Collar Crime* – Elite lawbreaking is out of control. This is the grotesque story of an existential threat to American society" **HuffPost Highline**, 10.01.2020, (https://www.huffpost.com/highline/article/white-collar-crime/)

Jochnik, Chris, (1999), "*Confronting the Impunity of Non-State Actors: New Fields fort he Promotion of Human Rights*", **Human Rights Quarterly**, V.21, (ss. 56-79)

Jorge E. Vinuales, (2007), "*Impunity: Elements for an Empirical Concept*", **Law & Ineq**., V.25, (ss.115-145)

Kaleck, Wolfgang/ Saage-Maas, (2010), "*Corporate Accountability for Human Rights Violations Amaounting to International Crimes*", **Journal oflnternational Criminnl Justice**, V.8, (ss. 699-724)

Katarani, Kojin, (2017), **Dünya Tarihinin Yapısı**, Üretim Tarzlarından Mübadele Tarzlarına, Metis, İstanbul

Küçüktaşdemir, Özgür, (2020), "Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesi ve Türkiye", **5. Türk – Kore Ceza Hukuku Günleri Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Tebliğler** – C: II, (ss.1783-1810)

Küçüktaşdemir, Özgür, (2018) **Ekonomik Suçlar Bağlamında Türk Ticaret Kanununda Düzenlenen Suçlar ve Cezalar**, Seçkin, Ankara

Ortega Juan/ Lara, Gerardo, (2017), **Global Impunity Dimensions,** CESIJ

Rosemann, Nils, (2005), "*The Privatization of Human Rights Violations - Business' Impunity or Corporate Responsibility? The Case of Human Rights Abuses and Torture in Iraq*," **Non-State Actors and International Law** V.5, (ss.77-100)

Siegel, Larry J., (2012), **Criminology**, 11th Edition, Wasworth, USA

Şirin, Tolga, (2019), "*Türkiye'de Cezasızlık Sorunu Ve Anayasa Mahkemesi*", **D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C.21, Özel Sayı, (ss.1-31)

Tiedemann, Klaus, (2017), **Ekonomi Ceza Hukuku**, Çev. Ayşe Nuhoğlu, Seçkin, Ankara,

TOBB, (2005), **Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu**, 30 Nisan-1 Mayıs Ankara, TOBB Yayınları NO: 2005-25

Treadwell, James, (2006) **Criminology**, Sage, UK

Urban, Mike, (2014) "*Big Data analytics in the fight against financial crime",* **bobsguide**, December, 18, (https://www.bobsguide.com/articles/big-data-analytics-in-the-fight-against-financial-crime/)

Internet Kaynakları

Amerika'nın Sesi (Voice of America), "*Biden'dan Yolsuzluklarla Mücadeleye İlişkin Ulusal Güvenlik Bildirisi*, 03.06.2021, (https://www.amerikaninsesi.com/a/bidendan-yolsuzlukla-mucadeleye-iliskin-ulusal-guvenlik-bildirisi/5915422.html)

Business & Human Rights Resource Centre, "*Corporate Impunity is Common & Rmediy for Victims is rare, Corporate Legal Accounability*", Annual Briefing, (https://www.business-humanrights.org/en/new-briefing-corporate-impunity-is-common-remedy-for-victims-is-rare)
Challenging corporate impunity: First draft of a treaty on corporate human rights obligations" (https://www.ciel.org/challenging-corporate-impunity-first-draft-tnc-treaty/)
Deutsche Welle Türkçe, "*AB Savcılığı Görevine Başladı*", 01.06.2021, (https://p.dw.com/p/3uJBr)
Guiding Principles on Business and Human Rights, (https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pd)
Interfax-Ukraine, "*Law on High Anti-Corruption Court Comes Into Force*", 14.06.2018, (https://en.interfax.com.ua/news/general/511967.html)
International Corporate Accountability Roundtable (ICAR) / Amnesty International, **The Corporate Crimes Principles, Advancig Investigations and Prosecutions in Human Rights Cases**, October 2016, (www.commercehumanrights.org)
The EU and The Corporate Impunity Nexus, Building the UN Bindin Treaty On Transnational Croporations and Human Rights, (https://www.tni.org/en/publication/the-eu-and-the-corporate-impunity-nexus)

ULUSLARARASI
HUKUK
SEMPOZYUMU
International Symposium on Law

ELEŞTİREL IRK TEORİSİ: IRK VE HUKUK ARASINDA KURULAN İLİŞKİYE GENEL BİR BAKIŞ

Dr. Öğr. Üyesi, Şefik Taylan Akman[1]

Hacettepe Üniversitesi

ORCID NO: 0000-0002-7809-8664

Öz

Eleştirel ırk teorisine ilişkin ilk çalışmalara Amerika'da yurttaşlık haklarındaki gelişimin yavaşladığı ve hatta durduğu 1970'li yıllarda, hukuk ile ırk arasındaki ilişkinin gerçek niteliğinin sorgulanması düşüncesiyle başlanmıştır. Irkçılığın hukuksal eşitlik fenomeniyle gizlenen biçimlerine karşı etkin biçimde mücadele yürütülebilmesi için yeni teori ve stratejilere ihtiyaç duyulduğunun fark edildiği bu dönemde, liberal hukuk düzeninin objektiflik ve tarafsızlık iddiaları hukuk fakültesi akademisyenlerinden öğrencilerine, avukatlardan aktivistlere pek çok kesim tarafından daha derinlemesine sorgulanmıştır. Bu konuya ilişkin ilk konferans 1989'da Wisconsin Madison'da yapılmış ve eleştirel ırk teorisyenleri, eleştirel hukuk çalışmalarının hukuk analizlerinde ırkı anlamlı bir şekilde hesaba katmadıklarını tespit ederek kendi yaklaşımlarını ayrı bir hareket olarak ortaya koyma ihtiyacı hissetmişlerdir. Irk teorisyenleri, eleştirel hukuk çalışmalarının hukuk düzeni eleştirisini, ırk ayrımcılığı ve ırklar arası eşitsizlikler gibi konular ekseninde yeniden değerlendirmişlerdir. Hukuk teorisinin yanında uygulamaya da yönelerek yargılama faaliyetlerini incelemişler ve ırk olgusunun yargısal karar alma süreçlerinde nasıl bir rol oynadığının analizini yapmışlardır. Eleştirel ırk teorisyenleri ayrıca hukuku bir mücadele aracı olarak görmüşler ve onun, beyaz olmayanların yaşam seviyelerini iyileştirmek ve ırksal eşitliği sağlayabilmek için nasıl işlevselleştirilebileceği ve kullanılabileceği üzerine araştırmalar yürütmüşlerdir.

Bu bildiride öncelikle eleştirel ırk teorisinin ortaya çıkışı ve Amerikan hukuk düzeni ile uygulamasına yönelik teorik ve pratik yaklaşımları ana hatlarıyla değerlendirilecektir. Daha sonra ırk teorisyenlerinin benimsedikleri metodolojiyi ve ortaya attıkları temel ilkeleri, yürüttükleri disiplinler arası çalışmalarla toplum, toplumsal yapı ve kurumlar ekseninde nasıl ele aldıkları özetlenecek ve eleştirel ırk teorisinin sosyal bilimlerin diğer alanları üzerinde ne gibi etkileri olduğundan kısaca bahsedilecektir.

[1] Dr. Öğr. Üyesi, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi ABD.
E-posta: taylanakman@hacettepe.edu.tr
ORCID: 0000-0002-7809-8664

Anahtar Kelimeler: Eleştirel Irk Teorisi, Etnik Çalışmalar, Eleştirel Hukuk Çalışmaları, Irk ve Hukuk, Irk Ayrımcılığı.

1. Giriş: Eleştirel Irk Teorisinin Ortaya Çıkışı

Eleştirel ırk teorisi öncelikle ırk, ırkçılık ve iktidar arasındaki ilişkiyi inceleme ve dönüştürme hususuna yoğunlaşmış, aktivist ve akademisyenlerin oluşturduğu bir yaklaşım olarak geleneksel yurttaşlık haklarına *(civil rights)* ve etnik çalışmalara ilişkin araştırmaların temel konularını ele alan, fakat bunları tarih, ekonomi, grup ilişkileri, çevre, bireysel çıkar veya duygular ve bilinç dışı gibi psikolojik öğeleri de içerecek biçimde daha geniş bir perspektiften değerlendiren disiplinler arası ve eklektik bir çalışma alanı olarak ortaya çıkmıştır[2]. Eleştirel ırk teorisyenleri, kademeli ve adım adım ilerlemeyi vurgulayan geleneksel yurttaşlık hakları söylemi ve mücadelesinden farklı olarak aydınlanma rasyonalizmini, ayrıca liberal hukuk düzeninin temeli olarak kabul edilebilecek hukuki eşitlik teorisini, hukuki akıl yürütmeye ilişkin pozitivist yöntemleri ve hukukun tarafsızlığı gibi bir dizi ilkeyi sorgulamaya yönelmişlerdir[3].

Eleştirel ırk teorisi kapsamında değerlendirilebilecek ilk erken analizler 1970'ler Amerika'sında bir dizi avukat, aktivist ve hukukçu akademisyenin 1960'lardaki yurttaşlık haklarındaki hızlı gelişimin durduğunu ve hatta gerilediğini fark etmesiyle ortaya çıkmış; *Derrick Bell*, *Alan Freeman* ve *Richard Delgado* gibi hukukçu akademisyenler, kendine zemin bulmaya başlayan ırkçılığın daha gizli, bilinçsiz veya kurumsal biçimlerine karşı mücadele edebilmek için yeni ve incelikli teori ve stratejilere ihtiyaç duyulduğunu fark etmişlerdir[4]. Bu doğrultuda yurttaşlık hakları hareketinde aktif olan pek çok kişi 1970'lerle beraber ırk, ırkçılık ve eşitlik gibi konulardaki hâkim kavramların anlamlı bir ırksal adaletin sağlanabilmesinde giderek yetersiz hale geldiğini görerek ırkçı yapıları sürdüren ve yeniden üreten toplumsal ve kurumsal güçlerle yüzleşmek, mücadele etmek ve ırk ayrımcılığını ortadan kaldırmak için bir araya gelmeye, konuşmaya ve politik eylemliliğe başlamışlardır[5]. Ancak konuya ilişkin ilk resmi konferans daha geç bir tarihte, Wisconsin Madison'da, Temmuz 1989'da gerçekleştirilebilmiş[6]; bu konferansı

[2] Delgado, R. ve Stefancic, J. (2012). Critical Race Theory - An Introduction. New York: New York Universities Press, s. 3; Matsuda, M. J., vd. (1993). Words That Wound – Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment. Boulder: Westview Press, s. 6.

[3] Delgado ve Stefancic, s. 3.

[4] Delgado ve Stefancic, s. 4; Delgado, R. (2013). Liberal McCarthism and the Origins of Critical Race Theory. R. Delgado ve J. Stefancic (Ed.). Critical Race Theory – The Cutting Edge. Philadelphia: Temple University Press, s. 40.

[5] Matsuda, s. 3.

[6] 1989'daki toplantıdan önce eleştirel ırk çalışmaları kapsamında değerlendirilebilecek iki önemli etkinlikten bahsedilebilir. Bunlardan ilki ve en meşhuru 1981'de Harvard Hukuk Fakültesi'nde öğrencilerin beyaz olmayan akademisyenlerinin sayısının artırılması talebiyle gerçekleştirdikleri protestolardır. Fakülte yönetiminde karşılık bulmayan bu taleplerine ilişkin öğrenciler ırk konusunda çalışan ve daha sonra eleştirel ırk teorisine önemli katkılar sunacak, hatta teorinin kökenlerini oluşturacak akademisyenlerle haftalık toplantılar ve dersler gerçekleştirmişlerdir. Bu ders ve toplantılar Amerika'daki ırk ve ırkçılığın hukuki yönüyle nasıl inşa edildiğinin açıklanabilmesine yönelik bir söylem geliştirebilmek için forum işlevi görmüştür. 1988'de ise Yale Hukuk Fakültesi'nde Birinci Beyaz Olmayan

akademisyen, aktivist ve öğrencilerin temsiline dayanan pek çok toplantı ve çalıştay takip etmiş ve eleştirel ırk teorisine ilişkin tartışmalar giderek yoğunlaşmıştır[7].

Eleştirel ırk teorisyenleri bu şekilde görünürlük kazandıktan sonra, bir taraftan daha önce ortaya çıkan eleştirel hukuk çalışmaları, hukuk ve toplum hareketi, radikal feminizm, Marksizm, pragmatizm ve postmodernizm gibi akımlar ile *Antonio Gramsci*, *Michel Foucault* ve *Jacques Derrida* gibi Avrupalı düşünürlerden etkilenerek kendi yaklaşımlarını inşa ederken diğer taraftan başta *Martin Luther King* olmak üzere Siyah Güç hareketi ya da Meksikalı Amerikalıların *Chicano* hareketi gibi azınlık topluluklarının ve gruplarının eylem pratiklerinden esinlenmişlerdir[8]. Bu eklektik tavır, ırk teorisi üzerine çalışanların farklı metodolojik yaklaşımları veya teorileri analiz etmesine ve birleştirmesine ve aynı zamanda aktivist bir pozisyonda eleştirel bir duruşu sürdürürken ırksal adaletin sağlanması yönündeki davalarını ilerletebilmesine imkân tanımıştır[9]. Böylece eleştireller örneğin bir taraftan liberal – kapitalist ideolojinin adaletsiz ırksal statükoyu sürdürmesindeki işlevini teorik yönden sorgularken diğer taraftan liyakat, kusur ve nedenselliğe ilişkin dar yasal tanımların ırksal adalet arayışını geliştirmesindeki veya geriletmesindeki rolünü uygulama içinde inceleyebilmişlerdir[10]. Dolayısıyla eleştireller tüm bu unsurlardan hareketle ırk ve ırk ayrımcılığı gibi konularda hem teorik bir çerçevede yeni bir hukuksal söylem oluşturmaya çalışmışlar hem de bunu eylemlilikle, özellikle hukukun mücadele süreçlerinde kullanılması suretiyle geliştirerek kendilerine özgü bir hukuki politik praksisle birleştirmeye yönelmişlerdir.

2. Eleştirel Irk Teorisinin Hukuksal Yaklaşımı

Eleştirel ırk teorisyenlerinin hukuksal analizleri, özellikle eleştirel hukuk çalışmalarının liberal hukuk düzenine ilişkin yaklaşımları ekseninde biçimlenmiştir. Bu bağlamda onlar hukukun tarafsızlığı, objektifliği ve belirliliğine ilişkin liberal hukukçuluğun ve hukuki pozitivizmin geleneksel yaklaşımlarını sorgulamış fakat eleştirel hukuk çalışmalarının savlarını da bütünüyle kabul etmeyip onlara karşı da eleştirel bir tutum takınmışlardır[11]. Eleştirel hukuk çalışmalarında ortaya konan liberal hukuk düzeni eleştirisinin, ırkı anlamlı bir şekilde hesaba katmadığı tespitinden hareketle kendi yaklaşımlarını geliştirmişlerdir[12]. Örneğin eleştirel hukukçular gibi hukuki belirsizlik tezi fikri üzerinde durmuşlardır. Hukuki bir davanın, tek bir doğru sonucu olamayacağını söyleyerek hukuki belirsizlik tezini ön plana çıkarmışlar, fakat konuyu ırk

Kadınlar ve Hukuk Konferansı *(First Annual Women of Color and Law Conference)* düzenlenmiştir. Milovanovic, D. (2003). An Introduction to the Sociology of Law. New York: Criminal Justice Press, s. 146-147; Matsuda vd., s. 4.

[7] Harris, A. P. (1994). Foreword: The Jurisprudence of Reconstruction. California Law Review, V. 82/4, s. 741; Delgado ve Stefancic, s. 4.

[8] Delgado ve Stefancic, s. 5; Milovanovic, (2003), s. 147.

[9] Matsuda vd., s. 6.

[10] Matsuda vd., s. 5.

[11] Brown, D. A. (2007). Critical Race Theory Cases, Materials, and Problems. St Paul: Thomsons Wests, s. 1; Delgado ve Stefancic, s. 5; Harris, s. 1.

[12] Brown, s. 1.

ayrımcılığı ve etnik farklılıklar özelinde değerlendirmişlerdir[13]. Hukuki belirsizlik tezini benimsemelerinin ötesinde meritokrasi, hukukun objektifliği, tarafsızlığı, ırklar arasında ayrım yapmaması -hukukun ırksal renk körü olduğu *(color-blind)*- gibi baskın hukuki iddialara ilişkin derin bir kuşkuculuğu savunmuşlardır[14]. Bu kuşkuculuk onları, ırk üzerinden hukuk bilimini incelemeye ve yurttaşlık haklarına ilişkin geleneksel reformist veya liberal yaklaşımlardan yararlanmakla birlikte, kendi teorilerini bunların politik taahhütlerinin çok ötesine geçerek inşa etmeye yöneltmiştir[15].

Eleştirel ırk teorisyenleri, hukuk kuramının yanında uygulamaya da yönelmiş; yargılama faaliyetleri ile ırk olgusunun yargısal karar alma süreçlerinde nasıl bir rol oynadığının analinizi yaparak Amerika'nın toplumsal gerçekliği içinde hukukun, başta Afrikalı Amerikalılar olmak üzere beyaz olmayan insanların *(people of color)* yaşamında belirleyici bir öneme sahip olduğu tespitini yapmışlardır[16]. Söz konusu tespitlerinin altında özellikle Amerikan hukuk tarihinde yargıçlar, avukatlar ve yasa koyucuların çoğunlukla üst orta sınıfa mensup beyaz erkeklerden oluştuğu ve bunların gerek hukukun yaratılması gerek uygulamasında hukuku kendi dünya görüşlerinden hareket ederek biçimlendirdikleri gerçekliği yatmaktadır[17]. Bu doğrultuda hukuk uygulamasında karar vericilerin eğer ağırlıklı olarak beyaz ırkın mensubu olmasalardı, bugünkü hukuk düzeninin nasıl olabileceğini sorgulamışlardır[18].

Eleştirel ırk teorisyenleri hukukun, beyaz olmayan insanların yaşamlarını iyileştirmek ve ırksal eşitliği sağlayabilmek için, örneğin yoksul azınlık toplulukları lehine bir mücadele aracı olarak nasıl kullanılabileceği üzerine araştırmalar yapmış; bu süreçte topluluk avukatları olarak

[13] Delgado ve Stefancic, s. 5; Milovanovic, (2003), s. 149.

[14] Matsuda vd., s. 6. Bu iddialar, ırkı toplumsal anlamı olmayan değişmez bir özellik gibi sunan fırsat eşitsizliği ideolojisinin merkezinde yer alırken aynı zamanda soyutlanmış ve tarih dışı ırksal eşitsizlik hikayelerini tesadüfen vuku bulan, kasıtlı ve bireyselleştirilmiş bir dizi eylem olarak anlatır. Matsuda vd., s. 6.

[15] Harris, s. 1-2.

[16] Brown, s. 2.

[17] Macaulay, S., Friedman, L. M. ve Mertz E. (2007). Law in Action – A Socio-Legal Reader. New York: Foundation Press, s. 2.

[18] Brown, s. 2. Başta Meksika kökenli Amerikalılar olmak üzere beyaz olmayanların mahkeme deneyimleri üzerinden sorunu ele alan *Martinez*'e göre, geçmişte olduğu gibi bugün de yargısal süreçlerde benzer ırk ayrımcılıklarına rastlanmaktadır. Hukukun sınırlı etkinliği sadece toplumsal hayatta değil mahkemelerde de sıklıkla görülen bir olgudur. Martinez, G. A. (1997). The Legal Construction of Race: Mexican – Americans and Whiteness. Harv. Latino. L. Rev., V. 2., s. 337 – 339. Örneğin 1954 tarihli *Hernandez v. Texas* davası, Meksikalı Amerikalıların uğradığı ırk ayrımcılığını ve onlara yönelik önyargılı mahkeme uygulamalarını gözler önüne seren önemli bir mahkeme kararıdır. Bir tarım işçisi olan *Pedro Hernandez*'in bir kişiyi öldürdüğü ithamıyla başlayan davada yerel mahkemece ve tamamı beyazlardan oluşturulan jürinin adil ve tarafsız bir hüküm vermediğini ve sanığın etnik kimliklere bakılmaksızın yeniden oluşturulacak bir jüri önünde yargılamasının yenilenmesi gerektiğini belirten Yüksek Mahkeme'nin bu kararı, ırk ayrımına dayanan jüri seçimi uygulamasını da bütün gerçekliğiyle ortaya çıkarmıştır. Gerçekten de Texas eyaletinde bu karara kadar son yirmi beş yıl içinde hiçbir Meksikalı Amerikalı mahkeme jürilerine dâhil edilmemişti. Hernandez v. Texas – 347 U.S. 475. (1954). http://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/475/case.html adresinden erişildi. (ET: 30.03.2021).

adlandırılan aktivist hukukçular aracılığıyla faaliyetler yürütmüşlerdir[19]. Yargıçların, avukatların, hukuk alanında çalışan akademisyenlerin ve hukuk fakültesi öğrencilerinin genel olarak hukuk düzeni ile hukuki uyuşmazlıklar konusunda daha eleştirel bir yaklaşımı ve analiz yöntemini benimsemeleri gerektiğini söylemişlerdir[20]. Bunların gerçekleştirilebilmesi içinse eleştirel hukuk çalışmaları tarafından dillendirilen[21], fakat söz konusu çalışmalarda belirtilenlerin de ötesine geçen ve ırk ayrımcılığı ile fırsat eşitsizliğine ilişkin meselelere daha duyarlı bir hukuk eğitimi anlayışını ön plana çıkararak hukuk fakültelerinin akademik yapı ve teamüllerinden[22] hukuk eğitimin içeriğine kadar pek çok alanda önemli reformlar yapılması gerektiğini savunmuşlardır.

Hukuk doktrininin eleştirisi ve yeniden formüle edilmesinde, ezilen insanların bakış açılarını ve deneyimlerini içeren bir hukuk bilgisi anlayışına dayanarak yeni bir epistemolojik yaklaşım geliştirmiş; ezilenlerin tecrübelerini ve yaşadıklarını göz önüne alan, deneyimsel niteliği haiz ve ampirik doğrulamaya hitap eden argümanlardan beslenen bir hukuksal ve toplumsal analiz yöntemine başvurmuşlardır[23]. Bu bağlamda eleştirel ırk teorisinin benimsediği metodolojinin merkezinde, radikal bir etkileşim içinde bulunan düşünme ve eylem olgularının, yani eylem üzerine düşünerek kuram oluşturmanın politik pratikle süregiden çok yakın bir ilişkisi vardır[24]. Analizlerinde ırkçılığı ortadan kaldırmak için yürütülen politik eylemlilikler ile beyaz olmayan insanların ve toplulukların maruz kaldıkları nefret söylemi de dâhil olmak üzere birbirinden çok farklı ırkçı tecrübelere ilişkin eleştirel düşünceden elde edilen deneyimsel bilgilere dayanmışlardır[25]. Irklarla ilgili ortak toplumsal kültürü oluşturan ve her zaman Afrikalı Amerikalılarla diğer azınlıkları daha aşağı bir pozisyonda gösteren mitleri, varsayımları ve beyaz toplumun aklını analiz etmek için hikâye anlatıcılığını kullanarak, ana akım hukuk biliminden

[19] Brown, s. 1, s. 3; Alfieri, A. V. (2013). Fidelity to Community – A Defense of Community Lawyering. R. Delgado ve J. Stefancic (Ed.). Critical Race Theory – The Cutting Edge. Philadelphia: Temple University Press, s. 748-749.
[20] Brown, s. 1.
[21] Amerikan hukuk eğitimini ele alan *Gordon*'a göre 1970'li yıllarda Ortodoks hukuk eğitimi toplumsal değişime son derece duyarsız değiştirilemez bir değerler uzlaşması ile dondurulmuş bir hukuksal anlayış ve kurumlar sistemine dayanmaktaydı. Keza *Milavonovic*'e göre de hukuk eğitiminin şekilci yönü öğrencilerin bütün yaratıcılıklarını körelterek onların tüm mantık ve enerjilerini kontrol altına alıp sınırlamaktadır. Gordon, R. W. (2006). Bazı Eleştirel Hukuk Teorilerinin Eleştirisi. (S. Gölbaşı, çev.), İÜHFM, C. LXIV, S. 2, s. 390; Milovanovic, D. (2002). Weberian and Marxian Analysis of Law: Development and Functions of Law in a Capitalist Mode of Production. Burlington: Ashgate Publishing Company, s. 191.
[22] Eleştirel ırk teorisyenleri geliştirdikleri dışlama ve ayırt edicilik tezleri ile beyaz olmayan bilim insanlarının ırksal geçmişlerinin ve deneyimlerinin damga vurduğu entelektüel çalışmaların beyaz akademisyenlerce neden kıymetinin bilinmediğini veya anlaşılmadığını sorgulamışlardır. Bunun temel sebebinin sıklıkla beyazların kendi ırksal deneyimlerinin sınırlı olmasıyla veya önyargılı ırksal çıkarlarını sürdürme istekleriyle bağlantılı olduğunu görmüşlerdir. Bu durumun beyazların hâkim çoğunluk olarak bilim ve akademi dünyasındaki azınlıkları ikincil pozisyonlara itmelerinden kaynaklandığını belirtmişlerdir. Kennedy, R. L. (2013). Racial Critiques of Legal Academia. R. Delgado ve J. Stefancic (Ed.). Critical Race Theory – The Cutting Edge. Philadelphia: Temple University Press, s. 689-690.
[23] Brown, s. 8-9.
[24] Matsuda vd., s. 10-11.
[25] Matsuda vd., s. 6, s. 11.

ayrılmışlardır[26]. Gerçekten eleştirel ırk teorisyenleri ampirik araştırmalara ağırlık vererek insanların yaşadıkları deneyimlerin anlatılmasına odaklanan yeni çalışma yöntemleri geliştirmek istemişlerdir. Çalışmalarında bu araştırmaları toplumsal gerçekliği açıklamak için sıklıkla kullanmışlardır. Hukuki düzenlemelerin formel ifadelerinde varlık bulan ırk, renk, din, dil ya da cinsiyet ayrımcılığını yasaklayan söylemin aslında gerçeği yansıtmadığını, hukukun ideolojik yönden herkese eşit ve tarafsız biçimde davranmadığını belirterek evrensel hukuk anlayışında vücut bulan objektif ve değerden bağımsız hukuk fikrini reddetmişlerdir.

Onlara göre başta geleneksel hukuki analiz yöntemleri olmak üzere mevcut hukuk düzeni, beyazların lehine işleyen ön kabullere sahip olduğundan, her zaman egemen sınıfın çıkarlarına hizmet etmektedir[27]. Hatta ırklar arası eşitliği sağlayabilmek için tasarlanmış hukuk alanları dahi ırksal olarak ezilenlerden ziyade güçlü olan beyazların çıkarlarını artırmaya yaramaktadır[28]. Bu nedenle hukukun bilinçli biçimde, beyaz olmayanların bakış açısıyla ele alınması gerekmektedir[29]. Onlar açısından hukuki düzenlemelerin içeriğinin incelenmesinden önce ezilenlerin yaşadıkları gözlemlenmeli ve analiz edilmelidir. Hukukun ne olduğu ve nasıl işlediğine ilişkin gerçek bilgi ancak bu suretle sağlanabilecektir. Dolayısıyla hukuksal alanda eleştirel yaklaşımın, ırk ayrımcılığının toplumsal gerçekliği ile hukuk uygulaması arasındaki ilişkiyi incelemeye yöneldiği oranda ampirist bir metodolojiyi benimsediği dikkat çekmektedir.

Eleştirel hukuk çalışmalarının yanı sıra feminizmden de etkilenen eleştirel ırk teorisyenleri, feminist kuramın üzerinde durduğu iktidar ile toplumsal cinsiyet rolleri arasındaki gizli ilişki, ataerkillik ve diğer tahakküm türlerini oluşturan kalıp ve alışkanlıkların görünmeyen bir aradalığı gibi konuları, etnik köken ve ırk meseleleri ekseninde yeniden değerlendirmişlerdir[30]. Buradan hareketle bütün tahakküm türlerini sona erdirmek gibi daha geniş bir hedefin parçası olarak, birçok kişi tarafından sınıf, cinsiyet veya cinsel yönelim temelindeki zorbalıklarla birlikte deneyimlenen ırksal baskıyı analiz edip ortadan kaldırmayı amaçlamışlardır[31]. Beyaz olmayanların çıkarlarının korunabilmesinin, beyazların lehine işleyen yerleşik hiyerarşik yapılardaki geçici revizyonlardan ziyade zorunlu olarak bu hiyerarşilerin kendisine meydan okumayı gerektiren çoklu bilinç ve politika pratikleriyle gerçekleşebileceğini söylemişlerdir[32].

Hareketin mensupları, tüm bu hususların yanı sıra hukuksal ve toplumsal teorinin tarihsel yanlışlarına ilişkin endişelerini dile getirmiş; bu yanlışların uygulamaya yansıyan sonuçlarıyla da

[26] Ladson-Billing, G. (1998). Just What is Critical Race Theory and What's it Doing in a Nice Field Like Education?. Qualitative Studies In Education, V. 11/1., s. 11. Bu bağlamda eleştireller kişisel tarih anlatıları, meseller, vakayinameler, hayaller, öyküler, şiir, roman ve tashihçi tarihçilik gibi araçları kullanarak hukuki ve politik amaçlarına ulaşmaya çalışmışlardır. Matsuda vd., s. 5.
[27] Brown, s. 8.
[28] Matsuda vd., s. 5.
[29] Brown, s. 8.
[30] Delgado ve Stefancic, s. 5.
[31] Matsuda vd., s. 6.
[32] Matsuda vd., s. 6.

ilgilenmişlerdir[33]. Mevcut eşitsizliklerin, toplumsal ve kurumsal pratiklerin geçmişteki amaçları ve kültürel anlamları ile bağlantılı olduğu tezinden hareketle, hukukun tarih dışılığına karşı çıkıp onun içeriksel ve tarihsel analizinin yapılması gerekliliği noktasında ısrar etmişlerdir[34]. Ayrıca etnik çalışmalar alanından muhtelif kavramları ödünç alıp araştırmalarında kullanarak topluluk ve grup bağlarının kendi içlerinde güçlendirilmesine yönelik görüşlere anlayışla yaklaşmış; kültürel ulusalcılık ve grup bağlılığı gibi hususlara da eğilmişlerdir[35]. Irkçılığın sağlık, barınma, eğitim, politik temsil, askerlik hizmeti, gelir düzeyi, hapishane ve mahkûmiyet süreçleri gibi insan yaşamını doğrudan ilgilendiren konulardaki farklılık ve eşitsizliklerin kaynağı olduğunu ve ayrıca ırksal sınırlar boyunca grup avantajı ve dezavantajının tüm çağdaş tezahürlerine katkıda bulunduğunu varsayan bir anlayışı benimsemişlerdir[36]. Dolayısıyla eleştireller farklı etnik grupların içinde bulundukları toplumsal ve sınıfsal pozisyonlarının onların bütün yaşam tarzlarını etkileyip belirleyen ırksal bir gerçeklikten kaynaklandığını düşünmüşlerdir. Bu ırksal gerçeklik, ekonomi politik yapılar ile toplumsal alanda söz konusu grupları, beyaz burjuva hegemonyasının karşısında sürekli biçimde ötekileştirdiği gibi var olan kapitalist sistemin hiyerarşisinde de sınıfsal açıdan benzer iktisadi seviyelerde bulundukları beyaz emekçi sınıfların altında konumlandırmıştır. Irk ve etnisiteyle sınırlı sorunların ötesine geçecek biçimde din, cinsiyet veya cinsel yönelimden kaynaklanan ayrımcılıkları da topluluk ve grup bağları çerçevesinde inceleyen eleştireller, zamanla her grup ya da topluluğun dışlayıcı beyaz hegemonya tarafından farklı biçimlerde ve farklı araçlarla ötekileştirilip ikincil statülere yerleştirildiklerini görerek çalışma alanlarını genişletmişlerdir.

İlk on yıldan sonra, özellikle 1990'larda hareketin altında Asyalı Amerikalılar, Latin Amerikalılar, Amerikan yerlileri, eleştirel ırk feministleri, LGBTI+ ve queer eleştirelleri ile Müslüman ve Arap grupları şeklinde ifade edilen farklı çalışma alanları oluşmaya başlamış; bu farklı gruplar, eleştirel ırk teorisi şemsiyesi altında karşılıklı işbirliğine gittiği gibi her biri kendi literatürünü ve öncelikler dizisini geliştirmiştir[37]. Örneğin Asyalı ve Latin Amerikalı akademisyenler ağırlıklı olarak göçmenlik politikaları, dil hakları, aksan ya da ulusal köken gibi nedenlere dayanan ayrımcılık; Amerikan Yerlileri üzerine çalışan akademisyenler yerli halkların hakları, egemenlik ve toprak talepleri; LGBTI+ ve queer akademisyenler cinsel kimliklerin tanınması, ayrımcı ve eşitsizlikçi politikalar; Orta Doğu ve Güney Asya kökenli akademisyenler ise özellikle 11 Eylül sonrasında kendi gruplarına yönelik ayrımcılık gibi konularda çalışmışlardır[38]. Birbirinden ayrılan bu çalışma sahaları farklı toplumsal grupların dayanışmasını

[33] Delgado ve Stefancic, s. 5.
[34] Matsuda vd., s. 6.
[35] Delgado ve Stefancic, s. 5.
[36] Matsuda vd., s. 6.
[37] Delgado ve Stefancic, s. 3; Milovanovic, 2003, s. 147.
[38] Delgado ve Stefancic, s. 3-4; LGBTI+ ve queer eleştirelleri alanında çalışan eleştirel teorisyen ve aktivistler konusunda bkz. Loutzenheiser, L. W. (2007). Ruminations on Stuck Pages: Identities, Race, and Queer Theories. Journal of Cirriculum and Pedogogy, V. 4/2, s. 101-105.

sağlamış; kültürel zenginlik ve işbirliği sayesinde çoklu sorun alanlarına ilişkin ortak çözüm arayışlarını teşvik etmiştir. Keza bu arayışlar, konuyla uğraşan farklı akademisyen, araştırmacı ve aktivistlerin karşılıklı diyalog ile tecrübelerini paylaşmaları veya bir arada çalışarak kendi gruplarının yaşadığı sorunlara yönelik çözümler üretmeleri gibi ortak uğraşılar geliştirebilmelerini sağlamanın yanı sıra metodolojik yönden disiplinler arası, çok dilli ve kültürlü pratiklerin deneyimlenmesinin de önünü açmıştır.

3. Eleştirel Irk Teorisinin Temel Kabulleri

Eleştirel ırk teorisinin hem hukuka hem hâkim kapitalist ekonomi politik düzen ile onun toplumsal yapısına ilişkin ırk ve ırkçılık ekseninde analizine yöneldiği bir takım temel kabulleri söz konusudur. Bu kabul ve ilkeler, eleştirel teorinin hukuksal yaklaşımıyla bir bütünlük arz ettiği gibi sosyal bilimlerin diğer alanlarında yürütülen politik ve toplumsal gerçekliğin araştırılması ve görünür kılınması uğraşısına da önemli bir kuramsal altyapı sağlayarak hareketin aktivist yönünün mücadele pratiklerinin ilerletilebilmesinde işlevsel bir rol oynamıştır.

Delgado ve *Stefancic* tarafından üç başlık altında ele alınan bu kabullerden ilki, beyazlar dışındaki insanların günlük deneyimleri ve toplumun rutin iş yapma biçimlerine bakıldığında ırkçılığın bir anormallik olmadığı, aksine sıradan bir vaka olduğu gerçeğidir[39]. Irkçılık toplumsal düzenin dokusuna o kadar köklü şekilde yerleşmiştir ki bu kültürde yaşayan insanlara hem normal hem doğal görünmektedir[40]. Irkçılığın Amerikan yaşam tarzında yaygın biçimde görüldüğü kabulünden hareket eden eleştireller federalizm, mahremiyet, geleneksel değerler veya mülkiyete dair var olan çıkarlar gibi unsurlar kendi içlerinde bir bütünlük arz ederken, ırk ayrımcılığına tek başına bir çözüm bulunup bulunamayacağına ya da onun ortadan nasıl kaldırılabileceğine ilişkin meselelerle uğraşmaktan ziyade geleneksel çıkar ve değerlerin ırksal tahakküm süreçlerine nasıl hizmet ettiğine ilişkin sorgulamalar üzerinde yoğunlukla durulması gerektiğini söylemektedir[41]. Onlar açısından ırkçılığa ilişkin sorunlar tekil ya da münferit olgular olmayıp, ekonomi politik sistemden hukuk düzenine kadar toplumsal yapı ve ilişkilerde içkin olan, geçmişten gelen ve günümüzde de devam eden önyargılardan, davranış ve düşünüş kalıplarından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla sorunu yaratan kaynaklar ve hiyerarşiler bütünsel olarak sürerken ırkçılığın tek başına kolayca ortadan kaldırılabilmesi mümkün değildir. Aksine ırkçılığa ilişkin kurumsal gelenekleri, toplumsal hafızayı/hafızasızlığı, önyargıları ve onu sürekli üreten ekonomi politik, hukuksal ve toplumsal tahakküm pratiklerini çözümlemek gerekmektedir.

Eleştirellere göre Amerikan toplumunun kendisi ve yasal nitelikte olanları da dâhil olmak üzere var olan tüm kurumsal yapıları temelde ırkçı olduğundan, ırkçılık olgusu Amerikan toplumunun normal işleyişinden bir sapma değildir[42]. Irkçılığın sıradanlığı ya da sıradanlaşması olarak

[39] Delgado ve Stefancic, s. 7.
[40] Ladson-Billing, s. 11.
[41] Matsuda vd., s. 6.
[42] Brown, s. 3.

adlandırılabilecek bu gerçeklik, ırkçılık olgusu sürekli inkâr edildiği için, onun irdelenmesinin ve engellenebilmesinin zor olduğu anlamına da gelmektedir[43]. Hukuk kurallarında mevcut biçimiyle eşitliğin, ırksal renk körü olan formel kavrayışları, örneğin azınlık topluluklarına yönelik emlak alımına ilişkin kısıtlamalar *(mortgage redling)* ya da üniversitede doktora sahibi bir siyah yerine beyazı işe almak gibi ancak en görünür ayrımcılık uygulamalarına çözüm üretebilmektedir[44]. Oysa ırkçılığa ilişkin gerçeklikler bunların çok ötesinde, toplumsal yaşamda sürekli karşılaşılan ve mağdurların hafızasına derin biçimde işleyip bütün yaşamları üzerinde etkili olan olgulardır.

Eleştireller bu gerçeklikleri geçmiş ve bugün üzerinden yeniden sorgulamaya yönelmişlerdir. Sorgulamalar aracılığıyla toplumsal yapılardaki ırkçılığın nedenlerine ilişkin daha köklü analizler yaparak, sorunu hem daha görünür hem daha anlaşılır bir biçimde ortaya koymaya çalışmışlardır. Irkçılık gerçekliğinin tanınarak konuya ilişkin farkındalığın artırılmasını, söz konusu gerçeklikle samimi bir biçimde yüzleşilmesini ve ardından geçmişle hesaplaşılarak ırkçılığın yarattığı mağduriyetlerin bir daha tekrarlanmaması için bunların toplumsal hafızanın bir parçası haline getirilmesini hedeflemişlerdir. Tüm bu hususların gerçekleştirilebilmesi içinse ampirik bir metodolojiyi benimseyerek mağdurların yaşam deneyimlerini ön plana çıkarmış ve elde ettikleri deneyimsel bilgiyi hukuksal, toplumsal ve politik çözümlemelerde kullanmışlardır.

İkinci kabul, beyazların diğerleri üzerindeki üstünlüğüne dayanan sistemin, hâkim gruplar için hem maddi hem manevi nitelikte pek çok amaca yaradığı gerçeğidir. Bu doğrultuda eleştireller, özellikle yurttaşlık haklarına ilişkin yasaların geçmişte de günümüzde de özünde beyazların çıkarlarına hizmet ettiğini benimseyen ve ampirik kanıtlardan hareket eden çıkar yakınsaması[45]

[43] Delgado ve Stefancic, s. 7-8.

[44] Delgado ve Stefancic, s. 8. *Gotanda*'ya göre hukuki eşitliğin, ırk ayrımcılığı yapmadığı iddiasında olan ırksal renk körü formları özünde ırk ayrımcılığının önlenmesi için yeterli olmamakta, aksine kendi içinde çelişik durumlar yaratmaktadır. Bu bağlamda işe alma ya da terfi kararlarında ırkın dikkate alınmaması ya da tanınmaması aslında ırksal tabiiyetin sistematik olarak inkâr edilmesine ve bireyin bu tabiiyeti tanımasının psikolojik olarak bastırılmasına neden olarak ayrımcılığın sürmesine izin vermekte ve beyazların çıkarlarının üstünlüğünü desteklemektedir. Tıbbi anlamda renk körü olan bir birey ilk etapta rengi algılamadığı halde, ırksal olarak renk körü olan birey ırkı algılamakta fakat onu görmezden gelmektedir. Bu görmezden gelme, ırk olgusu aynı zamanda karmaşık bir toplumsal anlam taşıdığından, örneğin bir Afrikalı Amerikalının ırkının dikkate alınmadığı söylendiğinde aslında siyahi kimliğinin kabul edildiğini ifade etmektedir. Dolayısıyla bir kişinin başka ırktan biri için algılanabilir bir ırksal sınıftan değilmiş gibi davranması için ırksal sınıflandırmaya ilişkin tanınmayı bastırması gerekir ki bu da doğal olarak ırksal bir nitelik gösterir. Gotanda, N. (2013). A Critique of "Our Constitution is Color-Blind". R. Delgado ve J. Stefancic (Ed.). Critical Race Theory – The Cutting Edge. Philadelphia: Temple University Press, s. 35-36.

[45] Çıkar yakınsaması teorisine göre siyahların yurttaşlık haklarına ilişkin kazanımları sadece beyaz ve siyahların çıkarları birbirlerine uyum arz ettiğinde gerçekleşebilmektedir. Bu durumun en açık tarihsel örneği *Brown v. Board of Education* davasıdır. *Bell*'e göre II. Dünya Savaşı sonrasında ırk ayrımcılığı dünya politikaları açısından ulusun prestijini azaltıyordu. Çıkarlar uyumsuzluk arz ettiğinde ise yurttaşlık haklarının gelişimi gevşiyordu; ırk ayrımcılığına ilişkin sonraki davalarda bu durumdan kaynaklı olarak kazanımlar azalım göstermiştir. David, S. (2017). A Theory to Better Understand Diversity, And Who Really Benefits. https://www.npr.org/sections/codeswitch/2017/04/19/523563345/a-theory-to-better-understand-diversity-and-who-really-benefits#:~:text=Interest%20convergence%20is%20a%20theor y,white%20and%20black%20interests%20converge adresinden erişildi. (ET: 27.03.2021); Bell, D. A. (1980). Brown v. Board of Education and the Interest-Convergence Dilemma. Harvard Law Review, Vol. 93/3, s. 524 – 527. Ayrıca bkz. Delgado, s. 38-39.

(interest convergence) ya da maddi belirlenimcilik olarak da anılan yaklaşımları geliştirerek ırkçılık sorununa farklı boyutlardan da odaklanmışlardır[46]. Eleştirellere göre ırkçılık, hem beyaz burjuvazinin -maddi olarak- hem de beyaz işçi sınıfının -manevi olarak- çıkarlarını artırdığından, birbirlerinden çok farklı toplumsal kesim ve sınıflar dahi ırkçılığın ortadan kaldırılması hususunda istekli ve ilgili değildirler[47]. Örneğin *Brown v. Board of Education* davasında olduğu gibi önemli tarihsel mahkeme kararlarıyla Afrikalı Amerikalarının elde ettiği kazanımlar bile esasen beyaz burjuvazinin siyahlara yardım etme arzusundan çok kişisel ve sınıfsal çıkarlarının onu gerektirmesi dolayısıyla elde edilebilmiştir[48]. Benzer bir durum 1983'te siyah hakları mücadelesinin önemli isimlerinden *Martin Luther King* için Ocak ayının üçüncü Pazartesi gününün anma günü olarak belirlenip federal tatil olarak kabul edilmesinin ardından, Arizona eyaletinin de 1986'da ilgili günü tatil olarak ilan etmesi fakat 1987 yılında valinin değişmesini müteakip yeni gelen vali tarafından *King* gününün çok maliyetli ve ilk kararın yasadışı olduğu gibi gerekçelerle tatil statüsünden çıkarılmasıyla ortaya çıkmıştır[49]. Afrikalı Amerikalıların çok sert tepki gösterdiği bu olayın ardından, Ulusal Basketbol Birliği ile Ulusal Futbol Birliği'nin Arizona'da oynanacak maçları iptal etmesi ve eyaletin 200 milyon dolara yakın gelir kaybına uğraması sonucu, söz konusu karar kaldırılarak *King* günü tekrar "tatil" statüsüne alınmıştır[50]. Bu karar değişikliği eleştirel ırk teorisyenlerine göre valinin bir anda *King* günüyle ilgili düşüncelerinin olumlu yönde değişmesinden değil, aksine eyaletin turist, spor ve eğlence gelirlerine zarar verme korkusundan kaynaklanmıştır[51]. Başka bir ifadeyle eyaletin çıkarlarının Afrikalı Amerikalıların çıkarlarıyla yakınsaması valinin ilk kararından dönmesine yol açmıştır[52]. Eleştireller açısından başta Afrikalı Amerikalılar olmak üzere pek çok azınlığın yurttaşlık haklarına ilişkin yürütülen politik ve hukuksal mücadeleler sonucunda elde ettikleri kazanımların, beyazların lütufkârlığı ya da diğerkâmlığıyla bir ilgisi bulunmamaktadır. Aksine beyaz olmayanların çıkarlarının korunmasının, aslında beyazların çıkarlarına daha iyi hizmet ettiği

[46] Delgado ve Stefancic, s. 8; Ladson-Billing, s. 12.
[47] Delgado ve Stefancic, s. 8.
[48] Delgado ve Stefancic, s. 8. *Brown v. Board of Education* davasında beyazlar ile Afrikalı Amerikalıların ayrı okullarda eğitim almalarını düzenleyen eyalet yasalarının Amerikan Anayasasına aykırı olduğu yönünde karar verilmiştir. Yüksek Mahkeme aldığı bu kararla 58 yıldır geçerliliğini koruyan, Afrikalı Amerikalıların kamu hizmetlerinden beyazlarla eşit olarak yararlanabildikleri sürece ayrı yerlerde bu hizmetleri almalarının anayasaya aykırı olmadığını kabul eden *Plessy v. Ferguson* davasında benimsemiş olduğu "ayrı fakat eşit" *(separate but equal)* ilkesinin uygulamasından vazgeçerek öğrencilerin farklı okullara gitmek zorunda bırakılmasını Anayasaya aykırı görmüştür. Brown v. Board of Education of Topeka – 347 U.S. 483. (1954). http://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/case.html adresinden erişildi. (ET: 30.03.2021); Plessy v. Ferguson – 163 U.S. 537. (1896). http://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/case. html adresinden erişildi. (ET: 30.03.2021).
[49] Martin Luther King Holiday in Arizona. https://www.library.pima.gov/content/martin-luther-king-holiday-in-arizona/ adresinden erişildi. (ET: 02.04.2021); Ladson-Billing, s. 12.
[50] Ladson-Billing, s. 12; Martin Luther King Holiday in Arizona. https://www.library.pima.gov/content/martin-luther-king-holiday-in-arizona/.
[51] Ladson-Billing, s. 12.
[52] Ladson-Billing, s. 12.

gerçeğinin anlaşılmasıyla doğrudan bağlantısı vardır. Çıkar yakınsaması teorisi sözü edilen bu bağlantıyı ve gerçekliği analiz etmeye yönelik bir uğraşı olarak düşünülebilir.

Eleştirel ırk teorisinin üçüncü temel kabulü ise toplumsal yapı tezi olarak adlandırılan, ırk olgusunun biyolojik veya genetik bir gerçekliğe tekabül etmediği, bilimsel, objektif, doğuştan veya durağan olmadığı, toplumun icat ettiği, manipüle ettiği ve gerektiğinde rafa kaldırdığı (emekli ettiği) kategoriler olarak büyük oranda toplumsal düşünce, yapı ve ilişkilerin bir ürünü olduğu savıdır[53]. Eleştirellere göre ortak kökenlere sahip insanlar ten rengi, göz yapısı, vücut şekli veya saç dokusu gibi belirli fiziksel özellikleri paylaşsalar da bunlar genetik yapının ancak çok küçük bir bölümünü teşkil eder; söz konusu fiziksel özelliklerin kişilik, zekâ veya ahlaki davranış gibi insanı farklı kılan özelliklerle ya çok az ilgileri vardır ya da hiçbir ilgileri yoktur[54]. Toplumun bu bilimsel gerçeklikleri görmezden gelmeyi seçmesi, ırklar yaratması ve onlara sözde kalıcı vasıflar bahşetmesi, eleştirel ırk teorisyenlerinin büyük ilgisini çekerek sadece hukukla sınırlı olmayacak biçimde, sosyal bilimlerin diğer disiplinlerinde de onları bu konuyu incelemeye yöneltmiştir[55].

Hareket bu doğrultuda, çalışma yaşamı ve toplumsal yapılar bağlamında etnik grupların pozisyonlarını tarihsel süreç içerisinde analiz ederek, işgücü piyasasının değişen ihtiyaçlarını karşılamak gibi amaçlarla, beyazlardan oluşan hâkim etnik çoğunluğun farklı zamanlarda değişik azınlık gruplarına karşı neden ve nasıl ırk ayrımcılığı yaptığı gibi hususlarda araştırmalar yürütmüştür[56]. Örneğin bir dönem toplumda, Meksikalı veya Japon tarım işçilerine, siyahlara nazaran daha çok ihtiyaç duyulmuş ve siyahların işgücü piyasasında istihdamı azalmış; buna karşın uzun zamandır yurttaş olan Japonlar başta olmak üzere Uzak Doğulular, II. Dünya Savaşı sırasında kendilerinden hoşnutsuzluk duyulmasının ardından, gözaltı kamplarına gönderilerek savaş endüstrisindeki işler ya da cephede savaşacak insan gücü için diğer etnik gruplar kullanılmıştır[57]. Yine bir dönem zararsız oldukları düşünülen Müslümanlar, birkaç yıl sonra

[53] Delgado ve Stefancic, s. 8; Ladson-Billing, s. 8.
[54] Delgado ve Stefancic, s. 8-9.
[55] Delgado ve Stefancic, s. 9.
[56] Delgado ve Stefancic, s. 9.
[57] Delgado ve Stefancic, s. 9. II. Dünya Savaşı yıllarında gerçekleşen ve esasen Japon asıllı Amerikalıları hedefleyen, başta Başkan *Franklin D. Roosevelt*'in çıkardığı ve Savaş Bakanlığı ile ordu komutanlarına askeri tesislerin çevrelerinde yaşayan herkesi veya belirli grupları ilgili bölgelerden tahliye etme konusunda yetkili kılan 9066 sayılı Başkanlık Emri olmak üzere çeşitli ayrımcı düzenlemeler yapılmıştır. Bunun sonucunda pek çok Japon asıllı Amerikalı gözaltı kamplarına *(internment camps)* gönderilmiştir. Yaşanılan bu deneyim ile buna karşı verilen hukuksal mücadeleler ırk ayrımcılığının beyazların dışındaki her etnik grubun başına gelebileceğinin somut göstergesidir. Bu doğrultuda Yüksek Mahkeme'nin 21 Haziran 1943 günlü *Hirabayashi v. United States* ve *Yasui v. United States* davalarında tahliye kararlarına uymayanların aldıkları hapis cezalarını Başkanlık Emri'ne dayanarak onaylaması; keza 18 Aralık 1944 tarihli *Korematsu v. United States* davasında tahliye kararına uymayan sanığa verilen hapis cezasını Anayasaya aykırı görmemesi, ırk ayrımcılığının neden olan hukuksal düzenlemelerin dahi, koşullar gerekçe gösterilerek hukuksal denetimin dışında tutulabildiklerinin açık kanıtıdır. Matsuda, M. J. (1987). Looking to the Bottom: Critical Legal Studies and Reparations. Harv. C.R. – C.L. L. Rev., V. 22, s. 334-340; Transcript of Executive Order 9066: Resulting in the Relocation of Japanese. (1942). http://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=false&doc=74&page=transcript adresinden erişildi. (ET: 05.04.2021); Hirabayashi v. United States – 320 U.S. 81. (1943).

güvenlik tehdidi olarak görülmeye başlanmıştır[58]. Başka bir ifadeyle azınlık gruplarına ilişkin imgeler veya basmakalıp fikirler zamanla dönüşmüş, bu durum başta çalışma yaşamı olmak üzere tüm toplumsal yapılar ve ilişkiler üzerinde önemli değişiklikler yarattığı gibi ilgili azınlığa yönelik toplumsal tercihleri ya da kanıları da kolaylıkla alaşağı edebilmiştir[59]. Dolayısıyla toplumun ırklara ilişkin düşünce ve değerlendirmelerinin sabit olmadığı, farklı etmenler ya da yönlendirmeler neticesinde bunların kolaylıkla manipüle edilebildiği söylenebilir. Başka ırklara düşmanlık olarak beliren bu manipülasyon, esasen hâkim konumdaki ırkın mensuplarının zihinlerinde kendilerinden olmayanı ötekileştiren ve aşağı konuma iten geçmişten gelen düşünme, kültür ve davranış kalıplarının hâlâ devam ettiğinin de en önemli kanıtıdır. Bu kalıplar, farklı zaman ve koşullarda kamuoyunda yaratılan suni ideolojik söylemlerle, azınlıktaki bir ırka yönelik nefret ve aşağılama duygularının kolaylıkla diğer bir azınlığa yönlendirilebilmesini mümkün kılmaktadır. Ötekine yönelik var olan düşman imgesi yer değiştirmektedir. Toplumsal yapı tezi bu gerçekliği bütün açıklığıyla ortaya koymaktadır.

4. Eleştirel Irk Teorisinin İkincil Etkileri

Eleştirel ırk teorisi ilk başta hukuka özgü bir yaklaşım olarak ortaya çıkmasına rağmen, hızla sosyal bilimlerin diğer alanları üzerinde de etkisini göstermiş; bilhassa eğitim alanında eleştirel ırk teorisinin ortaya koyduğu çerçeveden esinlenen, ırk konusuyla ilgili birçok akademik çalışma yürütülmeye başlanmıştır[60]. Fırsat eşitliği kavramından ve yasa önünde eşit muamele hakkından hareketle beyaz olmayan Amerikalıların ikinci sınıf yurttaşlık statüsünden kurtarılmaları gerektiği söylenmiş; bunun için öncelikle beyaz olmayan öğrencilerin de beyaz öğrencilerle eğitim, müfredat, finansman ve sosyal tesisler gibi konularda aynı okul imkânlarına ve fırsatlarına ulaşabilmeleri zorunlu bir şart olarak görülmüştür[61]. Eğitim alanında çalışan eleştirel teorisyenler okul disiplini ve hiyerarşisi, izleme, pozitif ayrımcılık, sınav sistemleri, müfredat ve tarih tartışmaları, iki dilli ve çok kültürlü eğitim ve alternatifleri, eğitim teorisi ve uygulamasında biyolojik ırkçılığın yükselişi ve Amerikan okullarındaki ayrımcılık gibi hususlarda pek çok araştırma yapmışlardır[62]. Eğitim biliminin dışında yine siyaset bilimi, queer çalışmaları, kadın

https://supreme.justia.com /cases/federal/us/320/81/case.html adresinden erişildi. (ET: 05.04.2021); Yasui v. United States – 320 U.S. 115. (1943). https://supreme.justia.com/cases/federal/us/320/115/case.html adresinden erişildi. (ET: 05.04.2021); Korematsu v. United States – 323 U.S. 214. (1944). https://supreme.justia.com/cases/federal/us/323/214 /case.html adresinden erişildi. (ET: 05.04.2021).

[58] Delgado ve Stefancic, s. 9.

[59] Delgado ve Stefancic, s. 9.

[60] Delgado ve Stefancic, s. 6-7. Eleştirel ırk teorisyenlerinin eğitim alanındaki çalışmalarını İngiltere özelinde sınıfsal gerçekliği yeterince gözetmediklerinden hareketle, Marksist bir perspektiften eleştiren Türkçe'ye çevrilmiş bir çalışma için bkz. Hill, D. Sınıf ve "Irk"a Dair Kültürelci ve Materyalist Açıklamalar: Eleştirel Irk Teorisi, Eşdeğerlik/Paralellik Teorisi ve Marksist Teori. (S. Oruç ve Y. Tezgiden, çev.). Eleştirel Eğitim ve Marksizm (N. Korkmaz, çev. ed.). (s. 117-179). İstanbul: Kalkedon Yayıncılık.

[61] Ladson-Billing, s. 17-18.

[62] Delgado ve Stefancic, s. 6-7.

çalışmaları, felsefe, sosyoloji, teoloji ve sağlık bilimleri gibi alanlarda da eleştirel ırk teorisinin görüşleri ele alınmıştır.

Eleştirel ırk teorisyenleri hukukta olduğu gibi diğer bilim alanlarında da geleneksel akademik yaklaşımların aksine aktivist bir mücadeleyi benimseyerek kendilerini sadece toplumsal durumu anlamaya yönelik analizlerle sınırlamamışlardır[63]. Aynı zamanda toplumun kendini ırksal sınırlar ve hiyerarşiler üzerinden nasıl organize ettiğini göstererek mevcut düzenin daha iyi hale getirebilmesinin koşullarını sorgulamış ve onu değiştirmeye yönelik çalışmalar da yürütmüşlerdir[64].

5. Değerlendirme

Eleştirel ırk teorisi ilk olarak Amerikan toplumu ve kurumları üzerinde beyazların üstün olduğunu ve bunun doğrudan hukuk aracılığıyla sürdürülebildiğini vurgulayan bir yaklaşım olarak ortaya çıkmıştır[65]. Liberal hukuk düzeninin temel kabullerine, ilkelerine, kurumlarına ve hukuk uygulamasına karşı hem eleştirel hem de kuşkucu bir tutum takınan hukukçu akademisyenlerle aktivistlerin düşünce ve eylem deneyimiyle şekillenen teori, 1980'lerden bugüne ulaşan süreçte kamusal alandaki görünürlüğünü giderek artırdığı gibi çok farklı disiplinlerden bilim insanları ve aktivistlerin katkılarıyla, teori ile pratiği bir arada barındıran bir hareketin kurucu felsefesi haline gelmiştir.

Hareketin mensupları, hukuki liberalizmin temel öğeleri olarak nitelendirilebilecek hukukun üstünlüğü, tarafsızlığı, objektifliği, eşitlikçiliği, ayrım yapmaması gibi hâkim kavram ve ilkelerini hem teorik hem uygulamaya yansıyan sonuçları itibariyle analiz ederek ırk ve ırkçılık eksenli eleştirel bir perspektiften ele almışlardır. Bu kavram ve ilkeleri inceleyerek, bir taraftan toplumsal anlamından yoksun ve sabit bir özellik gibi sunulan ırk olgusunun liberalizmin fırsat eşitliği ideolojisi lehine işlev gördüğünü diğer taraftan ırklar arası mevcut eşitsizliklerin bireysel ve rastgele meydana gelen bir dizi eylemin tarih dışı ve soyut bir hikâyesi olduğuna ilişkin anlatının tarihsel ve toplumsal gerçeklikle bir ilgisinin bulunmadığını saptamışlardır[66]. Dolayısıyla hukuk ve onun kavramları aracılığıyla beyaz ırkın üstünlüğünün sürekli olarak yeniden üretilebildiğini ve var olan hegemonya düzeninin de kendi meşruiyetini sağlayabildiğini tespit etmişlerdir. Bununla birlikte eleştireller hukuk aracılığıyla, beyazların üstünlüğüne dayanan ırksal güçler arasındaki ilişkinin dönüştürülebilmesi ve daha geniş anlamda ırksal özgürlüğün sağlanabilmesi için çeşitli imkânların da hayata geçirilebileceğini düşünmüşlerdir[67]. Hukukun bir mücadele aracı olarak kullanılması olgusunu ön plana çıkarmış, bu doğrultuda ırk ayrımcılığına uğrayanların

[63] Delgado ve Stefancic, s. 7.
[64] Delgado ve Stefancic, s. 7.
[65] Crenshaw, K. vd. (1995). Introduction. Crenshaw, K. vd. (Yay. Haz.) Critical Race Theory The Key Writings That Format the Movement. (s. XIII - XXXII). New York: The New Press, s. XIII.
[66] Matsuda vd., s. 6.
[67] Crenshaw, K. vd., s. XIII.

haklarının korunması için yargısal aktivizmi teşvik ederek topluluk avukatlığı gibi yöntemler aracılığıyla mağdurlar için hukuksal yardım ve yönlendirmelerde bulunmuşlardır.

Sonuç olarak eleştirel ırk teorisyenleri ayrımcılık yasağı, hukukun tarafsızlığı ya da hukuksal eşitlik gibi fenomenlerle üzeri devamlı örtülmeye çalışılıp bireysel ve münferit olaylar şeklinde gösterilmek istenen ırkçılık olgusunun, Amerikan toplumu ile kurumlarında çok daha derin köklere sahip olduğuna işaret etmişlerdir. Irkçılığın sürekli üretilebilmesinin ve maskelenebilmesinin bir aracı olarak liberal hukuk düzenini normatif niteliği, kurumsal işleyişi ve yargısal süreçleriyle bir bütün olarak incelemeye başlamışlardır. Zamanla hukuk düzeninin, ekonomi politik sistemin, toplumsal yapı ve ilişkilerin de ırkçılığı besleyen olgular olarak bir arada ve karşılıklı biçimde işlev gördüğünü fark edip disiplinler arası bir metodoloji geliştirerek çalışmalarını yoğunlaştırmışlardır. Tüm bu çabaların sonucu olarak ortaya çıkan eleştirel ırk teorisi, bir taraftan Amerikan toplumu ile kurumlarının ırk ve ırkçılık konularındaki gerçek tutumunun ifşa edilip çözümlenmesiyle kuramsal yönden biçimlendirilirken diğer taraftan yer yer pragmatist bir mantıkla, beyaz olmayan insanların mağduriyetlerinin giderilebilmesine dönük hukuki politik eylemliliklerle güçlendirilmiştir. Dolayısıyla hukuksal, politik ve toplumsal alanda hem kuramsal bilgiyi hem de doğrudan eylemliliği ön plana çıkaran bir praksis felsefesi/hareketi haline gelmiştir.

Kaynakça

Alfieri, A. V. (2013). Fidelity to Community – A Defense of Community Lawyering. R. Delgado ve J. Stefancic (Ed.). Critical Race Theory – The Cutting Edge. (s. 743-749). Philadelphia: Temple University Press.

Bell, D. A. (1980). Brown v. Board of Education and the Interest-Convergence Dilemma. Harvard Law Review, Vol. 93/3, 518-533.

Brown v. Board of Education of Topeka – 347 U.S. 483. (1954). http://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/case.html adresinden erişildi. (ET: 30.03.2021).

Brown, D. A. (2007). Critical Race Theory Cases, Materials, and Problems. St Paul: Thomsons Wests.

Crenshaw, K. vd. (1995). Introduction. Crenshaw, K. vd. (Yay. Haz.) Critical Race Theory The Key Writings That Format the Movement. (s. XIII - XXXII). New York: The New Press.

David, S. (2017). A Theory to Better Understand Diversity, And Who Really Benefits. https://www.npr.org/sections/codeswitch/2017/04/19/523563345/a-theory-to-better-understand-diversity-and-who-really-benefits#:~:text=Interest%20convergence%20is%20a%20theory,white%20and%20black%20interests%20converge adresinden erişildi. (ET: 27.03.2021).

Delgado, R. (2013). Liberal McCarthism and the Origins of Critical Race Theory. R. Delgado ve J. Stefancic (Ed.). Critical Race Theory – The Cutting Edge. (s.38-46). Philadelphia: Temple University Press.

Delgado, R. ve Stefancic, J. (2012). Critical Race Theory - An Introduction. New York: New York Universities Press.

Gordon, R. W. (2006). Bazı Eleştirel Hukuk Teorilerinin Eleştirisi. (S. Gölbaşı, çev.), İÜHFM, C. LXIV, S. 2, 387-410.

Gotanda, N. (2013). A Critique of "Our Constitution is Color-Blind". R. Delgado ve J. Stefancic (Ed.). Critical Race Theory – The Cutting Edge. (s.35-37). Philadelphia: Temple University Press.

Harris, A. P. (1994). Foreword: The Jurisprudence of Reconstruction. California Law Review, V. 82/4, 741-785.

Hernandez v. Texas – 347 U.S. 475. (1954). http://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/475/case.html adresinden erişildi. (ET: 30.03.2021).

Hill, D. Sınıf ve "Irk"a Dair Kültürelci ve Materyalist Açıklamalar: Eleştirel Irk Teorisi, Eşdeğerlik/Paralellik Teorisi ve Marksist Teori. (S. Oruç ve Y. Tezgiden, çev.). Eleştirel Eğitim ve Marksizm (N. Korkmaz çev. ed.). (s. 117-179). İstanbul: Kalkedon Yayıncılık.

Hirabayashi v. United States – 320 U.S. 81. (1943). https://supreme.justia.com/cases/federal/us/320/81/case.html adresinden erişildi. (ET: 05.04.2021).

Kennedy, R. L. (2013). Racial Critiques of Legal Academia. R. Delgado ve J. Stefancic (Ed.). Critical Race Theory – The Cutting Edge. (s. 689-704). Philadelphia: Temple University Press.

Korematsu v. United States – 323 U.S. 214. (1944). https://supreme.justia.com/cases/federal/us/323/214/case.html adresinden erişildi. (ET: 05.04.2021).

Ladson-Billing, G. (1998). Just What is Critical Race Theory and What's it Doing in a Nice Field Like Education?. Qualitative Studies In Education, V. 11/1. 7-24.

Loutzenheiser, L. W. (2007). Ruminations on Stuck Pages: Identities, Race, and Queer Theories. Journal of Cirriculum and Pedogogy, V. 4/2, 100-106.

Macaulay, S., Friedman, L. M. ve Mertz E. (2007). Law in Action – A Socio-Legal Reader. New York: Foundation Press.

Martin Luther King Holiday in Arizona. https://www.library.pima.gov/content/martin-luther-king-holiday-in-arizona/ adresinden erişildi. (ET: 02.04.2021).

Martinez, G. A. (1997). The Legal Construction of Race: Mexican – Americans and Whiteness. Harv. Latino. L. Rev., V. 2., 321-347.

Matsuda, M. J. (1987). Looking to the Bottom: Critical Legal Studies and Reparations. Harv. C.R. – C.L. L. Rev., V. 22, 323-399.

Matsuda, M. J., vd. (1993). Words That Wound – Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment. Boulder: Westview Press.

Milovanovic, D. (2002). Weberian and Marxian Analysis of Law: Development and Functions of Law in a Capitalist Mode of Production. Burlington: Ashgate Publishing Company.

Milovanovic, D. (2003). An Introduction to the Sociology of Law. New York: Criminal Justice Press.

Plessy v. Ferguson – 163 U.S. 537. (1896). http://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/case.html adresinden erişildi. (ET: 30.03.2021).

Transcript of Executive Order 9066: Resulting in the Relocation of Japanese. (1942). http://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=false&doc=74&page=transcript adresinden erişildi. (ET: 05.04.2021).

Yasui v. United States – 320 U.S. 115. (1943). https://supreme.justia.com/cases/federal/us/320/115/case.html adresinden erişildi. (ET: 05.04.2021).

TÜKETİCİ İŞLEMLERİ DOLAYISIYLA DÜZENLENEN/DÜZENLENDİĞİ İDDİA EDİLEN KAMBİYO SENETLERİNDE GÖREVLİ MAHKEME MESELESİ

Dr. Öğretim Üyesi Şengül Al Kılıç

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ORCID NO: 0000-0002-1139-3255

Öz

TKHK m. 4/5 gereğince, tüketici işlemleri nedeniyle kıymetli evrak niteliğinde sadece nama yazılı senet düzenlenebilir. Buna aykırı olarak düzenlenen senetler, tüketici açısından geçersizdir. Ancak bu geçersizlik, senet nedeniyle sorumluluk altına giren diğer kişiler açısından söz konusu değildir. Tüketici işlemi nedeniyle düzenlendiği öne sürülen bir kambiyo senedinden kaynaklı uyuşmazlığın yargıya taşınması ihtimalinde, uygulamada davanın hangi mahkemede görüleceği meselesi ile karşı karşıya kalınabilmektedir. Zira *TTK'da düzenlenen kambiyo senetleri ile ilgili uyuşmazlıklar TTK m. 4/1, a gereğince, mutlak ticari dava niteliğindedir ve görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesidir (TTK m. 5/1). Oysa TKHK m. 73/1 gereğince, tüketici işleminden kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli mahkeme tüketici mahkemesidir.*

Bir kambiyo senedinin temelindeki işlemin tüketici işlemi olduğunun ileri sürüldüğü bir varsayımda, uyuşmazlığın TKHK m. 73/1 gereğince tüketici mahkemesinde mi yoksa TTK m. 5 gereğince asliye ticaret mahkemesinde mi çözüme kavuşturulması gerektiği sorusuna uygulamada farklı cevaplar verilmektedir. Bazı kararlarda, kambiyo senedinden kaynaklanan uyuşmazlıklar, temeldeki tüketici işleminden bağımsız olarak, mutlak ticari dava kabul edilip asliye ticaret mahkemelerinde çözümlenirken; bazı kararlarda ise, temeldeki işlemin tüketici işlemi olduğundan hareketle tüketiciye karşı açılan ya da tüketici tarafından cirantalara/hamile yöneltilen davalarda, tüketici mahkemesinin görevli olduğu sonucuna varılmaktadır. Ayrıca TKHK m. 73/1 nedeniyle tüketiciye yöneltilen ya da onun tarafından kambiyo senetlerine dayanılarak açılacak davalarda, uyuşmazlığın tüketici mahkemesinde; hamil tarafından cirantalara veya cirantaların bir diğer cirantaya yönelteceği davalarda ise, aynı kambiyo ilişkisinden kaynaklanmasına rağmen, uyuşmazlığın asliye ticaret mahkemesinde görülmesi durumu ile karşılaşılabilmektedir.

Tüketici işlemi nedeniyle düzenlenen kambiyo senedinin emre veya hamiline yazılı olması durumunda, işlemin tüketici işleminden kaynaklanıp kaynaklanmadığı tüketici açısından bir ispat sorununu da beraberinde getirmektedir. Yine nama yazılı olsa dahi kambiyo senetlerinin sebepten soyut senetler olması nedeniyle, temelinde tüketici işlemi olan bir uyuşmazlıkla ilgili tüketiciye yönelik olarak davanın, başlangıçta hamil tarafından asliye ticaret mahkemesinde açılması da

ihtimal dâhilindedir. Meselenin ayrıca dava şartı arabuluculuk bağlamında da, birtakım farklı uygulamalara sebebiyet verebileceği aşikârdır.

Anahtar Kelimeler: Tüketici İşlemi, Ticari Dava, Kambiyo Senedi, Görevli Mahkeme

THE ISSUE OF THE COMPETENT COURT IN NEGOTIABLE INSTRUMENTS THAT ARE EXECUTED/ALLEGEDY EXECUTED DUE TO CONSUMER TRANSACTION

Abstract

According to Turkish Consumer Protection Code, a valuable paper due to a commercial transaction can only be issued in the name of the holder. When the issue is considered in terms of negotiable instruments, in the possibility of bringing the dispute arising from a negotiable instrument allegedly issued due to a consumer transaction to the judiciary, the issue of which court the case will be heard may be faced.

In an assumption that it is claimed that the underlying transaction of the negotiable instrument is the consumer transaction, different answers are given in practice to the question of whether the dispute should be resolved in a consumer court or a commercial court of first instance. In some jurisdictions, disputes arising from the negotiable instrument, regardless of the underlying consumer transaction, were accepted as absolute commercial lawsuits and resolved in commercial courts of first instance. In some decisions, it is concluded that the consumer court is responsible for the lawsuits filed against the consumer or brought against the endorser/holder, considering that the underlying transaction is the consumer transaction.

Especially if the negotiable instruments issued due to consumer transactions are promissory or payable to holder, whether the transaction is due to the consumer transaction or not will bring about a proof problem for the consumer. Again, because the negotiable instruments, even if they are in the name of the holder, are abstract of the underlying transaction, it is also possible that the case regarding a dispute based on a consumer transaction may be filed by the holder at the commercial court of first instance. It is obvious that the issue may also give rise to several different practices in the context of litigation clause mediation.

Keywords: Consumer Transaction, Commercial Lawsuit, Negotiable Instrument, Competent Court

GİRİŞ

Tüketici işlemlerinde, bu işlemden kaynaklanan bedelin, ister taksitli isterse de peşin bir satış söz konusu olsun, bir kambiyo senedi ile ödenmesi, uygulamada sıklıkla karşılaşılabilen bir durumdur. Özellikle tüketicinin bedeli nakden ya da kredi kartı ile ödemesinin söz konusu olamadığı veya yüksek meblağlı tüketici işlemlerinde bu uygulamaya başvurulduğu gözlemlenmektedir[1]. Bu yöntemin uygulamada sıklıkla kullanılması ve zaman zaman tüketici aleyhine bazı kötüye kullanımların da söz konusu olması, kanun koyucunun bu hususta yasal bir düzenleme ile konuyu netliğe kavuşturması ihtiyacını da beraberinde getirmiştir. Nitekim konu ile ilgili açıklamalar, hem 4822 sayılı Kanun ile 2003 yılında yapılan değişiklik sonrasında mülga 4077 sayılı TKHK m. 6/A, f. 3'de hem de mer'i 6502 sayılı TKHK[2] m. 4/5'de kendisine bir yer bulmuştur.

Yürürlükte bulunan 6502 sayılı Kanun m. 4/5 hükmüne göre, *"Tüketicinin yapmış olduğu işlemler nedeniyle kıymetli evrak niteliğinde[3] sadece nama yazılı ve her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı olacak şekilde senet düzenlenebilir[4]. Bu fıkra hükümlerine aykırı olarak düzenlenen senetler*

[1] Ayrıca bkz. **Kendigelen, A.** (2019). Çek Hukuku, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 5. Bası, s. 24.
Tüketicinin kıymetli evrak ile borç altına girmesinin ortaya çıkarabileceği sakıncalar hakkında bkz. **Uzunallı Eroğlu, S.** (2004). Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Kıymetli Evrak Hukukuna Etkileri. DEÜHFD, C. 6, S. 1, s. 114; **Battal, A.** (1998). Kıymetli Evrakla Borç Altına Giren Tüketicinin Korunması, BATİDER, C. XIX, S. 3, s. 98-99; **Bahtiyar, M. ve Hamamcıoğlu, E** (2015). Tüketicinin Kıymetli Evrak İle Borçlanması ve Sonuçları, Kadir Has Üniversitesi HFD, C. 3, S. 1, s. 69.

[2] 6502 sayılı Kanun'un yasalaşma serüveninde bazı maddelere ve öngörülme amaçlarına dair değerlendirmeler hakkında bkz. **Yıldırım, A.** (2013). Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağının Bazı Maddelerine İlişkin Değerlendirmeler, GÜHFD, C. XVII, S. 1-2, s. 1020 vd..

[3] Esasında 6502 sayılı TKHK m. 4/5'deki düzenleme, yalnızca kambiyo senetlerine yönelik değil; kıymetli evraka yönelik bir hüküm içermektedir. Hükümde anlamını bulan kıymetli evrak, bir tüketici işleminin karşılığında verileceği için, "*nama yazılı olması hasebiyle kamu itimadına mazhar olmayan, soyut, alacak senetleri"* şeklinde kabul edilebilir. Ancak uygulaması zor olmakla birlikte, bu kapsama nama yazılı düzenlenmiş olan ipotekli borç senedi ya da irat senedi de dahil edilebilir [Bu hususta bkz. **Uzunallı Eroğlu,** s. 114; **Yıldırım, A. ve Develi, B.** (2020). Tüketici İşlemlerinde Kıymetli Evrak Düzenlenmesi, AHBÜHFD, C. XXIV, S. 2, s. 42; **Doğan, Ö.** (2018). Tüketici Senetleri, ABD, 2018/2, s. 123-124; **Yeşiltepe, S. Ö.** (2014). 6502 Sayılı TKHK m. 4/5 Çerçevesinde Kıymetli Evrakın Tüketici Yönünden Geçersizliği Meselesi, MÜHF –HAD, C. 20, S. 2, s. 31-32, dn. 27]. Bununla birlikte, çalışmamızın konusu, uygulamada sıklıkla karşılaşılan tüketici işlemleri kapsamında düzenlenen/düzenlendiği iddia edilen kambiyo senetleri nedeniyle yaşanılan uyuşmazlıklarda görevli mahkeme meselesi olduğundan, TKHK m. 4/5 hükmü, yalnızca kambiyo senetleri bağlamında ele alınacaktır.

[4] Her ne kadar hükümde, tüketici tarafından tüketici işlemleri nedeniyle *"düzenlenen"* kıymetli evraklar bakımından bir açıklamaya yer verilmişse de, hükmün tüketiciyi koruma amacı ile kaleme alınmış olması ve özellikle madde gerekçesindeki açıklamalar da dikkate alındığında, tüketicinin, *"daha önceden düzenlenmiş bir kıymetli evrakın müracaat borçlularından biri olarak sonradan bu kıymetli evrak hukuku ilişkisi içerisine (tüketici işlemi nedeniyle) dâhil olduğu hallerde de"*, TKHK m. 4/5'in dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz. Bu çerçevede böyle bir kıymetli evrakın TKHK m. 4/5'deki koşullara uygun olarak düzenlenmemiş olması, yine kıymetli evrakın *"tüketici"* konumundaki kişi bakımından geçersizliği sonucunu doğurmalı; ancak imzaların istiklali ilkesi gereğince, bu geçersizlikten senet dolayısıyla sorumluluk altına giren diğer kişilerin etkilenmeyeceği sonucuna varılmalıdır. Aynı yönde bkz. **Gümüş, M. A.** (2014). 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C. I, m. 1-46, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 43; **Coşkun, M.** (2021). Hukuki ve Cezai Yönleriyle Kıymetli Evrak Hukuku, Güncellenmiş 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 180. Aksi yönde bkz. **Bahtiyar/Hamamcıoğlu,** s. 85.

tüketici yönünden geçersizdir". 6502 sayılı Kanun'da da tüketici işlemi dolayısıyla düzenlenecek kıymetli evrakın *"nama yazılı olması"*[5] ve *"her bir taksit için ayrı ayrı kıymetli evrak düzenlenmesi"* şartları yine korunmuş ancak, bu hükme aykırılığın yaptırımı, yalnızca *"tüketici"* bakımından senedin geçersiz olması şeklinde hüküm altına alınmıştır.

Hal böyle olmakla birlikte uygulamada, tüketici işlemi nedeniyle verilen ya da verildiği öne sürülen bir kambiyo senedinden kaynaklı uyuşmazlığın yargıya taşınması ihtimalinde, davanın hangi mahkemede görüleceği meselesi ile karşı karşıya kalınabilmektedir. Her ne kadar TKHK m. 73'de *"Tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan*[6] *doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevlidir"* şeklinde açık bir düzenleme yer alsa ve TKHK m. 83/2'de *"Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez"* hükmüne yer verilmiş olsa da, kambiyo senetlerinin sebepten soyut senetler olması ve temeldeki hukuki ilişkinin senet metninden anlaşılamaması nedeniyle, uyuşmazlığın temelinde tüketici işleminin yer alıp almadığının tespitinin daha uyuşmazlığın en başından yapılabilmesi her zaman mümkün olmayabilir. Kaldı ki, bazı yargı kararlarında, *TTK'da düzenlenen kambiyo senetleri ile ilgili uyuşmazlıkların TTK m. 4/1, a gereğince, mutlak ticari dava ve görevli mahkemenin de asliye ticaret mahkemesi (TTK m. 5/1) olduğu* yönünde değerlendirmeler yapıldığı; temeldeki hukuki ilişkinin tüketici işlemi olup olmadığından tamamen bağımsız olarak, kambiyo senedinden kaynaklanan tüm uyuşmazlıkların asliye ticaret mahkemesinde görülmesi gerektiği yönünde hükümler kurulduğu da görülmektedir.

Bir diğer ifade ile kambiyo senetleri sebepten soyut senetler olduğundan, tüketici işlemleri dolayısıyla düzenlenen ya da düzenlendiği iddia edilen bir kambiyo senedi dolayısıyla bir uyuşmazlık yaşandığında uyuşmazlığın asliye ticaret mahkemesinde mi yoksa tüketici mahkemesinde mi çözüme kavuşturulacağı sorusuna uygulamada, uyuşmazlığın esasına girilemeden başlangıçta net bir cevap verilemediği gibi; uyuşmazlığın temelindeki hukuki ilişki tespit edildiğinde dahi görevli mahkeme bakımından, yargı kararlarında yeknesak bir uygulama geliştirilemediğinden, konu ile ilgili farklı kararlarla karşılaşılmaktadır.

Çalışmamızın amacı, tüketici işlemi dolayısıyla düzenlenen ya da düzenlendiği iddia edilen kambiyo senetlerinden kaynaklı bir uyuşmazlıkta, açılacak olan davanın türü ve davayı açacak olan kişi de dikkate alınarak, görevli mahkemenin tespitine yönelik bazı değerlendirmelerde

[5] Bununla birlikte, hüküm, tüketiciyi koruyucu bir düzenleme olarak öngörüldüğü için, tüketici işleminin diğer tarafını oluşturan satıcı/sağlayıcı tarafından (düzenleyen sıfatı ile), tüketiciye yönelik olarak (lehtarı tüketici olacak şekilde) düzenlenip verilen kıymetli evraklarda ve özelinde kambiyo senedinde bu şekilde bir *"nama yazılı olma"* zorunluluğu aranmamalıdır. Aynı yönde bkz. **Kara, İ.** (2015). Yeni Kanuna Göre Tüketici Hukuku, Ankara, Engin Yayınevi, s.79.

[6] TTK kapsamında aynı zamanda haksız rekabet teşkil eden örneğin, haksız ticari uygulamalar, saldırgan satış yöntemleri gibi. Ayrıca bkz. **Aslan, İ. Y.** (2019). Tüketici Hukuku Dersleri, Güncellenmiş 7. Bası, Bursa, Ekin Yayınları, s. 65 vd.; **Aydoğdu, M.** (2014). Tüketici Klavuzu-Hukuk Rehberi, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, s. 192 vd.; **Kara,** s. 195 vd..

bulunabilmektir. Bu bağlamda konunun ayrıca arabuluculuk bakımından da ele alınması gerekmektedir. Ancak tüm bu tespitlerin yapılabilmesi için öncelikle, *"tüketici"* ve *"tüketici işlemi"* kavramlarının anahatları ile de olsa açıklanması, tüketici işlemleri dolayısıyla verilen kambiyo senetlerinin taşıması gereken özellikler ve bu özelliklerin eksikliğinin sonucu üzerinde durulması, TKHK m. 4/5'e aykırılık halinde öngörülen yaptırıma yönelik *"de lege ferenda"* çözüm önerimizden söz edilmesinde fayda bulunmaktadır. Aşağıdaki alt başlıklar bu minvalde oluşturulmuştur.

I. "TÜKETİCİ" ve "TÜKETİCİ İŞLEMİ" KAVRAMLARI

Konumuz çerçevesinde üzerinde durduğumuz TKHK m. 4/5 hükmünün kapsamına *"tüketicinin yapmış olduğu işlemler nedeniyle düzenlenecek olan kıymetli evraklar"* girdiği ve yine TKHK m. 73'de de *"tüketici işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli mahkeme"* tüketici mahkemesi olarak belirlendiği için, tüketici işlemleri dolayısıyla düzenlenen ya da düzenlendiği öne sürülen kambiyo senetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli mahkemeyi tespit edebilmek için her şeyden önce *"Tüketici"* ve "*Tüketici İşlemleri"* kavramlarına anahatları ile de olsa değinmek gerekir.

Tüketici, TKHK m. 3/1, (k) hükmünde, *"Ticari*[7] *veya mesleki olmayan*[8] *amaçlarla hareket eden*[9] *gerçek veya tüzel kişi*[10]*"* olarak (Ayrıca bkz. TTK m. 864/5); tüketici işlemleri ise, TKHK m. 3/1, (l)'de , "*Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel*

[7] Ticari amaçla hareket etme kavramının, rutin işlemler dışında yürütülen kazanç elde etme faaliyetlerini kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerektiği hususunda bkz. **Yıldırım/Develi,** s. 36.

[8] Bununla birlikte, zirai amaçla hareket etme bakımından her ne kadar Kanunda bir açıklık söz konusu olmasa da, kişisel kullanımı aşan düzeyde ve kazanç elde etme amacına hizmet eden zirai amaçlı faaliyetler bakımından ilgilinin tüketici olarak nitelendirilemeyeceği yönünde bkz. **Aslan, İ. Y.** (2014). 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, Bursa, Ekin Yayınları, 4. Bası, s. 6; **Yıldırım/ Develi,** s. 36; **Kalkan, A.** (2018). Tüketici Hukukunda Ayıplı Maldan Doğan Sorumluluk, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 44.

[9] Mülga TKHK'da tüketiciye yönelik olarak yapılan tanımda kullanılan *"mal veya hizmetin edinilmesi, kullanılması ya da yararlanılması"* ifadesi, 6502 sayılı TKHK'ya aktarılmamış; onun yerine *"hareket eden"* ibaresi ile bu ifadeleri de içine alan ancak daha geniş bir kapsam belirlenmiştir. Bu hususta ayrıca bkz. **Yeşiltepe,** s. 26.

[10] Tacirlerin ve özelinde tüzel kişi tacirlerin, bilhassa da ticaret şirketlerinin tüketici sıfatı ile ilgili tartışmalar hakkında ayrıca bkz. **Taşkın, M.** (1997). Tüzel Kişilerin ve Şirketlerin Tüketicilik Vasfı, ABD, S. 1, s. 35 vd.; **Aktürk, İ. Y.** (2016). Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı, GÜHDF, C. XX, S. 2, s. 112 vd.; **Aslan,** s. 7 vd.; **Battal, A.** (1998). Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Yönünden Tacirlerin Tüketici Sıfatı, Ali Bozer'e Armağan, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 322 vd.; **Doğan,** s. 114; **Yeşiltepe,** s. 26; **Karslı, A.** (2020). Medeni Muhakeme Hukuku, 5. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 109; **Arkan, S.** (2018). Ticari İşletme Hukuku, Son Değişikliklere Göre Hazırlanmış ve Genişletilmiş 24. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 74; **Narbay, Ş ve Akkuş, M.** (2020). Ticari İş ve Tüketici İşlemi Kavramları Ekseninde Görevli Mahkeme ve Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Düşünceler, TAAD, Yıl: 11, S. 44, s. 312; **Çıtır, E.** (2016). Ticari İş–Tüketici İşlemi İlişkisi, GÜHFD, C. XX, S. 3, s. 42-44; **Narbay, Ş. ve Akkuş, M.** (2019), Ticari İş Niteliğinin Belirlenmesi ve Ticari İş – Tüketici İşlemi Ayrımı, Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, s. 852 vd.; **Tutumlu, M. A.** (2015). Tüketici Yargılaması Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınları, s. 73 vd.; **Aydoğdu,** Klavuz, s. 20-21; **Kalkan,** s. 40-42; **Yıldırım,** s. 1022-1024; **Bozkurt, T.** (2019). Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, Legem Yayıncılık, s. 260-262.

kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem" şeklinde tanımlanmıştır[11].

Anılan hükümlerden de anlaşılacağı üzere, tüketiciden söz edebilmek için, bu kişinin, mal veya hizmet piyasalarında işlemlerin tarafı olurken gütmüş olduğu amaca bakılmalı ve ticari veya mesleki olmayan bir amaçla hareket edip etmediği sorgulanmalıdır[12]. Bununla birlikte, bir tüketici işleminin varlığı için bu işlemin taraflarından birinin *"tüketici"* olması yetmez. Aynı zamanda böyle bir hukuki işlemin diğer tarafını da *satıcı ya da sağlayıcı konumundaki kişilerin*[13] oluşturması gerekir[14]. Görüldüğü üzere her ne kadar TKHK m. 3/1, (k) hükmünde *"tüketici"* kavramı bakımından son derece geniş bir kapsam çizilmekte ise de, tüketici işleminden söz edilebilmesi için, yalnızca tüketicinin varlığı yeterli görülmeyip hukuki işlemin diğer tarafını da *"satıcı/sağlayıcı"*nın oluşturması şartı da aranılarak[15], çizilen geniş çerçevenin, bir nebze de olsa daraltıldığını söylemek mümkündür. Esas itibariyle, kanun koyucunun korunmaya değer ve zayıf tarafı oluşturduğunu düşündüğü tüketici ile kastettiğinin de "*satıcı ya da sağlayıcı karşısındaki tüketici"* olduğu rahatlıkla ifade edilebilir.

II. TÜKETİCİ İŞLEMİ DOLAYISIYLA DÜZENLENEN KAMBİYO SENETLERİNDE TKHK m. 4/5 GEREĞİNCE BULUNMASI GEREKEN ÖZELLİKLER

Tüketici işlemi niteliğindeki bir işlemden kaynaklanan bedelin, çalışma konumuz bakımından ele aldığımız hali ile, kambiyo senedi niteliğinde bir senetle ödenmek istenmesi ihtimalinde, bu kambiyo senedinin TTK'da öngörülen şartları taşımasının haricinde, TKHK gereğince birtakım özellikleri de ayrıca bünyesinde barındırması gerekmektedir. Bu bağlamda, TTK'ya göre kambiyo senetlerinden poliçe ve bono, nama ya da emre; çek ise, nama, emre veyahut da hamiline

[11]Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Gümüş,** s. 9-18; **İnal, T.** (2014). 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Hazırlanmış Tüketici Hukuku. Ankara, Seçkin Yayınları, 3. Bası, s. 68-69; **Bahtiyar, M. ve Biçer, L.** (2016). Adi İş / Ticari İş / Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi, MÜHF –HAD, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, C. 22, S. 3, s. 396 vd.; **Narbay/Akkuş,** 2019, s. 849 vd.; **Aydoğdu,** Klavuz, s. 20 vd..

[12]Ayrıca bkz. **Ozanoğlu, H. S.** (2001). Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Maddi Anlamda Uygulanma Alanı), AÜHFD, C. 50, S. 1, s. 59; **Yeşiltepe,** s. 27; **Tutumlu,** s. 62-63; **Kara,** s. 57.

[13]TKHK m. 3/1 (ı) gereğince, "*Sağlayıcı: Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi"*, yine m. 3/1 (i) gereğince de*"Satıcı: Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi"* ifade etmektedir.

[14]**Aslan,** s. 10; **Doğan,** s. 116; **Yeşiltepe,** s. 28; **Narbay/Akkuş,** 2019, s. 857. Bu yönde bir karar için ayrıca bkz. Y. 20. HD., T. 27.02.2015, E. 2015/1040, K. 2015/1044 sayılı kararı (**Tutumlu,** s. 232-233).
Ancak satıcı ya da sağlayıcının mutlaka tacir sıfatını haiz olması şart değildir; tacir, esnaf ya da serbest meslek erbabı vs. sıfatından ari olarak TKHK m. 3/1 (ı) ve (i)'deki tanıma uyan bir kişinin varlığı yeterli olacaktır (**Aslan,** 2019, s. 6; **Gümüş,** s. 15; **Yeşiltepe,** s. 28-29; **Kalkan,** s. 48-49).

[15]Bununla birlikte satıcı ya da sağlayıcı tanımına uyan kişinin, bu işi meslek edinmiş bir şekilde yapmasının da şart olarak aranmaması gerekir. İşlemin ticari amaçla yapılıyor olması hallerinde bu işlem arızi bir şekilde gerçekleştirilmiş olsa da, yine bu ihtimalde de bir tüketici işleminin varlığından söz edilebilmelidir. Aynı yönde bkz. **Yeşiltepe,** s. 29. Ayrıca bkz. ve karş. **Tutumlu,** s. 107 (*Yazar, satıcı/sağlayıcı konumundaki kişinin piyasaya arz edilen mal veya hizmeti profesyonel anlamda satan ya da sağlayan bir kişi olması gerektiği görüşündedir*).

düzenlenebilirken, tüketici işlemi kapsamında düzenlenecek kambiyo senedinin, *"nama yazılı olması"* gerektiği gibi; eğer tüketici işlemi kapsamında bedel taksitle ödenecek ise, senedin *"her bir taksit için ayrı ayrı nama yazılı şekilde"* düzenlenmiş olması gerekir (TKHK m. 4/5). Aksi durumda, TTK'daki şartlar var olduğu sürece, kambiyo senedi, senet dolayısıyla borç altına giren diğer kişiler ve hamil bakımından geçerliliğini korumaya devam edecek olmakla birlikte, tüketici bakımından geçersiz olacaktır[16].

Bir üst başlıkta da vurgulandığı üzere, bir hukuki işlemin taraflarından yalnızca birinin *"tüketici"* konumunda olması, TKHK'ya göre o hukuki işlemin *"tüketici işlemi"* sayılması bakımından yeterli değildir. Taraflardan birinin tüketici tanımına uymasına rağmen, diğer taraf ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden satıcı ya da sağlayıcı olmadığı sürece, bu hukuki işlem dolayısıyla düzenlenen kambiyo senetleri, TKHK m. 4/5 kapsamına girmeyecek ve dolayısıyla da mutlaka nama yazılı düzenlenmesi gerekmeyecek ya da emre/hamiline düzenlenmişse, tüketici açısından geçersizliğinden söz edilmeyecektir[17]. Hal böyle olunca, bu tarz bir hukuki işlem dolayısıyla verilen kıymetli evrak nedeniyle bir hukuki uyuşmazlık yaşanacak olsa, açılacak dava, tüketici mahkemesinde de görülmeyecektir. Nitekim TKHK m. 73 gereğince, "*Tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevlidir"*[18]. Bu kapsama dâhil olmayan uyuşmazlıklarda ise, uyuşmazlığın niteliğine göre görevli mahkeme belirlenir; uyuşmazlık kambiyo hukukuna ilişkin olduğu için de açılacak davalarda, asliye ticaret mahkemesi görevli olur.

III. TKHK m. 4/5'de YER ALAN ÖZELLİKLERİN ÖNGÖRÜLME AMACI ve HÜKME AYKIRILIĞIN SONUÇLARI

TKHK m. 4/5 hükmü, tüketici işlemlerinin tarafını oluşturan tüketiciyi koruma maksadıyla getirilmiş bir düzenlemedir. İlgili düzenlemede, tüketici işlemleri nedeniyle bir kıymetli evrak düzenlenmesi gerektiğinde, bunun *"nama yazılı"* olması şartı aranarak[19], bilhassa sebepten soyut niteliği ve (*tüketici işlemine dair*) temel ilişkiden bağımsız olarak takibe konu olabilme özellikleri ile göze çarpan[20] kambiyo senetleri bakımından, temel ilişkiye dair defilerin, tüketici tarafından, iyiniyetli olsun ya da olmasın tüketici işlemine yabancı konumdaki senet hamiline karşı da ileri

[16]Tüketici bakımından geçersiz olan bu senedin, senet dolayısıyla borç altına giren diğer kişiler bakımından geçerli olmaya devam etmesi nedeniyle bu durum öğretide *"esnek geçersizlik"* olarak da tanımlanmış ve hâkimin senedin tüketici bakımından geçersiz olması durumunu re'sen dikkate alması gerektiğine vurgu yapılmıştır. Bkz. **Ünlütepe, M.** (2014). 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Taksitle Satış Sözleşmesi, ABD, 2014/2, s. 340.

[17]Ayrıca bkz. **Yeşiltepe,** s. 31.

[18]Ayrıca bkz. **Bahtiyar/Biçer,** s. 421-425; **Zevkliler/Aydoğdu,** s. 447; **Kara,** s. 360-361.

[19]Tüketici işlemi dolayısıyla düzenlenecek olan kıymetli evrakın *"nama yazılı"* olması şartının aranmasının tüketici açısından getirdiği avantajlar hakkında ayrıca bkz. **Doğan,** s. 124; **Yeşiltepe,** s. 33-35; **Zevkliler, A. ve Aydoğdu, M.** (2004). Tüketicinin Korunması Hukuku, Tümüyle Yenilenmiş 3. Bası, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 179-180; **Aydoğdu,** s. 205-206.

[20] Bu hususta ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. **Uzunallı Eroğlu,** s. 158-159.

sürülebilmesine imkân verilmesi amaçlanmıştır[21]. Nitekim hükmün madde gerekçesinde, *bu düzenleme ile, senedin dolaşıma (tedavüle) çıkarılması ihtimalinde, kambiyo senedi bakımından işlem güvenliğinin sağlanmış olacağı ve tüketicinin mağdur olmasının önüne geçileceği* açıkça ifade edilmiştir[22].

Söz konusu fıkraya göre, tüketici işlemleri nedeniyle düzenlenecek kıymetli evrakın (konumuz bağlamında kambiyo senetlerinin) *"nama yazılı"* olması zorunlu ve buna aykırı düzenlenen kıymetli evraklar tüketici açısından geçersiz olduğu gibi*; "nama yazılı olsa dahi",* taksitle ödeme yönteminin belirlendiği bir tüketici işlemi için, her bir taksit tutarı için ayrı ayrı[23] değil de, *"tek bir kıymetli evrakın"* düzenlenmiş olması ihtimalinde de yine düzenlenen bu senet, de geçersizdir[24] (Ayrıca bkz. TKHK m. 77/1). Ancak hükümdeki geçersizlik ile anlaşılması gereken, kıymetli evrakın tüm ilgililer açısından geçersizliği olmayıp; yalnızca *"tüketici"* yönünden geçersizliğidir. Nitekim varılan bu sonuç, TKHK m. 4/5'in madde gerekçesinde de *"tüketici dışındaki kişiler bakımından kıymetli evrakın geçerli sayılacağı"* şeklinde açıkça vurgulanmıştır.

[21]**Aslan,** s. 308; **Kendigelen, A. ve Kırca, İ.** (2019), Kıymetli Evrak Hukuku Genel Esaslar Kambiyo Senetleri. İstanbul, Oniki Levha Yayınları, s. 121; **Uzunallı Eroğlu,** s. 126; **Aydoğdu, M.** (2015). Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 203; **Yeşiltepe,** s. 35 ve s. 40; **İnal,** s. 298-299; **Yıldırım/Develi,** s. 38; **Cengil, M. F.** (2014). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 05.03.2014 Tarih, 2013/12-2113 Esas ve 2014/210 Kararı Işığında Tüketicinin Yapmış Olduğu İşlemler Nedeniyle Nama Yazılı Senet Düzenlenmesi Zorunluluğu, Çukurova Üniversitesi HFD, Aralık, C. 1, S. 2, s. 55-58.
Nama yazılı senetlerde defiler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Yılmaz, A.** (2017). Kambiyo Senetlerinde Defiler, Güncelleştirilmiş 2. Bası, İstanbul, Aristo Yayınları, s. 152 vd..

[22] Öğretide, hükümde ayrıca, tüketici tarafından verilen boş senetlerin geçersiz olduğu ve senedin mutlaka tüketicinin kendi el yazısı ile doldurulması gerektiği yönünde şartlara da yer verilmesinin tüketiciyi daha fazla koruyacağı ve olası mağduriyetlerin önüne geçeceği ileri sürülmüştür. Bkz. **Aydoğdu,** s. 205.

[23]Bu hususta ayrıca bkz. **Doğan,** s. 125-126; **Uzunallı Eroğlu,** s. 125; **Zevkliler/Aydoğdu,** s. 178.

[24]TKHK m. 4/5'de öngörülen bu özellikler, tüketici kredileri ve banka kredi kartları nedeniyle düzenlenecek olan kıymetli evraklar bakımından da aranılacaktır. Her ne kadar 4077 sayılı mülga Kanun'un 06.03.2003 tarihli ve 4822 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önceki metninde, m. 10/6'da, *"Kredi verenin ödemeleri bir kıymetli evraka bağlaması ya da krediyi kıymetli evrak kabul etmek suretiyle teminat altına alması yasaktır. Bu yasağa rağmen tüketiciden bir kıymetli evrak alınacak olursa, tüketici bu kıymetli evrakı kredi verenden geri istemek hakkına sahiptir. Ayrıca, kredi veren kıymetli evrakın ciro edilmesi sebebiyle tüketicinin uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlüdür."* şeklinde bir hükme yer verilmiş; ancak m. 6/A'da taksitli satışlar açısından konumuza ilişkin bir açıklamaya yer verilmemişse de, 4822 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrasında, m. 6/A, f. 3 ile taksitli satışlara ilişkin olarak düzenlenecek kıymetli evrakın özelliklerine dair hüküm, 4077 sayılı Kanunda yerini almıştır. Bkz. **Aydoğdu,** s. 204.
Mülga Kanun dönemindeki hükümler bağlamında tüketici kredisi sözleşmelerinde kambiyo senedi veren tüketicinin durumuna dair açıklamalar için ayrıca bkz. **Uzunallı Eroğlu,** s. 171.

Esasında mülga 4077 sayılı TKHK'nın, 4822 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrasındaki[25] 6/A maddesinde[26], *"yalnızca taksitle yapılan satışlar bakımından"* bir düzenleme getirilmiş; hükümde yer alan *"...Sözleşmeden ayrı olarak kıymetli evrak niteliğinde senet düzenlenecekse, bu senet, her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı olacak şekilde ve sadece nama yazılı olarak düzenlenir. Aksi takdirde, kambiyo senedi geçersizdir."* (f. 3) şeklindeki ifade nedeniyle düzenlenen kambiyo senedinin[27], senet nedeniyle sorumluluk altına giren herkes açısından[28] mı yoksa yalnızca düzenleyen konumundaki tüketici açısından mı geçersiz olacağı konusundaki tereddütler, YİBBGK önüne de taşınmıştır[29]. Ancak Büyük Genel Kurulca bu konuda bir karar verilmeden önce, 6502 sayılı Kanun m. 4/5 ile yapılan düzenleme sayesinde *senedin yalnızca tüketici açısından geçersiz olacağı, diğer sorumlular açısından geçerliliğini korumaya devam edeceği sonucuna varılarak* konunun netliğe kavuşturulduğundan bahisle, bu konuda ayrıca bir karar verilmesine gerek olmadığı sonucuna varılmıştır[30].

Yeni düzenleme ile TKHK m. 4/5'e aykırı olarak düzenlenen senetlerin tüketici açısından geçersiz olduğu, ancak senet nedeniyle borç altına giren diğer kişilerin bu şekilde bir geçersizlik savunmasında bulunamayacağı[31], TKHK m. 4/5'e aykırı düzenlenen bir senedin kendiliğinden nama düzenlenmiş gibi kabulünün söz konusu olamayacağı[32], senedin emre ya da hamiline yazılı geçerli bir senet olarak varlığını koruyacağı ve tedavül edebileceği, bu haliyle özellikle de

[25]4077 sayılı Kanun'da yapılan bu değişiklik öncesinde de, öğretide, özellikle tüketici kredisi sözleşmelerine dair Alman ve İsviçre hukukundaki düzenlemeleri de örnekleyerek, kambiyo senetlerinin sebepten soyut senetler olması nedeniyle, tüketicinin, satıcı/sağlayıcıya karşı sahip olduğu defileri, senedi devralan herkese karşı ileri sürebilmesine imkân veren yasal düzenlemeler yapılması gerekliliğine vurgu yapıldığı görülmektedir. Bu hususta bkz. **Ozanoğlu, H.** (1999). Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 227-228 ve s. 230. Ayrıca bkz. **Battal,** Tüketici, s. 103-104.
4822 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesi dönemde, taksitle satım şeklinde gerçekleştirilen tüketici işlemleri dolayısıyla kıymetli evrak düzenlenmesini yasaklayan hükümlerin benimsenmesinin daha yerinde olacağı yönünde savunulan görüş için bkz. **İnceoğlu, M. M.** (1998). Taksitle Satımlarda Tüketicinin Korunması, İstanbul, Beta Yayınları, s. 33-34.

[26] Bu hususta ayrıca bkz. **Demir, M.** (2003). 4822 Sayılı Kanun İle Tüketici Sözleşmeleri Alanında Getirilen Yenilikler, BATİDER, C. XXII, S. 1, s. 216.

[27]Bununla birlikte mülga 4077 sayılı TKHK m. 6/A hükmünün ilk cümlesinde *"kıymetli evrak"* ifadesine yer verilmiş olmasına rağmen, takip eden cümlede *"kambiyo senedi"* ifadesinin tercih edilmesinin bilinçli bir tercih olup olmadığı madde metni ve gerekçesinden anlaşılamadığından, düzenlemenin kıymetli evraklara yönelik mi yoksa yalnızca kambiyo senetlerini kapsayacak tarzda mı ele alınması gerektiği tartışmaya açıktı. Bu hususta ayrıca bkz. **Uzunallı Eroğlu,** s. 123-124, dn. 34. Ayrıca bkz. **Yeşiltepe,** s. 29, dn. 20.

[28]Mülga Kanundaki bu ifadenin, senedin herkes açısından geçersiz olacağı şeklinde anlaşılmasının, kambiyo hukukunun genel düzenlemelerine ve ticari hayatta büyük önem arz eden işlem güvenliği ilkesine aykırılık teşkil edeceği yönündeki haklı görüş için ayrıca bkz. **Uzunallı Eroğlu,** s. 135. Ayrıca bkz. **Aslan,** s. 307-308.

[29] Bu hususta ayrıca bkz. **Bahtiyar/Hamamcıoğlu,** s. 69 vd.; **Altaş, S.** (2010). Tüketici İşlemine Konu Senetlerin Ciro İle Devri Mümkün Müdür?, Terazi Hukuk Dergisi, Eylül 2010, S. 49, s. 64 vd.; **Cengil,** s. 59 vd..

[30] Bkz. YİBBGK'nun T. 29.11.2019 tarihli kararı için R.G. T. 30.06.2020, S. 31171.

[31] **Aslan,** s. 307-308. Bu yönde verilmiş bir karar için ayrıca bkz. YHGK, T. 05.03.2014, E.2013/12-2174, K.2014/233 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası – E.T. 26.04.2021).

[32]**Yıldırım/Develi,** s. 52. Mülga 4077 sayılı Kanun'un 4822 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesindeki durum bakımından getirilen bir çözüm önerisi olarak bkz. ve karş. **Battal,** Tüketici, s. 104 (*Yazar, ayrıca belirli bir meblağın altında düzenlenen tüketici senetlerini kanunen nama yazılı kabul etme önerisinde de bulunmuştur. Bkz. s. 105 vd.*).

kambiyo senetleri açısından geçerli olan *imzaların istiklali ilkesi* çerçevesinde işlem güvenliğinin sağlanacağı açıkça ortaya konulmuş olmasına rağmen, öğreti ve uygulamada[33] tüketici açısından söz konusu olan bu geçersizliğin, yalnızca lehtara ve ondan senedi bile bile borçlunun zararına hareket etmek amacıyla devralan üçüncü kişiye karşı mı yoksa senet dolayısıyla kendisine başvuran herkese karşı mı ileri sürülebileceği hususu netlik kazanamamış[34] ve bu konuda farklı görüşler savunulmuştur.

Bu konuda ileri sürülen görüşlerden biri[35], bu durumun bir şahsi defi oluşturduğu ve yalnızca tüketici ile satıcı/sağlayıcı konumundaki lehtar arasında ileri sürülebileceği, ancak senedi devralan iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceği yönündedir. Bununla birlikte, TTK'ya göre -*zaten tüketici işlemi niteliğinde olmasa dahi*- şahsi defi niteliğindeki temel ilişkiden kaynaklanan defilerin sadece taraflar arasında ya da bile bile borçlunun zararına hareket ettiği ispatlanabilmişse senedi devralan üçüncü kişiye karşı ileri sürülebileceğine dair genel hükümler varken (Bkz. TTK m. 659/2, m. 687) ve kanun koyucunun muradı, tüketicinin mevcut düzenlemelere nazaran ayrıca ve özellikle korunması iken; TKHK m. 4/5'e aykırılığın sadece bir şahsi defi olduğunun ileri sürülmesinin, tüketicinin ayrıca korunması amacına hizmet etmediği düşüncesindeyiz[36].

Mevcut tartışma bakımından ileri sürülen bir diğer görüş ise[37], TKHK m. 4/5'e aykırılığın şahsi defi olmakla birlikte, TKHK'nın özel hükmü gereğince tüketici tarafından, iyiniyetli olsun ya da olmasın senedi devralan herkese karşı ileri sürülebilen bir şahsi defi olduğu düşüncesini benimsemektedir.

Bu konuda ileri sürülen ve bizim de katıldığımız görüşe göre ise[38], TKHK m. 4/5'e aykırılık tüketici bakımından, *"senet metninden anlaşılamayan ancak Kanundan doğan ve kambiyo senedindeki taahhüdün geçersizliğine ilişkin bir mutlak defi*" niteliğindedir. Tüketici bu geçersizliği, senedin tedavüle konulması ihtimalinde, kendisine başvuran herkese karşı ileri sürebilir ve bu durum, *sebep şahsında gerçekleşen kişi tarafından herkese karşı ileri sürülebilen mutlak bir defi* olarak nitelendirilmelidir. Zira esasında TKHK m. 4/5 kapsamında düzenlenecek

[33] Bu hususta verilen Yargı kararlarından bazı örnekler için bkz. **Doğan,** s. 130-137; **Yeşiltepe,** s. 38-39; **Ülgen, H. vd.** (2021). Kıymetli Evrak Hukuku, 13. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 317-318; **Çizmecioğlu, L. (Ed. Şahin Mccarthy, O ve Dinç, M.)** (2017). Tüketici Hukuku Davaları, Teori ve Uygulama, Ankara, Seçkin Yayınları, s. 269-273.

[34] Bu konuda söz konusu geçersizliğin, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceğine dair verilmiş bir Yargıtay kararı üzerinden yapılan karar incelemesi için bkz. **Cengil,** 53 vd..

[35] **Uzunallı Eroğlu,** s. 138-139; **Ülgen,** s. 144; **Çizmecioğlu,** s. 268-269.

[36] Aynı yönde bkz. **Yeşiltepe,** s. 40-41.

[37] **Kendigelen/Kırca,** s. 121; **Kendigelen,** s. 173-174; **Yeşiltepe,** s. 40-43; **Pulaşlı, H.** (2020), Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, Tamamen Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 8. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 58.

[38] **Aydoğdu,** s. 203-204 ve s. 206; **Gümüş,** s. 42-43; **Zevkliler/Aydoğdu,** s. 180; **Bahtiyar/Hamamcıoğlu,** s. 83-85, **Aslan,** s. 307-308 ve s. 360; **Kara,** s. 81; **Coşkun,** s. 180. *Burada, esasında tüketicinin kambiyo senedi düzenleme ehliyetine kanun gereği bir sınır çizildiği ve senet metninden anlaşılamayan bu durumun, tüketici tarafından kendisine başvuran herkese karşı ileri sürülebileceği hususunda* ayrıca bkz. **Cengil,** s. 64; **Yıldırım/Develi,** s. 52-53.

senetlerin nama yazılı olmasının şart olarak aranmasının altında yatan sebep, senedin tedavülü ihtimalinde, temeldeki hukuki ilişkiden kaynaklanan defilerin iyiniyetli olsun ya da olmasın üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilmesine imkân verilebilmesidir. Bu nedenle aynı amaçtan hareketle, senedin nama yazılı olmaması halinde de geçersizliğin ileri sürülebileceği kişi yalnızca lehtar ile sınırlandırılmamalı, senedi devralan üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilmelidir[39].

IV. TKHK m. 4/5'DE ÖNGÖRÜLEN YAPTIRIMA İLİŞKİN DE LEGE FERENDA ÇÖZÜM ÖNERİMİZ

TKHK m. 4/5'de aranılan özellikleri bünyesinde barındırmayan bir kıymetli evrak, tüketici açısından geçersizdir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, hükmün lafzı, madde gerekçesinde yer alan açıklamalar ve hükmün öngörülme amacı birlikte değerlendirildiğinde, bu geçersizliğin tüketici bakımından senedi elinde bulunduran herkese karşı ileri sürülebilen mutlak bir defi olduğu sonucuna varmaktayız. Bununla birlikte, özellikle kambiyo senetleri gibi, sebepten soyut senetler açısından ayrıca konunun üzerinde durulması gerekir. Şöyle ki kambiyo senetlerinin sebepten soyut niteliği ve temelde yatan hukuki ilişkinin senet üzerinden anlaşılmasının söz konusu olamaması, hatta temeldeki ilişkinin senet üzerinde somutlaşması ihtimalinde, bu durumun senedin geçersizliğine yol açması hususları birlikte ele alındığında, tüketiciyi korumak adına, kambiyo senedinin kendine özgü dinamiklerinin tamamen görmezden gelinmesi de menfaatler dengesinin sağlanmasının önüne geçer[40].

Gerçekten de sebepten soyut nitelikte olan emre ya da hamiline yazılı bir kambiyo senedinin temelinde yatan hukuki ilişkinin tüketici işlemi olması durumunda, *özellikle temeldeki hukuki ilişki kapsamında, satıcı/sağlayıcının sözleşmeden kaynaklanan tüm yükümlülüklerini eksiksiz olarak yerine getirdiği bir ihtimalde dahi*, tüketici açısından, yalnızca senedin nama düzenlenmediği gerekçesine dayanılarak, bu durumun herkese karşı ileri sürülebilen bir geçersizlik hali olarak kabul edilmesi, tüketiciyi gereğinden fazla koruma anlamına gelir ve kötüye kullanımlara da yol açabilir[41].

Kanun koyucunun, hukuki ilişkinin tarafları arasında zayıf olarak kabul ettiği için nispeten daha fazla korunmaya değer gördüğü tüketici lehine TKHK'da özel düzenlemeler yapmayı amaçlaması

[39] Bu hususta ayrıca bkz. **Aslan,** s. 308; **Durman, O.** (2013). Tüketici veya Kefili Aleyhine Açılan Davalar ve İcra Takipleri, MİHDER, C. 9, S. 4, s. 80.

[40] 6502 sayılı Kanun'un, AB müktesebatı ve TBK ile TTK'daki hükümler ile tüketici hukuku alanındaki düzenlemelerin uyumlu hale getirilmesi amacıyla kaleme alınmış olmasına rağmen (*Bu konuda bkz. 6502 sayılı Kanunun Genel Gerekçesinde "II- Kanun Değişikliğine İlişkin Teknik Ayrıntılar" başlığı altında yer alan açıklamalar, https://sayilikanuncom.files.wordpress.com/2019/11/9253c-6502-sayc4b1lc4b1-tc3bcketicinin-korunmasc4b1-hakkc4b1nda-kanunun-gerekc3a7esi.pdf - E.T. 14.05.2021*), TKHK m. 4/5'de ifadesini bulan *"geçersizlik"* yaptırımının, sebepten soyut kambiyo senetleri açısından öngörülemez sonuçlar meydana getirebileceği dikkatlerden kaçırılmamalıdır. Ayrıca bkz. **Battal,** Tüketici, s. 102-103; **Yeşiltepe,** s. 43.

[41] **Yeşiltepe,** s. 41-42.

elbette ki anlaşılabilirdir[42]. Ancak kanaatimizce, özellikle tüketici işleminin tanımının yapıldığı maddedeki geniş kapsam da dikkate alındığında, bu koruma, tüketici işlemleri ile diğer alanların çakıştığı/çatıştığı her durumda, diğer alanlara dair tüm temel düzenlemeleri görmezden gelme sonucunu da doğurmamalıdır.

Esasında kanun koyucu, tüketici işlemleri nedeniyle verilecek olan kıymetli evrakın nama yazılı olması şartını ararken, ola ki kıymetli evrakın tedavüle konulması söz konusu olursa, (*varsa*) temeldeki tüketici işleminden kaynaklanan defilerin üçüncü kişiler nezdinde de ileri sürülebilmesine imkân vermeyi amaçlamaktadır[43]. Hal böyle olunca nama yazılı olarak düzenlenmeyen senetleri, tüketici açısından (*bu durumun bazı hallerde kötüye de kullanılabileceği ihtimali karşısında*) tamamen geçersiz kabul etmek yerine, *tüketici işleminden kaynaklı olarak verildiğinin ispat edilebilmesi koşuluyla*, tüketici işlemine istinaden düzenlenen tüm kıymetli evraklarda (*nama/emre/hamiline olduğuna bakılmaksızın*) tüketicinin, tüketici işleminden kaynaklanan (*varsa*) şahsi defilerini üçüncü kişilere karşı da ileri sürebilmesine imkân veren bir düzenleme yapılması daha yerinde olacaktır. Kanaatimizce bu sonuç, tüketici hukuku ve kıymetli evrak hukuku düzenlemeleri arasındaki menfaatler dengesinin ve uyumun sağlanması açısından da daha işlevsel ve işe yarayacak bir çözüm olacağından, hükümde bu doğrultuda bir değişikliğe gidilmesinde fayda bulunmaktadır.

Öğretide[44] bu tarz kötüye kullanımların önüne geçebilmek amacıyla TKHK m. 4/5'deki hükmün, *senedin tüketici açısından geçerli olmaya devam etmesi ancak emre ya da hamiline düzenlendiğinde ya da nama olarak düzenlense dahi taksitli bir satış için tek bir senet düzenlendiği hallerde de, temel ilişkiden kaynaklanan defilerin, iyiniyetli olsun olmasın herkese karşı ileri sürülmesi şeklinde anlaşılması ve bu şekilde uygulanması gerektiği* ifade edilmiştir. Esasında bu yoruma *"olması gereken hukuk"* bakımından katılıyor olmakla birlikte, *"olan hukuk"* bakımından varılan sonucun, TKHK m. 4/5'ün lafzı bu haliyle yürürlükte olduğu müddetçe mümkün olamayacağı kanaatindeyiz.

Varmış olduğumuz bu sonucun özellikle çalışma konumuzu oluşturan ***"görevli mahkemenin tespiti"*** noktasında da birtakım farklılıklara sebebiyet vereceği de aşikârdır. Zira, TKHK m. 4/5 gereğince, *senedin tüketici açısından geçerli ancak şahsi defilerin herkese karşı ileri sürülebilir olduğu kabul edildiğinde*, asliye ticaret mahkemesinde açılan bir davada, işlemin temelinde tüketici işlemi olduğu ispat edilirse, sürecin tüketici mahkemesinde devam ettirilmesi gerekir. Ancak asliye ticaret mahkemesinde açılan bu davada *senedin, tüketici işlemi dolayısıyla verildiği ve TKHK m. 4/5'in lafzı ve madde gerekçesinde yer alan açıklamalardan hareketle "tüketici açısından geçersiz" olduğu sonucuna varılırsa*, sürecin ayrıca tüketici mahkemesine taşınmasına

[42] Bu hususta ayrıca bkz. **Sirmen, L.** (2013). Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri, Yaşar Üniversitesi Dergisi, Özel Sayı, 2013, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Cilt III, s. 2466 vd.; **Döner, K.** (2017). Tüketici Mahkemelerinin Görevli Olduğu Uyuşmazlıklar, DÜHFD, C. 22, S. 36, s. 138-139; **Cengil,** s. 50.
[43] Ayrıca bkz. TKHK m. 4/5 hükmüne ait madde gerekçesindeki açıklamalar.
[44] Bkz. **Yeşiltepe,** s. 41-43. Ayrıca bkz. **Aydoğdu,** s. 206.

da gerek kalmaz. Zira bu kambiyo senedi dolayısıyla tüketici açısından, tüketici mahkemesi nezdinde görülmeyi gerektirecek bir uyuşmazlık söz konusu olmaz. Sonraki süreçte temel ilişki dolayısıyla satıcı/sağlayıcı tarafından, doğrudan tüketici mahkemesinde açılacak olan dava ise, kambiyo senedinden kaynaklanan bir dava olmayıp; tamamen temel ilişkiden kaynaklı genel hükümler kapsamında açılan bir dava niteliğini taşır.

Kaldı ki, kambiyo senetleri, açıkça emrine kaydını içermese dahi kanunen emre yazılı senetlerden olduğundan, bu senetlerin nama yazılı hale dönüştürülmesi için, senet üzerine *"menfi emre kaydı (emre değildir, namadır, ciro edilemez vs.)"* düşülmesi gerekir (Bkz. TTK m. 681/1-2). Bununla birlikte, TKHK m. 4/5 gereğince, tüketicinin tüketici işlemleri nedeniyle düzenlediği senetlerin nama yazılı olması şartının aranması, kanunen emre yazılı bir senedi nama yazılı hale dönüştürme konusunda tarafların yeterli bir bilgisinin olmadığı ihtimallerde, büyük bir sorunu da beraberinde getirir. Nitekim uygulamada, kambiyo senedinin nama yazılı düzenlenebilmesi için ayrıca menfi emre kaydının senet üzerine yazılması gerektiğini bilmeden, senedin (*satıcı/sağlayıcı ya da tüketici tarafından doldurulduğuna ve nihayetinde tüketici eliyle düzenleyen olarak*) imzalandığına sıklıkla şahit olunmaktadır[45].

Bu nedenle, *"olması gereken hukuk"* açısından hükümde değişiklik yapılarak, *senetlerin mutlaka belirli bir formatta düzenlenmesi şartının aranması yerine, hangi devir şekline göre düzenlenirse düzenlensin, tüketici işlemi nedeniyle verildiği ispatlanılan kambiyo senetlerinde, tüketiciyi korumak adına, var olan defileri herkese karşı ileri sürülebileceği bir yöntemin düzenleme altına alınmasının* hem tüketiciyi koruma amacına hizmet edeceği hem de kambiyo senetlerinin hamilinin de tüketici bakımından senedin geçersizliği durumu ile karşılaşmayacak olması nedeniyle mevcut düzenlemeye göre nispeten daha fazla korunmuş olacağı ve menfaatler dengesine uygun olacağı düşüncesindeyiz.

Bu noktada TKHK m. 4/5'e yönelik getirmiş olduğumuz eleştirilere, hükme aykırı olarak düzenlenen bir senedin, düzenleyen sıfatını haiz tüketici açısından geçersiz olması durumunda, senedin *"ifa uğruna verildiği ihtimallerde",* senet dolayısıyla hamile ödeme yapmak zorunda kalan satıcı/sağlayıcının, temel ilişkiyi teşkil eden tüketici işlemi nedeniyle tüketiciye başvuru imkânının devam edeceği gerekçesi ile itiraz edilebilir[46]. Ancak senedin *"ifa yerine verildiği hallerde",* lehtar konumundaki satıcı/sağlayıcının, artık bu imkândan mahrum kalacağı da gözden kaçırılmamalıdır. Yine hükme dair ileri sürülen eleştirilerimiz, senet tüketici açısından geçersiz

[45] Ayrıca bkz. **Battal,** s. 129; **Battal,** Tüketici, s. 95; **Yeşiltepe,** s. 32-33 ve s. 42 (*Yazar haklı olarak, uygulamada senetlerin satıcı/sağlayıcı tarafından doldurulduğu, sonrasında düzenleyen olarak tüketiciye imzalattırıldığını ifade ettikten sonra, özellikle TKHK m. 77/1'deki cezai müeyyidenin satıcı/sağlayıcı açısından uygulama alanı bulacak olmasından hareketle, senedin nama olarak düzenlenmesi konusunda satıcı/sağlayıcının özellikle dikkatli olması ve gereken özeni göstermesi gerektiğini ifade etmekte; nama yazılı düzenlenmeyen senetleri tüketici açısından geçersiz kılmak yerine, satıcı/sağlayıcıya yönelik caydırıcı para cezaları ile gereken tedbirin alınması önerisinde bulunmaktadır*). 4077 sayılı mülga Kanun dönemindeki düzenleme bakımından aynı yönde bkz. **Uzunallı Eroğlu,** s. 135.

[46] **Yıldırım/Develi,** s. 52; **Uzunallı Eroğlu,** s. 136; **Yeşiltepe,** s. 35.

olsa dahi, diğer sorumlular açısından geçerli olmaya devam edeceğinden, hamilin onlara başvurabileceği savunmaları ile de karşı karşıya kalabilir[47]. Fakat TKHK m. 4/5 bu haliyle yürürlükte kaldığı müddetçe, hamilin, protestodan muafiyet halleri bir kenara bırakılacak olursa, müracaat borçlularına başvurabilmesi için Kanunda öngörülen protesto işlemleri için öngörülen süreleri kaçırdığı hallerde, senedin asıl ve nihai borçlusu olan düzenleyen konumundaki tüketiciye de TKHK m. 4/5'deki geçersizlik nedeniyle başvuramayacağı aşikârdır. Bu gibi hallerde, tüketici açısından senet zaten TKHK m. 4/5 gereğince geçersiz olduğundan, hamilin düzenleyene karşı, kambiyo senetlerine özgü sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanması da söz konusu olamayacaktır.

Tüm bu ihtimaller karşısında, senedin tüketici açısından geçersiz olmasını kabul etmek yerine, senedin tüketici işleminden kaynaklandığının ispat edilebilmesi koşuluyla, tüketicinin, tüketici işleminden kaynaklanan tüm defilerini kendisine başvuran herkese ileri sürebilmesine imkân tanınması ile tüketiciye yönelik bir koruma sağlanmasının, menfaatler dengesi bakımından daha doğru bir yöntem olacağı kanaatindeyiz.

V. TÜKETİCİ İŞLEMİ DOLAYISIYLA DÜZENLENEN/DÜZENLENDİĞİ İDDİA EDİLEN KAMBİYO SENETLERİNDE GÖREVLİ MAHKEMENİN TESPİTİNE İLİŞKİN UYGULAMADAKİ DURUM

TTK'da düzenlenen kambiyo senetleri ile ilgili uyuşmazlıklar TTK m. 4/1, a gereğince, mutlak ticari dava niteliğindedir ve görevli mahkeme kural olarak asliye ticaret mahkemesidir[48] (TTK m. 5/1). Bununla birlikte, TKHK m. 73/1'de yer alan "*Tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevlidir.*" şeklindeki hüküm nedeniyle, TKHK m. 4/5 çerçevesinde tüketici işlemi dolayısıyla düzenlenen ya da düzenlendiği iddia edilen kambiyo senedinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, meselenin TKHK m. 73/1 gereğince tüketici mahkemesinde mi yoksa TTK m. 5 gereğince asliye ticaret mahkemesinde mi çözüme kavuşturulması gerektiği sorusuna uygulamada farklı cevaplar verildiği görülmektedir[49].

Konunun netliğe kavuşturulamaması uyuşmazlığın daha ilk aşamasında ilk derece mahkemelerinde karşımıza çıkabilmekte ve süreç örneğin tüketici mahkemesinin görev alanına girmesi gerekirken, asliye ticaret mahkemesinin karar vermesi şeklinde gelişebildiği gibi; bazen de mahkemelerden birinin vermiş olduğu görevsizlik kararı üzerine diğer mahkemenin de

[47] **Yıldırım/Develi,** s. 52.

[48] Bu hususta ayrıca bkz. **Ayhan, R.** (2015). Son Değişikliklerle Ticari Dava ve Ticaret Mahkemelerinin Görev Sahası Hakkında Getirilen Yenilikler", BÜHFD, C. 1, Y. 2015, S. 1, s. 33 vd..

[49] Bu yönde verilmiş farklı yöndeki yargı kararları ve bu kararların tahlili hakkında bkz. **Tutumlu, M. A.** (2010). Borç İlişkisinin Dayandığı Senedin Niteliğine Göre Görevli Mahkemenin (Tüketici Mahkemesi) Belirlenmesi, Terazi Hukuk Dergisi, Ağustos 2010, S. 48, s. 147 vd..

görevsizlik kararı vermesi biçimde gerçekleşebilmektedir. Uyuşmazlığın bir üst merciye taşındığı hallerde ise, Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay'ın farklı yönde kararlarına[50] rastlanmaktadır.

Bu bağlamda verilen kararlardaki görev yönünden oluşan bu farklılık esasında, TKHK m. 4/5 kapsamına giren bir uyuşmazlığa dair açılacak davalarda, temeldeki ilişkinin ne olduğundan tamamen bağımsız bir şekilde doğrudan doğruya bir kambiyo senedi uyuşmazlığı üzerinden mi hareket edilmesi gerektiği (*ki böyle bir ihtimalde varılan sonuç TTK m. 4/1, a gereğince mutlak ticari dava olan bu senetten kaynaklı uyuşmazlıkların, m. 5/1 gereğince asliye ticaret mahkemesinde görülmesi olacaktır*); yoksa kambiyo senedinin düzenlenmesinin temelinde yatan hukuki ilişkiye bakılarak, bir tüketici işlemi dolayısıyla bu senedin düzenlendiğinin mi belirlenmesi gerektiğine (*ki böyle bir ihtimalde de tüketiciye yönelik olarak ya da tüketici tarafından senet alacaklısına yönelik olarak açılacak davaların TKHK m. 73/1 hükmünden hareketle tüketici mahkemesinde açılması gerekir*) dairdir. Ancak 6502 sayılı Kanun döneminde, özellikle de tüketici işlemi olarak kabul edilen işlemlerin kapsamının giderek daha da genişletilmesi yönündeki eğilim nedeniyle, özünde aynı ya da benzer konular olmasına rağmen farklı yönde verilen yargı kararları, usul hukukunun görev konusundaki düzenlemeleri ile de uyum arz etmemekte ve belirsizliklere yol açmaktadır[51].

Konuya ilişkin olarak verilen bazı yargı kararlarında, *kambiyo senedinden kaynaklanan uyuşmazlıkların, temeldeki işlemin tüketici işlemi olup olmadığından tamamen bağımsız bir şekilde "mutlak ticari dava" olduğu kabul edilmiş ve uyuşmazlığın asliye ticaret mahkemelerinde çözümlenmesi* gerektiğine hükmedilmiştir[52].

[50] **Örneğin,** İstanbul BAM 37. HD., T. 09.05.2019, E. 2019/105, K. 2019/1318 sayılı karar; Y. 20. HD., T. 21.09.2019, E. 2018/5948, K. 2019/313 sayılı kararı; Y. 20. HD., T. 31.05.2016, E. 2016/3589, 2016/6109 sayılı kararı gibi (Legal Bank – E.T. 21.04.2021).
Bununla birlikte, HMK m. 353'e gereğince, ilk derece mahkemesinin görevli ve yetkili olmasına rağmen görevsizlik veya yetkisizlik kararı vermiş olması veya mahkemenin görevli ya da yetkili olmamasına rağmen davaya bakmış bulunması hallerinde, bölge adliye mahkemeleri, esası incelemeden kararın kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın kararı veren mahkemeye veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği başka bir yer mahkemesine ya da görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmesine duruşma yapmadan **kesin olarak** karar vereceğinden ve 7251 sayılı Kanun ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler sonrasındaki HMK m. 362'nin nihai haline göre, *"Yargı çevresi içinde bulunan ilk derece mahkemelerinin görev ve yetkisi hakkında verilen kararlar ile yargı yeri belirlenmesine ilişkin kararlar."* temyiz edilemeyeceğinden, görevle ilgili olarak Bölge Adliye Mahkemeleri nezdinde verilen (mahkemenin görevli olduğuna ya da olmadığına dair verilen) kararlar artık kesin olarak kabul edilecek ve uyuşmazlığın bir kez de Yargıtay önüne taşınmasının önüne geçilmiş olacaktır.

[51] **Özmumcu, S.** (2014). 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Hükümleri ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Uyuşmazlıklara Genel Bir Bakış, DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı, s. 842.

[52] **Örneğin;** Tüketici işlemi nedeniyle verildiği öne sürülen bir kambiyo senedi nedeniyle, (lehtar değil) hamil tarafından başlatılan icra takibine karşılık, kambiyo senedinin borçlusu tarafından açılan bir menfi tespit davasında özetle, "…***Mahkemece, davanın dava dışı ... Ltd. Şt. le ad yazılı gayrimenkul satış sözleşmesi nedeniyle tanzim edilen bono sebebiyle borçlu olunmadığının tespitine ilişkin olduğu, davaya konu temel borç ilişkisinin tüketici işlemi olan satış sözleşmesinden doğduğu, 6502 sayılı Kanun gereği Tüketici Mahkemelerinin görevli olduğu gerekçesiyle dava dilekçesinin usulden reddine karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.***

Bazı yargı kararlarında ise, *kambiyo senedinin temelindeki hukuki işleme bakılması ve temeldeki işlemin, tüketici işlemi olduğu hallerde, buradan hareketle tüketiciye karşı açılan (alacak davası gibi) ya da tüketici tarafından cirantalara/hamile yöneltilen (menfi tespit davası gibi) kambiyo senedinden kaynaklı uyuşmazlıklarda tüketici mahkemesinin görevli olduğu* sonucuna varıldığı görülmüştür[53].

Görüldüğü üzere, tüketici işlemi dolayısıyla düzenlenen ya da düzenlendiği iddia edilen kambiyo senedi bağlamında yaşanılan bir uyuşmazlıkla ilgili görevli mahkemenin tayini noktasında uygulamada benzer konular üzerinden farklı kararlarla karşılaşılmaktadır. Esasında tüketici işlemleri dolayısıyla düzenlendiği ileri sürülen bir kambiyo senedinden ötürü, görevli mahkemenin tespitinde karşılaşılabilen bu tarz bir zorluk, *kambiyo senetlerinin sebepten soyut senetler olması dolayısıyla,* senet metninden anlaşılamayan bu temel ilişkinin varlığı henüz net bir şekilde ortaya konulamamış ve ispatlanamamışken, yaşanılan uyuşmazlık nedeniyle açılacak olan davalarda sürecin hangi mahkeme ile başlatılması gerekeceği noktasından kaynaklanmaktadır[54]. Zira TKHK m. 3/1, (l) hükmü bağlamında tüketici işlemlerine dair kapsamın genişletildiği ve neredeyse pek çok uyuşmazlığın tüketici işlemi bağlamında tüketici mahkemelerine yönlendirildiği ve tüketici mahkemelerinin iş yükünü artırarak adeta bu mahkemeleri, özel değil genel yetkili mahkeme haline çevirdiği gerekçeleri ile haklı eleştirilere

Dava konusu uyuşmazlık kambiyo senedinden kaynaklanmaktadır. Kambiyo senetleri 6102 sayılı TTK 645vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu durumda dava konusu uyuşmazlığın Ticaret Mahkemesi tarafından çözümlenmesi gerekirken, yanılgılı şekilde görevsizlik karar verilmesi doğru görülmemiştir..” şeklinde hüküm kurulduğu görülmüştür [Bkz. Y. 19. HD., T. 11.05.2017, E. 2016/8515, K. 2017/3695 sayılı kararı (Legalbank – E.T. 14.04.2021)].

Yine bono nedeniyle borçlu olmadığının tespiti amacıyla bononun düzenleyeni tarafından açılan bir *“**menfi tespit davası**”nda, “**davanın tüketici mahkemesinin görev alanına girdiği” gerekçesi ile tüketici mahkemesinde bakılması üzerine verilen kararın temyizinde***, Y. 19. HD. Özetle, ***“TTK.nun 4/1-1. maddesinde “bu Kanunda tanzim olunan hususlardan doğan hukuk davalarının ticari dava sayılacağı” hükme bağlanmıştır. Bonolar TTK.nun kambiyo senetleri bölümünde düzenlenmiş olup, dava da bonoya dayandığından Ticaret Mahkemesinin görevi dahilindedir. Görev kamu düzenine ilişkin olduğundan davanın her safhasında re’sen incelenmelidir. Mahkemece bu yönler gözetilmeden davaya Tüketici Mahkemesi sıfatıyla bakılması usul ve yasaya aykırıdır”*** gerekçesi ile kararı bozmuştur [Bkz. Y. 19.HD, T. 22.11.2007, E.2007/7474, K.2007/10423 (**Börü, L. ve Koçyiğit, İ.** (2013). Ticari Dava, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, s. 175-176)].

Benzer yönde verilmiş kararlar için bkz. Y. 19.HD, 11.07.2007 T., 2007/2213 E, 2007/K. (**Börü/Koçyiğit,** s. 179-181); YHGK, T.03.02.2010, E.2010/19-62, K.2010/48 (**Börü/Koçyiğit,** s. 246-248).

[53]**Örneğin;** Y. 13. HD., tarafından verilen bir kararda özetle, *“Somut olayda davacı, müflisin alacaklı olduğu bir senette müflise karşı borçlu olmadığının tespiti için menfi tespit davasını açmıştır. Müflise karşı açılan menfi tespit davasında müflisi İİK 229 maddesi gereğine iflas idaresi temsil eder. Ancak bu nitelikteki dava sıra cetveline kayıt kabul davası niteliğinde değildir. **Bu nedenle temel ilişkideki uyuşmazlığın niteliğine göre görevli mahkemenin belirlenmesi gerekir. Davaya konu bononun konut satışı için verildiği gözetildiğinde davaya bakmak Tüketici Mahkemesinin görevi içinde kalır. Mahkemece işin esası incelenip sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde görevsizlik kararı verilmesi usul ve yasayı aykırı olup bozma nedenidir**.”* şeklinde hüküm kurularak, temelinde bir tüketici işlemi olan bono nedeniyle, tüketici mahkemesinin vermiş olduğu görevsizlik kararı bozulmuştur Y. 13. HD, T. 14.4.2010, E.2010/993, K.2010/5138 (**Börü/Koçyiğit,** s. 147-148).

[54]Bu hususta ayrıca bkz. **Karslı,** s. 113-115.

maruz kalsa da[55], TKHK m. 73/1'de de açıkça ifade edildiği ve TTK m. 83/2'de görev ve yetkiye dair açıklamalarla da desteklendiği üzere, kanun koyucunun muradı, tüketici işleminden kaynaklanan tüm uyuşmazlıkların (*tüketici hakem heyeti sınırında kalmadığı sürece*) tüketici mahkemesinde çözümlenmesi yönündedir[56].

VI. TKHK m. 4/5 KAPSAMINDA DÜZENLENEN/DÜZENLENDİĞİ İDDİA EDİLEN KAMBİYO SENETLERİNDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARDA ÇEŞİTLİ OLASILIKLARA VE BAZI DAVA TÜRLERİNE GÖRE GÖREVLİ MAHKEMENİN TESPİTİ

Bir uyuşmazlığın temelinde tüketici işleminin söz konusu olduğunun açık olduğu ya da kolayca ispatlanabildiği durumlarda, TKHK m. 73/1 ve m. 83/2 hükmü gereğince, tüketici ile yaşanılan uyuşmazlıkların tüketici mahkemesi nezdinde çözüme kavuşturulacağı aşikârdır[57] (Ayrıca bkz. TKHK m. 83/2). Hatta taraflarından birini tüketicinin oluşturduğu ve tüketici işlemi kapsamına giren işlem nedeniyle düzenlenen kambiyo senedinden kaynaklanan bir uyuşmazlıkta, kambiyo senedinin el değiştirmesi suretiyle senedin (tüketici işleminin tarafı olmayan) üçüncü kişinin eline geçmesi ihtimalinde de aynı sonuca varılması gerekir.

Bununla birlikte bir kambiyo senedinin tüketici işleminden kaynaklandığının iddiadan öteye taşınamadığı ve usulüne uygun olarak henüz ispatlanamadığı hallerde, TKHK m. 73 hükmüne istinaden uyuşmazlığın herhâlükârda doğrudan tüketici mahkemesine intikal ettirilmesi de kambiyo senetlerinin sebepten soyut ruhuna aykırılık teşkil eder. Nitekim uygulamada verilen mahkeme kararlarına bakıldığında da, bu konuda yeknesak kararlar ile bir uygulama birliğine varılabildiğini söylemek zordur. Bu noktada, *TKHK m. 73 bağlamında, kanun koyucunun*

[55]Bu yönde bkz. **Germeyan, R. H.** (2014). 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Tüketici Hakem Heyetleri ve Tüketici Mahkemelerine İlişkin Hükümleri, (Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku), İBD, Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayı, C.88, s. 136-137; **Özmumcu,** s. 841; **Bahtiyar/Biçer,** s. 424-425; **Narbay/Akkuş,** 2019, s. 868-869. Ayrıca bkz. **Aslan,** 2019, s. 320.

[56]Konuya dair özellikle yargının konuya yaklaşımından ötürü, tüketici mahkemeleri ile diğer özel yetkili mahkemelerin görev alanlarının çatıştığı hallerde, görevli mahkemenin tespiti bakımından, yeni bir kural oluşturulmaya çalışıldığı ve *uyuşmazlığın taraflarının niteliğine ya da taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliğine veya amacına bakılarak* görevli mahkemenin tayininin gerekeceği şeklinde bir uygulamanın geliştiği hususundaki eleştiri için bkz. **Karslı,** s. 114-115.
Aksi yönde bkz. **Tutumlu,** Tüketici Mahkemesi, s. 152 (*Yazar, kambiyo senedinden kaynaklı uyuşmazlıklarda, temeldeki ilişkiye bakılmasının daha sağlıklı olacağı ve temeldeki ilişkinin tüketici işlemi olması halinde, tüketiciye dair özel hükümlerin uygulanması gerektiğini ifade etmiş; senedin kambiyo senedi olmasının tüketici ile ilgili hükümlerin uygulanmasına engel teşkil etmeyeceğine vurgu yapmıştır*); **Koçyiğit, İ. ve Bulur, A.** (2019). Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, s. 97-98.

[57]Bu hususta ayrıca bkz. **Bahtiyar/Biçer,** s. 432; **Pehlivanlı, A. İ.** (2019). Tüketici Hakem Heyeti ve Tüketici Mahkemesi, ÇÜHFD, C. 4, S. 1, s. 171-172; **Narbay/Akkuş,** 2019, s. 868; **Bahtiyar/Hamamcıoğlu,** s. 90; **Kara,** s. 266-268 ve s. 436-437; **Döner,** s. 149-150 ve s. 160-161; **Arkan,** s. 118; **Ayhan, R, Çağlar, H. ve Özdamar, M.** (2020). Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 13. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 68-69 ve s. 95; **Şener, O. H.** (2020). Ticari İşletme Hukuku Ders Kitabı, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, s. 118-119, s. 123-124, s. 126; **Bahtiyar, M.** (2017). Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş 18. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, s. 93; **Bozkurt,** s. 259-260; **Coşkun,** s. 180; **Koçyiğit/Bulur,** s. 125.

tüketiciyi koruma arzusu ile *kambiyo senetlerinin sebepten soyut ve tedavül yeteneği yüksek senetler olmasıyla TTK m. 4 ve 5 kapsamında mutlak ticari dava kapsamında ele alınması olgusu* arasında bir tercih yapılırken menfaatler dengesinin gözetilmesi ve uygulamada durumun taraflarca kötüye kullanılabileceği ihtimalinin de gözden kaçırılmaması gerekir.

Bu çerçevede konu ele alınırken, *kambiyo senedinin türü* ve *senet üzerinde yer alan kayıtların dikkate alınması* gerekebileceği gibi; açılacak davanın alacak, borca itiraz, menfi tespit, istirdat ya da itirazın iptali davası olması gibi ihtimaller üzerinde durularak bir değerlendirmede bulunulmasının faydalı olacağı düşüncesindeyiz. Aşağıdaki alt başlıklar bu minvalde oluşturulmaya çalışılmıştır.

A) Kambiyo Senedinin Üzerinde *"Tüketici Senedi"* İbaresinin Yazılı Olduğu Bir Durumda Ortaya Çıkan Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme Meselesi

Esasında kıymetli evrak hukukunda ya da özelinde kambiyo hukukunda *"tüketici senedi"* türünde özel bir senet türü söz konusu değildir. Kambiyo senetleri, TTK m. 670 vd.'nda sınırlı sayı ilkesine göre *poliçe, bono ve çek* şeklinde düzenlenmiştir. Devir türleri bakımından ise kıymetli evrakı, *nama, emre ve hamiline yazılı kıymetli evrak* olarak tasnife tabi tutmak mümkündür (Ayrıca bkz. TTK m. 647).

TKHK m. 4/5'de ise, TTK m. 645'de ifadesini bulan kıymetli evrak tanımından bağımsız ve ayrı bir senet türü belirleme yoluna gidilmemiş; aksine, tüketici işlemleri nedeniyle düzenlenecek olan *"kıymetli evrakın", "nama yazılı"* olarak düzenlenmesi gerekliliğinden söz edilmiştir. Ancak TKHK m. 4/5'de öngörülen senetlerin mutlaka *belirli bir şekilde (nama yazılı)* düzenlenmesi gerekliliği ve taksitle satış söz konusu ise, *her bir taksit için ayrı ayrı ama yine nama yazılı senet düzenlenmesi zorunluluğu* ile kıymetli evrak hukukuna tüketici işlemleri bağlamında ayrı bir boyut kazandırılmak istendiğini söylemek de mümkündür[58]. Tüketici işlemleri ile ilgili kambiyo senedi uygulamasında, senedin *"nama yazılı olarak düzenlenmemesi"* ve *"tüketici işlemine ilişkin sözleşmede senedin hususiyetine dair açıklamalara da yer verilmemiş olması"* durumunda tüketici açısından ispat problemleri doğabilmektedir. Her ne kadar TKHK m. 4/5'de öngörülen şartlara aykırılığın sonucu, hükümde, kıymetli evrakın ve özelinde de kambiyo senedinin *"tüketici açısından geçersizliği"* şeklinde ifade edilmişse de, bu geçersizliğin meydana

[58] Ayrıca bkz. **Zevkliler/Aydoğdu,** s. 180; **Aydoğdu,** s. 203-204 (*Yazar, TKHK m. 4/5'deki düzenleme ile özel bir tüketici senedi türü oluşturulmaya çalışıldığını ifade ettikten sonra, tüketicilere uygulamada, kambiyo senetlerinin sebepten soyut senetler olması dolayısıyla karşılaşabilecekleri ispat sorunlarını aşabilmeleri için, senedin üzerine "tüketici senedi" olduğu yönünde bir kayıt düşülmesi ve tüketici sözleşmesinde bu senede dair senet numarası, vade, düzenleme tarihi gibi detaylara yer verilmesi tavsiyesinde bulunmaktadır*). Aynı yönde bkz. **Bahtiyar/Hamamcıoğlu,** s. 75.
Bu yönde verilmiş bir Yargıtay kararında özetle, *"...**Takip konusu bonolara atıf yapan bir sözleşme sunulmadığı, senetlerin bir sözleşmeye dayalı olarak verildiğine ilişkin hiçbir delil olmadığı, dayanak senetlerin unsurlarının tam olduğu, senetler üzerinde devremülk sözleşmesi nedeniyle verildiğine ilişkin bir ibare bulunmadığı, alacaklının da bu yönde bir kabulünün de bulunmadığı** bu nedenle senetlerin tüketici kanunundan kaynaklanan taksitli satış sözleşmesi kapsamında verildiği kabul edilemez..."* şeklinde hüküm kurulduğu görülmektedir (Bkz. Y. 12. HD, T. 15.01.2018., E. 2016/26445, K. 2018/80 sayılı kararı, **Coşkun,** s. 182-183).

gelebilmesi, her şeyden önce nama yazılı olarak düzenlenmemiş bu senedin, tüketici işleminden kaynaklı olarak verildiğinin ispatına bağlıdır. Tüketici tarafından bu durum ispat edilemediği müddetçe, tüketicinin, düzenleyen sıfatından ötürü, senet bedelini ödeme tehlikesi söz konusudur.

Bununla birlikte uygulamada verilen bazı yargı kararlarında, ***TKHK m. 4/5'de böyle bir şart aranmamışken***; senet metni üzerinde ***"tüketici senedi"*** ibaresine yer verilip verilmediği ya da senedin üzerinde ***"tüketici işleminden kaynaklandığına"*** dair kayıtların bulunup bulunmadığından hareketle bir değerlendirme yapıldığı görülebilmektedir[59]. Uygulamada *"tüketici senedi"* olarak ifadesini bulan kambiyo senetleri, esasında başlı başına ayrı bir kıymetli evrak türü değildir. Aksine, bir kıymetli evrakın tüketici işlemi dolayısıyla düzenlenmesi/verilmesi ihtimalinde karşılaşılan durumu ifade etmek amacıyla yargı kararlarında bu kavrama atıf yapıldığı görülmektedir[60]. Ayrıca kambiyo senedi üzerine konulan "tüketici senedi" ibaresinin bir menfi emre kaydı gibi değerlendirilip ele alınması da kanaatimizce, yürürlükteki düzenlemeler ışığında mümkün değildir[61].

HGK tarafından verilen bir kararda "*….Dosya kapsamına göre, takip alacaklısının …TTK`nun 599 [687]. maddesi hükmü uyarınca kötüniyetli olduğu iddia ve ispat edilmediği gibi,* ***senet metninde de tüketici sözleşmesi nedeniyle verildiğine ilişkin bir ibare bulunmamaktadır****…."* şeklinde bir açıklamaya vurgu yapılmıştır[62]. Aynı şekilde bir başka Yargıtay kararında da (12. HD), "*…Somut olayda, satışa konu taşınmazın tapu kaydı incelendiğinde, taşınmazın dava dışı "… … İnşaat Gayrimenkul Danışmanlık Turizm Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti." adına kayıtlı iken borçluya devredildiği, adi yazılı taşınmaz satış sözleşmesinin ise alacaklı ve borçlu arasında yapıldığı,* ***sözleşme metninde takibe konu bonoya dair herhangi bir atfın olmadığı, kambiyo senetlerinin illetten mücerret olduğu ve bono üzerindeki bilgilerden de «tüketici senedi» olduğunun anlaşılamadığı, bu hali ile senedin 6502 sayılı kanun kapsamında verildiğinin dar yetkili icra mahkemesince tespitinin mümkün olmadığı,*** *takibe konu senedin tüketici sözleşmesi kapsamında verildiğinin ispatlanamadığı,…"* şeklinde bir hüküm kurulmuştur[63].

[59] Örneğin, YHGK, T. 21.05.2014, E. 12-407, K. 686 sayılı kararı (**Coşkun,** s. 183).
[60] Ayrıca bkz. **Doğan,** s. 113.
[61] Aynı yönde bkz. **Cengil,** s. 70.
[62] Bkz. YHGK, T. 05.03.2014, E.2013/12-2174, K. 2014/233 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası – E.T. 12.03.2021).
[63] Bkz. Y. 12. HD, T. 17.04.2019, E. 2019/2742, K. 2019/6701 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası – E.T. 12.03.2021). Benzer yönde verilmiş bir başka kararda ise, "*Somut olayda 21 adet bonoya dayalı olarak başlatılan takipte, borçlunun senetlere atıf yapan bir sözleşme sunmadığı, senetlerin bir sözleşmeye dayalı olarak verildiğine ilişkin hiçbir delil sunulmadığı, dayanak senetlerin unsurlarının tam olduğu,* ***senet üzerinde devremülk sözleşmesi nedeniyle verildiğine ilişkin bir ibare bulunmadığı,*** *alacaklının da bu yönde bir kabulü olmadığı görülmüştür. Bu durumda, borçlunun itiraz dilekçesi, alacaklının cevap dilekçesi kapsamı ve* ***senetlerin üzerinde tüketici sözleşmesi nedeniyle verildiği yönünde hiçbir ibare olmaması nedeniyle*** *takip dayanağı senetlerin tüketici kanunundan kaynaklanan taksitli satış sözleşmesi kapsamında verildiği sabit olmayıp, takip konusu senetlerin kambiyo senedi özelliklerini taşıdığından, alacaklının kambiyo hukuku gereğince takip hakkına sahip bulunduğu, ayrıca muteriz borçlu tarafından takip dayanağı senetteki imzaya itiraz edilmediği gibi borcun ödendiği de ispat edilemediği hususu nazara alınarak mahkemece istemin reddi gerekirken yazılı gerekçe ile takibin iptaline karar verilmesi isabetsizdir"*

Tüketici işlemi dolayısıyla düzenlenen kambiyo senetlerinin üzerine zaman zaman yazılan *"tüketici senedi*" olduğu ya da *"tüketici işlemi dolayısıyla düzenlendiği"* yönündeki kayıtları, Kanun'da açıkça zikredilmeyen ancak uygulamada kabul edilen *"geçerli kayıtlar"* olarak kabul etmek mümkündür[64]. ***Ancak senet üzerine düşülen kayıtların "kambiyo senetlerinin sebepten soyut senetler" olması özelliğini zedelememesi gerekir***. Zira, temel ilişkinin senet metni üzerinde somutlaştırılması, senedin geçersizliği sonucunu doğuracaktır. Bu boyuta ulaşmadan senedin üzerine yalnızca *"tüketici senedi"* ya da *"tüketici işlemi dolayısıyla verildiği"* yazılmış, temel ilişkiye dair detaylara yer verilmemişse, bu tarz bir kaydın, *"bedeli malen alınmıştır/nakden alınmıştır"* ya da *"teminat senedi"* gibi uygulamanın geliştirdiği kayıtlar olarak değerlendirilmesi gerekir.

1. Üzerinde *"Tüketici Senedi"* İbaresi Yer Alan Bir Senedin Hamili Tarafından Düzenleyene Karşı Açılacak Davalarda Görevli Mahkeme

Böyle bir ihtimalde, *kambiyo senedi ister nama isterse emre ya da hamiline düzenlenmiş olsun,* senet alacaklısının *düzenleyene karşı açacağı "alacak"* davasını *"tüketici mahkemesi"nde* açılmasında fayda bulunmaktadır. Zira senet üzerinde yer alan, *"tüketici senedi"* ibaresi, senedin bir tüketici işlemi dolayısıyla verildiği konusunda en azından ilk aşamada bir izlenim oluşturmaktadır. Böyle bir kaydın varlığı, davanın asliye ticaret mahkemesinde açılması halinde, mahkemenin, tüketici işleminden kaynaklandığı için uyuşmazlığın tüketici mahkemesinin görev alanına girdiği gerekçesi ile verebileceği olası bir görevsizlik kararı ihtimalinin de önüne geçebilir.

Belirtmek gerekir ki ***senet üzerinde yer alan "tüketici senedi" şeklindeki kayıt nedeniyle, düzenleyene yönelik alacak davası tüketici mahkemesinde açılmış olsa dahi,*** nama yazılı defilerde temel ilişkiden (tüketici işleminden) kaynaklanan defilerin hamile karşı ileri sürülebilmesi; emre yazılı[65] ya da hamiline yazılı senetlerde ise, TKHK m. 4/5'e uygun olmadığı için kambiyo senedinin tüketici açısından geçersizliğinin hamile karşı ileri sürülebilmesi için, ***senedin düzenleyeni olan kişinin her şeyden önce kendisinin tüketici olduğunu ve ayrıca işlemin de bir tüketici işlemi olduğunu ispatlaması gerekir.*** Bu ispat için, yazılı olarak yapılan tüketici sözleşmesinde söz konusu kambiyo senedini somutlaştıran bilgilere yer verilmesi büyük kolaylık sağlayacaktır[66] (Ayrıca bkz. HMK m. 200 vd.). Kanaatimizce senedin üzerinde yer alan *"tüketici senedi"* ibaresi bu durumun ispatlanması konusunda tek başına yeterli olmaz.

şeklinde bir hüküm verildiği görülmektedir [Bkz. Y. 12. HD, T. 15.01.2018, E. 2016/26445, K. 2018/80 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası – E.T. 12.03.2021)].

[64]Aksi yönde bkz. **Uzunallı Eroğlu,** s. 157-158 (*Yazara göre, senet üzerinde yer alan "tüketici senedi" şeklindeki bir ibare, temel borç ilişkisini gösterir nitelikte bir kayıt olarak kabul edilmelidir ve bu nedenle senet üzerinde böyle bir kayda yer verilmiş olması, senedin kambiyo senedi olma vasfını ortadan kaldıracaktır*).

[65]Kambiyo senetleri kanunen emre yazılı senetlerden olduğu ve senedin düzenlenmesi anında nama dönüştürülmesi gerektiği çoğu zaman tüketici ya da satıcı/sağlayıcı tarafından bilenemediğinden/unutulduğundan uygulamada, tüketici işlemi dolayısıyla verilen kambiyo senedinin emre olması durumu ile sıklıkla karşılaşılmaktadır.

[66] Aynı yönde bkz. **Aydoğdu,** s. 204.

Nama yazılı olarak düzenlenen üzerinde "tüketici senedi" ibaresini barındıran bir senedin tüketici işlemi nedeniyle verildiğinin ayrıca ispatlandığı durumlarda, uyuşmazlık tüketici mahkemesinde, tüketicinin tüketici işleminden kaynaklanan *varsa defilerini de ileri sürmesi suretiyle* çözüme kavuşturulacaktır. ***Senedin tüketici işlemi nedeniyle verildiğinin "tüketici senedi" ibaresi dışında ayrıca ispatlandığı ancak, senedin emre ya da hamiline yazılı düzenlendiği hallerde ise,*** hamilin düzenleyen aleyhine açmış olduğu *davanın reddi* gerekir. Zira, tüketici işleminden kaynaklandığının ispatı, senedin *"tüketici"* açısından geçersiz olması sonucunu doğurur ve *her ne kadar tarafımızca eleştirilse de* TKHK m. 4/5 gereğince, bu geçersizliğin hamil de dâhil olmak üzere, tüketici tarafından herkese karşı ileri sürülebilmesi mümkün hale gelir.

Tüketici mahkemesinde açılan davada, *üzerinde "tüketici senedi" ibaresi yer almasına rağmen,* ***senedin uyuşmazlık yaşanılan tüketici işlemi dolayısıyla verildiğinin ispatlanamadığı durumlarda*** ya da ***senedi düzenleyenin tüketici tanımına girdiği ancak karşı tarafın (lehtarın) "satıcı/sağlayıcı" tanıma uymaması nedeniyle bu senedin temelindeki hukuki işlemin tüketici işlemi olmadığının ortaya çıktığı durumlarda*** *ise,* tüketici mahkemesinin görevsizlik kararı vermesi ve yargılamanın asliye ticaret mahkemesinde görülmesi lazımdır (Ayrıca bkz. TKHK m. 73/1). Belirtmek gerekir ki bu son ihtimalde nama yazılı senedin düzenleyeni senet bedelini ödeme durumu ile karşı karşıya kalacaktır. Ayrıca senet emre ya da hamiline yazılı olsa dahi TKHK m. 4/5 hükmünde öngörülen geçersizlik bu halde uygulama bulmayacağından senet, düzenleyen bakımından da geçerli sayılacak ve düzenleyen senet bedelinden sorumlu olacaktır.

2. Üzerinde *"Tüketici Senedi"* İbaresi Yer Alan Bir Senedin Hamili Tarafından Müracaat Borçlularına Karşı Açılacak Davalarda Görevli Mahkeme

Bu ihtimalde ise, davanın, kambiyo ilişkisi kapsamında TTK m. 4 çerçevesinde mutlak ticari dava olması sebebiyle TTK m. 5/1 gereğince asliye ticaret mahkemesinde açılması gerekecektir. Zira *"tüketici senedi" ibaresi yalnızca senedi düzenleyen tüketici açısından bir anlam ifade etmektedir*. A*yrıca usulüne uygun olarak bir tüketici işlemi dolayısıyla düzenlendiği ispat edilse ve dahi bu nedenle senet tüketici açısından geçersiz kılınsa bile*, bu durum, TKHK m. 4/5 ve ilgili madde gerekçesinde de açıkça vurgulandığı üzere, diğer müracaat borçluları tarafından ileri sürülebilen bir geçersizlik hali değildir. Senet müracaat borçluları açısından geçerli olmaya devam edeceği gibi; temeldeki hukuki ilişkinin tüketici işlemi olmasının, onlar açısından da uyuşmazlığın ve sürecin tüketici mahkemesinde görülmesini gerektirmeyeceği ortadadır. Tüm bu nedenlerle, diğer müracaat borçlularına yönelik bir alacak davası açılacaksa, üzerinde *"tüketici senedi"* ibaresi yazan, *nama yazılı bir senet de* olsa *emre ya da hamiline yazılı bir senet de* olsa, ***davanın asliye ticaret mahkemesinde görülmesi gerekeceği kanaatindeyiz.***

B) Kambiyo Senedinin Üzerinde *"Tüketici Senedi"* Olduğuna Dair Hiçbir Açıklamanın Olmadığı Bir İhtimalde Ortaya Çıkan Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme Meselesi

Kambiyo senetleri sebepten soyut senetlerdir ve temeldeki hukuki ilişkinin senet üzerinde somutlaştırılması kambiyo senedinin geçersizliği sonucunu doğurur[67]. Bununla birlikte yukarıdaki başlıkta da belirtildiği üzere[68], senet üzerine yazılan *"tüketici senedi"* şeklindeki bir ibare ile uygulamada karşılaşılabilmektedir. Bu ibare, senedin soyutluk özelliğine halel verilmediği müddetçe geçerli kabul edilmelidir.

Senet üzerinde bu şekilde bir ibareye hiç yer verilmediği ve senedin temeldeki hukuki işlemden tamamen soyutlanarak düzenlendiği hallerde, kambiyo senedini eline alan bir kişinin (*hamilin*), bu senedin hangi gerekçe ile düzenlendiğini senet üzerinden tahmin edebilme ihtimali çoğu kez, *özellikle senedin birden fazla kez el değiştirmesi gibi durumlarda,* mümkün olmayacaktır. Zaten sebepten soyut nitelikteki kambiyo senetlerinin özelliği ve anlamı da burada yatmakta; bu durum kambiyo hukukunun esasa ilişkin unsurlarından birini oluşturmaktadır.

Senedi elinde bulunduran hamil, temeldeki hukuki ilişkiden kaynaklı bir alacak hakkı değil; aksine yalnızca elinde bulundurduğu senetten doğan ve bu senet geçerli olduğu müddetçe, alacak hakkını ayrıca ispata gerek duymadığı bir hakka dayanmaktadır[69].

Tüketici işlemi dolayısıyla düzenlendiği ileri sürülen ancak üzerinde "tüketici işlemi olduğuna dair" hiçbir kayda yer verilmemiş olan, bir diğer ifade ile salt TTK kapsamında olması gerektiği gibi düzenlenmiş bir kambiyo senedi, ***lehtarın elinde ise*** ve ***lehtar tarafından bir alacak davası açılacaksa*** nihayetinde lehtar temeldeki hukuki ilişkinin ne olduğunu bilebileceğinden, senetle ilgili alacak davasını tüketici mahkemesinde açması kendisi açısından faydalıdır. Zira asliye ticaret mahkemesinde açılsa dahi, işlemin tüketici işleminden kaynaklandığı ispat edildiğinde görevsizlik kararı verileceğinden nihayetinde bu durum yargılama sürecini gereksiz yere uzatmaktan başka bir işe yaramaz. ***Kaldı ki, böyle bir ihtimalde, işlemin tüketici işlemi olduğu ispatlanırsa, senet emre ya da hamiline düzenlenmişse tüketici açısından geçersiz olacağı için, kambiyo hukukuna dayanarak sürecin tüketici mahkemesine taşınmasının da bir anlamı kalmaz.*** Ancak bu durumda dahi, temel ilişkinin tarafı olan satıcı/sağlayıcı elbette ki, *temel ilişkiden kaynaklanan tüketici sözleşmesi nedeniyle (kambiyo alacağı bağlamında değil) süreci yine tüketici mahkemesinde başlatabilir.* Senedin nama yazılı olduğu hallerde ise, asliye ticaret mahkemesince görevsizlik kararı verilmesinin ardından, davanın yeniden tüketici mahkemesine

[67] Kambiyo senetlerinde soyutluk ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Ülgen,** s. 101-104; **Öztan, F.** (1997). Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 173; **Poroy, R. ve Tekinalp, Ü.** (2018), Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, Gözden Geçirilmiş ve Yeniden Yazılmış 22. Bası, İstanbul, Vedat Yayınları, s. 37 vd.; **Pulaşlı,** s. 40-42; **Çamoğlu, E.** (2020). Kıymetli Evrak Hukukunun Temel İlkeleri, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 6-7; **Yılmaz,** Defiler, s. 106-116.

[68] Bkz. **"VII. A"** başlığında yer alan açıklamalar.

[69] **Pulaşlı,** s. 38-39; **Yılmaz,** Defiler, s. 117; **Öztan,** s. 32 vd.; **Poroy/Tekinalp,** s. 52-53.

taşınması söz konusudur. Bununla birlikte, böyle bir uyuşmazlıkta senedi düzenleyen *"tüketici"* tanımına uysa bile, lehtar konumundaki kişi TKHK çerçevesinde *"satıcı/sağlayıcı"* değilse, bu alacak davasının herhâlükârda asliye ticaret mahkemesinde açılması gerektiği gözden kaçırılmamalıdır.

Fakat, temeldeki hukuki ilişkiden tamamen bağımsız bir vaziyette, üzerinde "tüketici senedi" olduğuna dair bir kayda da yer verilmeden düzenlenmiş olan bir kambiyo senedinin, temeldeki hukuki ilişkinin tarafı olmayan bir üçüncü kişinin (hamilin) eline geçtiği bir ihtimalde, hamilden, *düzenleyenin bu işlemin tüketici işlemi olduğu yönünde bir iddiasının varlığı olsun ya da olmasın*, temel ilişkiyi araştırmasını ve ona göre bir yol haritası belirlemesini beklemek ***kambiyo senetlerinin soyutluğu ilkesi ve tedavül yeteneğinin anlamı ile bağdaşmaz.*** Nihayetinde bu halde, sebepten soyut bir kambiyo senedini elinde bulunduran hamilin, düzenleyene karşı süreci, ***asliye ticaret mahkemesi nezdinde başlatması*** *ve* ***yargılama esnasında, senedin tüketici işlemi dolayısıyla verildiğinin düzenleyen (tüketici) tarafından "ispatlanması" ihtimalinde***, senedin türünden hareketle çeşitli olasılıklar üzerinde durulmasında fayda vardır:

a) ***Kambiyo senedinin tüketici işlemi dolayısıyla verildiği ispatlanmış ve senet "nama yazılı" olarak düzenlenmiş ya da "her bir taksit için ayrı ayrı düzenlenme" şartı da sağlanmışsa,***

düzenleyene yönelik[70] sürecin devam ettirilebilmesi için davanın tüketici mahkemesi nezdine taşınması gerekir[71].

b) ***Tüketici işleminden kaynaklandığı ispat edilen kambiyo senedi, "emre" ya da "hamiline yazılı" olarak düzenlenmişse,*** düzenleyen konumundaki tüketici açısından bu senet, TKHK m. 4/5 gereğince geçersiz olacağı için, ayrıca davanın tüketici mahkemesi nezdine götürülmesine gerek kalmaz; ancak diğer müracaat borçluları tarafından senet geçerli olmaya devam edeceğinden[72], onlar açısından (*müteselsil sorumluluk kapsamında ihtiyari dava arkadaşlığına binaen birlikte bu dava açılmışsa*), süreç yine asliye ticaret mahkemesinde devam ettirilir. Davanın asliye ticaret mahkemesinde yalnızca düzenleyene karşı açıldığı ve onun da tüketici

[70] Bununla birlikte, aynı davada, ihtiyari dava arkadaşlığı kapsamında, düzenleyenin yanı sıra müracaat borçlularına yönelik de bir talepte bulunulmuşsa, bu ihtimalde, düzenleyen dışındaki geriye kalan davalılar bakımından da sürecin, daha özel olan mahkeme niteliğindeki tüketici mahkemesinde yürütülmesi gerektiği şeklinde bir uygulamanın gelişme eğiliminde olabileceğini söylemek mümkündür [Bkz. YHGK, T. 19.03.2014, E. 2013/1201, K. 2014/373 sayılı kararı (hukukmedeniyeti.org – E.T. 14.04.2021) *Kararda özetle, iş mahkemesinin mi yoksa asliye ticare.t mahkemesinin mi görev alanına girdiği yönünde soruya yanıt aranan yargılama sürecinde, ihtiyari dava arkadaşlarından biri için sürecin iş mahkemesinde yürütülmesine karar verildikten sonra, diğer davalılar bakımından da yargılamanın, asliye ticaret mahkemesine göre daha özel nitelikte olan iş mahkemesine taşınması gerektiği sonucuna varılmıştır*]. Bu hususta ayrıca bkz. Y. 13. HD., T. 21.05.2008, E. 2007/16199, K. 2008/7016 sayılı kararı (**Tutumlu,** s. 150-151).

Bu çerçevede şu husus rahatlıkla ifade edilebilir ki, TKHK m. 4/5 kapsamında düzenlenen bir kambiyo senedi için sürecin, tüm borçlulara yönelik tek bir dava ile başlatıldığı hallerde, ihtiyari dava arkadaşı konumunda olan düzenleyen ile diğer müracaat borçlularının tamamı bakımından yargılamanın tüketici mahkemesine taşınması, *senedin nihai borçlusu konumundaki düzenleyenin ödeme yapması ile kambiyo hukukundan kaynaklı alacak talebi de artık diğer müracaat borçlularına karşı sona ermiş olacağından,* sürecin daha sağlıklı yürütülebilmesine imkân verebilecektir. Ancak kanaatimizce, genel yetkili mahkemeler belirlendikten sonra, özel yetkili mahkeme olarak nitelendirilen *"tüketici mahkemesi", "asliye ticaret mahkemesi" ya da "iş mahkemesi"* gibi mahkemelerden hangisinin daha özel hangisinin de özel mahkeme olmakla birlikte diğerine nazaran daha genel olduğu şeklinde yapılacak böyle bir değerlendirme, hukuki dayanak bakımından birtakım sorunları da beraberinde getirecektir. Nitekim, TKHK'da yapılan *"tüketici işlemi"* tanımından sonra, diğer özel mahkemelerin görev alanına girecek türden pek çok uyuşmazlığın artık TKHK m. 73/1 ve m. 83/2 gereğince tüketici mahkemesi önünde çözüme kavuşturulmasının söz konusu olduğu bir ihtimalde, tüketici mahkemesinin asliye ticaret mahkemesine nazaran daha özel bir mahkeme olduğunu söyleyebilmek güçtür. Bu nedenle *ihtiyari dava arkadaşlığının söz konusu olduğu bu gibi durumlarda, uyuşmazlığın tüm davalılar bakımından (tüketici olsun ya da olmasın) tüketici mahkemesinde görülmesi şeklinde verilecek bir kararın* gerekçesinin *"tüketici mahkemesinin asliye ticaret mahkemesine nazaran daha özel mahkeme olduğu"* yönündeki bir açıklamaya dayandırılması yerinde olmayacaktır.

[71] Nitekim buna yönelik olarak, İstanbul 12. BAM tarafından verilen bir kararda *"Dava, bonodan kaynaklanan alacağın tahsil istemine ilişkindir. Davalı, dava konusu bonoların dava dışı lehdar şirketle akdedilen Devremülk Satış Vaad Sözleşmesi uyarınca düzenlenen nama yazılı bonolar olduğunu, ancak sözleşme iptal edildiği için bonoların geçersiz olduğunu savunmuştur. HMK'nun 115/1.maddesi uyarınca dava şartlarının bulunup bulunmadığı davanın her aşamasında resen araştırılır. HMK'nun 114/1-cmaddes uyarınca mahkemenin görevli olması dava şartı olarak düzenlenmiştir. ……**Somut olayda, davalı tarafça sunulan delillere göre dava konusu bonoların davalının tarafı olduğu Devremülk Satış Vaadi Sözleşmesi uyarınca düzenlenen sıralı "nama" yazılı bonolar olduğu tespit edilmiş olup, bu durumda davalı tüketici sıfatını haiz ve söz konusu işlem tüketici işlemi olduğundan, iş bu davada görevli mahkemenin Tüketici Mahkemeleri olduğunun kabulü gerekmiştir. O halde ilk derece mahkemesinin (kararda asliye ticaret mahkemesidir) kararında bir isabetsizlik görülmemiş, açıklanan nedenlerle davacı vekilinin istinaf başvurusunun esastan reddine dair aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.***" (İstanbul BAM 12. HD, T. 04.11.2019, E. 2019/1899 K. 2019/1356 sayılı kararı – (Legalbank – E.T. 14.04.2021).

[72] Ayrıca bkz. TKHK m. 4/5 hükmüne ait madde gerekçesinde yer alan açıklamalar.

işlemi dolayısıyla bu senedin düzenlendiğini ispatladığı bir ihtimalde ise, asliye ticaret mahkemesi görevsizlik kararı vererek yargılama sürecini kendisi açısından tamamlar.

Üzerinde "tüketici senedi" olduğuna dair bir ibare yer almadığı için hamil tarafından asliye ticaret mahkemesinde açılan davada, düzenleyenin kambiyo senedinin tüketici işleminden kaynaklı olarak düzenlendiğini "ispatlayamadığı" durumlarda ise, düzenleyen kendisine yöneltilen davada, senedin *nama, emre ya da hamiline olduğuna bakılmaksızın*, kambiyo senedi üzerindeki bedeli ödemek zorunda kalır[73]. Nihayetinde TKHK m. 4/5'de tüketici bakımından öngörülen geçersizlik sonucu, bu senedin tüketici işlemi dolayısıyla verildiğinin tüketici tarafından ispatlanabildiği hallerde bir anlam ifade eder. Bu ispat sağlanamadığı sürece, hamilin elindeki kambiyo senedinin, diğer hukuki işlemler dolayısıyla verilen kambiyo senetlerinden hiçbir farkı olmaz.

C) Kambiyo Senetlerine Özgü Başlatılan İcra Takibinde Borçlunun Takibe İtirazı Üzerine İcra Mahkemesinin *"Tüketici Senedi"* İddiasını Değerlendirip Değerlendiremeyeceği Meselesi

Kambiyo senedinden kaynaklanan bir alacak dolayısıyla, alacaklının uygulamada sıklıkla başvurduğu yollardan birisi de *"kambiyo senetlerine özgü takip usulü"* ile senet bedelinin tahsilidir[74]. Senet bedelinin bu yolla tahsili amacıyla başlatılmış olan bir süreçte, düzenleyen konumundaki borçluya gönderilen ödeme emrine, borçlu ya senedin kambiyo senedi vasıflarını taşımadığı veya takip alacaklısının meşru hamil olmadığını icra mahkemesinde şikayet yoluyla ileri sürebilir (İİK m. 170/a, f. 1 ve ayrıca bkz. f. 2) ya da yine icra mahkemesi nezdinde borca itirazda (İİK m. 168/1, b. 5, m. 169) yahut imzaya itirazda bulunabilir (İİK m. 168/1, b. 4, m. 170). Böyle bir ihtimalde, borçlu tarafından yapılacak olan itiraz, satıştan gayrı diğer icra takip muamelelerini durdurmayacaktır (İİK m. 169, m. 170/1, ayrıca bkz. İİK m. 169a, f. 5).

Konumuz bağlamında, düzenleyenin, icra takibine konulan kambiyo senedinin tüketici işlemi nedeniyle verildiğini ve TKHK m. 4/5'de öngörülen şartları sağlamadığı için kendisi bakımından geçersiz olduğunu ileri sürmesi, kanaatimizce İİK m. 170/a kapsamında ele alınabilecek bir durum değildir. Zira esasında TTK anlamında geçerli bir kambiyo senedi ve düzgün bir ciro zincirine istinaden senedi elinde bulunduran bir takip alacaklısı (meşru hamil) var ise, TKHK m.

[73]Nitekim Yargıtay 12. HD. tarafından verilen bir kararda, kararında da bu hususa da vurgu yapılarak özetle şu yönde açıklamalarda bulunulmuştur: "….***sözleşme metninde takibe konu bonoya dair herhangi bir atfın olmadığı, kambiyo senetlerinin illetten mücerret olduğu ve bono üzerindeki bilgilerden de «tüketici senedi» olduğunun anlaşılamadığı****, …. **takibe konu senedin tüketici sözleşmesi kapsamında verildiğinin ispatlanamadığı**, bu nedenle bononun ödeme aracı olarak ve tüketici sözleşmesi kapsamı dışında verildiği gözetilmek suretiyle ….karar verilmesi gerekirken…"* [Y. 12. HD, T. 17.04.2019, E. 2019/2742, K. 2019/6701 sayılı kararı – (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası – E.T. 21.04.2021)] Bu çerçevede ayrıca bkz. **Uzunallı Eroğlu,** s. 114-115.

[74] Ayrıntılı bilgi için bkz. **Helvacı, M.** (2013). Kambiyo Senetlerine Özgü Takip Yolları, İÜHFM, C. LXXI, S. 2, s. 166 vd..

4/5'e aykırılık, İİK m. 170/a kapsamında değerlendirilemez[75]. Ancak borçlunun böyle bir ihtimalde, icra mahkemesinde (İİK m. 168/1, b. 5, m. 169 hükmünden hareketle), *"borca itiraz"* bağlamında TKHK m. 4/5'e ilişkin itirazını ileri sürebilmesi mümkündür.

Fakat icra mahkemesinin dar yetkili mahkeme olduğu hususu da dikkate alındığında[76], mahkemenin bu itiraza yönelik yapacağı incelemede, ***itiraza uğrayan kambiyo senedi ile borçlunun mahkemeye sunduğu tüketici işlemine dair yazılı sözleşmenin birbiri ile uyumlu olması ve sözleşmede, söz konusu kambiyo senedine dair somut detaylara açıkça atıfta bulunulması halinde*** bu itirazı dikkate alarak, takibin durdurulmasına karar verebileceği sonucuna varılmalıdır[77] (*Takibin durması üzerine alacaklının genel hükümlere dava açma hakkı saklıdır- İİK m. 169/a, f. 5*).

Kambiyo senedinin üzerine ***soyutluğu ihlal etmeden "tüketici senedi" olduğu yazılmış olsa dahi, borçlu konumundaki düzenleyen senedin tüketici işleminden dolayı verildiğini İİK m. 169/a'daki usule uygun olarak ayrıca ispatlayamaz ise***, bu durumda yapılan itiraz, icra mahkemesince reddedilmelidir[78]. Zira bir kambiyo senedinin temelinde yatan hukuki işleminin tüketici işlemi olup olmadığının tartışıldığı bir ihtimalde, yargılamayı gerektiren bu iddia karşısında artık icra mahkemesince bir karar verilemez[79].

Böyle bir ihtimalde ise, itirazı reddedilen borçlunun *"genel mahkemelerde"*, **menfi tespit davası** ya da icra baskısı altında borcu ödemek zorunda kalmışsa, **istirdat davası** açması gerekir (Ayrıca bkz. İİK m. 169/a, f. 6, c. son). Genel mahkeme ile anlaşılması gerekenin ne olduğu hususu ise, bir alt başlıkta ele alınacaktır.

[75] Kambiyo senetlerine özgü başlatılan icra takibinde İİK m. 170/a kapsamında alacaklının takip hakkının bulunması ve borçlunun kambiyo senedi uyarınca sorumlu olması ile anlaşılması gerekenin ne olduğu hususunda ayrıca bkz. **Helvacı,** s. 176 vd..

[76] Bu yönde verilmiş bir Yargıtay kararı için bkz. YHGK, T. 05.03.2014, E.2013/12-2174, K.2014/233 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası – E.T. 26.04.2021).

[77] Kambiyo senetlerine özgü takip yolunda borca itiraz üzerine takibin durdurulması hakkında ayrıca bkz. **Helvacı,** s. 183-185.

[78] Nitekim bu konuda verilen bir Yargıtay kararında da bu hususa dair "*Somut olayda, satışa konu taşınmazın tapu kaydı incelendiğinde, taşınmazın dava dışı "... ... İnşaat Gayrimenkul Danışmanlık Turizm Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti." adına kayıtlı iken borçluya devredildiği,* ***adi yazılı taşınmaz satış sözleşmesinin ise alacaklı ve borçlu arasında yapıldığı, sözleşme metninde takibe konu bonoya dair herhangi bir atfın olmadığı, kambiyo senetlerinin illetten mücerret olduğu ve bono üzerindeki bilgilerden de «tüketici senedi» olduğunun anlaşılamadığı, bu hali ile senedin 6502 sayılı kanun kapsamında verildiğinin dar yetkili icra mahkemesince tespitinin mümkün olmadığı, takibe konu senedin tüketici sözleşmesi kapsamında verildiğinin ispatlanamadığı, bu nedenle bononun ödeme aracı olarak ve tüketici sözleşmesi kapsamı dışında verildiği gözetilmek suretiyle*** *borca itirazın İİK'nın 169/a maddesi kapsamında değerlendirilerek oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile hüküm tesisi isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir"* şeklinde hüküm kurulduğu görülmüştür [Bkz. Y. 12. HD, T. 17.04.2019, E. 2019/2742, K. 2019/6701 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası – E.T. 26.04.2021)].

[79] Bu konuda ayrıca bkz. **Sevilay Uzunallı Eroğlu,** s. 115-116 (*Tüketicinin, emre yazılı bir senette, bile bile borçlunun zararına hareket ettiğini ileri sürdüğü hamile karşı defi olarak bu durumu ileri sürmesi halinde, icra mahkemesinin bu duruma kendiliğinden bir yargılama ile karar vermemesi; bu iddianın bir yargılamayı gerektirmesi ve icra mahkemesinin dar yetkili mahkeme olması nedeniyle, mahkeme görevsizlik kararı vererek, uyuşmazlığı çözecek olan mahkemeye bu durumun tespitini bırakmalıdır*).

D) Senedin Düzenleyeni Olan ve Senedin Tüketici İşleminden Dolayı Verildiğini İleri Süren Borçlunun Açtığı Menfi Tespit[80] ya da İstirdat Davalarında[81] Görevli Mahkeme Meselesi

Böyle bir ihtimalde, davacı konumundaki düzenleyen esasında kambiyo senedinden ziyade, temeldeki işlemin tüketici işlemi olduğundan ve bunun bir yansıması olarak TKHK m. 4/5'deki şartların senette sağlanmaması nedeniyle senedin geçersiz olduğundan ya da senet TKHK m. 4/5'e uygun olarak verilmiş olsa dahi, senet nedeniyle sorumluluğunun olmadığından (*temeldeki sözleşmenin feshedildiği, geçersiz olduğu, temeldeki işlemden kaynaklı ayıp vs.den*) hareket etmektedir.

Bu nedenle, ***temeldeki tüketici işleminin borçlusu ve aynı zamanda senedin düzenleyeni olan kişi tarafından, senet nedeniyle borçlu olmadığına yönelik açılan menfi tespit davasında, görevli mahkeme olarak tüketici mahkemesi ile sürecin başlatılması*** yerinde olacaktır[82]. Esasında TKHK m. 73/1 gereğince, tüketici işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli mahkeme zaten tüketici mahkemesidir. Her ne kadar görev kapsamının fazlası ile genişletilmesi, TTK m. 4/1, a gereğince mutlak ticari dava olarak kabul edilen ve temeldeki hukuki işlemden

[80]**Menfi tespit davasının, icra takibinden önce** [*alacaklının henüz daha icra takibi başlatılmadığı ama örneğin borçluya protesto çekerek, icra takibi başlatılacağının bildirildiği hallerde olduğu gibi*], takip öncesinde borçlunun bu şekilde bir menfi tespit davası açmasında hukuki yararın olduğu durumlarda, **açılması mümkün olduğu gibi** (*ancak bu durumda açılan menfi tespit davası, alacaklının başlatacağı icra takibini durdurmaz. Bunun için mahkemenin teminat karşılığında icra takibinin durdurulması hakkında ihtiyati tedbir kararı vermesi gerekir. Bununla birlikte mahkemenin teminat yatırılsa bile ihtiyati tedbir kararını herhâlükârda vermek zorunda olmadığı unutulmamalıdır*); **icra takibinden sonra da açılması mümkündür**. Ancak bu son ihtimalde, mahkeme, ihtiyati tedbir yoluyla dahi icra takibinin durdurulması yönünde bir karar veremez. Bu aşamada mahkeme yalnızca, borçlu teminat göstermişse, paranın alacaklıya ödenmesine engel olabilir. Nitekim bu hususta verilmiş olan bir BAM kararında özetle, *"…6502 sayılı Yasa'nın 4/5 maddesine göre şekil şartlarına uyulmadan düzenlenen senet nedeniyle* ***icradan yapılacak tahsilat durumunda davacının ciddi zarara uğrayacağı göz önünde bulundurularak, İİK m. 72/3 gereğince icra veznesindeki paranın alacaklıya ödenmemesi için ihtiyati tedbir kararı verilme şartları oluşmuşken*** *mahkemesince red kararı verilmesi doğru olmamıştır. Davacı istinaf talebinde haklıdır."* şeklinde hüküm kurulduğu görülmektedir [Bkz. İstanbul BAM 18. HD., T. 07.03.2019, E. 2019/585, K. 2019/385 sayılı kararı – (Legalbank – E.T. 21.04.2021)]. Menfi tespit davası, davacı olan borçlu lehine sonuçlanırsa takip derhal durur ve karar kesinleşirse, icra takibinin iptali söz konusu olur. Menfi tespit davası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Kuru, B.** (2003). İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 11 vd.; **Uyar, T. vd.** (2015). Olumsuz (Menfi) Tespit ve Geri Alma (İstirdat) Davaları, 4. Bası, Ankara, Bilge Yayınevi, s. 12 vd.; **Muşul, T.** (2016). İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 243 vd..

Kambiyo senetlerinden kaynaklı menfi tespit davaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Türk, A.** (2006). Maddi Hukuk ve İcra –İflas Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası (*Yargıtay Kararları Işığında, Özellikle Kambiyo Senedi Borçlusu Tarafından Açılan Menfi Tespit Davası, Kambiyo Senedi Borçlusunun Defileri, Kambiyo Senedinin Bedelsizliği ve Hükümsüzlüğü*), Ankara, Yetkin Yayınları, s. 126 vd..

[81]İstirdat davası hakkında bilgi için bkz. **Uyar,** s. 936 vd.; **Kuru,** s. 233 vd.; **Muşul,** s. 465 vd.

[82]Aynı yönde bkz. **Bahtiyar/Biçer,** s. 424; **Bahtiyar/Hamamcıoğlu,** s. 90-91; **Bozkurt,** s. 259. Nitekim temelindeki tüketici işlemine dayanılarak açılan bir menfi tespit davasına yönelik verilen bir Yargıtay kararında da Yüksek Mahkeme özetle, *"…Buna göre taraflar arasında uyuşmazlık kambiyo senedinden kaynaklanmayıp* ***temel ilişkinin konut satış sözleşmesi olduğu, davacının konut satın alan tüketici, davalının ise profesyonel satıcı olduğu,*** *davacının davasını … 4. Asliye Hukuk Mahkemesinde (Tüketici Mahkemesi sıfatıyla) açtığı anlaşıldığından uyuşmazlığın …4. Asliye Hukuk Mahkemesinde (Tüketici Mahkemesi sıfatıyla) görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir."* yönünde hüküm kurduğu görülmektedir [Y. 20. HD., T. 18.10.2016, E.2016/8867, K. 2016/9316 sayılı kararı (Legalbank – E.T. 14.04.2021)]. Bu hususta ayrıca bkz. **Uyar,** s. 474-475; **Muşul,** s. 224-229.

tamamen soyut olma niteliği ile ön plana çıkan kambiyo senetlerinin ruhuna aykırı düşmesi gibi sebeplerle bu düzenleme haklı olarak eleştirilere maruz kalsa da[83], hükmün açık lafzı karşısında bu konuda artık bir tereddüt olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu duruma, tüketici işleminden dolayı verilen kambiyo senetlerinden doğan uyuşmazlıklar da dâhildir[84]. Ancak uyuşmazlığın tüketici işlemi olup olmadığının her zaman daha uyuşmazlığın en başından net bir şekilde belirlenememesi nedeniyle, sebepten soyut özelliği ile öne çıkan kambiyo senetlerinden kaynaklı uyuşmazlıklarda, farklı yönde verilen görevsizlik kararları ile de karşılaşılmaktadır.

Bununla birlikte, kambiyo senedinin düzenleyeninin yalnızca kendisinin *"tüketici"* olduğunu ileri sürerek menfi tespit davasını tüketici mahkemesi nezdinde çözüme kavuşturması mümkün değildir. TKHK m. 73'ün açık lafzı karşısında, tüketici işlemi olduğu ileri sürülen ve kambiyo senedinin düzenlenmesine neden olan işlemin diğer tarafının da *"satıcı/sağlayıcı"* tanımı kapsamına giriyor olması gerekir. Aksi takdirde, bu kambiyo senedi nedeniyle açılacak olan menfi tespit davası, asliye ticaret mahkemesinde görülüp karara bağlanır[85].

Tüketici işlemi dolayısıyla verildiği öne sürülen kambiyo senedine yönelik olarak açılacak olan menfi tespit davasının davalısı, tüketici işleminin tarafı olan satıcı/sağlayıcı (kambiyo senedinin lehtarı) değil de, senedi devir yoluyla iktisap eden üçüncü kişi olsa dahi varılan sonuç değişmeyecek; ona karşı da açılacak olan menfi tespit davası, yine tüketici mahkemesi nezdinde görülecektir[86]. Nitekim, senedin hamilin elinde olması ihtimalinde, tüketici konumundaki borçlunun açacağı menfi tespit davasında asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğu gerekçesi ile tüketici mahkemesinin vermiş olduğu görevsizlik kararına istinaden, Y. 13. Hukuk Dairesi

[83] Bu yönde ayrıca bkz. **Kaya, A. vd.** (2019). Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş ve Kısmen Yeniden Yazılmış 6. Bası, İstanbul, Vedat Yayınevi, s. 128-129; **Bahtiyar/Biçer,** s. 424-425; **Yıldırım/Develi,** s. 56; **Narbay/Akkuş,** 2019, s. 868-869. Bu çerçevede bir yasal değişiklik yapılarak ayrıma gidilmesi ve TTK'da düzenlenen hususlardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi; TKHK'da düzenlenen hususlarda ise, tüketici mahkemesinin görevli olması yönünde öneri için bkz. **Bahtiyar/Hamamcıoğlu,** s. 9; **Bozer, A. ve Göle, C.** (2017). Kıymetli Evrak Hukuku, Son Değişikliklerle Güncellenmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 29.

[84] **Bahtiyar/Hamamcıoğlu,** s. 90-91.

[85] Bu doğrultuda, hem asliye ticaret hem de tüketici mahkemesi tarafından ayrı ayrı görevsizlik kararı verilen, *"kambiyo senedinden kaynaklı olarak açılmış bir menfi tespit davası"* ile ilgili Yargıtay 20. HD. tarafından verilen bir kararda da bu hususa vurgu yapıldığı görülmektedir. Kararda özetle, "….*Somut olayda 2. Tüketici Mahkemesince verilen davanın kabulü ile davacının takibe konu olan 13/01/2013 vadeli 10.000,00 TL bedelli senetten dolayı borçlu bulunmadığının tespitine ilişkin kararının Yargıtay 13. Hukuk Dairesince* ***"Bir işlemin 6502 sayılı Kanun kapsamında kaldığının kabul edilmesi için tüketici ile satıcı-sağlayıcı arasındaki uyuşmazlığın mal ve hizmet piyasalarında bir malın mesleki ve ticari olmayan amaçla edinilmesi veya kullanılmasından doğması aranmaktadır. Davalıların, mesleki ve ticari faaliyet ile hareket ettiklerine dair dosyada bir delil bulunmadığına göre bu davanın Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında kalmadığının kabulü gerekir. Mahkemece, görevsizlik kararı verilmesi gerekirken işin esasına girerek yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve kanuna aykırı olup bozmayı gerektirir." denilerek bozulmuştur****. *Bu durumda davaya bakma görevinin asliye hukuk mahkemesine ait olduğu özel dairenin kabulündedir. Özel Dairenin bozma kararının mahkemeleri bağlayıcılığı özelliği vardır. O halde uyuşmazlığın 2. Asliye Ticaret Mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir."* şeklinde bir sonuca varılmıştır [Bkz. Y. 20. HD., T. 21.01.2019, E. 2018/5948, K. 2019/313 sayılı kararı (Legalbank – E.T. 21.04.2021)].

[86] Ayrıca bkz. **Zevkliler/Aydoğdu,** s. 446.

tarafından verilmiş olan bir kararda da, senedi elinde bulunduran hamile karşı açılacak olan menfi tespit davasında da, temeldeki işlemin tüketici işlemi olmasından hareketle tüketici mahkemesinin görevli olduğu yönünde hüküm kurulmuştur[87].

Borçlunun açmış olduğu menfi tespit davası henüz sonuçlanmadan alacaklının başlatmış olduğu icra takibi (ihtiyati tedbir niteliğinde borçlu lehine takibi durduran bir karar verilmediği için) sonuçlanmış ve kambiyo senedi dolayısıyla ödenmesi gereken meblağ ödenmiş ise, bu halde, senedin tüketici işlemi dolayısıyla verildiği ve TKHK m. 4/5 gereğince geçersiz olduğu iddiasında olan düzenleyen konumundaki borçlu tarafından açılmış olan ***menfi tespit davasına artık istirdat davası olarak devam edilir*** (İİK m. 72/6)**.** Burada dava kendiliğinden istirdat davasına dönüştüğünden borçlunun ayrıca talepte bulunmasına da gerek yoktur[88].

Daha öncesinde bir menfi tespit davası açmamış ve İİK m. 72/7 gereğince, ***kambiyo senedine istinaden alacaklı tarafından başlatılan takibe itiraz etmemiş*** veya ***itirazı reddedilmiş olmasından ötürü,*** borçlu olmadığı bir meblağı *icra tehdidi altında icra takibinin kesinleşmesi üzerine ödemiş olan senedin düzenleyeninin* yapacağı işlem ise, ödediği tarihten itibaren 1 yıllık hak düşürücü süre içinde genel hükümlere göre paranın iadesini (**istirdat davası ile**) mahkemeden talep etmektir. Bu ihtimalde istirdat davası, *yine tüketici işlemi dolayısıyla bu senedi verdiğini ileri süren ancak senet dolayısıyla sorumlu olmadığını iddia eden ve tüketici konumunda olduğu vurgusunu yapan düzenleyen tarafından açılacağı için*, ***bu davada da görevli mahkeme, yine tüketici mahkemesi olmalı***dır[89]. İşlemin tüketici işlemi olmadığının tüketici mahkemesi tarafından belirlenmesi üzerine ise, davanın asliye ticaret mahkemesi önüne taşınarak bir çözüme kavuşturulması gerekir.

E) Kambiyo Senetlerine Özgü Başlatılan İcra Takibinde İtirazın İptali Davasında Görevli Mahkeme Meselesi

Kambiyo senetlerine özgü icra takibi yolunu tercih eden alacaklının bu takibine, borçlunun itiraz etmesi (İİK m. 169, m. 170) ve itirazın icra mahkemesi tarafından kabulü üzerine başlatılan icra

---

[87] Kararda özetle şu hususlar üzerinde durulduğu görülmektedir: *"....**Uyuşmazlık,** davacı ile davalı ...Ş. arasında yapılmış olan daire satış vaadi sözleşmesi gereği davacının vermiş olduğu 30.09.2014 tarihli **bonoyu ciro yolu ile elinde bulunduran davalı bankanın kambiyo takibi başlatmasından kaynaklanmaktadır. Somut olayda; her ne kadar aralarında hukuki bir ilişki olmayan davalı bankanın elinde davacı tarafından tanzim edilmiş bir adet bono var ise de** bonoya konu borç (diğer) davalı ile davacının tüketici hukukundan kaynaklanan satış vaadi sözleşmesine dayanmaktadır ve bu nedenle **davacıdavalı şirketin edimini yerine getirmediği için dava konusu bono yönünden borçlu olmadığının tespitini talep etmektedir.** Davacı bu hukuki işlem içerisinde tüketici konumunda olduğundan, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin tüketici işlemi olduğunun kabulü gerekir. **Bu itibarla uyuşmazlığın Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunkapsamında kaldığına göre davaya bakmaya Tüketici Mahkemesi görevlidir.** Bu durumda mahkemece, ayrı bir Tüketici mahkemesi bulunması halinde görevsizlik kararı verilmesi, müstakil Tüketici Mahkemesi bulunmaması halinde Tüketici Mahkemesi Sıfatıyla davaya bakılması gerekirken görevsizlik kararı verilerek talep halinde **dosyanın ... Asliye Ticaret Mahkemesi'ne gönderilmesine dair hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir."*** [Bkz. Y. 13. HD., T. 28.02.2017, E. 2017/561, K. 2017/2628 sayılı kararı (Legalbank- E.T. 21.04.2021)].

[88] **Kuru,** s. 186; **Muşul,** s. 471.

[89] Ayrıca bkz. **Zevkliler/Aydoğdu,** s. 446.

takibinin durması ihtimalinde, alacaklının genel hükümlere göre dava açma hakkı saklı tutulmuştur (İİK m. 169/a, f. 5; m. 170/3). İtirazın icra mahkemesi nezdinde kabulü üzerine duran bu takibin yeniden başlatılabilmesi ve haksız yere itiraz nedeniyle borçlu aleyhine İİK kapsamında bir tazminata hükmedilebilmesi için, alacaklı, İİK m. 170/b'nin atfı ile İİK m. 67'ye istinaden itirazın iptali davası açabilecektir.

Genel hükümler kapsamında açılacak olan bu davada, davanın, *"kambiyo senedine dayanılarak başlatılan takibe"* yönelik yapılan itirazın kabulü nedeniyle takibin durmasından ötürü açıldığı kabul edildiğinde, genel hükümler dairesinde asliye ticaret mahkemesinin görev alanına girdiği sonucuna varılır. Oysa konumuz kapsamında, düzenleyen konumundaki borçlunun, kendi aleyhine başlatılan bu takibi durdurabilmek için, dar yetkili icra mahkemesine *sunduğu tüketici işlemi sözleşmesinde, takibe konu bonoya açıkça atıfta bulunulmuş ve bu şekilde her ikisi birbiri ile eşleştirilmiş; bunun üzerine de icra mahkemesi itirazın kabulü ile takibin durdurulmasına karar vermişse*, böyle bir durumda kanaatimizce, alacaklının, itirazın iptaline yönelik genel hükümlere göre açacağı bu davayı da *"tüketici mahkemesi"*nin önüne taşımasında fayda bulunmaktadır[90]. Zira icra mahkemesinin kararına da yansıyan bir şekilde tüketici işlemi ile kambiyo senedi arasında somut bir bağlantının kurulduğu bir ihtimalde, her şeyden önce, işlemin tüketici işlemi olup olmadığının tespiti ve sonrasında duruma göre, TKHK m. 4/5 kapsamında bir geçersizlik olup olmadığının belirlenmesi yoluna gidilecektir ki, bu sürecin tüketici mahkemesi nezdinde yürütülüyor olması daha sağlıklı olur.

VII. TKHK m. 4/5 KAPSAMINDA DÜZENLENEN/DÜZENLENDİĞİ İDDİA EDİLEN KAMBİYO SENETLERİNDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARIN *"DAVA ŞARTI ARABULUCULUK"* BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Hukuk uyuşmazlıklarında mahkemelerin artan iş yükünü azaltmak ve uyuşmazlıkların barışçıl çözüm yöntemleri ile kazan-kazan mantığı üzerine çözümlenmesini sağlamak amacıyla hukukumuza dâhil edilen arabuluculuk müessesesi ile ilgili temel yasal düzenlemeler 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda (HUAK) yer almaktadır. HUAK m. 18/A kapsamında dava şartı arabuluculuk konusu ele alınmış; konusu bir miktar paranın ödenmesini içeren alacak ve tazminat taleplerine yönelik ticari davalar bakımından ise, 7155 sayılı Kanun ile TTK'ya eklenen m. 5/A hükmü ile 01.01.2019 tarihinden itibaren açılacak davalarda ticari dava şartı arabuluculuk, hukukumuzda uygulama alanı bulmuştur[91]. 7251 sayılı Kanun'un 59'uncu maddesinin TKHK'da yapmış olduğu değişiklik sonrasında ise, 28 Temmuz 2020 tarihinden itibaren TKHK m. 73/A hükmü ile tüketici uyuşmazlıkları bakımından da, *TKHK m. 73/A, fıkra 1'de belirtilen istisnai durumlar haricinde,* tüketici mahkemesinde dava açılmadan evvel, arabuluculuk sürecinin tüketilmesi, dava şartı arabuluculuk olarak kabul edilmiştir.

[90] Benzer yönde bkz. **Pehlivanlı,** s. 172. Ayrıca bkz. **Zevkliler/Aydoğdu,** s. 446.
[91] Ayrıca bkz. **Ayhan/Çağlar/Özdamar,** s. 82 vd..

Bu çerçevede çalışma konumuzun ayrıca, hem konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerini içeren ticari davalarda dava şartı olarak aranılan *"ticari dava şartı arabuluculuk"* süreci bakımından (TTK m. 5/A) hem de tüketici uyuşmazlıklarında dava şartı olarak aranılan *"tüketici dava şartı arabuluculuk"* süreci bakımından (TKHK m. 73/A) da ele alınmasında fayda bulunmaktadır. Zira TKHK m. 4/5 kapsamında tüketici işlemi dolayısıyla düzenlenen bir kambiyo senedinden kaynaklı uyuşmazlık, bir yandan TTK m. 4/1, a gereğince mutlak ticari dava olarak kabul edilir iken; bir yandan da TKHK m. 73/1 ve m. 83/2 çerçevesinde tüketici uyuşmazlığı niteliğindedir.

6502 sayılı Kanun'da 7251 sayılı Kanun'un 59'uncu maddesi ile yapılan değişiklik öncesinde, tüketici uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk zorunluluğu açıkça TKHK'da düzenlenmediğinden, konunun önem arz eden kısmı, bir işlemin tüketici işleminden kaynaklandığının ortaya konulması üzerine tüketici mahkemesinde açılan bir davada, davacının, öncelikle TTK m. 5/A gereğince *"ticari dava şartı arabuluculuk"* sürecini tüketmesi gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktaydı. Nitekim bir uyuşmazlığın, tüketici işlemi niteliğinde kabul edilmesinin, aynı zamanda bu uyuşmazlığın ticari dava olarak nitelendirilmesine engel teşkil edip etmeyeceğine yönelik tartışmalar, bir boyutu ile de dava şartı arabuluculuk bağlamında birbirinden tamamen farklı sonuçların ortaya çıkmasına sebebiyet vermekteydi[92].

Konu ile ilgili olarak öğretide savunulan ve bizim de katıldığımız bir görüşe göre, bir işlemin tüketici işlemi olması ve bundan kaynaklanan uyuşmazlığın tüketici mahkemesinde görülecek olması, o işlemin aynı zamanda ticari dava olma vasfını ortadan kaldırmamaktadır[93]. Tüketici uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuğun aranmadığı dönemde, öğretide ileri sürülen diğer görüşe göre ise, taraflarından birini tüketicinin oluşturduğu işlemlerle ilgili diğer kanunlarda düzenleme olmasının, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve TKHK'nın görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemeyeceğine dair TKHK m. 83/2 hükmünden hareketle, bir işlemin tüketici işlemi olması halinde, bu işlemin artık ticari iş olmayacağı ve bu uyuşmazlığın da ticari dava olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna varılmalıdır[94].

TKHK m. 73/A öncesi dönemde, savunulan bu son görüş benimsendiğinde, yaşanılan uyuşmazlıklar hakem heyeti sınırının üzerinde ise, tüketici mahkemesinde dava açmadan önce, *ticari dava şartı arabuluculuk kapsamında* arabulucuya başvurmaya da gerek kalmayacaktı. Ancak TKHK m. 83 hükmünce bir işlemin tüketici işlemi olmasının, aynı zamanda, uyuşmazlık halinde açılacak davanın ticari dava olma özelliğini ortadan kaldırmayacağını savunan diğer

[92] Bu konuda ayrıntılı açıklamalar ve birbiri ile çelişen nitelikteki yargı kararları için bkz. **Yılmaz, A.** (2018), Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Işığında Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, Anadolu Üniversitesi HFD, C. 4, S. 1, s. 220 vd..

[93] **Ayhan/Çağlar/Özdamar,** s. 69; **Narbay/Akkuş,** s. 324; **Yılmaz,** s. 233. Bkz. ve karş. **Bahtiyar/Hamamcıoğlu,** s. 90. Ayrıca Ankara BAM 3. Hukuk Dairesi tarafından bu yönde verilmiş bir karar için bkz. Ankara BAM 3. HD., T. 03.05.2019, E. 2019/856, K. 2019/834 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası- E.T. 21.04.2021).

[94] **Çizmecioğlu,** s. 254-255 ve s. 257.

görüş esas alınırsa, bu ihtimalde, tüketici mahkemesinde dava açılmazdan evvel, örneğin kambiyo senedinden kaynaklanan bir uyuşmazlık aynı zamanda mutlak ticari dava olarak kabul edileceğinden ticari dava şartı arabuluculuk kapsamında arabuluculuk süreci ile sürecin başlatılması lazım gelecekti[95]. Kanaatimizce, bir işlemin tüketici işlemi olması, o işlemden kaynaklanan uyuşmazlığın *"ticari dava"* olması sonucunu değiştirmeyeceğinden, TKHK m. 73/A öncesi dönemde, tüketici işleminden kaynaklanan uyuşmazlık nedeniyle konu tüketici mahkemesi önüne taşınmadan önce, ticari dava şartı arabuluculuk sürecinin tüketilmesi gerekliliği söz konusu idi.

Bununla birlikte TKHK'ya, 7251 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrasında eklenen m. 73/A hükmü ile birlikte, artık tüketici uyuşmazlıkları bakımından da, *TKHK m. 73/A, fıkra 1'de belirtilen istisnai durumlar haricinde,* tüketici mahkemesinde dava açılmadan evvel, dava şartı arabuluculuk sürecinin yürütülmesi gerekli olduğundan, TKHK m. 73/A öncesi döneme dair yapılan bu tartışmanın arabuluculuk bakımından bir yönüyle sonlandırıldığı rahatlıkla söylenebilir[96].

Ancak konumuz açısından özellikle bir hususun ayrıca üzerinde durulması gerekir. Şöyle ki, tüketici işlemi nedeniyle düzenlenen ya da düzenlendiği iddia edilen bir kambiyo senedinden kaynaklanan uyuşmazlık, aslında tüketici mahkemesinin görev alanına girer iken, asliye ticaret mahkemesi üzerinden çözümlenmek istenmiş; bu nedenle de süreç, ticari dava şartı arabuluculuk ile işletilmeye başlanmış ve dahi bu arabuluculuk süreci içerisinde de uyuşmazlığın niteliği konusunda, sürecin tüketici işleminden kaynaklanan bir uyuşmazlık üzerinden devam ettirilmesi gerektiği fark edilmemiş olabilir.

Sürecin *"görüşme sonucunda anlaşmama"* ya da tüm çabalara rağmen taraflardan birinin sürece katılım göstermemesi nedeniyle *"görüşme yapılamadan anlaşmama"* ile sonuçlandırıldığı ve sonrasında asliye ticaret mahkemesinde açılan davada, mahkemece görevsizlik kararı verildiği bir ihtimalde, acaba, ticari dava şartı olarak yürütülen arabuluculuk sürecinin tamamlanmış olması, tüketici mahkemesinde dava açılmadan evvel yürütülmesi gereken arabuluculuk süreci bakımından yeterlidir denilebilir mi?

Kanaatimizce bu soruya, *tarafların bir araya gelmiş olmalarına rağmen anlaşamamaması* ya da *taraflardan birinin çabasının diğer tarafın sürece katılmada isteksiz davranması nedeniyle boşa çıkması* halleri göz önünde bulundurulduğunda olumlu bir yanıt vermek gerekir. Bu halde asliye ticaret mahkemesince verilen görevsizlik kararı sonrası sürecin doğrudan tüketici mahkemesinden devam ettirilmesi yönünde bir tercih yapılması, özellikle usul ekonomisi

[95] **Yılmaz,** s. 233-234; **Koçyiğit/Bulur**, s. 126; **Pehlivanlı,** s. 172 (*Yazar, TKHK m. 73/A öncesi döneme ilişkin değerlendirmelerinde, yalnızca taraflarından birini tüketicinin oluşturduğu ticari dava niteliğindeki tüketici uyuşmazlıklarında değil tüm tüketici uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk sürecini öngören bir yasal düzenleme yapılması önerisinde bulunmuştur*).

[96] Ayrıca bkz. **Narbay/Akkuş,** s. 326-328.

bakımından büyük fayda sağlar. Nitekim arabuluculuk uygulaması bakımından da, sürecin bu şekilde şekillendiği ve mahkemelerin, böyle bir ihtimalde, bir defa arabuluculuk süreci yürütülmüş ve şu ya da bu sebeple olumlu bir netice alınamamışsa, görevsizlik kararı üzerine yargılamanın diğer mahkemede sürdürüldüğü hallerde ayrıca bir kez daha dava şartı arabuluculuk sürecinin tüketilmesine gerek olmadığı yönünde bir tercih gözlemlenmektedir[97].

Ancak özellikle T.C. Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığı nezdinde, arabuluculuk sürecine yönelik son gelişme ve eğilimlerin, *sürecin alanı ile ilgili uzmanlık eğitimi almış uzman arabulucular üzerinden yürütülmesi* şeklinde olduğu da göz önünde bulundurulduğunda, özellikle ticari alanda arabuluculuk uzmanlık eğitimi almış ve fakat tüketici alanında almamış olan bir arabulucu eliyle ya da tam tersi olasılıkla sürecin yürütüldüğü bir ihtimalde, yine de arabuluculuk sürecinin tamamlandığı sonucuna varılabilecek midir? sorusunun da cevaplandırılması gereken bir konulardan bir diğeri olduğu düşüncesindeyiz.

T.C. Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nın arabuluculuk sürecini yürüten arabulucuların (*iş, tüketici ya da ticari şeklindeki genel veya inşaat, spor, banka, sigorta, sağlık gibi özel alanlar üzerinden*) uzmanlık eğitimlerini almaları yönünde bir teşvikte bulunduğu hatta

[97] Nitekim konuya dair tespit edebildiğimiz bir Ankara BAM 21. Hukuk Dairesi kararında, özellikle 7251 sayılı Kanun ile HMK'da (m. 353/1, a – 3) yapılan değişikliğe de vurgu yapılarak şu yönde bir sonuca varıldığı görülmektedir:

"….Yukarıda açıklanan kanun hükümlerinden (TKHK m. 3, m. 4/5, m. 73/1 ve m. 83/2) anlaşılacağı üzere tüketici işleminden kaynaklanan uyuşmazlığın veya sözleşmenin TTK'nın 4 ve 5.madde hükümleri kapsamında kalan kanunda özel olarak düzenlenen ve ticari dava sayılan bir sözleşmeden kaynaklanmasının herhangi bir önemi yoktur. Somut uyuşmazlıkta Tüketici Mahkemeleri görevlidir. Göreve ilişkin kurallar kamu düzeninden olduğundan (HMK m. 1) yargılamanın her aşamasında mahkemece resen gözetilir (Emsal mahiyette; Yargıtay 13.Hukuk Dairesi'nin 07/03/2018 tarih ve 2016/19443 esas 2018/2823 karar içtihadı).

*Somut olayda, **davacı bankaca dava şartı kapsamında arabuluculuğa başvurulduğu, anlaşma sağlanamadığına ilişkin son tutanağın düzenlendiğinden bahisle alacak istemine yönelik olarak işbu dava açılmıştır**. Davalı vekilince sunulan cevap dilekçesi ve ekinde sunulan B.. Konakları Devremülk Satış Vaadi Sözleşmesi'ne göre, davalı Ş. Ö.'in davaya konu kambiyo senetlerini A.. Termal Mega Kentten almış olduğu 06/09/2013 tarihli 091115 numaralı devremülk satışından kaynaklı olarak dava dışı şirkete düzenleyerek verildiğini iddia ettiği, hal böyle olunca, mahkemece, davalı tarafın iddiası gereğince dava dışı şirket ile davalı arasındaki ilişkinin tüketici işlemi, davalının ise ticari ve meslek amaçlı hareket etmediğinden tüketici konumda olduğu, **dava tarihi itibariyle bu tür davalarda tüketici mahkemesinin görevli olduğu gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi gerekirken işin esasına girilerek yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir**.*

*Bu nedenle açılan davada tüketici mahkemesi görevli olduğundan Ankara 7. Asliye Ticaret Mahkemesince açılan davada tüketici mahkemesinin görevli olduğundan bahisle usulden reddine karar vermesi gerekirken davanın esasına girilerek yazılı şekilde karar vermesi yerinde görülmediğinden taraf vekillerinin istinaf talebinin kamu düzenine aykırılık hususu yönünden kabulü ile **HMK'nın 353(1)-a.3 maddesi uyarınca ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılmasına, HMK'nın 353(1)-a.3 maddesinin hükmü özel düzenleme içerdiğinden HMK'nın 360. maddesinin atfı ile HMK'nın 20. maddesinin hükmü uygulanmaksızın ve talebe bağlı olmaksızın dosyanın görevli Ankara Tüketici Mahkemesine gönderilmesine**, taraf vekillerinin diğer istinaf sebeplerinin bu aşamada değerlendirilmesine yer olmadığına inceleme sonucu karar verilerek aşağıdaki şekilde hüküm kurmak gerekmiştir."* [Ankara BAM 21. HD., T. 16.07.2019, E. 2019/1031, K.2019/940 sayılı kararı (Legalbank – E.T. 26.04.2021)].

Her ne kadar verilen kararda, ticari dava şartı arabuluculuk süreci yürütüldükten sonra, tüketici mahkemesi bakımından yeniden ve tekraren bir arabuluculuk süreci yürütülüp yürütülmeyeceği noktasında doğrudan bir değerlendirme yapılmamış olsa da, uyuşmazlığın tüketici mahkemesinde görülmesi gerektiğine vurgu yapıldığı ve ***ticari ya da tüketici dava şartı açısından bir ayrıma gidilmeden arabuluculuk sürecinin yürütülmüş olması ile şartın sağlandığı*** gibi bir izlenim verildiği görülmektedir.

10 Mayıs 2021 tarihi itibariyle de fiili olarak bazı alanlarda uzman arabulucular üzerinden görevlendirme yapılması yönünde bir uygulama geliştirdiği bir durumda, çalışmamızın konusu itibariyle, bu soruya doğrudan ve düşünmeden *"ayrıca bir arabuluculuk süreci yürütülmesine gerek yoktur"* şeklinde yanıt vermek kolay değildir. Ancak, arabuluculuk sürecinin özünde tarafların bir araya getirilerek bir müzakere süreci içerisine girebilmelerine ve uyuşmazlıklarını barışçıl yollarla çözebilmelerine imkân vermek yattığından, ticari ya da tüketici uzmanlık eğitimlerinden yalnızca birini almış ancak diğerini almamış bir arabulucu eliyle sürecin yürütüldüğü ve anlaşamama ile sonuçlandırıldığı bir ihtimalde, açılan davada mahkemenin görevsizlik kararı üzerine, diğer mahkemede yargılama sürdürülürken, davacının ayrıca bir arabuluculuk süreci tüketmesine gerek olmadığı kanaatindeyiz.

Kanaatimizce uyuşmazlık her iki alanda da uzmanlık eğitimi almış olan bir arabulucunun önüne gitmiş ve süreç anlaşmama ile sonuçlandırılmışsa, zaten, mahkemece verilen görevsizlik kararı üzerine diğer mahkemede dava açarken ikinci bir arabuluculuk sürecinin tüketilmesine gerek olmamalıdır. Ancak süreci yürüten arabulucunun uzmanlık eğitimi alıp almadığı üzerinden yapılan bu şekilde bir ayrım neticesinde farklı sonuçlara ulaşmanın ve bunu da, arabuluculuk bürosunca yapılan görevlendirmeye göre süreci başlatan başvurucuya yüklemenin hakkaniyete uygun olmayacağı aşikârdır. Zira başvurucudan, davası ile ilgili görevlendirilen arabulucunun hangi uzmanlık eğitimlerini aldığını araştırmasını beklemek arabuluculuk sürecine dair yasal düzenlemelere ve menfaatler dengesine de uygun bir yaklaşım olmayacaktır.

Kanaatimizce, konunun yasal bir düzenleme ile netliğe kavuşturulması, uygulamada karşılaşılabilecek bu tarz farklılıkların ve tartışmaların önünü alabilmek adına son derece yerinde bir tercih olacaktır. Bu bağlamda, *"görevsizlik kararı öncesinde dava şartı arabuluculuk sürecinin başlatıldığı ve anlaşamama ile sonuçlandırılması üzerine konunun yargıya taşındığı ancak görevsizlik kararı verildiği durumlarda asıl görevli mahkemede süreç devam ettirilirken yeniden bir kez daha arabulucuya başvuru zorunluluğunun olmayacağı"* ya da tam tersi bir şekilde yasa koyucu tarafından, özellikle uzmanlık eğitimleri ile güdülen amaca yönelik bir tercih yapılacaksa da, *"arabulucuya başvurulmuş olsa dahi diğer mahkemede dava görülmeye başlanmadan yeniden arabuluculuk sürecinin işletilmesi gerektiği"* yönünde açık bir kanuni düzenleme ile sorun çözüme kavuşturulabilir. Kanaatimizce olması gereken birinci çözüm tarzı olmakla birlikte, ola ki ikinci yol tercih edilecekse varılan sonucun, davacının hakkını arama özgürlüğünü kısıtlama anlamına gelmemesi[98] ve makul sürede hakkına kavuşma beklentisine engel olacak tarzda olmaması elzemdir.

[98]Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının hak arama özgürlüğü ile olan ilişkisi ve anlamı hakkında ayrıca bkz. **Tanrıver, S.** (2006). Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, TBB Dergisi, S. 64, s. 153-155.

SONUÇ

Tüketici işlemleri dolayısıyla tüketici tarafından düzenlenecek olan kambiyo senetlerinin nama yazılı olması ve eğer tüketici işleminden kaynaklanan bedel taksitle ödenecek ise, her bir taksit için ayrı ayrı kambiyo senedi düzenlenmesi gerekliliğine dair TKHK m. 4/5'deki hükme aykırı olarak düzenlenen kambiyo senetleri tüketici açısından geçersizdir. Bununla birlikte senet dolayısıyla borç altına giren diğer kişiler ve hamil bakımından senet geçerliliğini korumaya devam edecektir. Yalnızca tüketici tarafından ileri sürülebilecek olan bu geçersizlik, senet metninden anlaşılamamakla birlikte, sebep şahsında gerçekleşen tüketici tarafından kendisine müracaat eden herkese karşı ileri sürülebilecek tarzda mutlak bir defi olarak değerlendirilmelidir. Fakat TKHK m. 4/5 hükmünün lafzı ve amacı, uygulamada tüketicinin gereğinden fazla korunması ve süreci kötüye kullanmasına da sebebiyet verebileceğinden, kanaatimizce, hükme aykırı düzenlenen senedin tüketici açısından geçersiz olması yerine, tüketici işlemleri dolayısıyla kambiyo senedi düzenlendiğinin ispat edilebildiği hallerde, senedi geçerli kabul edip; senedin nama, emre ya da hamiline olduğuna bakılmaksızın, tüketici tarafından, *varsa* tüketici işleminden kaynaklanan şahsi defileri, kendisine başvuran herkese karşı ileri sürebileceği bir şekilde TKHK m. 4/5'in yeniden kaleme alınması, menfaatler dengesine uygun olacaktır.

Kambiyo senetleri sebepten soyut ve tedavül yeteneği yüksek olan senetler olduğundan, temeldeki hukuki işlemin senet metninden anlaşılamaması nedeniyle, TKHK m. 4/5 kapsamına giren uyuşmazlıklarda görevli mahkemenin belirlenmesinde birtakım uygulama farklılıkları ile karşılaşılmaktadır. Bazı yargı kararlarında, temeldeki hukuki ilişkiden tamamen bağımsız olarak TTK m. 4/1, a ve m. 5 hükümlerine istinaden, uyuşmazlıkların asliye ticaret mahkemesinde çözümlenmesi gerektiği savunulurken; bazı kararlarda ise, temeldeki hukuki işleme bakılarak tüketici işleminden kaynaklanan bu uyuşmazlığın TKHK m. 73/1 ve m. 83/2 gereğince tüketici mahkemesinde çözümlenmesi gerektiği benimsenmektedir.

Her ne kadar TKHK'da yapılan tüketici işlemi tanımı nedeniyle tüketici mahkemelerinin görev alanının öngörülemeyecek şekilde genişletildiği aşikâr olsa ve kambiyo senetlerinin sebepten soyut senetler olması özelliği ile varılan sonucun bağdaştırılmaması gerekçesi ile hüküm eleştiriye açıksa da, TKHK m. 73/1 ve m. 83/2 gereğince, TKHK m. 4/5 kapsamında tüketici işlemi dolayısıyla düzenlenen bir kambiyo senedi ile ilgili yaşanan uyuşmazlık, tüketici mahkemesinde çözümlenecektir. Ancak kambiyo senetleri üzerindeki bilgilere bakılarak temeldeki hukuki ilişkinin tüketici işlemi olduğunun tespiti, özellikle senedin el değiştirdiği ihtimallerde, hamilden beklenemeyeceğinden, uyuşmazlığın başlangıcında davanın hangi mahkemede açılması gerekeceği bir sorun teşkil etmektedir.

Kanaatimizce, bu tarz uyuşmazlıklarda, kambiyo senedinin üzerinde "tüketici senedi" olduğuna dair bir ibareye yer verilmişse, hamil tarafından düzenleyene yönelik olarak açılacak davalarda, sürecin tüketici mahkemesinden başlatılmasında, verilebilecek olası görevsizlik kararlarının azaltılabilmesi bakımından fayda bulunmaktadır. Ancak "tüketici senedi" ibaresi, senedin tüketici işlemi dolayısıyla verildiğini ispata yetmeyeceğinden, bu ibareye rağmen, tüketicinin, temeldeki işlemin tüketici işlemi olduğunu ispatlaması gerekir.

Senet üzerinde "tüketici senedi" olduğuna dair hiçbir ibarenin yer almadığı bir kambiyo senedinin hamili olan kişiden, temeldeki hukuki işlemin kaynağını araştırmasını beklemek, soyutluk ilkesi ile bağdaşmayacağından, düzenleyene karşı da sürecin asliye ticaret mahkemesinde başlatılması, yargılama esnasında senedin tüketici işlemi dolayısıyla verildiği ispat edilirse de, senedin türüne göre bir sonuca varılması gerekir. Eğer, bu senet nama yazılı olarak düzenlenmişse, asliye ticaret

mahkemesinin görevsizlik kararı vermesi ve sürecin tüketici mahkemesi nezdine taşınması gerekir. Tüketici işlemi dolayısıyla verildiği ispatlanan senet emre ya da hamiline yazılı olarak düzenlenmiş ise, TKHK m. 4/5 gereğince, tüketici açısından bu senet zaten geçersiz olacağından, yargılamanın ayrıca tüketici mahkemesi önüne taşınmasına da gerek kalmaz. Hamil, varsa müracaat borçlularına yönelik olarak asliye ticaret mahkemesinde ayrıca dava açabilir ya da tüketici ile birlikte müracaat borçlularına karşı açmış olduğu davayı bu aşamadan sonra, yalnızca onlara yönelik olarak sürdürmeye devam edebilir.

İcra mahkemesi dar yetkili mahkeme olduğundan, kambiyo senetlerine özgü takip yolları kapsamında başlatılan takipte, temeldeki hukuki işlemin tüketici işlemi olup olmadığının yargılamayı gerektirmesi halinde, bu konuda bir karar veremez. Bununla birlikte, satıcı/sağlayıcı ile yapılan tüketici sözleşmesinde, TKHK m. 4/5'e göre düzenlenen/düzenlendiği iddia edilen kambiyo senedine dair detaylara yer verilerek, senet ile sözleşmenin eşleştirilmesinin rahatlıkla yapılabildiği hallerde, icra mahkemesinin, tüketicinin yapmış olduğu borca itirazı kabul etmesi mümkündür.

Tüketici tarafından açılan menfi tespit ya da istirdat davalarında, tüketici ya bu kambiyo senedinin TKHK m. 4/5'e aykırı düzenlenmesi nedeniyle geçersiz olduğunu ve kendisinin de borçlu olmadığını ileri sürmekte ya da tüketici işlemi dolayısıyla düzenlenen bu kambiyo senedini ödememesini gerektirecek sebepleri olduğunu ifade etmektedir. Bu nedenle, açılacak menfi tespit ya da icra baskısı altında kambiyo senedi ödenmişse istirdat davalarında görevli mahkeme olarak sürecin tüketici mahkemesi nezdinde başlatılmasında fayda bulunmaktadır. Yapılan yargılamada, senedin tüketici işlemi dolayısıyla verildiği ispatlanamaz ise, tüketici mahkemesi görevsizlik kararı vermeli ve yargılama asliye ticaret mahkemesine taşınmalıdır.

Kambiyo senetlerine özgü başlatılan icra takibinde, tüketicinin TKHK m. 4/5 çerçevesinde düzenlendiğini ileri sürdüğü kambiyo senedi dolayısıyla, icra mahkemesinde yapmış olduğu itiraz, yukarıda belirttiğimiz şartlar doğrultusunda kabul edilmişse, senet alacaklısı, itirazın iptali yönünde bir dava açabilecektir. Borçlunun elindeki tüketici sözleşmesi ile kambiyo senedi arasındaki somut bağlantıyı kurabilmesi üzerine itirazının kabul edildiği olgusu göz önünde bulundurulduğunda, senet alacaklısının, olası görevsizlik kararının önüne geçmek adına süreci tüketici mahkemesinde başlatmasında fayda bulunmaktadır.

Görüldüğü üzere çeşitli ihtimallerden yola çıkarak, kambiyo senetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli mahkemenin belirlenmesi konusunda türetilen alternatifler nedeniyle görev konusunda meydana gelen karışıklığın önüne geçilebilmesi için, *de lege ferenda* kambiyo senetlerinin soyutluğuna ve ruhuna uygun bir şekilde, temeldeki hukuki işlemden tamamen bağımsız olarak tüketici işlemi de dâhil olmak üzere tüm uyuşmazlıklarda görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olduğu yönünde açık bir kanuni düzenlenmeye yer verilmesinin faydalı olacağı düşüncesindeyiz.

TTK m. 5/A ve TKHK m. 73/A kapsamında, kural olarak, kambiyo senedi kaynaklı her iki mahkeme nezdinde açılabilecek olası davalarda, dava şartı arabuluculuk süreci tüketilmelidir. Bununla birlikte, tüketici işleminden kaynaklandığı için tüketici mahkemesinde açılması gerekirken, asliye ticaret mahkemesinde davanın açılması düşünülerek, ticari dava şartı arabuluculuk süreci yürütülüp tamamlanmış ve sonrasında dava açılmışsa ya da tam tersi bir durum söz konusu olmuş ise, görevsizlik kararının ardından dosyanın taşındığı diğer mahkemede yargılama öncesi artık bir kez daha arabuluculuk sürecinin tüketilmesine gerek olmadığı kanaatindeyiz. Fakat T.C. Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığının arabulucular

bakımından özel uzmanlık alanları oluşturmaya yönelik çalışmaları da göz önüne alındığında, tartışmaya mahal bırakmayacak şekilde konunun yasal bir zemine kavuşturulmasında fayda bulunmaktadır.

KAYNAKÇA

Aktürk, İ. Y. (2016). Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı, GÜHDF, C. XX, S. 2, s. 103-128.

Altaş, S. (2010). Tüketici İşlemine Konu Senetlerin Ciro İle Devri Mümkün Müdür?, Terazi Hukuk Dergisi, Eylül 2010, S. 49, s. 63-71.

Arkan, S. (2018). Ticari İşletme Hukuku, Son Değişikliklere Göre Hazırlanmış ve Genişletilmiş 24. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.

Aslan, İ. Y. (2014). 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, 4. Bası, Bursa, Ekin Yayınları,

Aslan, İ. Y. (2019). Tüketici Hukuku Dersleri, Güncellenmiş 7. Bası, Bursa, Ekin Yayınları (Kısaltma: **Aslan,** 2019).

Aydoğdu, M. (2014). Tüketici Klavuzu-Hukuk Rehberi, İstanbul, Oniki Levha Yayınları (Kısaltma: **Aydoğdu,** Klavuz).

Aydoğdu, M. (2015). Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara, Adalet Yayınevi.

Ayhan, R, Çağlar, H. ve Özdamar, M. (2020). Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 13. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları.

Ayhan, R. (2015). Son Değişikliklerle Ticari Dava ve Ticaret Mahkemelerinin Görev Sahası Hakkında Getirilen Yenilikler", BÜHFD, C. 1, Y. 2015, S. 1, s. 13-64.

Bahtiyar, M. (2017). Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş 18. Bası, İstanbul, Beta Yayınları.

Bahtiyar, M. ve Biçer, L. (2016). Adi İş / Ticari İş / Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi, MÜHF –HAD, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, C. 22, S. 3, s. 395-436.

Bahtiyar, M. ve Hamamcıoğlu, E (2015). Tüketicinin Kıymetli Evrak İle Borçlanması ve Sonuçları, Kadir Has Üniversitesi HFD, C. 3, S. 1, s. 67-92.

Battal, A. (1998). Kıymetli Evrakla Borç Altına Giren Tüketicinin Korunması, BATİDER, C. XIX, S. 3, s. 95-112 (Kısaltma: **Battal,** Tüketici).

Battal, A. (1998). Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Yönünden Tacirlerin Tüketici Sıfatı, Ali Bozer'e Armağan, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 313-322.

Bozer, A. ve Göle, C. (2017). Kıymetli Evrak Hukuku, Son Değişikliklerle Güncellenmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.

Bozkurt, T. (2019). Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, Legem Yayıncılık.

Börü, L. ve Koçyiğit, İ. (2013). Ticari Dava, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları.

Cengil, M. F. (2014). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 05.03.2014 Tarih, 2013/12-2113 Esas ve 2014/210 Kararı Işığında Tüketicinin Yapmış Olduğu İşlemler Nedeniyle Nama Yazılı Senet Düzenlenmesi Zorunluluğu, Çukurova Üniversitesi HFD, Aralık, C. 1, S. 2, s. 49-75.

Coşkun, M. (2021). Hukuki ve Cezai Yönleriyle Kıymetli Evrak Hukuku, Güncellenmiş 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.

Çamoğlu, E. (2020). Kıymetli Evrak Hukukunun Temel İlkeleri, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Çıtır, E. (2016). Ticari İş–Tüketici İşlemi İlişkisi, GÜHFD, C. XX, S. 3, s. 37-52.

Çizmecioğlu, L. (Ed. Şahin Mccarthy, O ve Dinç, M.) (2017). Tüketici Hukuku Davaları, Teori ve Uygulama, Ankara, Seçkin Yayınları.

Demir, M. (2003), 4822 Sayılı Kanun İle Tüketici Sözleşmeleri Alanında Getirilen Yenilikler, BATİDER, C. XXII, S. 1, s. 203-236.
Doğan, Ö. (2018). Tüketici Senetleri, ABD, 2018/2, s. 113-141.
Döner, K. (2017). Tüketici Mahkemelerinin Görevli Olduğu Uyuşmazlıklar, DÜHFD, C. 22, S. 36, s. 137-173.
Durman, O. (2013). Tüketici veya Kefili Aleyhine Açılan Davalar ve İcra Takipleri, MİHDER, C. 9, S. 4, s. 73-90.
Germeyan, R. H. (2014). 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Tüketici Hakem Heyetleri ve Tüketici Mahkemelerine İlişkin Hükümleri, (Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku), İBD, Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayı, C.88, s. 129-141.
Gümüş, M. A. (2014). 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C. I, m. 1-46, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
Helvacı, M. (2013). Kambiyo Senetlerine Özgü Takip Yolları, İÜHFM, C. LXXI, S. 2, s. 165-192.
İnal, T. (2014). 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Hazırlanmış Tüketici Hukuku. Ankara, Seçkin Yayınları, 3. Bası.
İnceoğlu, M. M. (1998). Taksitle Satımlarda Tüketicinin Korunması, İstanbul, Beta Yayınları.
Kalkan, A. (2018). Tüketici Hukukunda Ayıplı Maldan Doğan Sorumluluk, Ankara, Adalet Yayınevi.
Kara, İ. (2015). Yeni Kanuna Göre Tüketici Hukuku, Ankara, Engin Yayınevi.
Karslı, A. (2020). Medeni Muhakeme Hukuku, 5. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi.
Kaya, A. vd. (2019). Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş ve Kısmen Yeniden Yazılmış 6. Bası, İstanbul, Vedat Yayınevi.
Kendigelen, A. (2019). Çek Hukuku, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 5. Bası.
Kendigelen, A. ve Kırca, İ. (2019), Kıymetli Evrak Hukuku Genel Esaslar Kambiyo Senetleri. İstanbul, Oniki Levha Yayınları.
Koçyiğit, İ. ve Bulur, A. (2019). Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını.
Kuru, B. (2003). İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, Ankara, Yetkin Yayınları.
Muşul, T. (2016). İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi.
Narbay, Ş. ve Akkuş, M. (2019), Ticari İş Niteliğinin Belirlenmesi ve Ticari İş – Tüketici İşlemi Ayrımı, Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, s.823-881 (Kısaltma: **Narbay/Akkuş,** 2019).
Narbay, Ş ve Akkuş, M. (2020). Ticari İş ve Tüketici İşlemi Kavramları Ekseninde Görevli Mahkeme ve Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Düşünceler, TAAD, Yıl: 11, S. 44, s. 301-333.
Ozanoğlu, H. (1999). Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları (Kısaltma: **Ozanoğlu**, 1999).
Ozanoğlu, H. S. (2001). Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Maddi Anlamda Uygulanma Alanı), AÜHFD, C. 50, S. 1, s. 55- 90.

Özmumcu, S. (2014). 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Hükümleri ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Uyuşmazlıklara Genel Bir Bakış, DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı, s. 831-871.
Öztan, F. (1997). Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi.
Pehlivanlı, A. İ. (2019). Tüketici Hakem Heyeti ve Tüketici Mahkemesi, ÇÜHFD, C. 4, S. 1, s. 145-190.
Poroy, R. ve Tekinalp, Ü. (2018), Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, Gözden Geçirilmiş ve Yeniden Yazılmış 22. Bası, İstanbul, Vedat Yayınları.
Pulaşlı, H. (2020), Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, Tamamen Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 8. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
Sirmen, L. (2013). Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri, Yaşar Üniversitesi Dergisi, Özel Sayı, 2013, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Cilt III, s. 2465-2475.
Şener, O. H. (2020). Ticari İşletme Hukuku Ders Kitabı, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları.
Tanrıver, S. (2006). Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, TBB Dergisi, S. 64, s. 151-177.
Taşkın, M. (1997). Tüzel Kişilerin ve Şirketlerin Tüketicilik Vasfı, ABD, S. 1, s. 30-37.
Tutumlu, M. A. (2015). Tüketici Yargılaması Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınları.
Tutumlu, M. A. (2010). Borç İlişkisinin Dayandığı Senedin Niteliğine Göre Görevli Mahkemenin (Tüketici Mahkemesi) Belirlenmesi, Terazi Hukuk Dergisi, Ağustos 2010, S. 48, s. 147-152 (Kısaltma: **Tutumlu,** Tüketici Mahkemesi).
Türk, A. (2006). Maddi Hukuk ve İcra –İflas Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası (*Yargıtay Kararları Işığında, Özellikle Kambiyo Senedi Borçlusu Tarafından Açılan Menfi Tespit Davası, Kambiyo Senedi Borçlusunun Defileri, Kambiyo Senedinin Bedelsizliği ve Hükümsüzlüğü*), Ankara, Yetkin Yayınları.
Uyar, T. vd. (2015). Olumsuz (Menfi) Tespit ve Geri Alma (İstirdat) Davaları, 4. Bası, Ankara, Bilge Yayınevi.
Uzunallı Eroğlu, S. (2004). Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Kıymetli Evrak Hukukuna Etkileri. DEÜHFD, C. 6, S. 1, s. 113-176.
Ülgen, H. vd. (2021). Kıymetli Evrak Hukuku, 13. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
Ünlütepe, M. (2014). 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Taksitle Satış Sözleşmesi, ABD, 2014/2, s. 293-358.
Yeşiltepe, S. Ö. (2014). 6502 Sayılı TKHK m. 4/5 Çerçevesinde Kıymetli Evrakın Tüketici Yönünden Geçersizliği Meselesi, MÜHF –HAD, C. 20, S. 2, s. 23-44.
Yıldırım, A. (2013). Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağının Bazı Maddelerine İlişkin Değerlendirmeler, GÜHFD, C. XVII, S. 1-2, s. 1015-1046.
Yıldırım, A. ve Develi, B. (2020). Tüketici İşlemlerinde Kıymetli Evrak Düzenlenmesi, AHBÜHFD, C. XXIV, S. 2, s. 31-62.
Yılmaz, A. (2017). Kambiyo Senetlerinde Defiler, Güncelleştirilmiş 2. Bası, İstanbul, Aristo Yayınları (Kısaltma: **Yılmaz,** Defiler).
Yılmaz, A. (2018), Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Işığında Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, Anadolu Üniversitesi HFD, C. 4, S. 1, s. 219-238.

Zevkliler, A. ve Aydoğdu, M. (2004). Tüketicinin Korunması Hukuku, Tümüyle Yenilenmiş 3. Bası, Ankara, Seçkin Yayınevi.

1924 ANAYASASI DÖNEMİNDE ULUSLARARASI ANDLAŞMALARIN YAPILIŞI İLE İLGİLİ UYGULAMANIN ANAYASA'YA UYGUNLUĞU

Dr. Öğretim Üyesi Tuğçe İsayev

Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ORCID NO: 0000-0001-8137-3981

Öz

1924 Anayasası'nın uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili düzenlemesi 26. maddesinde yer almıştır. 1924 Anayasası'nın 26. maddesinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin yetkileri sayılmıştır ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin devletlerle mukavele, muahede ve sulh akdi gibi vezaifi bizzat kendi ifa edeceği ifade edilmiştir. Başka bir ifade ile, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin yetkileri arasında uluslararası andlaşma yapmak olduğu belirtilmiştir ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin uluslararası andlaşma yapma yetkisine bir sınırlama getirilmemiştir. Bu durum, 1924 Anayasası'nın uluslararası andlaşmaların yapılışı aşamalarının tamamı bakımından Türkiye Büyük Millet Meclisi'ni yetkilendirdiğini ortaya koymuştur. Ancak, 1924 Anayasası döneminde uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili uygulamada farklı bir yol izlenmiştir. Bu çalışmanın amacı, 1924 Anayasası döneminde uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili uygulamanın Anayasa'ya uygunluğunu ayrıntılı şekilde incelemektir. 1924 Anayasası döneminde uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili uygulamada uluslararası andlaşmaların yapılışı aşamalarının ilkini teşkil eden uluslararası andlaşmaların metinlerinin oluşturulup resmileştirilmesi işlemleri yürütme organı tarafından gerçekleştirilmiştir. Uluslararası andlaşmaların yapılışı aşamalarının ikincisini ve üçüncüsünü teşkil eden uluslararası andlaşmaların bağlayıcılık kazanması ve yürürlüğe girmesi konusunda ise Türkiye Büyük Millet Meclisi çeşitli uluslararası andlaşmalar bakımından yürütme organını yetkilendirmiştir. Bu çalışma ile varılan sonuca göre, 1924 Anayasası döneminde uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili uygulama Anayasa'ya aykırılık teşkil etmiştir. Çünkü, 1924 Anayasası 26. maddesi ile uluslararası andlaşmaların yapılışı aşamalarının tamamı bakımından Türkiye Büyük Millet Meclisi'ni yetkilendirmesine rağmen, 1924 Anayasası döneminde uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili uygulamada uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili çeşitli işlemler yürütme organı tarafından gerçekleştirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: 1924 Anayasası, Uluslararası Andlaşmalar, Uluslararası Andlaşmaların Yapılışı Aşamaları.

Giriş

1924 Anayasası uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili düzenlemesine 26. maddesinde yer vermiştir. 1924 Anayasası'nın 26. maddesinde esasen Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin yetkileri sayılmıştır. Bu düzenlemede Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin devletlerle mukavele, muahede ve sulh akdi gibi vezaifi bizzat kendi ifa edeceği ifade edilmiştir. Bu çerçevede, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin yetkileri arasında uluslararası andlaşma yapmak olduğu ortaya konmuştur ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin uluslararası andlaşma yapma yetkisine bir sınırlama getirilmemiştir.

1924 Anayasası'nın 26. maddesi ile Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin uluslararası andlaşma yapma yetkisine bir sınırlama getirilmemesi, uluslararası andlaşmaların yapılışı aşamalarının tamamı bakımından Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin yetkilendirildiğini ortaya koymuştur. Bununla birlikte, 1924 Anayasası döneminde uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili uygulamada farklı bir yol izlenmiştir.

Bu çalışmanın amacı, 1924 Anayasası döneminde uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili uygulamanın Anayasa'ya uygunluğunu mümkün olduğunca ayrıntılı şekilde incelemektir. Bu noktada, uluslararası andlaşmaların yapılışı aşamalarının uluslararası andlaşmaların metinlerinin oluşturulup resmileştirilmesi, uluslararası andlaşmaların bağlayıcılık kazanması ve uluslararası andlaşmaların yürürlüğe girmesi şeklinde üçe ayrılarak incelenebileceği ifade edilmelidir. 1924 Anayasası döneminde uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili uygulamada uluslararası andlaşmaların metinlerinin oluşturulup resmileştirilmesi işlemleri yürütme organı tarafından gerçekleştirilmiştir. Uluslararası andlaşmaların bağlayıcılık kazanması ve yürürlüğe girmesi konusunda ise Türkiye Büyük Millet Meclisi çeşitli uluslararası andlaşmalar bakımından doğrudan veya dolaylı olarak yürütme organını olarak yetkilendirmiştir.

Bu çalışma ile varılan sonuca göre, 1924 Anayasası döneminde uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili uygulama Anayasa'ya aykırılık teşkil etmiştir. 1924 Anayasası döneminde uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili uygulamanın Anayasa'ya aykırılık teşkil etmesinin sebebi, 1924 Anayasası'nın 26. maddesi ile uluslararası andlaşmaların yapılışı aşamalarının tamamı bakımından Türkiye Büyük Millet Meclisi'ni yetkilendirmesine rağmen, 1924 Anayasası döneminde uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili uygulamada uluslararası andlaşmaların yapılışı aşamalarında çeşitli işlemlerin yürütme organı tarafından gerçekleştirilmesidir.

Bu çalışmada 1924 Anayasası ve 1924 Anayasası'na göre uluslararası andlaşmaların yapılışı başlıklı birinci bölümde, genel olarak 1924 Anayasası'nın özellikleri ile uluslararası andlaşmaların yapılışı ve 1924 Anayasası'nın uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili düzenlemesi incelenmiştir. 1924 Anayasası döneminde uluslararası andlaşmaların yapılışı konusunda benimsenen uygulama ve bu uygulamanın Anayasa'ya uygunluk açısından değerlendirilmesi başlıklı ikinci bölümde ise, 1924 Anayasası döneminde uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili uygulama ve 1924 Anayasası döneminde uluslararası

andlaşmaların yapılışı konusunda benimsenen uygulamanın Anayasa'ya uygunluğu ile değerlendirmeler yapılmıştır.

I.1924 Anayasası ve 1924 Anayasası'na Göre Uluslararası Andlaşmaların Yapılışı

A.Genel Olarak 1924 Anayasası'nın Özellikleri

1924 Anayasası Osmanlı ve Türk anayasal gelişmeleri çerçevesinde ortaya çıkmış bir anayasadır.[1] 1924 Anayasası'nın adı resmi olarak Teşkilâtı Esasiye Kanunu'dur. 1924 Anayasası ikinci dönem TBMM tarafından yapılmıştır. 1924 Anayasası'nın yapılmasında kısa bir geçiş dönemi anayasası olan 1921 Anayasası'nın yeni bir devletin ihtiyaçlarını karşılama konusunda yetersiz olması ile 1876 Anayasası'nın halen yürürlükte olması ve iki anayasalılık durumunun sürüyor olması önemli rol oynamıştır.[2]

1924 Anayasası katı bir anayasadır. 1924 Anayasası katı bir anayasa olduğunu 102. maddesinde anayasa değişikliği konusunda yer alan düzenleme ile ortaya koymuştur. 1924 Anayasası'nın 102. maddesinde yer alan düzenleme ile anayasa değişiklik tekliflerinin TBMM üye tamsayısının en az üçte biri tarafından verilmesi ve TBMM üye tam sayısının en az üçte ikisi tarafından kabul edilmesi şartı getirilmiştir. Ayrıca, devletin şeklinin cumhuriyet olduğuna ilişkin 1924 Anayasası'nın 1. maddesinde yer alan düzenlemenin değiştirilmesinin teklif dahi edilemeyeceği ifade edilmiştir.[3]

[1] Osmanlı ve Türk anayasal gelişmeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Fendoğlu, H.T. (2021). Türk anayasa hukuku tarihi. Ankara: Yetkin Yayınları. Osmanlı ve Türk anayasal gelişmeleri çerçevesinde ortaya çıkmış bir anayasa olan 1924 Anayasası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özbudun, E. (2012). 1924 anayasası. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.

[2] Gözler, K. (2018). Türk anayasa hukuku dersleri. Bursa: Ekin Yayınları, s. 27. Özbudun, E. (2018). Türk anayasa hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 29. Tanör, B. (2017). Osmanlı-Türk anayasal gelişmeleri. İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, s. 290. Teziç, E. (2018). Anayasa hukuku. İstanbul: Beta Yayınları, s. 185. Eren, A. (2020). Anayasa hukuku dersleri. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 203. 1924 Anayasası yazılı bir anayasadır. Yazılı anayasa, bir anayasada bulunması gereken kuralların bu konuda yetkili organlar tarafından bir ya da birden fazla belgede toplandığı anayasa anlamına gelmektedir. Yazılı anayasalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Teziç, s. 176-177. Eren, s. 38-40. Gözler, K. (2018). Anayasa hukukunun genel esasları ders kitabı. Bursa: Ekin Yayınları, s. 52. 1924 Anayasası'nın metni için bkz. Kili, S. ve Gözübüyük, Ş. (1985). Türk anayasa metinleri. Ankara: Türkiye İş Bankası Yayınları, s. 109-135. Tanilli, S. (1976). Anayasalar ve siyasal belgeler. İstanbul: Cem Yayınevi, s. 68-84. 1924 Anayasası'nın metni için ayrıca bkz. https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/onceki-anayasalar/1924-anayasasi/ adresinden erişildi. (ET: 06.05.2021).

[3] Gözler, Türk anayasa hukuku dersleri, s. 28. Özbudun, Türk anayasa hukuku, s. 30. Tanör, s. 312-313. Teziç, s. 193. Eroğul, C. (2012). Anatüzeye giriş ("Anayasa Hukuku"na Giriş). Ankara: İmaj Yayınevi, s. 250. 1924 Anayasası katı bir anayasadır. Katı anayasa, normal kanunlar için öngörülen usulden farklı ve zor bir usulle ve normal kanunları değiştiren organlardan başka organlarca değiştirilebilen anayasa anlamına gelmektedir. Başka bir ifade ile, katı anayasa değiştirilmesi güç anayasa anlamına gelmektedir. Anayasaları katılaştırmanın çeşitli yolları bulunmaktadır. Anayasaları katılaştırmanın yolları arasında; anayasa değişikliği için özel meclis usulünün kabul edilmesi, anayasa değişikliği için üye tam sayısının salt çoğunluğu ya da nitelikli çoğunluğun aranması, anayasa değişikliklerinin halkoylamasına sunulması şartının getirilmesi, anayasa değişikliklerinin belirli süreler ya da belirli dönemler için yasaklanması, anayasaya değiştirilemeyecek maddeler eklenmesi, anayasa değişiklikleri konusunda devlet başkanlarına mutlak veya güçleştirici veto yetkisi verilmesi ve benzeri yollar yer almaktadır. Katı anayasalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Teziç, s. 192. Eren, s. 43-45. Gözler, Anayasa hukukunun genel esasları, s. 59-63.

1924 Anayasası altı bölümden ve 105 maddeden oluşmuştur. 1924 Anayasası yasama, yürütme ve yargı organlarını ayrı bölümlerde düzenlemiştir. Bu çerçevede, 1924 Anayasası'nda yasama organı ikinci bölümde, yürütme organı üçüncü bölümde, yargı organı ise dördüncü bölümde düzenlemiştir.[4]

1924 Anayasası'na göre yasama organı TBMM'dir ve TBMM tek meclisli bir yasama organıdır. 1924 Anayasası'nın 9. maddesine göre TBMM millet tarafından seçilen vekillerden oluşmuştur. 1924 Anayasası'nın 13. maddesine göre seçimler dört yılda bir yapılmıştır ve 1924 Anayasası'nın 17. maddesine göre vekiller yasama sorumsuzluğu ve dokunulmazlığına sahip olmuştur.[5]1924 Anayasası'nın 26. maddesinde TBMM'nin yetkileri sayılmıştır ve TBMM'nin kanun yapmak, değiştirmek, kaldırmak, bütçe ve kesin hesap kanunlarını kabul etmek, Devletlerle mukavele, muahede ve sulh akdi, harb ilânı gibi vezaifi bizzat kendi ifa edeceği ifade edilmiştir.[6]

1924 Anayasası'na göre yürütme organı ikili bir yapıya sahip olmuştur ve Cumhurbaşkanı ile İcra Vekilleri Heyeti'nden oluşmuştur. 1924 Anayasası'nın 31. maddesine göre Cumhurbaşkanı, TBMM üyeleri arasından TBMM tarafından bir seçim dönemi için seçilmiştir ve tekrar seçilme imkanına sahip olmuştur. 1924 Anayasası'nın 39. maddesine göre Cumhurbaşkanı'nın bütün kararları bakımından karşı imza kuralı uygulanmıştır. Bu çerçevede, 1924 Anayasası'nın 41. maddesine göre Cumhurbaşkanı'nın siyasal sorumsuzluğu söz konusu olmuştur. Yürütme organının diğer kanadını teşkil eden İcra Vekilleri Heyeti bakımından ise 1924 Anayasası'nın 44. maddesine göre Başvekil Cumhurbaşkanı tarafından TBMM üyeleri arasından seçilmiştir, diğer vekiller de Başvekil tarafından TBMM üyeleri arasından seçilmiştir. Başvekil ve diğer vekiller Cumhurbaşkanı'nın tasdiki ile TBMM'ye sunulmuştur. 1924 Anayasası'nın 45. maddesine göre ise Başvekil ve vekiller bir araya gelerek İcra Vekilleri Heyeti'ni oluşturmuştur. 1924 Anayasası'nın 46. maddesi ile İcra Vekilleri Heyeti hükümetin genel siyasetinden müştereken sorumlu tutulmuştur. Vekiller kendi yetkileri çerçevesindeki faaliyetlerden dolayı da münferiden sorumlu tutulmuştur.[7]

[4] Gözler, Türk anayasa hukuku dersleri, s. 29. Tanör, s. 294. Eroğul, s. 243. Yılmaz, F. (2012). Türk anayasa tarihi. İstanbul: İz Yayıncılık, s.127. 1924 Anayasası çerçeve bir anayasa değildir. Bu bağlamda, 1924 Anayasası'nın kazuistik bir anayasa olduğu ileri sürülebilir. Kazuistik anayasa, çerçeve anayasanın karşıtıdır ve detaylı düzenlemeler içeren anayasa anlamına gelmektedir. Kazuistik anayasa devletin temel kuruluşunun yapısına dair genel ilkeleri koymakla yetinmeyen, devletin temel kuruluşu dışındaki konularda da detaylı ve uzun düzenlemeler getiren anayasa anlamına gelmektedir. Kazuistik anayasalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, s. 45-48.

[5] Gözler, Türk anayasa hukuku dersleri, s. 30. Tanör, s. 296-301. Eroğul, s. 244-245. Yılmaz, s. 128. 1924 Anayasası ve 1924 Anayasası'nın yasama organı ile ilgili düzenlemeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mumcu, A. (1986). 1924 anayasası. Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, C2(5), 383-400.

[6] Tanör, s. 299. Eroğul, s. 245.

[7] Gözler, Türk anayasa hukuku dersleri, s. 30-31. Tanör, s. 301-305. Eren, s. 207-208. Eroğul, s. 246-247. Yılmaz, s. 128-129. 1924 Anayasası ve 1924 Anayasası'na göre yürütme organı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Çiçek, M.A. (2005). 1924 anayasasının hazırlanışı ve temel özellikleri. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Atatürk İlkeleri ve İnkılap Tarihi Anabilim Dalı, Ankara.

1924 Anayasası'nın 8. maddesinde yargı yetkisinin millet adına usulü ve kanunu dairesinde bağımsız mahkemeler tarafından kullanılacağı ifade edilmiştir. 1924 Anayasası'nın 54. maddesinde hakimlerin bağımsızlığı, 55. maddesinde hakimlerin güvencesi, 56. maddesinde hakimlerin özlük hakları ve 58. maddesinde yargılamanın aleniliği ilkesi yer almıştır. 1924 Anayasası yargı organı ile ilgili başka birtakım olumlu düzenlemeler de getirmiştir. Bununla birlikte, 1924 Anayasası'nın yargı organı ile ilgili düzenlemelerinin birtakım eksiklikleri söz konusudur. Bu eksikliklerin önemlilerinden biri, 1924 Anayasası ile olağanüstü mahkeme kurulmasının yasaklanmamış olmasıdır. 1924 Anayasası'nın yargı organı ile ilgili düzenlemelerinin bir başka eksikliği ise, yargı organı konusunda getirilen düzenlemelerin ancak, kanun dairesinde geçerli olduğunun ifade edilmiş olmasıdır.[8]

1924 Anayasası ile benimsenen hükümet sistemi kuvvetler birliği ve görevler ayrılığı sistemidir. 1924 Anayasası ile benimsenen hükümet sistemi esasen meclis hükümeti sistemi ve parlamenter sistemin özelliklerini bünyesinde barındıran bir karma hükümet sistemidir.[9]

1924 Anayasası'nın meclis hükümeti sisteminin özelliklerini benimseyen düzenlemeleri genel olarak 4. 5. ve 7. maddelerinde yer almıştır. 1924 Anayasası'nın 4. maddesi ile TBMM'nin milletin yegâne ve hakikî mümessili olduğu ve millet adına hakimiyet hakkını kullandığı ifade edilmiştir. Başka bir ifade ile, Türk milletinin tek ve gerçek temsilcisinin TBMM olduğu ve millet adına egemenliğin TBMM tarafından kullanılabileceği belirtilmiştir. 1924 Anayasası'nın 5. maddesi ile ise yasama yetkisi ve yürütme kuvvetinin TBMM'de belirip toplandığı ortaya konmuştur. Böylece, meclis hükümeti sistemine uygun olarak yasama ve yürütme kuvvetleri yasama organı elinde toplanmış, yasama organının milletin tek ve gerçek temsilcisi olduğu vurgulanmıştır. 1924 Anayasası'nın 7. maddesinde de TBMM'nin yasama yetkisini doğrudan kullanmasına rağmen yürütme yetkisini kendi seçtiği Cumhurbaşkanı ve onun tayin edeceği İcra Vekilleri Heyeti eliyle kullanabileceği, hükümeti her zaman denetleyip düşürebileceği

[8] Gözler, Türk anayasa hukuku dersleri, s. 32. Tanör, s. 306-308. Eren, s. 208-209. Eroğul, s. 248. Yılmaz, s. 129. 1924 Anayasası'nın yargı organı ile ilgili düzenlemeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kaplan, O. (2018). 1924 Anayasası'nda Yargı Yetkisi ve Şura-yı Devletin Fonksiyonu. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C(22)1, 171-198.

[9] Gözler, Türk anayasa hukuku dersleri, s. 31. Özbudun, Türk anayasa hukuku, s. 29-30. Tanör, s. 304. Eren, s. 206. Hükümet sistemleri kuvvetler birliğine ve kuvvetler ayrılığına dayanan hükümet sistemleri olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Kuvvetler birliğine dayanan hükümet sistemleri de yasama ve yürütme kuvvetlerinin yasama ya da yürütme organının elinde toplanmasına göre ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Yasama ve yürütme kuvvetlerinin yasama organının elinde toplandığı hükümet sistemi meclis hükümeti sistemi, yasama ve yürütme kuvvetlerinin yürütme organının elinde toplandığı hükümet sistemleri ise mutlak monarşi ve diktatörlüktür. Kuvvetler ayrılığına dayanan hükümet sistemleri de yasama ve yürütme kuvvetlerinin ayrılığının sert ya da yumuşak olmasına göre ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Yasama ve yürütme kuvvetlerinin ayrılığının sert olduğu hükümet sistemi başkanlık sistemi, yasama ve yürütme kuvvetlerinin ayrılığının yumuşak olduğu hükümet sistemi ise parlamenter sistemdir. Hükümet sistemleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özbudun, Türk anayasa hukuku, s. 317. Teziç, s. 497-550. Eren, s. 803-826. Gözler, Anayasa hukukunun genel esasları, s. 217-257.

belirtilmiştir. Bununla birlikte, yine meclis hükümeti sistemine uygun olarak hükümetin TBMM'yi feshetme yetkisi kabul edilmemiştir.[10]

1924 Anayasası'nın parlamenter sistemin özelliklerini benimseyen düzenlemeleri genel olarak 6, 7, 44 ve 46. maddelerinde yer almıştır. 1924 Anayasası'nın 6. maddesinde TBMM'nin yasama yetkisini bizzat kullanacağı ifade edilmiştir. Buna karşılık, 1924 Anayasası'nın 7. maddesinde TBMM'nin yürütme yetkisini kendisinin seçeceği Cumhurbaşkanı ve onun tayin edeceği İcra Vekilleri Heyeti eliyle kullanabileceği belirtilmiştir. Böylece, meclis hükümeti sisteminden farklı ve parlamenter sisteme benzer olarak yürütme yetkisinin TBMM tarafından doğrudan kullanılmayacağı ortaya konmuştur. 1924 Anayasası'nın 44. maddesinde İcra Vekilleri Heyeti'nin kuruluşu düzenlenmiştir ve bu düzenleme ile parlamenter sistemin hükümetlerin kuruluşu için benimsediği model esas alınmıştır. Bu çerçevede, Başvekilin Cumhurbaşkanı tarafından TBMM üyeleri arasından seçilmesi, diğer vekillerin ise Başvekil tarafından seçilmesi ve bu şekilde oluşan İcra Vekilleri Heyeti'nin Cumhurbaşkanı tarafından tasdik edilmesi esası kabul edilmiştir. Ayrıca, 1924 Anayasası'nın 46. maddesi ile parlamenter sistemlerde geçerli olan İcra Vekilleri Heyeti'nin kolektif sorumluluğu esası benimsenmiştir.[11]

B.Uluslararası Andlaşmaların Yapılışı ve 1924 Anayasası'nın Uluslararası Andlaşmaların Yapılışı ile İlgili Düzenlemesi

'Uluslararası andlaşmaları'[12] uluslararası hukukun yetki verdiği uluslararası hukuk kişileri arasında, uluslararası hukuk kurallarına uygun olarak ve uluslararası hukuk

[10] Gözler, Türk anayasa hukuku dersleri, s. 31. Özbudun, Türk anayasa hukuku, s. 29. Tanör, s. 304-305. Eren, s. 206-207. Yılmaz, s. 127. Konvansiyonel sistem olarak da adlandırılan meclis hükümeti sistemi kuvvetler birliğine dayanan hükümet sistemlerinden biridir. Meclis hükümeti sisteminde yasama ve yürütme kuvvetleri yasama organının elinde toplanmaktadır. Meclis hükümeti sisteminin en belirgin özellikleri arasında; yürütme yetkisinin kalabalık meclislerce kullanılması mümkün olmadığından meclis üyeleri arasından seçilen ve icra vekilleri heyeti olarak adlandırılabilen bir heyet eliyle kullanılması, icra vekilleri heyetinin meclisten ayrı ve bağımsız bir varlığının bulunmaması aksine, icra vekilleri heyetinin meclisin talimatları doğrultusunda hareket etmek zorunda olması, icra vekilleri heyetinin üyelerinin meclis tarafından tek tek seçilmesi ve meclis gerekli gördüğünde görevden alınması, icra vekilleri heyeti üyeleri arasında kolektif bir sorumluluk bulunmaması, bir devlet başkanlığı makamının bulunmaması ve benzeri hususlar yer almaktadır. Meclis hükümeti sistemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özbudun, Türk anayasa hukuku, s. 27. Teziç, s. 499-503. Eren, s. 821-826. Gözler, Anayasa hukukunun genel esasları, s. 225-230.

[11] Gözler, Türk anayasa hukuku dersleri, s. 31. Özbudun, Türk anayasa hukuku, s. 29-30. Tanör, s. 305. Eren, s. 207. Parlamenter sistem kuvvetler ayrılığına dayanan hükümet sistemleri arasında yer almaktadır. Parlamenter sistemde yasama ve yürütme kuvvetleri arasındaki ayrılık yumuşaktır ve yasama ile yürütme organları arasında iş birliği söz konusudur. Parlamenter sistemin en belirgin özellikleri arasında; yürütme organının devlet başkanı ve bakanlar kurulundan oluşması ve iki başlı bir yapıda olması, yürütme organının yasama organından kaynaklanması ve yasama organının güvenine dayanması ve benzeri hususlar yer almaktadır. Parlamenter sistem hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özbudun, Türk anayasa hukuku, s. 317-318. Teziç, s. 503-528. Eren, s. 811-821. Gözler, Anayasa hukukunun genel esasları, s. 242-257.

[12] Uluslararası hukukun kaynakları, maddi ve biçimsel kaynaklar olarak ikiye ayrılmaktadır. Uluslararası hukukun maddi kaynakları, uluslararası hukuk kurallarının kökenlerini teşkil eden tarihsel, toplumsal, ahlaksal, dinsel, ideolojik ve benzeri her türlü veriyi kapsamaktadır. Uluslararası hukukun biçimsel kaynakları ise, uluslararası hukuk kurallarını saptayan, yaptırıma bağlayan kaynakları ifade etmektedir. Uluslararası hukukun biçimsel kaynaklarının neler olduğu

çerçevesinde sonuç doğurmaya yönelik olarak açıklanan iradelerin uyuşması şeklinde tanımlayabilmek mümkündür.[13]

Uluslararası andlaşmaların yapılışı aşamalarını; uluslararası andlaşmaların metinlerinin oluşturulup resmileştirilmesi, uluslararası andlaşmaların bağlayıcılık kazanması ve uluslararası andlaşmaların yürürlüğe girmesi şeklinde üçe ayırarak inceleyebilmek mümkündür.[14]

Uluslararası andlaşmaların metinlerinin oluşturulup resmileştirilmesi aşamasında yapılması gereken ilk işlem, devletleri temsilen uluslararası andlaşmalar konusunda işlem yapmaya yetkili kişilerin saptanmasıdır. Devletleri temsilen uluslararası andlaşmalar konusunda işlem yapmaya yetkili kişiler ile ilgili düzenleme 1969 VAHS m.7'de yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre devletleri temsilen uluslararası andlaşmalar konusunda

Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesinde ifade edilmektedir. Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesine göre uluslararası hukukun biçimsel kaynakları, asli ve yardımcı kaynaklar olarak ikiye ayrılmaktadır. Uluslararası hukukun asli biçimsel kaynakları: uluslararası andlaşmalar, uluslararası örf adet hukuku kuralları ve hukukun genel ilkeleridir. Uluslararası hukukun yardımcı biçimsel kaynakları ise yargı kararları ve doktrindir. Bu çerçevede, uluslararası andlaşmalar uluslararası hukukun asli biçimsel kaynaklarından birini teşkil etmektedir. Uluslararası hukukun kaynaklarına ilişkin açıklamalar için bkz. Akipek, Ö. İ. (1967). Devletler hukuku birinci kitap başlangıç. Ankara: Başnur Matbaası, s. 62. Bilsel, C. (1940). Devletler hukuku giriş. İstanbul: Kenan Basımevi, s. 36. Meray, Seha L. (1968). Devletler hukukuna giriş birinci cilt. Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, s. 92. Uluslararası hukuk ve Türk hukuku bakımından uluslararası andlaşma kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Pazarcı, H. (1990). Uluslararası hukuk ve Türk hukukuna göre uluslararası andlaşma kavramı. Milletlerarası Hukuk Bülteni, Yıl. 10, Sayı. 1-2, 151-163.

[13] Pazarcı, H. (2017). Uluslararası hukuk dersleri 1. kitap. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 123. Aksar, Y. (2019). Teoride ve uygulamada uluslararası hukuk I. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 108. Caşın, M. H. (2020). Uluslararası andlaşmalar hukuku. İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Yayınevi, s. 16. Meray, S. L. (1975). Devletler hukukuna giriş ikinci cilt. Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, s. 81. Çelik, E. F. (1987). Milletlerarası hukuk birinci kitap. İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 61. 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi ile uluslararası andlaşmalar hukukuna ilişkin uluslararası örf adet hukuku kuralları kodifiye edilmiştir aynı zamanda uluslararası andlaşmalar hukuku ile ilgili yeni kurallar getirilmiştir. Bu çalışmada uluslararası andlaşmaların yapılışı 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nden hareketle incelenecektir. 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi için bkz. Vienna Convention on the Law of Treaties, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf, adresinden erişildi. (ET:04.02.2021). 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin Türkçe çevirisi için bkz. Gündüz, A. Günel, R. V. (Ed.) Milletlerarası hukuk: konu anlatımı, temel belgeler, örnek kararlar. (2018). Ankara: Savaş Yayınevi, s. 57-75. Kuran, Selami vd. (2014). Uluslararası hukuk temel metinler. İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 83-115.

[14] Pazarcı, s. 134. Uluslararası andlaşmaların yapılışı aşamaları ile ilgili olarak doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bu görüşlerden birine göre uluslararası andlaşmaların yapılışı aşamaları; görüşme, düzenleme ve yazma, onaylama, tescil ve ilan olmak üzere beşe ayrılmaktadır. Bir başka görüşe göre ise uluslararası andlaşmaların yapılışı aşamaları; uluslararası andlaşmaların görüşülmesi ve yazılması, devletlerin uluslararası andlaşma ile bağlanma istemlerinin oluşumu ve birleşmesi şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Uluslararası andlaşmaların yapılışı aşamaları ile ilgili farklı görüşler için bkz. Çetinkaya, A. (2018). Uluslararası andlaşmaların yapılışı ve geçersizliği. Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Ankara. s. 53-54.

işlem yapmaya yetkili kişiler iki gruba ayrılmaktadır, görevleri sebebiyle yetki belgesine ihtiyaç duymayan kişiler ve yetki belgesine ihtiyaç duyan kişiler. Görevleri sebebiyle yetki belgesine ihtiyaç duymayan kişiler; devlet başkanları, hükümet başkanları ve dışişleri bakanları ile bir devletin başka bir devlet nezdinde görevlendirdiği diplomatik misyon başkanları ve bir devletin başka bir uluslararası örgüt, organ ya da uluslararası konferans nezdinde görevlendirdiği temsilcileridir. Sayılan kişiler dışındaki herkes yetki belgesine ihtiyaç duymaktadır.[15]

Devletleri temsilen uluslararası andlaşmalar konusunda işlem yapmaya yetkili kişiler saptandıktan sonra uluslararası andlaşmaların metinlerinin görüşülüp yazılması aşamasına geçilmektedir. Uluslararası andlaşmaların metinlerinin görüşülüp yazılması aşaması, uluslararası andlaşmaların iki taraflı ya da çok taraflı olmasına göre farklı şekilde gerçekleşebilmektedir. İki taraflı uluslararası andlaşmaların metinleri taraflarınca birlikte ya da ayrı ayrı yazılabilmektedir. Çok taraflı uluslararası andlaşmaların metinlerinin yazımında ise bir uluslararası konferans toplanması ya da uluslararası örgütlerin çalışmalarından yararlanılması söz konusu olabilmektedir.[16]

Uluslararası andlaşmaların metinlerinin yazılmasından sonra uluslararası andlaşmaların metinlerinin kabul edilmesi aşamasına geçilmektedir. Uluslararası andlaşmaların metinlerinin kabul edilmesi, 1969 VAHS m.9'da düzenlenmektedir. Bu düzenlemeye göre, uluslararası andlaşmaların metinlerinin kabul edilmesi uluslararası andlaşmaların hazırlanmasına katılan bütün devletlerin rızasıyla gerçekleşmektedir. Uluslararası andlaşmaların metinlerinin uluslararası konferanslarda kabul edilmesi söz konusu olduğunda ise, mevcut ve oy kullanan devletlerin 2/3'ünün oy çokluğu ile uluslararası andlaşmaların metinleri kabul edilmektedir. Mevcut ve oy kullanan devletlerin 2/3'ünün oy çokluğu ile, uluslararası andlaşmaların metinlerinin kabul edilmesi için farklı bir kuralın uygulanması da kararlaştırılabilmektedir.[17]

Uluslararası andlaşmaların metinleri kabul edildikten sonra uluslararası andlaşmaların metinlerinin resmileştirilmesi aşamasına geçilmektedir. Uluslararası andlaşmaların metinlerinin resmileştirilmesi, 1969 VAHS m.10'da düzenlenmektedir. Bu düzenlemeye göre, uluslararası andlaşmaların metinlerinin resmileştirilmesi ya bu metinlerde öngörülebilecek bir usulle ya da uluslararası andlaşmaların hazırlanmasına katılan

[15] Pazarcı, s. 135-136. Aksar, s. 124. Caşın, s. 27. Meray, s. 96. Çelik, s. 68. Shaw, M. N. (2017). International law. Cambridge: Cambridge University Press, s. 689.

[16] Pazarcı, s. 138. Caşın, s. 34-35. Meray, s. 96. Çelik, s. 67-68.

[17] Pazarcı, s. 141. Aksar, s. 126-127. Caşın, s. 45. Çelik, s. 68-69. Shaw, s. 689-690. Uluslararası andlaşmaların yapılışı ve kabul edilmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bilge, A. S. (1969). Milletlerarası hukuka göre milletlerarası andlaşmaların akti. Ankara Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C24(3), 1-39.

devletlerin üzerinde mutabık kaldıkları bir usulle gerçekleştirilebilmektedir. Ancak, böyle bir usul söz konusu olmadığında uluslararası andlaşmaların metinleri imza, ad referandum imza ya da paraf ile resmileştirilebilmektedir.[18]

Uluslararası andlaşmaların metinleri resmileştirildikten sonra sıra uluslararası andlaşmaların bağlayıcılık kazanması aşamasına gelmektedir. Uluslararası andlaşmaların bağlayıcılık kazanması, 1969 VAHS m.11-15 arasında düzenlenmektedir. 1969 VAHS m.11'e göre uluslararası andlaşmalar imza, uluslararası andlaşma teşkil eden belgelerin teatisi, onay, kabul, tasvip veya katılma ya da üzerinde mutabık kalınan diğer herhangi bir yolla bağlayıcılık kazanabilmektedir.[19]

Uluslararası andlaşmaların bağlayıcılık kazanması aşamasından sonra sıra uluslararası andlaşmaların yürürlüğe girmesi aşamasına gelmektedir. Uluslararası andlaşmaların yürürlüğe girmesi, ulusal hukuk sistemleri düzeyinde ve uluslararası hukuk düzeyinde gerçekleşmektedir. Uluslararası andlaşmaların uluslararası hukuk düzeyinde yürürlüğe girmesi, 1969 VAHS m.24'te düzenlenmektedir. Bu düzenlemeye göre, uluslararası andlaşmalar, uluslararası hukuk düzeyinde kendilerinin öngördüğü veya görüşmeci devletlerin mutabık kalabilecekleri tarzda ve tarihte yürürlüğe girmektedir. Uluslararası andlaşmalarda bu yönde bir hüküm veya mutabakat bulunmadığı takdirde uluslararası andlaşmalar bütün taraf devletlerin uluslararası andlaşmalar ile bağlanma rızasının tespit edildiği anda yürürlüğe girmektedir.[20] Uluslararası andlaşmaların ulusal hukuk sistemleri düzeyinde yürürlüğe girmesi için gerekli işlemler ise, her bir ulusal hukuk sistemince ayrı ayrı belirlenmektedir.[21] Uluslararası andlaşmaların ulusal hukuk sistemleri düzeyinde yürürlüğe girmesi için gerekli işlemler, resmi duyuru ve yayın olarak belirlenebilmektedir.[22]

1924 Anayasası'nın uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili düzenlemesi 26. maddesinde yer almıştır. 1924 Anayasası'nın 26. maddesinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin yetkileri sayılmıştır ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin yetkileri arasında kanun yapmak, değiştirmek, kaldırmak, bütçe ve kesin hesap kanunlarını kabul etmek ve benzeri hususlar olduğu ortaya konmuştur. Ayrıca, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Devletlerle mukavele, muahede ve sulh

[18] Pazarcı, s. 143-146. Aksar, s. 127. Caşın, s. 44-45. Çelik, s. 75. Brownlie, I. (2002). Principles of public ınternational law. New York: Oxford University Press, s. 610.

[19] Pazarcı, s. 146-156. Aksar, s. 129. Caşın, s. 45. Çelik, s. 74. Uluslararası andlaşamaların bağlayıcılık kazanması ve onaylanması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıççı, S. (1968). Milletlerarası anlaşmaların onaylanması. Ankara: Başnur Matbaası. Gözler, K. (2001). Uluslararası andlaşmaları akdetme ve onaylama yetkisi (bir karşılaştırmalı anayasa hukuku incelemesi). Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C56(2), 71-101.

[20] Pazarcı, s. 157. Aksar, s. 139. Caşın, s. 52. Çelik, s. 90. Shaw, s. 701. Brownlie, s. 616. Malanczuk, P. (1997). Akehurst's modern ıntroduction to ınternational law. Routledge: London and New York, s. 134-135.

[21] Pazarcı, s. 161-164.

[22] Pazarcı, s. 161-163. Caşın, s. 53.

akdi gibi vezaifi bizzat kendi ifa edeceği ifade edilmiştir. Başka bir ifade ile, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin devletlerle sözleşme, andlaşma yapmak gibi görevleri bizzat kendi ifa edeceği belirtilmiştir.[23]

1924 Anayasası'nın 26. maddesi ile Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin yetkileri arasında uluslararası andlaşma yapmak olduğu belirtilmiştir ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin uluslararası andlaşma yapma yetkisine bir sınırlama getirilmemiştir. Bu çerçevede, uluslararası andlaşma yapma konusunda Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin tekeli kabul edilmiştir.[24] Bu durum, 1924 Anayasası'nın uluslararası andlaşmaların yapılışı aşamalarının tamamı bakımından Türkiye Büyük Millet Meclisi'ni yetkilendirdiğini ortaya koymuştur.

1924 Anayasası'nda çeşitli değişiklikler yapılmıştır. 1924 Anayasası'nda yapılan değişikliklerden biri 1928 değişiklikleridir. 1928 değişiklikleri ile 1924 Anayasası'nın 26. maddesinde de değişiklikler yapılmıştır. Ancak, bu değişiklikler 1924 Anayasası'nın 26. maddesinde uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili olarak getirilen düzenlemeyi etkilememiştir.[25]

1924 Anayasası'nda 1945 yılında da değişiklik yapılmıştır. 1945 değişikliği ile 1924 Anayasası'nın aslına bağlı kalınarak dilinde değişikliğe gidilmiştir ve Anayasa'nın dili Türkçeleştirilmiştir. Bu çerçevede, 1924 Anayasası'nın uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili düzenlemesinin yer aldığı 26. maddesinin de dili değiştirilmiş ve Türkçeleştirilmiştir. 1945 değişikliği sonrasında 1924 Anayasası'nın uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili düzenlemesi, devletlerle sözleşme, andlaşma ve barış yapmak gibi görevleri Türkiye Büyük

[23] Tanör, s. 299. Eroğul, s. 245. Pazarcı, s. 171. Caşın, s. 73. Meray, s. 105. Çelik, s. 99-100. Bilge, S. (1967). Türk hukukuna göre milletlerarası andlaşmaların akti. Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi. 22(2), s. 101-102. Uluslararası andlaşmaları ifade etmek üzere farklı terimler kullanılabilmektedir. Uluslararası andlaşmaları ifade etmek üzere kullanılan farklı terimler arasında çok kesin olmamakla birlikte işlevler ve özellikler bakımından birtakım farklar bulunabilmektedir. Uluslararası andlaşmaları ifade etmek üzere kullanılan farklı terimlerden bazıları; andlaşma, antlaşma, anlaşma, sözleşme, misak, şart, protokol, genel senet, modus vivendi, mektup değişimi, tahkimname, statü ve benzeridir. Uluslararası andlaşmaları ifade etmek üzere farklı terimler kullanılabilmesine rağmen uluslararası andlaşmaların özelliklerine sahip irade uyuşmalarının hangi terimlerle ifade edildiği önemli değildir. Uluslararası andlaşmaları ifade etmek üzere hangi terimlerin kullanıldığının önemli olmadığı 1969 VAHS m.2/1/a'da belirtilmektedir. Pazarcı, s. 130-133. Aksar, s. 115-117. Caşın, s. 19. Meray, s. 81-82. Çelik, s. 61-62. Türk hukuk sisteminde uluslararası andlaşmaları ifade etmek üzere andlaşma, antlaşma, sözleşme, mukavele, muahede gibi terimler kullanılabilmektedir. 1924 Anayasası'nın 26. maddesinde yer alan mukavele ve muahede terimleri ile genel olarak bütün uluslararası andlaşmalar kastedilmiştir. 1924 Anayasası'nın 26. maddesinde yer alan mukavele ve muahede terimleri bütün uluslararası andlaşmaları kapsayacak şekilde örnek olarak verilmiştir. Bu düzenlemede amaç Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin yetkisini mukavele ve muahede şeklindeki uluslararası andlaşmaları yapmakla sınırlandırmak değildir. Bu konuda farklı görüşler de ileri sürülmüştür. Bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıççı, s. 75. Bilge, s. 110-111.

[24] Meray, s. 105. Çelik, s. 99-100. Bilge, s. 101-102.

[25] Pazarcı, s. 171. 1924 Anayasası'nda yapılan 1928 değişiklikleri ile 1924 Anayasası'nın 2. maddesinde yer alan "Türkiye Devletinin dini, Dini İslâmdır" ifadesi Anayasa'dan çıkarılmıştır. 1928 değişiklikleri ile 1924 Anayasası'nın 16. maddesinde milletvekillerinin yeminlerinde ve 1924 Anayasası'nın 38. maddesinde cumhurbaşkanının yemininde yer alan "vallahi" ifadesi Anayasa'dan çıkarılmıştır ve yeminlerin "namusum üzerine söz veririm" ifadesi ile edilmesi kabul edilmiştir. Ayrıca, 1928 değişiklikleri ile 1924 Anayasası'nın 26. maddesinde yer alan "ahkâmı şer'iyenin tenfizi" ifadesi Anayasa'dan çıkarılmıştır. 1928 değişiklikleri ile genel olarak 1924 Anayasası'ndan dinsel öğeler çıkarılmıştır. 1928 değişiklikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tanör, s. 323. Eroğul, s. 251. Yılmaz, s. 133.

Millet Meclisi ancak kendisi yapar halini almıştır. 1945 değişikliği ile dil konusunda yapılan değişikliğe rağmen, 1924 Anayasası'nın uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili düzenlemesinin içeriğinde bir değişiklik söz konusu olmamıştır.[26]

1924 Anayasası'nda 1952 yılında da bir değişiklik yapılmıştır. 1952 değişikliği ile 1924 Anayasası'nın dilinde değişikliğe gidilmiştir ve Anayasası'nın dili 1945 değişikliği öncesindeki haline döndürülmüştür. 1952 değişikliği ile 1924 Anayasası'nın uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili düzenlemesinin yer aldığı 26. maddesinin de dili değiştirilmiştir ve eski haline döndürülmüştür. Bu çerçevede, 1952 değişikliği sonrasında 1924 Anayasası'nın uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili düzenlemesi, Türkiye Büyük Millet Meclisi devletlerle mukavele, muahede ve sulh akdi gibi vezaifi bizzat kendi ifa eder halini almıştır. Dolayısıyla, 1952'de dil konusunda yapılan değişikliğe rağmen, 1924 Anayasası'nın uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili düzenlemesinin içeriğinde bir değişiklik söz konusu olmamıştır.[27]

Bahsedilen çerçevede, 1924 Anayasası'nın 26. maddesi ile uluslararası andlaşma yapma yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne verilmiştir ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin uluslararası andlaşma yapma yetkisine bir sınırlama getirilmemiştir. Başka bir ifade ile, 1924 Anayasası uluslararası andlaşmaların yapılışı aşamalarının tamamı bakımından Türkiye Büyük Millet Meclisi'ni yetkilendirmiştir. 1924 Anayasası'nda yapılan değişiklikler uluslararası andlaşmaların yapılışı aşamalarının tamamı bakımından Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin yetkili olması bakımından bir değişikliği beraberinde getirmemiştir.

II.1924 Anayasası Döneminde Uluslararası Andlaşmaların Yapılışı Konusunda Benimsenen Uygulama ve Bu Uygulamanın Anayasaya Uygunluk Açısından Değerlendirilmesi

A.1924 Anayasası Döneminde Uluslararası Andlaşmaların Yapılışı ile İlgili Uygulama

1924 Anayasası döneminde uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili uygulamada uluslararası andlaşmaların metinlerinin oluşturulup resmileştirilmesi işlemleri yürütme organı tarafından gerçekleştirilmiştir. Başka bir ifade ile, uluslararası andlaşmaların metinlerinin oluşturulup resmileştirilmesi işlemleri Hükümetin temsilcileri tarafından gerçekleştirilmiştir.[28] Uluslararası andlaşmaların metinlerinin oluşturulup resmileştirilmesi işlemlerinin gerçekleştirilmesi için Hükümet temsilcileri Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile atanmıştır.[29]

1924 Anayasası döneminde uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili uygulamada yasama organının uluslararası andlaşmaların yapılışı aşamalarının tamamı bakımından devreye girmemesi ve uluslararası andlaşmaların metinlerinin oluşturulup resmileştirilmesi işlemlerinin

[26] Pazarcı, s. 171-172. 1945 değişikliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tanör, s. 323. Eroğul, s. 252. Yılmaz, s. 133.
[27] 1952 değişikliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tanör, s. 323. Eroğul, s. 252. Yılmaz, s. 134.
[28] Pazarcı, s. 172. Caşın, s. 73. Meray, s. 106. Çelik, s. 100. Kılıççı, s. 73. Bilge, s. 103.
[29] Meray, s. 106.

yürütme organı tarafından gerçekleştirilmesi uygulaması özellikle Lozan Barış Andlaşması'ndan sonra benimsenmiştir.[30]

1924 Anayasası döneminde uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili uygulamada uluslararası andlaşmaların bağlayıcılık kazanması işlemleri kural olarak yasama organı tarafından gerçekleştirilmiştir. Bu çerçevede, uluslararası andlaşmalar yasama organı tarafından onaylanarak bağlayıcı hale getirilmiştir.[31]

1924 Anayasası döneminde uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili uygulamada, uluslararası andlaşmalara bağlayıcılık sağlayan işlemler yasama organının onaylama kanunları olmuştur. 1924 Anayasası döneminde yürütme organı tarafından metinleri oluşturulup resmileştirilen uluslararası andlaşmalar, onaylanması isteğine dair kanun tasarıları ile Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunulmuştur. Türkiye Büyük Millet Meclisi kendisine sunulan kanun tasarılarını bir bütün olarak, uluslararası andlaşmaların maddeleri oya sunulmaksızın ve uluslararası andlaşmaların maddeleri hakkında değişiklik teklifleri verilmeksizin oylamıştır. Uluslararası andlaşmaların onaylanmasına ilişkin kanunların kabul edilmesi, yayımlanıp, yürürlüğe girmesinin ardından onay belgeleri hazırlanmış ve diğer taraf devletlerle değiştirilmiş ya da depozitere tevdi edilmiştir.[32]

1924 Anayasası döneminde uluslararası andlaşmalar yasama organı tarafından onaylanmasının ardından onay kanununa ek olarak yayımlandıktan sonra yürürlüğe girmiştir.[33]

1924 Anayasası döneminde uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili uygulamada uluslararası andlaşmaların bağlayıcılık kazanması ve yürürlüğe girmesi işlemleri kural olarak yasama organı tarafından gerçekleştirilmesine rağmen, özellikle 1925 yılından itibaren yasama organının çeşitli uluslararası andlaşmalar bakımından uluslararası andlaşmalara bağlayıcılık kazandırma ve uluslararası andlaşmaları yürürlüğe koyma yetkisini yürütme organına devretmesi söz konusu olmuştur. Yasama organının uluslararası andlaşmalara bağlayıcılık kazandırma ve uluslararası andlaşmaları yürürlüğe koyma yetkisini çeşitli uluslararası andlaşmalar bakımından yürütme organına devretmesi uygulaması 1924 Anayasası'nın uygulanmakta olduğu yıllar içerisinde giderek artmıştır.[34]

1924 Anayasası döneminde uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili uygulamada yasama organının uluslararası andlaşmalara bağlayıcılık kazandırma ve uluslararası andlaşmaları yürürlüğe koyma yetkisini bir kanun ile doğrudan yürütme organına devrettiği uluslararası andlaşmalar genel olarak; geçici ticaret andlaşmaları ile kredi, yardım, iş birliği, borçlanma ve ödeme gibi konulara ilişkin uluslararası andlaşmalardır. Yasama organının uluslararası

[30] Meray, s. 105.
[31] Pazarcı, s. 172. Caşın, s. 73. Meray, s. 106. Çelik, s. 100. Kılıççı, s. 72-76. Bilge, s. 103.
[32] Meray, s. 106. Çelik, s. 100. Kılıççı, s. 72-76. Bilge, s. 104.
[33] Meray, s. 106. Çelik, s. 100. Bilge, s. 104-105.
[34] Pazarcı, s. 172. Caşın, s. 73-74. Çelik, s. 101-102. Bilge, s. 107.

andlaşmalara bağlayıcılık kazandırma ve uluslararası andlaşmaları yürürlüğe koyma yetkisini bir kanun ile doğrudan yürütme organına devri 1925 ve 1959 yılları arasında 20 kadar kanun ile gerçekleştirilmiştir.[35]

Yasama organının uluslararası andlaşmalara bağlayıcılık kazandırma ve uluslararası andlaşmaları yürürlüğe koyma yetkisini bir kanun ile doğrudan yürütme organına devretmesinin ilk örneğini 12 Aralık 1925 gün ve 691 sayılı Kanun teşkil etmektedir. Bu Kanun ile Hükümete süresi altı ayı aşmamak ve iki defadan fazla yenilenmemek kaydıyla geçici ticaret andlaşmaları yapma ve bu uluslararası andlaşmaları yürürlüğe koyma yetkisi verilmiştir.[36]

Yasama organının uluslararası andlaşmalara bağlayıcılık kazandırma ve uluslararası andlaşmaları yürürlüğe koyma yetkisini bir kanun ile doğrudan yürütme organına devretmesinin bir başka örneğini ise 3 Ocak 1941 gün ve 3970 sayılı Kanun teşkil etmektedir. Bu Kanun ile Hükümete geçici ticaret ve ödeme adlaşmaları ile modus vivendiler yapma yetkisi verilmiştir. Ancak, ilk örnekten farklı olarak bu örnekte bahsedilen Kanun'a dayanılarak yapılacak uluslararası andlaşmaların en geç 3 ay içerisinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onayına sunulması şartı getirilmiştir.[37]

Yasama organının uluslararası andlaşmalara bağlayıcılık kazandırma ve uluslararası andlaşmaları yürürlüğe koyma yetkisini bir kanun ile doğrudan yürütme organına devretmesinin örneklerini çoğaltabilmek mümkündür. Örneklerin bir kısmında yürütme organı tarafından yapılacak uluslararası andlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onayına sunulması şartı aranırken, diğer kısmında böyle bir şart aranmamıştır.[38]

1924 Anayasası döneminde uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili uygulamada yasama organının uluslararası andlaşmalara bağlayıcılık kazandırma ve uluslararası andlaşmaları yürürlüğe koyma yetkisini yürütme organına devri sadece doğrudan ve yukarıda bahsedilen kanunlar ile gerçekleştirilmemiştir. Yasama organının bu çerçevedeki yetki devri, dolaylı olarak çeşitli kanunlar ile de gerçekleştirilmiştir. Örneğin; 15.07.1950 gün ve 5682 sayılı Pasaport Kanunu m. 10, 03.07.1953 gün ve 6114 sayılı Türkiye Hükümeti ile Birleşmiş Milletler, Birleşmiş Milletler Gıda ve Tarım Teşkilatı, Milletlerarası Sivil Havacılık Teşkilatı, Milletlerarası Çalışma Teşkilatı ve Dünya Sağlık Teşkilatı arasında Teknik Yardım Teminine Müteadir Esas Anlaşma ve Eklerinin Onanması Hakkında Kanun m. 2, 16.07.1956 gün ve 6816 Sayılı Kuzey Atlantik Andlaşmasına Taraf Devletler Arasında Kuvvetlerin Statüsüne Dair Sözleşmenin VII Maddesinin 3 a (ii) Bendi ile VII. Maddesinin Tatbik ve Tadiline Dair Kanun m. 1.[39]

[35] Pazarcı, s. 172. Caşın, s. 74. Çelik, s. 101-102.
[36] Çelik, s. 101.
[37] Çelik, s. 101.
[38] Çelik, s. 101-102. Bilge, s. 115.
[39] Pazarcı, s. 172- 173. Caşın, s. 74. Çelik, s. 103-104.

Yasama organının uluslararası andlaşmalara bağlayıcılık kazandırma ve uluslararası andlaşmaları yürürlüğe koyma yetkisini bir kanun ile dolaylı olarak yürütme organına devretmesinin örneklerinin bir kısmında da yürütme organı tarafından yapılacak uluslararası andlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onayına sunulması şartı aranırken, diğer kısmında böyle bir şart aranmamıştır.[40]

B.1924 Anayasası Döneminde Uluslararası Andlaşmaların Yapılışı Konusunda Benimsenen Uygulamanın Anayasa'ya Uygunluğu

1924 Anayasası'nın 26. maddesinde getirilen düzenleme ile uluslararası andlaşmaların yapılışı aşamalarının tamamı bakımından Türkiye Büyük Millet Meclisi yetkilendirilmiştir.[41] Ancak, 1924 Anayasası döneminde uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili uygulama yukarıda da ifade edildiği üzere farklı şekilde gelişmiştir.

1924 Anayasası uluslararası andlaşmaların yapılışı aşamalarının tamamı bakımından Türkiye Büyük Millet Meclisi'ni yetkilendirmesine rağmen, 1924 Anayasası döneminde uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili uygulamada uluslararası andlaşmaların metinlerinin oluşturulup resmileştirilmesi işlemleri yürütme organı tarafından gerçekleştirilmiştir. 1924 Anayasası döneminde uluslararası andlaşmaların metinlerinin oluşturulup resmileştirilmesi işlemlerinin yürütme organı tarafından gerçekleştirilmesi öğretide eleştirilmemiştir.[42]

1924 Anayasası döneminde uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili uygulamada uluslararası andlaşmaların metinlerinin oluşturulup resmileştirilmesi işlemlerinin yürütme organı tarafından gerçekleştirilmesi durumunun öğretide eleştirilmemesi ve benimsenmesi, 1924 Anayasası ile kabul edilen kuvvetler birliği ve görevler ayrılığı hükümet sistemi bağlamında açıklanmıştır. Bu çerçevede, kuvvetler birliği ve görevler ayrılığı hükümet sisteminin yasama ve yürütme organlarının ayrılığını beraberinde getirdiği ve uluslararası andlaşmaların metinlerinin oluşturulup resmileştirilmesi işlemlerinin yürütme organı tarafından, uluslararası andlaşmaların bağlayıcılık kazanması ve yürürlüğe girmesi işlemlerinin ise yasama organı tarafından gerçekleştirilmesinin bu ayrılığın bir sonucu olduğu ileri sürülmüştür.[43]

1924 Anayasası döneminde uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili uygulamada uluslararası andlaşmaların metinlerinin oluşturulup resmileştirilmesi işlemlerinin yürütme organı tarafından gerçekleştirilmesi durumunun eleştirilmemesi ve benimsenmesine rağmen, 1924 Anayasası'nın 26. maddesi ile getirilen düzenleme açıkça uluslararası andlaşma yapma yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne ait olduğunu, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin bu görevi bizzat ifa edeceğini belirttiğinden, uluslararası andlaşmaların yapılışı aşamaları bakımından bir ayrıma

[40] Çelik, s. 103-104.
[41] Meray, s. 105. Çelik, s. 99.
[42] Pazarcı, s. 172.
[43] Çelik, s. 100.

gitmediğinden ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin uluslararası andlaşma yapma yetkisine bir sınırlama getirmediğinden, 1924 Anayasası döneminde uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili uygulamada uluslararası andlaşmaların metinlerinin oluşturulup resmileştirilmesi işlemlerinin yürütme organı tarafından gerçekleştirilmesinin Anayasa'ya aykırılık teşkil ettiği ileri sürülebilir.

1924 Anayasası döneminde uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili uygulamada uluslararası andlaşmaların bağlayıcılık kazanması ve yürürlüğe girmesi işlemleri kural olarak Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından gerçekleştirilmiştir.[44] 1924 Anayasası'nın 26. maddesinde getirilen düzenleme ile uluslararası andlaşmaların yapılışı aşamalarının tamamı bakımından Türkiye Büyük Millet Meclisi yetkilendirildiğinden 1924 Anayasası döneminde uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili uygulamada uluslararası andlaşmaların bağlayıcılık kazanması ve yürürlüğe girmesi işlemlerinin Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından gerçekleştirilmesi Anayasa'ya uygundur.

1924 Anayasası'nın 26. maddesinde getirilen düzenleme ile uluslararası andlaşmaların yapılışı aşamalarının tamamı bakımından Türkiye Büyük Millet Meclisi yetkilendirilmesine rağmen, 1924 Anayasası döneminde uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili uygulamada Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin çeşitli uluslararası andlaşmalar bakımından uluslararası andlaşmalara bağlayıcılık kazandırma ve uluslararası andlaşmaları yürürlüğe koyma yetkisini doğrudan veya dolaylı olarak çeşitli kanunlar ile yürütme organına devri Anayasa'ya aykırılık teşkil etmiştir.[45]

Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin uluslararası andlaşmalara bağlayıcılık kazandırma ve uluslararası andlaşmaları yürürlüğe koyma yetkisini bir kanun ile doğrudan veya dolaylı olarak yürütme organına devretmesinin örneklerinin bir kısmında yürütme organı tarafından bağlayıcılık kazandırılacak ve yürürlüğe konacak uluslararası andlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onayına sunulması şartı aranırken, diğer kısmında böyle bir şart aranmamıştır.[46]

Yürütme organı tarafından bağlayıcılık kazandırılacak ve yürürlüğe konacak uluslararası andlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onayına sunulması şartı aranması durumunda Anayasa'ya aykırılık diğer duruma göre görece az olduğu ileri sürülebilir. Çünkü, uluslararası andlaşmalar yürütme organı tarafından bağlayıcılık kazandırılıp yürürlüğe konduktan sonra bu konuda esas yetkili organ olan Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onayına sunulmuştur.

Yürütme organı tarafından bağlayıcılık kazandırılacak ve yürürlüğe konacak uluslararası andlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onayına sunulması şartı aranmaması durumunda ise Anayasa'ya aykırılığın diğer duruma göre görece fazla olduğu ileri sürülebilir. Çünkü, bu durumda uluslararası andlaşmaların yapılışı konusunda 1924 Anayasası bakımından esas yetkili

[44] Pazarcı, s. 172. Caşın, s. 73-74. Çelik, s. 101-102.
[45] Pazarcı, s. 172. Çelik, s. 101-103.
[46] Çelik, s. 101-104.

organ olan Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onayı ve katkısı söz konusu olmaksızın uluslararası andlaşmalar yapılmıştır.

Sonuç

1924 Anayasası uluslararası andlaşmaların yapılışı aşamalarının tamamı bakımından Türkiye Büyük Millet Meclisi'ni yetkilendirmesine rağmen, 1924 Anayasası döneminde uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili uygulama Anayasa'da öngörülenden farklı şekilde gelişmiştir.

1924 Anayasası döneminde uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili uygulamada uluslararası andlaşmaların metinlerinin oluşturulup resmileştirilmesi işlemleri yürütme organı tarafından gerçekleştirilmiş, bu durum öğretide eleştirilmemiş ve 1924 Anayasası ile benimsenen hükümet sistemi çerçevesinde açıklanmıştır. Bununla birlikte, 1924 Anayasası uluslararası andlaşmaların yapılışı aşamalarının tamamı bakımından Türkiye Büyük Millet Meclisi'ni yetkilendirdiğinden uluslararası andlaşmaların metinlerinin oluşturulup resmileştirilmesi işlemlerinin yürütme organı tarafından gerçekleştirilmesinin Anayasa'ya aykırılık teşkil ettiği ileri sürülebilir.

1924 Anayasası ile uluslararası andlaşmaların yapılışı aşamalarının tamamı bakımından Türkiye Büyük Millet Meclisi yetkilendirilmesine rağmen, 1924 Anayasası döneminde uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili uygulamada Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin çeşitli uluslararası andlaşmalar bakımından uluslararası andlaşmalara bağlayıcılık kazandırma ve uluslararası andlaşmaları yürürlüğe koyma yetkisini çeşitli kanunlar ile yürütme organına devri de Anayasa'ya aykırılık teşkil etmiştir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin uluslararası andlaşmalara bağlayıcılık kazandırma ve uluslararası andlaşmaları yürürlüğe koyma yetkisini çeşitli kanunlar ile yürütme organına devretmesinin örneklerinin bir kısmında yürütme organı tarafından bağlayıcılık kazandırılacak ve yürürlüğe konacak uluslararası andlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onayına sunulması şartı aranırken diğer bir kısmında böyle bir şart aranmamıştır. Bu çerçevede, yürütme organı tarafından bağlayıcılık kazandırılacak ve yürürlüğe konacak uluslararası andlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onayına sunulması şartı aranmaması durumunda Anayasa'ya aykırılığın diğer duruma göre görece fazla olduğu ileri sürülebilir. Çünkü, bahsedilen durumda uluslararası andlaşmaların yapılışı konusunda 1924 Anayasası bakımından esas yetkili organ olan Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onayı ve katkısı söz konusu olmaksızın uluslararası andlaşmalar yapılmıştır.

Kaynakça

Akipek, Ö. İ. (1967). Devletler hukuku birinci kitap başlangıç. Ankara: Başnur Matbaası.

Aksar, Y. (2019). Teoride ve uygulamada uluslararası hukuk I. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Bilge, S. (1967). Türk hukukuna göre milletlerarası andlaşmaların akti. Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi. C22(2), 97-149.

Bilge, A. S. (1969). Milletlerarası hukuka göre milletlerarası andlaşmaların akti. Ankara Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C24(3), 1-39.

Bilsel, C. (1940). Devletler hukuku giriş. İstanbul: Kenan Basımevi.

Brownlie, I. (2002). Principles of public ınternational law. New York: Oxford University Press.

Caşın, M. H. (2020). Uluslararası andlaşmalar hukuku. İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Yayınevi.

Çelik, E. F. (1987). Milletlerarası hukuk birinci kitap. İstanbul: Filiz Kitabevi.

Çetinkaya, A. (2018). Uluslararası andlaşmaların yapılışı ve geçersizliği. Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Ankara.

Çiçek, M.A. (2005). 1924 anayasasının hazırlanışı ve temel özellikleri. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Atatürk İlkeleri ve İnkılap Tarihi Anabilim Dalı, Ankara.

Eren, A. (2020). Anayasa hukuku dersleri. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Eroğul, C. (2012). Anatüzeye giriş ("Anayasa Hukuku"na Giriş). Ankara: İmaj Yayınevi.

Fendoğlu, H.T. (2021). Türk anayasa hukuku tarihi. Ankara: Yetkin Yayınları.

Gündüz, A. Günel, R. V. (Ed.) Milletlerararası hukuk: konu anlatımı, temel belgeler, örnek kararlar. (2018). Ankara: Savaş Yayınevi.

Gözler, K. (2001). Uluslararası andlaşmaları akdetme ve onaylama yetkisi (bir karşılaştırmalı anayasa hukuku incelemesi). Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C56(2), 71-101.

Gözler, K. (2018). Türk anayasa hukuku dersleri. Bursa: Ekin Yayınları.

Gözler, K. (2018). Anayasa hukukunun genel esasları ders kitabı. Bursa: Ekin Yayınları.

Kaplan, O. (2018). 1924 Anayasası'nda Yargı Yetkisi ve Şura-yı Devletin Fonksiyonu. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C(22)1, 171-198.

Kılıççı, S. (1968). Milletlerarası anlaşmaların onaylanması. Ankara: Başnur Matbaası.

Kili, S. ve Gözübüyük, A. Ş. (1985). Türk anayasa metinleri. Ankara: Türkiye İş Bankası Yayınları.

Kuran, Selami vd. (2014). Uluslararası hukuk temel metinler. İstanbul: Beta Yayıncılık.

Malanczuk, P. (1997). Akehurst's modern ıntroduction to ınternational law. Routledge: London and New York.

Meray, Seha L. (1968). Devletler hukukuna giriş birinci cilt. Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi.

Meray, S. L. (1975). Devletler hukukuna giriş ikinci cilt. Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi.

Mumcu, A. (1986). 1924 anayasası. Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, C2(5), 383-400.

Özbudun, E. (2012). 1924 anayasası. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.

Özbudun, E. (2018). Türk anayasa hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları.

Pazarcı, H. (1990). Uluslararası hukuk ve Türk hukukuna göre uluslararası andlaşma kavramı. Milletlerarası Hukuk Bülteni, Yıl. 10, Sayı. 1-2, 151-163.

Pazarcı, H. (2017). Uluslararası hukuk dersleri 1. kitap. Ankara: Turhan Kitabevi.

Shaw, M. N. (2017). International law. Cambridge: Cambridge University Press.

Tanilli, S. (1976). Anayasalar ve siyasal belgeler. İstanbul: Cem Yayınevi.

Tanör, B. (2017). Osmanlı-Türk anayasal gelişmeleri. İstanbul: Yapı Kredi Yayınları.

Teziç, E. (2018). Anayasa hukuku. İstanbul: Beta Yayınları.

Yılmaz, F. (2012). Türk anayasa tarihi. İstanbul: İz Yayıncılık.

ULUSLARARASI
HUKUK
SEMPOZYUMU
International Symposium on Law

İŞÇİNİN SONRADAN ENGELLİ HALE GELMESİNİN DEVAM EDEN İŞ SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ

Dr. Öğr. Üyesi Ümit ORHAN[1]

Marmara Üniversitesi

ORCID NO: 0000-0001-7981-782X

Öz

Bir insan doğuştan engelli olabileceği gibi, daha sonra da engelli hale gelebilir. Bir iş sözleşmesi kurulduğu sırada herhangi bir engeli bulunmayan işçi, sonradan çeşitli sebeplerle fiziksel ya da zihinsel engelli olabilir. Çalışmada, bu durumun mevcut iş sözleşmesini nasıl etkileyeceği tartışılmıştır. İşçinin sonradan engelliliğinin, iş sözleşmesinin taraflara yüklediği yükümlülüklere ve iş sözleşmenin sona ermesine etkileri değerlendirilmiştir. Sonradan engelli hale gelen işçinin durumu; özellikle bu hali kolaylaştıracak iyileştirmeler hususunda işverenin yükümlülükleri, işçiye işveren tarafından yapılacak iş değişikliği teklifleri, işverenin kanundan kaynaklanan engelli işçi çalıştırma zorunluluğuna etkisi, İş Sağlığı ve Güveliği Kanunu ve Engelliler Hakkında Kanunla ilişkisi tartışılmıştır. Bunun yanında, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin anlaşma sona erdirilmesi, belirli süreli sözleşmelerde yenilenmesi, sözleşmenin geçerli ve haklı sebeplerle sona erdirilme ihtimalleri de araştırılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İş Hukuku, İş Sözleşmesi, Engellilik.

THE EFFECT OF EMPLOYEE'S SUBSEQUENT DISABILITY TO THE CONTINUING EMPLOYMENT CONTRACT

Abstract

A person may be congenitally disabled or later become disabled. The employee, who does not have any disability at the time of establishing an employment contract, may subsequently be physically or mentally disabled for various reasons. In the study, how this situation affects the current employment contract is discussed. The effects of this situation were evaluated in terms of the obligations imposed by the contract and the termination of the contract. The situation of the worker who later became disabled were discussed with the obligations of the employer about the improvements, the job change proposals to be made by the employer to the employee, the effect

[1] umit.orhan@marmara.edu.tr

of the employer on the obligation to employ disabled people arising from the law, the relationship with the Occupational Health and Safety Code and the Code on the Disabled. In addition, the possibilities of terminating the contract of employment between the parties, renewal of fixed-term contracts, and termination of the contract for valid and justified reasons were also investigated.

Keywords: Labor Law, Employment Contract, Disability.

Giriş

Bir insan doğuştan engelli olabileceği gibi, daha sonra da engelli hale gelebilir. Bir iş sözleşmesi kurulduğu sırada herhangi bir engeli bulunmayan işçi, sonradan çeşitli sebeplerle fiziksel ya da zihinsel engelli olabilir. İşçinin engelli haline gelmesi, iş sözleşmesinin devam etmesine engel olacak boyutta olmayabilir ve taraflar, sözleşmenin devam etmesini tercih edebilir. Acaba bu durum mevcut iş sözleşmesini nasıl etkileyecektir?

5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun'daki (EHK)[2] tanıma göre engelli, *"fiziksel, zihinsel, ruhsal ve duyusal yetilerinde çeşitli düzeyde kayıplarından dolayı topluma diğer bireyler ile birlikte eşit koşullarda tam ve etkin katılımını kısıtlayan tutum ve çevre koşullarından etkilenen bireyi"* ifade etmektedir. 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nda[3] (TİHEKK) da söz konusu tanımın aynısı kullanılmıştır. Türkiye'nin de onayladığı Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 159 numaralı Mesleki Rehabilitasyon ve İstihdam (Sakatlar) Sözleşmesi'nde "sakat" (engelli) terimi, *"uygun bir iş temini muhafazası ve işinde ilerlemesi hususundaki beklentileri, kabul edilmiş fiziksel veya zihinsel bir özür sonucu önemli ölçüde azalmış olan bir bireyi"* ifade etmektedir.

Türkiye İstatistik Kurumu'nun Ocak 2021 verilerine göre ülkemizde işgücüne katılma oranı erkeklerde %68,2, kadınlarda %32 toplamda ise %49,9'dur. Türkiye İstatistik Kurumu tarafından Avrupa Birliği üye ülkeleri ile eş zamanlı olarak idari kayıtlara dayalı geniş kapsamlı bir örneklem araştırması şeklinde 2011 yılında gerçekleştirilen Nüfus ve Konut Araştırması'na göre en az bir engeli olan nüfusun işgücüne katılma oranı erkeklerde %35,4, kadınlarda %12,5, toplamda ise %22,1'dir[4].

1. Sonradan Engelliliğin Tarafların Borçlarına Etkisi

1.1. İşçinin İş Görme Borcuna Etkisi

İş sözleşmesinin işçi açısından en önemli yükümlülüğü iş görmedir. Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 395'inci maddesi gereği sözleşmeden veya durumun gereğinden aksi anlaşılmadıkça, işçi

[2] Resmi Gazete, 07.07.2005, Sayı: 25868.
[3] Resmi Gazete, 20.04.2016, Sayı: 29690.
[4] Çalışma Bakanlığı (2021), Engelli ve Yaşlı İstatistik Bülteni (EYİB), Engelli ve Yaşlı Hizmetleri Genel Müdürlüğü. Şubat 2021, s.3. ailevecalisma.gov.tr adresinden erişildi (ET:15.03.2021).

işi bizzat yapmakla yükümlüdür. İşçinin sonradan engelli hale gelmesi durumunda da bu durum değişmeyecektir. İşin bizzat görülmesi, ifa yardımcısı kullanılan işlerde sonradan engelli hale gelmede farklı sonuçlar doğurabilir. Örneğin kapıcı olarak çalışan işçi işi yapamayacak şekilde engelli hale gelirse, iş sözleşmesinin eşi veya çocukları üzerinden devam etmesini talep edebilir. Ancak bu durumda, engelli kapıcının iş sözleşmesinin sona ermiş, eş veya çocuklarla da yeni bir iş sözleşmesi kurulmuş sayılmalıdır.

Engelliler Hakkında Kanun, çalışan veya iş başvurusunda bulunan engellilerin karşılaşabileceği engel ve güçlükleri ortadan kaldırmaya yönelik istihdam süreçlerindeki önlemlerin alınmasını ve engellilerin çalıştığı iş yerlerinde makul düzenlemelerin, bu konuda görev, yetki ve sorumluluğu bulunan kurum ve kuruluşlar ile işverenler tarafından yapılmasını zorunlu kılmıştır (EHK m.14/4).

Engelli hale geldikten sonra çalışmaya devam eden işçinin gördüğü işin türü ve kapsamına yönelik işveren tarafından değişiklik yapılması söz konusu olabilir. Her ne kadar işçi mevcut işini görmeye müsait olsa da, bu defa işyeri koşulları söz konusu engelliliğe uygun olmayabilir. Örneğin işe girdikten sonra engelli hale gelen ve tekerlekli sandalye kullanmak zorunda olan bir telefon santrali görevlisi, pekâlâ telefon trafiğini yönetebilir. Ancak işin görüldüğü binada, ilgili kata ulaşım için asansör bulunmazsa işçinin işi görebilmesi çok zorlaşacaktır. Acaba işveren, bu durumda işyerini engelli işçinin durumunu kolaylaştıracak iyileştirmeleri yapmak zorunda mıdır? Bu soru, şüphesiz doğrudan evet veya hayır olarak cevaplanabilecek bir soru değildir. İşyeri koşullarının engellilere uygun düzenlenmesinin, engellilere fayda sağlarken işverenlere maddi yük getirdiği vurgulansa da; bir işyerinin rampasından mobilyalarına kadar engelliler için daha ergonomik ve kullanışlı hale getirilmesinin diğer çalışanlar için de yararlı olduğu görülmektedir[5]. Bu konuda değerlendirme yapılırken, söz konusu yapılacak iyileştirme hususunda işyerinin hukuki veya fiziki imkânsızlığının olup olmaması, iyileştirmenin niteliği ve işverenin ekonomik durumu da hesaba katılmalıdır. Örneğin çok katlı bir işyerinde, üstteki santralin zemin kata taşınması mümkün ve az maliyetli olabilir ancak dördüncü katta bulunan işyerinde, bina asansöre uygun da değilse, bu durumda işverenden bu maliyete veya imkânsızlığa katlanmasının beklenemeyeceği düşünülebilir.

Engellilerin hak ve özgürlüklerini tam ve diğer bireylerle eşit şekilde kullanmasını veya bunlardan yararlanmasını sağlamak üzere belirli bir durumda ihtiyaç duyulan, mali imkânlar nispetinde, ölçülü, gerekli ve uygun değişiklik ve tedbirler, TİHEKK'de *"makul düzenleme"* şeklinde tanımlanmıştır (m.2/1-i). TİHEKK'ye göre *"makul düzenleme yapmama",* Kanun kapsamına giren ayrımcılık halleri arasında sayılmıştır (m.4/1-f). Bunun dışında, Yurtiçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelik (YİYHHY)[6] hükümlerine göre de, işverenler, işyerlerini engellilerin çalışmalarını kolaylaştıracak ve işin engelli çalışana uygunluğunu sağlayacak şekilde

[5] Mamatoğlu, N. ve Tasa, H.(2018). Engelliye yönelik ayrımcılık ve iş yerinde engelli. Türkiye Klinikleri J Psychol-Special Topics 2018; 3(1):1-10, s.7.
[6] Resmi Gazete, 25.04.2009, Sayı: 27210.

hazırlamak, sağlıkları için gerekli tedbirleri almak, mesleklerinde veya mesleklerine yakın işlerde çalıştırmak, işleriyle ilgili bilgi ve yeteneklerini geliştirmek, çalışmaları için gerekli araç ve gereçleri sağlamak zorundadırlar (m.18/1). Maddenin devamında ayrıca, uygun koşulların varlığı halinde çalışma sürelerinin başlangıç ve bitiş saatleri iş kanunlarında belirtilen sürelerden az olmamak koşuluyla, engellinin durumuna göre belirlenebileceği belirtilmiştir (m.18/2).

İşçi, engelli hale gelmeden önce yaptığı işi yapamayacak durumdaysa (örneğin İş Kanunu m.30/4'te belirtildiği gibi engellilerin çalıştırılmasının yasak olduğu yer altı ve su altı işleriyle sağlık kurulu raporuna göre engelli işçinin çalışamayacağı belirtilen işler) ancak işyerindeki diğer işlerde çalışmasında bir engel yoksa işveren tarafından yapılacak iş değişikliği teklifini kabul etmelidir. Daha önce yapılan işten daha düşük statü ve ücret söz konusuysa kanaatimizce, dürüstlük kuralı uyarınca değerlendirme yapmak gerekir. İşverenden, fesihte son çare ilkesine uygun olarak, ancak uygulanabilir nitelikte ve işletmenin izlediği amaca ulaşmak için aynı ölçüde elverişli olan önlemleri alması istenebilir. İşverenden aşırı masraflı veya işletmeye zarar verecek önlemler alması ya da işçiye yeni iş yaratması beklenemez[7]. İşverenin anılan koşullar dahilinde, sırf engelli hale gelen işçinin iş sözleşmesini ayakta tutmak adına yapılan, işçinin eski statüden nispeten düşük olsa da makul tekliflerin işçi tarafından kabul edilmesi gerekir. Buradaki nispet, önceki işin engellilikten dolayı yapılamaması kaynaklıdır.

1.2. Rekabet Yasağı Sözleşmesine Etkisi

Rekabet yasağı sözleşmesi TBK'de 444'üncü maddede düzenlenmiştir[8]. Hükme göre fiil ehliyetine sahip olan işçi, işverene karşı, sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka bir rakip işletmede çalışmaktan veya bunların dışında, rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girişmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlenebilir. Rekabet yasağı kaydı, ancak hizmet ilişkisi işçiye müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânı sağlıyorsa ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılması, işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikteyse geçerlidir.

Kanunda hâkime, aşırı nitelikteki rekabet yasağını, bütün durum ve koşulları serbestçe değerlendirmek ve işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de hakkaniyete uygun biçimde göz önünde tutmak suretiyle, kapsamı veya süresi bakımından sınırlayabilme yetkisi verilmiştir (TBK

[7] Süzek, S. (2018). İş hukuku. İstanbul: Beta Yayıncılık, 594; Soyer, M. P. (2005). Feshe karşı korumanın genel çerçevesi ve Yargıtay kararları ışığında uygulama sorunları, iş güvencesi kurumu ve işe iade davaları, İstanbul: Legal Yayıncılık, 55; Eyrenci, Ö., Taşkent, S. ve Ulucan, D. (2019). Bireysel iş hukuku, İstanbul, Beta Yayıncılık, 215; Mollamahmutoğlu, H., Astarlı, M. ve Baysal, U. (2018). İş hukuku ders kitabı Cilt: 1, bireysel iş hukuku, Ankara: Lykeion Yayıncılık, 289; Engin, E. M. (2003). İş sözleşmesinin işletme gerekleri ile feshi, İstanbul: Beta Yayıncılık, 91-92.

[8] Rekabet yasağı sözleşmesi için bkz. Uşan, F. (2011). Rekabet yasağı sözleşmesinin taşıması gereken şartlar ve bunun geçerliliği meselesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, S:21, 116-128; Sulu M. (2017). Rekabet yasağı sözleşmeleri. MÜHF - HAD, C.22, S.2, 575-600; Baskan, Ş. E. (2012). 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde rekabet yasağı sözleşmesi. Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(2), 116–125.

m.445/2). Kanaatimizce akdedilmiş bir rekabet yasağı sözleşmesi, kanunun aradığı tüm şartlara uysa da, işçinin yaşamını zorlaştıran sonradan engellilik, rekabet yasağının sınırlama sebebi olabilir. Sonradan engelli hale gelip işyeri koşulları nedeniyle olumsuzluklara maruz kalan bir işçinin, söz konusu engelin etkilerini, zorluklarını azaltacak bir iş için rekabet yasağı sözleşmesine aykırı davranması durumunda hâkim rekabet yasağı sözleşmesini sınırlayabilmelidir. İşçinin rekabet yasağı sözleşmesine aykırı olsa bile, toplu taşıma/araç kullanma yerine evine daha yakın bir işyerini tercihi etmesi durumunda hâkimin yasağı sınırlaması bu duruma örnek verilebilir. Tabi burada somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmelidir. Mesela sonradan engelli hale gelen ar – ge müdürünün, işvereninin sözleşmenin devamı için sarf ettiği tüm çabalara rağmen, mevcut işinden daha yüksek ücretli bir işe geçmesinde aynı sınırlamadan bahsedilemez. Şayet aynı örnekte işçi, daha düşük bir ücreti veya statüyü kabul etmiş olsaydı o zaman hâkimin müdahalesi hakkaniyete uygun olabilirdi. Burada önemli olan, iş değişikliğinin, engellilikten kaynaklı zorlukları azaltmak amacıyla ve muhtemelen daha düşük ücret veya statüye katlanılarak gerçekleştirilmesidir.

1.3. İşverenin İşçiyi Koruma Borcuna Etkisi

İşverenin iş sözleşmesinden kaynaklanan temel borçları; ücret ödeme, koruma ve eşit davranma borçlarıdır. Ücret ödeme konusunda işçinin engelli olup olmaması bir fark yaratmaz, bu hususta pozitif ayrımcılık sağlayan bir düzenleme de yoktur[9]. Ancak işverenin koruma ve eşit davranma borçlarını ayrı değerlendirmek gerekir.

Kural olarak, işveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür (TBK m.417/1 ve 2).

Koruma (gözetme) borcuyla ilgili TBK ve İş Kanunu'nda (İş K.), içinde engellilere yönelik ayrı bir hüküm bulunmamaktadır. Koruma borcunun bir yönü iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgilidir. Bu konuyla alakalı hükümler genel olarak 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda (İSGK) düzenlenmiştir. Kanunun *"risk değerlendirmesi, kontrol, ölçüm ve araştırma"* başlıklı 10'uncu

[9] Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, 14.11.2019, E.2016/23604, K.2019/21140: *"Taraflar arasında engelli indirim alacağının işverenden istenip istenemeyeceği konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır. 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 31. maddesinde engellilik indirimi düzenlenmiştir. Somut uyuşmazlıkta, davacı, engelli işçi olarak çalışması nedeniyle kendisinden daha düşük oranda vergi kesilmesi gerektiği halde, işverence bu yasal gerekliliğe uyulmayarak kendisinden fazla gelir vergisi kesintisi yapıldığı gerekçesiyle alacak talebinde bulunmuştur. Gelir vergisi, işverence kesildikten sonra vergi dairesine yatırılan bir kesinti tutarıdır. İşverenin görevi, kesintiyi yapmak ve davacı adına vergi dairesine ödemekten ibarettir. Kesintinin vergi dairesine intikalinden sonra bunun geri istenilmesinde işverene değil, ilgili vergi dairesine müracaat gerekir. Mahkemece; davacıdan fazla gelir vergisi kesilip ilgili kuruma yatırılıp yatırılmadığı araştırılarak, yatırıldığının tespiti halinde stopaj yapıp; vergi dairesine ödeme yapan işverenin sorumluluğuna gidilemeyeceği gözetilmeden yazılı şekilde bu alacağın davalıdan tahsiline karar verilmesi hatalıdır."* (E.T.:25.12.2019, Legalbank).

maddesine göre işveren, iş sağlığı ve güvenliği yönünden risk değerlendirmesi yapmak veya yaptırmakla yükümlüdür[10]. Maddede ayrıca, risk değerlendirmesi yapılırken dikkate alınması gerekenler arasında genç, yaşlı, *engelli,* gebe veya emziren çalışanlar gibi özel politika gerektiren gruplar ile kadın çalışanların durumu özellikle sayılmıştır. Engelli işçinin bedensel özrünün diğer işçiler ile kıyasladığında fiziki kapasitesinin daha düşük olması, engelli olmayan diğer organlara ağırlık verilmesi, engellilik faktörü ile mesleki risklerin birleşimi gibi sebeplerden dolayı engelli işçilerin iş kazasına uğrama yahut meslek hastalığına yakalanma riski diğer işçiler ile karşılaştırıldığında daha fazladır[11].

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun genel hükümlerinden (m.4/1-ç) de şu sonuçları çıkartmak mümkün olacaktır: İşveren, engelli çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olup bu çerçevede engelli çalışana görev verirken, çalışanın sağlık ve güvenlik yönünden işe uygunluğunu göz önüne alır. Yine *"sağlık gözetimi"* başlıklı İSGK'nin 15'inci maddesine göre de işveren, çalışanların işyerinde maruz kalacakları sağlık ve güvenlik risklerini dikkate alarak sağlık gözetimine tabi tutulmalarını sağlar. Bu minvalde sonradan engelli hale gelen işçiye;

- Eski işinden başka bir iş verildiğinde,
- Söz konusu engel, iş kazası sonucu meydana gelip de işçi iyileşme sürecinden sonra işe dönüşünde talep ettiğinde ve ya
- Normal seyrinde işin devamı sürecinde işveren, engelli çalışanın ve işin niteliği ile işyerinin tehlike sınıfına göre, Bakanlıkça belirlenen düzenli aralıklarla sağlık muayenelerinin yapılmasını sağlamak zorundadır.

[10] Bkz. İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği (R.G., 29.12.2012, 28512) m.8/I, (ı): *"Tehlikeler tanımlanırken çalışma ortamı, çalışanlar ve işyerine ilişkin ilgisine göre asgari olarak aşağıda belirtilen bilgiler toplanır…ı) Genç, yaşlı, engelli, gebe veya emziren çalışanlar gibi özel politika gerektiren gruplar ile kadın çalışanların durumu";* İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik, (R.G., 20.07.2013, 28713) m.9/2(b)-2: *"İşyeri hekimleri, iş sağlığı ve güvenliği hizmetleri kapsamında aşağıdaki görevleri yapmakla yükümlüdür: Gebe veya emziren kadınlar, 18 yaşından küçükler, meslek hastalığı tanısı veya ön tanısı olanlar, kronik hastalığı olanlar, yaşlılar, malul ve engelliler, alkol, ilaç ve uyuşturucu bağımlılığı olanlar, birden fazla iş kazası geçirmiş olanlar gibi özel politika gerektiren grupları yakın takip ve koruma altına almak, bilgilendirmek ve yapılacak risk değerlendirmesinde özel olarak dikkate almak."*

[11] Özdemir, E. (2020). İş sağlığı ve güvenliği hukuku dersleri. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 73-74; Güler, Z. (2015). Özel politika gerektiren grupların iş yaşamındaki sağlık ve güvenlik riskleri ile kontrol tedbirleri. Çalışma Dünyası Dergisi, S.2015/2, 126; Dulay Yangın, D. ve Doğan, S. (2019). Özel bir risk grubu olarak engelli çalışanlara yönelik alınması gereken iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin hukuki çerçevesi. Sicil İş Hukuku Dergisi, S:42, 118.

1.4. İşverenin Eşit Davranma Borcuna Etkisi

İşverenin diğer önemli bir borcu eşit davranma yükümlülüğüdür[12]. Eşitlik davranma borcunun dayanakları Anayasanın 10'uncu[13] ve İş Kanunu'nun 5'inci[14] maddeleridir. Eşitlik ilkesi, iş hukukunda işverenin işçileri arasında keyfi ayrım yapmasını ve belli nedenlere dayalı olarak ayrımcılık yapmasını yasaklayarak işvereni sınırlamaktadır. İşyerinde çalışan işçilere eşit davranma ve eşit değerdeki işlerde çalışan işçilere eşit çalışma koşullarını uygulama, çağdaş iş hukukunun tanıdığı, genellikle hakkaniyet esasına dayandırılan bir borçtur[15].

İş Kanunu'na göre engellilik iş ilişkisinde ayrım yasağına tabi olan hallerden biridir (m.5/1). İş ilişkisinde veya sona ermesinde, 5'inci madde hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını talep edebilir[16]. İşverenin 5'inci madde hükümlerine aykırı davrandığını – Kanun'un 20'nci maddesindeki iş güvencesiyle ilgili fesih bildirimine itiraz ve usulü hükümleri saklı kalmak üzere – engelli işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir

[12] Engellilere yönelik ayrımcılıkla ilgili ayrıca bkz. Yuvalı, E. (2014). Çalışma yaşamında engellilerin ayrımcı muamelelerden korunması. Uluslararası Sosyal ve Ekonomik Bilimler Dergisi, International Journal of Social and Economic Sciences 4 (1): 52-57; Baybora, D. (2010). Çalışma hayatında özürlülere karşı ayrımcılık, Journal of Social Policy Conferences, 0(51): 269-229.

[13] T.C. Anayasası m.10- *(1)Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. (2) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz. (3) Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz. (4) Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. (5) Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.*

[14] İş Kanunu m.5 – (1) *İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz. (2) İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz. (3) İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz. (4) Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılamaz. (5) İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz. (6) İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır. (7) 20 nci madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur.*

[15] Eşit davranma borcu ile ilgili olarak bkz. Çelik, N., Caniklioğlu, N. ve Canbolat, T. (2018). İş hukuku dersleri, İstanbul, Beta Yayıncılık, 379 vd.; Süzek, 472 vd.; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, 721 vd.; Narmanlıoğlu, Ü. (2014). Ferdi iş ilişkileri, İstanbul: Beta Yayıncılık, 324 vd.; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan, 174 vd.; Demir, F. (2016). İş hukuku ve uygulaması. İzmir: Albi Yayınları, 189 vd.; Akyiğit, E. (2016). İş hukuku, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 242 vd.; Ekmekçi, Ö. ve Yiğit, E. (2020). Bireysel iş hukuku dersleri, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 333-343; Güven, E. ve Aydın, U. (2020). Bireysel iş hukuku, Eskişehir-İstanbul: Nisan Kitabevi, 236-243.

[16] Bkz. Karagöz, V. (2012). İş hukukunda ayrımcılık tazminatı. Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2012 [V] 1.

durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur. Ayrımcılığın bu boyutu, işverenin fail olduğu ayrımcılıktır. Eğer ayrımcılık, işverenden değil de engelli işçinin iş arkadaşları vb. tarafından gerçekleştiriliyorsa bu, duruma göre kişilik haklarına saldırı veya psikolojik taciz olarak değerlendirilmeli ve TBK 417'inci madde hükümleri uygulanmalıdır. Böyle bir durumda, engelli işçinin kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabi olacaktır (m.417/3).

EHK, doğal olarak engellilerin ayrımcılığa uğraması konusunda daha somut hükümler içermektedir. Kanuna göre doğrudan ve dolaylı ayrımcılık dâhil olmak üzere engelliliğe dayalı her türlü ayrımcılık yasaklanmıştır (m.4-A/1). Yine Kanun'a göre; işe başvuru, alım, önerilen çalışma süreleri ve şartları ile istihdamın sürekliliği, kariyer gelişimi, sağlıklı ve güvenli çalışma koşulları dâhil olmak üzere istihdama ilişkin hiçbir hususta engelliliğe dayalı ayrımcı uygulamalarda bulunmak ve çalışan engellilerin aleyhinde sonuç doğuracak şekilde, engelinden dolayı diğer kişilerden farklı muamelede bulunmak yasaklanmıştır (m.14/2 ve 3).

Konumuzla ilgili diğer mevzuat olan TİHEKK'ye göre, işveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişinin; işverenin çalışanı… aleyhine, bilgilenme, başvuru, seçim kriterleri, … ile çalışma ve çalışmanın sona ermesi süreçleri dâhil olmak üzere, işle ilgili süreçlerin hiçbirinde ayrımcılık yapamayacağı belirtilmiştir (m.6/1). Söz konusu hüküm; iş ilanı, işyeri, çalışma şartları, mesleki rehberlik, mesleki eğitim ve yeniden eğitimin tüm düzeylerine ve türlerine erişim, meslekte yükselme ve mesleki hiyerarşinin tüm düzeylerine erişim, hizmet içi eğitim, sosyal menfaatler ve benzeri hususları da kapsar (m.6/2). İş Kanunu kapsamına girmeyen her türlü iş ve iş görme sözleşmeleri de bu madde kapsamındadır (m.6/5). Yine aynı Kanuna göre eşit muamele ilkesine uyulması veya ayrımcılığın önlenmesi amacıyla idari ya da adli süreçleri başlatan yahut bu süreçlere katılan kişiler ile bunların temsilcilerinin, bu nedenle maruz kaldıkları olumsuz muameleler ayrımcılık teşkil eder (m.4/2)[17].

[17] Ayrımcılık yasağı ihlalinden zarar gördüğü iddiasında bulunan her gerçek ve tüzel kişi Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumuna başvurabilir. Kuruma başvuru, illerde valilikler, ilçelerde kaymakamlıklar aracılığıyla da yapılabilir. Başvuru hakkının etkin bir şekilde kullanılmasına hiçbir surette engel olunamaz. Başvurulardan herhangi bir ücret alınmaz (m.17/1). İlgililer, Kuruma başvurmadan önce bu Kanuna aykırı olduğunu iddia ettikleri uygulamanın düzeltilmesini ilgili taraftan talep eder. Bu taleplerin reddedilmesi veya otuz gün içerisinde cevap verilmemesi hâlinde Kuruma başvuru yapılabilir. Ancak Kurum, telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ihtimali bulunan hâllerde, bu şartı aramadan başvuruları kabul edebilir (m.17/2). Ancak Kanuna göre İş Kanunun 5'inci maddesi kapsamına giren ayrımcılık iddialarına ilişkin başvurular, İş Kanunu ve ilgili mevzuatında belirlenen şikâyet usulleri izlendikten sonra herhangi bir yaptırım kararı alınmadığı hâllerde yapılabilir. İnceleme sonucunda Kurul, insan hakları veya ayrımcılık yasağı ihlali yapılıp yapılmadığına ilişkin karar verir. Kurul, konusu suç teşkil eden insan hakları veya ayrımcılık yasağı ihlallerini tespit ettiği takdirde, bunlarla ilgili suç duyurusunda bulunur (m.18/5)[17]. Münhasıran ayrımcılık yasağının ihlali iddiasıyla Kuruma yapılan başvurularda, başvuranın iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması hâlinde, karşı tarafın ayrımcılık yasağını ve eşit muamele ilkesini ihlal etmediğini ispat etmesi gerekir (m.21). Ayrımcılık yasağının ihlali hâlinde, bu ihlalin etki ve sonuçlarının ağırlığı, failin ekonomik durumu ve çoklu ayrımcılığın ağırlaştırıcı etkisi dikkate alınarak ihlalden sorumlu olan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri hakkında bin Türk lirasından on beş bin Türk lirasına kadar idari para cezası uygulanır (m.25/1).

TİHEKK kapsamında, ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği hâller de sayılmıştır. Buna göre istihdam ve serbest meslek alanlarında, zorunlu mesleki gerekliliklerin varlığı hâlinde amaca uygun ve orantılı olan farklı muamele ayrımcılık sayılmayacaktır[18]. Dolayısıyla örneğin öncesinde yer ve su altı işlerinde çalışan ancak daha sonra çalıştırılmayan ya da fiziki imkânsızlık yüzünden eski işini yapamayan engelli işçi, ayrımcılık iddiasında bulunamayacaktır.

1.5. İşverenin Engelli İşçi Çalıştırma Zorunluluğuna Etkisi

İş sözleşmesinin devamı sırasında engelli hale gelen işçiyle alakalı bir diğer özellik arz eden durum, sonradan engelli hale gelen işçinin statüsünün, işverenin engelli ve eski hükümlü çalıştırma zorunluluğuna yapacağı etkidir.

İş Kanunu'na göre işverenler, elli veya daha fazla işçi (tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde elli bir veya daha fazla işçi[19]) çalıştırdıkları özel sektör işyerlerinde[20] yüzde üç engelliyi, kamu işyerlerinde ise yüzde dört engelliyi… meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırmakla yükümlüdürler[21]. Aynı il sınırları içinde birden fazla işyeri bulunan işverenin bu kapsamda çalıştırmakla yükümlü olduğu işçi sayısı, toplam işçi sayısına göre hesaplanır (m.30/1)[22].

[18] Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 12.05.2011, E.2010/39684, K.2011/14489: "*Davacı vekilince müvekkilinin özürlü olduğu, bu nedenle işyerinde ayrımcılık yapılarak müvekkili ile aynı işi yapan işçilerden daha az ücret ödendiği iddiası açılan davanın sebebi olarak gösterilmediğine göre, Mahkemece davacı tarafça ileri sürülmediği halde davalı işverenin aynı işi yapan işçiler bakımından eşit davranma borcunu yerine getirmediği gerekçesiyle ve bu haliyle davacı talebiyle, mahkeme gerekçesi arasında çelişki yaratılarak davanın kabulüne karar verilmesi hatalı olduğu gibi ayrıca işçilere verilecek ücretin tespitinde kıdemin belirleyici unsur olarak kullanılmasını engelleyen yasal bir engel bulunmadığından sırf bu sebeple işverenin eşit davranma borcunu ihlal ettiği gerekçesine dayanılması da hatalı olup, davanın reddi yerine kabulüne karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.*" (E.T.:25.12.2019, Legalbank).

[19] YİYHHY m.10/1-b.

[20] YİYHHY m.10/2: *Bu maddenin uygulanması bakımından aşağıda sayılan kuruluşlar özel sektör işvereni olarak değerlendirilir.*

a) Mahalli idarelerin ve bağlı kuruluşlarının 13.1.2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kurdukları şirketler ile kooperatifler,

b) 15.11.2000 tarihli ve 4603 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası Anonim Şirketi ve Türkiye Emlak Bankası Anonim Şirketi Hakkında Kanun kapsamındaki bankalar, borsalar ve bunların müessese, teşebbüs, işletme ve iştirakleri ile sermayesinin tamamı Hazineye ait olup 4.2.1924 tarihli ve 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu ile kurulmuş kuruluşlar,

c) Kamu kurum ve kuruluşlarının vizeye tabi olmadan işçi çalıştırılan eğitim ve dinlenme tesisi, misafirhane, kreş, anaokulu, spor tesisi, yemekhane ve benzeri sosyal tesisleri,

[21] *Bu madde, 2008 yılında 5763 sayılı Kanun ile birlikte bu şekilde değiştirilmiştir. İlgili maddede değişikliğe gidilmeden önce kamu ve özel işyeri ayrımı yapılmaksızın işverenlerin %6 oranında engelli, eski hükümlü ve terör mağduru istihdam etme zorunluluğu vardı ve engelli istihdamının bu oranının yarısından az olamayacağı şeklinde düzenlemişti. Dolayısıyla engellilerin istihdamı, yapılan değişiklikle birlikte hem kamu ve özel işyeri ayrımı hem de oranının düşürülmesi kapsamında olumsuz etkilenmiştir* (Şen, M. (2018). Türkiye'de engellilere yönelik istihdam politikaları: sorunlar ve öneriler, Sosyal Güvenlik Dergisi, C:8, S:2, 146).

[22] *Engelli ve eski hükümlü çalıştırma zorunluluğuna aykırılık*

İş K. madde 101 - *Bu Kanunun 30'uncu maddesindeki hükümlere aykırı olarak engelli ve eski hükümlü çalıştırmayan işveren veya işveren vekiline çalıştırmadığı her engelli ve eski hükümlü ve çalıştırmadığı her ay için binyediyüz Türk Lirası idari para cezası verilir. Kamu kuruluşları da bu para cezasından hiçbir şekilde muaf tutulamaz.*

Engelli çalıştırma yükümlüğünün kapsamı maalesef İş Kanunu ve Deniş İş Kanununa tabi çalışan işçiler için geçerlidir[23].

Engelli çalıştırmakla yükümlü olan işyerlerinde çalıştırılması gereken engelli birey sayısı 2001 yılı itibariyle kamuda 10.496, özel sektörde 86.607 iken 2020 yılı Aralık sonu itibariyle bu sayı kamuda 17.011'e, özel sektörde 95.627'ye yükselmiştir. Bu işyerlerinde çalışan engelli sayısı 2002 yılında kamuda 16.668, özel sektörde 28.953 iken, 2020 Aralık sonu itibariyle kamuda 16.366, özel sektörde ise 91.676'ya yükselmiştir[24].

Kanuna göre bu kapsamda çalıştırılacak işçilerin nitelikleri, hangi işlerde çalıştırılabilecekleri, bunların işyerlerinde genel hükümler dışında bağlı olacakları özel çalışma ile mesleğe yöneltilmeleri, mesleki yönden işverence nasıl işe alınacakları, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir (İş K. m.30/3). Söz konusu çalıştırma zorunluluğu ile ilgili olarak "Yurtiçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelik" (YİYHHY) yayınlanmıştır. Bu Yönetmeliğe göre engelli, *"doğuştan ya da sonradan herhangi bir nedenle bedensel, zihinsel, ruhsal, duyusal ve sosyal yeteneklerini çeşitli derecelerde kaybetmesi nedeniyle toplumsal yaşama uyum sağlama ve günlük gereksinimlerini karşılamada güçlükleri olan ve korunma, bakım, rehabilitasyon, danışmanlık ve destek hizmetlerine ihtiyaç duyan kişilerden tüm vücut fonksiyon kaybının en az yüzde kırk olduğu sağlık kurulu raporu ile belgelenenleri"* ifade etmektedir (YİYHHY m.3/1-e). Dolayısıyla yüzde kırkın altında engelliliği olan işçi açısından İş Kanunu 30'uncu madde hükümleri uygulanmayacaktır.

Yönetmelikteki tanım, EHK'deki ve TİHEKK'deki engelli tanımına göre daha dar bir kısmı kapsamaktadır. Yönetmelikte, iki Kanundaki tanıma ek olarak "*tüm vücut fonksiyon kaybının en az yüzde kırk olduğu sağlık kurulu raporu ile belgelenenler"* şartı bulunmaktadır. Kanunda yönetmeliğin hangi hususları düzenleyeceği açıkça belirtilmiş ve Kanundaki atfa uygun olarak da bir engellilik oranı belirlenmiştir. Dolayısıyla yönetmelikteki tanım ile diğer Kanunlardaki engelli tanımının farklılığı hukuka aykırılık addedilemez.

Kural olarak işverenler, çalıştırmakla yükümlü oldukları işçileri Türkiye İş Kurumu aracılığı ile sağlarlar (İş K. m.30/3). Konumuzla alakalı olarak, çalışırken engelli kapsamına girenlerin durumu, YİYHHY'de ayrı bir maddeyle açıkça düzenlemiştir. Buna göre çalışırken engelli hale gelip de iş akdi feshedilmeyenler için tescil talebinde bulunulması halinde gerekli belgelerine istinaden Türkiye İş Kurumu'nca engelli olarak tescilleri yapılacaktır (m.16).

[23] Bkz. Köme Akpulat, A. (2019). İşverenin engelli işçi çalıştırma yükümlülüğü, İstanbul Hukuk Mecmuası, 77 (2), 536-537.

[24] Engelli ve Yaşlı İstatistik Bülteni (EYİB), Engelli ve Yaşlı Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Şubat 2021, ailevecalisma.gov.tr, s.12; https://www.ailevecalisma.gov.tr/media/73073/eyhgm_istatistik_bulteni_subat2021.pdf

İşçiyi engelli hale geldikten sonra onu çalıştırmaya devam eden işveren, bu işçilerle ilgili olarak, engelli çalıştırma zorunluluğu kontenjanı içinde de olsa bu kontenjanın üzerinde de olsa, İş Kanunu'nda bahsi geçen sosyal sigortalara ilişkin avantajlardan faydalanılabilecektir[25].

Kanuna göre işyerinin işçisi iken engelli hâle gelenlere öncelik tanınacağı belirtilmiştir (İş K. m.30/2,son). Bu hüküm açısından engelliliğe yol açan olayın mutlaka işle ilgili olması gerekmez.

2. Sonradan Engelliliğin İş Sözleşmesinin Sona Ermesine Etkisi

2.1. İş Sözleşmesinin Fesih Dışında Sona Ermesine Etkisi

2.1.1. Tarafların Anlaşması

İş sözleşmesi, taraflarca anlaşılarak istenilen zamanda sona erdirilebilir. Buna uygulamada ikale ismi verilmektedir. Mevzuatta işçinin engelli olmasının ikaleye engel olacağı yönünde bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak kanaatimizce dikkat edilmesi gereken husus, zihinsel ve ağır bedensel engeli bulunan işçinin sözleşmesinin ikale ile sona erdirilmesindedir[26]. Bu halde her türlü kötü niyet ve istismar durumu araştırılmalı, engelli işçinin ikaleden makul yararı daha titizlikle gözetilmelidir. Özellikle yeni bir işe yerleşmesi diğer işçilere göre daha zor olan engelli işçilerin hangi güdülemeyle ikaleyi tercih ettiği değerlendirilmelidir[27]. Örneğin ibranameyle ilgili bir kararında Yargıtay'a göre, *"görme özürlü kişilere imzalattırılan belgelerin okunarak ve mümkün olduğunca 3.kişi yanında imzalattırılması gerekir. Anılan ibraname bu nitelikleri taşımadığından*

[25] İş K. m.30/6: *Özel sektör işverenlerince bu madde kapsamında çalıştırılan 17.7.1964 tarihli ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa tabi engelli sigortalılar ile 1.7.2005 tarihli ve 5378 sayılı Kanunun 14 üncü maddesinde belirtilen korumalı işyerlerinde çalıştırılan engelli sigortalıların, aynı Kanunun 72'nci ve 73'üncü maddelerinde sayılan ve 78'inci maddesiyle belirlenen prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanan sigorta primine ait işveren hisselerinin tamamı, kontenjan fazlası engelli çalıştıran, yükümlü olmadıkları halde engelli çalıştıran işverenlerin bu şekilde çalıştırdıkları her bir engelli için prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanan sigorta primine ait işveren hisselerinin tamamı Hazinece karşılanır. İşveren hissesine ait primlerin Hazinece karşılanabilmesi için işverenlerin çalıştırdıkları sigortalılarla ilgili olarak 506 sayılı Kanun uyarınca aylık prim ve hizmet belgelerinin yasal süresi içerisinde Sosyal Güvenlik Kurumuna verilmesi ve sigortalıların tamamına ait sigorta primlerinin sigortalı hissesine isabet eden tutarı ile Hazinece karşılanmayan işveren hissesine ait tutarın ödenmiş olması şarttır. Bu fıkraya göre işveren tarafından ödenmesi gereken primlerin geç ödenmesi halinde, Hazinece Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılacak ödemenin gecikmesinden kaynaklanan gecikme zammı, işverenden tahsil edilir. Hazinece karşılanan prim tutarları gelir ve kurumlar vergisi uygulamalarında gider veya maliyet unsuru olarak dikkate alınmaz. Bu fıkrada düzenlenen teşvik, kamu idareleri hariç 506 sayılı Kanun kapsamındaki sigortalılara ilişkin matrah ve oranlar üzerinden olmak üzere, 506 sayılı Kanunun geçici 20'nci maddesi kapsamındaki sandıkların statülerine tabi personeli için de uygulanır. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Maliye Bakanlığı ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ve Hazine Müsteşarlığı tarafından müştereken belirlenir.*

[26] Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 04.04.2005, E.2004/22169, K.2005/11994, E.T.:25.12.2019, Legalbank).

[27] Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, 06.11.2018, E.2016/18211, K.2018/23665, *"İşçi zekâ geriliği nedeniyle özürlü kadrosunda çalışmaktadır. İşçinin kendisine çıkış belgesi imzalatıldığını iddia ettiği, el yazısı ile yazılmış dilekçede; " çalıştığım firmanızdan başka bir firmada işe başlayacağımdan firmanızdan herhangi bir alacağımın kalmadığını taahhüt eder istifamın kabulünü rica ederim 31.12.2011 ... T.C. No: imza " şeklinde yazılı olduğu, istifa dilekçesinin düzgün cümlelerle şirket tam adıyla ve adresiyle yazıldığı, ayrıca başka bir firmada işe başlayacağımdan ibaresinin yazıldığı, zihinsel engelli olduğu sağlık raporu ile sabit olan davacının bu dilekçeyi kendisinin yazmadığı davacıya çıkış belgesi adı altında imzalatıldığı, davacının iradesinin sakatlandığı anlaşılmıştır. Davacı başka bir firmada işe başlamamıştır. İşçinin kıdem ve ihbar tazminatı talebinin kabulü gerekmektedir."* (E.T.25.12.2019, Legalbank)

geçerli kabul edilemez. Kaldı ki çelişkili olduğu ve itibar edilemeyeceği mahkemece de tespit edilmiştir." Bu kaidenin ikale sözleşmesinde de aranacağına kuşku yoktur.

2.1.2. Belirli Süreli İş Sözleşmesinde Sürenin Dolması

Kural olarak belirli süreli olarak yapılan bir iş sözleşmesi, sürenin bitmesiyle kendiliğinden sona erer. Bu durumda işçinin baştan beri ya da sonradan engelli olması bir fark yaratmaz. Ancak, belirli süreli iş sözleşmesi yapmak için gerekli olan objektif koşullar devam ettiğinde, diğer işçilerle yeni sözleşmeler yapılırken, engelli işçinin sözleşmesinin yenilenmemesi durumunda ayrımcılık söz konusu olabilir. Bu ihtimalde, iş sözleşmesi belirli süreli olduğu için iş güvencesi hükümleri uygulanamayacaktır ancak İş K. m.5'teki ayrımcılık tazminatına yönelik bir talep söz konusu olabilir. Böyle durumda işveren, sözleşmenin yenilenmemesini objektif olarak haklı göstermeli, en azından iş güvencesi sistemindeki geçerli bir sebebin varlığı benzeri bir sebep ortaya koymalıdır.

2.2. İş Sözleşmesinin Fesihle Sona Ermesine Etkisi

2.2.1. İşçinin İş Sözleşmesini Feshi

2.2.1.1. Bildirimli Fesihte: İş K. m.17/1'e göre belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinden önce durumun diğer tarafa bildirilmesi gerekir. İş sözleşmeleri; işi altı aydan az sürmüş olan işçi için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak iki hafta sonra, işi altı aydan bir buçuk yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak dört hafta sonra, işi bir buçuk yıldan üç yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak altı hafta sonra, işi üç yıldan fazla sürmüş işçi için, bildirim yapılmasından başlayarak sekiz hafta sonra feshedilmiş sayılır. Benzer bildirim sürelerine TBK m.432/2'de de yer verilmiştir. Buna göre TBK'ye tabi hizmet sözleşmesi; bildirimin diğer tarafa ulaşmasından başlayarak, hizmet süresi bir yıla kadar sürmüş olan işçi için iki hafta sonra; bir yıldan beş yıla kadar sürmüş işçi için dört hafta ve beş yıldan fazla sürmüş işçi için altı hafta sonra sona erer.

İşçi, sonradan engelli hale geldiğinde eğer işi bırakmak arzusundaysa (haklı nedenle derhal fesih durumu da yoksa) 17'nci maddedeki ihbar sürelerine uyarak iş sözleşmesini feshedebilecektir. İş K. m.18 vd.'da düzenlenen "fesih için geçerli bir sebebe dayanma" koşulların varlığı, işverenin yapacağı fesihlerde arandığı için işçi, burada geçerli bir sebebe dayanmak zorunda da değildir.

2.2.1.2. Haklı Nedenle Derhal Fesihte: İş Kanunu m.24/1-a'ya göre *iş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olursa işçi, iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemeksizin feshedebilir.* Dolayısıyla işyeri koşullarından kaynaklanmayan sebepler işçi yönünden haklı fesih nedeni olmayacaktır[28]. Tehlikeli olma durumunun sebebi işin niteliği ile ilgili değilse, işçinin bu bent

[28] Bkz. Uşan, F. (2008). İşçinin kendisinin işi ile ilgili olmayan bir hastalığa yakalanması, haklı fesih nedeni sayılıp, kıdem tazminatına hak kazandıran bir durum mudur? Çalışma ve Toplum, 2008/2, 215.

kapsamında haklı nedenle fesih hakkı doğmaz[29]. Sonradan engelli hale gelen işçinin daha önce çalışırken yaptığı iş, işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olursa, bu madde uyarınca fesih hakkını kullanabilecektir. Ancak dikkat etmek gerekir ki, iş sözleşmesinin devamı sırasında engelli hale gelen işçinin, tekrar işine dönerken, İSGK uyarınca işe uygun olduğunu belgeleyen gerekli kontrolleri ve raporları alması şarttır. Dolayısıyla bir işçi için sonradan engelli olmaktan dolayı İş K. m.24/1-a'ya göre fesih ihtimali kolayca gerçekleşmez. Ancak çalışmaya başladıktan sonra, işçinin engellilik durumunda, işin niteliğinde veya işin niteliği dolayısıyla sağlığı ve yaşayışı olumsuz etkileyecek bir değişiklik mevzubahis olursa, bu ihtimal gündeme gelebilecektir. Durumun aynı zamanda sağlık kuruluşlarınca da belgelendirilmesi gerekir.

İşçinin, engellilikten dolayı ayrımcılığa uğraması da haklı nedenle İş K. m.24/2 ve TBK m.435 gereği derhal fesih sebebidir. Bu durumda koşulların varlığına göre, İş K. m.5 ve m.17'deki tazminatlara hükmedilebilir.

İşçinin sonradan engelli olmasına sebep olan olay, işverenin kusurundan kaynaklanmışsa, işçi yine haklı sebeple derhal fesih hakkını kullanabilir ve koşullara göre maddi ve manevi tazminat talep edebilir.

2.2.2. İşverenin İş Sözleşmesini Feshi

2.2.2.1. Bildirimli Fesihte

2.2.2.1.1. İş güvencesi kapsamı dışındaki engelli işçinin iş sözleşmesinin feshi: İş Kanunu ve TBK'deki ihbar süreleri, aynı zamanda işverenin iş sözleşmesini bildirimli feshinde de uygulanır. Kural olarak, iş güvencesi kapsamı dışındaki işçilerin iş sözleşmelerinin feshinde sebep gösterme zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak bunun sınırı yine aynı maddede düzenlenen fesih hakkının kötü niyetle kullanılmasıdır.

İş Kanunu m.17/6'daki düzenleme iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçiler için düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre, iş güvencesi hükümlerinin uygulanma alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir. Bu durumda İş K. m.17'nin yanında İş K. m.5'teki tazminatın aynı anda istenip istenemeyeceği tartışma konusudur. Bazı yazarlar[30] aynı eylemden dolayı iki ayrı tazminata hükmedilemeyeceğini savunurken, bazı yazarlar[31] işçinin bu iki tazminat türü arasında seçim yapabilmesini, bazıları[32] ise iki tazminatın birlikte talep edilebileceğini

[29] Ekmekçi ve Yiğit, 660-661.

[30] Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s.467: *"işveren fesih hakkını kötüye kullandığında sadece 17'nci maddedeki tazminatın uygulanması gerekir.";* Senyen-Kaplan, T. E. (2018). Bireysel iş hukuku, Ankara: Gazi Kitabevi, 271; ayrıca bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 29.11.2013, 29053/27095 (Sümer, H. H. (2019). İş hukuku uygulamaları, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 111).

[31] Sümer, 111.

[32] Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, 202; Süzek, 467; Güven ve Aydın, 241.

savunmaktadır. Yargıtay vermiş olduğu bir kararda aynı fesih sebebine bağlı olarak iki ayrı tazminata hükmedilebilmesinin ancak kanunun açıkça cevaz verdiği hallerde mümkün olduğunu, Kanun hükümlerinden bu sonuca ulaşılamadığını ve işçi lehine olan tazminata hükmedilmesi gerektiğini belirtmiştir[33].

Yargıtay kararlarında, ayrımcılığa maruz kalan ve iş güvencesine tabi işçiler açısından ayrımcılığın, işe iade süreci sonunda belirlenen tazminatın değerlendirilmesinde dikkate alınacağı ifade edilmiştir[34]. Dolayısıyla ayrımcılık eylemi, doğrudan olmasa bile dolaylı olarak tazminat miktarını arttırmaktadır. Kanaatimizce iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayan işçi, ayrımcılığa uğradığında İş K. m.17/6'daki kötü niyet tazminatı yanında İş K. m.5'deki tazminatı da talep edebilmeli ve iş güvencesi hükümlerine tabi işçi gibi bu artıştan yararlanabilmelidir. Hâkim, nasıl ki işe iade sürecinde tazminatın miktarına karar verirken ayrımcılığı değerlendirmeye katıyorsa, burada da kötü niyet tazminatının yanında ayrımcılık tazminatına da aynı saikle karar vermelidir. Dolayısıyla ayrımcılığa uğrayan iş güvencesine sahip işçi ile sahip olmayan işçi arasında hükmedilecek tazminat miktarları benzer olacaktır.

2.2.2.1.2. İş güvencesi kapsamındaki engelli işçinin iş sözleşmesinin feshi: İş K. 18'inci maddesi ilk fıkrasına göre otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır.

Burada akla gelen soru, işçinin sonradan engelli hale gelmesinin geçerli bir fesih sebebi oluşturup oluşturmayacağıdır. İş K. m.18/3'de hangi hallerin geçerli sebep oluşturmayacağı da sayılmıştır. Buna göre ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler fesih için geçerli sebep oluşturmaz. Engellilik bu sebepler arasında ismen sayılmasa da fıkrada geçen "benzeri nedenler" kavramına dâhil olacağına şüphe yoktur.

Sonradan engelli hale gelme durumunda, işçinin verimi fizyolojik ya da psikolojik faktörlerle az ya da çok etkilenebilir. Bu durumda da işçinin yeterliliği tartışma konusu olabilir. Dikkat edilmesi gereken nokta şudur: İşçi, işe girerken engelli değildir. Dolayısıyla verim konusunda engelli olmadan önceki haline göre bir kıyas yapmak mümkün olabilecektir. Yoksa işe engelli olarak girilseydi, işçinin ilk haliyle arada bir fark olmadığı için kıyas yapılması mantıksız olacaktır. Yargıtay'a göre engelli olmasına rağmen işe alınan işçinin verimi engelliliği oranında

[33] Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, 29.11.2013, E.2012/29053, K.2013/27095 (Erişim: 25.05.2021, Legalbank)

[34] Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E.2015/18355, K.2015/26031, 17.09.2015: *"fesihte işe başlatmama tazminatının fesih sebebine göre belirlenmesi, ayrımcılığı da yaptırıma bağlayacaktır"* (ErişimT.:24.12.2019, lexpera.com.tr); Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 14.04.2016, E.2015//29051, K.2016/9441: *"davacının iş sözleşmesinin hamileliği nedeniyle feshedildiği anlaşıldığından işe başlatmama tazminatının fesih nedenine göre alt sınırdan uzaklaşılarak 6 aylık ücreti tutarında belirlenmesi gerekirken 4 aylık ücreti tutarında belirlenmesi hatalıdır";* Aynı yönde bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 14.04.2016, E. 2015/29051 K. 2016/9441 (Erişim: 24.12.2019, kazancı.com.tr).

değerlendirilmelidir[35]. Değerlendirdiğimiz ihtimalde sonradan oluşan engellilik, engelli olmadan önceki iş performansını olumsuz etkilemişse, bu durum işveren tarafından objektif olarak ispatlanmışsa, fesihte son çare ilkesine ve gerekli usulü şekle de uyulmuşsa, artık geçerli fesih hukuka uygun sayılmalıdır. Onun dışında sadece sonradan engelli hale gelmek, somut olarak işyerinde işin akışını etkileyecek derecede iş verimine olumsuz yansımadığı sürece işçinin yetersizliğinden dolayı geçerli fesih nedeni sayılmaz.

2.2.2.2. Haklı Nedenle Fesihte: İşçinin sonradan engelli hale gelmesi, işverene tek başına haklı nedenle fesih imkânı sağlamaz. Ancak durumla ilgili bazı ihtimaller Kanunda düzenlenmiştir.

İş Kanunu m.25/1-a'ya göre işçinin kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa yakalanması veya engelli hâle gelmesi durumunda, bu sebeple doğacak devamsızlığın ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş gününden fazla sürmesi haklı nedenle fesih sebebi sayılmıştır. Burada işçinin kastından amaç, onun hastalık veya sakatlığa yol açan olayı bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesidir. İşçinin derli toplu olmayan yaşayışı, örneğin gece hayatına düşkünlüğü ve bunun sonucunda hastalanmasıdır. İşçinin içkiye düşkünlüğü onun alkollü içki kullanmayı alışkanlık haline getirmiş bulunmasını ifade eder[36]. Şayet söz konusu engellilik işçinin bu sayılan davranışları sebebiyle meydana gelmişse ve belirtilen devamsızlık sayısına ulaşılmışsa, işveren haklı nedenle derhal fesih hakkını kullanabilir.

İş K. m.25/1-a'da sayılan sebepler (kasıt – derli toplu olmayan yaşantı – içkiye düşkünlük) dışında, işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerinde, işveren için iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkı; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre İş K. 17'nci maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğar. Doğum ve gebelik hallerinde bu süre 74'üncü maddedeki sürenin[37] bitiminde başlar. Ancak işçinin iş sözleşmesinin askıda kalması nedeniyle işine gidemediği süreler için ücret işlemez (İş K. m.25/1-b, son paragraf). Bu halde eğer söz konusu olaylar işçinin engelliliği ile sonuçlanırsa işverenin fesih hakkı belirtilen sürelerin geçmesiyle kullanabilir.

Bu konuda spor federasyonlarının kendi düzenlemelerine de değinmek gerekir. Örneğin Türkiye Futbol Federasyonu Profesyonel Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatına göre futbolcunun futbol faaliyeti dışında vaki hastalık veya istirahat halinin altı ayı aşması kulübe fesih hakkı veren bir sebep olarak düzenlenmiştir (m.27/1-a). Sözleşme yapıldıktan sonra meydana

[35] Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 25.05.2009, E.2008/34233, K. 2009/14264 (Legalbank Erişim: 25.11.2019): *Davalı taraf, davacıyı engelli olmasına rağmen işe almıştır. Engelli işçinin verimi nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için engellilik oranında bir performans beklenmelidir. Beklenen bu performansın altında bir çalışma yapılmışsa, bunun somut verilerle kanıtlanması gerekir. Genel ifadelere dayanan fesih gerekçesi haksızdır.*

[36] Süzek, 680.

[37] Madde 74/1, ilk ve ikinci cümle: *"Kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam on altı haftalık süre için çalıştırılmamaları esastır. Çoğul gebelik halinde doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta süre eklenir."*

gelecek olan engellilik hali de bu kapsama dâhildir. Aynı kural, basketbol[38] ve farklı sürelerle voleybol[39] dallarında da vardır.

İşçinin sonradan engelli olmasına sebep olan olay, aynı zamanda işyerine zarar vermişse, belirli şartların varlığı halinde işverene haklı nedenle derhal fesih imkânı verebilir. İş K. m.25/2-(ı)'ya göre işçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması haklı nedenle derhal fesih nedenidir. Burada engelliliğe sebep olan ve aynı zamanda işyerine zarar veren olayın, işçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden meydana gelmesi gerekir. İşçinin olayda kusuru yoksa ya da söz konusu makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratma yoksa haklı nedenle derhal fesih hakkı doğmaz.

Sonuç

Çalışmamızda bir işçinin sonradan engelli hale gelmesi durumunun iş sözleşmesini nasıl etkileyeceği, tarafların birbirlerine karşı olan yükümlülükleri ve sözleşmenin sona erdirilmesi bağlamında araştırılmıştır.

Sonradan engelli hale gelen işçinin durumunu kolaylaştıracak iyileştirmeler hususunda, işyerinin hukuki veya fiziki imkânsızlığının olup olmaması, iyileştirmenin niteliği ve işverenin ekonomik durumu da hesaba katılmalıdır.

İşçi, engelli hale gelmeden önce yaptığı işi yapamayacak durumdaysa ve işyerindeki diğer işlerde çalışmasında bir engel yoksa işveren tarafından yapılacak iş değişikliği teklifini kabul etmelidir. Bu değerlendirme yapılırken de teklif edilen işin daha önce yapılan işin statüsüne ve özlük haklarına yakın olup olmaması da önemlidir. İşyerinde daha fazla istihdam imkânı yokken, sırf engelli hale gelen işçinin iş sözleşmesini ayakta tutmak adına yapılan, işçinin eski statüden nispeten düşük olsa da makul tekliflerin işçi tarafından kabul edilmesi beklenebilir.

Akdedilmiş bir rekabet yasağı sözleşmesi, kanunun aradığı tüm şartlara uysa da işçinin sonradan engelliliği somut olayın özelliklerine göre rekabet yasağının sınırlama sebebi olabilir. Sonradan engelli hale gelip işyeri koşulları nedeniyle olumsuzluklara maruz kalan bir işçinin, söz konusu engelin etkilerini azaltacak ya da eski durumuna yakın ücret ve statüde bir iş için rekabet yasağı sözleşmesine aykırı davranması durumunda hâkim rekabet yasağı sözleşmesini sınırlayabilmelidir.

[38] Türkiye Basketbol Federasyonu Sözleşmeli Basketbolcular Lisans, Tescil ve Transfer Talimatı m.32/1-a: *"Sözleşmeli basketbolcunun; basketbol faaliyeti dışında vaki hastalık ve istirahat halinin altı ayı geçmesi veya geçeceğinin önceden tam teşekküllü bir hastaneden alınacak heyet raporuyla anlaşılması"*

[39] Türkiye Voleybol Federasyonu Sporcu Tescil, Lisans ve Transfer Talimatı m.37.1: *"sporcunun, voleybol faaliyeti dışında vaki hastalık ve istirahat halinin üç ayı geçmesi …"*

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'ndaki "risk değerlendirmesi, kontrol, ölçüm ve araştırma" başlıklı 10'uncu maddesine göre, risk değerlendirmesi yapılırken dikkate alınması gerekenler arasında engellilik de özellikle sayılmıştır.

Eşitlik davranma borcunun dayanakları Anayasanın 10'uncu ve İş K.'nin 5'inci maddeleri yanı sıra Engelliler Hakkında Kanun'a göre de "…önerilen çalışma süreleri ve şartları ile istihdamın sürekliliği, kariyer gelişimi, sağlıklı ve güvenli çalışma koşulları dâhil olmak üzere istihdama ilişkin hiçbir hususta engelliliğe dayalı ayrımcı uygulamalarda bulunulamaz. Çalışan engellilerin aleyhinde sonuç doğuracak şekilde, engelinden dolayı diğer kişilerden farklı muamelede bulunulamaz".

İşverenin engelli işçi çalıştırma zorunluluğu yönünden, çalışırken engelli kapsamına girenlerin durumu, ilgili Yönetmelik'te ayrı bir maddeyle açıkça düzenlemiştir. Buna göre çalışırken engelli hale gelip de iş akdi feshedilmeyenler için tescil talebinde bulunulması halinde gerekli belgelerine istinaden Türkiye İş Kurumu'nca engelli olarak tescilleri yapılacaktır (m.16).

Eğer sonradan engelli işçinin iş sözleşmesi ikale ile sona eriyorsa, işçinin ikaleden makul yararı daha titizlikle gözetilmelidir. Özellikle yeni bir işe yerleşmesi diğer işçilere göre daha zor olan engelli işçilerin hangi güdülemeyle ikaleyi tercih ettiği değerlendirilmelidir.

Belirli süreli iş sözleşmesi yapmak için gerekli olan objektif koşullar devam ettiğinde, diğer işçilerle yeni sözleşmeler yapılırken, engelli işçinin sözleşmesinin yenilenmemesi durumunda ayrımcılıktan bahsedilebilir. Bu ihtimalde, iş sözleşmesi belirli süreli olduğu için iş güvencesi hükümleri uygulanamayacaktır ancak İş K. m.5'teki ayrımcılık tazminatına yönelik bir talep söz konusu olabilir.

İşçi, sonradan engelli hale geldiğinde eğer işi bırakmak arzusundaysa (haklı nedenle derhal fesih durumu da yoksa) 17'nci maddedeki ihbar sürelerine uyarak iş sözleşmesini feshedebilecektir.

Sonradan engelli hale gelen işçinin daha önce çalışırken yaptığı iş, işin niteliğinden doğan bir sebeple iş sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olursa, İş Kanunu m.24/1-a uyarınca fesih hakkını kullanabilecektir. Ancak dikkat etmek gerekir ki, iş sözleşmesinin devamı sırasında engelli hale gelen işçinin, tekrar işine dönerken, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu uyarınca işe uygun olduğunu belgeleyen gerekli kontrolleri ve raporları alması şarttır. Dolayısıyla bir işçi için İş K. m.24/1-a'ya göre fesih, "sonradan engelli olma"dan dolayı kolayca gerçekleşmez. Ancak çalışmaya başladıktan sonra, işçinin engellilik durumunda işin niteliği dolayısıyla sağlığı ve yaşayışı olumsuz etkileyecek bir değişiklik mevzubahis olursa bu ihtimal gündeme gelebilecektir.

İş güvencesi kapsamı dışında kalan işçinin iş sözleşmesi ihbar süresine uyularak feshedilebilir. Ancak bu durum kötü niyet barındırıyor da olabilir. Yargıtay kararlarında, ayrımcılığa maruz kalan iş güvencesine tabi işçiler açısından ayrımcılığın, işe iade süreci sonunda belirlenen tazminatın değerlendirilmesinde dikkate alınacağı ifade edilmiştir. Dolayısıyla ayrımcılık eylemi, doğrudan olmasa bile dolaylı olarak tazminat miktarını arttırmaktadır. Kanaatimizce iş güvencesi

hükümlerinden yararlanamayan işçi, ayrımcılığa uğradığında İş K. m.17/6'daki kötü niyet tazminatı yanında İş K. m.5'deki tazminatı da talep edebilmeli ve iş güvencesi hükümlerine tabi işçi gibi bu artıştan yararlanabilmelidir. Hâkim nasıl ki işe iade sürecinde tazminatın miktarına karar verirken ayrımcılığı değerlendirmeye katıyorsa, burada da kötü niyet tazminatının yanında ayrımcılık tazminatına da aynı saikle karar vermelidir. Dolayısıyla ayrımcılığa uğrayan iş güvencesine sahip işçi ile sahip olmayan işçi arasında hükmedilecek tazminat miktarları benzer olacaktır.

Sonradan oluşan engellilik, engelli olmadan önceki iş performansını olumsuz etkilemiş, bu durum işveren tarafından objektif olarak ispatlanmış, fesihte son çare ilkesine ve gerekli usulü şekle de uyulmuşsa, artık geçerli fesih hukuka uygun sayılmalıdır. Onun dışında sadece sonradan engelli hale gelmek, somut olarak işyerinde işin akışını etkileyecek derecede iş verimine olumsuz yansımadığı sürece işçinin yetersizliğinden dolayı geçerli fesih nedeni olmayacaktır.

İşçinin sonradan engelli hale gelmesi, İş K. m.25/1-a'da sayılan koşullarla birlikte işverene haklı nedenle fesih imkânı verecektir. Bununla birlikte işçinin sonradan engelli olmasına sebep olan olay, aynı zamanda işyerine zarar vermişse, belirli şartların varlığı halinde işverene haklı nedenle derhal fesih imkânı verebilir.

Kaynakça

Akyiğit, E. (2016). İş hukuku, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Baskan, Ş. E. (2012). 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde rekabet yasağı sözleşmesi, Hacettepe Hukuk Fak. Derg., 2(2).

Baybora, D. (2010). Çalışma hayatında özürlülere karşı ayrımcılık, Journal of Social Policy Conferences. 0(51): 230-269.

Çelik, N., Caniklioğlu, N. ve Canbolat, T. (2018). İş hukuku dersleri, İstanbul, Beta Yayıncılık.

Demir, F. (2016). İş hukuku ve uygulaması. İzmir: Albi Yayınları.

Dulay Yangın, D. ve Doğan, S. (2019). Özel bir risk grubu olarak engelli çalışanlara yönelik alınması gereken iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin hukuki çerçevesi. Sicil İş Hukuku Dergisi, S:42, 110-127.

Ekmekçi, Ö. ve Yiğit, E. (2020). Bireysel iş hukuku dersleri, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık.

Eyrenci, Ö., Taşkent, S. ve Ulucan, D. (2019). Bireysel iş hukuku, İstanbul, Beta Yayıncılık.

Güler, Z. (2015). Özel politika gerektiren grupların iş yaşamındaki sağlık ve güvenlik riskleri ile kontrol tedbirleri. Çalışma Dünyası Dergisi, S.2015/2, 117-134.

Güven, E. ve Aydın, U. (2020). Bireysel iş hukuku, Eskişehir-İstanbul: Nisan Kitabevi.

Karagöz, V. (2012). İş hukukunda ayrımcılık tazminatı. Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2012 [V] 1, 57-76.

Köme Akpulat, A. (2019). İşverenin engelli işçi çalıştırma yükümlülüğü, İstanbul Hukuk Mecmuası, 77 (2), 523-553.

Mamatoğlu, N. ve Tasa, H.(2018). Engelliye yönelik ayrımcılık ve iş yerinde engelli. Türkiye Klinikleri J Psychol-Special Topics 2018; 3(1):1-10.

Mollamahmutoğlu, H., Astarlı, M. ve Baysal, U. (2018). İş hukuku ders kitabı Cilt: 1, bireysel iş hukuku, Ankara: Lykeion Yayıncılık.

Narmanlıoğlu, Ü. (2014). Ferdi iş ilişkileri, İstanbul: Beta Yayıncılık.

Özdemir, E. (2020). İş sağlığı ve güvenliği hukuku dersleri. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Senyen-Kaplan, T. E. (2018). Bireysel iş hukuku, Ankara: Gazi Kitabevi.

Sulu M. (2017). Rekabet yasağı sözleşmeleri. MÜHF - HAD, C.22, S.2, 575-600;

Sümer, H. H. (2019). İş hukuku uygulamaları, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Süzek, S. (2018). İş hukuku. İstanbul: Beta Yayıncılık.

Şen, M. (2018). Türkiye'de engellilere yönelik istihdam politikaları: sorunlar ve öneriler, Sosyal Güvenlik Dergisi, C:8, S:2, 129-152.

Uşan, F. (2008). İşçinin kendisinin işi ile ilgili olmayan bir hastalığa yakalanması, haklı fesih nedeni sayılıp, kıdem tazminatına hak kazandıran bir durum mudur? Çalışma ve Toplum, 2008/2, 215Uşan, F. (2011). Rekabet yasağı sözleşmesinin taşıması gereken şartlar ve bunun geçerliliği meselesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, S:21, 116-128;

Yuvalı, E. (2014). Çalışma yaşamında engellilerin ayrımcı muamelelerden korunması. Uluslararası Sosyal ve Ekonomik Bilimler Dergisi, International Journal of Social and Economic Sciences 4 (1): 52-57.

UZMAN ARABULUCULUK UYGULAMASININ YARATACAĞI USÛLÎ SORUNLAR

Dr. Öğr. Üyesi Zeynep Bahadır[1]
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
ORCID NO: 0000-0002-7293-8060

Öz

İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3'üncü maddesi, Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesi ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 73/A maddesi hükümleri kapsamında hukuk sistemimize bazı uyuşmazlıklar bakımından dava şartı olarak arabulucuya başvuru zorunluluğu getirilmiştir. Ayrıca Adalet Bakanlığı tarafından, dava şartı olarak arabulucuya başvuru zorunluluğu olan bu uyuşmazlıklarda, uyuşmazlıklarının daha hızlı çözülmesine katkı sağlayacağı düşüncesiyle uzman arabuluculuk uygulamasına başlanmıştır. Bu kapsamda Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 6'ncı maddesi çerçevesinde Arabuluculuk Dairesi Başkanlığı'nca uyuşmazlık türlerine göre iş hukuku, ticaret hukuku ve tüketici hukuku, arabuluculukta genel uzmanlık alanları olarak belirlenmiş; banka ve finans hukuku, sigorta hukuku, inşaat hukuku, sağlık hukuku, fikrî ve sınaî haklar hukuku, enerji hukuku ve spor hukukuna yönelik ise özel uzmanlık alanları oluşturulmuştur.

Arabuluculukta uzmanlaşma ve arabulucunun ilgili alanda sertifika almış olma zorunluluğuyla birlikte arabulucunun önüne gelen uyuşmazlık bakımından hukukî vasıflandırma yapması artık zorunluluktur. Zira somut uyuşmazlıkta genel uzmanlık alanlarıyla özel uzmanlık alanlarının konuları iç içe geçmiş durumda olabilir. Bu ihtimalde, uzman arabuluculuk uygulamasının meydana getirebileceği birtakım usûlî sorunlar vardır. Bu sorunlardan en önemlisi, arabulucunun, uyuşmazlığın kendi uzmanlık alanına değil, başka bir uzmanlık alanına girmesi sebebiyle başvuruyu reddetmesi ve görevden çekilmesidir. Böyle bir ihtimalde uzmanlık alanlarının kapsam ve sınırlarının belirlenmesi hususu, medenî usûl hukukundaki mahkemelerin görev uyuşmazlıkları gibi bir sorunu meydana getirmektedir. Uzman arabuluculuk uygulamasının meydana getireceği sorunlara bir diğer örnek ise, zorunlu arabuluculuk uygulamasının hak arama özgürlüğünü ölçüsüz bir şekilde sınırlandırma tehlikesi mevcutken, uzman arabuluculuk uygulaması ile hak arama özgürlüğünün daha da sınırlanması, adalete erişimin zorlaşması ve içerdiği karmaşık usûller nedeniyle hak aramadan yıldıran bir etkinin ortaya çıkmasıdır.

Arabulucunun taraflara, sadece çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması halinde çözüm önerisinde bulunabilmesi kuralı gereği (HUAK m.15/7), uzman arabuluculuk kurumunun ve *"uyuşmazlıklar karşısında taraflara daha süratli ve etkin çözüm önerileri sunabilme"* beklentisinin yerindeliği de tartışmaya açıktır.

Bu çalışmada öncelikle, uzman arabuluculuk uygulaması kapsamında meydana gelebilecek usûlî sorunlar tespit edilecek, daha sonra bu sorunlara çözüm önerileri sunulmaya çalışılacaktır.

[1] Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Doktor Öğretim Üyesi, e-posta: zeynep.bahadir@hbv.edu.tr

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, Uzman Arabulucu, Uzman Arabuluculuk, Dava Şartı Arabuluculuk, Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu

PROCEDURAL LAW ISSUES STEM FROM SPECIALIZATION IN MEDIATION

Abstract

Turkish legal system has the mandatory mediation mechanism as a procedural requirement in terms of some disputes within the scope of the provisions of Article 3 of the Labor Courts Law, Article 5/A of the Turkish Commercial Code and Article 73/A of the Law on Consumer Protection. In addition, the Ministry of Justice has started implementation of specialization in mediation in the disputes, which are obliged to apply to the mediator as a procedural requirement in order to contribute to the resolution of the disputes faster. In this context, the Department of Mediation has determined labor law, commercial law and consumer law as general areas of specialization in mediation; banking and finance law, insurance law, construction law, health law, intellectual and industrial property law, energy law and sports law have been established as particular areas of specialization.

It is a necessity for the mediator to make legal qualification in terms of the given dispute in addition to the obligation of specialization in mediation and obligation of the mediator to have a certificate in the relevant field. Because, in a certain dispute, the topics of general specialization areas and particular areas of specialization may be intertwined. With this scenario, specialized mediation implementation may bring about procedural problems there. The most important of these problems is the rejection of the mediation application and refusal of the mediator because the dispute falls within another one's area of specialization, not one's own area of specialization. In this case, determining the scope and limits of the areas of specialization may create a conflict of subject-matter jurisdiction in the civil procedure law.

In this paper, the procedural problems that may arise within the scope of specialization in mediation implementation will be determined, and substantial solutions will be presented to these problems.

Keywords: Mediation, Specialist Mediator, Specialization in Mediation, Mediation as a Procedural Requirement, Obligation to Appeal to a Mediator

Giriş

Hukuk sistemimizde dava şartı arabuluculuk, iş uyuşmazlıklarında 1 Ocak 2018, ticarî uyuşmazlıklarda 1 Ocak 2019 ve tüketici uyuşmazlıklarında ise 28 Temmuz 2020'den itibaren uygulanmaktadır. Bu kapsamda, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3'üncü maddesine göre, "*kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır*".

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesine göre, "*bu Kanun'un 4'üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticarî davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır*".

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 73/A maddesine göre ise "*tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır…*".

Bu hükümler çerçevesinde taraflar, dava şartı arabuluculuk kapsamında bir uyuşmazlık mevcutsa, dava açmadan önce arabulucuya başvurmak zorundadırlar; arabulucu vasıtasıyla anlaşamazlarsa, anlaşamadıklarına dair son tutanağı dilekçelerine ekleyerek bu takdirde dava açabilmektedirler. Aksi hâlde mahkeme tarafından davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğ edilmeden dava, dava şartı yokluğundan usûlden reddedilmektedir (HUAK m. 18/A).

Dava şartı arabuluculuğa tâbi uyuşmazlıklar bakımından gelinen son noktada ise, Adalet Bakanlığı tarafından, dava şartı olarak arabulucuya başvuru zorunluluğu olan bu uyuşmazlıklarda, uyuşmazlıkların daha hızlı çözülmesine katkı sağlayacağı düşüncesiyle uzman arabuluculuk uygulamasına başlanmıştır[2]. Arabuluculuk Daire Başkanlığınca, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun (HUAK) 6'ncı maddesi kapsamında genel ve özel uzmanlık alanları oluşturulmuştur. Bu kapsamda iş hukuku, ticaret hukuku ve tüketici hukuku genel uzmanlık alanları; banka ve finans hukuku, sigorta hukuku, inşaat hukuku, sağlık hukuku, fikrî ve sınaî haklar hukuku, enerji hukuku ve spor hukuku ise özel uzmanlık alanları olarak belirlenmiştir[3]. Bu uzmanlık alanlarının oluşturulması ile artık dava şartı arabuluculuk kapsamında arabulucuların önlerine gelen uyuşmazlık bakımından arabuluculuk faaliyetini yürütebilmesi için ilgili alanda uzmanlaşması ve sertifika almış olması zorunludur. Arabuluculuk Daire Başkanlığınca alınan karar gereği, arabulucular bu üç genel uzmanlık alanından herhangi biri veya tamamında eğitim alıp sertifika alarak uzman arabulucu olabilmekte ve üç genel uzmanlık alanı dışında özel uzmanlık alanlarından ise en fazla ikisini seçerek bu alanlarda uzman arabuluculuk yapabilmektedirler[4].

Dava şartı arabuluculuğun uygulandığı tüm alanlarda uzmanlık eğitimi zorunlu hâle gelmiştir. Uzman arabuluculuk uygulamasına geçilmesi ile dosya, arabuluculuk bürosu tarafından arabulucular listesine kayıtlı olup o alanda uzman bir arabulucuya tevzi edilmektedir. Eğer arabulucular listesinde başvuruya konu alanda uzman arabulucu bulunmuyorsa, uyuşmazlık tüketici mahkemesinde görülecek bir uyuşmazlık ise tüketici hukuku, tüketici mahkemesinde

[2] https://basin.adalet.gov.tr/arabuluculukta-uzmanlik-egitimlerinin-kapsami-genisletildi, (Erişim tarihi: 2.5.2021).
[3] Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nın 28.9.2020 tarihli duyurusu, https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/7102020163604arbuzm.pdf, (Erişim tarihi: 2.5.2021).
[4] Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nın 28.4.2021 tarihli duyurusu, https://adb.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/uzmanlik-alanlarinin-uygulamasi28042021033931, (Erişim tarihi: 2.5.2021).

görülmeyen ticarî davaya konu bir uyuşmazlık ise ticaret hukuku ve iş davasına konu bir uyuşmazlık ise iş hukuku genel uzmanlığı olan bir arabulucuya tevzi edilmektedir[5].

Uzman arabuluculuk her ne kadar "*uyuşmazlıklar karşısında taraflara daha süratli ve etkin çözüm önerileri sunabilme*" beklentisi ile getirilmiş bir uygulama olsa da[6], meydana getirebileceği birtakım usûlî sorunlar mevcuttur. Zorunlu arabuluculuk uygulamasının meydana getirdiği usûlî sorunlar, uzman arabuluculuk bakımından da geçerliliğini korumaktadır. Ancak burada, zorunlu arabuluculuğun meydana getirdiği sorunların[7] uzman arabuluculuk bakımından da aynen geçerli olduğunu ifade etmekle yetiniyoruz. Bu çalışmada ise sadece uzman arabuluculuk uygulamasının yaratacağı usûlî sorunlar üzerinde durulmuş ve bu sorunlara çözüm önerileri sunulmaya çalışılmıştır.

I. Arabuluculuk Bürosu Tarafından Uzmanlık Alanına İlişkin Hukukî Vasıflandırma Yapılıp Yapılamayacağı Sorunu

Uzman arabuluculuk bakımından sorun teşkil eden ilk husus, uzman arabulucunun arabuluculuk bürosu tarafından görevlendirilmesi sırasında, uyuşmazlığın hangi uzmanlık alanına girdiğinin büro tarafından tespiti noktasında karşımıza çıkmaktadır. Zira taraflar dava açmadan önce arabuluculuk bürolarına başvurmakta ve arabuluculuk süreci büro tarafından görevlendirilen arabulucular eli ile yürütülmektedir. Bu noktada somut uyuşmazlığın hangi uzmanlık alanına girdiğinin tespiti için yapılması gereken hukukî vasıflandırmanın, arabuluculuk bürosu tarafından yapılıp yapılamayacağı sorunu ile karşılaşılmaktadır.

Zorunlu arabuluculuğa ilişkin başvurunun, uyuşmazlığın konusuna göre yetkili mahkemenin bulunduğu yer arabuluculuk bürosuna, arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise görevlendirilen yazı işleri müdürlüğüne yapılması gerekir (HUAK m. 18A/4). İş uyuşmazlıklarında ise başvuru, karşı tarafın, karşı taraf birden fazla ise bunlardan birinin yerleşim yerindeki veya işin yapıldığı yerdeki arabuluculuk bürosuna, arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise görevlendirilen yazı işleri müdürlüğüne yapılır (İşMK m. 3/5). Arabulucu, komisyon başkanlıklarına bildirilen listeden büro tarafından belirlenir. Ancak tarafların listede yer alan herhangi bir arabulucu üzerinde anlaşmaları hâlinde bu arabulucu görevlendirilebilir (HUAK m. 18A/5).

[5] Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nın 28.4.2021 tarihli duyurusu, https://adb.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/uzmanlik-alanlarinin-uygulamasi28042021033931, (Erişim tarihi: 2.5.2021).

[6] https://basin.adalet.gov.tr/arabuluculukta-uzmanlik-egitimlerinin-kapsami-genisletildi, (Erişim tarihi: 2.5.2021)

[7] Ayrıntılı bilgi için bkz. **Atalı**, M. (2018). Zorunlu arabuluculuğun yargılama hukuku bakımından ortaya çıkardığı sorunlar. Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu. 6-7 Aralık 2018 Ankara, Turkey, s. 137-154; **Özekes**, M. (2018), Zorunlu arabuluculuğun hak arama özgürlüğü ve arabuluculuk ilkeleri bakımından değerlendirilmesi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu. 6-7 Aralık 2018 Ankara, Turkey, s. 111-136; **Ekmekçi, Ö./Özekes, M./Atalı, M. ve Seven, V.** (2019). Hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk. İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 137 vd., 155 vd.; **Özekes**, M. (2019). Arabuluculuk mahkemelerine doğru tehlikeli gidiş. Duruşma Arası, Ocak 2019(01), 53-63; **Tanrıver**, S. (2020). Dava şartı arabuluculuk üzerine bazı düşünceler. TBB dergisi, 2020(147), s. 111 vd.; **Budak**, A. C. (2019). Ticarî davalarda dava şartı olarak arabuluculuk. MİHDER, 15(42), s. 26 vd.

Arabuluculuk bürosuna başvuru ile büro, başvuru hakkında şeklî hususlar dışında işin esasıyla ilgili inceleme yapamaz[8]. Şeklî hususlar yerine getirildiyse, büro, kendisinin yetkisini veya uyuşmazlığın niteliğini, böyle bir uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olup olmadığını ya da zorunlu arabuluculuk kapsamında kalıp kalmadığını inceleyemez[9]. Bu noktada arabuluculuk bürosu sadece organizasyon merkezidir[10]. Büro kendisinin yetkili olmadığını veya uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığını yahut da zorunlu arabuluculuk kapsamında bulunmadığını tespit etse dahi, bu konuda bir işlem yapamaz[11].

Kanaatimizce aynı sonuç, uzman arabuluculuk noktasında da geçerlidir. Bu kapsamda kanaatimizce, arabuluculuk bürosu tarafından uzmanlık alanı ile ilgili bir hukukî vasıflandırma yapılması mümkün değildir. Bu durumda uzman arabulucu görevlendirilirken uyuşmazlığın vasfı ve arabulucunun uzmanlığının belirlenmesinde taraf beyanlarının esas alınması, somut uyuşmazlıkta uzmanlık alanının büro tarafından belirlenmemesi gerekir. Zira uyuşmazlığın hukukî vasıflandırmasını yapmak yargının görevidir. Aksi hâlde yargısal yolla kullanılması gereken bu yetki, idari bir birim olan arabuluculuk bürolarına verilmiş olur[12].

Uygulamada, dava şartı arabuluculuk kapsamındaki uyuşmazlıklar için başvurular genellikle Yönetmelikteki matbu formlar doldurularak yapılmaktadır. Başvurucunun hatalı form doldurması, mesela iş uyuşmazlığı için ticarî uyuşmazlıklara ilişkin form doldurması veya doğru forma rağmen arabuluculuk bürosunun yetkisiz arabulucuyu görevlendirmesi, mesela iş uyuşmazlıkları için uzman sertifikası olmayan arabulucu görevlendirmesi gibi durumlarda yapılan hatalar sehven yapılmış kabul edilmelidir[13]. Böyle bir ihtimalde, uyuşmazlığın uzman arabulucu gözetiminde çözülmesi istendiğinden, arabulucu dosyayı kendiliğinden iade etmek zorundadır[14]. Ancak burada arabuluculuk süreci tamamen sona ermemekte, arabuluculuk bürosu tarafından hukuka uygun bir görevlendirme yapılarak süreç devam ettirilmektedir[15].

II. Arabulucunun Hukukî Vasıflandırma Yapması ve Uyuşmazlığın Uzmanlık Alanına Girmemesi Sebebiyle Görevden Çekilmesi Sorunu

Uzman arabuluculuk uygulamasına geçilmesi ile ortaya çıkan bir diğer sorun ise, arabuluculukta uzmanlaşma ve arabulucunun ilgili alanda sertifika almış olma zorunluluğu ile birlikte arabulucunun önüne gelen uyuşmazlık bakımından hukukî vasıflandırma yapma zorunluluğunun olmasıdır[16]. Zira somut bir uyuşmazlıkta genel uzmanlık alanları ile özel uzmanlık alanlarının konuları iç içe geçmiş durumda olabilir[17]. Örneğin ilk bakışta spor hukukuna ait gibi görünen bir

[8] **Ekmekçi/Özekes/Atalı ve Seven**, s. 165-166.
[9] **Ekmekçi/Özekes/Atalı ve Seven**, s. 166.
[10] **Ekmekçi/Özekes/Atalı ve Seven**, s. 166.
[11] **Ekmekçi/Özekes/Atalı ve Seven**, s. 166.
[12] **Ekmekçi/Özekes/Atalı ve Seven**, s. 166.
[13] **Ermenek**, İ. (2020). Dava şartının arabulucu tarafından kendiliğinden dikkate alınması sorunu ve bu kapsamda yapılan hataların düzeltilmesi. Yargıtay dergisi, C. 46(4), s. 1051.
[14] Arabulucunun hukukî vasıflandırma yapmaya yetkisi olmadığı, böyle bir uygulama için açık bir kanunî düzenleme olması gerektiğine ilişkin görüşümüz için bkz. aşa. II.
[15] **Ermenek**, (2020), s. 1051.
[16] **Ermenek**, (2020), s. 1029.
[17] Arabulucuya başvuru zorunluluğunun kapsamının tespitinde farklı kriterlerin öngörülmüş olması da bu sorunlarda önemli bir rol oynamaktadır, **Ermenek**, (2020), s. 1045; özellikle ticarî davalar bakımından farklı değerlendirmeler için bkz. **Budak**, s. 31 vd.

uyuşmazlık aslında iş uyuşmazlığının konusu olabilir; yahut da bir uyuşmazlık hem inşaat hukukunu hem de enerji hukukunu ilgilendiriyor olabilir. Böyle bir ihtimalde ise arabulucunun, uyuşmazlığın kendi uzmanlık alanına değil, başka bir uzmanlık alanına girmesi sebebiyle başvuruyu reddetmesi ve görevden çekilmesi hususu gündeme gelmektedir[18]. Uzmanlık alanlarının kapsam ve sınırlarının belirlenmesi ise medenî usûl hukukundaki mahkemelerin görev uyuşmazlıkları gibi bir sorunu meydana getirmektedir[19]. Bu noktada arabulucunun önüne gelen uyuşmazlık bakımından hukukî vasıflandırma yapıp yapamayacağı ve bu çerçevede sahip olduğu sertifikanın niteliğine göre arabuluculuk görevinden kaçınıp kaçınamayacağı hususları bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır.

Arabulucunun, uyuşmazlığın kendi uzmanlık alanına girip girmediğini tespit edebilmesi için mutlaka uyuşmazlığın hukukî vasıflandırmasını yapması gerekir. Bu kapsamda tespit edilmesi gereken ilk husus arabulucunun hukukî vasıflandırma yapmaya yetkisinin olup olmadığıdır.

Arabuluculuk Daire Başkanlığı, 26.02.2021 tarihli görüş yazısında[20], "*Arabuluculuk Kanunu uyarınca arabuluculuk faaliyetini yürütme yetkisine sahip olan arabulucunun, gerek meslekî kıdemi, gerek almış olduğu arabuluculuk temel eğitimi ve gerekse uzmanlık eğitimi doğrultusunda uyuşmazlık türü ile ilgili hukukî değerlendirme yaparak söz konusu uyuşmazlık türünün hangi hukukî alana girdiğini (Ticaret, İş ve Tüketici Hukuku) tespit etmesi gerektiği değerlendirilmektedir…*" diyerek, arabulucuların uygulamada, hukukî vasıflandırma yapmak suretiyle uyuşmazlığın dava şartı kapsamında olup olmadığını ve uyuşmazlığın kendi uzmanlık alanına girip girmediğini tespit etmeleri gerektiğini ifade etmiştir. Zaten gelinen noktada hukukî vasıflandırmanın yapılması da bir zorunluluk hâlini almıştır.

Arabulucunun hukukî vasıflandırma yapıp yapamayacağı sorusuna cevap verebilmek için tespit edilmesi gereken ilk husus, arabulucunun yetki sınırlarının belirlenmesi ve bunun için de arabuluculuk faaliyetinin hukukî niteliğinin ortaya konulmasıdır.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda açık bir düzenleme olmasa da Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nde (Yön. m. 4/1-c) arabuluculuğun "*kamu hizmeti olarak yürütülen*" bir faaliyet olduğu ifade edilmiştir.

Belirtmek gerekir ki arabuluculuk faaliyeti bir yargısal faaliyet değildir. Zira arabuluculuk faaliyeti, yargısal faaliyetin ne şeklî ne de maddî ölçütlerini bünyesinde taşır[21]. O hâlde arabulucu bir yargılama faaliyeti yürütmemektedir. Ayrıca arabulucuların yargısal bir yetkinin kullanımı olarak sadece hâkimler tarafından yapılabilecek işlemleri yapmaları ve arabuluculuk süreci sırasında taraflara hukukî tavsiyelerde bulunmaları da yasaklanmıştır (HUAK m. 15/4, Yön. m. 17/4 ve 5). Örneğin arabulucular tanık dinleyememekte, delil incelemesi yapamamaktadır. Arabulucu uyuşmazlığı çözme veya uyuşmazlığın esası ile ilgili karar verme görev ve yetkisine

[18] **Ermenek**, (2020), s. 1029.
[19] **Ermenek**, (2020), s. 1029-1030, 1043.
[20] https://adb.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/gorusler26022021030829, (Erişim tarihi: 2.5.2021).
[21] Şeklî ölçüte göre bu faaliyet mahkemelerce icra edilmelidir. Ancak arabulucular ne mahkeme tarafından görevlendirilmekte ne de bu faaliyet mahkeme tarafından yürütülmektedir. Maddî ölçüt ise mahkemeler tarafından belirli usûlî kaidelere uyularak soyut hukuk kurallarının somut bir olaya uygulanmasını ifade etmektedir. Bu sebeple arabuluculuk faaliyeti, yargısal faaliyetin ne şeklî ne de maddî ölçütlerini bünyesinde taşımaktadır, **Ermenek**, (2020), s. 1033 vd.; **Ermenek**, İ. (2021). Arabuluculuk sürecinde zayıf tarafın korunması. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 141-142; **Azaklı Arslan,** B. (2018). Medenî usûl hukuku açısından zorunlu arabuluculuk. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 210-211.

de sahip değildir. Bu kapsamda arabuluculuk adlî bir hizmetin ifasına yönelik yürütülen bir kamu hizmetidir[22], ancak yargısal bir faaliyet değildir.

Zaten arabuluculuk sürecinde taraflar uyuşmazlığı bütün boyutları ve delilleri ile bir dosya hâlinde arabulucuya sunmamaktadır[23]. Uygulamada, başvurular çoğunlukla matbu formların doldurulması suretiyle yapılmaktadır (Yön. m. 23/3). Arabulucu, ancak hazırlık aşamasında taraflarla yaptığı birebir görüşmelerdeki veya müzakere aşamasındaki taraf beyanları vasıtası ile uyuşmazlık hakkında bilgi sahibi olabilmekte, taraflar istemezse bu beyanlar tutanağa dahi geçirilmemektedir[24]. İfade edilen sebeplerle, bir uyuşmazlığın hukukî niteliğinin arabulucu tarafından doğru şekilde ortaya konulması oldukça güçtür[25]. O hâlde, bir yargılama faaliyeti yapmayan ve uyuşmazlığın esası hakkında bilgi edinme yolları son derece sınırlı olan arabulucudan hukukî vasıflandırma yapması beklenemez[26].

Arabuluculuk faaliyetinde kamu düzenini ilgilendiren ve arabulucudan araştırma yapması beklenen husus yalnızca, uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olup olmadığının tespit edilmesidir[27]. O hâlde arabulucunun arabuluculuk faaliyeti sırasında kendiliğinden inceleyeceği husus sadece arabuluculuğa elverişlilikle sınırlıdır.

Doktrinde haklı olarak, uzman arabulucuya başvuru zorunluluğunun kabul edilmesi ve bu zorunluluğun medenî usûl hukukundaki görev uygulamasına benzer bir şekilde benimsenmesi hâlinde arabuluculuk müessesesinin aslî işlevini kaybetme tehlikesi ile karşı karşıya kalacağı; arabuluculuk müessesesinin bizzat kendisinin mahkemeye erişime engel olan bir sorun olarak ortaya çıkacağı ifade edilmiştir[28].

Uzman arabuluculuk uygulamasına Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nın belirlediği esaslar kapsamında başlanmış[29], bu konuda bir kanunî düzenleme henüz yapılmamıştır[30]. Bu sorunların engellenmesi için uyuşmazlıkların uzman arabulucular vasıtasıyla çözümüne ilişkin uygulamanın mutlaka açık bir kanun hükmü ile hayata geçirilmesi gerekmektedir. Doktrinde bu düzenleme yapılırken, arabuluculuğun menfaat temelli bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğunun, arabulucunun uyuşmazlığı esastan çözme yetkisinin bulunmadığının, arabulucuya başvuru zorunluluğu kapsamında uzman arabulucular yardımıyla çözülmesi gereken uyuşmazlıkların ihtiyarî arabuluculuk çerçevesinde aynı hukukî sonuçları doğuracak şekilde özel uzmanlıkları

[22] **Azaklı Arslan**, s. 214-215; **Ermenek**, (2020), s. 1032; **Ermenek**, (2021), s. 140.
[23] **Ermenek**, (2020), s. 1040.
[24] **Ermenek**, (2020), s. 1040.
[25] **Ermenek**, (2020), s. 1041.
[26] **Ermenek**, (2020), s. 1041.
[27] **Ermenek**, (2020), s. 1043.
[28] **Ermenek**, (2020), s. 1045.
[29] Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nın 28.9.2020 tarihli duyurusu, https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/7102020163604arbuzm.pdf, (Erişim tarihi: 2.5.2021).
[30] İş uyuşmazlıklarında uzman arabuluculuğun dayanağını İş Mahkemeleri Kanunu m. 3 oluştururken, diğer uzmanlıklarda dayanağını ise Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nin 24/1 maddesi oluşturmaktadır. Bu düzenlemelerde, arabulucuya başvuru zorunluluğu kapsamında kalan uyuşmazlıklar için liste dışından arabulucu görevlendirilemeyeceğine işaret edilmiştir.

bulunmayan arabulucular yardımıyla da çözülebileceğinin göz önünde bulundurulması gerektiği haklı olarak ifade edilmiştir[31].

Mevcut durumda ise kanaatimizce, arabuluculuk faaliyetinin niteliği de göz önüne alınarak, arabulucunun uyuşmazlığı hukukî olarak vasıflandırma ve bu kapsamda uyuşmazlık bakımından uzman olup olmadığını kendiliğinden dikkate alma yetkisi yoktur. Burada arabulucunun inceleyebileceği tek şey tarafların uyuşmazlık konusu üzerinde tasarruf yetkisinin olup olmadığıdır. Bir başka ifadeyle arabulucunun inceleyebileceği husus kanaatimizce arabuluculuğa elverişli bir uyuşmazlık olup olmadığıdır. O sebeple uzman arabuluculuk bakımından arabulucunun hukukî vasıflandırma yapabilmesi ve bu hususu kendiliğinden dikkate alabilmesi için mutlaka kanunî bir düzenleme gerekir.

III. Yargılama Sırasında Mahkemenin Uzmanlık Alanında Yapılan Hatayı Dikkate Alıp Alamayacağı Sorunu

Uzman arabuluculuk uygulaması kapsamında ortaya çıkabilecek bir diğer sorun ise, uyuşmazlık bakımından arabuluculuk sürecinin yanlış uzmanlık alanına sahip arabulucu önünde sonuçlandırılması ve daha sonra dava açılması durumunda karşımıza çıkmaktadır. Burada genel veya özel uzmanlık alanında hata edilerek bir arabuluculuk faaliyeti yürütüldüğünden bahisle ilk derece mahkemesince dava şartı eksikliği sebebiyle davanın usûlden reddedilip reddedilemeyeceği yahut da kanun yolu mahkemesince kararın kaldırılıp kaldırılamayacağı veya bozulup bozulamayacağı sorusuna cevap vermek gerekir. O hâlde buradaki temel sorun, ilk derece veya kanun yolu mahkemesince arabuluculuk dava şartının yerine getirilip getirilmediği hususu incelenirken, arabulucunun uzmanlık alanının ve ilgili alanda sertifika almış olup olmadığının da değerlendirmeye alınıp alınmayacağıdır.

Zorunlu arabuluculuk kapsamında arabulucuya başvurulması ve arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde tarafların anlaşamaması üzerine dava açılması durumunda mahkeme görevsizlik kararı verirse zorunlu arabuluculuk bakımından şöyle bir problem daha ortaya çıkmaktadır: Örneğin uyuşmazlık ticarî bir uyuşmazlık olarak nitelendirilerek ticaret hukukunda uzman bir arabulucuya gitmiş ve taraflar anlaşamadığı için dava asliye ticaret mahkemesinde açılmış; asliye ticaret mahkemesince de aslında uyuşmazlığın bir tüketici uyuşmazlığı olduğuna, bu sebeple görevsiz olduğuna karar verilmiş olsun. Bu durumda örnek uyuşmazlık bakımından sorun oluşturan husus, uzman arabulucu olarak ticaret hukuku değil, tüketici hukuku uzmanlığı ve sertifikasına sahip bir arabulucu önünde arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi gerekliliğidir. Böyle bir ihtimalde uyuşmazlığa görevli mahkeme olan tüketici mahkemesinde devam edilebilmesi için arabuluculuk dava şartının yerine getirildiği mi kabul edilmeli, yoksa uzman arabulucu önünde arabuluculuk faaliyeti yürütülmediğinden yeniden bir arabuluculuk süreci mi başlatılmalıdır?

Kanaatimizce, arabulucu önünde anlaşılamamış olması dava şartının yerine getirilmesi bakımından yeterli olup, arabuluculuk faaliyetini yürüten ilgili arabulucunun uzmanlık alanının doğruluğunun bir önemi yoktur. Arabuluculuk dava şartı yerine getirildiyse mahkemenin uzmanlık alanı bakımından bir inceleme yapmaması gerekir. Burada uzmanlık alanında hata edildiğinden bahisle yeniden arabulucuya başvuracaksın demek, hem usûl ekonomisine aykırılık teşkil etmekte hem de kanaatimizce hak arama özgürlüğü ile adalete erişim hakkını ihlal

[31] **Ermenek**, (2020), s. 1045, dn. 44.

etmektedir. Bu ihtimalde tarafların arabulucuya başvurmuş ve anlaşamamış olmasının yeterli olduğunu düşünmek gerekir. Burada kanaatimizce dava şartı bakımından arabulucuya gidilip gidilmediğine bakılmalı, mahkemece uzmanlık alanıyla ilgili bir incelemeye girilmemelidir. Zira aksini düşünmek, amacı aşan bir yorum olur[32]. O hâlde arabulucu önünde anlaşamama durumunda uyuşmazlık yargı yoluna taşındığında, mahkemenin arabulucunun uzmanlık alanıyla ilgili bir inceleme yapmaması, sadece arabulucuya başvuru şartının gerçekleşip gerçekleşmediğine bakması gerekir.

Uzman arabuluculuğun uyuşmazlığın çözümüne katkı sunabilme, bir başka ifadeyle arabuluculuğun daha sağlıklı yürütülebilmesi amacıyla getirildiği[33]; dava şartı bakımından ise uzman arabulucuya gidilip gidilmediğinin bir öneminin olmadığı kabul edilmelidir. Zira arabulucu, hukuku uygulayan merci değildir. Burada sıkıntılı olan husus hukukî alt yapısı olmadan böyle bir uygulamaya geçilmiş olmasıdır ve muhakkak bu hususlar kanunla düzenlenmeli ve netliğe kavuşturulmalıdır.

Zorunlu arabuluculuk ve bu kapsamda uzman arabuluculuk hususundaki bu belirsizliklerin, hak arama özgürlüğünün önünde bir engel teşkil ettiği, adalete erişimi zorlaştırdığı ve içerdiği bu karmaşık usûller nedeniyle hak aramadan yıldıran bir etki ortaya çıkardığı söylenebilir[34]. Anayasa Mahkemesi aksi yönde karar vermiş olsa da[35], bu karmaşık düzenlemelerin yaratacağı usûlî problemlerin bünyesinde, hakkın özüne dokunma ve hak arama özgürlüğünün ölçüsüz bir şekilde sınırlandırılma tehlikesi mevcuttur[36].

[32] Yargıtay da bir kararında dava şartı arabuluculuk bakımından aynı sonuca varmıştır, *"…görevsiz mahkeme aşamasında bu eksikliğin giderildiği ve görevli mahkeme olan ticaret mahkemesinde davanın esasına girilmeden arabuluculuk işleminin tamamlandığı anlaşıldığından Mahkemece esasa girilerek karar verilmesi gerekirken tekrar davacıdan arabuluculuk Yasası gereklerini 'anlaşmazlık tutanağının getirilmesi' istemek Yasanın uygulanmasındaki amacına da uygun düşmeyeceği, somut olayda HMK'nın 115/3. maddesinde göz önüne alındığında dava şartı yokluğundan red kararı verilmesi doğru görülmemiştir…"* , Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, E. 2020/3187, K. 2021/762, T. 04.02.2021, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası (Erişim tarihi: 10.5.2021).

[33] Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürü Hakan Öztatar tarafından, "*Arabuluculuk Hukukunda Güncel Meseleler*" konferansının açılış konuşmasında, arabulucuların ilgili alanda uzmanlaşmasından anlaşılması gerekenin, arabulucunun arabuluculuk faaliyeti sırasında en azından konuşulanları anlaması şeklinde ifade edilmiştir, https://www.youtube.com/watch?v=b-i6U-eQEvI (Erişim tarihi: 25.6.2021).

[34] **Atalı**, s. 138, 139; **Özekes**, (2018), s. 112 vd.; **Özekes**, (2019), s. 55 vd.; **Ekmekçi/Özekes/Atalı ve Seven**, s. 149; **Ermenek**, (2021), s. 75, 82; dava şartı arabuluculuğun hak arama özgürlüğünü ve adalete erişim hakkını ihlal etmediği yönündeki görüşü için bkz. **Kurt Konca,** N. (2018). Ticari uyuşmazlıklarda dava şartı (zorunlu) arabuluculuk. Seta Perspektif, Aralık 2018(225), s. 3, 5-6; zorunlu arabuluculuğun hak arama özgürlüğünü ve adalete erişim hakkını sınırladığı, ancak bu sınırlamanın bir ihlal teşkil etmediği yönündeki görüşü için bkz. **Erdoğan**, E., (2017). 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda öngörülen zorunlu arabuluculuk ve hak arama özgürlüğü açısından değerlendirilmesi. Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C.14(55), s. 1222 vd., 1229 vd., 1239; zorunlu arabuluculuğun bireylerin hak arama özgürlükleri çerçevesinde Anayasa ile korunan adalete erişim hakkını engellemediği, ancak ertelediği görüşü için bkz. **Özmumcu,** S. (2016). Karşılaştırmalı hukuk ve Türk hukuku açısından zorunlu arabuluculuk sistemine genel bir bakış. İÜHFM, C. LXXIV (2), s. 838.

[35] AYM 11.07.2018 Tarih, 2017/178 Esas, 2018/82 Karar sayılı kararı (RG, 11.12.2018, S. 30622).

[36] **Ekmekçi/Özekes/Atalı ve Seven**, s. 149; **Ermenek**, (2021), s. 75.

IV. Arabulucunun Taraflara Sadece Çözüm Üretemediklerinin Ortaya Çıkması Hâlinde Çözüm Önerisinde Bulunabilmesi Kuralı Karşısında Uzman Arabuluculuk

Uzman arabuluculuk uygulamasının gerekliliği kanaatimizce üzerinde durulması gereken bir başka konudur. Arabulucunun taraflara, sadece çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisinde bulunabilmesi kuralı gereği (HUAK m. 15/7), uzman arabuluculuk kurumunun ve "*uyuşmazlıklar karşısında taraflara daha süratli ve etkin çözüm önerileri sunabilme"* beklentisinin yerindeliği tartışmaya açıktır.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nin 17/6'ncı maddesine göre, "*arabulucu, arabuluculuk sürecini yürütürken tarafların temel çıkar ve gereksinimlerini ortaya koymaları ve bu doğrultuda menfaat temelli anlaşma sağlamaları için çaba gösterir. Arabulucu bu aşamada çözüm önerisinde bulunamaz. Ancak tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması hâlinde arabulucu menfaat temelli bir çözüm önerisinde bulunabilir. Bununla beraber tarafları bir çözüm önerisi ya da öneriler dizisini kabule zorlayamaz. Ancak, taraflardan birinin uyuşmazlığın çözümü bağlamında sunmuş olduğu bir önerinin arabulucu tarafından, diğer tarafa iletilmesi ve onun bu konudaki beyanının alınması bu kapsamda değerlendirilemez.*"

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu kapsamında arabulucuya uyuşmazlığın esasını çözme konusunda bir görev ve yetki verilmemiştir. Arabulucular sadece tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisinde bulunabilmektedir. Bu çözüm önerisi de hak değil, menfaat temelli olmalıdır[37]. Zira arabuluculuk faaliyeti, haklının-haksızın belirlenmesine değil; menfaatlerin dengelenmesi temeline dayalı olarak yürütülür[38]. Arabulucu maddî hukuk kurallarını uygulamaz, bir hakem veya hâkim değildir[39]. Bu sebeple bir çözümü dayatması veya bir karar vermesi de söz konusu değildir. Arabulucu sadece tarafların karar süreçlerine yardımcı olur[40]. Arabulucunun yetkisi, arabuluculuk sürecinde tarafların bir anlaşmaya varabilmeleri için azamî çaba göstermek, ancak bu çabaya rağmen taraflar çözüm üretemezlerse bu noktada onlara menfaat temelli bir çözüm önerisinde bulunabilmekle sınırlıdır[41].

Arabulucunun taraflara bir çözümü dayatması söz konusu değildir. Zira arabuluculukta kararı veren taraflardır. Arabulucu tarafsızlığını ve güvenilirliğini koruyup, gizlilik ve taraflar arasında eşitliğe dikkat ederek tarafların çözüm üretmelerine, bir başka ifadeyle masada kalmalarına ve anlaşmalarına katkı sağlamalıdır. Arabulucu tarafların masada kalmalarına katkı sağladığı ölçüde çözüme de katkı sağlamış olur[42].

Tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması hâlinde arabulucunun bir çözüm önerisinde bulunabilmesine ilişkin düzenleme, 7036 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sonucu kabul edilmiştir (HUAK m. 2/1,b ve m. 15/7)[43]. Doktrinde haklı olarak, bu düzenlemenin bazı riskleri

[37] **Ermenek**, (2020), s. 1038; **Ermenek**, (2021), s. 142.
[38] **Tanrıver**, s. 128.
[39] **Ekmekçi/Özekes/Atalı ve Seven**, s. 139.
[40] **Tanrıver**, s. 126.
[41] **Ermenek**, (2021), s. 142.
[42] **Ekmekçi/Özekes/Atalı ve Seven**, s. 100; **Tanrıver**, s. 126.
[43] Bu değişiklik ile kolaylaştırıcı arabuluculuk modelinden, değerlendirici arabuluculuk modeline dönüşüm yapılmıştır, **Özmumcu**, s. 836.

de beraberinde getirdiği ifade edilmektedir[44]. Zira önerinin çoğu kez bir tarafın daha lehine olması mümkündür ve burada sınırın geçilmesi hâlinde tarafsızlık ve eşitlik ilkeleri zedelenebilir[45]. Bu düzenleme özellikle uygulamada, sınır çizmenin zor olduğu bir düzenlemedir. Bu hükmün doğru anlaşılması ve uygulanması, amacı dışına çıkartılmaması gerekir[46]. Tarafların çözüm üretmeye çalıştıkları bir durumda arabulucu öneri sunma yönünde bir çabaya girmemeli, özellikle acele davranışlar sergilememelidir[47]. O hâlde arabulucu bir çözümü dayatmamalı veya zorlamamalı, sadece menfaat temelli bir öneride bulunmalıdır.

Bu kapsamda sadece son çare olarak menfaat temelli çözüm önerisi sunulan, hatta bu çözüm önerisinin sunulmasından da mümkün olduğunca kaçınılması gereken arabuluculuk faaliyetinde, arabulucuların ilgili alanda uzmanlık sertifikası almış olmasının kanaatimizce herhangi bir önemi yoktur. Ayrıca, gelinen noktada arabuluculuk eğitimlerinin de adeta dershaneciliğe ve ayrı bir pazara dönüştüğü düşünüldüğünde[48], alınan uzmanlık sertifikaların ve arabulucuların o alanda gerçekten uzman olup olmadıklarının da üzerinde ayrıca düşünülmesi gerekir. Mahkemeye ulaşmaya dahi engel olan zorunlu arabuluculuğa ilişkin uzman arabuluculuk gibi önemli hususların bir kanunla düzenlenmemiş olması, kanaatimce uzman arabuluculuk bakımından en ciddi sorunu teşkil etmektedir.

Sonuç

Dava şartı arabuluculuk bakımından uzman arabuluculuk uygulamasına geçilmesi beraberinde bazı usûlî sorunları da getirmiştir. Bu sorunlar; bir uyuşmazlıkta görevlendirilecek arabulucunun uzmanlık alanının nasıl belirleneceği, arabulucunun önüne gelen uyuşmazlıkta hukukî vasıflandırma yapıp yapamayacağı ve bu kapsamda uyuşmazlığın uzmanlık alanına girip girmediğini inceleme yetkisinin mevcut olup olmadığı, somut uyuşmazlık bakımından uzmanlık alanında hata edilmesi ve bu şekilde dava açılması durumunda ne olacağı şeklinde özetlenebilir. Bu noktada arabulucunun ilgili alanda uzmanlaşmış olmasının yürütülen arabuluculuk faaliyeti bakımından gerekliliği de üzerinde düşünülmesi gereken ayrı bir konudur. İhtiyarî arabuluculukta uzmanlığa gerek duyulmazken, dava şartı arabuluculuk bakımından uzmanlaşmanın aranmasında yürütülen arabuluculuk faaliyetinin kapsam ve mahiyeti bakımından kanaatimizce bir gereklilik yoktur.

Kanaatimizce arabuluculuk faaliyetinin uzman arabulucu önünde yürütülmesi tarafların inisiyatifine bırakılmalı, dava şartı arabuluculuk bakımından ilgili alanda uzmanlaşmış olma bir zorunluluk olarak aranmamalıdır. Zira tarafların arabulucu önünde anlaşmaları veyahut da anlaşamamaları durumunda, uyuşmazlığın ilgili arabulucunun uzmanlık alanına girip girmediğinin bir önemi yoktur. Bu kapsamda ne arabulucu tarafından böyle bir hukukî vasıflandırma faaliyetine girilmeli ne de mahkeme tarafından arabuluculuk faaliyetinin uzman arabulucu önünde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğine ilişkin bir inceleme yapılmalıdır. Aynı şekilde taraflar arabuluculuk bürosuna başvurduğunda, büronun da bu konuda bir vasıflandırma

[44] **Ekmekçi/Özekes/Atalı ve Seven**, s. 100; bu düzenlemenin arabuluculuk faaliyetinin işlerlik kazanması bakımından olumlu bir düzenleme olduğu, ancak arabulucunun taraflara çözüm önerisini kabul etmeleri yönünde baskı yapmaması gerektiği yönündeki görüşü için bkz. **Özmumcu**, s. 836.
[45] **Ekmekçi/Özekes/Atalı ve Seven**, s. 100; **Tanrıver**, s. 128.
[46] **Ekmekçi/Özekes/Atalı ve Seven**, s. 100; **Tanrıver**, s. 127.
[47] **Ekmekçi/Özekes/Atalı ve Seven**, s. 100-101.
[48] **Özekes**, (2019), s. 53, 63; **Ekmekçi/Özekes/Atalı ve Seven**, s. 46-47, 152; **Tanrıver**, s. 125, dn. 12.

yapması mümkün değildir; büro arabuluculuk faaliyetinin hangi uzmanlık alanındaki arabulucu tarafından yürütüleceği hususunda taraf beyanları doğrultusunda bir görevlendirme yapmalıdır.

Bu sorunlar, kanunî bir düzenleme yapılmadan ve ne gibi sorunlar doğuracağı üzerine düşünülmeden uzman arabuluculuk uygulamasına geçilmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Uzman arabuluculuğun uyuşmazlığın çözümüne katkı sunabilme, bir başka ifadeyle arabuluculuğun daha sağlıklı yürütülebilmesi amacıyla getirildiği kabul edilmeli; arabuluculuk faaliyeti uzman arabulucu önünde yürütülmek zorundadır şeklinde kesin bir kabul ile hareket edilmemelidir. Bir başka ifadeyle uzman arabuluculuk uygulaması mahkemelerdeki görev kuralları gibi değerlendirilmemeli ve uzman arabuluculuğa böyle bir anlam yüklenmemelidir. Özellikle uygulamada, arabuluculukta uzmanlaşma, mahkemelerdeki görev kuralları gibi benimsenmemelidir. Aksi takdirde, hak arama özgürlüğü ile adalete erişim hakkının ihlaline yol açan uygulamalar meydana gelebilir.

Kaynakça

Atalı, M. (2018). Zorunlu arabuluculuğun yargılama hukuku bakımından ortaya çıkardığı sorunlar. Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu. 6-7 Aralık 2018 Ankara, Turkey (s. 137-154).

Azaklı Arslan, B. (2018). Medenî usûl hukuku açısından zorunlu arabuluculuk. Ankara: Yetkin Yayınları.

Budak, A. C. (2019). Ticarî davalarda dava şartı olarak arabuluculuk. MİHDER, 15(42), 25-40.

Ekmekçi, Ö./Özekes, M./Atalı, M. ve Seven, V. (2019). Hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk. İstanbul: On İki Levha Yayınları.

Erdoğan, E., (2017). 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda öngörülen zorunlu arabuluculuk ve hak arama özgürlüğü açısından değerlendirilmesi. Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C.14(55), 1211-1242.

Ermenek, İ. (2020). Dava şartının arabulucu tarafından kendiliğinden dikkate alınması sorunu ve bu kapsamda yapılan hataların düzeltilmesi. Yargıtay dergisi, C. 46(4), 1017-1062.

Ermenek, İ. (2021). Arabuluculuk sürecinde zayıf tarafın korunması. Ankara: Yetkin Yayınları.

Kurt Konca, N. (2018). Ticari uyuşmazlıklarda dava şartı (zorunlu) arabuluculuk. Seta Perspektif, Aralık 2018(225), 1-6.

Özekes, M. (2018), Zorunlu arabuluculuğun hak arama özgürlüğü ve arabuluculuk ilkeleri bakımından değerlendirilmesi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu. 6-7 Aralık 2018 Ankara, Turkey (s. 111-136).

Özekes, M. (2019). Arabuluculuk mahkemelerine doğru tehlikeli gidiş. Duruşma Arası, Ocak 2019(01), 53-63.

Özmumcu, S. (2016). Karşılaştırmalı hukuk ve Türk hukuku açısından zorunlu arabuluculuk sistemine genel bir bakış. İÜHFM, C. LXXIV (2), 807-842.

Tanrıver, S. (2020). Dava şartı arabuluculuk üzerine bazı düşünceler. TBB dergisi, 2020(147), 111-142.

ULUSLARARASI
HUKUK
SEMPOZYUMU
International Symposium on Law

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE ANAYASA MAHKEMESİNİN GÜNCEL KARARLARI IŞIĞINDA BİR ADLİ KONTROL YÜKÜMLÜLÜĞÜ OLARAK "KONUTUNU TERK ETMEME" ÜZERİNE BAZI TESPİT VE ÖNERİLER[*]

Dr. Öğr. Üyesi, Z. Özen İnci[**]
Ondokuz Mayıs Üniversitesi
ORCID: 0000-0003-1361-387X

Öz

Tutuklamanın temel hak ve hürriyetlere yönelik en ağır koruma tedbirlerinden birini teşkil etmesini ve bu tedbirin kişi özgürlüğüne yönelik ağır bir müdahale oluşturmasını göz önünde bulunduran kanun koyucu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK) tutuklamaya alternatif bir koruma tedbiri olarak adli kontrole ilişkin hükümlere yer vermiştir. 02.07.2012 tarih ve 6352 sayılı Kanun ile konutunu terk etmeme adli kontrol kapsamında karar verilebilecek yükümlülüklerden birisi olarak CMK'ya eklenmiştir. Uygulamada da bir adli kontrol yükümlülüğü olarak konutunu terk etmemeye sıklıkla başvurulduğu gözlemlenmektedir. Şüphesiz ki adli kontrol, tutuklamaya nazaran kişi hürriyetini çok daha az oranda sınırlandırmaktadır. Öte yandan, konutunu terk etmeme tedbirinin tatbiki suretiyle kişinin tutukevinde kalmamasının onun daha lehine olduğu söylenebilir. Buna karşılık, her ne kadar tutuklamaya nazaran daha avantajlı olsa da, konutunu terk etmeme de özünde temel hak ve hürriyetlere yönelik bir müdahaledir. Hatta konutunu terk etmeme yükümlülüğünün, CMK m. 109/3'te yer alan diğer yükümlülüklere nazaran, gerek ağırlık gerekse yöneldiği temel hak ve hürriyet bakımından farklılıklar ihtiva ettiği de söylenebilir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi muhtelif kararlarında bu hususa vurgu yapmış; konutunu terk etmeme tedbirinin hangi durumlarda Sözleşme'nin 5'inci maddesinde yer alan kişi özgürlük ve güvenliğini, hangi durumlarda ise Sözleşme'ye Ek 4 No'lu Protokol'de düzenlenen seyahat hürriyetini ilgilendireceğini ele almıştır. Anayasa Mahkemesi de yakın tarihli bir kararında konutunu terk etmeme ile ilgili ilk defa ayrıntılı değerlendirmelere yer vermiş ve bu tedbiri özellikle uygulanış biçimini de dikkate alarak Anayasa'nın 19'uncu maddesinde düzenlenen kişi özgürlük ve güvenliği ile ilişkilendirmiştir. Yüksek Mahkeme'nin bu belirlemesi karşısında, konutunu terk etmemenin diğer adli kontrol yükümlülükleri ve tutuklama arasında adeta hibrit bir tedbir gibi konumlandığı ifade edilebilecektir. Bu itibarla, konutunu terk etmemenin tâbi olduğu hukuki rejimin de tedbire karar verilmesi, tedbirin tatbiki ve tedbirde geçen sürenin cezadan mahsubu gibi bazı noktalarda yeniden ele alınması ve değerlendirilmesi uygun olacaktır.

[*] Bu metin, 27-29 Mayıs 2021 tarihlerinde çevrimiçi olarak gerçekleştirilen 7. Uluslararası Asos Hukuk Sempozyumu'nda sunulan sözlü bildirinin tam metni olup, metinde yer alan bilgiler sözlü bildirinin yapıldığı tarihte geçerli olan mevzuat hükümlerini ihtiva etmektedir. Sözlü bildirinin yapılmasından ve tam bildiri metninin bildiri kitabında yayımlanmak üzere gönderilmesinin ardından, 14.07.2021 tarih ve 31541 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 08.07.2021 tarih ve 7331 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile bildiri konumuzu oluşturan adli kontrol ve bu kapsamda konutunu terk etmeme yükümlülüğü ile ilgili bazı kanun değişiklikleri yapılmıştır. Bu minvalde, mezkûr kanun değişiklikleri tam bildiri metninin ilgili bölümlerine dipnot olarak eklenmiştir.

[**] Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. E-posta: ozen.inci@omu.edu.tr

Anahtar Kelimeler: Konutunu Terk Etmeme, Adli Kontrol, Tutuklama, Koruma Tedbiri, Kişi Özgürlük ve Güvenliği, Seyahat Hürriyeti

Giriş

Tutuklamanın temel hak ve hürriyetlere yönelik en ağır koruma tedbirlerinden birini teşkil etmesini ve bu tedbirin kişi özgürlüğüne yönelik ağır bir müdahale oluşturmasını göz önünde bulunduran kanun koyucu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK) tutuklamaya alternatif bir koruma tedbiri olarak adli kontrole ilişkin hükümlere yer vermiştir[1]. Gerçekten de, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren CMK'nın 109 ve devamı maddelerinde adli kontrol koruma tedbirinin uygulanma koşulları ve bu tedbir kapsamındaki yükümlülükler ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Nitekim Kanun'un yürürlüğe girdiği ilk halinde, adli kontrol tedbiri kapsamındaki bu yükümlülükler;

"a) Yurt dışına çıkamamak,

b) Hâkim tarafından belirlenen yerlere, belirtilen süreler içinde düzenli olarak başvurmak,

c) Hâkimin belirttiği merci veya kişilerin çağrılarına ve gerektiğinde mesleki uğraşlarına ilişkin veya eğitime devam konularındaki kontrol tedbirlerine uymak,

d) Her türlü taşıtları veya bunlardan bazılarını kullanamamak ve gerektiğinde kaleme, makbuz karşılığında sürücü belgesini teslim etmek,

e) Özellikle uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla, hastaneye yatmak dâhil, tedavi veya muayene tedbirlerine tabi olmak ve bunları kabul etmek,

f) Şüphelinin parasal durumu göz önünde bulundurularak, miktarı ve bir defada veya birden çok taksitlerle ödeme süreleri, Cumhuriyet savcısının isteği üzerine hâkimce belirlenecek bir güvence miktarını yatırmak,

g) Silah bulunduramamak veya taşıyamamak, gerektiğinde sahip olunan silahları makbuz karşılığında adli emanete teslim etmek,
h) Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim tarafından miktarı ve ödeme süresi belirlenecek parayı suç mağdurunun haklarını güvence altına almak üzere ayni veya kişisel güvenceye bağlamak ve

[1] Nitekim Tasarı gerekçesinde de, *"Yalnız başına tutuklama, hâkimi, şüpheli veya sanık hakkında ya bütünüyle hürriyetten yoksunluğa ya da tam serbest bırakmaya mecbur kılan bir tedbirdir; adı geçenler ya bir yere kapatılacaklar veya tam serbest kalacaklardır. Tasarı bu maddesi ile bu iki durum arasında adlî kontrol kurumunu getirmiş bulunmaktadır. Söz konusu kurum tesis edilirken Alman, İtalyan ve özellikle Fransız hukuku göz önünde bulundurulmuştur. Kurum ilgiliyi özgürlüğünden yoksun kılmamakla birlikte gözlemeyi ve denetlemeyi olanaklı kılan tedbirlere tâbi kılmaktadır; böylece kişinin kaçması riski azaltılırken hürriyetten tümü ile yoksun kılmanın zararları da ortadan kaldırılmış olmaktadır. Bu yeni kurumun hem özgürlükçü ve hem de kamu düzenini koruyucu nitelikte bulunduğu söylenebilir. Bu kurumdan sonra tutukluluk uygulaması istisnaî hâle gelmektedir. Kurum şüpheliyi hürriyetten yoksun hâle getirmemekle birlikte, aynı sonuçların elde edilebileceği hâllerde adlî kontrole hükmetmek gerekecektir…"* denilmek suretiyle bu hususa işaret edilmiştir.

i) Aile yükümlülüklerini yerine getireceğine ve adli kararlar gereğince ödemeye mahkûm edildiği nafakayı düzenli olarak ödeyeceğine dair güvence vermek" olmak üzere toplam dokuz yükümlülük olarak kaleme alınmıştır (CMK m. 109/3)[2].

02.07.2012 tarih ve 6352 sayılı *Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun*'un[3] 98'inci maddesiyle CMK'nın 109'uncu maddesine ***konutunu terk etmemek***, *belirli bir yerleşim bölgesini terk etmemek* ve *belirlenen yer veya bölgelere gitmemek* şeklinde üç yeni yükümlülük daha eklenmiştir[4]. Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığının verileri gözlemlendiğinde, uygulamada adli kontrol tedbirlerine sıklıkla başvurulduğu söylenebilecektir[5]. Şüphesiz ki adli kontrol, tutuklamaya nazaran kişi hürriyetini çok daha az oranda sınırlandırmaktadır. Öte yandan, konutunu terk etmeme tedbirinin tatbiki suretiyle kişinin tutukevinde kalmamasının da onun daha lehine olduğu söylenebilir. Buna karşılık, her ne kadar tutuklamaya nazaran daha avantajlı olsa da, konutunu terk etmeme de özünde temel hak ve hürriyetlere yönelik bir müdahaledir. Hatta konutunu terk etmeme yükümlülüğünün, CMK m. 109/3'te yer alan diğer yükümlülüklere nazaran, gerek ağırlık gerekse yöneldiği temel hak ve hürriyet bakımından farklılıklar ihtiva ettiği de söylenebilir. Nitekim aşağıda ayrıntılı olarak ele alacağımız üzere, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) bazı içtihatlarında ve Anayasa Mahkemesinin (AYM) yakın tarihli bazı kararlarında bu farklılıklara dikkat çekilmiştir. Bu yönüyle, konutunu terk etmeme yükümlülüğünün, tutuklama ile CMK m. 109/3'te düzenlenen diğer bazı adli kontrol yükümlülükleri arasında konumlandığı söylenebilir. Hal böyleyken, gerek ağırlığı ve yoğunluğu, gerekse yöneldiği temel hak ve hürriyet bakımından diğer bazı adli kontrol yükümlülüklerinden farklı bir hukuki değerlendirmeye tabi tutulması düşünülmelidir.
Belirtmek isteriz ki, çalışmamızın amacı, adli kontrol kurumunu ayrıntılı olarak ele almak ve izah etmek değildir. Çalışmamızın gayesi daha ziyade, adli kontrol tedbirleri kapsamında yer alan konutunu terk etmeme yükümlülüğünün ne anlama geldiğini ve özellikle nitelik ve ağırlık olarak maddede yer alan diğer yükümlülüklerden ayrımını ortaya koymak; bu ayrımın ortaya konulmasının ardından ise konutunu terk etmeme yükümlülüğü ile ilgili olarak birtakım hukuki değerlendirmelerde ve önerilerde bulunmaktır. Bu itibarla, çalışmamızda öncelikle konutunu terk etmeme kavramı ve hukuki niteliği ele alınacak ve ardından konutunu terk etmemenin mevzuatımızda yer alan diğer bazı benzer

[2] CMK'da düzenlenen bu adli kontrol yükümlülüklerinin yanı sıra, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nda da (ÇKK), soruşturma veya kovuşturma evresinde suça sürüklenen çocuklar bakımından uygulanabilecek başka bazı yükümlülüklere yer verilmiştir. Nitekim ÇKK'nın *adli kontrol* başlıklı 20'nci maddesinin birinci fıkrasına göre; *"Suça sürüklenen çocuklar hakkında soruşturma veya kovuşturma evrelerinde adli kontrol tedbiri olarak Ceza Muhakemesi Kanununun 109 uncu maddesinde sayılanlar ile aşağıdaki tedbirlerden bir ya da birkaçına karar verilebilir:*
a) Belirlenen çevre sınırları dışına çıkmamak.
b) Belirlenen bazı yerlere gidememek veya ancak bazı yerlere gidebilmek.
c) Belirlenen kişi ve kuruluşlarla ilişki kurmamak."
[3] Bkz. 05.07.2012 tarih ve 28344 sayılı RG. Bundan sonra *'6532 sayılı Kanun'* olarak anılacaktır.
[4] Hemen ifade edelim ki *konutunu terk etmeme*, CMK Tasarısında *"saptanan yerleşim yeri veya konuttan ancak hâkimin belirleyeceği neden ve koşullarla ayrılabilmek"* şeklinde yer almakta iken bu yükümlülük 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren CMK'ya alınmamıştır.
[5] Nitekim Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığı tarafından yayımlanan 2021 yılı istatistiklerine göre; 2021 yılı Ocak ayında toplam 398,114 dosyanın 135,381'i, 2021 yılı Şubat ayında toplam 398,569 dosyanın 133,067'si, 2021 yılı Mart ayında toplam 401,563 dosyanın 126,888'i ve 2021 yılı Nisan ayında toplam 408,864 dosyanın 123,900'ü adli kontrole ilişkindir. Bilgi için bkz. https://cte-ds.adalet.gov.tr/ (Erişim: 27.06.2021).

düzenlemelerle arasındaki ilişkiye değinilecektir. Akabinde ise konutunu terk etmeme bakımından bazı görüş ve önerilere yer verilecektir. Hemen ifade edelim ki, bu değerlendirmelerimizin zeminini AİHM ve AYM'nin konuya ilişkin içtihatları teşkil ettiğinden, yeri geldikçe ilgili içtihatlar da incelenecektir.

I. Genel Olarak Konutunu Terk Etmeme Yükümlülüğü

6352 sayılı Kanun ile CMK'nın 109'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasında yer alan adli kontrol yükümlülüklerine *konutunu terk etmeme* eklenmiştir.

Sözlük anlamı olarak *konut*; "*insanların içinde yaşadıkları ev, apartman vb. yer, mesken, ikametgâh"* olarak tanımlanmaktadır[6]. *Konut* ile *ikametgâh* arasında doğal bir ilişki var olsa da her iki kavram esasen birbirinden farklıdır[7]. Nitekim *ikametgâh*, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 19'uncu maddesinde *yerleşim yeri* başlığı altında tanımlanmıştır. Buna göre, "*Yerleşim yeri bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir. Bir kimsenin aynı zamanda birden çok yerleşim yeri olamaz"* (m. 19/1, 2). Öte yandan TMK'nın 20'nci maddesi uyarınca; "*Bir yerleşim yerinin değiştirilmesi yenisinin edinilmesine bağlıdır. Önceki yerleşim yeri belli olmayan veya yabancı ülkedeki yerleşim yerini bıraktığı halde Türkiye'de henüz bir yerleşim yeri edinmemiş olan kimsenin halen oturduğu yer, yerleşim yeri sayılır"* (m. 20/1, 2). TMK, velayet veya vesayet altında bulunan kişiler bakımından ise ayrık bir düzenlemeye yer vermiştir. Buna göre, "V*elayet altında bulunan çocuğun yerleşim yeri, ana ve babasının; ana ve babanın ortak yerleşim yeri yoksa çocuğun kendisine bırakıldığı ana veya babanın yerleşim yeridir. Diğer hallerde çocuğun oturma yeri, onun yerleşim yeri sayılır. Vesayet altındaki kişilerin yerleşim yeri, bağlı oldukları vesayet makamının bulunduğu yerdir"* (m. 21/1, 2). TMK'daki bu düzenlemelerden hareketle, ikametgâhın yani yerleşim yerinin bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yer olduğunu ve kişinin aynı zamanda birden çok yerleşim yerinin olamayacağını ifade etmek gerekir.

Konutu ise dar ve geniş olmak üzere iki türlü tanımlamak mümkündür. Dar anlamda konut, *ev* anlamına gelir. Bu açıdan, *bir yerin konut sayılabilmesi için o yerin gecelemeye ve evsel ihtiyaçlara tahsis edilmiş olması* gerekir[8]. Geniş anlamda konut ise geceleme şartı aranmaksızın bir kimsenin çeşitli ihtiyaçlarını gördüğü[9], geçici veya sürekli olarak fiilen oturduğu her yer olabilir[10]. En geniş tanımıyla ise konut; *bulunduğu yer, açık veya kapalı olması, yapı şekli, toprağa bağlı olmaması, devamlı veya geçici olması önemli olmayıp, tahsis iradesinin haricen anlaşıldığı, kişi veya kişilerin ihtiyaçlarını gidermek için melce (barınak, sığınak) olarak kabul ettiği ve bunu fiilen gerçekleştirdiği mahaldir*[11]. Yargıtay'a göre de konut, *devamlı veya geçici olarak kişilerin yerleşmek ve barınmak amacıyla oturmalarına elverişli yerler*dir[12]. O halde, konutun yerleşim yeri (ikametgâh) gibi sürekli bir kullanıma tahsis edilmiş olması

[6] Bkz. www.tdk.gov.tr (Erişim: 04.01.2021).
[7] Çınar, A.R. (1999). Konut dokunulmazlığını ihlal suçları. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 3.
[8] Okuyucu Ergün, G. (2010). 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda konut dokunulmazlığını ihlal suçu. Ankara: Çakmak Yayınevi, s. 41.
[9] Okuyucu Ergün, s. 42.
[10] Çınar, s. 2.
[11] Tanım için bkz. Önder, A. (1994). Türk ceza hukuku özel hükümler. İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 61.
[12] YCGK, 11.03.1991 tarih, 1991/4-25 E. ve 1991/67 K. sayılı ilamı için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası. Ayrıca bkz. Tezcan, D., Erdem, M. R., Önok, R. M. (2020). Teorik ve pratik ceza özel hukuku. Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 585; Keskin Kiziroğlu, S. (2010). 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda konut dokunulmazlığının ihlali suçu. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 45.

gerekmemektedir. Buna göre, kişinin konutu mutlaka yerleşim yeri olmak zorunda değildir. Konut, yerleşim yerinden daha geniş bir anlama sahiptir. Konutta kalmanın devamlılık taşıması da gerekmez[13]. Dolayısıyla, kişinin tek bir yerleşim yeri olmasına karşın, aynı anda birden fazla konutunun bulunması mümkündür[14]. Örneğin yerleşim yeri İzmir ilinde olan kişinin, İstanbul'da yoğun olarak işlerinin bulunması sebebiyle burada satın aldığı veya kiraladığı dairenin de onun konutu olduğuna şüphe yoktur. Yahut kişinin yerleşim yeri İzmir'de olmasına karşılık, Bodrum'daki yazlık evi de onun konutu olarak kabul edilecektir.

Bir adli kontrol yükümlülüğü olarak konutunu terk etmeme bakımından da yükümlülüğün konusunu yerleşim yeri (ikametgâh) değil, konut oluşturmaktadır. Diğer bir söylemle, konutunu terk etmeme yükümlülüğü bakımından, terk edilmemesi gereken yer mutlaka kişinin yerleşim yeri olmak zorunda değildir. Buna karşılık, kişinin birden fazla konutunun bulunduğu durumlarda yükümlülüğün hangi konut bakımından uygulanacağı, tedbire karar veren mahkeme tarafından tayin olunacaktır. Nitekim Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği'nin[15] 56'ncı maddesinde *konutunu terk etmeme* yükümlülüğünün tanımına yer verilerek bu hususa da dikkat çekilmiştir. Buna göre, *"konutunu terk etmemek, şüpheli veya sanığın mahkeme tarafından belirlenen konutunu mazereti olmaksızın veya izin almaksızın terk etmeme"*yi ifade eder (Yön. m. 56/1-h). Kanaatimizce, Yönetmelik'te yer alan bu düzenlemede bahsi geçen *mahkeme* ibaresinin *hâkim veya mahkeme* olarak anlaşılması gerekir. Zira bir adli kontrol yükümlülüğü olarak konutunu terk etmemeye soruşturma evresinde şüpheli hakkında da karar verilebilmesi mümkündür. Bu evrede, adli kontrole ve dolayısıyla konutunu terk etmeme yükümlülüğüne karar verecek olan makam ise sulh ceza hâkimidir.

Ayrıca, şüpheli veya sanığın birden çok konutunun bulunması durumunda, yükümlülüğün bu konutlardan hangisinde icra edileceği hususunda karar verecek olan hâkim veya mahkemenin, somut olayın özelliklerine göre bu konuda şüpheli veya sanığın beyanını da dikkate alması uygun olacaktır. Ancak, hâkim veya mahkeme her durumda şüpheli veya sanığın beyanı ve talebi doğrultusunda karar vermek zorunda değildir. Örneğin, İstanbul ilinde devam etmekte olan bir soruşturma veya kovuşturma kapsamında, hakkında konutunu terk etmeme yükümlülüğüne karar verilecek olan şüpheli veya sanığın hem İzmir'de hem de İstanbul'da konutunun bulunması durumunda, İstanbul'da bulunan konutunu terk etmemesine karar verilebilir. Zira adli kontrol tedbiri kapsamında bir yükümlülük olan konutunu terk etmemenin amacı, şüpheli veya sanığın soruşturma ve kovuşturma makamları nezdinde bulunması ve gerektiğinde adli makamlar tarafından ulaşılabilir olmasıdır.

Öte yandan, hâkim veya mahkeme tarafından konutunu terk etmeme yükümlülüğüne karar verildiğinde, bunun hangi konuta ilişkin olduğunun ve söz konusu konutun adresinin herhangi bir karmaşaya yol açmayacak şekilde kararda açıkça gösterilmesi gerekir[16].

Burada yeri gelmişken, *terk etmeme* kavramı üzerinde de kısaca durmak gerekir. *Terk etmeme* kavramından anlaşılması gereken, şüpheli veya sanığın herhangi bir mazereti bulunmadıkça ve mazereti bulunduğunda da yetkili makamdan izin almadıkça hâkim veya mahkeme tarafından belirlenen

[13] Önder, s. 57; Okuyucu Ergün, s. 53; Keskin Kiziroğlu, s. 43; Tezcan/Erdem/Önok, s. 586.
[14] Tezcan/Erdem/Önok, s. 586; Çınar, s. 2.
[15] Bkz. 05.03.2013 tarih ve 28578 sayılı RG. Bundan sonra *'Yönetmelik'* olarak anılacaktır.
[16] Aldemir, Hüsnü: Yakalama, Gözaltına Alma, Tutuklama, Adli Kontrol-Hürriyeti Kısıtlayan Koruma Tedbirleri, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 265; Yılmaz, İ. (2016). 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda adli kontrol. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 100.

konutundan ayrılamamasıdır. Adli kontrol yükümlülüklerinin ve bu arada konutunu terk etmeme yükümlülüğünün infazı Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yapılacaktır. Nitekim CMK m. 36/2 uyarınca, infaz edilecek kararlar Cumhuriyet Başsavcılığına verilir. Konutunu terk etmeme yükümlülüğü bakımından ise bu infaz, denetimli serbestlik müdürlükleri[17] eliyle yürütülecektir. Başka bir deyişle, tıpkı diğer adli kontrol yükümlülüklerinde olduğu gibi, konutunu terk etmeme yükümlülüğünün yürütülmesi bakımından da denetimli serbestlik müdürlükleri görevlidir (DSHK m. 12/1-a; m. 13/1-a; Yön. m. 11).

"Adli kontrol kararı kaydedildikten sonra, infaz işlemlerinin başlatılması için karar doğrudan vaka sorumlusuna gönderilir. Hakkında adli kontrol kararı verilen şüpheli veya sanığa gönderilen tebligatta; adli kontrol tedbirinin türü, tedbirin ne şekilde ve ne zaman yerine getirileceği, uyulması gereken kurallar, tedbire uymamanın sonuçları ile adli kontrol tedbirinin gereklerinin derhal yerine getirilmesi gerektiği açıklanır. Kararın niteliğine göre gerekli ise ilgili kişi, kurum veya kuruluşa derhal yazı yazılarak adli kontrol tedbirinin içeriği açıklanır; şüpheli veya sanığın hakkındaki adli kontrol tedbirinin gereklerini süresinde yerine getirip getirmediği ve adli kontrol tedbirine devam edip etmediği hususlarında bilgi istenir" (Yön. m. 57/1).

"Tebligata rağmen mazereti olmaksızın ve kasıtlı olarak adli kontrol tedbirinin gereklerini yerine getirmeyen, tedbirin infazına başlandıktan sonra tedbirin gereklerini yerine getirmeye devam etmeyen veya tedbiri ihlal eden şüpheli veya sanık uyarılmaksızın hakkında karar verilmesi için dosya Cumhuriyet Başsavcılığına veya mahkemesine gönderilir" (Yön. m. 57/2).

Öte yandan, konutunu terk etmeme yükümlülüğünün icrasında *elektronik izleme*[18] kapsamında elektronik kelepçeden yararlanılabilir. Nitekim Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu'nun (DSHK) 15/A maddesine göre; *"Şüpheli, sanık ve hükümlülerin toplum içinde izlenmesi, gözetimi ve denetimi elektronik cihazların kullanılması suretiyle de yerine getirilebilir. Bu izleme, rızası alınmak koşuluyla şüpheli, sanık ve hükümlüye ait elektronik cihazlar kullanılmak suretiyle de yapılabilir. İzleme, gözetim ve denetime ilişkin esas ve usuller yönetmelikle düzenlenir."* (m. 15/A-1, 2). Bu çerçevede, Yönetmeliğin 57'nci maddesinin beşinci fıkrasında da, hakkında konutunu terk etmeme yükümlülüğüne karar verilen şüpheli veya sanıkların toplum içinde izlenmesi, denetim ve takibinin elektronik kelepçe takılmak suretiyle yerine getirilebileceğine ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir[19].

[17] 5402 sayılı Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu'nun 10'uncu maddesinin birinci fıkrasına göre; *"Adalet komisyonunun bulunduğu yerdeki Cumhuriyet başsavcılığına bağlı olarak bir "müdürlük" kurulur. İş durumu ve coğrafi konum göz önüne alınarak Genel Müdürlüğün önerisi ve Bakanlık onayı ile "müdürlük" bulunmayan ilçelerde de denetimli serbestlik ve yardım hizmetlerini yürütmek üzere "müdürlüğe" bağlı büro kurulabilir."* Yine Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği'nin 10'uncu maddesinin birinci fıkrasına göre; *"Müdürlüklerde; bir müdür, yeterli sayıda müdür yardımcısı, bürolarda birer şef, yeterli sayıda denetimli serbestlik uzmanı ve memuru, benzeri alanlarda eğitim almış ve denetimli serbestlik hizmetlerinde geçici olarak görevlendirilen uzman personel ile diğer hizmetleri yürütecek görevliler bulunur."*

[18] *Elektronik izleme*: *şüpheli, sanık veya hükümlülerin elektronik yöntem ve araçlar ile toplum içinde izlenmesi, gözetim ve denetim altında tutulmasını sağlayan, mağdurun veya toplumun korunmasını destekleyen uygulamaları* ifade etmektedir (Yön. 4/1-i. Ayrıca bkz. Yön. m. 101).

[19] Hemen belirtelim ki, Yönetmeliğin 101 ila 106'ncı maddelerinde elektronik araçların kullanılması suretiyle takibe ilişkin ayrıntılı hükümlere yer verilmiştir. Yine Yönetmeliğin 46'ncı maddesinin beşinci fıkrasında da *"Yükümlülerin topluma veya mağdura zarar verme durumu ile tekrar suç işleme riski açısından yoğun denetim altında tutulması söz konusu ise yükümlünün denetim ve takibinde elektronik cihazlar kullanılabilir."* şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir.

Tüm bu anlatımlar çerçevesinde CMK m. 109/3-j'de yer alan *konutunu terk etmeme*; soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının talebi ile ancak hâkim, kovuşturma evresinde ise talep üzerine veya resen mahkeme tarafından karar verilen, Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından infaz edilen ve denetimli serbestlik bürolarınca elektronik izleme araçlarından faydalanılarak da yürütülebilen, şüpheli veya sanığın hâkim veya mahkemece belirlenen konutunu mazeretsiz ve izinsiz olarak terk edememesine yol açan ve bu suretle kesin hükümden önce kişinin fiziksel özgürlüğünü sınırlandıran adli kontrol tedbirine ilişkin yükümlülüklerden birisi olarak tanımlanabilir[20].

AYM de yakın tarihli bir kararında, konutunu terk etmemenin *"kişilerin fiziksel özgürlük alanını yalnızca ikamet ettiği konutun içi ile sınırlandıran, elektronik kelepçe takılmak suretiyle infazı söz konusu olabilen ve -kaldırılıncaya kadar- gün boyunca kesintisiz olarak devam ettirilen, uyulmadığında ise şüpheli veya sanık hakkında tutuklama tedbirinin uygulanmasına neden olabilen bir adli kontrol tedbiri niteliğinde"* olduğunu belirtmiştir[21]. Buna göre, "*bir şüpheli veya sanık hakkında adli kontrol tedbiri uygulandığında bu kişilerin kesintisiz bir şekilde konutlarının dışına çıkmaları -mazeretli olmaları veya öncesinde izin almaları dışında- mümkün olmamaktadır. Bu durumda kişiler, haklarındaki bu tedbir sona erinceye kadar yaşamlarını sürekli olarak konutlarında sürdürmek zorundadır"*[22].

II. Konutunu Terk Etmeme Yükümlülüğünün Hukuki Niteliği ve Kişi Hak ve Özgürlükleri Üzerindeki Etkisi

Konutunu terk etmeme, konutta infaz kurumuna benzemektedir. Konutta infaz, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un (CvGTİHK) *Özel İnfaz Usulleri* başlıklı 110'uncu maddesinde düzenlenen, bazı hapis cezaları bakımından kabul edilmiş özel infaz biçimlerinden birisidir.

Buna göre; *"Mahkûmiyete konu suç nedeniyle doğmuş zararın aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesine dair hukukî sorumlulukları saklı kalmak üzere;*
a) Kadın, çocuk veya altmışbeş yaşını bitirmiş kişilerin mahkûm oldukları toplam bir yıl,
b) Yetmiş yaşını bitirmiş kişilerin mahkûm oldukları toplam iki yıl,
c) Yetmişbeş yaşını bitirmiş kişilerin mahkûm oldukları toplam dört yıl,
veya daha az süreli hapis cezasının konutunda çektirilmesine infaz hâkimi tarafından karar verilebilir." (CvGTİHK m. 110/2)[23].

[20] *Aldemir* ise konutunu terk etmeme yükümlülüğünü, şüpheli veya sanığın Cumhuriyet savcılığına veya mahkemeye verilen ikamet adresinde bulunan konutundan ayrılmaması olarak tanımlamaktadır. Bkz. Aldemir, H. (2014). Yakalama, gözaltına alma, tutuklama, adli kontrol-hürriyeti kısıtlayan koruma tedbirleri. Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 265. *Tutuklamanın alternatifi olarak elektronik izleme ile konutta hapis* kavramı için bkz. Koç, Z. (2013). Elektronik izleme ve hapis cezasının konutta çektirilmesi. Ankara Barosu Dergisi, S: 2, s. 200.

[21] (Esra Özkan Özakça [GK], B. No: 2017/32052, 8/10/2020, § 76). Ayrıca bkz. (Nazan Bozkurt, B. No: 2017/32895, 13/1/2021, § 45).

[22] (Esra Özkan Özakça [GK], B. No: 2017/32052, 8/10/2020, § 75).

[23] Ancak *"Üçüncü ve dördüncü fıkra hariç, bu madde hükümleri;*
a) Terör suçları ile örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçlarından ya da örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlardan mahkûm olanlar,
b) Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardan mahkûm olanlar,
c) Adlî para cezası infaz sürecinde hapis cezasına çevrilenler,
d) Koşullu salıverilme kararının geri alınması nedeniyle cezası aynen infaz edilenler,

Yine *"Toplam beş yıl veya daha az süreli hapis cezasına mahkûm olan veya adli para cezası infaz sürecinde hapis cezasına çevrilen hükümlülerden 16 ncı maddenin üçüncü fıkrasında belirlenen usule göre maruz kaldığı ağır bir hastalık veya engellilik nedeniyle ceza infaz kurumu koşullarında hayatım yalnız idame ettiremeyeceği tespit edilenlerin cezasının konutunda çektirilmesine infaz hâkimi tarafından karar verilebilir."* (CvGTİHK m. 110/3).
Ayrıca *"Doğurduğu tarihten itibaren altı ay geçen ve toplam üç yıl veya daha az süreli hapis cezasına mahkûm olan ya da adli para cezası infaz sürecinde hapis cezasına çevrilen hükümlü kadınların cezasının konutunda çektirilmesine infaz hâkimi tarafından karar verilebilir."* (CvGTİHK m. 110/4-1.cümle).

Görüldüğü üzere, CvGTİHK'da yer alan konutta infaz, belirli tür ve ağırlıktaki mahkûmiyet hükümlerinin özel bir infaz çeşididir. Dolayısıyla, konutta infazdan bahsedilebilmesi için hükmün kesinleşmiş olması gerekir. Buna karşılık, konutunu terk etmeme, bir koruma tedbiri olarak düzenlenen adli kontrole dâhil yükümlülüklerden birisi olup soruşturma veya kovuşturma evresinde, hüküm henüz kesinleşmeden önce uygulanabilir.

Malum olunduğu üzere adli kontrol, bir suç soruşturması veya kovuşturması sebebiyle tutuklama sebeplerinin de varlığı halinde, tutuklama yerine başvurulabilecek bir koruma tedbiridir. Gerçekten de, tutuklama sebeplerinin bulunmadığı hallerde adli kontrole başvurulabilmesi de mümkün değildir. Nitekim CMK m. 109/1'de adli kontrole bir suç sebebiyle yürütülen soruşturmada 100'üncü maddede belirtilen tutuklama sebeplerinin varlığı halinde başvurulabileceği açıkça ifade edilmiştir. Böyle bir düzenlemenin amacı da şüphesiz ki, adli kontrolün kişi hak ve özgürlüklerini sınırlayıcı etkisinin tutuklamaya nazaran daha hafif olmasıdır.

Ancak bu noktada kanaatimizce, adli kontrol yükümlülüklerinden birisi olarak düzenlenen konutunu terk etmemenin diğer yükümlülükler bakımından ayrı olarak ele alınması gerekir[24]. Gerçekten de, CMK m. 109/3'te düzenlenen yükümlülüklerden *"yurt dışına çıkamamak"*, *"belirli bir yerleşim bölgesini terk etmemek"* veya *"belirlenen yer ve bölgelere gitmemek*" şeklindeki yükümlülüklerin *yerleşme ve seyahat*

hakkında uygulanmaz."(CvGTİHK m. 110/9).
[24] Nitekim Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Adli Kontrol, Konutta Kalma Zorunluluğu ve Tutuklama başlıklı 7'nci kısmının 137'nci maddesine göre;
"Soruşturma evresindeki her şüpheli masum sayılır ve özgürlüğünü korur.
Bununla birlikte, soruşturmanın gerektirmesi nedeniyle veya koruma tedbiri olarak, şüpheli adli kontrol yükümlülüklerinden bir veya birden fazlasına tabi tutulabilir ya da bunların yetersizliği anlaşılırsa, elektronik denetimli konutta ikamete zorunlu kılınabilir.
Tamamen istisnai olarak, adli kontrol yükümlülükleri veya elektronik denetimli konutta ikamete zorunlu kılma, bu amaçlara ulaşmayı sağlayamazsa tutuklanabilir." Bkz. Öztürk, Bahri vd. (2020). Nazari ve uygulamalı ceza muhakemesi hukuku. Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 496; Öztürk, B., Eker Kazancı, B. ve Soyer Güleç, S. (2019). Ceza muhakemesi hukukunda koruma tedbirleri. Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 104. Bu düzenleme çerçevesinde Fransız hukukunda, konutta kalma zorunluluğunun diğer adli kontrol yükümlülüklerinin yetersiz kalması durumunda uygulandığı, kanunda diğer yükümlülüklerle birlikte konutun terk edilmesinin düzenlenmiş olmasının sistematik farklılığı ortaya koyduğu yönünde bkz. Korkmaz, F. (2015). Adli kontrol. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 1, Özel Sayı, s. 533.

hürriyeti ile ilgili olduğunu söylemek mümkündür[25]. Yine, maddede yer alan yükümlülüklerden bir kısmının ise şüpheli veya sanığın *mülkiyet hakkı* ile ilgili olduğu söylenebilir (m. 109/3-d, f, g, h, i)[26].

Konutunu terk etmeme ise -özellikle maddedeki düzenleniş şekli itibariyle- diğer yükümlülüklerden farklı olarak Anayasa'nın 19'uncu maddesinde yer alan *kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı* üzerinde etki eden bir yükümlülüktür. Nitekim hakkında konutunu terk etmeme yükümlülüğüne karar verilen şüpheli veya sanığın fiziki özgürlüğü önemli ölçüde sınırlanmakta ve bu suretle günlük yaşamsal faaliyetleri büyük ölçüde sekteye uğrayabilmektedir. Gerçekten de, bu yükümlülük altında bulunan kişinin mazeretsiz ve izinsiz olarak konutunu terk etmesi; örneğin alışverişe, bankaya veya hastaneye gitmesi, çocuğunu parka götürebilmesi sosyal hayatını asgari şekilde sürdürebilmesi mümkün gözükmemektedir[27]. Bu yönüyle, konutunu terk etmeme yükümlülüğünün kişi hak ve hürriyetleri üzerinde yarattığı kısıtlayıcı etkinin, örneğin hâkim tarafından belirlenen yerlere, belirtilen süreler içinde düzenli olarak başvurmak veya yurtdışına çıkma yasağı şeklindeki yükümlülüklerle aynı ağırlıkta ve yoğunlukta olduğu söylenemez.

Hemen ifade edelim ki, gerek AİHM gerekse özellikle yakın zamanda verdiği kararlarla AYM bu hususa dikkat çekmektedir.

AİHM, Sözleşme'nin 5'inci maddesinde düzenlenen *özgürlük ve güvenlik* hakkı ile Sözleşme'ye Ek 4 No'lu Protokol'ün[28] ikinci maddesinde belirtilen *serbest dolaşım özgürlüğünün* yani *seyahat hürriyeti*nin birbirinden farklı olduğunu belirtmektedir[29]. Mahkeme, *Guzzardi/İtalya* kararında, özgürlüğün kısıtlanması ile özgürlükten mahrumiyet arasındaki farka değinmiştir. Mahkeme'ye göre, uygulanan tedbirin türü, süresi, etkileri ve uygulanma şekli gibi bazı ölçütler özgürlüğün kısıtlanması

[25] Benzer yönde bkz. Hacıoğlu, B. C. (2005). 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda tutuklama koruma tedbirlerine seçenek olarak düzenlenen adli kontrol koruma tedbiri üzerine bir inceleme. Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C: IX, S: 1-2, s. 175. Nitekim AYM de, CMK m. 109/1-a kapsamında düzenlenen yurt dışına çıkamamak şeklindeki yükümlülüğün Anayasa'nın 23'üncü maddesinde yer alan *yerleşme ve seyahat hürriyeti* kapsamında olduğuna karar vermiştir. Bkz. (Sebahat Tuncel, B. No: 2012/1051, 20/2/2014, § 47).

[26] Benzer şekilde *Kaya Göçmen* de adli kontrolün pek çok farklı hak ve hürriyete ilişkin olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Kaya Göçmen, Ö. (2016). Adli kontrol koruma tedbirinin insan hakları ışığında değerlendirilmesi. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 65, S: 4, s. 1754 vd.

[27] Nitekim *Aldemir* konutunu terk etmeme yükümlülüğüne karar verilirken, orantılılık ilkesinin göz önünde bulundurulmasının şart olduğuna; bu itibarla, şüpheli veya sanığın konutunu terk etmeme yükümlülüğü belirlenirken, şüpheli veya sanığın şahsi, kültürel, sosyal ve ekonomik durumunun gözetilmesi gerektiğine işaret etmektedir. Yazara göre, bu hususlar gözetilmeden hükmedilecek bir yükümlülük, şüpheli veya sanığın günlük yaşantısını olumsuz etkileyecek ve günlük faaliyetlerini güçleştirecektir. Bkz. Aldemir, s. 265.

[28] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 4 No'lu Protokol 16.09.1963 tarihinde imzaya açılmış ve 02.05.1968 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Ek 4 No'lu Protokol'ü 19.10.1992 tarihinde imzalamıştır. 23.02.1994 tarih ve 3975 sayılı İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerin Korunmasına Dair Sözleşmeye Ek ve Bu Sözleşme ile İlk Ek Protokol Kapsamında Bulunanlardan Başka Diğer Bazı Hak ve Özgürlükleri Tanıyan 4 Numaralı Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunmasına Dair Kanun, 26.02.1994 tarih ve 21861 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Protokol'ün resmi Türkçe çevirisi ise 14.07.1994 tarih ve 21990 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Ne var ki, onay belgesi Avrupa Konseyine tevdi edilmediğinden, mevcut durumda Protokol iç hukuk bakımından yürürlüğe girmiş olsa da uluslararası yükümlülük doğurmamıştır.

[29] Adli kontrol olarak nitelendirilebilecek bir yükümlülüğün, AİHS'nin 5'inci maddesi ile Sözleşme'ye Ek 4 No'lu Protokol'ün 2'nci maddesi arasındaki ilişkisinin ince bir ayrıma dayandığı yönünde bkz. Kaya Göçmen, s. 1763.

ve özgürlükten mahrumiyet arasındaki farkı da belirler. Özgürlüğün kısıtlanması ile özgürlükten mahrumiyet arasındaki fark ise tedbirin derece ve yoğunluğu ile ilgilidir. Dava konusu olayda başvuran, kendisi ile benzer durumda olan kişilerle birlikte 2,5 kilometrekarelik bir adada zorunlu ikamete tabi tutulmuştur. Başvuranın hareket alanı bir hücreye nazaran çok daha geniştir ve herhangi bir fiziksel engel ile çevrilmiş de değildir. Buna karşılık, adaya erişimin zorluğunu, başvuranın böyle bir yerde kendisi ile aynı durumdaki kişiler ve polislerle ikamet etmek zorunda olmasını, ortamın sosyal imkânlar açısından yetersizliklerini ve başvuranın da saat 10.00'dan 19.00'a kadar konutunu terk etmesinin mümkün olmadığını göz önünde bulunduran AİHM, tedbirin derece ve yoğunluğunu da dikkate alarak başvuranın özgürlüğünden mahrum bırakıldığı ve böylelikle Sözleşme'nin 5'inci maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır[30].

AİHM, başvuranın otuz gün boyunca ev hapsinde tutulduğu ve bu süreç içinde evden çıkmasının ve doğrudan ya da telefonla dosya kapsamında soruşturulan kişilerle iletişim kurmasının yasak olduğu olaya ilişkin *Ninescu/Moldava* kararında, bu tedbirin etkilerini ve uygulama biçimini de göz önünde bulundurarak tedbiri yine Sözleşme'nin 5'inci maddesi kapsamında değerlendirmiştir[31]. Mahkeme'nin, *Buzadji/Moldova* kararına konu olan olayda ise başvuran hakkındaki tutuklama tedbiri otuz gün süreyle ev hapsine çevrilmiştir. Bu ev hapsi kapsamında başvuranın evinden çıkması, telefon görüşmesi yapması ve herhangi bir kişiyle davası hakkında görüşmesi yasaklanmıştır. Söz konusu tedbirin derece ve yoğunluğunu nazara alan AİHM, bu tedbirin Sözleşme'nin 5'inci maddesi anlamında özgürlükten mahrumiyet teşkil ettiği sonucuna ulaşmıştır[32].

Buna karşılık AİHM, günün belirli saatleri kapsamında konutun terk edilmesinin yasaklanması şeklindeki tedbirleri, Sözleşme'nin 5'inci maddesi kapsamında değil, Ek 4 No'lu Protokol'de yer alan serbest dolaşım hürriyeti (seyahat özgürlüğü) çerçevesinde ele almaktadır. Nitekim Mahkeme, *Raimondo/İtalya* kararında, başvuranın saat 21.00 ila 07.00 saatleri arasında haklı bir mazereti olmaksızın ve polise bildirmeksizin evden çıkmasının yasaklanmasını[33]; *De Tomasso/İtalya* kararında ise başvuranın zorunlu durumlar dışında saat 22.00 ila 06.00 saatleri arasında konutunu terk etmesinin yasaklanmasını Ek 4 No'lu Protokol kapsamında değerlendirmiştir. Mahkeme, ilgili tedbirin, gün boyunca evden ayrılma özgürlüğü üzerinde herhangi bir kısıtlama yaratmadığını, başvuranın sosyal bir hayata sahip olabildiğini ve dış dünya ile ilişki kurabildiğini değerlendirmiştir[34].

Benzer şekilde Mahkeme *Trijonis/Litvanya* kararında da, kişinin işe gitme imkânının bulunduğu ve günün sadece belirli saatlerinde ev hapsinde olması gerektiği somut olayda, başvuruyu yine Ek 4 No'lu Protokol çerçevesinde incelemiştir[35].

Bu içtihatlardan yola çıkarak, AİHM'in kesintisiz bir biçimde uygulanan konutunu terk etmeme tedbiri bakımından konuyu kişi özgürlük ve güvenliği çerçevesinde; buna karşılık, belirli saat dilimleri arasında tatbik edilen konutunu terk etmeme tedbiri bakımından ise meseleyi serbest dolaşım hürriyeti kapsamında değerlendirdiğini söylemek mümkündür.

[30] AİHM, 06.11.1980 tarihli Guzzardi/İtalya (7367/76), § 95.
[31] AİHM, 15.07.2014 tarihli Ninescu/Moldova (47306/07), §§ 24, 53.
[32] AİHM, 05.07.2016 tarihli Buzadji/Moldova (23755/07), § 19.
[33] AİHM, 22.02.1994 tarihli Raimondo/İtalya (12954/87), §§ 13, 39, 40.
[34] AİHM, 23.02.2017 tarihli De Tomasso/İtalya (43395/09), § 86, 88, 89, 91.
[35] AİHM, 15.12.2005 tarihli Trijonis/Litvanya (2333/02).

Hemen belirtelim ki, AYM yakın tarihli bir kararında[36], AİHM'in bahsi geçen kararlarına ayrıntılı olarak yer vermek suretiyle, konutunu terk etmeme tedbirinin ilişkili olduğu hak ve özgürlüklerin çerçevesini çizmiştir. Yüksek Mahkeme'nin bir adli kontrol yükümlülüğü olan konutunu terk etmemeye ilişkin ayrıntılı değerlendirmelerde bulunduğu bu içtihatta, söz konusu başvuru kişi özgürlük ve güvenliği üzerinden ele alınmıştır[37]. AYM'ye göre, Anayasa'nın 19'uncu maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik sınırlamalar ile 23'üncü maddesinde düzenlenen seyahat hürriyetine yönelik sınırlamalar arasındaki fark, sınırlamanın niteliği ve esası ile değil, derece ve yoğunluğu ile ilgilidir[38]. Gerçekten de Mahkeme, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı bağlamında hareket serbestisine yönelik kısıtlamanın seyahat hürriyetine yönelik bir müdahaleye göre çok daha ileri derecede ve yoğun olması gerektiğinin altını çizmektedir. Sınırlamalardaki derece ya da yoğunluğun değerlendirilmesinde ise söz konusu tedbirin çeşidi, süresi, etkileri ve uygulanma tarzı gibi çeşitli faktörler ile bireyin gündelik hayatının devlet tarafından ne ölçüde denetim altında tutulduğunun dikkate alınması gerekir[39].

Bu anlatımlar çerçevesinde yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, konutunu terk etmeme tedbirini *"kişilerin fiziksel özgürlük alanını yalnızca ikamet ettiği konutun içi ile sınırlandıran, elektronik kelepçe takılmak suretiyle infazı söz konusu olabilen ve -kaldırılıncaya kadar- gün boyunca kesintisiz olarak devam ettirilen, uyulmadığında ise şüpheli veya sanık hakkında tutuklama tedbirinin uygulanmasına neden olabilen bir adli kontrol tedbiri niteliğinde"* olduğunu belirten Anayasa Mahkemesi, bu tedbirin uygulanış şekli ve özellikleri itibariyle hareket serbestisi üzerindeki sınırlayıcı etkisinin derece ve yoğunluğunun seyahat hürriyetine nazaran oldukça ileri boyutta olduğuna işaret ederek, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkını ilgilendirdiğini tespit etmiştir[40].

[36] (Esra Özkan Özakça [GK], B. No: 2017/32052, 8/10/2020).

[37] AYM'nin bir adli kontrol yükümlülüğü olarak konutunu terk etmemeyi, Anayasa'nın 23'üncü maddesinde yer alan *yerleşme ve seyahat hürriyeti* kapsamında değil, 19'uncu maddede yer alan *kişi hürriyeti ve güvenliği* kapsamında ele alması, bu yükümlülükle ilgili ihlaller bakımından AYM'ye bireysel başvuru yapılabilmesi bakımından da önem taşımaktadır. Zira AYM, daha önceki bir içtihadıyla, seyahat hürriyeti ile ilgili yapılan bir başvuru hakkında *konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilmezlik kararı* vermiştir. Gerçekten de Mahkeme'ye göre; *"…bir başvurunun veya şikâyetin konu bakımından Mahkemenin yetkisi kapsamına girebilmesi için, başvurucu tarafından ihlal edildiği ileri sürülen hak, AİHS ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokollerle korunmuş olmalıdır. Türkiye'nin taraf olmadığı ek protokol hükümlerinden biriyle ilgili başvuruların Anayasa Mahkemesince incelenmesi mümkün değildir. Mahkemenin hangi haklarla ilgili başvuruları inceleyebileceğinin çerçevesi Anayasa ve 6216 sayılı Kanun tarafından çizilmiş olup bu yetki çerçevesinin genişletilmesi mümkün değildir…*AİHS'e *Ek 4 No.lu Protokol'e ülkemiz taraf değildir. Bu nedenle, anılan Protokol kapsamında kalan ve Anayasa'nın 23. maddesinde yer alan seyahat özgürlüğüne yönelik şikâyetle ilgili olarak bireysel başvuruda bulunulamaz…"* Bu yönde bkz. (Sebahat Tuncel, B. No: 2012/1051, 20/2/2014, § 52, 53). Buna karşılık, bireysel başvuru hakkının bir iç hukuk yolu olduğu ve esas ölçü normun Anayasa olması sebebiyle, iç hukuk ve uluslararası hukuk bakımından bir ayrım yapılması gerektiği, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkı çerçevesinde Ek 4 No'lu Protokol'ün iç hukukta bağlayıcı olduğu hususunda ayrıntılı bilgi ve değerlendirme için bkz. Göztepe, E. (2014). Türkiye Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 4. Protokolle bağlı mıdır? Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkı açısından bir değerlendirme. Legal Hukuk Dergisi, Rona Aybay'a Armağan, İstanbul, s. 1121 vd.

[38] (Esra Özkan Özakça [GK], B. No: 2017/32052, 8/10/2020, § 71).

[39] (Esra Özkan Özakça [GK], B. No: 2017/32052, 8/10/2020, § 71).

[40] (Esra Özkan Özakça [GK], B. No: 2017/32052, 8/10/2020, § 76). Ayrıca bkz. (Nazan Bozkurt, B. No: 2017/32895, 13/1/2021, § 45); (M.S., B. No: 2018/25505, 25/2/2021, § 69).

Şüphesiz ki, kişinin konutundaki yaşam koşulları, tutukevine nazaran çok daha iyi ve avantajlıdır. Ancak bu durum, konutunu terk etmeme yükümlülüğünün kişi özgürlük ve güvenliği ile doğrudan ilgili olduğu gerçeğini de değiştirmemektedir. Nitekim AİHM, *Lavents/Letonya* kararında benzer hususa dikkat çekmiş ve Sözleşme'nin 5'inci maddesinin özgürlükten yoksun bırakma koşulları ile ilgili değil, özgürlükten mahrum bırakmanın derece ve yoğunluğu ile ilgili olduğunu belirtmiştir[41].

Görüldüğü üzere, gerek AİHM gerekse AYM kararlarında, *ev hapsi* şeklinde tatbik edilen ve adli kontrol yükümlülüklerinden birisi olan konutunu terk etmeme yükümlülüğünün, (en azından mevcut uygulanış şekli itibariyle) kişi özgürlük ve güvenliği ile ilgili (AİHS m. 5; AY. m. 19) olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Başka bir yaklaşımla, bu yükümlülük *tutuklamanın konutta infazı* olarak da nitelendirilebilir[42]. Hatta öğretide bu yükümlülüğün tutuklama kadar özgürlüğü kısıtlayıcı olduğunu ifade eden müellifler de mevcuttur[43]. Hal böyle iken, konutunu terk etmeme yükümlülüğünün CMK m. 109/3'te yer alan diğer birçok yükümlülükten farklı bir yoğunluğa ve ağırlığa sahip olduğunu kabul etmek gerekir. Bu çerçevede, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, konutunu terk etmeme yükümlülüğünün tutuklama ile diğer adli kontrol yükümlülükleri arasında konumlandırılması, bu yükümlülüğe adli kontrole ilişkin düzenlemelerden daha farklı bir bakış açısıyla yaklaşılmasını gerektirir[44]. Nitekim AYM de bir adli kontrol yükümlülüğü olarak konutunu terk etmemeye ilişkin yapılacak incelemede esas alınacak ölçütlerin tıpkı tutuklamadaki gibi olduğunu; bu itibarla, söz konusu tedbirin kanun tarafından öngörülme, kuvvetli suç belirtisinin bulunması, Anayasa'da öngörülen sınırlama sebeplerinin mevcut olması ve ölçülülük ilkesine uygunluk kriterleri bakımından incelemeye tabi tutulacağının altını çizmiştir[45]. Hemen ifade edelim ki Yüksek Mahkeme, suç işlediğine dair kuvvetli belirtiler ortaya konulmadan uygulanan konutunu terk etmeme tedbirinin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir[46].

[41] AİHM, 28.11.2002 tarihli Lavents/Letonya (58442/00), § 64.

[42] Bu yönde bkz. Özbek, V. Ö., Doğan, K. ve Bacaksız, P. (2020). Ceza muhakemesi hukuku. Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 307.

[43] Şahbaz, İ. (2013). Hukukumuzda tutuklama koşulları ve adli kontrol. Donay, S., Altunkaş, A. ve Olgun, E. (Ed.) (2013). Ceza hukuku ve ceza yargılamasında son gelişmeler semineri (10 Mayıs 2013-İstanbul). Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 107. *Korkmaz*'a göre, bu yükümlülüğün tutuklamadan bir farkı yoktur hatta kişinin yeme-içme gibi temel ihtiyaçlarının karşılanması bakımından tutuklamaya nazaran daha ağır sonuçlar verebilmesi mümkündür. Bkz. Korkmaz, s. 533-534.

[44] AYM'nin *"Konutunu terk etmeme şeklindeki adli kontrol tedbirinin ölçülü olduğunun söylenebilmesi için tutuklamaya alternatif olan, temel hak ve özgürlükler üzerinde daha hafif müdahale teşkil eden diğer adli kontrol tedbirlerinin yeterli olmaması gerekir. Bu çerçevede -konutunu terk etmemeye göre temel hak ve özgürlüklere daha hafif etkide bulunan- diğer adli kontrol yükümlülüklerinin ulaşılmak istenen meşru amaç bakımından yeterli olması halinde konutunu terk etmeme tedbirine başvurulmamalıdır."* şeklindeki açıklaması için bkz. (Esra Özkan Özakça [GK], B. No: 2017/32052, 8/10/2020, § 83). Yüksek Mahkemenin konuya dair *"Konutunu terk etmeme tedbirinin tutuklamaya göre temel hak ve özgürlükler üzerinde daha hafif bir etki oluşturduğunun da kabul edilmesi gerekir. Zira konutta kesintisiz olarak bulunmak zorunlu olsa da kişilerin konutta yaşayan ya da konuta gelen diğer kişilerle sosyal hayatını devam ettirmesinde veya her türlü bireysel ya da kitlesel iletişim araçlarını kullanmasında bir engel bulunmamaktadır."* şeklindeki açıklaması için ayrıca bkz. (M.S., B. No: 2018/25505, 25/2/2021, § 82.)

[45] (Esra Özkan Özakça [GK], B. No: 2017/32052, 8/10/2020, § 78-81).

[46] (Esra Özkan Özakça [GK], B. No: 2017/32052, 8/10/2020, §§ 95, 101, 102). İlgili karar, beş üyenin karşı oyu ile verilmiştir. Başvuru konusu olayda, başvurucu hakkında kuvvetli suç belirtisinin bulunmadığı yönündeki çoğunluk görüşünün dosya kapsamı ile uyumlu olmadığı, uygulanan konutunu terk etmeme tedbirinin başvurucunun kaçmasını önlemek bakımından meşru bir amaç taşıdığı ve tedbirin ölçüsüz olmadığı kanaatinde

Bu çerçevede aşağıda, konutunu terk etmeme yükümlülüğüne ilişkin bazı tespit ve önerilerde bulunulacaktır.

III. Konutunu Terk Etmeme Yükümlülüğü Üzerine Bazı Tespit ve Öneriler

A. Konutunu Terk Etmeme Yükümlülüğüne Karar Verilmesine Dair

Konutunu terk etmeme, bir adli kontrol yükümlülüğü olduğuna göre, bu yükümlülüğe karar verme yetkisine ilişkin esaslar da şüphesiz ki adli kontrol hükümleri çerçevesinde ele alınacaktır. Buna göre, adli kontrole ve dolayısıyla konutunu terk etmeme yükümlülüğüne karar verme yetkisi münhasıran hâkim veya mahkemeye aittir. Gerçekten de soruşturma evresinde, şüphelinin adli kontrol altına alınması gerektiğini düşünen Cumhuriyet savcısı bu konuda bir karar verilmesi için sulh ceza hâkiminden talepte bulunmalıdır. Nitekim CMK m. 110/1'de; *"Şüpheli, Cumhuriyet savcısının istemi ve sulh ceza hâkiminin kararı ile soruşturma evresinin her aşamasında adli kontrol altına alınabilir."* denilmek suretiyle bu husus açıkça belirtilmiştir. Ayrıca, aynı maddenin üçüncü fıkrasında, adli kontrol hükümlerinin gerekli görüldüğünde, görevli ve yetkili diğer yargı mercileri tarafından da, kovuşturma evresinin her aşamasında uygulanabileceğine işaret edilmiştir.

Adli kontrol tedbirine karar verilirken, şüpheli veya sanığın huzurda bulunmasının gerekip gerekmediğine ilişkin kanunda açık bir düzenleme mevcut değildir[47]. Bu hususa dair öğretide de iki farklı görüşün bulunduğunu belirtmek gerekir. Birinci görüşe göre, şüpheli veya sanık hazır olmasa da, yokluğunda ve savunması alınmadan adli kontrol kararı verilmesi mümkündür. Nitekim adli kontrol kararı verilirken şüpheli veya sanığın savunmasının alınması gerekliliği, uygulama alanı zaten sınırlı olan adli kontrolün tatbikini daha da güçleştirecektir. Kaldı ki, adli kontrol, tutuklamaya nazaran birey hak ve özgürlüklerine daha az müdahale teşkil eden ve itirazı da kabil olan bir karardır[48]. Buna karşılık, maddede öngörülen yükümlülüklerden bazılarının mahiyeti gereği şüphelinin yokluğunda verilebilmesi mümkün değildir. Örneğin şüpheli veya sanığın CMK m. 109/3-i'de yer alan *"aile yükümlülüklerini*

olan dört üye karşı oy gerekçesi yazmışlardır. Yine dosyadaki bilgi ve bulgular gözetildiğinde söz konusu tedbirin elverişli ve gerekli olduğu ve Anayasa'nın 19'uncu maddesinin üçüncü fıkrasının ihlal edilmediği görüşünde olan bir üye de ilgili karara yönelik karşı oy kullanmıştır. Karara farklı gerekçe ile iştirak eden üç üye ise başvuru konusu olayda, ilk aşamada belli günlerde karakola müracaat tedbirine hükmedilmişken sonradan bunun konutunu terk etmeme tedbirine dönüştürülmesinin yeterince gerekçelendirilmediğini, ilk hükmedilen tedbire nazaran kişi hürriyetini daha ağır şekilde kısıtlayan bu tedbirin, delillerin toplanmasına veya kaybolmasının engellenmesine sağlayacağı katkının açıklanmadığını belirtmişlerdir. Ayrıca bkz. (Nazan Bozkurt, B. No: 2017/32895, 13/1/2021, § 55).

[47] Adli kontrol koruma tedbirine karar verilirken şüpheli veya sanığın huzurda bulunmasının gerekli olup olmadığı konusunda ulusal mevzuatımızdaki düzenlemelere AİHS ışığında yaklaşıldığında, mevcut düzenlemelerin oldukça sorunlu olduğu yönünde görüş ve açıklama için bkz. Kaya Göçmen, s. 1791 vd.

[48] Bu yönde bkz. Şahin, C. ve Göktürk, N. (2020). Ceza muhakemesi hukuku I. Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 332-333. Benzer yönde bkz. Yılmaz, s. 78. Yazara göre, *şüphelinin yokluğunda adli kontrol kararı verilmesi, vasıtasızlık (doğrudan doğruyalık) ilkesi ile de çelişmez. Zira soruşturma evresinde koruma tedbirlerine çoğu kez soruşturmanın başında başvurulmaktadır ve tedbire başvurulmadığı takdirde yahut geç başvurulduğunda mahkeme bundan zarar görmektedir.* Ayrıca bkz. Çakın, A. (2008). Kişi özgürlüğü ve güvenliği açısından adli kontrol. Adalet Dergisi, S: 30, s. 39; Soyer Güleç, S. (2012). Tutuklamaya ilişkin temel sorunlar ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin güncel kararları çerçevesinde adli kontrol konusunda bazı tespit ve değerlendirmeler. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 98, s. 64.

yerine getireceğine ve adli kararlar gereğince ödemeye mahkûm edildiği nafakayı düzenli olarak ödeyeceğine dair güvence vermek" yükümlülüğüne karar verilmesi sırasında hazır bulunması gerekir[49]. Bu konudaki ikinci görüş ise adli kontrol tedbirine karar verilmesi sırasında şüpheli veya sanığın huzurda bulunması gerektiği yönündedir[50]. Buna göre, ceza muhakemesi hukukunda kıyasın kural olarak serbest olmasından hareketle, tutuklamaya ilişkin hükümlerin burada kıyasen uygulanabilmesi mümkündür[51].

Kanaatimizce, mevcut yasal düzenlemeler karşısında, adli kontrol tedbirine ve bu kapsamda konutunu terk etmeme yükümlülüğüne karar verilmesi sırasında, şüpheli veya sanığın huzurda bulunması zorunluluğundan bahsetmek mümkün değildir. Buna karşılık, konutunu terk etmeme yükümlülüğünün yukarıda ifade ettiğimiz üzere, madde kapsamında yer alan diğer pek çok yükümlülükten farklı olarak AİHS m. 5 ve AY m. 19 kapsamında kişi özgürlük ve güvenliği ile doğrudan ilgili olması münasebetiyle, en azından bu yükümlülük bakımından farklı bir yaklaşım sergilenmelidir[52]. Gerçekten de, bir adli kontrol yükümlülüğü olarak konutunu terk etmeme ile tutuklamanın yöneldiği, sınırlandırdığı hukuksal değerler birbiri ile aynıdır. Dolayısıyla, konutunu terk etmeme yükümlülüğüne karar verilmesi bakımından bu kararın tutuklama kararı verilmesi ile benzer mahiyette anlaşılması gerekir. Bu minvalde, kişi özgürlüğü ve güvenliğinin sınırlandırılması noktasında, kişiye savunma hakkının tanınması gerekir. Konutunu terk etmeme yükümlülüğünün itiraza tabi olması da (CMK m. 111/2) aksi yönde bir görüşü savunmak için yeterli değildir. Zira konutunu terk etmeme kararına karşı yapılan itiraz bakımından da şüphelinin huzurda bulunması zorunluluğunu öngören bir düzenleme mevzuatımızda yer almamaktadır. Gerçekten de, CMK m. 271/1 uyarınca; *"kanunda yazılı olan haller saklı kalmak üzere, itiraz hakkında duruşma yapılmaksızın karar verilir. Ancak, gerekli görüldüğünde Cumhuriyet savcısı ve sonra müdafi veya vekil dinlenir."* Görüldüğü üzere, itiraz mercii de duruşma yapmak zorunda değildir. Başka bir söylemle, itiraz sırasında da şüpheli savunma hakkını etkin bir şekilde kullanabilme olanağına sahip olamayabilecektir. Bir örnekle açıklamak gerekirse; mevcut düzenlemeler karşısında, soruşturma evresinde şüpheli hakkında konutunu terk etmeme yükümlülüğüne karar verilmesini talep eden Cumhuriyet savcısının bu talebi, sulh ceza hâkimliğince şüpheli huzurda bulunmadan verilebilecektir. Şüpheli tarafından bu karara itiraz edilmesi halinde, duruşma açılmasını zorunlu kılan bir düzenleme bulunmadığına göre, itiraz merci de bu talebi dosya üzerinden karara bağlayabilecektir. Bu durumda, şüpheli hiç hâkim yüzü görmeden ve savunması da alınmadan özgürlük ve güvenlik hakkından mahrum edilmiş olacaktır. Şüphesiz ki, adli kontrole karar verilmesi sırasında şüpheli veya sanığın huzurda

[49] Bkz. Yılmaz, s. 78.

[50] Koca, M. (2003). Tutuklamada oranlılık ilkesi çerçevesinde 2002 CMUK Tasarısının "adli kontrol" tedbirinin değerlendirilmesi. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 5, S: 2, s. 136; Aldemir, s. 269; İnci, Z. Ö. (2017). Bir koruma tedbiri olarak Türk ceza muhakemesi hukukunda tutuklama. Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 90; Kaya Göçmen, s. 1793. Öğretide bazı yazarlar tarafından ise adli kontrol kararının yüze karşı verilmesinin prensip olduğu ancak alternatif bir tedbir olması sebebiyle şüpheli veya sanığın hazır bulunmadığı bir oturumda gıyaben verilmesinin kabul edilebilir olduğu ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. Yenisey, F. ve Nuhoğlu, A. (2020). Ceza muhakemesi hukuku. Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 361.

[51] Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 309.

[52] Nitekim *Kaya Göçmen* de benzer hususu vurgulamakta ve adli kontrole ilişkin yükümlülüğün çeşidi bakımından bir ayrım yapılabileceğini belirtmektedir. Yazar, özellikle özgürlük ve güvenlik hakkı ile ilgili bir yükümlülüğe karar verilmesi gerektiğinde kişinin beyanı alınmadan adli kontrol kararı verilmemesi gerektiğine dikkat çekmektedir. Bkz. Kaya Göçmen, s. 1793. Ayrıca *Özbek/Doğan/Bacaksız* da gıyabi tutuklamada mevcut olan sakıncanın (kişi özgürlüğünün sınırlandırılması) gıyapta adli kontrol bakımından söz konusu olmadığını ancak özgürlük kısıtlamasına yol açacak bir yükümlülük bakımından sakıncanın devam ettiğinin söylenebileceğini belirtmektedirler. Bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 310.

bulunmasını engelleyen bir düzenlemenin mevzuatta yer almadığı ve tutuklamaya ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanmak suretiyle sorunun çözülebileceği ileri sürülebilir[53]. Ancak kişi özgürlük ve güvenlik hakkının sınırlandırılması noktasında, savunma hakkının etkin bir şekilde sağlanabilmesini böyle bir takdire bırakmak, farklı yönde uygulamalara sebebiyet verebilecektir. Tüm bu anlatımlar çerçevesinde bizce, konutunu terk etmeme yükümlülüğünün ilgili olduğu temel hak ve hürriyetler de dikkate alınarak, en azından bu yükümlülüğe karar verilmesi sırasında şüpheli veya sanığın huzurda bulunması ve savunma hakkı tanınması hususunda kanunda açıkça bir düzenlemeye yer verilmesi uygun olacaktır. Kaldı ki, özellikle kişinin birden fazla konutunun bulunduğu durumlarda, tedbirin hangi konutta uygulanacağının belirlenebilmesi, kişinin sağlık, eğitim, iş gibi özel birtakım şahsi durumlarının tespit edilebilmesi açısından da şüpheli veya sanığın dinlenmesinde ve beyanının alınmasında fayda bulunmaktadır.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere Anayasa Mahkemesi, konutunu terk etmemeye diğer adli kontrol yükümlülüklerinin yeterli gelmeyeceğinin anlaşılması halinde karar verilmesi gerektiğini ifade etmiştir[54]. Yüksek Mahkemenin bu haklı değerlendirmesi karşısında kanaatimizce, şüpheli veya sanık hakkında konutunu terk etmeme yükümlülüğüne karar verilirken, madde kapsamındaki diğer yükümlülüklerin hangi sebeple yetersiz kalacağı ayrıca gerekçelendirilmelidir. Nasıl ki, tutuklamaya karar verilirken adli kontrol tedbirlerinin neden yetersiz kalacağına dair fiili ve hukuki gerekçelere yer verilmesi gerekiyorsa; adli kontrol yükümlülükleri bakımından da benzer bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu çerçevede hâkim veya mahkeme, CMK m. 109/3'te yer alan yükümlülükleri kademeli olarak gözden geçirmeli, konutunu terk etmeme yükümlülüğünü hangi gerekçe ile uyguladığını ve diğer yükümlülüklerin neden yetersiz kalacağını kararında göstermelidir.

Bu başlık altında ele alınması gereken bir diğer husus ise ilk defa itiraz merci tarafından verilen konutunu terk etmeme yükümlülüğüne karşı itiraz yoluna gidilip gidilemeyeceği meselesidir. Şüphesiz ki, bu sorunun daha geniş manada, ilk defa itiraz merci tarafından verilen adli kontrol kararına karşı itiraz yoluna gidilip gidilemeyeceği şeklinde formüle edilmesi mümkündür.

Bilindiği üzere, CMK m. 271/4 uyarınca, merciin itiraz üzerine verdiği kararlar kesindir; ancak ilk defa merci tarafından verilen tutuklama kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir. Benzer yönde bir düzenlemeye adli kontrol tedbiri bakımından yer verilmiş değildir. İtiraz üzerine ilk defa mercii tarafından verilen adli kontrol kararlarına karşı itiraz edilip edilemeyeceği hususunda öğretide farklı yönde görüşler bulunmaktadır. Bazı yazarlar tarafından düzenlemenin sadece tutuklamaya ilişkin bir istisna getirdiği; bu sebeple, itiraz üzerine ilk defa merci tarafından verilen adli kontrol kararlarına karşı itiraz yoluna gidilemeyeceği savunulmaktadır[55]. Aksi yöndeki görüş ise CMK'nın 271/4 düzenlemesinin adli kontrol kararını da kapsadığını, itiraz üzerine ilk defa merci tarafından adli kontrol kararı verilmesi halinde, maddenin kıyasen uygulanabileceğini savunmaktadır[56]. Yargıtay ise 2008 tarihli bir kararında[57], itiraz üzerine ilk defa merci tarafından verilen adli kontrol kararlarına karşı da itiraz yoluna gidilebileceğine hükmetmiştir. Karara konu olayda, tutuklu hakkında salıverilme isteminin reddine karşı sulh ceza mahkemesi kararına itiraz edilmiş ve itiraz merci olan asliye ceza mahkemesi tarafından

[53] Bkz. Kaya Göçmen, s. 1794; Korkmaz, s. 537.
[54] Bkz. (Esra Özkan Özakça [GK], B. No: 2017/32052, 8/10/2020, § 83).
[55] Hacıoğlu, s. 188.
[56] Yenisey/Nuhoğlu, s. 362.
[57] Yarg. 5. CD, 16.07.2008 tarih, 2008/9466 E. ve 2008/7622 K. sayılı ilamı için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.

itirazın kabulüne, tutuklama tedbirinin kaldırılmasına ve bunun yerine şüphelinin haftada bir pazartesi günleri mesai saatleri dâhilinde ikametgâhına en yakın polis karakoluna müracaat edip imza atması suretiyle adli kontrol altında bulundurulmasına karar verilmiştir. Görüldüğü üzere somut olayda, şüpheli hakkında itiraz üzerine ilk defa itiraz merci tarafından adli kontrol kararı verilmiştir. İtiraz üzerine verilen bu karara Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yeniden itiraz edilmiş ve bu itiraz üzerine inceleme yapan ağır ceza mahkemesi, asliye ceza mahkemesi tarafından verilen kararın kesin olduğundan bahisle Cumhuriyet Başsavcılığının itirazının reddine karar vermiştir. Konuyu değerlendiren Yargıtay, ağır ceza mahkemesinin Cumhuriyet başsavcılığının itirazı üzerine karar vermesi gerektiğini belirmiştir. Böylelikle Yargıtay, itiraz üzerine ilk defa merci tarafından verilen adli kontrol tedbiri kararlarına da itiraz edilebileceğini ortaya koymuştur. Her ne kadar Yargıtayın bu kararıyla meseleye çözüm getirdiği ileri sürülebilirse de, kişi özgürlük ve güvenliği ile doğrudan alakalı olan bir adli kontrol yükümlülüğü bakımından kanaatimizce, kanunda ayrı bir düzenlemeye yer verilmesi bu konudaki tartışmanın ve olası farklı uygulamaların[58] bertaraf edilmesi bakımından yerinde olacaktır. Bu itibarla, 271/4 maddesinin *"Merciin, itiraz üzerine verdiği kararları kesindir; ancak ilk defa merci tarafından verilen tutuklama ve* ***adli kontrol*** *kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir."* şeklinde düzenlenmesi düşünülebilir.

B. Konutunu Terk Etmeme Yükümlülüğünün İcrasına Dair

Yukarıda zikrettiğimiz AİHM kararları nazara alındığında, kararlara konu olayların bazılarında konutunu terk etmeme tedbirinin kesintisiz olarak uygulandığı, bazılarında ise belirli saat aralıklarını kapsayacak şekilde tatbik edildiği görülmektedir. Nitekim AİHM de, konutunu terk etmeme tedbirinin bu farklı icra biçimleri ile ilgili olarak müdahalenin farklı hak ve özgürlüklere yönelik olduğuna karar vermiştir. Bu çerçevede Mahkeme, kesintisiz bir şekilde devam eden konutunu terk etmeme tedbirini kişi özgürlük ve güvenliği; buna karşılık, belirli saat aralıklarını kapsayacak şekilde icra edilen konutunu terk etmeme tedbirini ise seyahat hürriyeti kapsamında ele almıştır. Bu noktada, hukukumuz bakımından, konutunu terk etmeme yükümlülüğünün örneğin belirli saat aralıklarını kapsayacak şekilde tatbik edilmesinin imkân dâhilinde olup olmadığı sorusu yanıtlanmaya değerdir.

Hemen belirtelim ki, CMK m. 109/3-j'de sadece bir adli kontrol yükümlülüğü olarak konutunu terk etmeme tedbirinin uygulanabileceğinden bahsedilmiş; ancak, bu tedbirin uygulanma biçimi ve/veya uygulanabileceği zaman dilimleri ile ilgili bir hususa ayrıca yer verilmemiştir. Yönetmeliğin 56/1-h

[58] Nitekim AYM'nin bir bireysel başvuru kararına konu olan olayda da bu yönde farklı uygulamanın devam ettiği anlaşılmaktadır. Söz konusu olayda başvuran Cumhuriyet Başsavcılığınca ifadesinin alınmasının akabinde silahlı terör örgütüne üye olma ve terör örgütünün propagandasını yapma suçlarından konutunu terk etmemek suretiyle adli kontrol altına alınması istemiyle Ankara 4. Sulh Ceza Hâkimliğine sevk edilmiştir. Ankara 4. Sulh Ceza Hâkimliği ise konutunu terk etmemek suretiyle adli kontrol talebinin reddine ve başvuranın haftanın belirli günleri karakola gelip imza atması şeklindeki adli kontrol yükümlülüğüne tabi tutulmasına karar vermiştir. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından başvuranın konutunu terk etmemek suretiyle adli kontrol altına alınması için karara itiraz edilmiştir. Ankara 5. Sulh Ceza Hâkimliği ise itirazen dosya üzerinden yaptığı incelemede itirazın kabulüne ve başvuranın konutunu terk etmemek suretiyle adli kontrol altına alınmasına karar vermiştir. Ankara 5. Sulh Ceza Hâkimliği itiraz üzerine verdiği konutunu terk etmeme kararı bakımından, bu kararın da itiraza tabi olduğuna işaret etmiştir. İlk defa itiraz merci tarafından verilen konutunu terk etmeme kararına itiraz üzerinde dosyaya bakan Ankara 1. Sulh Ceza Hâkimliği ise Ankara 5. Sulh Ceza Hâkimliği tarafından verilen kararın kesin olduğunu belirterek itiraza ilişkin karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir. Bkz. (Esra Özkan Özakça [GK], B. No: 2017/32052, 8/10/2020, §§ 24-29). Ayrıca bkz. (Nazan Bozkurt, B. No: 2017/32895, 13/1/2021, § 19-27).

maddesinde ise konutunu terk etmeme *"şüpheli veya sanığın mahkeme tarafından belirlenen konutunu mazereti olmaksızın veya izin almaksızın terk etmemesi"* şeklinde tanımlanmış ve fakat tedbirin uygulanma biçimi ve/veya uygulanabileceği zaman dilimleri ile ilgili ayrıca ve açık bir düzenlemeye yine yer verilmemiştir. Nitekim AYM de konutunu terk etmemeyi *"kaldırılıncaya kadar gün boyu kesintisiz olarak devam ettirilen bir adli kontrol tedbiri"* olarak tarif etmiştir[59].

Kanaatimizce söz konusu yükümlülüğün yirmi dört saat boyunca kesintisiz bir biçimde uygulanabilmesinin yanı sıra, belirli saat dilimlerini kapsayacak biçimde tatbikine de imkân tanınmalıdır. Zira somut olayın özelliğine göre, tedbirle ulaşılmak istenilen amaca, şüpheli veya sanığın konutunu hâkim veya mahkeme tarafından belirlenen saat dilimleri içerisinde terk etmemesine karar verilmesi suretiyle erişilmesi de mümkün olabilecektir. Böylelikle, kişi özgürlük ve güvenliğine yönelik müdahalenin yoğunluğu en aza indirgenerek şüpheli veya sanığın eğitim, sağlık ve çalışma hürriyeti gibi diğer temel hakları da korunabilecek ve hayatın rutinine yönelik faaliyetlerini daha rahat gerçekleştirmesine olanak sağlanabilecektir.

Bu noktada, mevcut yasal düzenlemeler karşısında, hâkim veya mahkemenin belirli saat aralıklarında geçerli olacak şekilde konutunu terk etmeme tedbirine karar verip veremeyeceği ele alınmalıdır. Evvela belirtelim ki, ceza muhakemesi hukukunda sınırlayıcı hükümlerde kıyas yasağı[60] uyarınca, hukuki nitelik olarak koruma tedbiri olan adli kontrole ilişkin yükümlülüklerin kıyas yoluyla genişletilebilmesi mümkün değildir[61]. Buna göre hâkim veya mahkeme, CMK m. 109/3'te yer almayan bir adli kontrol yükümlülüğüne karar veremeyecektir. Ancak burada bahsedilen husus, kanunda hiç yer almayan bir yükümlülüğe karar verilmesi değil, kanunda yer verilen bir yükümlülüğün uygulanma koşullarının (örneğin uygulanacağı zaman diliminin) belirlenmesine ilişkindir[62]. Bu açıdan kanaatimizce, hâkim veya mahkemenin konutunu terk etmeme yükümlülüğüne belirli saat dilimleri içerisinde uygulanmak üzere karar vermesine bir mani yoktur. Ancak kanunda, hâkime yükümlülüğün icra koşullarını belirlemek konusunda açık bir takdir yetkisine yer verilmediği müddetçe, karar mercilerinin bu yönde bir takdir kullanması ve konutunu terk etmeme tedbirinin belirli saat dilimlerinde icra edilmesi yönünde karar tesis etmeleri hususunda tereddütler söz konusu olabilecektir. Konutunu terk etmeme yükümlülüğü CMK'ya ilk defa 02.07.2012 tarih ve 6352 sayılı Kanunla dâhil edilmekle birlikte, bu yükümlülük esasen CMK Tasarısı'nda da yer almakta idi. Tasarıdaki düzenleme ise- önerdiğimiz değişikliğe benzer biçimde- *"saptanan yerleşim yeri veya konuttan ancak hâkimin belirleyeceği neden ve koşullarla ayrılabilmek"* şeklinde idi. Tereddütleri gidermek ve uygulama birliği sağlayabilmek adına CMK m. 109/3-j'nin Tasarıdakine benzer bir formülle yeniden düzenlenmesi uygun olacaktır. Böylelikle, somut olayın özelliği ve şüpheli veya sanığın şahsi koşulları da göz önünde bulundurularak

[59] (Esra Özkan Özakça [GK], B. No: 2017/32052, 8/10/2020, § 75).
[60] Ceza muhakemesi hukukunda sınırlayıcı hükümlerde kıyas yasağı, esasen hak ve özgürlüklerin kanunla ve belirli şartlar altında sınırlanabilmesine hizmet eder. Ayrıntılı bilgi için bkz. Baytaz, A.B. (2018). Kanunilik ilkesi bağlamında ceza ve ceza muhakemesi hukukunda yorum. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, s. 375 vd. Ceza muhakemesinde sınırlayıcı hükümlerde kıyas yasağı hakkında ayrıca bkz. Centel, N. ve Zafer, H. (2020). Ceza muhakemesi hukuku. İstanbul: Beta Yayınevi, s. 55; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 87.
[61] CMK m. 109/3'te yer alan bu yükümlülüklerin sayma suretiyle tek tek belirtildiği ve genişletilemeyeceği hakkında bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 303; Şahin/Göktürk, s. 335; Şahbaz, s. 106.
[62] Nitekim örneğin, madde yer alan diğer yükümlülüklerden *hâkim tarafından belirlenen yerlere, belirtilen süreler içinde düzenli olarak başvurmak* (m. 109/3-b) ya da *belirlenen yer ve bölgelere gitmemek* (m. 109/3-l) gibi yükümlülükler bakımından da bu yerlerin nereler olacağı yahut şüpheli veya sanığın hangi zaman diliminde ve hangi yerlere düzenli olarak başvuracağı hâkim tarafından ayrıca tespit edilmektedir.

konutunu terk etmeme yükümlülüğünün belirli zaman dilimleri içerisinde uygulanabilmesine imkân sağlanmış olacaktır.

Burada ayrıca adli kontrol tedbiri ve bu kapsamda yer alan konutunu terk etmeme yükümlülüğünün uygulanabileceği azami süreye ilişkin olarak kanunda herhangi bir düzenlemenin bulunmadığını da belirtmek gerekir[63]. Gerçekten de, CMK'da yer alan pek çok koruma tedbiri (örneğin tutuklama, telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi, teknik araçlarla izleme gibi) bakımından azami süreler bulunmaktadır. Buna karşılık, adli kontrol tedbirlerinin uygulanabileceği azami bir süre kanunda düzenlenmiş değildir. Öğretide bazı yazarlar tarafından adli kontrol bakımından herhangi bir azami süre öngörülmemiş olmasının yerinde olduğu, zira şartları ortadan kalkmadan adli kontrolün sona ermesinin muhakemenin sağlıklı bir şekilde yürütülmesine engel olabileceği ifade edilmektedir[64]. Ayrıca AİHS de bu konuda, taraf devletlere yasal düzenlemelerinde belirli bir süre konulmasına dair bir yükümlülük getirmemiştir. AİHM, Sözleşme'nin 5'inci maddesi kapsamında yaptığı incelemelerde, ulusal düzenlemelerde açıkça bir süre belirtilmemiş olmasını tek başına ihlal olarak kabul etmemekte, kişi özgürlük ve güvenliğinin sınırlanması bakımından somut olayın özelliğine göre bir değerlendirme yürütmektedir. Bu minvalde, AİHM'in özgürlükten mahrum kalmanın makul süre içerisinde olması gerektiği yönündeki içtihatları bir adli kontrol yükümlülüğü olan konutunu terk etmeme bakımından da dikkate alınmalıdır[65].

Öte yandan yine adli kontrolde, tutuklamada olduğu gibi, belirli sürelerle adli kontrolün gözden geçirilmesine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Bu durum öğretide bazı yazarlarca eleştirilerek adli kontrolün de belirli sürelerle gözden geçirilerek devamının gerekip gerekmediğinin denetlenmesi gerektiği ifade edilmektedir[66]. Kaldı ki, Anayasa'nın 19'uncu maddesine göre de; her ne sebeple olursa olsun, hürriyeti kısıtlanan kişi, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvuru hakkına sahiptir. Konutunu terk etmeme yükümlülüğünün de AY m. 19 ve AİHS m. 5 ile bağlantısı dikkate

[63] Bu metnin sözlü bildiri olarak sunulmasından ve tam bildiri metninin hazırlanmasından sonra 14.07.2021 tarih ve 31541 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 08.07.2021 tarih ve 7331 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile adli kontrol altında geçecek sürelere ilişkin 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na 110/A maddesi eklenmiştir. İlgili düzenlemeye göre;
"(1) Ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde adli kontrol süresi en çok iki yıldır. Ancak bu süre, zorunlu hâllerde gerekçesi gösterilerek bir yıl daha uzatılabilir.
(2) Ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde, adli kontrol süresi en çok üç yıldır. Bu süre, zorunlu hâllerde, gerekçesi gösterilerek uzatılabilir; uzatma süresi toplam üç yılı, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlarda dört yılı geçemez.
(3) Bu maddede öngörülen adli kontrol süreleri, çocuklar bakımından yarı oranında uygulanır."
[64] Yılmaz, s. 83. Ayrıca karşılaştırınız Tekin, A. (2017). Adli kontrol tedbirleri. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y: 8, S: 32, s. 308.
[65] Karşılaştırınız Kaya Göçmen, s. 1797; Koç, s. 201. Hemen belirtelim ki, *İnsan Hakları Eylem Planı* çerçevesinde de, adli kontrol tedbirinin tutuklamaya alternatif olarak gittikçe artan bir ivmeyle uygulandığına işaret edilerek bu tedbire üst süre sınırı getirilmesi hususunda çalışma yürütüleceği belirtilmiştir. Bkz. İnsan Hakları Eylem Planı-Özgür Birey, Güçlü Toplum; Daha Demokratik Bir Türkiye, Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, Mart 2021, s. 63.
[66] Hacıoğlu, s. 189; Yılmaz, s. 25. AİHS açısından, adli kontrol koruma tedbirleri bakımından da makul aralıklarla bir denetim yapılmasının zorunlu olduğu yönünde bkz. Kaya Göçmen, s. 1806; Tekin, s. 308.

alındığında, öğretideki görüşlerin haklılık payı ihtiva ettiği söylenebilecektir[67]. Bu çerçevede, tutuklamanın belirli sürelerle gözden geçirilmesine olanak sağlayan düzenlemelerin, adli kontrol kapsamında konutunu terk etmeme yükümlülüğü bakımından da tatbik edilmesi, mevzuatta buna ilişkin düzenlemelere ayrıca yer verilmesi uygun olacaktır[68].

C. Konutunu Terk Etmeme Yükümlülüğü Altında Geçen Sürenin Cezadan Mahsup Edilmesi ve Tazminata Dair

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 63'üncü maddesi uyarınca, *"Hüküm kesinleşmeden önce gerçekleşen ve şahsi hürriyeti sınırlama sonucu doğuran bütün haller nedeniyle geçirilmiş süreler, hükmolunan hapis cezasından indirilir. Adli para cezasına hükmedilmesi durumunda, bir gün yüz Türk Lirası sayılmak üzere, bu cezadan indirim yapılır."* Görüldüğü üzere, maddede şahsi hürriyeti sınırlandırma sebeplerinin nelerden ibaret olduğu belirtilmemiş, şahsi hürriyeti sınırlandırma sonucu doğuran bütün hallerin zorunlu olarak mahsubun konusunu oluşturacağı ifade edilmiştir. Nitekim 63'üncü maddenin gerekçesinde de; *"...maddeyle, mahkûmun suç nedeni ile şahsi hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran örneğin tutuklama gibi haller nedeni ile geçirilen sürelerin mahkûmiyetten indirilmesi esası benimsenmiştir. Böylece teknik anlamda tutukluluk sayılmamakla beraber şahsi hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran tedbirlerin tümünün de tutukluluk gibi mahkûmiyet süresine mahsup edilmesi öngörülmüştür. Bu nedenle, madde metninde 'hürriyeti sınırlama sonucu doğuran bütün haller' ibaresi kullanılmıştır..."* denilmek suretiyle bu hususa işaret edilmiştir.

Bu minvalde, kesin hükümle mahkûmiyetten evvel, tutuklamada geçen sürelerin yanı sıra örneğin gözaltında veya gözlem altında geçen sürelerin de cezadan mahsup edilmesi gerekecektir[69]. Yine zorla

[67] Sorunun AİHS m. 5 kapsamındaki içtihatlara uygun yorum yapılmak suretiyle çözülebileceğine dair bkz. Kaya Göçmen, s. 1806.

[68] *İnsan Hakları Eylem Planı* çerçevesinde de, adli kontrol tedbirinin tutuklamaya alternatif olarak gittikçe artan bir ivmeyle uygulandığına işaret edilerek bu tedbirin belirli aralıklarla yeniden değerlendirilmesi hususunda çalışma yürütüleceği belirtilmiştir. Bkz. İnsan Hakları Eylem Planı, s. 63. Bu metnin sözlü bildiri olarak sunulmasından ve tam bildiri metninin hazırlanmasından sonra 14.07.2021 tarih ve 31541 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 08.07.2021 tarih ve 7331 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile bu konuda düzenlemeye yer verilmiştir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 110'uncu maddesine eklenen dördüncü fıkraya göre; *"Şüpheli veya sanığın adli kontrol yükümlülüğünün devamının gerekip gerekmeyeceği hususunda en geç dört aylık aralıklarla; soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi, kovuşturma evresinde ise resen mahkeme tarafından 109 uncu madde hükümleri göz önünde bulundurularak karar verilir."*

[69] Centel, N., Zafer, H. ve Çakmut, Ö. (2020). Türk ceza hukukuna giriş. İstanbul: Beta Yayınevi, s. 604; Demirbaş, T. (2020). Ceza hukuku genel hükümler. Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 690; Koca, M. ve Üzülmez, İ. (2020). Türk ceza hukuku genel hükümler. Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 733. *Özgenç*, başka bir suç nedeniyle gözaltında, gözlem altında veya tutuklulukta geçirilen sürelerin, hükmolunan cezadan mahsup edilebilmesi için; kişinin gözaltına veya gözlem altına alındığı ya da tutuklandığı suçtan dolayı hakkında yapılan soruşturma sonucunda Cumhuriyet savcısı tarafından kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi yahut açılan davada mahkeme tarafından beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı karar verilmesi gerektiğini; ayrıca kişinin başka bir suç nedeniyle hakkında açılan davada cezaya mahkûm edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Yazar ayrıca, ceza mahkûmiyetinin sebebini oluşturan suçun, kişi hakkında verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararının yahut beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı hükmünün kesinleştiği tarihten önce işlenmiş olması gerektiğine dikkat çekmektedir. Bkz. Özgenç, İ. (2020). Türk ceza hukuku genel hükümler. Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 984. *Öztürk/Erdem* ise CMK m. 144/1-a'da koruma tedbirleri nedeniyle tazminat isteyemeyecek kişiler arasında 'gözaltı ve tutukluluk süresi başka bir

getirme veya suçluların geri verilmesinde geri vermenin gerçekleşmesine kadar söz konusu olan tutuklamanın da mahsubun konusunu oluşturacağı ifade edilebilir[70].

Buna karşılık, adli kontrol altında geçirilen süreler bakımından CMK'nın 109'uncu maddesinin 6'ncı fıkrasında özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. İlgili düzenleme uyarınca, *"Adli kontrol altında geçen süre, şahsi hürriyeti sınırlama sebebi sayılarak cezadan mahsup edilemez. Bu hüküm, maddenin üçüncü fıkrasının (e) bendinde belirtilen hallerde uygulanmaz."* Bu itibarla, CMK'nın 109'uncu maddesinin üçüncü fıkrasının (e) bendinde yer alan uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlığından arınmak amacıyla hastaneye yatırmak dâhil tedavi veya muayene tedbirlerine tabi olmak ve bunları kabul etmek yükümlülüğü bakımından adli kontrolde geçen sürenin cezadan mahsup edilmesi mümkündür. O halde, adli kontrol tedbiri kapsamındaki yükümlülükler sebebiyle cezada mahsup yapılamayacak; ancak, şüpheli veya sanığın özellikle uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla hastaneye yatmak dâhil tedavi veya muayene tedbirlerinde geçirdiği süreler cezadan mahsup edilecektir.

Hemen ifade edelim ki, öğretide de bazı yazarlarca adli kontrolün esasen kişi hürriyetini sınırlayan bir içeriğe sahip olduğu ve fakat tutuklama veya gözaltına alma gibi bir tedbir olmadığı, adli kontrol yükümlülüklerinin şüpheli veya sanığın hareket alanını kısıtladığı ancak hareket özgürlüğünü tamamıyla ortadan kaldırmadığı, tutuklamanın doğurduğu etkilerin adli kontrolde olmadığı gibi gerekçelerle adli kontrolde geçen sürelerin cezadan mahsup edilememesine dair bu hükmün yerinde bir düzenleme olduğu belirtilmektedir[71]. Buna karşılık, uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla, hastaneye yatmak dâhil, tedavi veya muayene tedbirlerine tabi olmak ve bunları kabul etmek şeklindeki yükümlülükte, şüpheli veya sanığın özgürlüğü kısıtlandığı için bu tedbirde geçen sürenin cezadan mahsup edileceği ifade edilmektedir[72]. Yine bazı müelliflerce, bu tedbir bakımından da mahsup yapılabilmesi için ilgilinin sağlık kurumunda geceli-gündüzlü kalması gerektiği, şüpheli veya sanığın belirli gün ve saatlerde sağlık kurumuna giderek kısa süreli tedavi görmesi halinde, bu sürenin cezadan mahsup edilmesinin mümkün olmadığı savunulmaktadır[73].

Kanaatimizce, konutunu terk etmeme yükümlülüğünün de CMK'nın 109/3-e'de yer alan yükümlülükle benzer şekilde ele alınması gerekir. Nitekim AİHM ve AYM kararlarında da açıkça ifade edildiği üzere, konutunu terk etmeme yükümlülüğü –en azından mevcut uygulama şekli ile- doğrudan kişi özgürlük ve güvenliği ile ilgilidir. Bu çerçevede kanaatimizce, konutunu terk etmeme yükümlülüğünün de cezadan

hükümlülüğünden indirilenler' hükmünün 11.04.2013 tarih ve 6459 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmış olması karşısında, failin gözaltında veya tutuklulukta geçirdiği bir suçtan dolayı beraat ettiğinde artık kendisine tazminat ödenebileceğini; tutuklulukta ve gözaltında geçen sürelerin başka bir suçtan dolayı hükmedilmiş cezadan indirilmesi yanında ayrıca kişiye tazminat ödenmesi söz konusu olamayacağına göre, bir başka suçtan dolayı gözaltında ya da tutuklulukta geçen sürenin mahkûmiyetten indirilmesinin artık mümkün bulunmadığını ifade etmektedir. Bkz. Öztürk, B. ve Erdem, M. R. (2020). Uygulamalı ceza hukuku ve güvenlik tedbirleri hukuku. Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 569.

[70] Bu yönde bkz. Öztürk/Erdem, s. 568.

[71] Koca, s. 137; Hacıoğlu, s. 191; Yılmaz, s. 160. *Şahin/Göktürk* de adli kontrol kapsamındaki yükümlülüklerin, kural olarak kişi hürriyetini sınırlandırmadıklarını ifade etmektedir. Bkz. Şahin/Göktürk, s. 339. Aksi yönde bkz. Tunç, M. (2001). Adli denetim, tutuklamayı önleyici ve giderici tedbirler. Adalet Dergisi, S: 6, s. 151.

[72] Yılmaz, s. 161.

[73] Yılmaz, s. 161.

mahsup edilebilmesine olanak tanınacak şekilde CMK m. 109/6-2'nci cümleye dâhil edilmesi uygun olacaktır[74].

Burada son olarak, konutunu terk etmeme yükümlülüğü sebebiyle tazminata başvurulup başvurulamayacağı hususunun da kısaca değerlendirilmesi gerekir. Bu değerlendirme ise esasen hukuka aykırı olarak adli kontrole başvurulması durumunda tazminat istenebilip istenemeyeceği meselesi ile doğrudan bağlantılıdır. Bilindiği üzere, koruma tedbirleri nedeniyle tazminat (CMK m. 141 vd) tüm koruma tedbirleri bakımından değil, yakalama, gözaltına alma ve tutuklama ile arama ve elkoyma tedbirleri bakımından söz konusu olabilmektedir[75]. Başka bir deyişle, adli kontrol ve adli kontrol kapsamındaki yükümlülükler koruma tedbirleri nedeniyle tazminatın kapsamında değildir. Dolayısıyla yine bir adli kontrol yükümlülüğü olan konutunu terk etmeme tedbirinin haksız bir biçimde uygulanması sebebiyle tazminat talep edilmesi imkân dâhilinde olamayacaktır. Oysa öğretide de haklı olarak ifade edildiği üzere, adli kontrolün CMK m. 141 kapsamında yer almaması bir eksiliktir[76]. Zira adli kontrol

[74] Benzer yönde bkz. Şahbaz, s. 115; İnci, s. 93; Korkmaz, s. 534; Tekin, s. 301. Adli kontrol tedbirlerinin cezadan mahsup edilmesi gerektiği yönündeki görüşe katılmayan *Koca* ise, CMK Tasarısı'nda düzenlenen konuttan ancak hâkimin belirleyeceği neden ve koşullarla ayrılabilme yükümlülüğünün tutuklama etkisi yapıp yapmadığının tartışılabileceğine dikkat çekmektedir. Bkz. Koca, s. 137. Ayrıca *İnsan Hakları Eylem Planı* çerçevesinde de, konutunu terk etmeme adli kontrol tedbirinde geçen sürenin, sonuç cezanın infazından mahsubunun sağlanmasının bireylerin hayatını kolaylaştıracağına ve ceza adaletinin sağlanmasına hizmet edeceğine işaret edilmiştir. Bu hususta bkz. İnsan Hakları Eylem Planı, s. 63. Bu metnin sözlü bildiri olarak sunulmasından ve tam bildiri metninin hazırlanmasından sonra 14.07.2021 tarih ve 31541 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 08.07.2021 tarih ve 7331 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile konutunu terk etmeme yükümlülüğünün de şahsi hürriyeti sınırlama sebebi sayılarak cezadan mahsubuna olanak sağlanmış ve konutunu terk etmeme yükümlülüğü altında geçen her iki günün, cezanın mahsubunda bir gün olarak dikkate alınacağına dair düzenlemeye yer verilmiştir.

[75] CMK m. 141/1 uyarınca;
"Suç soruşturması veya kovuşturması sırasında;
a) Kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilen,
b) Kanuni gözaltı süresi içinde hâkim önüne çıkarılmayan,
c) Kanuni hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklarından yararlandırılma isteği yerine getirilmeden tutuklanan,
d) Kanuna uygun olarak tutuklandığı halde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan ve bu süre içinde hakkında hüküm verilmeyen,
e) Kanuna uygun olarak yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturmaya yer olmadığına veya beraatlerine karar verilen,
f) Mahkûm olup da gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği süreleri, hükümlülük sürelerinden fazla olan veya işlediği suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeniyle zorunlu olarak bu cezayla cezalandırılan,
g) Yakalama veya tutuklama nedenleri ve haklarındaki suçlamalar kendilerine, yazıyla veya bunun hemen olanaklı bulunmadığı hallerde sözle açıklanmayan,
h) Yakalanmaları veya tutuklanmaları yakınlarına bildirilmeyen,
i) Hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen,
j) Eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı halde elkonulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen,
k) Yakalama veya tutuklama işlemine karşı Kanunda öngörülen başvuru imkânlarından yararlandırılmayan, kişiler maddi ve manevi her türlü zararlarını, Devletten isteyebilirler."
[76] Yılmaz, s. 164. Karşılaştırınız Tekin, s. 309.

kapsamındaki yükümlülükler, kişinin temel hak ve hürriyetlerine müdahale niteliğindedir[77]. Bir adli kontrol yükümlülüğü olarak konutunu terk etmemenin, diğer adli kontrol yükümlülükleri içerisindeki farklı konumu ve özellikle yakalama, gözaltına alma veya tutuklama tedbirleri gibi kişi güvenliği ve özgürlüğü ile doğrudan bağlantılı olduğu gözetildiğinde, tazminat kapsamına alınması uygun olacaktır[78]. Özellikle aylarca süren konutunu terk etmeme tedbirinin, kişinin iş, aile, sosyal ve ekonomik hayatında yaratacağı olası kayıp ve olumsuz etkiler, bu yükümlülük bakımından tazminat yolunun açılmasının haklı gerekçesini teşkil etmektedir.

Sonuç

02.07.2012 tarih ve 6352 sayılı Kanunla, adli kontrol yükümlülüklerinden biri olarak mevzuatımıza dâhil olan konutunu terk etmeme yükümlülüğü, şüpheli veya sanığın hâkim veya mahkeme tarafından belirlenen konutunu mazereti olmaksızın veya izin alınmaksızın terk edememesini ifade etmektedir. Ülkemizdeki genel uygulama itibariyle bu tedbirin, şüpheli veya sanığın hafta içi ve hafta sonu dâhil olmak üzere yirmi dört saat boyunca kesintisiz bir şekilde konutunu terk etmemesi şeklinde tatbik edildiği gözlemlenmektedir.

Adli kontrol kapsamındaki bir yükümlülük olan konutunu terk etmeme ile müdahale edilen hak ve hürriyetin niteliği hususunda, Anayasa Mahkemesinin yakın tarihli bir kararında ayrıntılı değerlendirmelere yer verilmiştir. Yüksek Mahkeme, konutunu terk etmemeye ilişkin ilk kararı olarak nitelendirilebilecek bu kararında, konutunu terk etmeme suretiyle adli kontrol tedbirinin niteliği, uygulanış şekli ve özellikleri itibariyle hareket serbestisi üzerindeki sınırlayıcı etkisinin derece ve yoğunluk olarak seyahat hürriyetine göre oldukça ileri boyutta olduğuna ve dolayısıyla bu tedbirin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

Anayasa Mahkemesinin bu kararından da hareketle, kanaatimizce CMK m. 109/3'te yer alan adli kontrol yükümlülüklerinin bütüncül bir yaklaşımla değerlendirilmemesi gerekir. Nitekim maddede yer alan yükümlülükler gerek yöneldikleri temel hak ve hürriyetler ve gerekse ağırlık ve yoğunlukları bakımından farklılıklar ihtiva etmektedir. Bu itibarla, özellikle uygulanış şekli de gözetildiğinde, maddede yer alan yükümlülüklerden konutunu terk etmemenin diğer yükümlülüklere nazaran ikincil olarak ele alınması gerekir. Konutunu terk etmeme adli kontrol tedbirinin, diğer adli kontrol tedbirleri ile tutuklama tedbiri arasında özel bir konuma sahip olduğu dikkate alınarak, yükümlülüğe dair hukuki rejimin de bu çerçevede belirlenmesi uygun olacaktır.

Tüm bu açıklamaların ışığında, konutunu terk etmeme yükümlülüğüne karar verilmesi sırasında şüpheli veya sanığın huzurda bulunması ve bu suretle savunmasının alınması sağlanmalıdır. Öte yandan, konutunu terk etmeme suretiyle adli kontrol kararı verilirken bu yükümlülüğün ikincil niteliği de göz

[77] Öğretide bazı yazarlar, hukuka aykırı olarak başvurulan bir adli kontrol sonucunda ortaya çıkan zararın idarenin genel sorumluluğuna ilişkin kurallar çerçevesinde tazminin mümkün olması gerektiğini ifade etmektedirler. Bu yönde bkz. Öztürk, Bahri vd., s. 503; Öztürk/Eker Kazancı/Soyer Güleç, s. 115. *Çakın* ise adli kontrol koruma tedbirinden doğan zararların CMK hükümlerine göre tazmin edilebilmesine ilişkin bir düzenlemenin soruşturma usullerinin sadeliği ve tekliği ilkesinin sonucu daha yerinde olacağını belirtmektedir. Bkz. Çakın, s. 38.

[78] Benzer yönde bkz. Şahbaz, s. 115. Nitekim *İnsan Hakları Eylem Planı* çerçevesinde de, adli kontrol tedbirlerinin yanlış veya haksız uygulanması halinde bu uygulamadan mağdur olan kişiye tazminat ödenmesinin sağlanacağı belirtilmiştir. Bu hususta bkz. İnsan Hakları Eylem Planı, s. 65.

önünde bulundurularak CMK m. 109/3'te yer alan yükümlülükler kademeli olarak gözden geçirilmeli ve diğer yükümlülüklerin hangi sebeplerle yetersiz kalacağı kararda gösterilmelidir. Ayrıca, konutunu terk etmeme suretiyle adli kontrol kararının ilk defa itiraz merci tarafından verilmesi halinde, bu karara itiraz da mümkün kılınarak, konu hakkındaki tartışmalar giderilmelidir.

Konutunu terk etmeme suretiyle adli kontrol tedbirinin belirli saat dilimlerini kapsayacak biçimde tatbikine imkân tanınmalıdır. Zira somut olayın özelliğine göre, tedbirle ulaşılmak istenilen amaca, şüpheli veya sanığın konutunu hâkim veya mahkeme tarafından belirlenen saat dilimleri içerisinde terk etmemesine karar verilmesi suretiyle erişilmesi de mümkün olabilecektir. Böylelikle, kişi özgürlük ve güvenliğine yönelik müdahalenin yoğunluğu en aza indirgenerek şüpheli veya sanığın eğitim, sağlık ve çalışma hürriyeti gibi diğer temel hakları da korunabilecek ve hayatın rutinine yönelik faaliyetlerini daha rahat gerçekleştirmesine olanak sağlanabilecektir. Bu açıdan, yükümlülüğünün uygulanma koşullarını belirlemeye yönelik hâkim veya mahkemeye takdir yetkisi veren bir düzenlemeye kanunda yer verilmesi uygun olacaktır.

Son olarak belirtmek gerekir ki, özellikle uygulanış şekli itibariyle şahsi hürriyeti sınırlandırma sonucuna yol açabilen konutunu terk etmeme tedbiri altında geçen sürenin cezadan mahsubuna ve bu tedbirin haksız bir şekilde tatbiki halinde de tazminata olanak sağlayan düzenlemelere kanunda ayrıca yer verilmelidir.

Kaynakça

Aldemir, H. (2014). Yakalama, gözaltına alma, tutuklama, adli kontrol-hürriyeti kısıtlayan koruma tedbirleri. Ankara: Seçkin Yayınevi.

Baytaz, A.B. (2018). Kanunilik ilkesi bağlamında ceza ve ceza muhakemesi hukukunda yorum. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık.

Centel, N. ve Zafer, H. (2020). Ceza muhakemesi hukuku. İstanbul: Beta Yayınevi.

Centel, N., Zafer, H. ve Çakmut, Ö. (2020). Türk ceza hukukuna giriş. İstanbul: Beta Yayınevi.

Çakın, A. (2008). Kişi özgürlüğü ve güvenliği açısından adli kontrol. Adalet Dergisi, S: 30, 27-46.

Çınar, A.R. (1999). Konut dokunulmazlığını ihlal suçları. Ankara: Turhan Kitabevi.

Demirbaş, T. (2020). Ceza hukuku genel hükümler. Ankara: Seçkin Yayınevi.

Göztepe, E. (2014). Türkiye Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 4. Protokolle bağlı mıdır? Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkı açısından bir değerlendirme. Legal Hukuk Dergisi, Rona Aybay'a Armağan, İstanbul, 1121-1150.

Hacıoğlu, B. C. (2005). 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda tutuklama koruma tedbirlerine seçenek olarak düzenlenen adli kontrol koruma tedbiri üzerine bir inceleme. Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C: IX, S: 1-2, 167-192.

İnci, Z. Ö. (2017). Bir koruma tedbiri olarak Türk ceza muhakemesi hukukunda tutuklama. Ankara: Seçkin Yayınevi.

Kaya Göçmen, Ö. (2016). Adli kontrol koruma tedbirinin insan hakları ışığında değerlendirilmesi. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 65, S: 4, 1749-1814.

Keskin Kiziroğlu, S. (2010). 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda konut dokunulmazlığının ihlali suçu. Ankara: Adalet Yayınevi.

Koca, M. (2003). Tutuklamada oranlılık ilkesi çerçevesinde 2002 CMUK Tasarısının "adli kontrol" tedbirinin değerlendirilmesi. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 5, S: 2, 109-142.

Koca, M. ve Üzülmez, İ. (2020). Türk ceza hukuku genel hükümler. Ankara: Seçkin Yayınevi.

Koç, Z. (2013). Elektronik izleme ve hapis cezasının konutta çektirilmesi. Ankara Barosu Dergisi, S: 2, 171-220.

Korkmaz, F. (2015). Adli kontrol. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 1, Özel Sayı, 521-542.
Okuyucu Ergün, G. (2010). 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda konut dokunulmazlığını ihlal suçu. Ankara: Çakmak Yayınevi.

Önder, A. (1994). Türk ceza hukuku özel hükümler. İstanbul: Filiz Kitabevi.

Özbek, V. Ö., Doğan, K. ve Bacaksız, P. (2020). Ceza muhakemesi hukuku. Ankara: Seçkin Yayınevi.

Özgenç, İ. (2020). Türk ceza hukuku genel hükümler. Ankara: Seçkin Yayınevi.

Öztürk, B. ve Erdem, M. R. (2020). Uygulamalı ceza hukuku ve güvenlik tedbirleri hukuku. Ankara: Seçkin Yayınevi.

Öztürk, B., Eker Kazancı, B. ve Soyer Güleç, S. (2019). Ceza muhakemesi hukukunda koruma tedbirleri. Ankara: Seçkin Yayınevi.

Öztürk, Bahri vd. (2020). Nazari ve uygulamalı ceza muhakemesi hukuku. Ankara: Seçkin Yayınevi.

Soyer Güleç, S. (2012). Tutuklamaya ilişkin temel sorunlar ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin güncel kararları çerçevesinde adli kontrol konusunda bazı tespit ve değerlendirmeler. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 98, 25-74.

Şahbaz, İ. (2013). Hukukumuzda tutuklama koşulları ve adli kontrol. Donay, S., Altunkaş, A. ve Olgun, E. (Ed.) (2013). Ceza hukuku ve ceza yargılamasında son gelişmeler semineri (10 Mayıs 2013-İstanbul). Ankara: Seçkin Yayınevi, 73-115.

Şahin, C. ve Göktürk, N. (2020). Ceza muhakemesi hukuku I. Ankara: Seçkin Yayınevi.

Tekin, A. (2017). Adli kontrol tedbirleri. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y: 8, S: 32, 283-313.

Tezcan, D., Erdem, M. R., Önok, R. M. (2020). Teorik ve pratik ceza özel hukuku. Ankara: Seçkin Yayınevi.

Tunç, M. (2001). Adli denetim, tutuklamayı önleyici ve giderici tedbirler. Adalet Dergisi, S: 6, 136-153.

Yenisey, F. ve Nuhoğlu, A. (2020). Ceza muhakemesi hukuku. Ankara: Seçkin Yayınevi.

Yılmaz, İ. (2016). 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda adli kontrol. Ankara: Adalet Yayınevi.

İnsan Hakları Eylem Planı-Özgür Birey, Güçlü Toplum; Daha Demokratik Bir Türkiye, Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, Mart 2021. *(İnsan Hakları Eylem Planı)*

DİJİTAL TEKNOLOJİLERLE DESTEKLENEN GÖZETİM TOPLUMUNDA ÖZERKLİK VE MAHREMİYET

Öğr.Gör.Dr Özlem KÜÇÜK[1]

Kocaeli Üniversitesi

ORCID NO: 0000- 0002-7717- 2439

Öz

İnovasyon üstünlüğü stratejisi ABD için çok önemlidir. Keza gerek anavatanı korumak, gerekse ABD'de demokratik bir hükümet biçiminin genişlemesini temin etmek bu şekilde mümkündür. Aynı zamanda, ABD'nin zenginliğinin çoğalmasını güvence altına almanın yegane yolu dünya barışının temin edilmesinden geçmektedir. Teknolojik inovasyon ve ileri düzey yapay zekâ donanımları yeni gözetim sistemini oluşturmaktadır. Covid-19 salgını sürecinde dijital teknolojiler, vaka tanımlama, temas takibi, nüfus gözetimi, halkla iletişim ile yer değiştirme verileri temelinde halk sağlığına yardımcı olmak üzere kullanılmaya başlanmıştır. Nitekim virüse ya da hastalığa yakalananların hareket ve bulaştırma izlerini takip eden yetkili gözetim mekanizmaları oluşturulmuştur. Son yıllarda gözetim giderek ticarileşerek, ilk zamanlarda ki disiplin ve denetim amaçlı devlet kontrolünde gerçekleşme halinden uzaklaşmıştır. Böylece yakın dönemde hızla artan dijital izleme girişimleri özel hayatın mahremiyeti ile ilgili endişeleri de artırmıştır. Zira insanların karantinaya ve sosyal mesafeye uyumunu izlemek üzere dronlar ve giyilebilir cihazlar (akıllı saatler, bileklikler, gözlükler…) kullanılmaktadır. Bu da insan hakları ve özel hayatın mahremiyeti ihlalleri hususunda endişeleri artırmıştır. Çin'de AliPay HealthCode uygulaması ile kişilerin eşzamanlı konumuna göre yüksek riskli olduğu düşünülen kullanıcılar için bazı işlemleri sınırlandırarak katı karantina önlemleri sağlanmıştır. Öte yandan sokağa çıkma yasakları ve hareket özgürlüğünü kısıtlayan uygulamalar başta ABD olmak üzere pek çok ülkede yoğun bir şekilde protesto edilmiştir. Dünya genelinde insan hakları ihlalleri ve ayırımcılık yaşanırken bilhassa dijital teknoloji ürünlerinin tüketimi artmış ve sanal bağımlılık gelişmiştir. Çinli şirketler ve ABD yönetimi arasında izinsiz veri toplama iddiası ile başlayan teknoloji milliyetçiliği ise henüz aşılmış görünmemektedir. Nitekim Covid-19 krizinin kalıcı bir mirası, gözetim teknolojilerinin kademeli gelişimi ve kişinin özerkliği ile özel hayatın mahremiyetinin belirsizliği olacaktır.

Anahtar Kelimeler: İnovasyon, Dijital Teknoloji, Dijital Rekabet, Mahremiyet, Özerklik

[1] Öğr.Gör.Dr., Kocaeli Üniversitesi Turizm Fakültesi, Kartepe/İzmit, KOCAELİ, ozlem.kucuk @kocaeli.edu.tr

AUTONOMY AND PRIVACY IN THE SURVEILLANCE SOCIETY SUPPORTED BY DIGITAL TECHNOLOGIES

Abstract

Innovation supremacy strategy is very important for the USA. Besides, innovation superiority makes possible both to protect the homeland and to ensure the expansion of a democratic form of government. At the same time, the only way to maintenance of economic prosperity of American people is through ensuring world peace. Digital technologies, which are becoming widespread during the pandemic, support public health, including public communication with case identification, contact tracking, population surveillance and evaluation of the response on the basis of mobilization data. However, the recent rapid increase in digital surveillance regime initiatives has also raised concerns about privacy. Because, drones and wearable devices (smart watches, wristbands, glasses ...) are used to monitor people's adaptation to quarantine and social distance. This has raised concerns about violations of civil liberty and privacy. AliPay Health Code application in China has provided that strict quarantine measures are implemented by limiting certain transactions for users who are considered to be at high risk according to the detected contacts by concurrent location. On the other hand, lockdown and strict quarantine measures, heavily protested in many countries, especially in the USA. While the use of digital technology devices has increased among people who have been locked down, there has been security crisis about illegal data collection and escalation trade war between the US and China. Technology nationalism, which started with claims of unauthorized data collection between Chinese companies and the US administration, does not yet seem to be overcome. Indeed, a lasting legacy of the Covid-19 crisis will be the gradual development of surveillance technologies and the uncertainty of one's autonomy and privacy of private data.

Keywords: Innovation, Digital Technology, Digital Competition, Privacy, Autonomy.

Giriş

Özgürlük, modern siyasi söylemde vazgeçilmez bir kavramdır. Bilhassa siyasi düşünceler tarihçileri için "özgürlük" kavramı, açıklanması gereken öncelikli bir görevdir (Podoksik, 2010: 219). Michel Foucault, 20.yüzyılın en provokatif ve ihtilaflı düşünürüdür. Uzun bir süre düşünceler tarihi kursüsünü yönetmiştir. Bize, Marx ve Nietzsche arasında gölgede kalan konuları bir araya getiren bir sosyal düşünce yaklaşımı bırakmıştır (Phelan, 1990: 421).

17. yüzyıldan beri Batı toplumları biyolojik bir varlık olan insan ve yaşamı üzerinde devletin kontrolü ile sağlanan biyoiktidar tarafından yönlendirilmektedir (Foucault, 1997: 150). Foucault için neoliberalizm, ekonomik faaliyeti sosyal ve politik ilişkilerin genel bir düzeyi haline getirerek genişletirken odak noktası olarak mübadele değil rekabeti seçmektedir. Oysa, mübadele klasik liberalizmin temelidir. Neoliberalizm genel bir "homo economicus" fikridir, yani ekonomik bir özne olarak insanın belirli bir "antropolojisini" siyasetin temeline yerleştirme biçimidir (Akt: Read, 2009:

27). Neo-liberal yönetimsellik, bireysel özgürlükleri genişletirken, bu özgürlük alanını sürekli kılmak üzere ek güvenlik önlemleri düzenler. Bu bağlamda güvenlik iki farklı şekilde insan hayatına girer. Bir taraftan özgürlüklerin koruyucu iken, diğer taraftan yaşam üzerindeki kontrolü artıran bir baskı aracıdı olarak (Read, 2009: 35).

Bir demokrasi için kolluk kuvvetleri de dahil olmak üzere güvenlik ve istihbarat örgütlerinin şeffaf ve etkili gözetim prosedürlerine nasıl tabi olabileceklerine dair can sıkıcı sorunun birçok boyutu bulunmaktadır (Raab, 2017: 83). Uluslararası Göç Örgütü tarafından yayınlanan 2018 Dünya Göç Raporuna göre, Doğu Asya ülkelerinde "İç göç, insanların kırsal alanlardan şehir merkezlerine eşi görülmemiş hareketini içeren çok önemli bir özellik taşımaktadır (Kong, Liu ve Yang, 2021: 1030). Diğer yandan bir çok Amerikalı politika yapıcısı, yasal göçmenliği teşvik ederken ABD'ye belgesiz göçü engellemek istemektedir. 2015 yılında ABD'de 12 milyondan fazla Meksikalı yaşıyordu, bu da ABD'deki her dört göçmenden birinin Meksika'dan geldiğini göstermektedir. Diğer yandan, ABD'de yaşayan belgesiz göçmenlerin sayısı 2015 yılında yaklaşık 12 milyon civarında idi. ABD'li politika yapıcıları arasında yasal göçün ABD için büyük ölçüde iyi olduğuna ancak belgesiz göçün ABD için büyük ölçüde kötü olduğuna dair yaygın bir inanç bulunmaktadır (Azizi ve Yektansani, 2020: 1).

Hükümetler genellikle olağanüstü durumlarla karşı karşıya kaldıkları zaman, gerek sıkı göç politikaları gerekse belirli temel hakların askıya alınması gibi aşırı önlemlere başvurmaktadırlar. Bu önlemler arasında toplanma veya hareket özgürlüğünün kısıtlanması ve hatta vatandaşların daha iyi gözetime tabi tutulması da vardır. COVID-19 salgını ile insanların karantinaya ve fiziksel mesafeye uyumunu izlemek üzere dronlar ve giyilebilir cihazlar (akıllı saatler, bileklikler, gözlükler…) kullanılmaktadır. Çin'de AliPay HealthCode uygulaması ile kişilerin eşzamanlı konumuna göre yüksek riskli olduğu düşünülen kullanıcılar için bazı işlemleri sınırlandırarak katı karantina önlemleri sağlanmıştır.Tüm bu önlemler orantılı olmalı ve yalnızca krizlerle başa çıkmak için son çare olarak uygulanmalı ve bir kriz kontrol altına alınır alınmaz sona erdirilmelidir (Chêne, Duri, Granjo ve Jenkins, vd, 2018: 9).

Khalil'e göre, ABD liderliğinin gerilemesi ve COVID-19 salgınının birleşimi, Çin'i -dünyanın en iyi uygulaması- olarak teknoloji destekli otoriterliğini genişletmeye ve teşvik etmeye cesaretlendirmiştir. Pandemi, "Çin özelliklerine" sahip teknolojinin acil bir durumda kitlesel gözetimin uygulabilir ve etkili olduğunu gösteren bir kanıt sağlamıştır. Çin mühendisliği dijital gözetim ve izleme sistemleri artık Çin'in Siber Süper Güç Stratejisi doğrultusunda dünyanın dört bir yanına ihraç edilmektedir (Khalil, 2020: 1).

Gözetim teknolojisinin birçok biçimi vardır. Örnek olarak şunlar verilebilir: kapalı devre televizyon (CCTV), X-ray ve havaalanlarındaki benzer cihazlar, termal sensörler, sıcaklık taraması (SARS ve Covid-19 için), tuş kaydediciler, telefon dinlemeleri, böcekler, parabolik mikrofonlar, Radyo Frekansı, Tanımlama Cihazları (RFID) ve Küresel Konumlandırma Sistemleri (GPS). ABD'de, güvenliği artırmak için elektronik gözetimin kullanılması, 1844'te telgrafın icadından hemen sonra başlayan uzun bir geçmişe sahiptir. Bu teknolojiler arasında, telefon ve bilgisayarların yanı sıra, kamusal alanda günden güne çoğalan elektronik gasp da yer almaktadır (Kleinig, Mameli, Miller, Salane and Schwartz, 2021: 89).

Ticari ve kamusal yaşamlarının normal akışı içinde hareket eden ve işlem yapan bireyler hakkında bilgileri kaydetme, analiz etme ve iletme uygulamalarının rutin hale gelmesine karşın artan bir farkındalık ve kızgınlık oluşmaktadır. Söz konusu bilgiler, toplayan kişi tarafından ele geçirilir ve kullanılır ve oradan - genellikle elektronik olarak, ya bir ücret ya da bir iyilik karşılığında - başkalarına - ikinci taraflara, üçüncü taraflara, dördüncü taraflara vb. iletilebilir. Felsefi teoriler, mahremiyet ve kişisel veriler arasındaki ilişkiyi uzun süredir kabul etmekte ve mahremiyeti korumanın bir yolu olarak bilgi toplama, analiz etme ve paylaşma uygulamalarının izin verilen sınırlarını tartışmaktadır (Nissenbaum, 1998, s.559).

Son yıllarda ABD ve Avrupa'da daha önce olmadığı kadar mahremiyet konusu kucaklanmaktadır. Bu, bilgi ve iletişim teknolojilerinin ("BİT") tasarlanmasında, baştan mahremiyet inşa etmenin, onu sona erdirmekten daha iyi sonuçlar elde ettiği fikrine dayanır. Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi, BİT'in tasarımında veri kontrolörlerinin işleyişinde "teknik ve organizasyonel önlemler" uygulamasını gerektiren hükümleri her zaman içermiştir (Rubinstein, 2011, s. 1410).

Avrupa Komisyonu, vatandaşlarına güvenli bir internet erişimi sağlamak üzere, internet ve siber güvenlik projesi için yakın zamanda 7 milyon euroluk bir projeyi onaylamıştır. Böylelikle, bir çok telefon operatörü, uydu üretici ve tedarikçiler bir araya gelerek proje için konsorsiyum oluşturdular (euronews, 23.12.2020).

Son yıllarda, gözetim giderek daha katılımcı bir yapıya geçerken aynı zamanda özelleşerek ticarileşmiştir Zira sosyal medya vasıtasıyla hergeçen gün gözetleyici ve gözetlenen sayısı artmaktadır. Katılımcılar bir taraftan gözetleyen diğer taraftan gözetlenen konumuna geçmiştir. Böylelikle, gözetimin sadece devlet tarafından kontrol ve disiplini sağlamak üzere kullanıldığı zamanlar geride kalmıştır. Katılımcı söylemleri ve yenilikler, gözetimi yasal ve sosyal kontrolden muaf bir faaliyet olarak konumlandırmak için yapılandırılır. Nitekim, çağdaş ağ bağlantılı gözetim uygulamaları, çoğu son derece organize ve stratejik çoklu katılım biçimlerini içerir (Cohen, 2016: 1).

Sosyal medya, politikacıların kampanyalarını kişiselleştirmelerine ve seçimlerin sonucu için belirleyici olabilecek seçmenleri hedeflemelerine olanak tanımaktadır. 2008 ABD başkanlık seçimleri, adayların doğrudan siyasi kampanya için sosyal medyayı kullandıkları ilk seçimdir. O zamandan beri, sosyal medyanın dünya çapında siyasi sahnede ki rolü her geçen gün artmaktadır. Örneğin, farklı kitlelerin tanımlanmasını kolaylaştırmak için Facebook 2016'da ABD'li kullanıcılarını siyasi yönelimlerini (muhafazakar, liberal ve ılımlı) ve ilgi alanlarını sınıflandırmaktadır. Sonuç olarak, siyasi kampanyalarda giderek sosyal medya daha fazla kullanılırken, politikacıların geleneksel medya kuruluşlarına odaklanmaları ise nispeten azalmaktadır. Ancak hedef belirleme yeni değildir; örneğin, televizyonda ki, siyasi kampanyalar, belirli bir siyasi ideolojiye eğilimli veya belirli bir demografik gruba ait olan izleyicilere hitap eden showlar arasında reklamlar için ödeme yapan potansiyel seçmenleri hedefler. Sosyal medyanın en önemli avantajı, hedef kitleye ulaşmanın ve etkilemenin çok daha kesin yapılabilmesidir (Liberini, Redoano, Russo, Cuevas and Cuevas, 2018: 1-3).

Liberal Batı demokrasileri ile Çin ve Rusya gibi otoriter rejimler arasında güvenlik ve çevrimiçi gizlilik arasındaki net bir ayrım sözkonusudur. Batı'da veri koruma ve ulusal güvenlik arasında bir denge

sağlanırken kolektif özgürlükler ve demokrasi kavramı tümden göz ardı edilmez ancak Çin ve Rusya için ulusal güvenlik hedefleri mahremiyetin önüne geçmektedir (Ülgen, 2016: 7).

Bu makale günümüzde daha ziyade kişisel bilgi ve verilerin ekonomik olarak üretim ve tüketimin bir parçası şeklinde kullanıldığı yeni çağda özerklik ve mahremiyetin artan önemine değinmektedir. Mahremiyet, bireysel özerkliği teşvik etmekte ve korumaktadır. Ancak mahremiyetin özerkliğe hizmet etmesini sağlamak özbenliği gelişmiş bireylerle mümkündür. Benliğimiz, bireysel, toplumsal ve kültürel olarak yerleşik hem de açık uçlu, karşılıklı olarak oluşturan öz-tanımlama uygulamaları ile gelişir. Diğer yandan dijital gözetleme teknolojilerinin gelişimi ve ticari amaçlı kullanımı, özerklik ve mahremiyeti olumsuz etkileyen unsurlar arasında yer almaktadır.

1. Geçmişten Günümüze Özgürlük, Mahremiyet ve İnsan Hakları

Amerikan Bağımsızlık Savaşı sürerken Haziran 1776'da gelecekte ABD'nin üçüncü Başkanı olacak olan Thomas Jefferson tarafından kaleme alınan Virginia İnsan Hakları Bildirisi ile siyasi liberalizmin temelleri atılırken, özgürlük çatısı altında Britanya İmparatorluğu'nun on üç kolonisinin evrensel bir ulus olma yoluna girmiştir. Thomas Jefferson'ın kaleme aldığı bildirgenin başlangıcında şu ifadeler vardır: *tüm insanların eşit yaratıldığının, yaratıcılarının onlara geri verilemez birtakım haklar verdiğinin, bunların arasında yaşam, özgürlük ve mutluluğu arama hakkının da olduğunun– açık olduğunu kabul ediyoruz"* (Tüter, 2009 Ashford, 2018: 69)

Özgürlük konusu felsefenin baştacıdır. Zira, insanlar, doğaları gereği özgür olmak ister. Rousseau'nun 'Toplum Sözleşmesi' eserinde yeralan, "insan özgür doğar oysa her yerde zincire vurulmuştur" cümlesi, bir slogan haline gelmiştir. Hegel'in tarih tezi özgürlük mücadelesi üzerine yazılmış tarihsel süreci inceleyen bir eserdir. Karl Marx, komünizmin nihai hedefi, bireysel özgürlüktür demiştir. Nietzsche'nin tarih tezi ise Tanrı gibi mutlak özgürlüğe sahip üstinsana ulaşmaktır. Nietzche'yi derinden etkileyen Alman düşünür A. Schopenhauer ise gerçek özgürlüğün kişinin sadece kendisi tarafından hiçbir müdahele olmaksızın belirlenebilen bir "kendinde irade" (Wille an sich) içinde bulunabileceği, insanın bu anlamda bir kendinde iradesi olmadığından, her ne kadar iradeye ve özgürlüğe sahip olduğunu düşünse de, onun esasen ahlaksal özgürlüğe sahip olabileceği savıdır. Bir başka Alman düşünür Schelling'e göre özgürlük, felsefenin hem başı hem de sonunudur. Diğer yandan, Hıristiyanlığın kendisi has bir özgürlük anlayışı vardır: her bireyin kurtuluşu Tanrı'nın emrine itaat edip etmeme kararına bağlıdır. Açık bir biçimde, Schelling'in amacı insan özgürlüğünü Hıristiyan özgürlük anlayışı ile modern felsefe anlayışı arasında uyumlaştırmaktır (von Schelling, 2019: 223; BBC News Türkçe, 29.07.2010).

John Locke'un irade özgürlüğü ve eylem özgürlüğünün doğası konusunda ki görüşleri, edim felsefesi ve ahlaki psikolojiyi etkilemiştir. Liberaller, bireylerin her zaman doğru seçimler yapamayacağını bilirler ancak bireylerin kendileri için doğru seçimleri yapma olasılıklarının, diğer bireylerin onlar adına yapabileceklerinden daha olası olduğuna inanırlar. Liberaller, bu nedenle, herkesin özgürlüğünün korunduğu ve herhangi bir bireyin başka bir bireye zarar vermesinin önlendiği hukukun üstünlüğü altında yaşaması gerektiğine inanırlar. Hukukun üstünlüğü ile bireysel özgürlüğün liberal değeri, insan hakları teorisi ve hukuku için önemli bir temel oluşturmuştur (Freeman, 2016: 142).

Nitekim Locke'un Negatif Özgürlük (birşeyden özgürlük; freedom from) yaklaşımı, pekçok Amerikan siyasetçiyi derinden etkilemiştir. Bunların arasında insan hakları hususunun uluslararası topluma taşınmasında önemli etkisi olan ABD Başkanı Franklin D. Roosevelt'de vardır. Roosevelt'in "Dört Özgürlük" prensibi Birleşmiş Milletler'in kuruluşuna giden yolda Atlantik Bildirisi'nin temelini oluşturmuştur. Bunlar, "korkmadan yaşama özgürlüğü" (freedom from fear) "konuşma özgürlüğü (freedom of speach)," "ibadet özgürlüğü" (freedom of worship) ve "yoksulluktan kurtulma özgürlüğü" (freedom from want) olmak üzere dört tanedir (Ekmekçi, 2013: 207).

Yirminci yüzyılı büyük çoğunluk "haklar çağı" olarak tanımlanmaktadır. Hakların ahlaki, politik ve yasal işlevleri vardır. İnsan hakları, hakların bir alt sınıfıdır. İnsan onuru ve gelişimi için gerekli olan temel faydalar ise hakların konusunu oluştururken, bu faydalar hem siyasi ve medeni hem de sosyo-ekonomik kaygıları içermektedir (Gavison, 2003: 24). İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin ilk maddesi "Tüm insanlar özgür doğar ve onur ve haklar bakımından eşittir. Akıl ve vicdana sahiptirler ve birbirlerine karşı kardeşlik ruhu içinde hareket etmelidirler," demektedir (https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights). Özgürlük hakkı, insanları kendi seçtikleri şekilde yaşamlarını sürdürmeleri manasına gelmektedir. 26 Ağustos 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nde "Siyasal özgürlük, diğerlerine zarar vermeden hukuk düzeni içinde birçok şeyi yapabilme gücünü içerir" demektedir (Ashford, 2018: 74).

Evrensel Beyannamede belirtilen ilkeler, dünya çapında 90'dan fazla ülkenin yasalarında yer almaktadır. İnsan haklarını izlemek, teşvik etmek, korumak ve geliştirmek için bir dizi mekanizma kurulmuştur. Bununla birlikte, dünya çapında birçok insan için insan haklarının korunması yerine getirilmemiş bir vaat olmaya devam etmektedir (Gumbis, Bacianskaite ve Randakeviciute, 2010: 127).

Mahremiyeti tanımlamak zordur. Birbirinden farklı insanlar için farklı şeyler ifade etmektedir. Birinin kişisel alanının ve yalnız kalma hakkının korunması olarak tanımlanmıştır. Aynı zamanda kişisel verilerin kontrolü ve korunmasını da içerir. Görünüşte mahremiyetin farklı tanımları olmakla birlikte, esasen, kişinin kendi ve diğerleri ile özel ve kamusal paylaşılan alan arasında ki sınırlarla ilgilidir (Acquisti, Taylor ve Wagman, 2016: 443). İnsan Haklari evrenseldir, dokunulmazdır ve her insanın doğasında vardır. En değerli insan hakkı olan 'mahremiyet', bir çok önemli ulusal, bölgesel ve uluslararası belgede korunmaktadır. Kişinin yaşamının ve bireysel özgürlüğünün çok önemli bir parçası olan mahremiyet hakkı bireyin kişiliğinin, bütünlüğünün ve saygınlığının gelişmesinde önemli bir rol oynamaktadır (Revathi, 2009: 368).

Birbirinden farklı olsalar da, insanlar, özel yaşam alanlarının ve mahremiyetlerinin korunmasını da önemserler. Büyük çoğunluk, kişisel verilerinin herhangi bir zamanda herkes tarafından erişilebilir olmasını istemez. Gözetim, bilişim teknolojilerinin gelişimi ile farklı boyutlara taşınarak, iktidar ilişkilerinin yeni metodlarını oluşturmaktadır. Bauman, modern öncesi ve modern zamanlarda güç kavramının değişimini şu şekilde izah etmektedir, Eski zamanlarda, güç sahipleri sıradan insanlara gücün heybetini hayranlık ve korku ile izlemelerine olanak sağlayarak halkın üzerinde etkili olurken, modern güç sisteminde ise tebası tarafından izlenmek yerine onları gözetleyerek gölgede kalmayı tercih eden bir güç sistemi mevcuttur, demektedir (Bauman, 2017).

Eski güç sistemine güzel bir örnek olarak Franz Kafka'nın (2004) "Ceza Sömürgesi" adlı öyküsü verilebilir. Korku üzerine kurulmuş bir işgence sistemi yoluyla bir toplumu ceza infaz sistemi ile köleleştiren bir askeri diktatörlüğü konu alır. Savunma ve yargılanma hakkı olmayan bir kölenin, işlediğine veya işlemediğine emin olamadığımız hafif bir fiil için halka açık bir alanda, eski komutan tarafından yapılmış ve eşşiz özelliklere sahip bir makine ile yirmidört saat süresince bedenine iğnelerek batılarak işlediği iddia edilen suçun yazılması şeklinde ki işgence süreci sonrası ölümüne giden bu acımasız infazıdır gözler önüne serilen. Eski komutanın subayının bu infaz süreci ile ilgili sarf ettiği şu sözler dikkate değerdir: "Kararlarımda uyduğum temel ilke şudur: Suç, her zaman her türlü şüphenin ötesinde sabittir. Diğer mahkemeler bu ülkeye uymazlar çünkü orada her kafadan bir ses çıkar ve her birinin üzerinde daha yüksek mahkemeler vardır. Yargılamayı nasıl yaptığı noktasında ise şunları ifade eder: "Önce, adamı karşıma çağırıp, sorguya çekseydim sadece işler çatallaşırdı o kadar. Yalan söylecekti, yalanlarını çürütmeyi başarsam bile, onların yerine yeni yalanlar koyacaktı ve böyle sürüp gidecekti bu."

Amerikan işçileri Taylorizm ve Fordizm ile başlayan ve sadece örgütlü sendikaların yasal karşı ağırlığı ve iş kanunları tarafından bir nebze hafifletilmiş olan yüksek izleme seviyelerine alışmışlardır. Son zamanlarda, büyük veri analitiği, iletişim yakalama, mobil cihaz tasarımı, DNA testi ve biyometri gibi çeşitli alanlarda ki teknolojik gelişmeler, hem işte hem de iş dışında çalışan gözetimi kapasitelerini önemli ölçüde genişletmeştir. Birçok gözetim biçiminin maliyeti önemli ölçüde düşerken, yeni teknolojiler işçilerin gözetimini daha da kolay ve erişilebilir hale getirmiş ancak işçi sendikalarının işçileri savunma gücü giderek azalmıştır (Ajunwa, Crawford ve Schultz, 2017: 735).

Toplum düzenini sağlamak, her zaman zordu. Foucault için hastaneler, hapishaneler, okullar hepsi disiplin toplumunun birer parçasıdır. Bentham, mahkumların kurallara uyması için bir gözetleme mekanizmasının gereğini anlamış ve Panopticon'u tasarlamıştır. Böylece kuleden heran gözetlendiklerini düşünen mahkumların üzerinde bir baskı oluşmuş ve kuralların uygulanması daha da kolaylaşmıştır. Günümüzde gözetim teknoloji sadece suçu önlemek için değil aynı zamanda tüketici tercihlerini yönlendirmek, salgınları ve yasa dışı göcü engellemek, sınır kontrolü gibi nedenlerden ötürü de kullanılmaktadır

2. Özerklik, Mahremiyet ve Gözetim Toplumu

Özgürlüğün tamamlayıcısı ise özerkliktir. Özerklik, bireyin kendi kurallarını kendi iradesi ile belirlemesi, kendini bulması ve diğerlerinden ayrılan varlığıdır. Özerk bir insan, kendi kaderini tayin edebilme yeteneğine sahiptir. Ancak, Sennett'e göre ulusların ve uluslar içinde ki şehirlerin bile kendi kaderini tayin edebileceği inancına dayalı olan sosyal politika anlaşıyı günümüzde değişmiştir (Sennett, 1995: 13). Özerklik, mahremiyetin vazgeçilmez olduğu bir benlik anlayışını gerektirir. Özerklik için mahremiyetin gerekli olduğu iddiası, benlik kavramının oluşumunda mahremiyetin rolünü sergilemektedir. Yetişkinler üzerinde yapılan son araştırmalar, çarpıcı bir şekilde göstermiştir ki, sistematik olarak, mahremiyetten mahrum bırakılan yetişkinler özerk olamamaktadır. 1950'lerde, Washington'daki Saint Elizabeth Hastanesi'nin büyük, aşırı kalabalık bir koğuşunda, özerk bir mekansal düzenleme olmadığından hastalar arasında idrar vakalarının çoğalmasına neden olmuştur (Kupfer, 1987: 82-84).

Bilim ve teknoloji alanındaki gelişmelere paralel olarak önemi artan, özel hayatın gizliliği hakkı, esas olarak bu sınırsız iletişim teknolojileri ile birlikte bireyin, gizleneyen, korunamayan ve yer yer müdahale edilen ve ticari amaçlı kullanılan bilgilerini bir sakıncalı duruma dönüşmektedir. Cohen (2013: 1933)'e göre, mahremiyetin giderek önemi artarken korunmaya ihtiyaç duyduğu ve mevcut düzenleyici stratejilerin bu görevi yerine getirme ihtimallerinin düşük olduğudur. Ağa bağlı bilgi teknolojilerimizi farklı bir politika ile donatmak, mahremiyetin önemi anlamak ve yaratıcı çözümler ile koruyucu önlemlere yönelik yeni bir vizyon gerektirecektir (Cohen, 2013).

Lyon, 11 Eylül saldırılarının ardından ABD'de güvenlik ve gözetim şirketlerinin ekonomik değerinin arttığını vurgu yapar. Tüm dünya da terörist saldırılar artarken, gözetim teknolojileri yaygınlaşmış ve ticarileşmiştir. Diğer yandan kişisel verilerin mahremiyeti ve güvenlik arasında bir paradox ortaya çıkmıştır (Lyon, 2009: 8).

Amerika'da, 2016 yılında California Eyaleti'nin San Bernardino kentinde 14 kişiyi öldüren terörist çiftin İphone'un kriptolu yazılımının kırılması talebi, Federal Soruşturma Dairesi (FBI) ile Apple şirketini karşı karşıya getirdi. Apple şirketi, bu uygulamanın kişisel verilerin gizliliği yönündeki özgürlük haklarına müdahale girişimi olduğunu söyleyerek, müşterilerine bu durumu protesto etmeleri yönünde çağrıda bulunmuştur. Son yıllarda Amerika ve Avrupa'da artarak devam eden terör saldırılarının, kamusal alanların çeşitli gözetim araçlarıyla izlenmesi konusundaki sosyal baskıyı tetiklemektedir. Devletlerin meşru amaçlar öne sürülerek, kamu lehine gözetim yaparken nasıl bir yol ve yöntem izleyecekleri örneğin sadece kentlere yerleştirilen kamera sistemi mi yoksa kişisel veri ağını mı yoksa bütün iletişim ve enformasyon kaynaklarını mı kullanacakları, gerekli-gereksiz ve aşırı ayırımın nasıl yapılacağı günümüzde önemli tartışma konuları arasında yer alıyor. Aynı zamanda yaygınlaşmış enformasyon teknolojisi ile artan kişisel veri kullanımı hakkının korunup korunmayacağı hangi durumların istisna olacağı konusuda, özel işletmeler ile kamu kurumlarını karşı karşıya getirmektedir (Association for Practical and Professional Ethics 2016).

2013 yılında ABD hükümeti tarafından yapılan toplu gözetiminin açığa çıkması, İnternet özgürlüğü hakkında küresel bir tartışmanın fitilini ateşlemiştir. Bir zamanlar Washington, yabancı hükümetleri ve onların kurumsal işbirlikçilerini çevrimiçi sansür, izleme ve diğer İnternet baskısı biçimleriyle meşgul oldukları için rutin olarak azarlarken, Snowden olayından sonra durum değişmiştir. Eski bir Ulusal Güvenlik Ajansı (NSA) yüklenicisi olan Edward Snowden, ABD'nin en gizli elektronik gözetim programlarını ortaya döken binlerce belgeyi sızdırarak, çevrimiçi özgürlüğü savunan çoğu ABD'li yetkililerine yönelik ikiyüzlülük suçlamaları dalgasına yol açmıştır (Fontaine, 2014: 1).

Diğer yandan COVID-19 yeni normali, Pazar yoğunlaşmasının artması oldu. Gelişmiş ülkelerde tüketicilerin yüzde 18'i, COVID-19 nedeniyle ilk kez çevrimiçi alışveriş yaptıklarını söylediler. Dünyanın her yerinden insanlar çevrimiçi alışveriş yapmak için dijital platformlara yöneldiler. Buna karşılık, pandemi sırasındaki dijital değişim, önde gelen dijital platformların performansını daha da artırdı. 2020 Mart ayının ilk yarısında, Brezilya'daki genel e-ticaret satışları, Mart 2019'un ilk yarısına kıyasla yüzde 40 arttı. Çinli çevrimiçi perakendeci JD.com, 2019'un aynı dönemine kıyasla, Ocak sonu ile Şubat 2020 başı arasındaki 10 günlük dönemde çevrimiçi satışlarda yüzde 215 artış bildirdi. Üstelik dijital şirketler arasındaki birleşmelerin ve satın almaların, özellikle de baskın dijital platformların

başlangıç şirketlerini satın almaya çalıştığı durumlarda dikkatli bir şekilde analiz edilmesi gerekmektedir (UNCTAD COVID-19 Report: 100-101).

Euromonitor International isimli Pazar araştırma şirketi, COVID-19 sürecinde tüketici alışkanlıklarının önemli ölçüde değiştiğini, evden çalışmanın artmasıyla birlikte tüketicilerin özel hayatına ilişkin mahremiyetin azaldığını evin çalışma, dinlenme, eğlenme ve spor amaçlı çoklu kullanıma açıldığını ifade etmektedir. Çalışma, alışveriş, eğitim, spor gibi tüm etkinliklerini çevrim içi olarak evden yapmaya başlayan insanların dikkatleri dağılırken kişisel verilerinin güvenliği ise ikinci plana atılmaktadır (BBC Türkçe, 28.04.2020).

Çinli sosyal medya uygulayıcısı Tik Tok firması hakkında Hollanda'da 64.000 fazla anne-baba çocuklarının mahremiyetini ve güvenliğini tehlikeye atıldığı gerekçesiyle Amsterdam Mahkemesi'ne Piyasa Bilgi Araştırma Vakfı aracılığı ile dava açmış bulunuyor. Bilhassa çocukların konumları, telefon namaraları ve videoları gibi biyometrik bilgilerinin toplandığı iddiasında bulunmaktalar. Diğer taraftan Firma, 13-15 yaşındaki kullanıcılara ait hesapların gizli olarak ayarlandığı ve videoları otomatik olarak görmelerinin engellendiğini savunmaktadır (Özkan, 02.06.2021).

Sonuç

Özgürlük, asırlar boyunca insanlığın ulaşmak için var gücüyle uğruna savaş verdiği yüksek bir değerdir. Şarkılara, şiirlere, romanlara, felsefeye ve hayatın her alanına sinmiştir. Diğer yandan, mahremiyet ise tarihsel olarak yeni bir konsept sayılır. Mahremiyet, kültürel olarak spesifiktir ve farklı zaman ve mekanlarda değişkendir. Mahremiyetin görünüşte farklı yönlerinin birbiriyle nasıl ilişkisi olduğu sorusuna net bir cevap yoktur, öyle ki bunun tek bir kavram olduğunu varsaymamız gerekir. Oysa ki, mahremiyet kavramı içinde yalnız bırakılma hakkı, kişinin kendisine erişimi kontrol etme hakkı; yalnızlık/inzivaya çekilebilme hakkı, belirli önemli kararlarda özerklik hakkı, yakın ilişkilerin ön koşullarını belirleyebilme hakkı gibi pekçok önemli alanları kapsamaktadır. Mahremiyetin (hakkının) negatif ya da pozitif özgürlük kavramlarından hangisinin içine girdiği belirsizdir. Pozitif özgürlük olarak düşünülürse devletin, toplumun maddi temelini ne ölçüde sağlamakla yükümlü olduğu da belirsizdir.

Diğer yandan, Snowden sızıntıları ayrıca NSA'nın Hong Kong Çin Üniversitesi aracılığıyla Çin iletişimini dinlediğini ortaya koymuştur. Çin'e göre, bir devlet kurumu tarafından yönlendirilmesine rağmen, bu siber faaliyetler ancak ABD'nin yardımıyla mümkün olmuştur. Çin'li akıllı telefon markası Huawei'in google uygulamalarını kullanmasının kısıtlanması ve kara listeye alınması sonrası ABD pazarında satışlarını artıran diğer bir Çinli firma Xiomi firması da 2021'de kara listeye alınmıştır. ABD ile Çin arasında siber güvenlik konusunda artan gerginlik, her iki ülkenin izinsiz kullanıcı verileri toplandığı ve kötü amaçla kullanıldığı yönünde bir suçlama seyri de göstermektedir. AB veri güvenliğini sağlamak ve vatandaşlarını korumak üzere yeni yasal düzenlemeler ve teknolojik kısıtlamalar ve önlemler almaktadır. Teknolojik ilerlemeler ile emek yerine kullanılan yeni teknolojiler ise bilhassa yapay zekalı donanımlar, yüz tanımlama, kimlik belirleme, kişilerin güvenilirliklerini puanlama gibi kontrol ve güvenlik alanında muazzam gücünü göstermektedir. Özellikle 11 Eylül 2001 terörist saldırıları sonrası başta ABD olmak üzere yeni güvenlik sistemi politikasına geçilmiştir. Bölgesel işbirlikleri yerine daha fazla ulasal ve sert güvenlik uygulamaları yasal olmayan göçün azaltılması, beyin

göçünün uzaktan çalışma ile yer değiştirmeden veya vatandaşlık dışından sağlanması gibi önlemler gün geçtikçe hızlanmaktadır.

Kaynakça

AB, 7 milyon euroluk internet ve siber güvenlik uydu projesi için ilk adımı attı. Euronews (23.12.2020), Erişim Tarihi: 30.06.2020, https://tr.euronews.com/2020/12/23/ab-7-milyon-euroluk-internet-ve-siber-guvenlik-uydu-projesi-icin-ilk-ad-m-att

Acquisti, A., Taylor, C. and Wagman, L. (2016). The Economics of Privacy. *Journal of Economic Literature*, 54(2), 442-492.

Ajunwa, I., Crawford, K. Schultz, J. (2017). Limitless Worker Surveillance. *California Law Review*, 105 (3), 735-776

Ashford, N. (2018). *Özgür Toplumun İlkeleri*. Can Madenci (Çev.). İstanbul: Liberte

Azizi, S.ve Yektansani, K. (2017). *Artificial Intelligence and Predicting Illegal Immigration to the USA*. In: International Migration Book Washington; John Wiley & Sons Ltd.

Bauman, Z. (2017). *Küreselleşme – Toplumsal Sonuçları.* A. Yılmaz (Çev.), İstanbul: Ayrıntı Yayınları, ISBN: 978–975–539–254–7.

Case #1: Apple vs. FBI. Association for Practical and Professional Ethics 2016, Erişim Tarihi: 05.07.2021, http://ethics.iit.edu/eelibrary/ApplevsFBI.pdf

Chêne, M., Duri, J., Granjo, A.F., Jenkins, M. vd. (2018). *Exploring Post-Covid-19 Trends and Their Impact on Anti-Corruption, Governance and Development*. In: Getting Ahead of the Curve. Marie Chêne, Jon Vrushi (Ed.). Transparency International Co.

Cohen, J.E. (2013). What Privacy Is For.? Harvard Law Review, 126 (7), 1904-1933

Cohen, J.E. (2016). The Surveillance-Innovation Complex: The Irony of the Participatory Turn, Forthcoming in Darin Barney, et al., *The Participatory Condition*, University of Minnesota Press, January 2016, 1-19.

Ekmekçi, İ.S. (2013). John Locke'un Liberalizm Kuramı Üzerine. *TBB Dergisi*, (106): 205-214.

Fontaine, R. (2014). Bringing Liberty Online: Reenergizing the Internet Freedom Agenda in a Post-Snowden Era. Policy Brief, Center for a New American Security.

Freeman, M. (2016). Neoliberal Policies and Human Rights. D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi 17(2), 141-164.

Gavison, R. (2003). On the relationships between civil and political rights, and social and economic rights. Erişim Tarihi: 04.07.2021, https://archive.unu.edu/unupress/sample-chapters/ghr-chapter1.pdf

Gumbis, J., Bacianskaite, V., and Randakeviciute, J., (2010). Jurisprudencija: Mokslo darbu žurnalas, 119 (1), 125-145.

Foucault, M. (1997). *Society Must Be Defended: Lectures at the Collège de France.* 1975-1976, trans. David Macey. New York: Picador.

Impact of the COVID-19 pandemic on trade and development. UNCTAD COVID-19 Report (2021), Erişim Tarihi: 05.07.2021, https://unctad.org/programme/covid-19-response/impact-on-trade-and-development-2021#data.

Kleinig, J., Mameli, P., Miller, S. Salane, D. and Schwartz, A. Securitization Technologies. In Global Standards for Ethical Identity Management in Contemporary Liberal Democratic States Book. ANU Press.88-128.

Liberini, F. Redoano, M. Russo, A., Cuevas, A. and Cuevas, R. (2018). *Politics in the Facebook Era.* Working Papers, Paper No. 389. 1-72. Centre for Competitive Advantage in the *Global* Economy Department of Economics Evidence from the 2016 US Presidential Elections.

Lyon, D. (2009). *Surveillance, power, and everyday life.* In: The Oxford Handbook of Information and Communication Technologies. Chrisanthi Avgerou, Robin Mansell, Danny Quah, and Roger Silverstone (Ed.).

Kafka, F. (2004). *Ceza Sömürgesi*. Türkçesi: Evrim Tevfik Güney.İstanbul: Bordo Siyah Klasik Yayınlar.

Khalil, L. (2020). *Digital Authoritarianism, China and C0VID*. Lowy Institute Analysis.

Kong, D., Liu. L, Yang, Z. (2021). High-speed rails and rural-urban migrants' wages. *Economic Modelling,* 94 (2021) 1030–1042.

Kupfer, J. (1987). Privacy, Autonomy, and Self-Concept. *American Philosophical Quarterly,* 24 (1). 81-89.

Moore, A.D. (2003). Privacy: Its Meaning and Value. American Philosophical Quarterly, 40(3), 215-227.

Nissenbaum, H. (1998). Protecting Privacy in an Information Age: The Problem of Privacy in Public. *Law and Philosophy*, 17(5/6), 559-596.
Özkan, Y. (02.06.2021). TikTok: Hollanda'da on binlerce ebeveyn 'Çocuklar korunmuyor' diyerek sosyal medya devine 1, 4 milyar euroluk dava açtı. Erişim Tarihi: 06.03.2021, https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-57328455

Phelan, S. (1990). Foucault and Feminism. *American Journal of Political Science*, 34(2), 421-440.

Podoksik, E. (2010). One Concept of Liberty: Towards Writing the History of a Political Concept. *Journal of the History of Ideas*, 71(2), 219- 240.

Siyasi Düşünce Tarihi. BBC News Türkçe, 29.07.2010, Erişim Tarihi: 02.07.2021, https://www.bbc.com/turkce/ozeldosyalar/2010/07/100729_siyasi_dusunce_tarihi

Raab, C.D. (2017). *Security, Privacy and Oversight*. In: Security in a Small Nation Book. Andrew W.Neal (Ed.), London: Cambridge.

Read, J. (2009). A Genealogy of Homo-Economicus: Neoliberalism and the Production of Subjectivity. *Foucault Studies*, No 6, pp. 25-36,

Revathi, R. (2009). Pervasive Technology, Invasive Privacy and Lucrative Piracy – A Critique. *Journal of the Indian Law Institute*, 51(3), 368-384.

Rubinstein, I.S. (2011). Regulating Privacy by Design. Technology Law Journal, 26 (3, Symposium: Technology: Transforming the Regulatory Endeavor, 1409-1456.

Sennett, R. (1995). "Something in The City: The Spectre of Uselessness and the Search For a Place in The World". *Times Literary Supplement*

Tüter, M. (2009). ABD'deki Milliyetçilik ABD Misyonundan Beyaz Ulusalcılığa. Doktora tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi, İstanbul.

Ülgen, S. (2016). Privacy on the Internet Report Subtitle: A Road Map for Transatlantic Leadership, 1-13.

Von Schelling, F.W.J. (2019). *İnsan Özgürlüğünün Özü Üzerine*. Mehmet Barış Albayrak (Çev.). İstanbul: Ayrıntı Yayınları.

ULUSLARARASI
HUKUK
SEMPOZYUMU
International Symposium on Law

KİŞİSEL SAĞLIK VERİLERİNİN KORUNMASI BAĞLAMINDA İDARENİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Öğr. Gör. Busenaz Bahadır*
İstanbul Şişli Meslek Yüksekokulu
ORCID NO: 0000-0002-2014-8673

Öz

Kimliği belirli ya da belirlenebilir bir gerçek kişiye ait her türlü bilgi kişisel veri olarak tanımlanmakta; bu veriler genel ve özel (hassas) veriler olmak üzere iki gruba ayrılmaktadır. Kişinin ruhsal ve fiziksel sağlığına ilişkin her türlü bilgisi de kişisel sağlık verisi kapsamında değerlendirilmektedir. Bilgi işlem teknolojilerinin gelişmesiyle birlikte, kişisel verilerin elde edilmesi ve işlenmesi kolaylaşmıştır. Bu durum beraberinde kişisel verilerin rahatlıkla ihlal edilmesine de sebep olabilmektedir. Kişisel sağlık verileri söz konusu olduğunda, sağlık kuruluşlarınca bu verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesi, diğer kişisel verilere göre daha ciddi zararların ortaya çıkmasına neden olabilmektedir. Bu kişisel sağlık verilerinin idare tarafından hukuka aykırı olarak işlenmesi, açıklanması ya da gereği gibi muhafaza edilmemesi yoluyla kişilerin zarara uğraması durumunda, meydana gelen zararın tazmin edilmesi gerekmektedir. Bu çalışmada kişisel sağlık verilerinin korunmasının ve mahremiyetin sağlanmasının önemi ulusal ve uluslararası düzenlenmelerle ortaya konulacak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ve Danıştay'ın vermiş olduğu kararlar ışığında idarenin hukuki sorumluluğu incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Kişisel Veri, Kişisel Sağlık Verisi, İdare, Gizlilik, Sağlık Hizmetleri.

Abstract

Any information about an identified or identifiable natural person is defined as personal data. Personal datas are divided into two groups as general and sensitive data and the health data owned by the person is included within the scope of sensitive data. Processing of this personal health data may cause more serious harm to the person compared to other datas. This data must be compensated by the administration for damages incurred if people are harmed due to unlawful processing, disclosure, or failure to maintain. In the decisions, the Council of State decides whether it is responsible for the administration according to the characteristics of the events. In this study, personal health data were analyzed according to national and international regulations and Council of State decisions.

Keywords: Personal Data, Personal Health Data, Protection of Personal Data, Full Jurisdiction.

A. Kişisel Veri

Kişisel veri birçok ulusal ve uluslararası metinde; kimliği belirli ya da belirlenebilir olmak şartıyla, bir kişiye ait tüm veriler olarak tanımlanmaktadır.
Kişisel veri, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu[1] md. 3/1-b'de ve Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik[2] md. 4/1-i'de ve "*kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*" olarak tanımlanmıştır. Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi Ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik'in[3] 3. maddesinde de kişisel veri, gerçek ve tüzel kişiye ait olmak üzere tanımlanmıştır.
Kişisel veri kavramı, 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi md. 2/a'da[4], 95/46 EC sayılı Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR) md. 2/a'da[5] ve OECD'nin yayınladığı Rehber İlkeler md. 1/b'de[6] benzer şekillerde yer almıştır.

Ulusal ve uluslararası metinlerde yer alan bu tanımlardan yola çıkarak kişisel veriyi, kişinin şahsi ve mesleki özelliklerini gösteren, kişiyi diğer kişilerden ayırmayı ve niteliklerini ortaya koymayı sağlayan her türlü bilgi şeklinde ifade etmek mümkündür[7]. Bu bağlamda kişinin kimliği, fiziksel özellikleri, banka bilgileri, düşünce ve inançları, kişinin şahsi ve aile içi yaşantısıyla ilgili bilgiler, başkalarıyla yaptığı görüşmeler, ikamet ve emniyet bilgileri de kişisel veri kapsamında değerlendirilmektedir[8]. Kişisel verilerin, kişinin kimliğini ortaya çıkartan ve kişiyi belirli kılan veriler olduğu söylenebilir. Örneğin, kişinin adı ve soyadı, adresi, doğum tarihi, medeni hali, mesleği, görüntüsü, fotoğrafı, e-posta adresi ya da IP adresi kişisel verileri olarak belirtilebilir[9].

Kişisel veri tanımı incelendiğinde bünyesinde iki unsuru barındırdığı görülmektedir. Bunlardan ilki bilgi, diğeri ise kişi unsurudur. Kişisel veriler bir kişinin öznel niteliklerini içerebileceği gibi, üçüncü kişilerle olan konuşmaları gibi nesnel bilgileri de içerebilir. Bu bakımdan kişisel verinin öznel ya da

[1] RG T.: 07.04.2016, S.: 29677.
[2] RG T.: 21.06.2019, S.: 30808.
*İstanbul Şişli MYO
[3] RG T.: 24.07.2012, S.: 28363.
[4] "*personal data" means any information relating to an identified or identifiable individual*", https://rm.coe.int/convention-108-convention-for-the-protection-of-individuals-withregar/16808b36f1, (E.T.: 20.05.2021).
[5] "*'personal data' shall mean any information relating to an identified or identifiable natural person ('data subject'); an identifiable person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identification number or to one or more factors specific to his physical, physiological, mental, economic, cultural or social identity",* https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A31995L0046 , (E.T.: 22.05.2021).
[6] "*personal data" means any information relating to an identified or identifiable individual*", https://www.oecd.org/internet/ieconomy/oecdguidelinesontheprotectionofprivacyandtransborderflowsofpersonaldata.htm, (E.T.: 20.05.2021).
[7] Şen, Ersan, "**Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı'nın Anayasa ve Türk Ceza Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi**", İstanbul Barosu Dergisi, C. :83, S. :3, 2009, syf. 1197.
[8] Küzeci, Elif, **Kişisel Verilerin Korunması**, Turhan Yayınevi, 3. Baskı, 2019, syf. 1; Ayözger, Çiğdem, **Kişisel Verilerin Korunması**, Beta Yayıncılık, 1. baskı, 2016, syf. 6; Akgül, Aydın, "**Danıştay Kararları Işığında Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması"**, Danıştay Dergisi, S.: 133, 2013, syf. 24.
[9] Şimşek, Oğuz, **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, Beta Yayınevi, 2008, syf. 121; Küzeci, syf. 1; Akgül, syf. 8.

nesnel bilgi olmasının bir önemi yoktur[10]. Bilginin gerçek ya da güncel olup olmaması da verinin niteliği açısından önem arz etmemektedir. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu md. 3'te belirli ya da belirlenebilir bir kişiden bahsedildiği için, ses ya da görüntü kayıtlarıyla elde edilen bilginin, bir kişiye ait olması ya da kişiyi belirlenebilir kılması nedeniyle kişisel veri olarak kabul edilebileceği belirtilmektedir[11].

İkinci unsur kişi unsurudur. Kişisel verilerin korunması açısından kişi kavramına kimlerin gireceği noktasında doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüş kişisel verilerin korunması kapsamına sadece gerçek kişilere ait bilgilerin girebileceğini ifade ederken[12], diğer görüş tüzel kişilere ait bilgilerin de kişisel veri olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır[13]. Tüzel kişiler Türk Hukuku'nda Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi Ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik'te yer alan kişisel veri tanımında var olmasına karşın, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'ndaki kişisel veri tanımında yer almamaktadır.
Baskın görüş kişisel verileri korunacak kişi olarak gerçek kişinin anlaşılması gerektiği yönünde olsa da, bazı Avrupa Birliği üyesi ülkeler iç hukuklarındaki düzenlemelerle tüzel kişileri de koruma kapsamına dahil etmektedir. Avrupa Birliği'ndeki ve ülkelerin iç hukuklarındaki düzenlemeler çerçevesindeki kişisel veri tanımına göre, tüzel kişiye ait bir bilginin bir gerçek kişiyi işaret etmesi ya da bir gerçek kişiyi belirlenebilir kılması halinde gerçek kişinin koruma altına alınması gerekecektir[14].

B. Kişisel Verilerin Hukuki Niteliği

Teknolojinin gelişmesiyle büyük yararlar sağlanmakla birlikte, kişisel verilerin korunması ve kötü amaçlı kullanılması noktalarında sorunlar ortaya çıkmış, bu sorunlar ülkelerin kendi mevzuatlarında kişisel verilerin korunmasına yönelik düzenlemeler yapmasını gerektirmiştir.

İnsan haklarından olan kişisel verilerinin korunması hakkı ile, açık rıza bulunmadan kişisel verilere yapılan müdahaleler karşısında kişinin hakkının ve kişisel verileri üzerindeki özgürlüğünün korunması amaçlamaktadır[15].
Anayasa'nın 20. maddesine göre; "*Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.*"
Kişisel verilerin işlenmesinde özel hayatın gizliliği olmak üzere, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak ve kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin yükümlülükleri ile uyacakları usul ve esasları düzenlemek amacıyla, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu yürürlüğe sokulmuş ve böylece

[10] Özdemir, Hayrünnisa, **Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması**, Seçkin Yayıncılık, 2009, syf. 125.
[11] Aşıkoğlu, Şehriban İpek, **Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Büyük Veri**, Onikilevha Yayıncılık, 1. Baskı, 2018, syf. 10.
[12] Tezcan, Durmuş, "**Bilgisayar Karşısında Özel Hayatın Korunması**", Anayasa Yargısı Dergisi, C.:8, 1991, syf. 389.
[13] Ayözger, syf. 9.
[14] Aşıkoğlu, syf. 16.
[15] Şimşek, syf. 115.

tarafı olunan uluslararası sözleşmelerde yer alan kişisel verilerin korunmasına ilişkin yükümlülükler yerine getirilmiştir.

C. Kişisel Verilerin Sınıflandırılması

Kişisel verilerin sınıflandırılması konusunda genel olarak, özel nitelikli (hassas) kişisel veriler ve genel (adi) kişisel veriler şeklinde ikili bir ayrım yapılmaktadır[16]. Özel nitelikli (hassas) kişisel verilerin korunmasında veri sorumlularına hukuki ve teknik olarak daha sıkı önlem alma konusunda yükümlülükler getirilmiştir[17].

Kişisel veri, Avrupa Birliği uygulamasında özel nitelikli kişisel veri (special categories of personal data) ve hassas veri (sensitive data) şeklinde yer almaktadır. Doktrinde yer alan bu ikili ayrımın temeli, özel nitelikli kişisel verilerin temel hak ve özgürlükleri ve özel hayatın gizliliğini ihlal edebilme potansiyeline dayandırılmaktadır[18]. Nitekim 95/46 EC sayılı Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün (GDPR) giriş bölümü md. 33'te "*veri öznesi açık şekilde rıza göstermezse, temel özgürlükleri veya kişisel mahremiyeti ihlal eden yapıdaki veriler işlenmemelidir*." denmektedir. Aynı Tüzük md. 8/1'de "*üye devletler, sağlık durumuna veya cinsel yaşama ilişkin verilerin işlenmesini ve sendika üyeliğini, dini veya felsefi inançları, siyasi görüşleri, ırk veya etnik kökeni açıklayan kişisel verilerin işlenmesini yasaklayacaktır*" düzenlenmesine yer verilerek, özel nitelikli kişisel verilerin kapsamı tanımlanmıştır.

Diğer yandan, 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşme'nin 6. maddesinde ırksal kökene, siyasi görüşlere, dini ve diğer inançlara, sağlığa ve cinsel yaşama ve mahkumiyetlere ilişkin verileri hassas veri olarak kabul edilmiştir. Bu çalışmada literatürdeki en yaygın kullanım şekli olan hassas veri kavramı tercih edilecektir.

Avrupa Birliği hukukunda hassas veriler olarak, kişinin ırksal ve etnik kökeni, siyasi görüş, dini ya da felsefi inançları ya da sendika üyeliğine ilişkin bilgileri, genetik verileri, biyometrik veriler, sağlıkla ilgili veriler ya da kişinin cinsel hayatı ya da cinsel tercihlerine ilişkin veriler sayılmıştır[19]. Bunlardan farklı olarak, ten rengi, özür durumu, her türlü bağımlılıklar, alkol, tıbbi ilaç ve uyuşturucu kullanımı, sosyal görüşler, fiziksel ve zihinsel sağlık durumları, işlenilen ya da işlendiği iddia edilen suçlara ilişkin veriler de bazı ülkelerin iç hukuklarındaki düzenlemelerde hassas veri olarak kabul edilmiştir[20]

Türk hukukunda, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu md. 6/1'de hassas veriler sayılmıştır. Bu maddeye göre; "*Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir."* Görüleceği üzere, GDPR'de yer almayan kılık ve kıyafet, dernek ve vakıf üyeliği, 6698 sy Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda yer almaktadır.

---

[16] Akgül, syf. 27; Oğuz, Sefer, "**Kişisel Verilerin Korunmasında Genel İlkeler**", Bilgi Ekonomisi ve Yönetimi Dergisi, 2018, syf. 126. Yargıtay kişisel verileri, yaşam şekline ilişkin kişisel veriler, ekonomik ve finansal kişisel veriler, politik kişisel veriler, bilişim alanına ilişkin kişisel veriler, sağlıkla ilgili kişisel veriler olmak üzere 5 grup altında sınıflandırmaktadır. Bkz. CGK, T.: 17.06.2014, 2012/1510 E., 2014/331 K., www.kazanci.com, (E.T.: 22.05.2021).

[17] Bkz. Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun 31.01.2018 tarih ve 2018/10 sy kararı.

[18] Kaya, Cemil, **"Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas Veriler ve İşlenmesi"**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.: 69, S.: 1-2, 2011, syf. 318.

[19] 2016/679 (GDPR) The EU General Data Protection Regulation, art. 9/1.

[20] Kaya, syf. 319.

Hassas veriler, kişisel veri olmasına rağmen kişisel verilerin içinde daha fazla korunması gereken ve uygulamada da daha fazla korunan bir gruptur[21]. Bu verilerin diğer verilere kıyasla kişiler arasında ayrımcılığa sebep olabilecek nitelikte olması nedeniyle güçlü bir koruma sağlanmaktadır[22] .
Hassas verilerin kapsamı dışında kalan diğer tüm veriler için genel (adi) kişisel veri ifadesi kullanılmaktadır. Maddede hassas veriler sayılarak belirtilmiştir, adi kişisel verilere ise bu şekilde yer verilmemiştir. Dolayısıyla, kişiyi belirlenebilir hale getiren ve söz edilen nitelikler dışındaki tüm veriler adi veri kapsamında değerlendirilecektir. Bu noktada kanun koyucu hassas veri ile adi kişisel verinin korunması arasında bazı farklılıklar öngörmüştür. Bunlardan ilki, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu md. 6/2'ye dayanarak hassas verinin işlenmesi için açık rızanın aranmasıdır. Diğer farklılık ise, hassas verinin hukuka aykırı olarak kaydedilmesinin Türk Ceza Kanunu md. 137'de düzenlenerek suç olarak yaptırıma bağlanmasıdır.

Belirtilen açıklamalar dikkate alındığında, kişinin sağlığıyla ilgili bilgileri içeren sağlık verileri, doğrudan ya da çeşitli şekillerde kişinin kimliğini ortaya çıkardığı için kişinin hassas verilerini oluşturmaktadır. Kişisel sağlık verisi sadece bunlarla yeterli kalmayıp, kişinin geçmiş ve geleceği, fiziksel ya da ruhsal sağlığı ile de ilgili olabilir[23].

D. Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması

Kişinin sağlığı hakkındaki tüm verileri, hassas veri sınıfında korunan verilerdendir. Bu verilerin işlenmesine diğer veri türlerinden farklı olarak daha fazla koruma sağlanmaktadır. Anayasa, yürütme organının yetkilerini doğru ve etkili kullanabilmesi için temel hak ve özgürlüklerin yasama organı tarafından kanunlarla sınırlanabileceğini kabul etmektedir[24]. Kanunlarla sınırlama, kanun koyucunun temel hak ve özgürlüklere doğrudan müdahale etmesine, sınır çizmesine ya da idareyi temel haklara müdahale etme konusunda yetkilendirmesine imkan vermektedir[25]. Anayasa md. 20'ye göre; "*Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.*"
Sağlık hakkının, dolayısıyla hasta haklarının korunmasında insan onuru esastır. Kişisel verilerin başkasına aktarılmasının yasaklanmasının temelinde anayasal bir hak olan kişilik hakkının korunması yer almaktadır. Dolayısıyla, temel hak ve özgürlüklerden olan ve Anayasa'yla koruma altına alınan kişisel verilerin korunması hakkına ve bu hakkın içerisinde yer alan kişisel sağlık verilerinin korunmasına yönelik yapılacak düzenlemeler sadece kanunla yapılabilir[26].
11/10/2011 tarihli ve 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (KHK) ile, Sağlık Bakanlığı'nın bilgi toplama, işleme ve paylaşma yetkisine yönelik bazı düzenlemeler yapılmıştır. Bu KHK md. 47/1'e göre, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarına mevzuatla verilen görevlerin daha efektif ve daha hızlı biçimde yerine

[21] Kaya, syf. 319.
[22] Akgül, syf. 27; Kaya, syf. 318-321.
[23] https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/09-09-28_guidelines_healthdata_atwork_en.pdf, (E.T.: 22.05.2021).
[24] Özbudun, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 2019, syf. 41.
[25] Gören, Zafer, **Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 2011, syf. 397.
[26] Akgül, syf. 28.

getirilebilmesi için, bütün kamu ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarından; sağlık hizmeti alanların, aldıkları sağlık hizmetinin gereği olarak ilgili sağlık kurum ve kuruluşuna vermek zorunda oldukları kişisel bilgileri ve bu kimselere verilen hizmete ilişkin bilgileri her türlü vasıtayla toplama, işleme ve paylaşma yetkisi verilmişti.

Aynı maddenin 2. fıkrasında, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının işlediği kişisel sağlık verilerini ilgili üçüncü kişiler ve kamu kurum ve kuruluşları ile ancak bu kişi ve kurumların bu verilere erişebileceği hususunda kanunen yetkili olması halinde ve görevlerini yapmalarına yetecek derecede paylaşabilecekleri belirtilmiş, maddenin 3. fıkrasında ise Bakanlık ve bağlı kuruluşların görevlerini yerine getirebilmek için gerekli olan bilgileri kamu ve özel bütün kişi ve kuruluşlardan istemeye yetkili olduğu ifade edilmişti.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa md. 20'de yer alan özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunmasını isteme hakkıyla ilgili olarak, Sağlık Bakanlığı'nın sağlık kuruluşlarına başvuran hastaların sağlık bilgilerini merkezi olarak toplamasına ilişkin hükmün KHK'taki bu maddeyle düzenleme yapılamayacağından hareketle maddenin iptaline karar vermiştir[27].

Daha sonra 6495 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun md. 73/h-3 ile, 663 sy KHK md. 47'nin iptal edilen 1., 2. ve 3. fıkralarına "*Bakanlık ve bağlı kuruluşları, mevzuatla kendilerine verilen görevleri, e-devlet uygulamalarına uygun olarak daha etkin ve daha hızlı biçimde yerine getirebilmek için, bütün kamu ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarından; sağlık hizmeti alanların, aldıkları sağlık hizmetinin gereği olarak ilgili sağlık kurum ve kuruluşuna vermek zorunda oldukları kişisel bilgileri ve bu kimselere verilen hizmete ilişkin bilgileri her türlü vasıtayla toplamaya, işlemeye ve paylaşmaya yetkilidir*" hükümleri tekrar eklenmiştir[28].

Sağlık Bakanlığı 17 Kasım 2012 tarihinde "Sağlık Net 2 Veri Gönderimi" başlıklı bir genelge yayınlamış, sağlık hizmeti veren tüm sağlık kurum ve kuruluşların hastaların sağlık verilerini Sağlık Net 2 sistemine göndermesini zorunlu kılmıştır. Türk Tabipler Birliği, söz konusu genelgenin iptali ve yürütmesinin durdurulması için Danıştay'a başvurmuştur.

Karara[29] göre, "*Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir denilmiştir. Buna göre, Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen ve Kişinin Hakları ve Ödevleri başlıklı ikinci bölümünde yer alan özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakkına ilişkin olarak kanun hükmünde kararname ile düzenleme yapılması mümkün değildir. Bu nedenle, yasal dayanak Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen Genelge'de hukuka uyarlık bulunmamaktadır. Her ne kadar, 12.07.2013 tarihinde kabul edilen ve 02.08.2013 tarih ve 28726 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 6495 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 73/h-3. maddesi ile 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilen hükümleri yeniden düzenlenmişse de sonradan yürürlüğe giren yasal düzenlemenin önceden yürürlüğe konulan Genelge'nin dayanağını oluşturmayacağı açıktır. Kaldı ki, hassas veri kabul edilen kişisel sağlık*

[27] Anayasa Mahkemesi, T.: 14.02.2013, 2011/150 E., 2013/30 K., https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/06/20130625-33.doc, (E.T.: 22.05.2021).
[28] https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k6495.html, (E.T.: 22.05.2021).
[29] Danıştay 15. D., T.: 12.6.2014, 2013/2084 E., http://www.ttb.org.tr/images/stories/file/2014/ydkabul.pdf, (E.T.: 24.05.2021).

verilerinin toplanması ve işlenmesinin kapsamı, koşulları ve bu verilerin korunmasına ilişkin usul ve esaslar belirlenmeksizin ve kişisel sağlık verilerine ilişkin bir sınırlama konulmaksızın, sağlık hizmeti alanların kişisel bilgileri ve bu kişilere verilen hizmete ilişkin bilgilerin toplanması, işlenmesi ve paylaşılmasını öngören 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 47. maddesindeki 12.07.2013 tarihinde getirilen düzenlemenin sağlık verilerinin kayıt altına alınmasını sağlayan ve bir veri tabanı sistemi şeklinde kurulan Sağlık Net 2 Veri Gönderimi Sisteminin işleyişine ilişkin tüm ayrıntıları kapsayan bir yasal düzenleme olarak kabulü de mümkün değildir." denmiştir. Bu gerekçelerle genelgenin yürütülmesi durdurulmuştur. Danıştay, Anayasa Mahkemesi'nin özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakkına ilişkin KHK ile düzenleme yapılmasının mümkün olmadığına dair vermiş olduğu kararına atıfta bulunarak; sağlık verilerinin hassas veri olduğunu ve bunların toplanmasının, işlenmesinin, kapsamının koşullarının ve bu verilerin korunmasına ilişkin usul ve esasların mutlaka kanunlarla düzenlenmesi gerektiğini vurgulamıştır.

Sağlık Bakanlığı, 20 Ekim 2016 tarihinde Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik'i[30] yürürlüğe koymuş, Danıştay 15. Dairesi 6 Temmuz 2017 tarihli ve 2016/10500 Esas sayılı kararı ile bu Yönetmelik'in yürütmesi durdurulmuştur. Arkasından 24 Kasım 2017 tarihinde Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik[31] yürürlüğe koyulmuş; ancak, bu Yönetmelik'in yürütülmesi de Danıştay 15. Dairesi 9 Ekim 2018 tarihli ve 2018/251 Esas sayılı kararıyla durdurulmuştur[32].

Tüm bunlar neticesinde, kişisel sağlık verilerinin korunmasına ve bu verilerin hangi hallerde paylaşılabileceğine yönelik düzenlemelere yer verilmiş ve Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik 21 Haziran 2019 tarih ve 30808 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu düzenlemenin amacı, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu hükümleri çerçevesinde, Sağlık Bakanlığı'nın merkez ve taşra teşkilatı birimleri ile bunlara bağlı olarak faaliyet göstermekte olan sağlık hizmeti sağlayıcıları ile bağlı ve ilgili kuruluşları tarafından yürütülen süreç ve uygulamalarda uyulacak usul ve esasları düzenlemektir.

Kişisel sağlık verilerinin korunması hakkı, verilerin düzeltilmesi ve silinmesini isteme hakkını da kapsamaktadır. Kişiler kayıt altına alınan verilerinde bir yanlışlık ya da eksiklik bulunduğu takdirde bunların düzeltilmesini ya da silinmesini isteme hakkına sahiptir. Hastayla ilgili kayıtları sadece doğrudan ilgili kişiler görebilir, başka birinin bu bilgilere ulaşması mümkün olmamalıdır[33]. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin[34] 4. maddesinde de bu hüküm "*Tabip ve diş tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, kanuni mecburiyet olmadıkça, ifşa edemez. Tıbbi toplantılarda*

[30] RG Tarihi: 20.10.2016, S.: 29863.
[31] RG Tarihi: 24.11.2017, S.: 30250.
[32] Gerekçe olarak, yürütmenin durdurulması kararının gereğini yerine getirerek düzenleme yapılması gerekirken, maddi ve hukuki koşullara göre uygulanabilir nitelikte olan bir yargı kararını uygulamaktan kaçınarak, hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilen yönetmelikte kısmi değişiklikler yapılarak yürürlüğe konulmasında hukuka uygunluğun bulunmadığı ifade edilmiştir. http://www.ttb.org.tr/userfiles/files/ksv-D_15-YD-Karari.PDF, (E.T.: 22.05.2021).
[33] Hakeri, Hakan, **Tıp Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 2018, syf. 468.
[34] RG Tarihi: 19.02.1960, S.: 10436.

takdim edilen veya yayınlarda bahis konusu olan vakalarda, hastanın hüviyeti açıklanamaz" şeklinde yer almaktadır.

Türkiye'de sağlık verilerinin gizliliğiyle ilgili olarak diğer bir düzenleme de Hasta Hakları Yönetmeliği'dir[35]. Bu çerçevede Hasta Hakları Yönetmeliği, hasta haklarını somut olarak göstermek ve sağlık hizmeti verilen tüm yerlerde, insan onuruna yakışır bir şekilde herkesin hasta haklarından faydalanabilmesine, ortaya çıkabilecek hak ihlallerinden korunabilmesine ve gerektiğinde hukuki korunma yollarını fiilen kullanabilmesine dair usul ve esasları düzenlemek amacı ile hazırlanmıştır[36]. Bu Yönetmelik ile, hastanın sağlık verilerine ilişkin tutulan kayıtların düzeltilmesini isteyebileceğine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 17. maddesine göre, "*Hasta; sağlık kurum ve kuruluşları nezdinde bulunan kayıtlarında eksik, belirsiz ve hatalı tıbbi ve şahsi bilgilerin tamamlanmasını, açıklanmasını, düzeltilmesini ve nihai sağlık durumu ve şahsi durumuna uygun hale getirilmesini isteyebilir. Bu hak, hastanın sağlık durumu ile ilgili raporlara itiraz ve aynı veya başka kurum ve kuruluşlarda sağlık durumu hakkında yeni rapor düzenlenmesini isteme haklarını da kapsar."* 23. maddeye göre de, "*Sağlık hizmetinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgiler, kanun ile müsaade edilen haller dışında, hiçbir şekilde açıklanamaz. Kişinin rızasına dayansa bile, kişilik haklarından bütünüyle vazgeçilmesi, bu hakların başkalarına devri veya aşırı şekilde sınırlanması neticesini doğuran hallerde bilginin açıklanması, bunları açıklayanın hukuki sorumluluğunu kaldırmaz. Hukuki ve ahlaki yönden geçerli ve haklı bir sebebe dayanmaksızın hastaya zarar verme ihtimali bulunan bilginin ifşa edilmesi, personelin ve diğer kimselerin hukuki ve cezai sorumluluğunu da gerektirir. Araştırma ve eğitim amacı ile yapılan faaliyetlerde de hastanın kimlik bilgileri, rızası olmaksızın açıklanamaz."*

Görüleceği üzere, kişinin sağlık hizmetinden faydalanmak amacıyla verdiği ya da sağlık hizmetinin görülmesi sırasında sonradan ortaya çıkan kişisel sağlık verilerinin, sağlık kurumları ya da ilgili kurumlar tarafından hukuka uygun olarak tutulması, yanlış ya da eksik tutulması halinde kişinin başvurusuyla düzeltilmesi, sağlık hizmeti verilmesiyle edinilen bilgilerin açıklanamayacak olması ve kişinin kimlik bilgilerinin rızası olmadan açıklanamayacağı Yönetmelik'in ilgili maddelerinde düzenlenmiştir.

E. İdarenin Sorumluluğu

Kamu gücünü elinde bulunduran ve üstün yetkilere sahip idarenin karşısında bireylerin haklarının koruma altına alınması, idarenin hem hukuki hem de mali (tazmin) sorumluluğuyla mümkündür[37]. Danıştay bir kararında idarenin hukuki sorumluluğunu, *"İdarenin hukuki sorumluluğu, kamusal faaliyetler sonucunda, idare ile yönetilenler arasında yönetilenler zararına bozulan ekonomik dengenin yeniden kurulmasını, idari etkinliklerden dolayı bireylerin uğradığı zararın idarece tazmin edilmesini sağlayan bir hukuksal kurumdur. Bu kurum, kamusal faaliyetler sebebiyle yönetilenlerin malvarlığında ortaya çıkan eksilmelerin ya da çoğalma olanağından yoksunluğun giderilebilmesi, karşılanabilmesi için aranılan koşulları, uygulanması gereken kural ve ilkeleri içine almaktadır*" şeklinde

[35] RG Tarihi: 01.08.1998, S.: 23420.
[36] Bkz. md. 1.
[37] Yaşar, Hasan Nuri, "**İdarenin Sorumluluğu Üzerine Düşünceler**", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.: 66, S.: 1, 2008, syf. 205.

tanımlamıştır[38]. Buna göre idare, kamusal faaliyetler nedeniyle bireylerin malvarlığında ortaya çıkan eksilmenin ya da çoğalma ihtimalinden yoksunluğun giderilebilmesi ve karşılanabilmesi için aranılan koşulları, uygulanması gereken kuralı ve ilkeleri barındırmaktadır[39].

İdarenin hukuki sorumluluğundan söz edebilmek için, bir zararın varlığı, zararı doğuran işlemin ya da eylemin idareye yüklenebilir olması ve zararla işlem ya da eylem arasında illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Bunlardan herhangi birinin olmaması halinde kural, idarenin sorumluluğunun ortadan kalkacağıdır.

İdarenin kusurlu olması noktasında, bir kamu hizmetiyle bu sorumluluk doğmaktadır. Bu şekilde idarenin kusur sorumluluğundan yani hizmet kusurundan dolayı sorumluluğundan söz edilebilmektedir[40]. İdarenin hizmet kusuru nedeniyle olan sorumluluğu, idare tarafından yürütülen hizmetin kötü ya da geç işlemesi ya da hiç işlememesi gibi durumlarda ortaya çıkmaktadır.

İdarenin hukuki sorumluluğunun sonucu, ortaya çıkan zarar varsa bunun tazmin edilmesidir. Bireyin bir kamu hizmetinden faydalanması sırasında uğradığını iddia ettiği zarar, idari yargıya özgü bir dava türü olan tam yargı davasına konu olmaktadır. Birey tam yargı davası ile uğradığını iddia ettiği zararının tazmin edilmesini talep edebilmektedir. Danıştay bu konuda vermiş olduğu bir kararda, "*İdarenin hukuki sorumluluğundan söz edebilmek için, bir zararın varlığı, zararı doğuran işlem veya eylemin idareye yüklenebilir olması, zararla işlem veya eylem arasında illiyet bağının bulunması gerekli olup, bu genel koşullardan birinin yokluğu kural olarak idarenin sorumluluğunu kaldırır. Gerçekten, ortada bir zarar yoksa idarenin tazminat ödemesi söz konusu olamayacağı gibi, idare veya idari faaliyetle ilgisi olmayan bir zararı idareye ödettirme olanağı da yoktur. Zararla idari faaliyet (idari eylem veya idari işlem) arasında doğrudan doğruya bir ilişkinin yokluğu halinde idarenin hukuki sorumluluğundan söz edilemez*" şeklinde belirtmiştir[41].

İdare tarafından kişisel verilerin toplanması, kullanılması, işlenmesi ve silinmesi durumlarında hizmet kusuru nedeniyle bireyler maddi ya da manevi zarara uğrayabilirler. İdarenin, bu durumlarda hukuki sorumluluğunun doğması için, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak toplanması, kullanılması, işlenmesi veya silinmemesi gerekmektedir. İdarenin söz konusu işlem ya da eylemleri gerçekleştirmesi nedeniyle bir zararın ortaya çıkması gerekmekte ve zarar ile idarenin işlem ya da eylemi arasında illiyet bağının bulunması aranmaktadır[42]. Dolayısıyla uğranılan zararın, idarenin hukuka aykırı olarak bireyin kişisel verilerini kayıt altına almasından, kullanmasından veya silmemesinden kaynaklanmış olması gerekmektedir. Sayılan bu üç koşuldan birinin var olmaması, idarenin hukuki sorumluluğunu ortadan kaldıracaktır.

F. Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması Hakkında Danıştay Kararları

Kişisel sağlık verilerinin muhafaza edilmesi ve tutulması noktasında idarenin hizmetinin kusurlu olup olmaması, her somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirilmektedir. İdarenin işlem ya da eyleminin

[38] Danıştay 15. D., T.: 23.05.2016, 2013/5356 E., 2016/3705 K., www.kazanci.com, (E.T.: 03.06.2021).
[39] Esin, Yüksel, **İdarenin Hukuki Sorumluluğu Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları**, 1973, syf. 14.
[40] Atay, Ender Ethem, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, 2009, syf. 702.
[41] Danıştay 10. D., T.: 31.10.2006, 2003/4333 E., 2006/6212 K., Akgül, syf. 35.
[42] Irız, Betül Çatak, **Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu**, Adalet Yayınevi, 2011, syf. 61.

oluşturduğu hizmet kusurunun tazmini tam yargı davalarına konu olmaktadır[43]. Kişisel sağlık verilerinin sağlık hizmeti sağlayıcıları tarafından muhafaza edilmemesi, eksik tutulması ve hastanın rızası olmadan açıklanması konularında açılmış birçok dava ve üst mahkeme olarak Danıştay'ın vermiş olduğu birçok karar mevcuttur.

Danıştay, sağlık hizmetlerinden yararlanan hastaların tedavilerinin kayıt altına alınmamasını ve tetkik inceleme sonuçlarının muhafaza edilmemesini, idare hizmetinin kusurlu olduğunun kabulü için yeterli görmektedir[44]. Danıştay idare hizmetinin kusurlu yürütülmesi sonucu siyatik sinir deformasyonu meydana geldiği için ortaya çıkan zararın tazmini istemiyle açılan bir davada[45] *"...davacıya ait röntgenlerin hasta dosyası içerisinde yer almaması ve idare tarafından ibraz edilememesi hizmet kusurunu oluşturduğundan, yapılan tıbbi müdahalenin irdelenme imkânını ortadan kaldırdığı, tıbbi müdahalenin irdelenmemesine yol açan grafiklerin saklanmaması şeklindeki hizmet kusuru sonucu davacıların mevcut belirsizlikten dolayı duyduğu üzüntü ve sıkıntıların kısmen de olsa giderilebilmesi için mahkemece takdir edilecek manevi tazminatın ödenmesi gerektiği"*ni ifade etmiştir.
Bir başka kararda da, götürüldüğü hastanede çektirilen tomografi sonuçlarının sonrasında temin edilemediği, uygulanan tedavinin rahatsızlığa uygun olup olmadığının tespitinin yapılamadığı, davacıya ait tomografilerin idare tarafından ibraz edilememesinin hizmet kusurunu oluşturduğu, bunun da yapılan tıbbi müdahalenin irdelenme imkanını ortadan kaldırdığı ifade edilmiştir[46]. Danıştay daha önceki davalarda olduğu gibi burada da "*tıbbi müdahalenin incelenememesine yol açan bilgisayarlı tomografilerin muhafaza edilememesi şeklindeki hizmet kusuru sonucu davacıların mevcut belirsizlikten dolayı duyduğu üzüntü ve sıkıntıların kısmen de olsa giderilebilmesi için davacının manevi zararının tazmin edilmesi gerektiğine*" karar vermiştir.
Danıştay tıbbi kayıt tutulmasının, hastalara uygulanan tedavinin ve tedavide meydana gelebilecek her türlü sonucun sebebinin öğrenilmesinde işe yaradığını, dolayısıyla bu kayıtlarda oluşabilecek her türlü eksikliğin ve hatanın, Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü md. 3/4'te yer alan "*hastalar kendi dosyalarında ve kayıtlarında kendileri ve hastalıkları ile ilgili bulunan bilgileri alma, fotokopi ile çoğaltma, soru sorma ve hata varsa onların düzeltilmesini talep etme hakkına sahiptir*" ifadesine aykırılık teşkil edeceğine vurgu yapmaktadır[47].
Bir başka davaya konu olan olayda, davacı bel ağrısı şikayetiyle hastaneye başvurmuş, yapılan enjeksiyon sonucu sol bacağında his kaybı oluştuğunu ileri sürmüş ve olay nedeniyle oluşan zararının tazmini için mahkemeye başvurmuştur. Danıştay, *"davacının, hakkında uygulanan tedavileri ve zararlı sonucun sebebini öğrenmesine yarayacak tıbbi kayıtların noksan olması, dolayısıyla maddi gerçeğe (rahatsızlığının nedenine) hiçbir zaman ulaşamayacak ve ömür boyu şüphe duyacak olması nedeniyle uğradığı manevi zararının tazmini gerektiğine"* karar vermiştir[48]. Danıştay hastanın sağlık kuruluşuna

[43] Irız, syf. 77.
[44] Akgül, Aydın, **Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması**, Beta Yayıncılık, 2014, syf. 285.
[45] Danıştay 10. D., T.: 27.12.2011, 2009/9151 E., 2011/5976 K., Danıştay Karar Sorgulama, (E.T.: 02.01.2020).
[46] Danıştay 10. D., T.: 30.12.2011, 2008/950 E., 2011/6169 K., Danıştay Karar Sorgulama, (E.T.: 02.01.2020).
[47] Akgül bu maddeyi 'hastanın doğruyu öğrenme hakkı' olarak yorumlamıştır.
[48] Danıştay 10. D., T: 09.07.2012, 2010/111 E., 2012/3358 K., Danıştay Karar Sorgulama, (E.T.: 03.01.2020).

başvurduğu gün ve saatin, hastaya uygulanan tedavinin, tedaviyi uygulayan doktor ve sağlık personelinin adının, kullanılan ilaç gibi verilerin hasta dosyasında yer almasının, hasta haklarının bir gereği olduğunu belirtmiştir.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin[49] 4. maddesine göre, tabip ve diş tabibi, meslek ve sanatının icrası aracılığıyla öğrendiği sırları, kanuni zorunluluk olmadıkça açıklayamaz. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 20. maddesine göre ise "*İlgili mevzuat hükümlerine ve hastalığın mahiyetine göre yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; hasta, sağlık durumu hakkında kendisine veya ailesine veya yakınlarına bilgi verilmemesini isteyebilir.*" Hasta Hakları Yönetmeliği'nin[50] 21. maddesinde "*a) Hastanın, sağlık durumu ile ilgili tıbbi değerlendirmelerin gizlilik içerisinde yürütülmesini, b) Muayenenin, teşhisin, tedavinin ve hasta ile doğrudan teması gerektiren diğer işlemlerin makul bir gizlilik ortamında gerçekleştirilmesini, c) Tıbben sakınca olmayan hallerde yanında bir yakınının bulunmasına izin verilmesini, d) Tedavisi ile doğrudan ilgili olmayan kimselerin, tıbbi müdahale sırasında bulunmamasını, e) Hastalığın mahiyeti gerektirmedikçe hastanın şahsi ve ailevi hayatına müdahale edilmemesini, f) Sağlık harcamalarının kaynağının gizli tutulmasını*" kapsadığı düzenlenmiştir.

Davacıya konulan AIDS teşhisinin kesinleşmeden basına duyurulması ve davacının bundan dolayı işten çıkarılmasından doğan zararının tazmini için açılan bir davada[51], olayın basın mensuplarına hastane görevlileri tarafından aktarıldığı, davacının isminin belirtilip, fotoğrafının da çekilerek tüm yaşamında sorunlar yaratabilecek biçimde AIDS hastalığı olduğunun basına duyurulmasında idarenin hizmet kusurunun bulunduğu belirtilmiş, bu bağlamda davacının uğradığı maddi zararının ve duyduğu elem, üzüntü ve sarsıntı nedeniyle uğradığı manevi zararının tazmini gerektiğine karar verilmiştir. Danıştay, sağlık verilerinin doğrulanmadan açıklanmasında idarenin hizmet kusuru bulunabileceğine işaret etmiştir.

Yine bir başka kararda Danıştay; *"olayda davacılar yakınının Devlet Hastanesinde yapılan ve pozitif çıkan HIV testinin sonucunun, davacıların yakını da dahil olmak üzere doğrulama testi yapılmadan hiç kimseye açıklanmaması ve ilgilinin doğrulama testi için bir üst basamak sağlık kuruluşuna sevki gerekirken, laboratuvar teknisyeni tarafından doğrulama testi yapılmadan önceki aşamada pozitif çıkan test sonucunun açıklanmasının neden ve etkisiyle davacılar yakını intihar etmek suretiyle yaşamını yitirdiği, dava konusu olayın oluş şekli, hastalığın niteliği ve özelliği dikkate alındığında, davacılar yakınının idarenin ağır hizmet kusurunun neden ve etkisiyle intihar etmek suretiyle yaşamını yitirmesi sonucunda doğan zarar ile idari faaliyet arasında uygun nedensellik bağı bulunduğu"* gerekçesiyle idare mahkemesinin kararının bozulması yönünde bir karar vermiştir[52].

Kişisel verilerin korunması ile ilgili olarak açılan manevi tazminat istemine ilişkin tam yargı davasında[53] Danıştay, davacının askerliğe elverişli değildir şeklindeki sağlık raporunun hukuka aykırı şekilde bazı basın yayın organları tarafından elde edildiği gerekçesiyle, uğranıldığı ileri sürülen tazminat talebinin

[49] RG Tarih: 19.02.1960, S.: 10436.
[50] RG Tarih: 01.08.1998, S.: 23420.
[51] Danıştay 10. D., T.: 31.01.1996, 1994/5314 E., 1996/294 K., Danıştay Karar Sorgulama, (E.T.: 03.01.2020).
[52] Danıştay 10. D., T.: 28.12.2005, 2005/8407 E., 2007/6526 K., Danıştay Karar Sorgulama, (E.T.: 03.01.2020).
[53] Danıştay 15. D., T.: 08.02.2016, 2015/10101 E., 2016/664 K., Danıştay Karar Sorgulama, (28.05.2021).

kabulünün isabetli olduğuna karar vermiştir. Kararda, kişisel verilerin korunmasının özel hayatın gizliliği kapsamında güvence altına alınmış olduğu belirtilerek, kişilere ait sağlık verileri hassas kişisel veri olarak tanımlanmıştır. İdarenin, davacıya ait sağlık dosyasını gerekli şekilde muhafaza edememesi ve raporun çalınması sonucunda davacıya ait kişisel verilerin basına sızmasının özel hayatın gizliliği ilkesini ihlal ettiği belirtilerek, idarenin hizmet kusurunun bulunduğuna işaret edilmiş, idarenin hassas kişisel veri niteliği taşıyan sağlık raporunun muhafazasında kusuru bulunduğu göz önünde bulundurularak idarenin tazminat ödemesine hükmedilmiştir.

KAYNAKÇA

Eserler

Akgül, A. (2014). **Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması**. Beta Yayıncılık.

Akgül, A, (2013). **Danıştay Kararları Işığında Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması**. Danıştay Dergisi, 133.

Aşıkoğlu, Ş. İ. (2018). **Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Büyük Veri**. Onikilevha Yayıncılık.

Atay, E. E. (2009). **İdare Hukuku**. Turhan Kitabevi.

Ayözger, Ç. (2016). **Kişisel Verilerin Korunması**. Beta Yayıncılık.

Esin, Y. (1973). **İdarenin Hukuki Sorumluluğu Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları**.

Gören, Z. (2011). **Anayasa Hukuku**. Yetkin Yayınları.

Hakeri, H. (2018). **Tıp Hukuku**. Seçkin Yayıncılık.

Irız, B. Ç. (2011). **Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu**. Adalet Yayınevi.

Kaya, C. (2011). **Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas Veriler ve İşlenmesi**. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 69. 1-2.

Küzeci, E. (2019). **Kişisel Verilerin Korunması**. Turhan Yayınevi.

Oğuz, S. (2018). **Kişisel Verilerin Korunmasında Genel İlkeler**. Bilgi Ekonomisi ve Yönetimi Dergisi.

Özbudun, E. (2019). **Türk Anayasa Hukuku**. Yetkin Yayınları.

Özdemir, H. (2019). **Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması**. Seçkin Yayıncılık.

Şen, E. (2009). **Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı'nın Anayasa ve Türk Ceza Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi**. İstanbul Barosu Dergisi, 83, 3.

Şimşek, O. (2008). **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**. Beta Yayınevi.

Tezcan, D. (1991). **Bilgisayar Karşısında Özel Hayatın Korunması**. Anayasa Yargısı Dergisi, 8.

Yaşar, H. N. (2008). **İdarenin Sorumluluğu Üzerine Düşünceler**. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 66, 1.

İnternet Erişimleri
https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/09-09-28_guidelines_healthdata_atwork_en.pdf, (E.T.: 22.05.2021).
https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A31995L0046, (E.T.: 22.05.2021).
www.kazanci.com, (E.T.: 22.05-03.06.2021).
https://www.oecd.org/internet/ieconomy/oecdguidelinesontheprotectionofprivacyandtransborderflows ofpersonaldata.htm, (E.T.: 20.05.2021).
https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/06/20130625-33.doc, (E.T.: 22.05.2021).
https://rm.coe.int/convention-108-convention-for-the-protection-of-individuals withregar/16808b36f1, (E.T.: 20.05.2021).
http://www.ttb.org.tr/userfiles/files/ksv-D_15-YD-Karari.PDF, (E.T.: 22.05.2021)
http://www.ttb.org.tr/images/stories/file/2014/ydkabul.pdf, (E.T.: 24.05.2021).

ÇEVRENİN KASTEN KİRLETİLMESİ SUÇU

Öğr. Gör. Mümin GÜNGÖR*
Mersin Tarsus Üniversitesi
ORCID NO: 0000-0002-4731-2605

Öz

Çevre; bitki ve hayvan gibi canlı varlığın oluşmasına, devam etmesine ve gelişmesine olanak sağlayan, doğal ve tarihsel zenginlikleri içeren toprak, hava ve su etmenlerinden oluşan ortam; canlı ve cansız varlıklarla coğrafi, iklimsel ve biyolojik bütün etken ve koşulların toplamı olan dış faktörler bütünü, evren olarak ifade edilmektedir. İnsanın varlığının miladı, geleceğinin ve yaşamasının teminatı olan çevre yirminci yüzyıl içerisinde önce uluslararası daha sonra ulusal hukuk metinleri ile değer verilmeye ve hukuken korunmaya başlanmıştır. Yirminci yüzyılın sonlarında bu farkındalığın oluştuğu Türkiye' de başta Anayasa olmak üzere Türk Ceza Kanunu(TCK), Çevre Kanunu ve benzeri ulusal hukuk metinleri ile çevreyi koruma altına almıştır. Buna göre Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 56' ncı maddesi ile "sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı" güvence altına alınmıştır. Çevre hakkının en caydırıcı ve etkili biçimde korunmasını sağlamak üzere de 2004 tarihli 5237 sayılı TCK' nın 181' nci maddesinde "Çevrenin Kasten Kirletilmesi Suçu" düzenlenmiştir. Türk Ceza Kanununun amacını düzenleyen 1' inci maddesinin "Ceza Kanununun amacı; kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir. Kanunda, bu amacın gerçekleştirilmesi için ceza sorumluluğunun temel esasları ile suçlar, ceza ve güvenlik tedbirlerinin türleri düzenlenmiştir." şeklindeki hükmü ise çevrenin korunması hukuki değerinin ceza hukuku bakımından mahiyetini açıkça göstermektedir. Bu suç ile Anayasanın 56' ncı maddesinde düzenlenen çevre hakkını ihlal eden eylemler yaptırıma bağlanarak ceza hukukunun hedeflediği amaçlardan birisi olan çevrenin korunması hukuki değeri sağlanmaktadır. TCK.m.181' de yer alan çevre ve çevreye ilişkin kavramların muğlak olması suç ve cezaların kanuniliğini zedeleyici mahiyettedir. Ancak bu kavramların 1983 tarihli ve 2872 sayılı Çevre Kanunu içerisinde yer alan tanımlamalarla ele alınması kanunilik ilkesinin ihlal edilmesinin önüne geçecektir. Çalışmayla çevrenin kasten kirletilmesi (TCK m.181) hükmü çerçevesinde ceza hukuku açısından sağlıklı ve düzenli bir çevrede yaşama hakkı üzerine fikirler, eleştiriler sunulmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Çevre Hakkı, Çevrenin Korunması, Türk Ceza Kanunu, Çevrenin Kasten Kirletilmesi Suçu, Suç Unsurları.

THE CRİME OF INTENTIONALLY POLLUTION OF THE ENVİRONMENT

Abstract

Environment; The environment consisting of soil, air and water factors that allow the formation, continuation and development of living creatures such as plants and animals and which includes natural

Meslek Yüksek Okulu, Adalet Programı, mmngngr46@hotmail.com

and historical riches; The sum of living and non-living beings and all geographic, climatic and biological factors and conditions is expressed as the universe. The environment, which is the turning point of human existence, the guarantee of the future and life, has started to be valued and legally protected with first international and then national legal texts in the twentieth century. In Turkey, where this awareness was formed at the end of the twentieth century, it has protected the environment with the Constitution, Turkish Penal Code (TCK), Environmental Law and similar national legal texts. Accordingly, the "right to live in a healthy and balanced environment" is guaranteed with article 56 of the Constitution of the Republic of Turkey. In order to ensure the protection of the environmental right in the most deterrent and effective way, the "Offense of Intentional Pollution of the Environment" has been regulated in the article 181 of the TCK numbered 5237 dated 2004. The purpose of Article 1 of the Turkish Criminal Code, which regulates the purpose, "The purpose of the Criminal Code is to protect the rights and freedoms of the person, public order and security, the state of law, public health and the environment, peace of society, and to prevent crime. and crimes, types of penalties and security measures are regulated. " The provision as follows clearly shows the nature of the legal value of environmental protection in terms of criminal law. With this crime, actions that violate the environmental right regulated in Article 56 of the Constitution are sanctioned and the legal value of the protection of the environment, which is one of the aims of the criminal law, is provided. The ambiguity of the environment and the environmental concepts in TCK.m.181 is harmful to the legality of crimes and punishments. However, addressing these concepts with the definitions in the Environmental Law No. 2872 dated 1983 will prevent violation of the principle of legality. The study will try to present ideas and criticisms on the right to live in a healthy and orderly environment in terms of criminal law within the framework of the provision of deliberate pollution of the environment (TCK Art.181).

Keywords: Environmental Right, Protection of the Environment, Turkish Penal Code, The Crime of Intentional Pollution of the Environment, Crime Elements.

GİRİŞ

Çevre, hayatın oluşmasına ve gelişmesine olanak sağlayan dış faktörler bütünüdür(TDK Sözlük,2020). Canlı varlığın içinde oluştuğu ve yaşamını sürdürdüğü ortam; canlı ve cansız varlıklarla bütün etken ve koşulların toplamı olan coğrafi, iklimsel ve biyolojik evren olarak çevre ifade edilmiştir(Tübaterim Sözlük,2020). Hukuki açıdan çevre, hava, su, toprak, bitki ve hayvan varlığı ile doğal ve tarihsel zenginlikleri içeren ortamdır. Çevre ile canlı varlıkların ilişkisini inceleyen Ekoloji(doğa bilimi) de yaşamın devamını ve gelişimini sağlayan koşullar manzumesi olan ekolojik dengeyi büyük bir önemle ele almaktadır(Gökcan, 1992: 388; Ünver ve Nuhoğlu, 1999: 10; Parlar ve Hatipoğlu, 2008: 2750). Hava, su, toprak ve flora ve fauna yaşam koşullarını belirleyen, çevreyi oluşturan ve ekolojik dengenin temel unsurlarıdır. Çevrenin korunması (suyun, toprağın ve havanın korunması) ile zirai alanların bakımı ve doğanın korunması, suların saflığının korunması, atık maddelerin imha edilmesi, gürültüden korunması ve radyoaktif, nükleer, kimyasal maddeler gibi çevreye zararlı maddelerin üretiminin kontrol içerinde ve az yapılmaya çalışılması anlaşılabilir. Çevrenin bozulması veya kirletilmesi ise su kirliliği, hava kirliliği ve toprak kirliliği şeklinde tezahür etmektedir(Ünver ve Nuhoğlu, 1999: 10; Parlar ve Hatipoğlu, 2008: 2751; Sevük, 2019: 293).

İnsanların varlık kaynağı çevre olmadan insanların temel hak ve hürriyetlerinden söz edilemeyeceği gibi bunları kullanmasından da, insanın varlığını ve gelişimini sürdürebilmesinden de söz etmek mümkün değildir(Parlar ve Hatipoğlu, 2008: 2749; Güney, 2008: 1). Esas olan, çevrenin insanlığın temel değeri olarak görülmesi ve görülen bu değerin insanlık tarafından teminat altına alınması ve korunmasıdır. Bu yüzdendir ki çevreyi bozmak ve bozanları cezalandırmak bir yana öncelikle çevrenin korunması esastır. Esasa istisna olan çevrenin bozulması veya yok edilmesi, tabi olarak insan ve canlı varlıkların yok olması sonucu ile karşılaşılmasına yol açabilecektir. İşte bu noktada da çevreye karşı yönelmiş olan bu fiiller, alınmış tedbirler, kurallar, caydırıcı adli ve idari yaptırımlar manzumesi ile karşılaşılacaktır(Taşkın, 2015: 125-128).

Hülasaten oluşan bu bilinç dolayısıyla da "*çevre hakkının*" üçüncü kuşak insan hakları arasında yer alması sağlanmış ve bu hakkın devlete pozitif yükümlülükler öngördüğü kabul edilmiştir. Çevre hakkı, fert, topluluk ve devlet tarafından kullanılan bir hak olarak kendisini göstermiştir(Gökcan, 1992: 393; Kabaoğlu, 2001: 17; Şahbaz, 2016: 2115). 1950' li yıllardan itibaren başta uluslararası alanda olmak üzere devamında da ulusal düzeyde belgeler ve kurallar ile karşılaşılmaya başlanmıştır. Zira teknolojik gelişme ve kalkınma ile eş zamanlı bir şekilde hızla artan çevre sorunları da artık küresel dünyada çok önemli bir alan işgal etmektedir(Gökcan, 1992: 398; Kabaoğlu, 2001: 17).

Bu gelişimin ve bilinçlenmenin etkisi olarak 1982 tarihli ve 2709 sayılı Kanun(RG. Tarih-Sayı: 20.10.1982-17844) ile kabul edilen Türkiye Cumhuriyeti Anayasası(An.) ile de çevre hakkı getirilmiştir. Çevre hakkı ve çevrenin korunması hükümleri "*Temel Hak ve Özgürlükler*" ikinci kısmının "*Sosyal ve Ekonomik Hak ve Ödevler*" üçüncü bölümü içerisinde "*Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir.*" şeklinde 56'ncı madde ile düzenlenmiştir(Bayraktar, 1989: 461; Parlar ve Hatipoğlu, 2008, s.2749-2750; Artuk, Gökcen ve Yenidünya, 2014: 460). Anayasa koyucu, çevre sorunlarını siyasi organların veya yasama organının takdirine bırakmaksızın Anayasa sistemi içerisinde ve devletin sorumlulukları arasında öncelik taşıyacak şekilde düzenlemiştir. Bu hükmü getirmek suretiyle de çevre kirliliğinin ne kadar önemli bir mevzuu olduğunun farkındalığını göstermiş bulunmaktadır(Gökcan, 1992: 398).

Çevrenin korunmasını doğrudan sağlamak için 2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu(TCK / RG. Tarih-Sayı: 12.10.2004-25611) ile Özel hükümler ikinci kitabının "*Topluma Karşı Suçlar*" üçüncü kısmının "*Çevreye Karşı Suçlar*" ikinci bölümünde 181 ile 184 maddeleri arasında önemli hükümler ve müeyyideler getirilmiştir(Yılmaz, 2013: VIII; Katoğlu, 2005: 134; Sevük, 2019: 294). Özellikle çevreye karşı suçlar başlıklı bir bölüm oluşturulmasının kanun koyucunun bu suçlara verdiği önemi gösterdiği belirtilmektedir(Tezcan, Erdem ve Önok, 2020: 46). TCK.m.181'nde düzenlenen "*çevrenin kasten kirletilmesi suçu*" ile "*sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı*(An.m.56)" korunmakta ve bu hakkı ihlal eden eylemleri yaptırıma bağlamaktadır(Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014: 5573; Sevük, 2019: 294). Çalışma ile TCK.m.181'de düzenlenen "*Çevrenin Kasten Kirletilmesi Suçu*" ele alınacaktır. Araştırma ile çevrenin kasten kirletilmesi hükmü çerçevesinde insanın sağlıklı ve düzenli çevrede yaşama hakkına ve çevre ceza hukukuna ilişkin fikirler sunulmaya çalışılacaktır.

1. ÇEVRENİN KASTEN KİRLETİLMESİ SUÇU

1.1. Genel Olarak

1.1.1. Kanuni Düzenleme

Çevrenin Kasten Kirletilmesi suçu TCK.m.181'de "*(1) İlgili kanunlarla belirlenen teknik usullere aykırı olarak ve çevreye zarar verecek şekilde, atık veya artıkları toprağa, suya veya havaya kasten veren kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Atık veya artıkları izinsiz olarak ülkeye sokan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (3) Atık veya artıkların toprakta, suda veya havada kalıcı özellik göstermesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza iki katı kadar artırılır. (4) Bir ve ikinci fıkralarda tanımlanan fiillerin, insan veya hayvanlar açısından tedavisi zor hastalıkların ortaya çıkmasına, üreme yeteneğinin körelmesine, hayvanların veya bitkilerin doğal özelliklerini değiştirmeye neden olabilecek niteliklere sahip olan atık veya artıklarla ilgili olarak işlenmesi halinde, beş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına ve bin güne kadar adlî para cezasına hükmolunur. (5) Bu maddenin iki, üç ve dördüncü fıkrasındaki fiillerden dolayı tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur."* şeklinde düzenlenilmiştir.

Kanun maddesinin gerekçesinde kişilerin sağlıklı bir çevrede yaşama haklarını korumak için çevrenin kasten kirletilmesi fiillerinin suç olarak düzenlenildiği belirtilmiştir. Artık veya atıkların tayin edilen teknik usullere riayet ederek bırakılması herhangi bir hukuka aykırılığa veya suça yol açmayacaktır. Ancak tayin edilen teknik usullere riayet etmeyerek bunlara aykırı olan fiiller ise hukuka aykırılık ve suç oluşturacaktır. Başka bir ifadeyle atık veya artıkların, çevreye korumaya yönelik olarak kanunlarla tayin edilmiş teknik usullere uyulmadan, bu usullere aykırı olarak toprağa, suya veya havaya kasten verilmesi çevrenin kasten kirletilmesi suçunu oluşturacaktır. Belirtilen fiille ceza tayini edilebilmesi içinde ancak bu fiilin çevreye zarar verecek boyutta olması halinde mümkün olabileceği ifade edilmiştir(TBMM, 2004: 582).

Yukarıda ifade edilen fiilin yanı sıra ayrıca atık veya artıkların izinsiz olarak Türkiye'ye girdirilmesi fiilinin de suç oluşturacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte suça vücut veren atık veya artıkların *kalıcı şekilde çevrede etki doğurması* cezanın ağırlaştırılması sebebi olarak öngörülmüştür. Bu durum suçun nitelikli halini oluşturacaktır. Cezayı ağırlaştırıcı diğer bir sebep olarak öngörülen durum ise suçun konusunu teşkil eden atık veya artıkların *canlılarda tedavisi güç hastalıkların ortaya çıkmasına, üreme kabiliyetinin körelmesine, özelliklerinin değişmesine* yol açmasıdır. Böyle bir durumda fiile verilecek ceza ağırlaştırılacaktır. Bu hal, fiil için ağırlaştırıcı bir sebep olup suçun nitelikli halini oluşturacaktır(TBMM, 2004: 582).

Türk hukukunda suç ve ceza fiil ehliyeti olmadığı kabul edilerek suç ve ceza sorumluluğu yüklenmeyen ve kasten kirletme suçu içerisinde yer alan tüzel kişiye karşı ise sadece bir yaptırım çeşidi olarak güvenlik tedbiri uygulanabileceği ifade edilmiştir(TBMM, 2004: 582).

1.1.2. Çevrenin Kasten Kirletilmesi Suçunda Kavramlar

Çevrenin Kasten Kirletilmesi suçu içerisinde yer alan bazı kavramların ne anlama geldiği ve neyi ifade ettiği hususu kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Madde metni içerisinde karşılaşılan ilk kavramlar "atık ve artık" kavramlarıdır. Bunların ne olduğu ve ne anlam ifade ettiği açıklığa kavuşturulmak zorundadır.

Kavrama ilişkin ikinci husus ve aynı zamanda esasen suçun maddi unsuru ve fiil başlığı altında ele alınacak olan "*çevrenin kirletilmesi*", "*atık veya artıkların toprağa, suya veya havaya verilmesi...*" ve "*Atık veya artıkların izinsiz olarak ülkeye sokulması...*" ifadeleridir.

TCK.m.181/1'de "*ilgili kanunlarla belirlenen teknik usullere...*" ibaresinden bu kavramların özellikle ve öncelikle ilgili kanunlarda ifade edileceği, tanımlanacağı düşünülmektedir. Kavramların tanımı noktasında, alanın güncel ve sürekli gelişime meyilli bir alan olması dolayısıyla kavramların içeriğinin kanun koyucu tarafından bilerek ilgili kanunlara havale edildiği ve böylece yaşabilecek gelişmeler karşısında hızlı hareket edilebileceği de söylenmektedir(Yılmaz, 2013: 111). Buna rağmen kanun koyucu tarafından "*belirlilik ilkesi*" ve "*kanunilik ilkesinin*" hayati önem arz ettiği ceza hukuku gibi önemli bir alanda kavramlar hakkında kanunun belli başlı unsurları içermesi yerinde olacaktır.

Öncelikle bu noktada Çevre Kanununa bakılması faydalıdır. Zira bu kanun içerisinde ceza hukukunu da çok yakından ilgilendiren kavramların tanımları bulunmaktadır. *Çevre* kavramı ile canlı varlıkların karşılıklı etkileşim içerisinde oldukları ve bu etkileşimlerini devam ettirdikleri fiziksel, biyolojik, sosyal, ekonomik ve kültürel ortamı; *Çevrenin kirliliği* ile çevrede oluşan ve canlıların sağlığını, çevresel değerleri ve ekolojik dengeyi bozabilecek her türlü olumsuz etki; *Kirleten*, faaliyetleri ile doğrudan veya dolaylı olarak çevre kirliliğine, ekolojik dengenin ve çevrenin bozulmasına yol açan gerçek veya tüzel kişiler; *Atık* kavramıyla, gerçek veya tüzel kişilerin faaliyetleri neticesinde oluşan, çevreye atılan veya bırakılan her türlü madde veya materyal; *Tehlikeli atık*, ortaya çıkarmış olduğu her türlü olumsuz etkiyle ekolojik dengeyi ve canlıların doğal yapısının bozulmasına yol açan atıklar ve bu atıklarla kirlenmiş maddeler şeklinde tanımlanmaktadır[1](ÇK.m.2; Şahbaz, 2016: 2118).

Atık, çevreye zarar versin veya vermesin bir işlem neticesinde oluşan ve gereksinim duyulmadığı için çevreye salınan, atılan veya bırakılan maddelerdir(Malkoç, 2013: 2982; Şahbaz, 2016: 2119). Bu açıdan Parlar ve Hatipoğlu' nun "*çevre için zararlı olmayacak maddelerin atık olmayacağı; atık maddeler de çevreye zarar veriyorsa artık madde niteliğine dönüşeceği(*Parlar ve Hatipoğlu, 2008: 2754*)*" gibi birbiri ile çelişen ifadelere katılmak mümkün değildir. Zira atık ve artıkların, her ikisinin de zarar verebilecek olanı ve olmayanı bulunabilmektedir[2]. Zararsız veya ciddi boyutta çevreye zarar vermeyecek, dönüşebilecek artık ve atık olabileceği gibi geri dönüşemeyen ve çevreye ciddi manada zarar verebilecek atık ve artıklarda olabilmektedir(Malkoç, 2013: 2982). Muhakkaktır ki insan faaliyetleri neticesinde zarar veya zararsız atık veya artık oluşacaktır. Mühim olan çevreye zarar verecek boyutta olan atık veya artığın bilinçsizce, izinsizce çevreye salınmasının önüne geçilmesi ve kontrol edilmesidir.

Atık ve artık kavramları birbirlerine yakın kavramlar olup hemen hemen aynı anlama gelmektedir. Bu yüzdende ayrıca bir artık tanımlaması yapılmasına gerek duyulmadığı ifade edilmektedir(Malkoç, 2013: 2982). Atık, katı, sıvı ve gaz atık şeklinde tasniflendirilebilir. Katı atık içerisinde, evsel katı atıklar, tıbbi katı atıklar, tehlikeli veya kimyasal katı atıklar, inşaat katı atıkları, tarımsal katı atıklar gibi daha birçok atığı içermektedir. Sıvı atıklar ise endüstriyel sıvı atıklar, konutların pis sıvı atıkları ifade etmektedir(Sevük, 2019: 297). Çevre Kanunu yukarıda ifade edemediğimiz çevreye ilişkin birçok kavramı da içerisinde bulundurmaktadır. Ancak TCK' da geçen "*artık*" kavramına ilişkin olarak Çevre

[1] Daha kapsamlı tanımlamalar ve içerikler için bkz. Atık Yönetimi Yönetmeliği m.2, 4 ve Sıfır Atık Yönetmeliği m.4.

[2] *"fekal atıklar, alıcı ortam olan toprağı kirleten ya da kirletme ihtimali bulunan atıklardan değildir"*(Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 12.02.2019 T., 2018/378 E., 2019/102 K. (Hukuktürk İçtihat)).

Kanunu'nda ve yayınlanan yönetmeliklerde, genelgelerde herhangi bir tanım bulunmamaktadır. Ancak tanımlamalar genel olarak değerlendirildiği takdirde tehlikeli kimyasalların, kirli balastların, tehlikeli atık tanımı içerisinde belirtilen nitelikli atıklarla kirlenmiş maddelerin artık içerisine girebileceği ifade edilebilir. Yine "*artık*" kavramı tüketildikten, kullanıldıktan veya bir kimyasal tepkimeden sonra geriye kalan, değer taşımayan maddeler olarak tanımlanmaktadır(TDK Sözlük). Ancak "*artık*" kavramının sık kullanılmadığı bu kavram yerine "*atık*" kavramının daha sık kullanıldığı ve hakim bir kavram olduğu ifade edilmelidir.

1.1.3. Suçla Korunan Hukuksal Yarar

Çevrenin Kasten Kirletilmesi suçu ile korunmak istenen değer, kişilerin temiz ve sağlıklı bir çevrede yaşabilmesi değeridir. Bu suçta şüphesiz çevrenin korunması asıl hedeftir. Başka bir ifadeyle bu suçla, korunmaya muhtaç olan çevreye korunma sağlanmaktadır.(Ünver ve Nuhoğlu, 1999: 21; Parlar ve Hatipoğlu, 2008: 2749; Sevük, 2019: 295). Aynı zamanda bu suçu işleyenlerin cezalandırılması suretiyle insanların yaşama hakkı ve malvarlığı haklarının korunması yoluna gidilmiştir(Artuk, Gökcen ve Yenidünya, 2014: 461; Parlar ve Hatipoğlu, 2008: 2749; Sevük, 2019: 295).

Özellikle teknolojinin, robotların, bilimin ve bunlara dayalı reaksiyonların çok fazla arttığı bir dönemde Çevrenin Kasten Kirletilmesi suçu ile kitlesel veya bireysel olarak insanlar ve çevre üzerinde oluşabilecek ciddi hasarların önüne geçilmek ve böylece de doğrudan insan, insanın yaşama hakkı, vücut bütünlüğü, malvarlığı hakları ile dolaylı olarak da insanın evi olan çevre korunmak istenmektedir. Sonuçta suçla korunan hukuksal yarar, ekolojik menfaatler ve insanın temel yaşam elementleridir(Ünver ve Nuhoğlu, 1999: 20).

1.1.4. Suçun Maddi Konusu

Fail fiili, ya bir eşyaya ya da bir şahsın fiziki, maddi yapısına veya bünyesine yönelir. İşte fiilin yöneldiği bu kişi veya şey suçun maddi konusunu oluşturmaktadır. Çevrenin Kasten Kirletilmesi suçunda maddi konu çevre ve çevreyi oluşturan etmenlerdir(Artuk, Gökcen ve Yenidünya, 2013: 280; Sevük, 2019: s.297). İşlenen fiille maddi konu zarara uğrayabilir veya tehlikeye düşebilir. Maddi konunun fiilden etkilenişine göre suçlar, tehlike suçları ve zarar suçları olarak ikiye ayrılmaktadır. Çevrenin Kasten Kirletilmesi suçunda da çevreye yönelen fiille çevrenin doğrudan zarar görmesi aranmamaktadır. Söz konusu eylemin çevreye yönelik genel veya somut tehlike meydana getirmesi yeterlidir. Bu sebeple Çevrenin Kasten Kirletilmesi suçu, tehlike suçudur(Artuk, Gökcen ve Yenidünya, 2013: 280-282).

Bu suçta fiille ortaya somut bir tehlikenin oluşup oluşmadığı önem arz etmektedir. Ancak bu noktada da somut tehlikelerin tespitinin yapılması ve bu tehlikelerin açıkça gösterilmesi gerekmektedir.

1.1.5. Mağdur

Mağdur, işlenen suç ile haksızlığa uğrayan, suçun konusunun sahibi olan kimsedir(Artuk, Gökcen ve Yenidünya, 2013: 283). Çevrenin Kasten Kirletilmesi suçunda mağdur, toplumu teşekkül eden fertlerdir. Ancak mağdur, muayyen yer ve zamanda yaşayan insanlar olmadığından, belirli bir kişi olmadığından, nesilleri etkilediğinden tüm insanlıktır, herkestir. Bu sebeple en geniş mağdur tabanlı bir suçtur(Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014: 283; Şahbaz, 2016: 2122; Artuk, Gökcen ve Yenidünya, 2014: 464). Bununla birlikte, kirletme fiili ile doğrudan bir fertte mağdur olabilir(Artuk, Gökcen ve Yenidünya, 2014: 464). Örneğin, özel bir termik santralde kanunda tayin edilen teknik usule uymaması yani hava filtrelerinin takılmaması sonucunda o çevrede bulunan fertlerin kanser olması, solunum yetmezliği ile karşılaşılması

hallerinde kasten kirletilmesi fiili bu durumu yaşayan fertler mağdur olmuş olacaktır. Bununla birlikte esasen bütün insanlığın mağdur olarak görüldüğü ifade edilmelidir(Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014: 283).

1.1.6. Fail (Sorumlu Kişilerin Tesbiti)

Çevrenin Kasten Kirletilmesi suçunda herkes fail olabilir. Fail, çevreye korumaya yönelik çıkarılan mevzuat ile tayin edilen teknik usule uymayarak aykırı hareket eden ve bununla da çevrenin kirletilmesine kasten yol açan gerçek kişidir(Artuk, Gökcen ve Yenidünya, 2014: 464; Şahbaz, 2016: 2122).

1.1.6.1. Tüzel Kişilerde Sorumluluk

Türk ceza hukukunda tüzel kişilerin suç ve ceza sorumluluğunun olmadığı kabul edildiği için tüzel kişiler çevrenin kasten kirletilmesi suçunda fail olamamaktadır. Ancak tüzel kişiler içerisinde yer alan ve bu suçun işlenmesinde yer alan gerçek kişiler fail olarak cezai takibata tabi tutulabilecektir. Bu noktada tüzel kişiler hakkında herhangi bir ceza takibatı yapılamayacaktır(Parlar ve Hatipoğlu, 2008: 2753; Şahbaz, 2016: 2122). Çevrenin Kasten Kirletilmesi suçunda Tüzel kişiler hakkında yalnızca güvenlik tedbiri uygulanabileceği ifade edilmiştir(TCK.m.181/5).

Modern çağda, teknoloji ve sanayi alanında en etkin yapılar tüzel kişilerdir. Tüzel kişiler, bireyin tek başına yapamayacağı her türlü işi çok yüksek bir potansiyelle gerçekleştirebilme kabiliyetine haizdir. Bu noktada çevrenin kasten kirletilmesi suçunda da "*Tüzel kişiler suç işlemez veya işleyemez*" görüşünde kalınmaya devam edildiği takdirde cezalar yöneticilere verilmeye devam ederek tüzel kişiler bu oluşan durumdan yine sıyrılabileceklerdir(Toroslu, 1982: 44; Talas, 2012: 341). Bu noktada bizimde katıldığımız Çevrenin Kasten Kirletilmesi suçunda tüzel kişilerin de ceza sorumluluğu olması gerektiği ifade edilmektedir(Toroslu, 1982: 44; Talas, 2012: 341; Taşkın, 2015: 136-139).

1.1.6.1.Kamu Görevlilerinin Sorumluluğu

Çevrenin kasten kirletilmesi suçunda kamu işletmeleri tarafından işletilen tesislerin faaliyeti ile çevreye ciddi boyutta zarar vermesi veya alınması gereken önlemlerin alınmaması, yapılması gereken kontrollerin ihmal edilmesi, yetkilendirilmemesi gereken faaliyete izin verilmesi durumlarında kamu görevlilerinin görevi kötüye kullanmasına veya tipik hareketi gerçekleştiren kişi arasında iştirak bulunmasına göre cezai sorumluluğunun mümkün olabileceği ifade edilmektedir(Toroslu, 1982: 30-38; Ünver ve Nuhoğlu, 1999:78-80).

1.2. SUÇUN UNSURLARI

1.2.1. Maddi Unsuru

1.2.1.1. Fiil

TCK.m.181 hükmünde ç*evrenin kirletilmesi* (*atık veya artıkların toprağa, suya veya havaya verilmesi*[3]) ile a*tık veya artıkların izinsiz olarak ülkeye sokulması*(yetkili mercilerin izni olmaksızın artıkların ülke sınırları içerisine girdirilmesi) şeklinde iki ayrı fiille karşılaşılmaktadır(Malkoç, 2013: 2982; Şahbaz, 2016: 2120).

[3] "*Atığın, yönetmelikte belirlenen limit değerleri aşması ve çevre kirliliğine neden olacak içerikte olması, tek başına suçun oluşumu için yeterli değildir. Atığın alıcı ortama bırakılması gerekir. Sanık, atık suyu alıcı ortama bırakmadan arıtma ile sonlanan kanalizasyon sistemine deşarj etmiştir. Belediyece kurulup işletilen arıtma tesisi yükünde artış meydana geldiğinde, ISU deşarj yönetmeliği hükümlerine göre kirlilik yükü bedeli ödemekle yükümlüdür. Açıklanan gerekçelerle sanığın beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesi hukuka aykırıdır*(Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 24.11.2014 T., 2011/10176 E., 2014/34049 K. (Kazancı Hukuk İçtihat).)."

1.2.1.1.1. İlgili Kanunlarla Belirlenen Teknik Usullere Aykırı Olarak ve Çevreye Zarar Verecek Şekilde Çevrenin Kirletilmesi Fiili

*Atık veya artıkların toprağa, suya veya havaya verilmesi*nde verme fiili toprağa yönelikse "*toprak kirliliği*" suya karşıysa "*su kirliliği*" ve havaya karşıysa "*hava kirliliği*" söz konusu olacaktır. Bununla birlikte verme fiili ile "*atık veya artığın toprak, su veya hava ile temas edebileceği şekilde bırakılması, atılması, salıverilmesi, gömülmesi, yığılması,* " eylemlerinin anlaşılması gerektiği belirtilmektedir(Artuk, Gökcen ve Yenidünya, 2014: 462- 463; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014: 5580; Şahbaz, 2016: 2120; Taşkın, 2015: 150).

Çevreye atık veya artık verilmesi fiilinde suçun vuku bulması için kanunda tayin edilmiş *teknik usullere uyulmaması yani o kurallara aykırı hareket edilmiş olması* gerekmektedir. Failin işlediği fiilin kanunda tayin edilen teknik usullere aykırılık oluşturması aranmaktadır. Eğer yapılan fiil kanunda tayin edilen teknik usule aykırılık oluşturmuyorsa yani usule uygun olarak icrası söz konusuysa fiilin hukuka aykırılığından bahsedilemeyecektir. Bundan dolayı da çevreye atık veya artık verilmesi fiili ile çevrenin kirletilmesi suçu vücut bulamayacaktır(Artuk, Gökcen ve Yenidünya, 2014: 462; Parlar ve Hatipoğlu, 2008: 2754; Malkoç, 2013: 2982).

Bu suçta diğer önemli bir nokta, fiilin *çevreye zarar verebilecek nitelikte ve boyutta olması*nın aranmasıdır[4]. Çevreye verilmiş olan atık veya artığın, çevreye zarar verebilecek boyutta, nitelikte olması gerekmektedir. Eğer böyle bir durum yok ise her ne kadar atık veya artık çevreye verilmişte olsa çevrenin kasten kirletilmesi suçu oluşmayacaktır. Başka bir ifadeyle suça vücut veren fiilin elverişlilik taşıması gerekmektedir. Elverişli olmayan yani çevreye zarar verebilecek nitelikte, boyutta olmayan artık veya atığın çevreye verilmiş olması çevrenin kasten kirletilmesi suçunu oluşturmayacaktır (TCK.m.181/1; Artuk, Gökcen ve Yenidünya, 2014: 462; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014: 5582; Parlar ve Hatipoğlu, 2008: 2754-2756; Taşkın, 2015: 150). Fiilin, atığın çevreye zarar verecek boyutta olup olmadığı noktasında ise ekoloji uzmanlarından, bilirkişilerden mütalaa veya rapor alınması yoluna gidilecektir(Parlar ve Hatipoğlu, 2008: 2757; Şahbaz, 2016: 2121)[5]. Bu yönde "*Kemik unu ve kemik yağı üretimi yapan P… A.Ş. Fabrikasının sahibi ve sorumlu müdürü olan sanıkların, üretim fazlası getirtilen*

[4] "*Fail tarafından sebep olunan kirlenmenin çevreye zarar verecek boyutta olması gerektiğinden bahisle, dosya kapsamında yer alan bilirkişi raporu ve diğer hususlar göz önünde bulundurularak sanık ...'e ait hayvan besi alanından kaynaklı atık suların yaratmış olduğu kirliliğin çevreye zarar verecek boyutta olmayıp,kalıcı bir etkisinin olmadığı anlaşıldığından mahkememizce Yargıtay 18.Ceza Dairesi'nin 2015/27375 E. 2017/1833 K. Sayılı ilamına direnilmiş ve sanığın üzerine atılı suçtan beraatine karar verilerek aşağıdaki gibi hüküm kurmak gerekmiştir." şeklindeki gerekçeyle, Yargıtay 18. Ceza Dairesi'nin 20/02/2017 tarih ve 2015/27375 esas, 2017/1833 Sayılı kararına direnildiği görülmektedir* (Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 28.05.2018 T., 2018/2638E., 2018/8237 K. (Kazancı Hukuk İçtihat).)"

[5] "*Dosya kapsamı incelendiğinde, yerel Mahkeme tarafından keşif işlemi icra edilmiş, çevre mühendisi bilirkişi tarafından rapor düzenlenerek dosyaya sunulmuştur. Bilirkişi raporunda özetle, söz konusu davaya neden olan durumun sürekli olmadığı, yerinde yapılan inceleme sonucunda kirliliğin gözlemlenmediği, davaya konu kirliliğin doğada çözünebilir ölçüde kaldığı göz önüne alınarak kirliliğin kalıcı etkisinin olmadığı belirtilmiştir*.(Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 12.02.2019 T., 2018/378 E., 2019/102 K. (Hukuktürk İçtihat).)" ; "*Bu durumda; ölçülen emisyon sınırının sonradan yürürlüğe giren yönetmelik sınır değerlerine uygun olup olmadığı yanında ayrıca toprak kirliliğinin oluşup oluşmadığı yönünde de üniversitelerin ziraat fakültesi toprak bilimi ve bitki besleme, çevre mühendisliği ve kimya mühendisliği bölümlerinde çalışan öğretim üyesi bilirkişilerden, atığın alıcı ortam olan toprağı kirlettiği ya da kirletme ihtimali taşıyıp taşımadığının tespiti bakımından, yukarıda (II/l) numaralı kısımda açıklanan yönetmelikler ya da ekleriyle birebir ilişki kurulmak suretiyle Yargıtay denetimine imkân sağlayacak nitelikte bilirkişi raporu alınması gerekir* Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 12.08.2012 T., 2012/37437 E., 2014/35431 K. (Hukuktürk İçtihat)."

ve fabrikanın soğuk hava depolarının olmaması nedeniyle fabrika dışına bırakılan hayvan kemikleri ile fabrika fanlarının bakım ve onarımının yapılmaması sebebiyle sık sık arıza yapması ve fabrikanın çalıştığı sırada pis kokuların etrafa yayılması eyleminde; fabrikanın çevreye verdiği atık ve artıkların, çevre ve bu çevrede yaşayan canlılar açısından ne gibi tehlike ve zarar doğuracağının uzman bilirkişi aracılığı ile tespit edilerek sonucuna göre karar verilmesi gerektiği gözetilmeden eksik kovuşturma ile hüküm kurulması kanuna aykırı" şeklinde Yargıtay kararı bulunmaktadır(Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 16.05.2012 T., 2010/19020 E., 2012/11725 K. (Lexpera Hukuk İçtihat)).

Yukarıda ifade edilen ve özellik taşıyan durumun bulunması halinde çevrenin kasten kirletilmesi suçu söz konusu olacaktır. Yukarıdaki iki durum dışında herhangi bir husus bulunduğunda ise söz konusu hususun suçun sübutunu etkilemeyeceği ve suçun öğesi veya nitelikli halleri açısından önemli olmayacağından dolayı da araştırılmasının veya farklılıklarının değerlendirilmesinin gerek olmayacağı ifade edilmektedir(Artuk, Gökcen ve Yenidünya, 2014: 462- 463; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014: 5582). Örneğin kanunda tayin edilen usule aykırılı bir şekilde ve çevreye zarar verebilecek boyutta atık veya artığın kendi mülkü içerisinde doğaya salınması fiilinin de çevrenin kasten kirletilmesi suçunu oluşturacağı belirtilmektedir. Zira bırakma fiilinin gerçekleştiği yerin failin mülkü olmasının söz konusu fiil için bir hukuka uygunluk nedeni olarak sayılamayacağı belirtilmektedir(Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 21.5.2008 T., 2008/6206 E., 2008/10019 K. (Kazancı Hukuk İçtihat)).

1.2.1.1.2. *Atık veya Artıkların İzinsiz Olarak Ülkeye Sokulması*

Suç, atık veya artıkların kanunda belirtilen veya idarece verilen izinler dışında yasak olarak ülkeye girdirilmesi ile oluşmaktadır. Atık veya artıkların izinsiz olarak ülkeye sokulması, yetkili mercilerin izni olmaksızın artıkların ülke sınırları içerisine girdirilmesi fiilinde sokulacak olan atık veya artığın çevreye zarar verecek boyutta olması aranmamaktadır. Çevreye zarar verecek boyutta olsun veya olmasın herhangi bir atığın ya da artığın ülkeye izinsiz sokulması bu suçu teşkil edecektir(Artuk, Gökcen ve Yenidünya, 2014: 463; Parlar ve Hatipoğlu, 2008: 2756; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014: 5585; Malkoç, 2013: 2983).

Birinci fıkrada yer alan fiildeki çevreye zarar verecek boyutta olup olmadığı araştırmasının burada yapılması da gerekmeyecektir. Bu suçta diğer bir husus, izinsiz olarak eylemin gerçekleştirilmesidir. Eğer söz konusu eylem kanun tarafından sağlanan bir hükümle veya yetkili makamlar tarafından verilmiş izinle yapılmaktaysa suç oluşamayacaktır. Başka bir ifadeyle kanunen veya yetkili makamca verilen izin, bir çeşit hukuka uygunluk sebebidir(Artuk, Gökcen ve Yenidünya, 2014: 463; Parlar ve Hatipoğlu, 2008: 2756; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014: 5585).

Ayrıca ülkeye girdirilmesi fiilinde giriş yapılan yerin ve giriş şeklinin önemi bulunmamaktadır. Atık veya artığın hava, deniz, kara veya demir yolları vasıtalarıyla ülkenin herhangi bir yerinden izinsiz olarak girdirilmesi ile suç oluşmaktadır(Malkoç, 2013: 2983).

1.2.1.2. Netice

Çevrenin kasten kirletilmesi suçunun maddi unsuru olan neticesi, birinci fıkra açısından çevreye somut bir şekilde tehlike oluşturmaktır. Yani somut bir tehlike suçudur. Kirliliğin ayrıca bir zarar vermesi şartı aranmaksızın zarar verecek boyutta olması suçun oluşumu için yeterlidir. Yine ikinci fıkrada düzenlenen fiilde gözetilen neticede, sokulan artık ve atığın çevreye bırakılması aranmaksızın sokulma fiili ile suç tamamlanmaktadır. Dolayısıyla izinsiz olarak atık veya artığın ülkeye sokulması suçu ani bir suçtur.

Ayrıca ikinci fıkrada düzenlenen izinsiz sokulma fiili soyut bir tehlike suçudur(Parlar ve Hatipoğlu, 2008: 2754; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014: 5586; Taşkın, 2015: 152). Hülasaten çevrenin kasten kirletilmesi suçu bir neticenin varlığına ihtiyaç göstermeksizin oluşabilen sırf hareket suçu olarak ifade edilebilir. Başka bir ifadeyle bu suç hükümlerde ifade edilen fiillerin yapılması ile tamamlandığı için çevrenin kasten kirletilmesi suçu neticesiz bir suçtur(Sevük, 2019: 303).

Diğer bir hususta nitelikli halin oluşabilmesi herhangi bir neticenin ortaya çıkmasına bağlanmamış yalnızca o vasıfları taşıyabilecek bir fiil olduğunun tespit edilmesinin yeterli olacağı belirtilmiştir. Başka bir ifadeyle nitelikli hallerinde, zarar suçu değil tehlike suçu olduğu ifade edilmektedir(Artuk, Gökcen ve Yenidünya, 2014: 465; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014: 5586).

1.2.2. Manevi Unsuru

Suçun manevi unsuru açısından esas sorumluluk biçimi kasttır(TCK.m.21/1). Yani suçlar esasen kasten işlenebilir. Suçların taksirle işlenmesi istisnai bir manevi unsur olup kanunun açıkça belirttiği hallerde mümkündür(TCK.m.22/1). Çevrenin Kasten Kirletilmesi suçu, olası kastla gerçekleşmesi mümkün olabileceği gibi kasten işlenmesi de esas olan bir suçtur(TCK.m.181). Özel kast aranmamaktadır. Bununla birlikte kanun tarafından açıkça cezalandırılmasından dolayı da çevrenin kirletilmesi fiilinin taksirle işlenmesi de mümkündür(TCK.m.182; Artuk, Gökcen ve Yenidünya, 2014: 465; Malkoç, 2013: 2982; Şahbaz, 2016: 2122; Sevük, 2019: 305).

Kast, atığın çevreye zarar verebilecek boyutta ve kanunlarda belirtilen usullere aykırı bir şekilde çevreye bilerek ve isteyerek salınmasıdır[6]. Kast suçun bütün unsurlarını kapsayacak şekilde olmalıdır(Parlar ve Hatipoğlu, 2008: 2757). Çevrenin kirletilmesi fiilinin taksirle işlenmiş halinin cezalandırılması kanun tarafından öngörüldüğü için çevrenin taksirle kirletilmesi fiili de cezalandırılabilmektedir. Bu yönde "*Sanığın, 2872 sayılı Çevre Kanununun 8,11. maddelerine aykırı olarak, sorumlusu olduğu akaryakıt istasyonunun yıkama - yağlama bölümünden çıkan atıkları, bilirkişi raporunda belirlendiği gibi kalıcı özellik oluşturmaz derecede ve çevreye zarar verecek şekilde toprağa verme biçiminde kabul edilen eylemi, sonuçlarını öngörerek bilinç ve iradeyle gerçekleştirdiği gözetilmeden, TCK'nın 181/1. maddesi yerine olayda uygulama yeri bulunmayan 182. maddesi ile hüküm kurulması*" şeklinde Yargıtay kararı da bulunmaktadır(Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 08.11.2012 T., 2011/14774 E., 2012/23991 K. (HukukTürk İçtihat)).

[6] "*Dava; çevrenin kasten kirletilmesi suçuna ilişkindir. Dosya kapsamına göre denize dökülen atığın mahiyetinin motorin olarak tespit edildiği, suça konu atığın çevre kirliliğine neden olacak mahiyette olduğu değerlendirilmiştir. Yerel Mahkemece de kabul edilen gerekçeye göre, sanığın akaryakıt dolumu yaptığı sırada kolluk kuvvetlerini görmesi üzerine heyecanlandığı, bu esnada akaryakıt hortumunun tekne güvertesine düştüğü ve hortumdan boşalan bir miktar akaryakıtın denize döküldüğü göz önüne alındığında, sanığın, yüklenen eylemden kast ya da taksir şeklindeki kusurluluk türlerinden hangisinden sorumlu olduğu tartışılarak sonucuna göre hukuki durumunun belirlenmesi gerekir. Yerel Mahkemece de kabul edilen gerekçeye göre, sanığın akaryakıt dolumu yaptığı sırada kolluk kuvvetlerini görmesi üzerine heyecanlandığı, bu esnada akaryakıt hortumunun tekne güvertesine düştüğü ve hortumdan boşalan bir miktar akaryakıtın denize döküldüğü göz önüne alındığında, sanığın, yüklenen eylemden kast ya da taksir şeklindeki kusurluluk türlerinden hangisinden sorumlu olduğu tartışılarak sonucuna göre hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken eksik inceleme ve yetersiz gerekçe ile hüküm kurulması kanuna aykırıdır.* (Yargıtay 18. Ceza Dairesi, 013.02.2017 T., 2015/25325 E., 2017/1571 K. (Kazancı Hukuk İçtihat))."

1.2.3.Hukuka Aykırılık Unsuru

Çevrenin Kasten Kirletilmesi suçunda, tipe uygun hareketin hasıl olmasıyla birlikte hukuka aykırılık unsuru da gerçekleşmektedir. Çevrenin Kasten Kirletilmesi suçunda hukuka uygunluk sebeplerinin bulunabileceğini savunmaktayız. Bu durumda genel hukuka uygunluk sebeplerinin(TCK.m.24-27 arasındaki düzenlemelerin) koşulları gerçekleştiğinde, kirletme fiili açısından hukuka uygunluk sebebinin varlığı değerlendirilmelidir. Başka bir ifadeyle ortaya çıkan somut bir olayda hukuka uygunluk sebebinin bulunması halinde çevrenin kasten kirletilmesi suçu oluşmayacaktır.

1.3. YARGILAMA VE YAPTIRIM

Çevrenin Kasten Kirletilmesi suçu şikayete bağlı olmayan yani resen soruşturma ve kovuşturması yapılabilecek bir suçtur. 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un(RG. Tarih-Sayı: 07.10.2004-25606.) 11 ve 12 madde hükümlerince TCK.m.181/1,2 ve 3 fıkralarında yer alan suçlarda asliye ceza mahkemesi; TCK.m.181/4'yer alan durumda ise ağır ceza mahkemesi görevli olacaktır(Artuk, Gökcen ve Yenidünya, 2014: 467; Parlar ve Hatipoğlu, 2008: 2758; Şahbaz, 2016: 2122).

Suçun yaptırımına ilişkin olarak TCK.m.181/1'de yer alan bir suç ise 6 aydan 2 yıla kadar hapis cezası; TCK.m.181/2'de öngörülen bir suç ise 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezası; TCK.m.181/3'te yer alan nitelikli suçun vuku bulması halinde TCK.m.181/1 ve 2'ye göre verilecek cezanın iki katı arttırılarak uygulanması; TCK.m.181/4'te yer alan nitelikli suçun işlenmesi durumunda da verilecek cezanın 5 yıldan az olamayacağı ve 1000 güne kadar adli para cezası verilebileceği öngörülmüştür(TCK.m.181).

Çevrenin kasten kirletilmesi suçunda fiilin öngörülen usule aykırı yani izinsiz, çevreye zarar verecek boyutta olup olmadığı incelenmeden, yeterli şüphe oluşturacak deliller bulunmadan, elde edilmeden iddianame düzenlenemeyecek, kamu davası açılamayacaktır(CMK.m.170, 171). Böyle bir hal karşısında çevrenin kasten kirletilmesi iddiasına muhatap kılınan kişi hakkında kovuşturulmaya yer olmadığı kararı verilmesi gerekmektedir (CMK.m.171,172).

CMK.m.171/2'de "*uzlaştırma ve önödeme kapsamındaki suçlar hariç olmak üzere...*" denilmek suretiyle öncelikle önödeme veya uzlaştırmaya tabi bir suç olup olmadığının Cumhuriyet savcısı tarafından gözetilmesi gerekmektedir. Çevrenin Kirletilmesi suçu, mağduru muayyen olmayan bir suç olması dolayısıyla CMK.m.253-255 hükümleri uyarınca uzlaştırılması mümkün olamayan suçlardandır(Güngör, 2019: 149). Ancak çevrenin kasten kirletilmesi suçu da dahil mağduru muayyen olsun olmasın çoğu suçlarda uzlaştırma kurumuna işlerlik kazandırılarak suç sisteminde hukuken korunan faydanın koruması kaldırılmadan ceza adaleti sisteminin işlerliği arttırılmalıdır(Güngör, 2019: 356). Önödeme açısından ise TCK.m.75 hükmü uyarınca Çevrenin Kasten Kirletilmesi suçu önödemeye tabi olmayan bir suçtur. Bundan dolayı bu suçta önödeme kurumu kullanılamamaktadır. Ancak Çevrenin Taksirle Kirletilmesi suçu önödeme kurumunun uygulanabileceği bir suç olup bu suçlarda önödeme kurumu uygulanmalıdır[7](TCK.m.75, 182; CMK.m.171/2). Önödemenin mahkeme aşamasında

[7] "*Sanığa yükletilen eylemin, 5237 sayılı TCK'nın 182/1. (1.cümle) madde ve fıkrasına uyan suçu oluşturduğunun kabulü karşısında; ilgili maddenin ilk cümlesindeki yaptırımın yalnızca adli para cezasını gerektirmesi ve uzlaşma kapsamında olmaması nedeniyle TCK'nın 75. maddesi gereğince öncelikle sanığa önödeme önerisinde bulunulması gerektiği gözetilmeden, yargılamaya devamla hüküm kurulması* (Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 08.11.2012 T., 2011/14774 E., 2012/23991 K. (HukukTürk İçtihat)."

uygulanılması hallerinde ise ceza verilmesine yer olmadığı kararı değil kamu davasının düşme kararı verilmesi gerekmektedir(TCK.m.75/2,3; Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 27.12.2011 T., 16636/25395 (Malkoç, 2013, s.2984).

Gerekli incelemeler yapılmış ve yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilmiş çevrenin kasten kirletilmesi suç şüphelisi hakkında Cumhuriyet savcısı kamu davası açabilmesinin yanı sıra kamu davasının açılmasının beş yıl süreyle ertelenmesine de karar verebilmektedir (CMK.m.171/2,3). Ancak söz konusu durum, üst sınırı 3 yıl ve daha az süreli hapis cezası gerektiren suçlar için öngörüldüğünden TCK.m.181/1 ve 2 için geçerli olup TCK.m.181/3,4 hükümleri için ise geçerli olamayacaktır. Geçerli olamayacak haller için Cumhuriyet savcısının kamu davası açılması talebinde bulunması gerekmektedir(CMK.m.170).

Deniz, hava ve demiryolu araçlarında ve bu araçlarla işlenen çevrenin kirletilmesi suçuna ilişkin "*Çevreyi kirletme suçu, yabancı bayrağı taşıyan bir gemi tarafından Türk kara suları dışında işlendiği takdirde, suçun işlendiği yere en yakın veya geminin Türkiye'de ilk uğradığı limanın bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir.*" şeklinde özel bir yetki usulü de öngörülmüştür (CMK.m.15/4).

SONUÇ

Çalışma içerisinde çevrenin bir değer ve insan içinde yaşam koşulu olduğu, yapılan düzenlemeler ile çevrenin korunmaya çalışıldığı ifade edilmiştir. Uluslararası alanda olduğu gibi Türk toplumu da, çevre bilincinin ve duyarlılığın oluştuğu buna ilişkin fiili ve hukuki çalışmaların yürütüldüğü çağdaş medeniyetlerden birisidir. Dünya üzerinde sanayi ve teknolojide devasa büyüklüğü sahip olması dolayısıyla potansiyel olarak çevreye en büyük zarar verebilecek çağdaş ve modern olarak ifade edilen toplum veya ülkelerin gerekli önlemleri almaması ve sessizliği karşısında Türk toplumunun her ne kadar yeterli düzeyde olmasa da bu alanda önlemler almaya gayret etmesi çok önemlidir. Türk mevzuatında idari ve hukuki kurallar ile çevrenin korunması için en temel düzenlemeler yapılmıştır. Bunların yanı sıra cezai kurallar ile de çevrenin korunması güvencesi sağlamlaştırılmaktadır. Çevrenin kasten kirletilmesi suçu TCK.m.181' de düzenlenmiştir. Düzenleme ile çevrenin kirletilmesinin verebileceği zararlar en aza indirilmeye çalışılmaktadır. Bu suçta fail olarak tüzel kişilerin sorumluluğunun oluşturulması, kanunilik ve açıklık ilkesi gereğince kanun içerisinde yer alan muğlak kavramların tanımlamalarının yapılması; ceza hukuku ile idare hukuku bağlantı noktasının çözümlendirilmesi gerekmektedir. Bu yönde yapılacak değişiklikler ile aksaklıklar ve belirsizlikler giderilmiş olacaktır.

Bütün bunların yanı sıra ayrıca çevre ceza yargılaması hukukunda da belli başlı yeniliklerin getirilmesi bu suçlar ile mücadelede ciddi manada sonuç almak için önem arz etmektedir. Buna göre, bu mevzudaki yargılamaların, çevre sorunlarına vakıf ve bu alanda uzmanlaşmış hakimlerden oluşan mahkemelerde yürütülmesi, bu mahkemelerde çevre alanında uzman kişilerin bulunulması veya çevre bilirkişilerinden önemli ölçüde yararlanılması ve çevrede oluşan zararlardan doğrudan doğruya zarar görenlerin yanı sıra menfaatleri dolaylı olarak ihlal edilen çevre sakinlerinin de şikayet edebilmesinin ve davaya katılabilmesinin sağlanması şeklinde yapılması gerekenler sayılabilir.

KAYNAKÇA

Artuk, Mehmet Emin, Gökcen Ahmet ve Yenidünya A. Caner (2014), Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.

Artuk, Mehmet Emin, Gökcen Ahmet ve Yenidünya A. Caner (2013), Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.

Bayraktar, Köksal (1989), "Çevre Hukuku ve Çevre Kirliliğini Önlemede Bir Örnek", Ceza Hukuku El Kitabı, 1.Baskı, Sami Selçuk vd. (Der.), Beta Yayınevi, İstanbul.

Gökcan, Hasan Tahsin (1992), Yeni Bir İnsan Hakkı Olarak "*Çevre Hakkı*" ve 1982 Anayasasında Çevre Hükmünün Niteliği, Ankara Barosu Dergisi, C:49, S:3, s.388-403.

Güney, Dinç (2008), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Çevre ve İnsan, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara.

Güngör, Mümin (2019), Ceza Yargılamasında Uzlaştırma, 1.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.

Kaboğlu, İbrahim (2001), Çevre Hakkı, 3.Baskı, İmge Kitabevi, Ankara.

Katoğlu, Tuğrul (2005), Çevreye Karşı Suçlar, Mülkiye Dergisi, C:29, S:246, s.133-157.

Malkoç, İsmail (2013), Açıklamalı Türk Ceza Kanunu 3.Cilt, 1.Baskı, Sözkesen Matbacılık, Ankara.

Parlar, Ali, Hatipoğlu Muzaffer (2008), Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt 3, 2.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara.

Şahbaz, İbrahim (2016), Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu 2.Cilt, 1.Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara.

Şen, Ersan (1994), Çevre Ceza Hukuku, 1.Baskı, Kazancı Kitap, İstanbul.

Sevük, Handan Yokuş (2019), Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2.Baskı, Adalet, Yayınevi, Ankara.

Talas, Serdar (2012), Avrupa Çevre Ceza Hukuku: Gerçekten İhtiyacımız Var mı?, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:LXX, S:2, s.333-354.

Taşkın, Ozan Ercan (2015), Maddi ve Muhakeme Boyutuyla Çevre Ceza Hukukuna Dair Bazı Tespitler/Kısmi Öneriler, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C:3, S:1, s.119-167.

TBMM, (2004), Dönem:22, Yasama Yılı:2, Sıra Sayısı:664, Ankara.

Tezcan, Durmuş, Erdem Mustafa Ruhan, Önok Murat (2020), Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 18.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara.

Toroslu, Nevzat (1982), Çeza Hukuku ve Çevre, 1.Baskı, Türkiye Çevre Sorunları Vakfı, Ankara.

Ünver, Yener, Nuhoğlu Ayşe (1999) Federal Almanya Çevre Ceza Hukuku, 1.Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul.

Yaşar Osman, Gökcan Hasan Tahsin, Artuç Mustafa (2014), Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt 4, 2.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.

Yılmaz Sacit (2013), Çevre Hukuku Bağlamında Türk Ceza Kanunundaki Çevre Suçları, 1.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.

Çevre Yönetimi Genel Müdürlüğü (2021), https://cygm.csb.gov.tr/yonetmelikler-i-440 (Erişim Tarihi: 07.01.2021).

Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment (1972), https://undocs.org/en/A/CONF.48/14/Rev.1 (Erişim Tarihi: 07.01.2021).

Tüba Sözlük (2021), http://www.tubaterim.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 03.01.2021).

Türk Dil Kurumu Sözlük (2021), https://sozluk.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 03.01.2021).

* Araştırma Görevlisi Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, bilge.aytugar@hbv.edu.tr.

[1] Lucas Forrer/ Matthias P. A Müller/ Floris Zuur, "Das Aktienrecht im Wandel der Digitalisierung - Entstehung der Gesellschaft, Willensbildung der Organe und Blockchain-Technologie" in Matthias P. A Müller vd. (Eds.), Das Aktienrecht im Wandel, Dike Verlag AG., 2020, s. 3.

[1] Rapor için bkz. <http://www3.weforum.org/docs/WEF_TheGlobalCompetitivenessReport2019.pdf> Erişim Tarihi 06.04.2021.

[1] Rapor için bkz. <https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB2019-report_web-version.pdf> Erişim Tarihi 06.04.2021.

[1] Bkz. <https://companies-register.companiesoffice.govt.nz/help-centre/starting-a-company/incorporating-a-company/> Erişim Tarihi 07.04.2020.

[1] IBM, merkezi New York'ta olan, 170'ten fazla ülkede faaliyet gösteren, 1938 yılından itibaren de Türkiye'de faaliyet göstermeye başlayan dünyanın en büyük bilişim teknolojisi şirketidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://tr.wikipedia.org/wiki/IBM> Erişim Tarihi 11.04.2021.

[1] Haber için bkz. <https://www.zg.ch/behoerden/volkswirtschaftsdirektion/handelsregisteramt/aktuell/das-handelsregisteramt-zug-und-weitere-partner-gruenden-und-registrieren-erstmals-eine-ag-in-weniger-als-drei-stunden> Erişim Tarihi 11.04.2021.

[1] Forrer/ Müller/ Zuur, s. 7.

[1] Karin Poggio/ Florian Zihler, "Entwurf zur Revision des Aktienrechts als Dritter Meilenstein", 2017, Expert Focus, s. 95.

[1] Forrer/ Müller/ Zuur, s. 9-10.

[1] Forrer/ Müller/ Zuur, s. 10.

[1] Ceren Eyuboğlu, Halka Açık Anonim Şirketlerde Elektronik Genel Kurul Toplantıları, Oniki Levha Yayınları, 2019, s. 76.

[1] Halka açık olmayan, az sayıda pay sahibi bulunan şirketlerin de genel kurullarını tamamen sanal ortamda yapabileceği yönünde bkz. Eyuboğlu, s. 37.

[1] Sanal genel kurulun yapılması durumunda alınan kararların yaptırımının yokluk olması gerektiği yönünde bkz. Ali Osman Özdilek, Anonim Şirketlerde Genel Kurullara Elektronik Ortamda Katılım, Seçkin, 2017, s. 67.

[1] Forrer/ Müller/ Zuur, s. 13.

[1] Aynı yönde bkz. Hasan Karslıoğlu, Anonim Şirketlerde Genel Kurul, Adalet Yayınevi, 2019, s. 58-59.

[1] Forrer/ Müller/ Zuur, s. 14.

[1] Necla Akdağ Güney, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, 2016, s. 36.

[1] Forrer/ Müller/ Zuur, s. 18.

[1] Forrer/ Müller/ Zuur, s. 20.

[1] Fatih Bilgili/ M. Fatih Cengil, Blockchain ve Kripto Para Hukuku, Dora, 2019, s. 38, 42.

[1] Matthias Lehmann, Münchener Kommentar zum BGB, Band 13, Internationales Privatrecht II, Internationales Wirtschaftsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art.50-253), 8. Auflage 2021, N. 549. Karş. Cemal Araalan, "Akıllı Sözleşmeler", Mart 2020, 15(163), Terazi Hukuk Dergisi, s. 503.

[1] Bilgili/ Cengil, s. 153.

[1] Akıllı sözleşmelerin sektörel açıdan uygulama alanları hakkında ayrıca bkz. Araalan, s. 509.
[1] Diğer kullanım alanları hakkında bkz. Bilgili/Cengil, s. 41-46.
[1] Bitcoinin tanımı ve yapısı hakkında ayrıca bkz. Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, Bitcoin, Elektronik Para, Sanal Para, Bitcoin ve Linden Doları'na Hukuki Bir Bakış, Aristo, 2018, s. 66 vd.
[1] Bilgili/ Cengil, s. 48.
[1] 25 Kasım 2013 tarihli ve 2013/32 sayılı basın açıklaması hakkında bkz <https://www.bddk.org.tr/ContentBddk/dokuman/duyuru_0512_01.pdf> Erişim Tarihi 10.05.2021.
[1] 16 Nisan 2021 Tarih ve 31456 Sayılı RG.
[1] Hans Caspar Von der Crone/ Martin Monsch / Luzius Meisser, "Aktien-Token" in D. Daeniker vd. (Eds.), Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, Dike Verlag AG., 2019, s. 5.
[1] Von der Crone/ Monsch/ Meisser, s. 7.
[1] Forrer/ Müller/ Zuur, s. 21.
[1] Bilgili/ Cengil, s. 185.
[1] Von der Crone/ Monsch/ Meisser, s. 17.
[1] Von der Crone/ Monsch/ Meisser, s. 5. Esas sözleşmede bu yönde açık hüküm yer almasa bile yönetim kurulu kararı ile payın tokenize edilebileceği yönünde bkz. Bilgili/ Cengil, s. 184.
[1] Jacques Iffland/ Alessandra Läser, "Die Tokenisierung von Effekten", in D. Daeniker vd. (Eds.), Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, Dike Verlag AG, 2018, s. 419.
[1] Bu yönde bkz. Rolf H. Weber/ Salvatore Iacangelo, " Legal Issues in relation to the Transfer of Tokens", Swiss Capital Markets Law, CapLaw Editors, 2018-30.
[1] Iffland/ Läser, s. 419.
[1] Hüseyin Ülgen/ Mehmet Helvacı/ Arslan Kaya/ N. Füsun Nomer Ertan, Kıymetli Evrak Hukuku, Vedat Kitapçılık, 2019, s. 24.
[1] Aynı yönde bkz. Ülgen/ Helvacı/ Kaya/ Nomer Ertan, s. 17.
[1] Iffland/ Läser, s. 420.
[1] Forrer/ Müller/ Zuur, s. 22; Von der Crone/ Monsch/ Meisser, s. 15.
[1] Von der Crone/ Monsch/ Meisser, s. 15.
[1] Iffland/ Läser, s. 421.
[1] Forrer/ Müller/ Zuur, s. 23.
[1] Bilgili/ Cengil, s. 45.
[1] Dennis-Kenji Kipker/ Piet Birreck/ Mario Niewöhner/ Timm Schnorr, "Rechtliche und technische Rahmenbedingungen der "Smart Contracts"", MMR, 2020, s. 510.
[1] Forrer/ Müller/ Zuur, s. 24-25.
[1] Forrer/ Müller/ Zuur, s. 26.

ULUSLARARASI
HUKUK
SEMPOZYUMU
International Symposium on Law

DİJİTALLEŞME ÇAĞINDA TÜRK ANONİM ŞİRKETLER HUKUKU

Araştırma Görevlisi Dr Bilge AYTUĞAR*

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

ORCID NO: 0000-0002-6206-1007

Öz

Türk anonim şirketler hukukunun, küresel rekabete ayak uydurabilmek amacıyla içinde bulunduğumuz dijitalleşme çağının getirdiği zorlukları ve fırsatları hesaba katması gereklidir. Bu tebliğin amacı, temel olarak anonim şirketlerin kurulması, şirket organlarının karar verme süreci ve blockchain teknolojisinin anonim şirketler üzerindeki etkisi ile bağlantılı olarak dijital çağımızın sunduğu çeşitli fırsatları incelemektir. Dijitalleşme alanındaki en son gelişmeler, anonim şirketlerin kuruluş sürecini basitleştirmek ve kısaltmak için büyük bir imkân sunar. Buna karşılık Türk hukukunda anonim şirketlerin kuruluşu internet üzerinden "*uno actu*" gerçekleşmez; zira noter tasdiki, banka mektubu, değerleme raporları, uygun görüş yazısı gibi yasal gereklilikler buna engel teşkil eder. Dolayısıyla kuruluş sürecini kısaltmak için yasal düzenlemelerin gevşetilmesi gereklidir. Benzer şekilde genel kurulun toplantıya çağrılması konusunda TTK m. 414 hükmünde öngörülen usulün ve genel kurul toplantılarının elektronik ortamda yapılmasında kabul edilen karma sistemin, dijitalleşme çağının ihtiyaçlarına cevap vermekten uzak olduğu söylenebilir. Geleneksel tartışma konularından uzaklaşarak yapay zekanın yönetim kurulu üyesi olarak kabul edilip edilemeyeceği ya da yönetim kurulunun görev ve yetkilerinin yapay zekaya devrinin yürürlükteki yasal düzenlemeler çerçevesinde mümkün olup olmadığı ayrıca incelenmelidir. Diğer yandan blockchain teknolojisinin anonim şirketler hukukundaki bazı uygulama alanları, bilhassa şirket paylarının Token formunda devre konu edilip edilemeyeceği; kripto paraların anonim şirkete sermaye olarak getirilip getirilemeyeceği gibi sorunların çözüme kavuşturulması yakın gelecekte pratik bir değere sahip olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Dijitalleşme, Elektronik Genel Kurul, Blockchain Teknolojisi, Akıllı Sözleşmeler, Kripto Para.

* Araştırma Görevlisi Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, bilge.aytugar@hbv.edu.tr.

TURKISH JOINT-STOCK COMPANIES LAW IN DIGITAL AGE

Abstract

To keep up with the global competition, the Turkish joint-stock companies law should take into account the challenges and opportunities accompanying the digital age. This paper aims to analyze diverse opportunities presented by the digital age basically in connection with the establishment of joint-stock companies, the decision-making process of the company organs, and the effect of blockchain technology on the joint-stock companies. The last developments in the area of digitization offer a great opportunity to simplify and shorten the establishment process of the joint-stock companies. On the other hand, in Turkish law, joint-stock companies cannot be established through the internet "*uno actu*" as the legal requirements such as notarial attestation, bank letter, valuation reports, and the letter of consent constitute an impediment in this respect. Thus, to shorten the establishment process, the legal regulations should be loosened. Likewise, it can be stated that the procedure prescribed by Article 414 of the Turkish Commercial Code about calling a meeting of the general assembly and the hybrid system adopted for holding the meeting of general assembly through online platforms are far from meeting the needs of the digital age. By moving away from the conventional topics of discussion, whether the artificial intelligence can be accepted as a member of the board of directors or whether it is possible to transfer the duties of the board of directors to artificial intelligence should also be analyzed. On the other hand, certain areas of application of the blockchain technology in the joint-stock companies law, in particular, the solution of problems such as whether the company stocks can be transferred in the blockchain Token form and whether the cryptocurrencies can be brought to the joint-stock company as the capital, will have a practical value in the near future.

Keywords: Digitization, Electronic General Assembly, Blockchain Technology, Smart Contracts, Cryptocurrency.

I. GİRİŞ

Genel olarak hukukun muhafazakâr eğilimde olduğu kabul edilebilirse de anonim şirketler hukukunun kendi zamanının özelliklerini taşıdığını ifade etmeliyiz. Şirketler hukukunda çok yönlü bir değişim meydana gelmektedir. Bu tebliğ ile şirketler hukukundaki değişiklik ve yenilikleri yakından incelemek, dijitalleşmenin sunduğu ve sunabileceği fırsatlara göz atmak ve bunları Türk Ticaret Kanunu hükümleri çerçevesinde değerlendirmek amaçlanmaktadır. Dijitalleşmenin getirdiği fırsatların bir kısmı yürürlükteki TTK'nin revizyonu kapsamında ele alınabilecekken, diğer bir kısmı yakın gelecekte tartışmalara yol açacaktır. Tebliğ kapsamında konu, anonim şirketlerin kuruluş sürecinde, organların karar alma sürecinde dijitalleşme ve blockchain teknolojisinin anonim şirketler hukukuna etkileri olmak üzere üç ana başlıkta incelenmiştir.

II. Anonim Şirketlerin Kuruluşunda Dijitalleşme

Dijitalleşme alanındaki en son gelişmeler -*blockchain teknolojisi ve akıllı sözleşmeler gibi*- anonim şirketlerin kuruluş sürecini basitleştirmek ve kısaltmak için büyük bir imkân sunar. Bu da kurulacak şirketin bulunduğu yerin dolayısıyla ulusal ekonominin rekabet gücünde önemli bir yere sahiptir[1].

Dünya Ekonomik Forumu'nun (WEF) 2019 yılı Rekabet Edebilirlik Raporunda[2] Türkiye, "iş kurma zamanı" kategorisinde 141 ülke arasında 43. sırada yer alıyor. Araştırmaya göre Türkiye'de bir şirketin ticaret siciline tescili *yedi gün* sürüyor. Bu kategoride lider ülke olan Yeni Zelanda'da bu süre yarım gün olarak belirlenmiştir. Yine Dünya Bankası Grubu'nun "*Doing Business 2019*" raporunda[3] ise Türkiye 190 ülke arasında 78. sırada yer almıştır.

Şirketlerin kurulmasında hız ve verimlilik açısından küresel lider konumunda bulunan Yeni Zelanda'nın şirketler ofisinin web sitesinde bir işletme kurmak için gereken tüm adımları içeren açık bir kılavuz bulunmaktadır[4]. Ücretsiz online kimlik ispatı "RealMe" için başvurduktan sonra, bir şirket unvanı rezerve etmek, yönetici ve pay sahipleri, vergi ve mali tablolar hakkında temel bilgileri içeren online bir form doldurmak ve daha sonra yöneticilerin ve pay sahiplerinin bir rıza beyanı imzalaması gereklidir. Bu adımlar atıldıktan sonra idare tarafından bilgiler denetlenecek ve nihayet sicile giriş onaylanacaktır. Diğer bir anlatımla Yeni Zelanda şirketler hukukuna göre bir şirketin tescili için şirket ve kişiler hakkındaki bilgiler ile payların sayısını ve dağılımını da içeren yönetici ve pay sahiplerinin yazılı bir açıklaması yeterlidir.

Türk hukukuna göre de bir anonim şirketin kurulması için yukarıda bahsedilen adımlara benzer şekilde, şirkete ve pay yapısına dair bilgileri içeren şirket esas sözleşmesinin yazılı şekilde hazırlanması, imzalanması ve tescil ile ilan edilmesi gereklidir. Bununla birlikte esas sözleşmenin hazırlanması ve imzaların noter tarafından onaylanması ya da esas sözleşmenin ticaret sicili müdürü yahut yardımcısı huzurunda imzalanmasından sonra nakit olarak taahhüt edilen sermayenin en az yüzde yirmi beşinin ödenmesi (TTK m. 344/1) ve nakdi ödemenin yapıldığına dair bir banka mektubunun alınması (TTK m. 345/1; TSY m. 69) gereklidir. Ayrıca sicile tescil için yapılacak başvuruda Yönetmeliğin 69. maddesinde belirtilen belgelerin de verilmesi şarttır. Bu kapsamda; konulan ayni sermaye ile kuruluş sırasında devralınacak işletmeler ve ayni varlıkların değerinin tespitine ilişkin mahkemece atanan bilirkişi tarafından hazırlanmış değerleme raporları; konulan ayni sermaye üzerinde herhangi bir sınırlamanın olmadığına dair ilgili sicilden alınacak yazı; ayni sermaye olarak konulan taşınmazın, fikri mülkiyet haklarının ve

[1] Lucas Forrer/ Matthias P. A Müller/ Floris Zuur, "Das Aktienrecht im Wandel der Digitalisierung - Entstehung der Gesellschaft, Willensbildung der Organe und Blockchain-Technologie" in Matthias P. A Müller vd. (Eds.), Das Aktienrecht im Wandel, Dike Verlag AG., 2020, s. 3.

[2] Rapor için bkz. <http://www3.weforum.org/docs/WEF_TheGlobalCompetitivenessReport2019.pdf> Erişim Tarihi 06.04.2021.

[3] Rapor için bkz. <https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB2019-report_web-version.pdf> Erişim Tarihi 06.04.2021.

[4] Bkz. <https://companies-register.companiesoffice.govt.nz/help-centre/starting-a-company/incorporating-a-company/> Erişim Tarihi 07.04.2020.

diğer değerlerin kayıtlı bulundukları sicillere şerh verildiğini gösteren belge; kuruluşu Bakanlık veya diğer resmi kurumların iznine veya uygun görüşüne tabi olan şirketler için bu izin veya uygun görüş yazısı; pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerinin bu görevi kabul ettiklerine ilişkin yazılı beyanları; yönetim kurulunda bir tüzel kişinin bulunması halinde, tüzel kişi ile birlikte tüzel kişi adına, tüzel kişi tarafından belirlenen bir gerçek kişinin adı ve soyadı ve belirlemeye ilişkin yetkili organ kararının noter onaylı örneği; şirketi temsile yetkili kılınan kişilerin Kanun'un 40'ıncı maddesi uyarınca düzenlenmiş imza beyannameleri belirtilmiştir. Bu işlemlerin münferiden online şekilde tamamlanması çok sınırlı ölçüde gerçekleşebilecekken; Yönetmelik'te sicil müdürlüğüne yapılacak başvurunun elektronik ortamda da yapılmasına imkan tanınmıştır (TSY m. 23/1). Başvurunun elektronik ortamda yapılması halinde dilekçe ve belgeler güvenli elektronik imza ile imzalanmalıdır. Ancak yine de kuruluş sözleşmesinde imzaların noter tarafından onaylanması ya da sicil müdürü yahut yardımcısı huzurunda imzalanması için şahsen müracaat gerekeceğinden elektronik ortamda yapılacak başvuru, işlemleri arzu edildiği kadar kolaylaştırmaya yeterli gelmemektedir. Hız kazanan dijitalleşme sürecinde bu işlemlerin nasıl bir dönüşüme uğrayacağı ayrıca incelenmelidir.

Şirketlerin kuruluş süreçlerindeki verimliliği artırmak yeni nesil teknolojilerin kullanılması ile sağlanabilir. Yeni Zelanda sadece akıllıca tasarlanmış online portal yoluyla değil; aynı zamanda asgari yasal gereklilikler ile de avantaj kazanır. Anonim şirketlerin kuruluşu Türkiye'de, Yeni Zelanda'da olduğu gibi internet üzerinden "uno actu" (tek bir işlemle) gerçekleşmez; zira yukarıda da temas ettiğimiz üzere noter tasdiki, banka mektubu, değerleme raporları, uygun görüş yazısı gibi yasal gereklilikler tek bir günde yerine getirilemez. Dolayısıyla kuruluş sürecini kısaltmak için yasal düzenlemelerin de gevşetilmesi gereklidir. *Blockchain ve akıllı sözleşme teknolojileri*nin devreye girdiği yer de tam olarak burasıdır. IBM[5] İsviçre (International Business Machines), çok sayıda iş ortağıyla birlikte, akıllı sözleşmeler ve blok zinciri teknolojisini kullanarak üç saatten daha kısa bir sürede Zug ticaret siciline bir anonim şirketi kaydetmeyi başardı[6]. Bu amaçla ekip, ilgili aktörlerin -*yani işletmeci, banka, noter, ticaret sicili vb*.- gerekli işlem adımlarını bir araya getirmesine ve bunları paralel olarak yürütmesine imkan veren merkezi olmayan bir IT (Information Technology) ortamı yarattı. Proje böylece etkileyici bir şekilde şirket kuruluşunda yeni teknolojilerin kullanılma imkânını gösterdi. En azından kanton yasa koyucularının bu potansiyeli tanıyacakları ve bu tür sistemlerin uygulanmasını ele alacakları umulmaktadır[7]. İsviçre'de bazı işlemlerde noter onayından vazgeçilmesine yönelik federal

[5] IBM, merkezi New York'ta olan, 170'ten fazla ülkede faaliyet gösteren, 1938 yılından itibaren de Türkiye'de faaliyet göstermeye başlayan dünyanın en büyük bilişim teknolojisi şirketidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://tr.wikipedia.org/wiki/IBM> Erişim Tarihi 11.04.2021.

[6] Haber için bkz. <https://www.zg.ch/behoerden/volkswirtschaftsdirektion/handelsregisteramt/aktuell/das-handelsregisteramt-zug-und-weitere-partner-gruenden-und-registrieren-erstmals-eine-ag-in-weniger-als-drei-stunden> Erişim Tarihi 11.04.2021.

[7] Forrer/ Müller/ Zuur, s. 7.

konsey önerisi reddedilmişse de öğretide de noter tasdik şartının varlık sebebi (raison d'être) sorgulanmaktadır[8].

III. Şirket Organlarının Karar Alma Sürecinde Dijitalleşme

A. Genel Kurul

Genel kurul toplantıya esas sözleşmede gösterilen şekilde, şirkete ait internet sitesinde ve TTSG'de yayımlanan ilan ile çağrılır (TTK m.339/2-(h), (i); m.414/1). Öncelikle bu yasal düzenlemeden hareketle elektronik yolla, en azından e-mail adresi ile pay defterinde kayıtlı nama yazılı pay sahiplerine e-mail ile çağrı yapılarak genel kurulun toplantıya çağrılıp çağrılamayacağı hususu açıklığa kavuşturulmalıdır. Kanun'da çağrı ilanının varsa şirketin internet sitesinde yapılması şart kılınmıştır. Bununla birlikte pay defterinde yazılı pay sahipleriyle önceden şirkete pay senedi veya pay sahipliğini ispatlayıcı belge vererek adreslerini bildiren pay sahiplerine iadeli taahhütlü mektupla bildirim yapılması öngörülmüştür. Kanaatimizce *de lege lata* pay sahiplerine e-mail yoluyla toplantıya çağrı yapılması hukuka uygun çağrı olarak kabul edilmemektedir. Mehaz İsviçre hukukunda da Federal Konsey'in önerdiği gibi[9] yönetim kurulunun genel kurul toplantısında ele alınacak konuları sadece özetlemesi durumunda, ilave bilgileri elektronik olarak erişilebilir hale getirebilmesi yönünde bir kanun değişikliği yapılabilir. Yine genel kurul toplantısından birkaç gün önce pay sahiplerinin elektronik ortamda buluştuğu ve görüşülecek konuların önceden tartışılmasına ve böylece olgunlaştırılmasına imkân verecek bir elektronik forumun yönetim kurulu tarafından tesis edilmesine izin verilebileceği önerilmektedir[10].

1. Elektronik Genel Kurul

Elektronik genel kurul, fiziki bir toplantı yerinin bulunduğu; ancak pay sahiplerinin toplantıya fiziken katılmalarının şart olmadığı; aynı zamanda haklarını elektronik ortamda da kullanabilmeleri ile karakterize edilir. Fiziki toplantı yeri gerekliliği, elektronik genel kurulu sanal genel kuruldan ayırmaktadır. Burada da iletimde gecikme olmadığı ve pay sahiplerinin aktif etkileşimi mümkün olduğu sürece video veya daha az sayıda pay sahibine sahip şirketlerde telefon yoluyla genel kurul mümkün olabilmelidir. Pay senetleri borsaya kote şirketlerde genel kurullara elektronik ortamda katılım zorunlu iken; pay senetleri borsaya kote olmamış şirketlerde ihtiyaridir (TTK m. 1527/5).

Elektronik genel kurul sistemi sayesinde pay sahiplerinin katılımı teşvik edilir ve böylece anonim şirketlerdeki güç boşluğu doldurulabilir; oyların önceden kaydedilmesi ve güncellenmesi sağlanarak toplantının makul sürede gerçekleşmesi sağlanır; zaman ve mekân itibarıyla

[8] Karin Poggio/ Florian Zihler, "Entwurf zur Revision des Aktienrechts als Dritter Meilenstein", 2017, Expert Focus, s. 95.

[9] Forrer/ Müller/ Zuur, s. 9-10.
[10] Forrer/ Müller/ Zuur, s. 10.

maliyetlerin azaltılması sağlanır; hesap verilebilirlik ve şeffaflık artar[11]. Bu avantajlarına karşılık teknik sorunların meydana gelmesi ihtimali de göz ardı edilmemelidir.

2. Sanal Genel Kurul

Fiziki bir toplantı yeri olmadan, sadece sanal ortamda bir araya gelen pay sahipleri veya temsilcilerinin katılımıyla gerçekleştirilen genel kuruldur. Bu genel kurul türünde toplantı öncesi ve sonrası tüm işlemler elektronik ortamda gerçekleştirilmektedir. Buna karşılık TTK m. 414/1 hükmünün son cümlesinde öngörülen toplantı günü ile gündemin iadeli taahhütlü mektupla bildirilmesi şartı, bu tür bir genel kurulun hayata geçmesinde önemli bir engeldir. Bu durumda çağrısız genel kurulların sanal genel kurul şeklinde yapılabileceği düşünülebilirse de[12] kanaatimizce Anonim Şirketlerde Elektronik Ortamda Yapılacak Genel Kurullara İlişkin Yönetmelik m. 9/1 hükmü buna engel teşkil edecektir (Karş. AktG §121, Abs. 4a). Nitekim hükümde genel kurul toplantısının fiziki ve elektronik ortamda aynı anda açılmasından söz edilmiştir. Bu yasal düzenlemeler birlikte dikkate alındığında Türk hukukunda anonim şirket genel kurul toplantılarında sanal genel kurul sisteminin yerine elektronik genel kurul sisteminin benimsendiği söylenebilir[13].

Sanal genel kurul, hızla ilerleyen dijitalleşme çağının hem bir sonucu hem de pratik bir gerekliliğidir[14]. Hem şirketlere özgürlük hem de uluslararası rekabette avantaj sağlar. Bununla birlikte bilhassa teknik problemlerin yaşandığı durumlarda bu problemler ortaya çıktıktan sonra alınan kararların geçersizliği tartışılabilir. Teknik sorunların geçersizliğe yol açması, sadece bu sorunların, şirketin etki alanı içinde olması ve genel kurulun düzenini esaslı şekilde bozması hallerinde kabul edilebilir. Dolayısıyla pay sahiplerinin risk alanında kalan teknik arızalar dikkate alınmamalıdır[15]. Bu da sanal genel kurulda alınan kararların, TTK'de belirtilen haller dışında da iptal edilebilir ya da batıl olabileceği anlamına gelir[16].

B. Yönetim Kurulu

Türk Ticaret Kanunu'nda yönetim kurulu toplantılarının yapılma usulü düzenlenmiştir (TTK m.390/1-4). TTK m. 390 hükmünün ilk fıkrasının son cümlesinde yönetim kurulu toplantılarının elektronik ortamda yapılmasından söz edilmiştir. Hükmün dördüncü fıkrasında belirtilen usulün elektronik ortamda hayata geçirilmesi mümkündür. Bu bağlamda yönetim kurulu üyelerinden hiçbiri toplantı yapılması isteminde bulunmazsa, kurul üyelerinden birinin belirli bir konuda yaptığı karar şeklinde yazılmış önerisine üyelerce güvenli elektronik imza ile onay verilebilir.

[11] Ceren Eyuboğlu, Halka Açık Anonim Şirketlerde Elektronik Genel Kurul Toplantıları, Oniki Levha Yayınları, 2019, s. 76.
[12] Halka açık olmayan, az sayıda pay sahibi bulunan şirketlerin de genel kurullarını tamamen sanal ortamda yapabileceği yönünde bkz. Eyuboğlu, s. 37.
[13] Sanal genel kurulun yapılması durumunda alınan kararların yaptırımının yokluk olması gerektiği yönünde bkz. Ali Osman Özdilek, Anonim Şirketlerde Genel Kurullara Elektronik Ortamda Katılım, Seçkin, 2017, s. 67.
[14] Forrer/ Müller/ Zuur, s. 13.
[15] Aynı yönde bkz. Hasan Karslıoğlu, Anonim Şirketlerde Genel Kurul, Adalet Yayınevi, 2019, s. 58-59.
[16] Forrer/ Müller/ Zuur, s. 14.

Genel kurul toplantılarından farklı olarak yönetim kurulu toplantıları tamamen elektronik ortamda gerçekleştirilebilmektedir (karş. TTK m. 1527/1 ve 5).

Anonim şirketler hukukundaki geleneksel tartışma konularından uzaklaşmamıza imkan veren bir konu da yapay zekanın yönetim kurulu üyesi olarak kabul edilip edilemeyeceği sorusudur. Konu bizler için hala fütüristik görünmektedir. Öncelikle ifade etmeliyiz ki bu konuda Türk kanun koyucusu sessiz kalmıştır. TTK m. 359 hükmünde gerçek ve tüzel kişilerin yönetim kuruluna üye seçilebileceğinden bahsedildikten sonra tüzel kişiyle birlikte bir gerçek kişinin de tescil ve ilan olunacağı belirtilmiştir. Kanun koyucu şimdiye kadar daha ziyade tüzel kişilerin üyelik sıfatıyla meşgul olmuş; pratik bir değerinin henüz olmaması gerekçesiyle yapay zekanın üye olup olamayacağı ile alakadar olmamıştır. Bununla birlikte yürürlükteki kanuni düzenleme, yapay zekanın yönetim kurulu üyesi olarak seçilmesine engel görünmektedir. Zira yönetim kurulu üyesinin hukuki durumu hak ve yükümlülükler ile bağlanmıştır ve sadece hukuken ehliyetli olan kişiler hak sahibi olabilir ve yükümlülük taşıyabilir[17]. Yapay zekanın ise yürürlükteki hukuk çerçevesinde ehliyeti olduğundan söz edilemez. Olması gereken hukuk açısından yapay zekanın yönetim kurulu üyeliği ele alınmalı mıdır? Bu soru şimdilik olumsuz karşılanmalıdır. Yapay zekanın büyük verileri analiz etme konusunda insanlardan daha iyi olduğu söylenebilirse de yönetim fonksiyonunun vazgeçilmezi olan değerlendirme yeteneğinden yoksun olduğu kabul edilmelidir. Bu sonuç, yapay zekanın yasa koyucu tarafından çok da uzak olmayan bir gelecekte ehliyeti ve bunun hukuki sonuçları ile ilgilenmek zorunda kalacağı gerçeği ile çelişmemektedir[18]. Bununla birlikte en azından organsal yönetim görevlerinin yapay zekaya devredilip devredilemeyeceği sorulabilir. TTK m. 367 hükmü gereğince yönetimin devri, hak ve yükümlülükler ile bağlı olduğundan ve yapay zekanın ehliyeti bulunmadığından bu sorun da dışlanmış görünmektedir.

IV. Blockchain Teknolojisinin Anonim Şirketler Hukukuna Etkisi

Blockchain teknolojisi, anonim şirketler hukukunda çok yönlü uygulama olanakları sunmaktadır. Bu uygulama alanlarını incelemeye geçmeden önce blockchain teknolojisinin teknik prensiplerine kısaca temas edilmelidir.

A. Teknik Prensipleri: Blockchain ve Akıllı Sözleşmeler

Blockchain, çok sayıda bellek alanına dağıtılan yeni bir veri tabanı türüdür. Bu veri tabanı, sırayla bir dizi işlemden bir araya gelmiş dijital olarak bağlanmış veri bloklarının bir zincirinden oluşur. Bu veri tabanının teknik amacı, taklit edilemez, doğrulanabilir ve bağımsız işlemler gerçekleştirmektir. Bu, veri tabanı yapısının ve orada gerçekleşen tüm işlemlerin merkezi olmayan ve senkronize edilmiş ilgili tüm bellek alanlarına kaydedilmesiyle sağlanır. Tüm bellek kayıtlarının birbirinin üzerine kurulu olması, blockchainin pratikte değişmeden ve karıştırılmadan

[17] Necla Akdağ Güney, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, 2016, s. 36.
[18] Forrer/ Müller/ Zuur, s. 18.

kalmasını sağlar[19]. Blockchainin tanınması Bitcoin ile birlikte olsa da sadece Bitcoin için kullanılan bir sistem değildir. Blockchain teknolojisinde işlemler şifreli de olsa herkes tarafından görülebilir ve bu işlemler kullanıcıdan kullanıcıya, aracısız gerçekleşir[20].

Akıllı sözleşmeler, blockchain için önemli bir uygulama alanıdır. Akıllı sözleşme, ne bir sözleşmedir ne de zeki anlamında akıllıdır; aksine dijital olarak doğrulanabilir bir olay meydana geldiğinde, önceden programlanmış önlemleri otonom olarak yürütmek için tasarlanmış bir programdır[21]. Akıllı sözleşmelerin en basit şekli ürün otomatlarıdır. En temel özelliği, belirli koşulların yerine getirilmesi halinde sonucun otomatik şekilde ortaya çıkmasıdır[22]. Akıllı sözleşmelerin anonim şirketlerde, şirket paylarına ilişkin işlemlerin yapılması, kâr payı ödemeleri, oy hakkının kullanımı gibi birçok uygulama alanı bulunmaktadır[23].

B. Bazı Kullanım Alanları

Blockchain teknolojisinin kripto paraların oluşturulması, mikro ödemelerin yapılması, kitle fonlaması, akıllı sözleşmelerin kurulması, belgelerin düzenlenmesi ve saklanması, dış ticarette hızlı ve güvenilir işlemlerin gerçekleştirilmesi, bağış toplanması gibi pek çok kullanım alanı olmakla birlikte[24] bu başlık altında sadece anonim şirketlerdeki kullanım alanlarına temas edilmeye çalışılacaktır.

1. Blockchain Teknolojisinde İşleyen Kripto Paraların Anonim Şirketlere Sermaye Olarak Getirilmesi

Kripto para, Bitcoin, Altcoin ve Tokenları içeren bir üst kavramdır. Bitcoin, çalışma prensibi kriptografi yöntemine dayanan, ilk ve yaygın olarak bilinen kripto paradır[25]. Bitcoinden sonra ona alternatif olarak çıkarılan Coinler Altcoin iken; kendi blockchaini olmayan, başka bir Coinin Blockcahinini kullanan kripto paralara Token adı verilir[26]. Kripto para, *volatile* nitelik taşısa da varlığı park etme yeridir.

Anonim şirketlerde sermaye, ayni ve nakdi olabilir. Sermaye, fiat para olarak getirilecekse nakdi sermayenin taahhüt edilmesinden söz edilir (TTK m. 127/1-a). Kripto paraların ise fiat para niteliği taşımaması, hatta BDDK tarafından Bitcoin ve benzeri kripto paraların elektronik para olmadıklarının açıklanması[27] karşısında kripto paraların nakdi sermaye olarak taahhüde konu

[19] Forrer/ Müller/ Zuur, s. 20.
[20] Fatih Bilgili/ M. Fatih Cengil, Blockchain ve Kripto Para Hukuku, Dora, 2019, s. 38, 42.
[21] Matthias Lehmann, Münchener Kommentar zum BGB, Band 13, Internationales Privatrecht II, Internationales Wirtschaftsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art.50-253), 8. Auflage 2021, N. 549. Karş. Cemal Araalan, "Akıllı Sözleşmeler", Mart 2020, 15(163), Terazi Hukuk Dergisi, s. 503.
[22] Bilgili/ Cengil, s. 153.
[23] Akıllı sözleşmelerin sektörel açıdan uygulama alanları hakkında ayrıca bkz. Araalan, s. 509.
[24] Diğer kullanım alanları hakkında bkz. Bilgili/Cengil, s. 41-46.
[25] Bitcoinin tanımı ve yapısı hakkında ayrıca bkz. Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, Bitcoin, Elektronik Para, Sanal Para, Bitcoin ve Linden Doları'na Hukuki Bir Bakış, Aristo, 2018, s. 66 vd.
[26] Bilgili/ Cengil, s. 48.
[27] 25 Kasım 2013 tarihli ve 2013/32 sayılı basın açıklaması hakkında bkz <https://www.bddk.org.tr/ContentBddk/dokuman/duyuru_0512_01.pdf> Erişim Tarihi 10.05.2021.

edilemeyeceği ifade edilmelidir. Diğer yandan Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'nın (TCMB) yayımladığı "Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik"te[28] açıkça kripto varlıkların ödemelerde doğrudan veya dolaylı şekilde kullanılamayacağı belirtildiğinden (m.3/2), yürürlükteki mevzuat gereği anonim şirketlere kripto paraların nakdi sermaye olarak getirilemeyeceği belirtilmelidir. Bununla birlikte kripto paraların fiat paraya çevrildikten sonra şirkete nakdi sermaye olarak getirilmesi pekala mümkündür.

Kripto paraların anonim şirketlere ayni sermaye olarak getirilmesi mümkün müdür? Kanaatimizce TTK m. 342 hükmünden hareketle bu soruya olumlu cevap verilebilecekken; TCMB'nin yukarıda zikredilen Yönetmeliği'nin m.3/2 hükmü buna engel olur. Nitekim kripto paraların nakden değerlendirilip devrolunabilmesi ve malvarlığı değeri teşkil etmesi, onların ayni sermaye olmasına kapı aralarken; Yönetmelik'teki açık düzenleme gereği ayni sermaye taahhüdünün ödenmesinde doğrudan ya da dolaylı şekilde kripto paradan faydalanılamayacaktır. Kripto paraların değerindeki ani değişikliklerin, anonim şirketlerde sermayenin korunması ilkesine hizmet etmeyeceği de ayrıca vurgulanmalıdır.

2. Payların Token ile Bağlanması

Anonim şirket payları, nama ve hamile yazılı düzenlenebilir ve her ikisinin de kıymetli evraka bağlı hak olarak düzenlenmesi mümkündür. Senede bağlanmamış paylardan, nama yazılı pay senetlerinden ve ilmühaberlerden doğan pay sahipliği hakları, pay defterinde kayıtlı bulunan pay sahibi veya pay sahibince yazılı olarak yetkilendirilmiş kişi tarafından kullanılır (TTK m. 426/1). Şirketle ilişkilerde, sadece pay defterinde kayıtlı bulunan kimse pay sahibi olarak kabul edilir (TTK m.499/4). Pay defterinin blockchainde tutulması düşünülebilir. Ancak pay defterine pay sahiplerinin ad ve adresleri yazıldığı için kamuya açık bir sistemde bu bilgilerin görünmesine pay sahipleri itiraz edebilir. Bu gerekçeyle pay defterinin, şirket tarafından çözümlenebilecek şekilde kodlanmış olarak sistemde tutulması düşünülebilir[29]. Tokenize edilmiş nama yazılı paylarda da şirkete karşı sadece pay defterinde kayıtlı olan kişi pay sahibi olarak kabul edilir[30].

Akıllı sözleşmelerle bağlantılı olarak blockchain teknolojisi, Token adı verilen dijital bilgi birimlerinin bir blockchain üzerindeki belirli kişilere devrini sağlar. Şirket payları artık dijital olarak kopyalanabildiği için, nama yazılı payların *de lege lata* Token formunda devredilmesine hukuken izin verilip verilmediği tartışılmaktadır[31]. Pay sahipliğinin Tokenı takip edebildiği ve pay sahibine atanabileceği şekilde pay ile Tokenın birbirine bağlanması suretiyle bir Token bir payı temsil eder. Bu Tokenlar, payı temsilen pay senedi yerine çıkarılır. Payın Token ile bağlanması, pay senetlerinin dijital ortamda tutulmasına imkân verdiği için tek başına payın

[28] 16 Nisan 2021 Tarih ve 31456 Sayılı RG.
[29] Hans Caspar Von der Crone/ Martin Monsch / Luzius Meisser, "Aktien-Token" in D. Daeniker vd. (Eds.), Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, Dike Verlag AG., 2019, s. 5.
[30] Von der Crone/ Monsch/ Meisser, s. 7.
[31] Forrer/ Müller/ Zuur, s. 21.

türünde bir değişiklik yaratmaz[32]. Payın Tokenize edilmesi, bilhassa küçük ve orta ölçekli işletmelerin finansmanını büyük ölçüde kolaylaştırır[33].

Türk anonim şirketler hukukunda payın "tokenlaştırılması" yasaklanmamıştır. Bu nedenle şirket sözleşmesinde payın dijitalleştirilmesine ilişkin uygun bir düzenleme öngörülebilir[34]. Bunun için yönetim kurulunun nama yazılı payları Token formunda düzenleme ve daha sonra bunları pay sahiplerine devretme yetkisine de sahip olması gerekir. Payın tokenlaştırılma süreci basittir: İhraççı, ihraç edilen veya edilecek menkul kıymetleri Token ile ilişkilendirmeye karar verir ve böylece menkul kıymet ile Token birbirinden bağımsız olarak devredilemez. Süreç esasen hakkın belge ile bağlandığı kıymetli evrakın oluşturulmasına benzer; fakat ondan farklı olarak payın bağlandığı şey fiziksel bir belge değil, dijital bir Token olacaktır. Özel bir anahtar kullanılarak hakkın sahibinin tespit edilmesi sağlanır[35]. Varılan bu sonuçlar bazı yazarların işlevsel benzerliği esas alarak Tokenların oluşturulduğu blockchaini kıymetli evrak ile eşit görmesine imkân tanımıştır[36]. Buna karşılık öğretide kıymetli evrak hukukunun tokenize edilmiş menkul kıymetlere doğrudan uygulanmasının maceracı bir eğilim olduğu da ifade edilmiştir[37]. Kanaatimizce pay senetleri ortaklık hakkı veren kıymetli evrak niteliğini haiz senetler olduğundan[38] kıymetli evrakın tanımına bakmak gereklidir. Kanuni tanımında senetten bahsedilse de bunun belge olarak anlaşılması lazım gelir[39] ve tokenize edilmiş pay senetlerinin de kıymetli evrak olarak kabul edilmesi gerekir. Bunun için ayrıca yasal düzenleme yapılması şart olmasa da sadece ticaret sicili işlemlerinde belirlilik sağlamak adına yasal düzenleme yapılması önerilebilir. Nitekim TTK m. 340 hükmü karşısında uygulamada buna ihtiyaç duyulacağı düşünülmektedir.

Önemle ifade edilmelidir ki anonim şirket yönetim kurulu Tokenların üretildiği blockchainin seçiminden, Tokenların özelliklerini belirleyen akıllı sözleşmelerin güvenlik ve kalitesinden ve Tokenlara erişimi garantileyen özel anahtarların korunması için alınacak önlemlerden sorumludur[40] (TTK m. 369/1, m. 553).

Token formunda bir payın devri, blockchainde bir girişi ortaya çıkarır. Akıllı bir sözleşme, yönetim kurulunu bu konuda otomatik olarak bilgilendirir. Akabinde yönetim kurulu pay defterini buna göre güncelleyebilir. Burada alacağın devrine ilişkin kuralların uygulanması gündeme gelebilecektir. Bir görüşe göre Token formundaki payların devri, alacağın devri yoluyla yapılmak

[32] Bilgili/ Cengil, s. 185.
[33] Von der Crone/ Monsch/ Meisser, s. 17.
[34] Von der Crone/ Monsch/ Meisser, s. 5. Esas sözleşmede bu yönde açık hüküm yer almasa bile yönetim kurulu kararı ile payın tokenize edilebileceği yönünde bkz. Bilgili/ Cengil, s. 184.
[35] Jacques Iffland/ Alessandra Läser, "Die Tokenisierung von Effekten", in D. Daeniker vd. (Eds.), Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, Dike Verlag AG, 2018, s. 419.
[36] Bu yönde bkz. Rolf H. Weber/ Salvatore Iacangelo, " Legal Issues in relation to the Transfer of Tokens", Swiss Capital Markets Law, CapLaw Editors, 2018-30.
[37] Iffland/ Läser, s. 419.
[38] Hüseyin Ülgen/ Mehmet Helvacı/ Arslan Kaya/ N. Füsun Nomer Ertan, Kıymetli Evrak Hukuku, Vedat Kitapçılık, 2019, s. 24.
[39] Aynı yönde bkz. Ülgen/ Helvacı/ Kaya/ Nomer Ertan, s. 17.
[40] Iffland/ Läser, s. 420.

zorunda değildir; aksine ilgili tüm tarafların (yani alıcı, satıcı ve anonim şirket) katılımıyla bir sözleşmenin devri yoluyla da gerçekleşebilir[41]. Bu görüşe göre Token formunda nama yazılı paylar ihraç eden şirket, alacağın devrinin şekli gerekliliklerine uyulmadan devrin gerçekleştirilmesine örtülü olarak onay vermiştir. Token formundaki paylar blockchain üzerinden şekle tabi olmayan bir devir sözleşmesi ile devre konu edilebilir. Ancak bu henüz pratikte test edilmediği için belirsizlik ihtiva etmektedir. Bu tespite ilave olarak eğer herkes blockchaine serbestçe giriş yapabiliyorsa tek başına tokenizasyon bağlam niteliği göstermez[42].

Cenevre'deki Sermaye Piyasaları ve Teknoloji Birliği (Capital Markets and Technology Association -CMTA) Ekim 2018'de yayımlanan bir tokenizasyon modeli geliştirdi. Bu modelin teorik temeli, Zürih Üniversitesi'nden Profesör Dr. Hans Caspar von der Crone'nın Eylül 2018'de CMTA'ya sunduğu hukuki görüşe dayanır. "İsviçre Şirketlerinin Paylarının Tokenleştirilmesi İçin Model"de İsviçre hukukuna göre anonim şirketlerin katılım haklarını nasıl tokenize edebilecekleri açıklanmaktadır. Buna göre; şirket sözleşmesinde yasal dayanağın varlığı, devrin şirket onayına bağlı olduğuna dair sözleşme hükmü ile tokenize edilmiş payların blockchaine devri için ve pay defterine kaydı için gereken şartları ihtiva eden yönetim kurulu düzenlemesi gereklidir[43].

3. Şirket Sözleşmeleri

Akıllı sözleşmelerin otomasyon fonksiyonu, anonim şirketler hukukunda özellikle sermaye artırımı gibi standartlaştırılmış süreçlerde kullanışlıdır. Genel kurul kararları veya belirli sözleşme içerikleri için uygun giriş ekranı/formu aracılığıyla şablonlar kullanılabilir. Bu, başlangıçta yalnızca basit hukuki işlemler için düzenli olarak kullanılan standart belge ve sözleşme formülasyonlarını tamamlayıcı nitelik taşır. Ancak blockchain teknolojisinin kullanılması ile uygulama olanakları genişleyebilir[44].

4. Dijital Oylama

Blockchain teknolojisi, üzerinde gerçekleşen süreçlerin güvence altına alınmasına ve tanımlanmasına izin verir. Oylama bağlamında kullanıcıların katılımını kesin olarak doğrulayabilir. Bu suretle oylama sonucu ve davranışı net bir şekilde tayin edilebileceğinden, gelecekte oylama önemli ölçüde basitleştirilebilir. Bu, örneğin sanal genel kurul kapsamında belirleyici olabilir. Blockchain teknolojisi ile yıllık fiziki genel kurul toplantılarındaki yüksek maliyet büyük oranda azaltılabilir ve pay sahiplerinin katılımı artırılabilir. Sanal genel kurullara izin verilmesiyle bu gelecekte önem kazanacaktır. Blockchain teknolojisinin kullanılması ile yetkisiz üçüncü kişilerin toplantıya katılımı, mükerrer oy, oyların sayılmasında hatalar vb. engellenebilir. Ayrıca bu şekilde yapılan oylamada sonuçlar sonradan değiştirilemeyeceğinden sanal genel kurul kararlarının iptal edilme veya butlanla malul olma riski önemli ölçüde

[41] Forrer/ Müller/ Zuur, s. 22; Von der Crone/ Monsch/ Meisser, s. 15.
[42] Von der Crone/ Monsch/ Meisser, s. 15.
[43] Iffland/ Läser, s. 421.
[44] Forrer/ Müller/ Zuur, s. 23.

azalacaktır. Blockchain teknolojisi, gizli oylama ve açık tasnifleme yapmaya da uygun görünmektedir[45].

5. Merkezi Olmayan Otonom Organizasyon (Decentralized Autonomous Organization-DAO)

Akıllı sözleşmeler ve blockchain uygulamasının bir başka ilginç örneği olan merkezi olmayan otonom organizasyona (DAO) da temas edilmelidir[46]. Geleneksel anlamda yasal bir form veya tüzel kişilik değildir. Örneğin, yönetim kurulu gibi yönetim organları tarafından yönetilmez. Daha ziyade, bir blockchainde depolanan ve bu nedenle dijital dünyada merkezi olmayan bir şekilde muhafaza edilen ve akıllı sözleşmeler kullanılarak yürütülen kural tabanlı program kodundan oluşur. DAO'ya farklı kişiler dahil olabilir. Katılımcılar, aktardıkları sermayeye göre oy hakkına sahiptir. Bu nedenle, bir DAO, "*belirli bir ortak amaç takip eden birçok birimin dijital birleşmesi*" olarak da tanımlanabilir. Öğretide adi şirket olduğu ifade edilse de sermaye şirketinin temel özelliklerini taşıdığı da düşünülebilir[47]. Nitekim DAO, getirilen para karşılığında paya benzer Token ihraç ediyor; bunlar kullanıcılarına oy hakkı ve kâr payı hakkı veriyor. Bununla birlikte kontrol ve sahiplik ayrımı DAO'da bulunmuyor. Bir DAO'da yatırım kararı veren merkezi bir yönetim yoktur. Onlar daha ziyade önerilen projeye karar veren yatırım yapan katılımcılardır. Önemle ifade edilmelidir ki bir DAO, sermaye şirketinin varlık şartlarını taşımaz. Adi şirket niteliğine ise, katılanların adi şirket kurmak amacıyla bir araya gelip gelmediklerini tespit ederek ulaşabiliriz. Bir DAO yazılımının bir katılımcı tarafından indirilmesinden, onun diğer katılımcılar ile birlikte ortak bir amaç uğruna şirketler hukukuna ilişkin yükümlülük altına girmek istediği sonucuna ulaşılabilir mi? İlgili kişinin, sisteme genellikle takma ad ile giren diğer kullanıcıları şahsen tanımaması, kişinin tanımadığı kişilerle ortak bir amaç takip etmek ve onlarla kişisel olarak sınırsız sorumlu olmak istediği yönündeki varsayımın aksini düşünmemize yol açar. Her ne kadar sanal paranın DAO'ya getirilmesi ile bir malvarlığı değeri ilgili kişi tarafından kazanç beklentisi ile terk edilse de bu tek başına, her zaman şirket kurma yükümlülüğünün doğması için yeterli değildir; zira ilgili kişi bu aşamada diğer kullanıcıları tanımamaktadır. Nihayet ilgili kişilerin sanal para göndererek bir DAO'ya dahil olma isteği *de lege lata* kural olarak adi şirket olarak değerlendirilebilir[48].

V. Sonuç

Bu tebliğ ile dijitalleşmenin anonim şirketler hukukuna sunduğu ve gelecekte sunabileceği fırsatlara bir göz atılmak istenilmiştir. Dijital çağa ayak uydurmak için anonim şirketin elektronik araçlarla kurulması konusunun ayrıca ele alınması gereklidir. Geleneksel yaklaşım bu değişime karşı olsa da blockchain teknolojisi ile bu sağlanabilir.

---

[45] Bilgili/ Cengil, s. 45.
[46] Dennis-Kenji Kipker/ Piet Birreck/ Mario Niewöhner/ Timm Schnorr, "Rechtliche und technische Rahmenbedingungen der "Smart Contracts"", MMR, 2020, s. 510.
[47] Forrer/ Müller/ Zuur, s. 24-25.
[48] Forrer/ Müller/ Zuur, s. 26.

Şirket organlarının karar alma süreci ise kanun koyucunun dikkatini çekmiş; bu konuda Kanun'da bazı düzenlemeler sevk edilmiştir. Öneriler, genel kurulun sadece elektronik araçlarla toplantıya çağrılabilmesi ve sanal genel kurul şeklinde yapılabilmesi yönündedir. Yönetim kurulundaki iletişim de dijital çağın gereklerine göre uyarlanmalıdır. Yapay zekânın yönetim kurulu üyesi olup olamayacağı ayrıca tartışılmalıdır. Yürürlükteki hukuka göre bu soruya olumsuz cevap verilse de yakın gelecekte bu soruya da cevap aranmaya çalışılacaktır.

Blockchain teknolojisi ise anonim şirketler hukukunu dijitalleşme çağına fırlatma potansiyelini taşır. Bu teknoloji anonim şirketler hukukunda çok sayıda uygulama alanına sahip olabilir. Örneğin; nama yazılı payların dijital olarak devri, dijital şirket sözleşmesi, dijital oylama ve hatta tamamen dijital olarak yönetilen şirketler. Bununla birlikte TCMB'nin yayımladığı "Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik"te açıkça kripto varlıkların ödemelerde doğrudan veya dolaylı şekilde kullanılamayacağı belirtildiğinden (m.3/2), yürürlükteki mevzuat gereği anonim şirketlerde kripto paraların, sermaye taahhüdünün yerine getirilmesinde kullanılamayacağı ifade edilmelidir.

KAYNAKÇA

Akdağ Güney, N. (2016). Anonim şirket yönetim kurulu. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Araalan, C. (2020). Akıllı sözleşmeler. Terazi Hukuk Dergisi, C. 15(163), 502-515.

BDDK. (2013). https://www.bddk.org.tr/ContentBddk/dokuman/duyuru_0512_01.pdf, adresinden erişildi. (ET: 10.05.2021).

Bilgili, F. ve Cengil, M. F. (2019). Blockchain ve kripto para hukuku. Bursa: Dora.

Bozkurt Yüksel, A. E. (2018). Bitcoin, elektronik para, sanal para, bitcoin ve Linden Doları'na hukuki bir bakış. İstanbul: Aristo.

Dünya Bankası Grubu. (2019). https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB2019-report_web-version.pdf, adresinden erişildi. (ET: 06.04.2021).

Dünya Ekonomik Forumu. (2019). http://www3.weforum.org/docs/WEF_TheGlobalCompetitivenessReport2019.pdf, adresinden erişildi. (ET: 06.04.2021).

Eyuboğlu, C. (2019). Halka açık anonim şirketlerde elektronik genel kurul toplantıları. İstanbul: Oniki Levha Yayınları.

Forrer L., Müller M. P. A. ve Zuur F. (2020). Das Aktienrecht im Wandel, Zum 50. Geburtstag von Hans-Ueli Vogt. M. P. A. Müller, L. Forrer ve F. Zuur (Yay. Haz.). Das Aktienrecht im Wandel der Digitalisierung - Entstehung der Gesellschaft, Willensbildung der Organe und Blockchain-Technologie (s. 1-27). Dike Verlag AG.

IBM. https://tr.wikipedia.org/wiki/IBM, adresinden erişildi. (ET: 11.04.2021).

IBM İsviçre. https://www.zg.ch/behoerden/volkswirtschaftsdirektion/handelsregisteramt/aktuell/das-handelsregisteramt-zug-und-weitere-partner-gruenden-und-registrieren-erstmals-eine-ag-in-weniger-als-drei-stunden, adresinden erişildi. (ET: 11.04.2021).

Iffland, J./Läser, A. (2018). Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht. D. Daeniker vd. (Yay. Haz.). Die Tokenisierung von Effekten (s. 415-423). Dike Verlag AG.

Karslıoğlu H. (2019). Anonim şirketlerde genel kurul. Ankara: Adalet Yayınevi.

Kipker, Dennis-Kenji vd. (2020). Rechtliche und technische Rahmenbedingungen der "Smart Contracts". MMR, 509-513.

Lehmann, M. (2021). Münchener Kommentar zum BGB, Band 13, Internationales Privatrecht II, Internationales Wirtschaftsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art.50-253), 8. Auflage. C. H. Beck.

Özdilek, A. O. (2017). Anonim şirketlerde genel kurullara elektronik ortamda katılım. Ankara: Seçkin.

Poggio, K. ve Zihler, F. (2017). Entwurf zur Revision des Aktienrechts als Dritter Meilenstein. Expert Focus, 91-103.

Ülgen, Hüseyin vd. (2019). Kıymetli evrak hukuku. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Weber, R. H. ve Iacangelo, S. (2018). Legal issues in relation to the transfer of tokens. Swiss Capital Markets Law, CapLaw Editors, 30, 1-8.

Von der Crone, H. C., Monsch, M. ve Meisser, L. (2019). Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht. D. Daeniker vd. (Yay. Haz.). Aktien-Token (s. 1-17). Dike Verlag AG.

Yeni Zelanda şirketler ofisi. https://companies-register.companiesoffice.govt.nz/help-centre/starting-a-company/incorporating-a-company/, adresinden erişildi. (ET: 07.04.2020).

asoscongress
ULUSLARARASI
HUKUK
SEMPOZYUMU
International Symposium on Law

PROHIBITION OF ABUSE OF RIGHT WITHIN THE SCOPE OF INDIVIDUAL APPLICATION TO THE CONSTITUTIONAL COURT

Cansu Büşra ÖLMEZ*
Selçuk University Law Faculty
ORCID NO: 0000-0003-3998-3692

Abstract

The abuse of the right to individual application is regulated in Article 51 of the Law No. 6216 on the Establishment and Judicial Procedures of the Constitutional Court and in Article 83 of the Constitutional Court Rules of Procedure. From both regulations, it appears that the applicants are to face two consequences in case of abuse of the right to individual application. In the first of these consequences; finding that the applicant has abused her/his right to application, the Court rejects the application without considering the merits. In other words, the Court directly rejects the application without assessing whether or not there is an act of violation of rights. The second is; the Constitutional Court imposes a disciplinary punitive fine in case of detecting the abuse of the right to application. Neither within the scope of the Law nor the Rules of Procedure the extent of the prohibition of abuse of the right to individual application has been clarified. Even though exploitive, misleading and similar conducts of the applicant may be considered as abuse of the right in the Rules of Procedure, in the decisions of the Constitutional Court it is adopted that the cases of abuse of the right to individual application is not limited to the cases listed in the Rules of Procedure, and that similar conducts that can be considered as abuse of the right are also possible to be assessed within the scope of the mentioned article. In this respect, the decisions of the Constitutional Court become the most consequential source in determining the scope of the prohibition of abuse of the right to individual application. As a matter of fact, the Constitutional Court has started to decide on individual applications as of 25.12.2012 and in its published decisions, it has often concluded that the application it examined violated the prohibition of abuse of the right to individual application.

Keywords: Abuse of Right, Constitutional Court, Individual Application, Disciplinary Punitive Fine

Öz

Bireysel başvuru hakkının kötüye kullanılması 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 51.maddesi ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğünün

* Research Assistant Selçuk University Law Faculty, Constitutional Law Department, cansuolmez@selcuk.edu.tr.

83.maddesinde düzenlenmiştir. Her iki düzenlemeden bireysel başvuru hakkının kötüye kullanılması durumunda başvurucuların iki sonuçla karşılaşacakları anlaşılmaktadır. Bu sonuçlardan ilki başvuruda başvurucunun hakkını kötüye kullandığını tespit eden Mahkeme, başvuruyu esasa girmeden reddetmektedir. Yani Mahkeme bir hak ihlalinin olup olmadığını değerlendirmeden, başvuruyu doğrudan reddetmektedir. İkincisi ise başvuru hakkının kötüye kullanılmasının tespiti durumunda Anayasa Mahkemesi tarafından disiplin para cezasına hükmedilmesidir. Bireysel başvuru hakkının kötüye kullanılması yasağının kapsamı Kanun ve İçtüzük hükümleri çerçevesinde netleştirilmemiştir. Her ne kadar İçtüzük'te başvurucunun istismar edici, yanıltıcı ve benzeri nitelikteki davranışları hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilecek olsa da Anayasa Mahkemesi kararlarında bireysel başvuru hakkının kötüye kullanılması hâllerinin, İçtüzük'te sayılan hallerle sınır olmadığı, hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilebilecek benzer davranışların da anılan madde kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir. Bu açıdan bireysel başvuru hakkının kötüye kullanılması yasağının kapsamının belirlenmesi konusunda Anayasa Mahkemesi kararları en önemli kaynak haline gelmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi 25.12.2012 tarihinden itibaren bireysel başvuruları karara bağlamaya başlamış ve yayınlanan kararlarında çok defa incelediği başvurunun bireysel başvuru hakkının kötüye kullanılması yasağını ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

Anahtar kelimeler: Hakkın Kötüye Kullanılması, Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, Disiplin Cezası

I. Introduction

The prohibition of abuse of right is essentially a theory originating from private law. The transition of the theory to constitutional law and thus to human rights law coincides with a very recent time[1]. First appeared in private and later in public laws, this theory, is in the nature of a general principle that complements the rule of good faith, has shown itself in almost every field of law over time and has become a frequently applied concept especially in judicial decision[2].

In Turkey, the concept of abuse of right has become a subject that is frequently scrutinized in the decisions of the courts, with the introduction of the individual application procedure to the Constitutional Court after the amendments made to constitution in 2010. The prohibition of abuse of right finds its positive foundations in the Law No. 6216 and the Rules of Procedure of the Constitutional Court. However, both regulations are insufficient to determine the scope of this theory. In particular, Law No. 6216 envisages disciplinary fines against the applicant only in case of violation of the prohibition of abuse of right, on the other hand, it did not include which behaviors shall be considered as abuse of right. It should be noted that the Rules of Procedure of

1 Gözler, Kemal (2017), İnsan Hakları Hukuku, Bursa, p.226.

2 Barlas, Nami (1997), Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medenî Kanunundaki Düzenlenme Tarzı ve Eleştirisi, İHFM C. LV, S.3, p.191.

the Constitutional Court are more explanatory in this regard than the Law itself. Article 83 of the Rules of Procedure states that if it is determined that the applicant has clearly abused the right of individual application with his abusive, misleading and similar conduct, the application will be rejected at every stage of the examination and the person concerned may be punished with a disciplinary fine of not more than two thousand Turkish Liras, excluding the court costs. However, it is obvious that the said regulation is still not sufficient to determine the scope of the prohibition of abuse of right.

The inability to clarify the scope of the prohibition of abuse of right in both regulations is based on the fact of abuse of right being a theoretically ambiguous concept on its own. Because, promptly determining the abuse of a right is quite obscure[3]. Therefore, the decisions of the Constitutional Court, which determined that the right was abused, play a decisive role in determining the scope of this theory. This decisive role of the court is further enhanced by the fact of determining the scope of the prohibition of abuse being necessary in terms of legal predictability and the rule of law. Because, foreseeing a criminal outcome against the applicant who abused his right in both regulations requires that the scope of the prohibition be foreseeable at an acceptable level. This study attempts to clarify which behaviors the Constitutional Court defines as abuse of right in its decisions that result in violation of the prohibition of abuse of right, and the criticisms of the Court's determinations regarding the scope (in terms of subject and person).

II. Legal Basis of Abuse of the Right to Individual Application

The prohibition of abuse of right is discussed as a public order rule in the theory of common law. This prohibition refers to the fact that the exercising of a right cannot be defended by the legal order for any purpose other than that of it has been expressly provided for and in a way that causes loss of other individuals[4]. With the individual application remedy included in our law with the 2010 constitutional amendments, it is observed that the notion of abuse of right is particularly discussed in the field of individual application as well.

The prohibition of abuse of right within the framework of individual application remedy is regulated in Article 51 of the Law No. 6216 and in Article 83 of the Internal Regulation of the Constitutional Court.

Article 51 of the Law No. 6216 provides a specific regulation as "A disciplinary fine of not more than two thousand Turkish lira apart from the legal expenses may be imposed against the

[3] The general principle of the general theory of human rights law presupposes that the rights are exercised in good faith. The exercise of the right by the right holder for a purpose other than his ordinary, legitimate purpose is an abuse of the right. The second obvious point in this theory is that the exercise of a right guaranteed by a legal order to clearly injures the interests of a third party constitutes a precondition for the abuse of the right. Palombella, Gianluigi (2006), The Abuse of Rights and the Rule of Law, A. SAJO (ed.), The Dark Side of Fundamental Rights, Utrecht, Eleven International Publishing, p.6

[4] Gözler (2017), p.303.

applicants who are identified to have clearly abused the right of individual application" on the prohibition of abuse of right. In Article 83 of the Internal Regulation of the Constitutional Court, which brings a regulation in parallel to this provision, the following regulation has been stated under the title "Abuse of the right to application": "The application shall be rejected if it is determined that the applicant has clearly abused the right to individual application with its abusive, misleading and similar acts, and it may be adjudged to a disciplinary fine of not more than two thousand Turkish lira apart from the litigation expenses for the relevant individual."

Based on these regulations, it can be stated that two matters come into prominence within the scope of the prohibition of abuse of the right to individual application. The first one of these is that it is adjudged for imposition of a disciplinary fine against the applicant in case of abuse of the right, which can be considered as a common element for both regulations. The purpose of this is to prevent unnecessary exercise of the remedy of individual application and to prevent unnecessary increase in the workload of the Constitutional Court. On the other hand, attention must be paid not to deprive individuals of their freedom to seek rights guaranteed by the Constitution, by exceeding the purpose of reducing the workload of the Court, by interpreting the explicit abuse of the right to individual application broadly[5]. The addressee of the administrative fine to be imposed in the case of abuse of the right to individual application is the applicant. This matter is expressly stated in Article 51 of the Law No. 6216. In addition, the expression of "relevant" as the addressee of the fine is used in Article 83 of the Internal Regulation. The issue whether the lawyers can also be the addressees of the administrative fine emerge from the expression of "relevant". However, due to the fact that the expression of "applicant" is expressly stated in the expression that identify which acts can be considered as the abuse of right in the mentioned provision in the Internal Regulation, it is possible to come to the conclusion that the expression of "relevant" refers to the applicant[6]. In fact, it does not seem possible to extend the criminal sanction to the extent to cover the subjects who are not entitled as applicant, from the regulations that include the prohibition of abuse of right. Therefore, in the case of determination of abuse of the right of application in individual applications made by the attorney or applicant, the rejection of the application and imposition of fine against the applicant is possible, whereas a penal sanction must not be imposed against the lawyer who makes application by proxy towards explicit positive regulations. However, in many of the Constitutional Court's decisions regarding the abuse of the right to individual application, it has rejected the application due to abuse of the right and has also imposed a disciplinary fine against the attorney. Especially in the case of failure to inform the death of the applicant before the individual application, it has imposed the disciplinary fine to the lawyers who applied on behalf of the deceased due to abuse of the right. However, in this case too, the issue whether the death in known or whether it has to be known by the lawyer emerges. The Court has mentioned this in some cases if it has reached an evidence

[5] Döner, Ayhan, (2021), Türk Anayasa Hukuku, Ankara, p.547.

[6] Doğanoğlu, Ali Erdem (2018), Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 67 (3), p. 566.

regarding the lawyer has knowledge or has the possibility to have knowledge about the death; however, without making an explanation thereon in most of its decisions, it has come to the conclusion that the right to application has been abused since the failure to inform the Court about the death that had occurred before the application would be misleading, and therefore, it has adjudged to imposition of disciplinary fine. In the decision regarding Ahmet Sümer's application, the wife of the client issued a "certificate of release" in the name of the lawyer who applied with the power of attorney of the deceased person before the date of individual application since the client died. According to the Court, this document, which is also included in the application file, proves that the lawyer knew about the death[7]. Therefore, the Court adjudged that the individual application made by the lawyer whose attorney relation in the name of the applicant who died before the date of application was rejected due to abuse of the right of application and a disciplinary fine was imposed against the lawyer.

In cases where the Court determined the abuse of the individual application right, the litigation expenses apart from the fine are usually charged to the applicant. However, there is no unity in the judgements of the Constitutional Court regarding the litigation expenses in its decisions regarding the abuse of right. The Court mostly orders that the litigation expenses are also left on the applicant in case of abuse of right. However, there are also decisions that the Court does not make a judgement regarding the litigation expenses due to identifying a violation of the prohibition of abuse of the right of individual application[8]. Likewise, while the Court has decided that the litigation expenses were to be left on the applicant in some applications that it considers violation of the prohibition of abuse of right and consequently imposes a disciplinary fine on the attorney[9], in some applications it has held the attorney directly responsible of the litigation expenses[10].

The second issue is that the application will be rejected in cases where an abuse of right is identified. The Law and the Internal Regulation, which follow a common path for the abuse of right to individual application to be subject to a legal sanction, has not adopted a common attitude on the fate of the application in identification of such a situation. Because, the Law No. 6216, unlike the Internal Regulation, does not include a statement that the application will be rejected in case of abuse of the right to individual application. Despite the fact that it is not clearly stated in the Law that an application in the nature of an abuse of right will be rejected, it can be said that such a consequence can be achieved for two reasons. The first one of these is, as a result of the

[7] AYM, Ahmet Sümer, B. No: 2014/16958, 10/5/2017, § 28.

[8] AYM, Salih Tutal, B. No: 2014/11644, 14/10/2015. Arif Şimbil ve Diğerleri, B. No: 2013/8660, 4/2/2016.

[9] AYM, Yadigar Orhan ve Diğerleri, B. No: 2013/7710, 31/3/2016. Emin Yılmaz, B. No: 2014/3930, 29/6/2016. Gülen Sünget ve Diğerleri, B. No: 2014/3567, 30/6/2016. Murat Soydan Paksoy ve diğerleri, B. No: 2014/1999, 13/7/2016. Abdulhalim Özdemir ve diğerleri, B. No: 2014/9850, 16/11/2016. Ramazan Yalçin ve Diğerleri, B. No: 2014/15360, 12/1/2017. Mehmet Emin Tiryaki, B. No: 2015/3354, 6/4/2017. Süleyman Eşkin, B. No: 2015/3359, 6/4/2017.

[10] AYM, Selanik Aslan ve Diğerleri, B. No: 2014/491, 11/1/2017, V. Hüküm. İbrahim Sönmez, B. No: 2014/16979, 10/5/2017, V. Hüküm.

acceptance of the prohibition of abuse of right as a common principle as an element of good faith, the abuse of right will not be protected by any legal order although it is not explicitly stated in the law, and in such a case, it must be accepted that the application must be rejected[11]. Hence, the abuse of the right not being defended by law bears the consequence that the claims or defences made on the basis of the abused right are not taken into consideration.[12]. The second is that the prohibition of abuse of right can be considered as the objective limit of the constitutional right to individual application. In this sense, it is not necessary that the result of the rejection be explicitly indicated in the Law in order to be rejected in the case of abuse of the right to application[13]. On the other hand, the Internal Regulation has explicitly stated that the result of such an application is clear. The provision of the Internal Regulation has clarified the situation within this framework, eliminating the hesitations and uncertainties that may arise regarding the common concepts and institutions of procedural law will be implemented within the framework of constitutional jurisdiction.

Despite the fact that the Constitutional Court imposed fines in its first judgements where it identified the abuse of the right to individual application in practice, it demonstrated an attitude towards avoiding rejecting the application entirely just for this reason, and continued to examine. For example, in Yümrü Dilek decision, the Court rejected the part of the applicant's claim, in which it considered that the applicant provided misleading information, and made an admissibility examination in terms of other claims. Despite this situation, the Constitutional Court examined the conditions of admissibility in numerous decisions that it found that the right to application was abused[14]. The Constitutional Court has changed this attitude since July 2015, and has begun to decide to reject the application as a whole in applications involving multiple alleged violations, including alleged violations not related to abuse of the right to application[15].

Besides stipulating a sanction in case of abuse of the right to individual application, the Law No. 6216 has not specified which situations will be handled within the framework of the prohibition of abuse of the right. On the other hand, Article 83 of the Internal Regulation of the Constitutional Court has set the framework for the prohibition of abuse of the right (the application shall be rejected if it is determined that the applicant has clearly abused the right to individual application with its abusive, misleading and similar acts), while on the other hand, it includes the sanctions to be applied in case of violation of this prohibition (apart from the litigation expenses, disciplinary fine, not more than two thousand Turkish lira for the relevant individual). According to the Internal Regulation, the acts that are explicitly in breach of the procedure of individual

11 Byers, Michael, (2002), Abuse of Rights: An Old Principle, A New Age, McGill Law Journal, Vol. 47, p.394.

12 Döner (2021), p.182.

13 Doğanoğlu(2018), p.542.

14 AYM Ramazan Ay ve Diğerleri, B. No: 2013/7784, 10.3.2015.Abdurrehman Uray, B. No: 2013/6140, 5.14.2014, R.G. Tarih-Sayı: 30/1/2015-29252; Kemal Toraman ve Diğerleri B. No: 2013/1761, 21/1/2015.

15 Şirin, Tolga (2018), Bireysel Başvuru Usul Hukuku, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-7, Ankara, p. 280. Bkz örnek karar için AYM, Mehmet Güven Ulusoy, B.No: 2013/1013, 02/07/2015, § 34.

according to and that prevent the Court from assessing the application properly are considered as abuse of the right to application[16].

III. Scope the Prohibition of Abuse of the Right to Individual Application

There is no explicit regulation in the Law No. 6216 on when an application is to be considered to be an abuse of right. On the other hand, the Internal Regulation mentions the identification that the applicant has clearly abused the right to individual application with abusive, misleading and similar acts. The uncertainty of the statements of abusive and misleading included in this provision and that the similar acts will be considered to be an abuse of the right demonstrate that the function of the regulation in the Internal Regulation in determining the cope of abuse of the right to individual application is quite limited[17].

The uncertainty regarding the scope of the abuse of the right makes the decisions of the Constitutional Court an important resource[18]. Within this scope, also inspired by the judgements of the European Court of Human Rights[19], the Constitutional Court made an indexing regarding the cases that it considers as the abuse of the right to individual application[20]. According to this; (i) Misleading applications in incident, information and document (ii) Incomplete information (iii) Applications containing wording issues (iv) Applications without content.

1. Misleading Applications in Incident, Information and Document

As stated by the Constitutional Court for the first time in the case of application of S.Ö., it anticipated that the application would be considered to be in the nature of abuse of the right to application in the case of "Deliberately relying on unreal material facts or submitting information and documents of this nature with the purpose of misleading the Court". Within this scope, the Court considered it a misleading application to not to give any information about a particular

16 AYM, S.Ö., B. No: 2013/7087, 18/9/2014, § 28.

17 Güveyi, Nazmiye (2015), Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Aşaması, İstanbul, p.123

18 Doğanoğlu (2018), p. 538.

19 The ECHR characterizes the applications made for the purposes of political propaganda, insults and deception as abuse of right. The court has given inadmissibility decisions due to abuse of right in applications made with the sole aim of making political propaganda, creating pressure against the state, harassing and disturbing the state, disturbing the members of the court and misleading the court by knowingly giving false information. In practice, it is stated that consecutive applications that prevent the Court from fulfilling its function, create an unnecessary workload and are devoid of any basis, are also evaluated within this scope. Again, applications made by using insulting language, devoid of purpose and content, and applications violating the obligation to keep the amicable settlement process confidential are considered within the scope of abuse. Relying on untrue events, using false identity or forged documents, not providing essential information about the trial, and not reporting new and important developments during the trial process were have also been considered as abuse. Şirin, Tolga (2013), Türkiye'de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru) İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme, İstanbul, p.598. A. Gözübüyük, Şeref/Gölcüklü Feyyaz (2016), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 11. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 11. Bası, Ankara, p.106-108. Ergül, Ergin (2012), Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Uygulaması, Ankara, p.105-106.

20 See. S. Ö. başvurusu, § 29.

incident or situation that is important for the application but deliberately concealing it and likewise deliberately making a misrepresentation on an issue that is important for the individual application while making an individual application, and it concluded that such applications violated the prohibition of abuse of the right. Applicant or their attorneys apply to such remedies for their applications to pass the first examination without being found unacceptable, or for obtaining results in their favour from the applications. Therefore, in these situations, the Court considers it as abuse of the right to application to deliberately rely on unreal material facts or to submit information and documents of this nature, and the applicants are punished for this reason.

In the first case, namely in the category of making misleading applications by avoiding to provide information about a particular incident or situation, firstly other than the specific cases associated with the death of applicants such as the right to live and prohibition of torture, the individual applications made by proxy on behalf of individuals not living anymore as of the date of application or without submitting the information of death are included. In a significant part of the judgements that the Court concluded that the prohibition of abuse of the right to individual application was violated, it found that an application was made on behalf of the deceased person before the date of application, without mentioning the person's death[21]. In such decisions, the Court discussed whether an act by proxy on behalf of the deceased person and whether an individual application could be made within this framework, and concluded that it was not possible. The Court considered it a misleading act not to inform the applicant's death before the individual application by means of application to the Court or during the examination process, and interpreted it as abuse of the right to individual application.

In the second category, there are misleading applications by means of making misrepresentations regarding a particular incident or situation. The Court states that the right to individual application is abused in the case of submitting unreal information and documents regarding the incidents that are the subject matter of the individual application. Within this scope, the Court has considered the unreal statements regarding the notifications made within the legal processes on which the claims of violation of right are based as abuse of the right. In some judgements of the Court, in the case of deliberately communicating the date of notification of the final decision given in the proceedings regarding the lawsuit of compensation to the attorney of the applicant in a misleading way in order to ensure that the application was made within the time limit[22], or in the case of the date of notification provided in the application form of the final decision and the notification document submitted with the application form being different from the actual date of notification[23], it was determined that the right to application was abused.

The Constitutional Court expects individuals to provide fully provable information about the administrative and judicial state proceedings and material cases on which they base their claims

[21] The first decision of the Court in this way is the decision on the Abdurehman Uray application (2013/6140).

[22] Kemal Toraman ve Diğerleri başvurusu 2013/1761, p.29-30.

[23] AYM, Salih Tutal B. No: 2014/11644, 14/10/2015, § 25-28.

of violation of rights when making an individual application. From the applications to the Court, the examples such as the applicant identifying a person with the same name alleged to be injured by a terrorist organisation as his father[24], failing to inform the Constitutional Court of the application to the European Court of Human Rights and having been awarded a compensation at a national level at the end of this process[25], providing misleading information that no hearing was held in spite of the fact that hearing took place in the ordinary legal remedies[26], failing to notify the Supreme Court on the reversal of decision subject matter of the application and the decision on abolishment of the administrative fine[27], and giving a contrary statement to the fact that the chair pad and bird cage seized in the search during the room change subject matter of the application were delivered to the applicant,[28] have also been examined under this topic.

2. Incomplete Information

The Constitutional Court concluded that the failure to notify the Court on an element that is essential to the assessment of the application and on new and important developments in the process of assessment of the application that would affect the particular assessment violated the prohibition of abuse of the right to individual application. While the examination of the Constitutional Court was continuing, it considered the failure to notify the incidents or situations that happened before the application to the Court as an abuse of the right to individual application[29]. Hence, the necessity of this is stated in sub-article 2 and sub-article 5 of Article 59 of the Internal Regulation. According to sub-article 5 of Article 59 of the Internal Regulation, "Applicants are obliged to notify the Court of any changes in their address or in their conditions of application". Also, in sub-article 2 of Article 59 of the Internal Regulation, the matters required to be included in the application form are listed in paragraphs.

In its judgements given within this scope, the Court considered the application of administrative or judicial legal remedies other than individual application based on the incidents and situations subject matter of the of individual application, or the failure to notify the Court on the results obtained from such applications as an abuse of the right to individual application. For example, in the case of a violation decision being given by the European Court of Human Rights while the assessment process of the application was continuing, the Court evaluated it as a "misleading act" the failure to provide information on such an issue that could affect the assessment of the application in the period after the application, and accepted it within the scope of the abuse of the right to individual application[30]. In addition to the judicial developments, the Court also

[24] AYM, Mirze Bozma B. No: 2013/5319, 13/04/2016, § 31; Cuma Çiftçi B. No: 2014/277, 14/10/2015, §27.

[25] AYM, Mehmet Çağrıcı B. No: 2013/3020, 23/03/2016, § 53.

[26] AYM, Yümrü Dilek B. No: 2013/4189, 21/05/2015.

[27] AYM, Şirzat Karayel, B. No: 2014/1312, 8/6/2017, §22.

[28] AYM, Mehmet Reşit Arslan (2) B. No: 2013/7902, 24/02/2016.

[29] Doğanoğlu (2018), p.553.

[30] AYM, Necati Öztekin B. No: 2014/510, 09/06/2016, § 26.

considered the failure to provide information on the receipt of compensations ordered by the administrative Commissions as an abuse of the right to individual application.[31].

The failure to inform the former individual application made to the Constitutional Court based on the incidents and situations subject matter of the application and their consequences in the consequent application is considered as abuse of the right to individual application by the Court. In addition, in such a case like this, while the Court qualified the repeated second applications as abuse of the right to individual application and adjudged to the rejection of the application, it continued the substantial examination in terms of the first applications[32]. Having the opinion that it could result in the payment of repeated compensations that the applicants in this situation leave the section "if any, the application number of the applicant has other ongoing applications before the Constitutional Court" blank in the application form in spite of the presence of the mentioned expression, the Constitutional Court considers such negligence mean the abuse of the right to individual application[33].

3. Applications containing Inappropriate Language and Wording

In its judgement regarding the application of S.Ö., the Court considered the use of an insulting, threatening or provocative language that is not suitable with the purpose of individual application as abuse of the right to individual application, provided that the boundaries of civilised and legitimate criticism are reserved[34]. In its judgement regarding the application of Osman Sandıkçı, which is another application assessed in this category, the Court stated that the applicant was free to choose the wording in which he could demonstrate his rightfulness in the alleged violation that is subject matter of the application, and in this sense, he could express himself in the best way possible. Within this framework, it may be excused for the applicant to present the allegations of violation in a language that is fiercer than normal in line with the purpose of his application, provided that it remains within legitimate and civilised boundaries. However, the Court stated in its judgement that the use of a rude, irritating and aggressive language out of the boundaries of criticism, exceeding the purpose of justifying and expressing himself, aiming at the public authority, the persons representing the public authority or directly the Constitutional Court allegedly causing the infringement of rights, and constituting insult or slander were not possible to be considered within the scope of the right to individual application, and such behaviours must be considered as abuse of the right[35]. Also referring to the judgements of the European Court of Human Rights, the Constitutional Court stated that the European Court of Human Rights also

[31] AYM, Yıldırım Turğut B. No: 2014/12199, 7/12/2016; Ahmet Sarıaslan ve Diğerleri B. No: 2014/19979, 20/7/2017; Ahmet Turan Öztürk B. No: 2014/12593, 22/11/2017. Kerem Elmas, B. No: 2015/5465, 21/2/2019. Süleyman Yom, B. No: 2015/3429, 22/1/2019.

[32] AYM, Ahmet Eroğlu ve Diğerleri, B. No: 2013/9418, 9/9/2015; Mehmet Denk ve Diğerleri, B. No: 2013/6264, 6/4/2016.

[33] See. Ahmet Eroğlu ve Diğerleri başvurusu § 31.

[34] See. S.Ö. başvurusu §29.

[35] AYM, Osman Sandıkçı, B. No: 2013/6297, 10/3/2016, §37.

considered the use of an offensive, threatening, insulting or stimulating language against the defendant government, government representative, the authorities of the defendant state, directly against the court, the judges or members of the registry of the Court in the applicant's correspondences with the Court as abuse of the right to individual application[36].

4. Applications without Content

Upon identification of violation within the scope of the mentioned remedy of application, the Constitutional Court has stated that making an application without content in a way that is incompatible the purpose of eliminating the violation and its consequences can be qualified as abuse of the right to application[37]. However, the Court does not have a judgement in this direction yet.

IV. Conclusion

With the inclusion of the individual application remedy in the Turkish legal order, the necessity to resolve violations of rights primarily in domestic law has significantly increased the workload of the Constitutional Court. Within this scope, it has been accepted that the applications with the nature of abuse of the right to individual application will be rejected in order not to increase the workload of the Court. The notion of abuse of rights is uncertain. Therefore, it is quite important to determine which act shall be included in this scope. The law not including any regulation on the scope of the prohibition of abuse of the right and the Internal Regulation including the cases that can be considered as the abuse of the right in a limited manner have increased the importance of the decisions of the Constitutional Court on this matter. The Constitutional Court has stated that the scope of the prohibition cannot be subject to the principle of limited consideration in its judgements regarding the applications violating the prohibition of abuse of the right. This statement may actually cause the prohibition of abuse of the right to be interpreted broadly and the possibility to punish to increase along with the acts that can be considered within the scope of the prohibition being failed to be clarified. Thus, especially the fact that there is a penal sanction in case of abuse of the right to individual application will increase the possibility of the individuals to hesitate while making individual applications. In determination of the scope of the prohibition of abuse of the right, while it will be ensured that the workload of the Court will be maintained at the level where it is supposed to be, it must be interpreted and implemented in a balance that will not cause the individuals with good faith not to hesitate while applying to the Court.

The Court has the tendency to extend the scope of the prohibition in its judgements violating the prohibition of abuse of the right in terms of the individual as well. It is not considered appropriate for positive law that the Court implements the prohibition in a manner to include all punitive consequences also in applications made by the lawyers in spite of not bearing the title of applicant.

[36] AİHM, Řehák/Çek Cumhuriyeti (k.k.), B. No: 67208/01, 18/5/2004; Duringer ve Diğerleri; Grunge/Fransa (k.k.), 61164/00 B. No: 18589/02, 4/2/2003).

[37] See. S.Ö. başvurusu §29.

Although it can be thought that the prohibition of abuse of the right can be violated in the applications made by lawyers by proxy as well, it is not acceptable to impose a disciplinary fine on the applicant in such applications in the case of absence of possibility of imposing such a fine. Besides considering the fact that the Court has the power of discretion on whether to impose a disciplinary fine or not, provided that it would be considered understandable and reasonable to keep the scope of the prohibition broad in terms of the subject or individual in order to avoid applications that would prevent the Court from fulfilling its function, it can be expressed that it must act as timid as possible on exercising the authority to impose disciplinary fines in terms of ensuring the protection of fundamental rights and freedoms, the freedom to seek rights and the requirements of the fundamental constitutional principles of criminal law.

BIBLIOGRAPHY

A. GÖZÜBÜYÜK, Şeref/GÖLCÜKLÜ Feyyaz (2016), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 11. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 11. Bası, Ankara.

Barlas, Nami, (1997), Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medenî Kanunundaki Düzenlenme Tarzı ve Eleştirisi, İHFM C. LV, S.3, p.191-208.

BYERS, Michael, (2002), Abuse of Rights: An Old Principle, A New Age, McGill Law Journal, Vol. 47, p. 389-431.

DOĞANOĞLU, Ali Erdem, (2018), Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 67 (3), p. 535-575.

DÖNER, Ayhan, (2021), Türk Anayasa Hukuku, Ankara.

ERGÜL, Ergin (2012), Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Uygulaması, Ankara.

GÖZLER, Kemal, (2017), İnsan Hakları Hukuku, Bursa.

GÜVEYİ, Nazmiye, (2015), Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Aşaması, İstanbul.

Palombella, Gianluigi (2006), The Abuse of Rights and the Rule of Law, A. SAJO (ed.), The Dark side of Fundamental Rights, Utrecht, Eleven International Publishing, p.6-29.

ŞİRİN, Tolga, (2013), Türkiye'de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru) İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme, İstanbul.

ŞİRİN, Tolga, (2018), Bireysel Başvuru Usul Hukuku, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-7, Ankara.

COURT DECISIONS

Abdulhalim Özdemir ve Diğerleri, B. No: 2014/9850, 16/11/2016.

Abdurrehman Uray, B. No: 2013/6140, 5.14.2014, R.G. Tarih-Sayı: 30/1/2015-29252.

Ahmet Eroğlu ve Diğerleri, B. No: 2013/9418, 9/9/2015.

Ahmet Sarıaslan ve Diğerleri B. No: 2014/19979, 20/7/2017.

Ahmet Turan Öztürk B. No: 2014/12593, 22/11/2017.

Arif Şimbil ve Diğerleri, B. No: 2013/8660, 4/2/2016.

Cuma Çiftçi B. No: 2014/277, 14/10/2015.

Emin Yılmaz, B. No: 2014/3930, 29/6/2016.
Gülen Sünget ve Diğerleri, B. No: 2014/3567, 30/6/2016.
Kemal Toraman ve Diğerleri B. No: 2013/1761, 21/1/2015.
Mehmet Çağrıcı B. No: 2013/3020, 23/03/2016.
Mehmet Denk ve Diğerleri, B. No: 2013/6264, 6/4/2016.
Mehmet Emin Tiryaki, B. No: 2015/3354, 6/4/2017.
Mehmet Güven Ulusoy, B.No: 2013/1013, 02/07/2015.
Mehmet Reşit Arslan (2) B. No: 2013/7902, 24/02/2016.
Mirze Bozma B. No: 2013/5319, 13/04/2016.
Murat Soydan Paksoy ve Diğerleri, B. No: 2014/1999, 13/7/2016.
Necati Öztekin B. No: 2014/510, 09/06/2016.
Osman Sandıkçı, B. No: 2013/6297, 10/3/2016.
Ramazan Ay ve Diğerleri, B. No: 2013/7784, 10.3.2015.
Ramazan Yalçin ve Diğerleri, B. No: 2014/15360, 12/1/2017.
S.Ö., B. No: 2013/7087, 18/9/2014, § 28.
Salih Tutal, B. No: 2014/11644, 14/10/2015.
Süleyman Eşkin, B. No: 2015/3359, 6/4/2017.
Şirzat Karayel, B. No: 2014/1312, 8/6/2017.
Yadigar Orhan ve Diğerleri, B. No: 2013/7710, 31/3/2016.
Yıldırım Turğut B. No: 2014/12199, 7/12/2016.
Yümrü Dilek B. No: 2013/4189, 21/05/2015.
ECHR Duringer & Others; Grunge/France (k.k.), 61164/00 App. No: 18589/02, 4/2/2003).
ECHR Řehák/Czech Republic (k.k.), App. No: 67208/01, 18/5/2004.

TEKNOLOJİ GELİŞTİRME BÖLGELERİ KANUNU KAPSAMINDAKİ KULUÇKA MERKEZLERİNE YÖNELİK MALİ DESTEKLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Arş. Gör. Dr. Çağıl SÜT GÖKER

Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi

ORCID NO: 0000-0002-6353-5585

Öz

4691 sayılı Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu kapsamında kurulan kuluçka merkezleri özellikle genç girişimcileri ve yeni işletmeleri geliştirmek amacıyla kurulan; girişimcilere teknoloji geliştirme bölgesi içinde veya dışında ofis hizmetleri, ekipman desteği, yönetim desteği, mali kaynaklara erişim, kritik iş ve teknik destek hizmetlerinin bir çatı altında tek elden sağlandığı yapılardır. Bir fikrin gelişmesi ve teknolojik bilginin ticarileştirilmesini amaçlayan, bu yeni işletme yapılarının kuluçka merkezlerinde kurulması, aslında gelecekte büyük iş hacmine sahip şirketlere dönüşebilecek bir fikrin emekleme zamanlarında ihtiyaç duyacağı teknik ve idari desteğe kolayca erişimini sağlamaktadır. Elbette teknik ve idari konuların yanı sıra mali bakımdan da destek ve teşvik mekanizmalarının bulunması gerekir. Bu anlamda 4691 sayılı Kanun'la sistemleştirilen mali desteklerin kuluçka merkezleri özelinde ve özellikle vergi kolaylıkları bakımından irdelenmesi önem taşımaktadır. İleri teknoloji ürünlerinin katma değerinin yüksekliği ekonomiye katkı anlamında da yüksek potansiyel barındırdığından bu girişimler mali açıdan desteklenmektedir. Bugün başarı öyküleri konuşulan dev teknoloji şirketlerinin geçmişte sadece bir fikir üzerine inşa edilerek büyüdüğü düşünüldüğünde kuluçka merkezlerinin önemi ortaya çıkmaktadır. Bu nedenlerle ülkemizde kuluçka merkezlerine yönelik düzenlenen mali destekler mercek altına alınarak incelenip değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Kuluçka merkezi, start up, teknoloji geliştirme bölgeleri

Giriş

Teknoloji Geliştirme Bölgeleri, 4691 sayılı Kanun ile kurulan yüksek/ileri teknoloji kullanan ya da yeni teknolojilere yönelik firmaların, bir üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsü ya da AR-GE merkezinin olanaklarından yararlanarak teknoloji veya yazılım ürettikleri/geliştirdikleri, teknolojik bir buluşu ticari bir ürün, yöntem veya hizmet haline dönüştürmek için faaliyet gösterdikleri ve bu yolla bölgenin kalkınmasına katkıda bulundukları, akademik, ekonomik ve sosyal yapının bütünleştiği siteler veya bu özelliklere sahip teknoparklardır. Teknoloji Geliştirme Bölgelerinin kuruluş amaçları ise üniversiteler, araştırma kurum ve kuruluşları ile üretim

sektörlerinin işbirliği sağlanarak, teknolojik bilgi üretmek, özünde teknolojik bilgiyi ticarileştirmek ve yüksek/ileri teknoloji sağlayacak yabancı sermayenin ülkeye girişini hızlandıracak teknolojik alt yapıyı sağlamak olarak özetlenebilir. Bölgedeki hizmet ve imkânlardan yararlanmak isteyen veya yararlanmakta olan, gerçek veya tüzel kişi girişimcilerin, AR-GE, teknolojik yenilik, yazılım ve tasarım faaliyetlerinde bulunmakta ve bu kapsamda projeler yürütmeleri beklenir. Bu anlamda bu faaliyetlerin yürütülmesinde, bölge içinde kurulan (inkübatör de denilen) Kuluçka Merkezleri, özellikle genç ve yeni işletmeler için elverişli çalışma koşullarının sağlanması anlamında büyük önem taşımaktadır. Bu merkezlerin yeni bir fikri olan ve bunu geliştirmek isteyen firmalara[1] bölge içinde veya dışında ofis hizmetleri, ekipman desteği, yönetim desteği, mali kaynaklara erişim ile kritik iş ve teknik destek hizmetleri bakımından destek sağlaması üzerine kurulu bir yapı oluşturulmuştur. Bu bakımdan kuluçka merkezleri ve bu merkezlerde faaliyette bulunan firmalara desteğin verilmesinde teknoloji geliştirme bölgelerinin yönetici şirketi önemli bir rol üstlenmektedir. Buna göre, anonim şirket olarak kurulan yönetici şirketler bölge için gerekli her türlü hizmetin yürütülmesi, kuluçka merkezi ve teknoloji transfer ofislerinin kurulması, AR-GE veya tasarım projelerinin değerlendirilmesi ve projesi uygun görülen girişimcilere bölge içinde yer tahsis edilmesi ile yükümlüdür. Teknoloji geliştirme bölgesi alanları dışında da belli koşullarda yönetici şirketi tarafından kuluçka merkezi açılabilmesi mümkün olduğundan böylesi durumlarda 4691 sayılı Kanun kapsamında sağlanan destek, teşvik, muafiyet ve istisnaların, bu merkezlerde de aynen uygulanması söz konusu olmaktadır.

I. Kuluçka Firmaları ve Bunlara Sağlanan Destekler

Kuluçka firmalarına bir başka deyişle "start up" firmalarına yönetici şirket tarafından bazı hizmetler sunulmakta ve çalışmalarını sağlıklı şekilde gerçekleştirebilmeleri için ihtiyaç duydukları destek verilmektedir. Bu anlamda yönetici şirketlerin en fazla 36 ay olmak üzere proje süresine göre, yer tahsisi yapabildikleri, iş fikri ya da hayata geçirmek istediği bir projesi olan ve henüz gelir ve kurumlar vergisine tabi bir işletme kurmamış girişimciyi ön kuluçka programına tabi tutabildikleri ve bunun için girişimciye kuluçka merkezinde yer tahsisi yapabildikleri, ofis mobilya vb. altyapıyı oluşturdukları, sekretarya ve destek hizmetlerini sundukları, donanım ve yazılımlara erişimi sağladıkları ve tüm bunların yanı sıra fiziki, teknik ve bürokratik konularda danışmanlık yaptıkları görülmektedir.

Tüm bunların yanı sıra 4861 sayılı Kanun'un 8'inci maddesinde bu firmalara ilişkin desteklerin mali yönünün düzenlendiği görülmektedir. Buna göre, 8'inci maddede hem yönetici şirkete hem bölgede faaliyet gösteren firmalara verilen destekler düzenlenmektedir. Ayrıntılı olarak düzenlenen teknik ve idari konularda destekler mevcuttur. Örneğin, bölgelerdeki idari, teknik giderler ile AR-GE ve yenilik faaliyetleri ile tasarım faaliyetlerini desteklemeye yönelik yönetici şirketçe yürütülen veya yürütülecek kuluçka programları ile ilgili giderler, yardım amacıyla

[1] Bu tür firmalara uluslararası literatürde "start up" adı verilmektedir.

Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı bütçesine konulan ödenekle sınırlı olmak üzere karşılanabilmektedir. Yönetici şirket, 4691 sayılı Kanun'un uygulanması ile ilgili olarak düzenlenen kâğıtlar yönünden damga vergisinden, yapılan işlemler bakımından harçlardan ve bölge alanı içinde sahip olduğu taşınmazlar dolayısıyla emlak vergisinden muaftır. Atık su arıtma tesisi işleten bölgelerden, belediyelerce atık su bedeli de alınmamaktadır. Desteklenecek program alanlarındaki personelin özelliğine göre değişen şekilde ücret desteği iki yıl süreyle yine Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı bütçesine konulacak ödenekten karşılanabilmektedir. Bölgelerde yer alan firmalara, istihdam ettikleri doktora öğrencisi AR-GE personeli için, iki yıl süreyle Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı bütçesine konulacak ödenekle sınırlı olmak üzere, bakanlıkça yönetmelikle belirlenen şartlar çerçevesinde destek verilebilmektedir. Örnekler çoğaltılabilir. Görüldüğü üzere 4691 sayılı Kanun, ayrıntılı bir destek ve teşvik mekanizması yaratmıştır. Ancak asıl önemli destek Kanun'un Geçici Madde 2'de düzenlenmiştir ve neden teknoloji geliştirme bölgelerinin pek çok şirket açısından tercih edilen bir cazibe alanı olduğunu bu madde ortaya koymaktadır. Buna göre; yönetici şirketlerin 4691 sayılı Kanun kapsamında elde ettikleri kazançlar ile bölgede faaliyet gösteren gelir ve kurumlar vergisi mükelleflerinin, münhasıran bu bölgedeki yazılım, tasarım ve AR-GE faaliyetlerinden elde ettikleri kazançları 31/12/2028[2] tarihine kadar gelir ve kurumlar vergisinden istisna edilmiştir. Bu önemli vergi avantajı, şirketleri teknoloji geliştirme bölgelerine çekmektedir. Bunun yanında bu bölgelerde çalışmayı avantajlı hale getirmek için 31/12/2028 tarihine kadar, bölgede çalışan AR-GE, tasarım ve destek personelinin bu görevleri ile ilgili ücretleri üzerinden asgari geçim indirimi uygulandıktan sonra hesaplanan gelir vergisinin; verilecek muhtasar beyanname üzerinden tahakkuk eden vergiden indirilmek suretiyle terkin edileceği de düzenlenmektedir. Bu noktada bu merkezlere yönelik temel avantajları, kurumlar vergisi istisnası ve çalışanlar bakımından bunların ücretleri üzerinde gelir vergisi yükünün olmaması şeklinde sıralamak mümkündür.

II. 1 Ocak 2022 Tarihinden İtibaren Geçerli Olacak Yeni Teşvik Mekanizması

4691 sayılı Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu kapsamında verilen destek ve teşviklere ek olarak 28.01.2021 tarih ve 7263 sayılı Kanun ile Ek Madde 3 kapsamında 1 Ocak 2022 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yeni bir teşvik mekanizması oluşturulmuştur. Ek madde hükmü şu şekildedir:

"1/1/2022 tarihinden itibaren geçici 2 nci madde kapsamında yıllık beyanname üzerinden istisna edilen kazançları tutarı 1.000.000 Türk lirası ve üzerinde olan gelir ve kurumlar vergisi mükellefleri tarafından, bu tutarın yüzde ikisi pasifte geçici bir hesaba aktarılır. Bu fıkra kapsamında aktarılması gereken tutar yükümlülüğü, yıllık bazda 20.000.000 Türk lirası ile sınırlıdır. Bu tutarın, geçici hesabın oluştuğu yılın sonuna kadar Türkiye'de yerleşik girişimcilere yatırım yapmak üzere kurulmuş girişim sermayesi yatırım fonu paylarının satın alınması veya girişim sermayesi yatırım ortaklıkları ya da bu Kanun kapsamındaki kuluçka merkezlerinde

[2] 31.12.2028 tarihi daha önce 31.12.2023 idi 7263 sayılı Kanun'un 7'nci maddesi ile bu desteğin sona erme tarihi 2028 sonuna ötelenmiş oldu.

faaliyette bulunan diğer girişimcilere sermaye olarak konulması şarttır. Söz konusu tutarın ilgili yılın sonuna kadar aktarılmaması durumunda, bu Kanun kapsamında yıllık beyanname üzerinden istisna edilen kazançlar tutarının yüzde yirmisi, ilgili yılda yararlanılan gelir ve kurumlar vergisi istisnasına konu edilemez. Bu tutar nedeniyle zamanında alınmayan vergiler vergi ziyaı cezası uygulanmaksızın tarh edilir. Cumhurbaşkanı bu fıkrada yer alan tutar ve oranları birlikte ya da ayrı ayrı sıfıra kadar indirmeye, beş katına kadar artırmaya yetkilidir. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir."

Madde metninden anlaşılacağı üzere, teknoloji geliştirme bölgelerinde faaliyet gösteren firmalara aslında 4691 sayılı Kanunla tanınmış olan vergi istisnasına karşın bazı kamusal yükümlülükler yükleyen bir tercih zorunluluğu getirilmektedir. Buna göre, bu mükelleflerin yıllık beyanname üzerinden istisna edilen kazançları tutarı 1.000.000 Türk lirası ve üzerinde olan gelir ve kurumlar vergisi mükellefleri tarafından, bu tutarın yüzde ikisinin pasifte geçici bir hesaba aktarılması zorunluluğu söz konusudur. Dolayısıyla aslında zorunlu olarak ayrılacak tutar mülkiyet bakımından mükelleflerde kalmaya devam edecek ancak yıllık beyannamelerinde kanun gereği istisna edilmiş tutarın %2'lik kısmının kontrolü tam olarak mükelleflerde bulunmayacaktır. Bu durum bir vergilendirme olarak değerlendirilemezse de mükellefleri bir anlamda zorunlu tasarrufa veya zorunlu yatırıma yöneltmesi bakımından dikkate değer bir özellik taşımaktadır.

Ek madde 3 gereği, zorunlu olarak pasifte geçici hesapta tutulan tutarların, mükelleflerin tercihine göre, geçici hesabın oluştuğu yılın sonuna kadar Türkiye'de yerleşik girişimcilere yatırım yapmak üzere kurulmuş girişim sermayesi yatırım fonu paylarının satın alınması için veya girişim sermayesi yatırım ortaklıklarına ya da 4691 sayılı Kanun kapsamındaki kuluçka merkezlerinde faaliyette bulunan diğer girişimcilere sermaye olarak konulması zorunlu haline gelmiştir. Mükelleflerin bu seçeneklerden birini tercih etmek konusunda bir zorlama mevcut olmamakla beraber bunlardan birini tercih etmesi zorunlu bulunmaktadır. Kurala uyulmaması durumundaysa Ek Madde 3'te düzenlenen haliyle söz konusu tutarın ilgili yılın sonuna kadar aktarılmaması durumunda, yıllık beyanname üzerinden istisna edilen kazançlar tutarının yüzde yirmisi, ilgili yılda yararlanılan gelir ve kurumlar vergisi istisnasından yararlanamayacaktır. Bu düzenleme ya zorunlu tasarruf yapılacağı ya da bu miktardan çok daha fazlasının vergilendirileceğini göstermektedir. Bu anlamda mükelleflere zorunlu tasarruf yapmama konusunda olanak bırakılmadığı sadece seçeneklerden bir tanesine yönelmesinin beklendiği görülmektedir.

4691 sayılı Kanun Ek Madde 3 ile getirilen sistem aslında yeni bir bakış açısını ortaya koymaktadır. Her ne kadar kuluçka merkezlerinde yer alan firmalara sermaye konulması şeklindeki düzenlemenin uygulamasının nasıl olacağı henüz netleşmemişse de "start up"lara yönelik bu şekildeki destek geleceğe yönelik bir beklentiyi de içermektedir. Aslında sermaye konulması şeklindeki aktarımlar sayesinde teknolojik bir fikrini ticarileştirmek isteyen girişimcilere Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın destekleri dışında bir sermaye desteği verilmiş olacaktır. Ancak bu desteğin, mevzuatta sıklıkla rastlanan bir hibe, vergi kolaylığı veya uzun süre geri ödemesiz faizsiz kredi şeklindeki örneklerin aksine şirkete sermaye konulması şeklinde olması; teşviklerden yararlanan ve çeşitli ulusal/uluslararası hibeleri, fonları özgür iradeleriyle

kullanan, kararlar alan "start up"ların en azından yatırım kararları konusunda kısıtlanmaları sonucu doğurup doğurmayacağı tartışmalıdır. Böyle bir desteğin, "start up"ların girişim ve özgür ruhlarının, karar alma mekanizmalarının büyük şirketlerce kontrol edilmesine yol açıp açmayacağı önemli bir soru işareti yaratmaktadır. Ne var ki, kuluçka merkezlerinin temel felsefesine uygun şekilde "start up"ların ihtiyaç duyacağı mali desteğin bölge içinden, benzer basamaklardan geçmiş şirketlerce gerçekleştirilmesi onların tecrübelerinden yararlanılması anlamında olumlu olabilir. 4691 sayılı Kanun'da yer alan vergi kolaylığından faydalanan şirketlere aslında üçlü bir zorunlu yatırım seçeneği sunulduğundan, yani, bölgedeki şirketlerin "start up"lara sermaye desteği vermek yerine girişim sermayesi yatırım fonu payı satın alması veya girişim sermayesi yatırım ortaklıklarına sermaye olarak konulması da mümkün olduğundan, 1.1.2022'den itibaren geçerli olacak sistemin ne şekilde işleyeceğini, "start up"ların ülkemizdeki gelişim sürecine nasıl bir katkı sağlayacağının izlenmesi gerekmektedir. 2022 yılı sonrasındaki süreçte, yeni düzenlemenin başarısı "start up"ların büyümesi ve bu sayede teknolojik bilginin ticarileşmesi hedefinin gerçekleşmesi olacaktır.

Sonuç

4691 sayılı Kanun'la oluşturulan sistemle teknolojik bilgiyi ticarileştirme amacını sağlamaya çalışan şirketlere verilen önemli destek ve vergi kolaylıklarının deyim yerindeyse bir bedeli olarak Kanun'un Ek Madde 3 düzenlemesiyle zorunlu tutulan üçlü yatırım seçeneği içinde özellikle "start up"ları destekleme yönünde tercih edildiğinde gelecekte pek çok teknolojik fikrin başarı ile ticarileştirildiğini görmek mümkün olabilecektir. Bu anlamda 28.01.2021 tarih ve 7263 sayılı Kanun'la 4691 sayılı Kanun'a eklenen ve 2022 yılından itibaren geçerli olacak sistemin dünya üzerinde pek çok başarı öyküsü olan "start up"ların ülkemizdeki altın çağını başlatabilme potansiyeli bulunmaktadır. Elbette sistemin işler kılınması için gerekli alt mevzuatın teknoloji geliştirme bölgelerindeki şirketlerin gelecek ve yatırım planlarını netleştirebilmeleri için 2022 öncesinde ortaya konması ve bürokratik zorlukların az olduğu bir yapıda olması beklenmektedir. Sonuç olarak büyük şirketlere yeni girişimcilere sermaye desteği verme konusundaki zorunluluğun geleceğe yönelik atılmış önemli bir adım olduğu değerlendirilmektedir.

ULUSLARARASI
HUKUK
SEMPOZYUMU
International Symposium on Law

REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇUNUN MAĞDUR İLE ARASINDA EVLENME YASAĞI BULUNAN KİŞİ TARAFINDAN İŞLENMESİNİN ENSEST BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Arş. Gör. Dr. Eylem BAŞ*

Ankara Üniversitesi

ORCID NO: 0000-0002-3400-2042

Öz

6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 28.6.2014 tarihinde 29044 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmesiyle birlikte reşit olmayanla cinsel ilişki suçuyla ilgili olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 104. maddesinin 2. fıkrası reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun *"mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur"* şeklinde yeniden düzenlenmiştir. Söz konusu hükümde yer alan *"arasında evlenme yasağı bulunan"* ifadesi ilk olarak akla ensesti getirmektedir. Hatta hükmün gerekçesinde de bu duruma işaret edilmiş ve değişiklikle ensest ilişkilerin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun basit haline nazaran daha ağır cezayı gerektiren bir suç olarak tanımlandığı ve böylece bu suçla daha etkin bir şekilde mücadelenin ve çocukların cinsel sömürüsünün engellenmesinin amaçlandığı belirtilmiştir. Ancak hukuk literatüründe "ensest" kavramının farklı şekillerde tanımlandığı görülmektedir. Bu çalışmada, enseste ilişkin tanım sorunu üzerinde durularak TCK'nın 104. maddesinin 2. fıkrasının ensest kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığı tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Türk Ceza Hukuku, Ensest, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu

Giriş

TCK'nın 104. maddesinin 1. fıkrasına göre "*cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikayet üzerine, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."* Söz konusu hükmün 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren ilk halindeyse öngörülen ceza

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Elemanı, (e-posta: ebas@ankara.edu.tr) ORCID: 0000-0002-3400-2042

*"altı aydan iki yıla kadar hapis cezası"*ydı.[1] Doktrinde söz konusu suç tipine yer verilmesinin gerekli olup olmadığı hususu dahi tartışmalıyken, 6545 sayılı Kanun ile cezanın arttırılması eleştirilmektedir.[2] Ayrıca 6545 sayılı Kanun ile TCK'nın 104. maddesinin 2. fıkrası reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun *"mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur"* şeklinde yeniden düzenlenmiştir. Hükmün yürürlüğe girdiği ilk halinde ikinci fıkrası ise "fail mağdurdan beş yaştan daha büyük ise, şikayet koşulu aranmaksızın, cezası iki kat artırılır" şeklindeydi. Ancak bu hüküm Anayasa Mahkemesi (AYM) tarafından *"Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı görülerek"* iptal edilmiştir.[3]

AYM'nin söz konusu iptal kararından itibaren bu suç yalnızca tek fıkradan oluşmuş, 6545 sayılı Kanunla birlikte bu suça 2. ve 3. fıkralar ilave edilmiştir. Nitekim 6545 sayılı Kanunla TCK'nın 104. maddesine "*suçun, evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın ikinci fıkraya göre cezaya hükmolunur*" şeklindeki üçüncü fıkra eklenmiştir. Dikkat edileceği üzere evlat edinen ile evlatlık arasındaki cinsel ilişki hükmün 2. fıkrası kapsamındadır. 3. fıkrada evlat edinme öncesinde taraflar arasındaki cinsel ilişkiye de aynı ceza öngörülmüştür. Cezanın arttırılmasındaki nedeniyse faille mağdur arasındaki ilişkinin sağladığı kolaylık ve de failin koruma, bakım ve gözetim yükümlüğümü ihlal etmesi oluşturmaktadır.[4] Böylece 6545 sayılı Kanun ile gerçekleştirilen değişiklikle hükmün 2. ve de 3. fıkralarında sayılan kişilerden gelebilecek fillere karşı çocuğun cinsel özgürlüğünün daha kuvvetli bir şekilde teminat altına alındığı görülmektedir.[5]

TCK'nın 104. maddesinin 2. fıkrasında yer verilen *"arasında evlenme yasağı bulunan"* ifadesi ilk olarak akla ensesti getirmektedir. Zira hükmün gerekçesinde de bu duruma işaret edilmiş ve değişiklikle ensest ilişkilerin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun basit haline nazaran daha ağır cezayı gerektiren

[1] 25611 sayılı 12.10.2004 tarihli Resmî Gazete
[2] Tezcan, D., Erdem, M. R. ve Önok, R. M. (2020). Ceza özel hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 472-473.
[3] *"İtiraz konusu kuralla faillerin, mağdurdan beş yaştan daha büyük olmaları halinde yakınma olup olmadığına bakılmaksızın iki kat fazla ceza ile cezalandırılmaları öngörülmüştür. Böylece, aynı yaştaki mağdurlarla cinsel ilişkide bulunan failler arasında sadece yaş farkına dayanan bir ayırım yapıldığı gibi, faille aralarındaki yaş farkının beşten az olması halinde suçun şikayete bağlı olarak takip edilip edilmemesi hususunda mağdurun iradesi esas alınıp, failin beş yaştan büyük olması durumunda ise, bu irade gözetilmeyerek mağdurlar yönünden de farklılık yaratılmıştır. Aynı yaşta olup, aynı eylemin tarafı olan mağdurlar arasında yapılan bu ayırım ile aynı yaştaki kişilere karşı aynı eylemi gerçekleştiren failler arasında sadece yaş farkına dayanılarak yapılan ayırımın, Kural'ın belli yaştaki çocukların cinsel dokunulmazlıklarını koruma amacını gerçekleştirmeye elverişli bulunmadığı ve adalet ilkeleriyle de bağdaşmadığı sonucuna varılmıştır."* AYM 2005/103 E. 2005/89 K. 23.11.2005 T. (26091 sayılı 25.02.2006 tarihli Resmî Gazete)
[4] Toroslu, N. (2019). Ceza hukuku özel kısım. Ankara: Savaş Yayınevi, s. 71.
[5] Memiş Kartal, P. (2016). Reşit olmayanla cinsel ilişki (TCK.m.104). Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65(4), s. 2086.

bir suç olarak tanımlandığı ve böylece bu suçla daha etkin bir şekilde mücadelenin ve çocukların cinsel sömürüsünün engellenmesinin amaçlandığı belirtilmiştir. Buna karşın hukuk literatürüne bakıldığında "ensest" kavramının farklı şekillerde tanımlandığı görülmektedir. Bu çalışmada, söz konusu tanım farklılıkları incelenerek TCK'nın 104. maddesinin 2. fıkrasının ensest kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığı üzerinde durulacaktır.

I. Enseste İlişkin Tanım Sorunu

Ensest kavramının kelime olarak kökenine bakıldığında Latince'de "incestus" ifadesinden geldiği, *"kirli, pis"*, *"ahlaka aykırı"*, *"soy kirletici"* anlamında kullanıldığı görülmektedir.[6] Doktrinde ensesti ifade etmek üzere "fücur" kavramı da kullanılmaktadır.[7] Arapça kökenli bu kelime *"işret; sefihlik, günahkarlık, ahlaka aykırı durum"* anlamına gelmektedir.[8] Yine bu kavramın dinin kesin olarak yasakladığı, evlenmelerinin yasak olduğu yakın akrabalar arasındaki cinsel ilişki şeklinde tanımlandığı da görülmektedir.[9] Türk Dil Kurumunun sözlüğündeyse ensest *"aile içi yasak ilişki"* şeklinde tanımlanmaktadır.[10] Gündelik hayattaysa bu kavramın yalnızca yine aralarında evlenme yasağı bulunan kişiler arasında ancak rıza dışında çocuğa karşı cinsel davranışları ifade etmek üzere de kullanıldığı görülmektedir.[11] Bu kapsamda örnek olarak üstsoyun 10 yaşındaki altsoyuna karşı gerçekleştirdiği cinsel davranışları yani çocukların cinsel istismarı suçunu oluşturan filler verilebilir.[12]

Ensestin toplumdan topluma değişken yapısı çerçevesinde sosyoloji, psikoloji, tıp ve kriminoloji olmak üzere birçok disiplini bir arada ilgilendirdiği[13] ve her bir disiplin içinde farklı şekillerde tanımlandığı belirtilmelidir. Hukuk literatürüne bakıldığındaysa bu kavrama ilişkin yine farklı farklı tanımların yer aldığı görülmektedir. Nitekim bir tanımlamaya göre ensestü aralarında evlenme yasağı bulunan reşit ve ayırt etme gücüne sahip kişiler arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkiyken,[14] bir diğer tanımlamaya göreyse aralarında evlenme yasağı bulunan kimseler arasındaki (bu kimseler reşit olsun ya da olmasın

[6] Mumcu, A. (2010). Türk ceza hukukunda ensest sorunu var mı?. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, I, s. 261, dp. 1.
[7] Tezcan, Erdem ve Önok, s. 473, dp. 442.
[8] Devellioğlu, F. (2015). Osmanlıca – türkçe ansiklopedik lugat. Ankara: Aydın Kitabevi Yayınları, s. 310.
[9] Yılmaz, E. (2005). Hukuk sözlüğü. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 393.
[10] Türk Dil Kurumu (2011). Türkçe sözlük. Ankara: Türk Dil Kurumu Yayınları, s. 802. Kavramın Türkçe karşılığının bulunmadığı yönünde bkz. Mumcu, s. 261, dp. 1.
[11] Tezcan, Erdem ve Önok, s. 473, dp. 442.
[12] Taner, F. G. (2017). Türk ceza hukukunda cinsel özgürlüğe karşı suçlar. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 381.
[13] Memiş Kartal, s. 2091
[14] Yalçın Sancar, T. ve Yaşar, T. N. (2009), Ensest, "genel ahlak" ve alman anayasa mahkemesi'nin kararı. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (80), s. 247; Ataç, A. S. (2013). Ceza hukuku ve ensest fiiller arasındaki ilişkiye genel bir bakış. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, 19(2), s. 873. Evrensel olarak da ensestten ilk olarak bunun anlaşıldığı yönünde bkz. Mumcu, s. 262.

yahut aralarında rıza bulunsun ya da bulunmasın) her türlü cinsel davranıştır[15] yine bir diğer tanımlamaya göreyse aralarında evlenme yasağı bulunan kişiler arasında (bu kimseler reşit olsun ya da olmasın yahut aralarında rıza bulunsun ya da bulunmasın) cinsel ilişkidir.[16] İlk tanımlamanın ensesti dar, ikinci tanımlamanın geniş, üçüncü tanımlamanın da ikinciye nispeten dar, ilk tanımlamaya nispetense geniş olduğu belirtilmelidir.

Söz konu tanımlama girişimlerinden anlaşılacağı üzere rızanın varlığı ya da yokluğu yanında gerçekleştirilen davranışın yalnızca cinsel ilişkiyi mi yoksa cinsel davranışı da mı kapsadığı, ayrıca her iki tarafın da reşit olmasının gerekli olup olmadığı hususuna ilişkin bir birliğin olmadığı ancak her üç tanımlama girişimi bakımından ortak paydayı bu kimseler arasındaki evlenme yasağının oluşturduğu görülmektedir.

Ensest kavramının tanımlanması bakımından mağdurun yaşı konusunda üzerinde de herhangi birlik yoktur.[17] Hatta bu durum hükmün gerekçesinde *"maddeye eklenen ikinci fıkrayla, birinci fıkrada tanımlanan suçun, arasında evlenme yasağı bulunan kişiler tarafından işlenmesi halinde şikâyet aranmaksızın, altı yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilmesi düzenlenmektedir. "Ensest" ilişkilerin, birinci fıkrada tanımlanan suça nazaran daha ağır cezayı gerektiren ve soruşturulması veya kovuşturulması şikâyete bağlı olmayan bir suç olarak tanımlanması suretiyle, bu suçla daha etkin mücadele edilebilmesi ve çocukların cinsel sömürüsünün engellenmesi amaçlanmaktadır. Bu düzenlemeye bağlı olarak, rızaya dayalı da olsa onbeş yaşının doldurmamış olan çocuklarla olan ensest ilişkinin, 103 üncü maddede tanımlanan çocukların cinsel istismarı suçu bakımından daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsur oluşturduğu göz önünde bulundurulmalıdır."* şeklinde belirtilmiştir.[18]

Enseste ilişkin doktrinde yer alan tanım sorunu karşısında rızaya dayalı ve rızaya dayanmayan ensest ayrımı yapılmaktadır. Rızaya dayalı ensestin, her iki tarafın da suçun faili olduğu belirtilmelidir. Bu kapsamda çok failli bir suçtan bahsetmek mümkündür.[19] Doktrinde rızaya dayalı ensestin suç olarak düzenlenip düzenlenmemesi gerektiği hususu tartışmalıdır. Bu kapsamda ensestin bir hakkın kullanılması kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine, ensestle herhangi bir hukuki varlık

[15] Tezcan, Erdem ve Önok, s. 473, dp. 442; Şen, E.ve Başarır, T. (2012). Ensest mağdurlarından birisi: kadın. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (99), s. 317.
[16] Mumcu, s. 261-262; Koca, M. ve Üzülmez, İ. (2019). Türk ceza hukuku özel hükümler. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 122; Yılmaz, s. 336.
[17] Tezcan, Erdem ve Önok, s. 473, dp. 442.
[18] Türkiye Büyük Millet Meclisi, Yasama Dönemi 24, Yasama Yılı 4, Sıra Sayısı: 592, s. 22.
[19] Yalçın Sancar ve Yaşar, s. 247; Köksal, A. (2014). Cinsel özgürlüğe karşı suçlarda yapılan değişiklikler bağlamında 'ensest'in cezalandırılabilirliği. Güncel Hukuk, Kasım, s. 28-29; Taner, s. 381; Genç, Ş. ve Coşkun, S. (2013), Ensest. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (106), s. 215, 217; Memiş Kartal, s. 2093.

veya menfaatin ihlal edilip edilmediğine ilişkin tartışmalar bulunmaktadır. Nitekim ensest bakımından, bireylerin cinsel özgürlüğü, özel hayatın gizliliğine saygı ilkesi ile genel ahlak, ailenin korunması[20] ve gelecek nesillerin sağlıklı olması kapsamında kamu sağlığı şeklindeki hukuki varlık veya menfaatler çatışmaktadır.[21] Çoğu zaman ensestle ilişkilendirilen "ahlak" ve "genel ahlak" gibi kavramlara[22] ceza hukukunda yer verilmesinin, kanunilik ve bu kapsamda yer alan belirlilik ilkesi bakımından taşıdığı önem dikkate alındığında, uygulayıcı zorladığı ve kendi ahlak anlayışına göre farklı yorumların yapılmasına sebebiyet verdiği belirtilmelidir.[23]Ancak bu konu başlı başına ayrı bir çalışma konusu oluşturduğundan çalışmada bu tartışmaya yer verilmeyecektir.

Yine doktrinde dar anlamda ensest ve geniş anlamda ensest olmak üzere ikili bir ayrımın da yapıldığı, dar anlamda ensestin altsoy ile üstsoy arasındaki cinsel ilişkileri, geniş anlamda ensestin ise yakın akrabalar arasındaki cinsel ilişkileri ifade ettiği belirtilmektedir. Ancak bu görüşten taraflar arasında rızanın varlığının gerekli olup olmadığı anlaşılmamaktadır.[24]

Her ne kadar insanlık tarihi incelendiğinde, toplumların gelişmişlik ve de sosyolojik yapılarından bağımsız olacak şekilde, yakın akrabalarla cinsel ilişkinin kurulması ya da evlenme yasağının varlığının genel olarak kabul edilen bir kural olduğu gözlemlenmekteyse de[25] söz konusu yasağın kapsamının sınırlarının aynı olmadığı görülmektedir. Bu kapsamda değişken bir zemin içinde yer aldığı belirtilmelidir. Böyle olunca da ensestte üzerinde birliğin sağlandığı bir tanımın varlığından bahsetmek güçleşmektedir.

II. Türk Ceza Hukukunda Ensestin Suç Olarak Öngörülüp Öngörülmediği Meselesi

TCK'da "ensest" başlığını taşıyan bir suç tipine yer verilmemiştir. Yine bu kapsamda Türk ceza hukuku sisteminde aralarında evlenme yasağı bulunan ve reşit olan kimseler arasında rızaya dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel ilişki suç olarak düzenlenmemiştir.[26] Bu kapsamda örneğin üstsoyun 18 yaşını doldurmuş altsoyuyla gerçekleştirdiği rızaya dayalı cinsel ilişkinin suç olarak düzenlenmediği görülmektedir. Ancak verilen bu örnek bakımından rızanın gerçekte bulunup bulunmadığının uygulamada ispat güçlüklerini beraberinde getirdiği gözlemlenmektedir. Nitekim söz konusu durumda

[20] Bu kapsamda yine ensest ilişkiden doğan çocukların yaşayabileceği ruhsal ve fiziksel sorunlar, karışan roller bakımından yaşayacakları sıkıntılar ve sosyal ilişkileri kurmada zorlanmaları örnek olarak verilebilir. Bkz. Yalçın Sancar ve Yaşar, s. 249.
[21] Ataç, s. 871.
[22] Mumcu, s. 264.
[23] Yalçın Sancar ve Yaşar, s. 245.
[24] Kanbur, M. N. (2014). 6545 sayılı kanun değişiklikleri çerçevesinde türk ceza kanunu'nda reşit olmayanla cinsel ilişki suçu (TCK m.104). Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16(0), s. 4174.
[25] Can, C. (2012). Toplumsal insanın evrensel doğası ve cinsel suçlar. Ankara: Siyasal Kitabevi, s. 24.
[26] Ataç, s. 877.

altsoyun üstsoyuyla cinsel ilişkiye girmemesi halinde zarara uğrayacağını düşünmesi ve bu düşüncenin meydana getirdiği korku sebebiyle[27] yaşadığı şeyi ahlaki boyutta görerek üçüncü kişilerle ve ailesiyle bunu paylaşmaması ve de kendi içinde yaşaması[28] halinde artık iradesinde baskı vardır[29] ve altsoyun

[27] Bu durumun doktrinde "mefruz cebir" şeklinde de ifade edildiği görülmektedir. Bkz. Soyaslan, D. (2018). Ceza hukuku özel hükümler. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 263.

[28] Şen ve Başarır, s. 340.

[29] Nitekim Yargıtay'ın da görüşü bu yönde olup, 15 yaşını doldurmuş kızıyla cinsel ilişkide bulunan babanın bu davranışını tehditle mi yoksa tehdit olmadan mı gerçekleştirdiği huşunda ilk derece mahkemesince verilen kararı *"Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 22.10.2001 gün ve 5898-6025 sayı ile; "Suç tarihinde 15 yaşını bitiren mağdure Nuray'ın sanık babası ile yaşadığı cinsel ilişkileri uzun süre aile fertlerinden, şüphelenip sordukları anlaşılan arkadaşlarından, sonunda kendisini muayene eden doktorundan dahi gizleyip, hamileliğin kesinleşmesi üzerine açıklamak zorunda kaldığı olayda eylemin tehditle işlendiği konusunda inandırıcı ve yeterli delil bulunmadığına nazaran rızaya dayanan cinsi münasebet suçundan uygulama yapılması yerine yazılı şekilde hükme varılması" isabetsizliğinden bozulmuştur."* Ancak ilk derece mahkemesi bu karara karşı olayda tehdidin bulunduğunu belirterek şu şekilde direnmiştir: *"Mağdurenin babası ile yaşadığı cinsi ilişkiyi uzun süre aile fertlerinden, arkadaşlarından, doktordan gizlemesi ve hamileliğin kesinleşmesi üzerine açıklamak zorunda kalması suçun tehdit ve manevi cebir altında işlenmediğini göstermez. Şöyle ki; olay ortaya çıkıp mağdure babasından şikayetçi olup sanığın eylemi bir çok delille sabit olduktan sonra dahi mağdurenin üvey annesi, sanığın böyle bir şey yaptığını kabul etmemektedir, bu husus dosyadaki ifadesi ile sabittir. Bu durumda mağdurenin söz konusu olayları aile fertlerine anlatmasının boş bir çaba olacağı ve sonuç getirmeyeceği, bu koşullarda yaşayan mağdurece bilinmektedir. Söz konusu olay toplumca kabul edilemez ve utanç verici niteliktedir, ekonomik ve sosyal olarak ailesine bağlı henüz reşit olmamış, köy ortamında dedikodu konusu yapılacak ve ilerideki sosyal hayatını ve evlenmesini dahi etkileyecek bu durumun mağdurece tüm insanlardan gizlenmesi mağdurenin en doğal hakkıdır. Hiçbir kız çocuğunun veya insanın kendi öz babası ile bu tür bir ilişkiye rızası ile girmesi hayatın olağan akışına uygun olmayacağı gibi, mağdurenin susması rıza olarak kabul edilemez. Bir an için rızanın sonradan susma ile oluştuğu kabul edilse bile ilk ırza geçmede mağdurenin samimi beyanlarından da anlaşıldığı şekilde zor ve manevi cebir olduğu aşikardır. Sonradan kimseye söylememe yolu ile oluşan rıza suçun ilk işlenişindeki zor unsurunu ortadan kaldırmaz, niteliğini değiştirmez, dosya içinde bulunan müzekkerelerden mağdurenin olaydan önce babası Halil Ergin'in Amasra Çanakçılar köyündeki evinde kaldığı olay ortaya çıktıktan sonra ve şikayetçi olduktan sonra evden atılarak başka biri ile evlenmiş olan öz annesi Fatma'nın Arıt nahiyesindeki evinde kalmak zorunda olduğu, bu durumun dahi mağdurenin susma gerekçelerini haklı kıldığı tüm dosya kapsamından anlaşılmakla eski kararda direnilmesine karar vermek gerekmiştir. Sanığın suç tarihinden başlayarak birden çok kere mağdure üzerinde babalık nüfuzunu ve fizik üstünlüğünü kullanarak zorla ırzına geçtiği, kızlığını bozup mağdureyi hamile bıraktığı, mağdure beyanı, mahkememizde ve hazırlıkta dinlenen tanıklar Derya ve Hediye'nin beyanları, nüfus kayıtları, Adli Tıp Kurumu raporu ve tüm dosya kapsamından anlaşılmakla, sanığın aşağıda belirtilen şekilde cezalandırılmasına karar vermek gerekmiştir."* gerekçesiyle önceki hükümde direnmiştir. YCGK ise bu olayda *"babası ile annesinin çok önceden ayrılıp başkalarıyla evlilik yapmaları nedeniyle küçüklüğünden itibaren köy ortamında babaannesi ve dedesinin yanında büyüyen mağdure 15 yaşını henüz bitirmiş genç bir kızdır. Yaşı, kültür düzeyi, yaşadığı ortam ve ekonomik özgürlüğe sahip olmamasının doğal sonucu olarak yakınlarının desteği olmaksızın hayatını sürdürebilmesine olanak bulunmamaktadır. Mağdurenin, sanığın sürekli tehdidine maruz kaldığı, bu tehditlerin babalık otoritesinin ötesinde bir davranış olduğu ve içinde yaşadığı ortam ve koşullarda mağdurenin cinsel eyleme direnmesini engelleyecek ölçüde korkutucu bir etkisinin bulunduğu da açıktır. Olayın görgü tanığı yoktur. Sanık, alkollü olmadığı zamanlarda mağdureye yönelik bir davranışının olmadığını, ancak alkol aldığında tecavüz edip etmediğini hatırlamadığını belirtmektedir. Mağdure ise, sanığın sürekli tehdit ederek tecavüzde bulunduğunu, korktuğu için sesini çıkaramadığını ve karşı koyamadığını ifade etmiş, mağdurenin cinsel ilişkiyi ortaya koyan ve maddi bulgularla desteklenen bu anlatımları doktor ve Adli Tıp Kurumu raporları ile doğrulanmıştır. Öte yandan, mağdurenin hamileliği anlaşılıncaya kadar tecavüz olayından aile çevresine bahsetmemiş olması da cinsel ilişkinin rızaya dayalı olduğunu göstermez. Zira, mağdurenin olayı açıklaması üzerine babaannesinin kolluk kuvvetlerinin yanında kendisine saldırması, bilahare amcası ile diğer yakınlarının ifadesini değiştirmesi için üzerinde baskı kurup tehdit etmeleri ve olayın açığa çıkmasından sonra mağdurenin köyde kalamayıp annesinin yanına sığınmak zorunda kalması da, önceki suskunluğunun nedeni olan öngörülerinin haklılığını ortaya koymaktadır. Kaldı ki mağdure, babasının kendisine yönelik davranışlarını güvendiği bir arkadaşına kısmen anlatmış ve evden kaçarak babasından kurtulmak istediğini de söylemiştir. Tüm bu hususlar dikkate alındığında, sanığın manevi cebir (tehdit) kullanmak suretiyle zincirleme olarak ve ayıplı bırakacak biçimde öz kızı olan mağdurenin ırzına geçtiği anlaşıldığından, Yerel Mahkeme direnme hükmünün onanmasına karar verilmelidir." aNCAK "Çoğunluk görüşüne katılmayan Kurul Üyelerinden Gürol ve İsmail; "Daire ile Yerel Mahkeme arasındaki uyuşmazlık suçun nitelendirilmesine ilişkindir. Başka bir anlatımla sanığın eylemi TCK.nun 416/1 maddesi kapsamında kalan maddi-manevi cebirle ırza geçme mi? yoksa 416 /son maddede düzenlenen reşit*

artık geçerli bir rızasının bulunduğundan bahsedilemeyecek ve de üstsoyun TCK'nın 102. maddesinin 3. fıkrasının (c) bendi uyarınca sorumluluğu söz konusu olacaktır.[30] Hatta 15 yaşını dolduran bir çocuk bakımından da TCK'nın 104. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenlemenin esas olarak çocukların cinsel istismarı suçu içinde düzenlenmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu görüşe göre reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun 15 yaşını doldurmuş olan çocukları cinsel ilişki boyutuna varmayan ve de aralarında evlenme yasağı bulunan kişilerin nüfuz kullanmak suretiyle üzerlerinde gerçekleştirdikleri cinsel davranışlara karşı yeterince korumadığı belirtilmektedir. Nitekim çocuğun bu kişilere karşı itaat etmeye eğilimli olduğu ve dolayısıyla da bu kimselerin çocuğa karşı üstün bir konumda olduğu gözlemlenmektedir. Zira çocuğun bu kimselere karşı hayır demesi aralarında böyle bir yakınlığın olmadığı kimselere nazaran güçtür. Bu kapsamda belirli kimselerle sınırlı olmak üzere çocuğun cinsel davranışlara yönelik gösterdiği rıza bakımından yaşının yükseltilmesi gerektiği savunulmaktadır.[31] Nitekim cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bakımından siyah sayıların içinde aralarında evlenme yasağı bulunan kimseler arasında işlenen filler de yer almaktadır. Ayrıca 20. yüzyılın ilk yarısına kadar aile içi mahremiyet alanına hukukun karışmaması gerektiği belirtilerek söz konusu durumun rasyonelleştirilmeye çalışılarak görmezden gelindiği belirtilmektedir. Ancak gerçekleştirilen araştırmalar söz konusu durumun bireyler üzerinde tamiri güç zararlara sebebiyet verdiği göstermektedir.[32] Bu nedenle de 2018 yılında TCK'ya *"22.11.2006 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 129 uncu maddesi uyarınca aralarında evlenme yasağı olan kişilerin; cebir, tehdit ve hile*

olmayan bir kimse ile rızaen cinsi münasebette bulunma suçunu mu oluşturmaktadır…Direnme gerekçelerinden birisi de, "bir kız çocuğunun veya insanın kendi öz babası ile rızaen ilişkiye giremeyeceği, bunun hayatın olağan akışına uygun olmadığı"dır. Bu tür suçlardan açılan davaları sıkça inceleme durumundaki bir dairede görev yapan hakimler olarak gerekçeye katılmak mümkün değildir. Benzer örnekler dava olarak, zannedildiğinin aksine büyük sayılarda karşımıza gelmektedir. İnsan olarak babanın kızına karşı, toplum kabul etmese bile şehevi arzular duyması görülebiliyorsa, bir kızın da babasına karşı aynı duyguları yaşamasında suçun unsurlarını etkileyecek bir olgu aramak ensest ilişkinin inkârı sonucunu doğurur ki bunu savunmanın mantık yönünden ve cinsel yapı yönünden imkânı bulanamaz. Normal bir baba, normal bir çocuk, başka bir anlatımla normal ortamlarda, normal ahlâki ve toplumsal değerlerle yetiştirilenler elbette bu tür ilişkilere razı olmazlar. Ama birçok örneklerini gördüğümüz olaylardaki taraflar bizim düşündüğümüz normal ve insani değerlere sahip babalar, insanlar ve çocuklar olmayabiliyorlar. Mahkemenin bu konudaki gerekçesi soyut ve genel olarak doğru olabilir ama özel olayımızın maddi oluşumunda ne derece mevcuttur, kesinlikle belirlenebilmiş değildir. Mahalli mahkemenin bir diğer yaklaşımını da eleştirmemiz gerekmektedir. Dairece yaşadığımız örneklerin bir kısmında bu dosyada olduğu gibi baba, ağabey ve benzerleri yakınların birbirlerine karşı işledikleri ırza geçme suçlarında mücerret bu akrabalığın bir tehdit unsuru olarak görüldüğüne sıkça rastlamaktayız. Oysa bu akrabalık ve diğer yakınlık ilişkileri gibi nüfuzu gerektiren ilişkiler suçun unsuru değil TCK.nun 417 nci maddesinde düzenlenen cezanın ağırlaştırıcı nedenini oluşturur. Bu itibarla aynı hususun ayrıca suç unsuru olarak ikinci defa değerlendirilmesi ceza hukuku ilkelerine aykırı düşer. Cebir, şiddet ve tehdit boyutuna ulaşmayan zorlamalar olabilir. Bunlar TCK.nun 417 nci maddesi içinde değerlendirileceklerdir." Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 2002/5-324 K. 2003/55 T. 25.3.2003 (www.kazanci.com) (ET.15.5.2021)

[30] Ataç, s. 877.

[31] Taner, s. 383-384.

[32] Taner, s. 78-79.

olmaksızın cinsel ilişkide bulunmaları durumunda bu kişiler hakkında şikayet aranmaksızın 15 yıldan 20 yıla kadar hapis cezası verilir" şeklinde hükmün eklenmesi yönünde kanun teklifi sunulmuştur. Gerekçe olaraksa günümüzde ensestin giderek artması ve önlenemez boyutlara gelmesi karşısında ensest mağdurlarının korunmak istenmesi gösterilmiştir.[33] Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin (TBMM) internet sitesine bakıldığındaysa teklifin şuan komisyonda olduğu görülmektedir.[34]

Türk hukuk sistemine bakıldığında ensest kavramına mevzuatta yer verilmediği belirtilmelidir.[35] Enseste ilişkin ikinci yani geniş olan tanım esas alındığında (aralarında evlenme yasağı bulunan kimseler arasındaki (bu kimseler reşit olsun ya da olmasın yahut aralarında rıza bulunsun ya da bulunmasın) her türlü cinsel davranış), ensestin TCK'da suç olarak düzenlendiğini söylemek mümkündür. Bu kapsamda somut olayın özelliklerine göre cinsel saldırı (TCK m. 102/3-c), çocukların cinsel istismarı (TCK m. 103/3-c), reşit olmayanla cinsel ilişki (TCK m. 104/2) ya da cinsel taciz (TCK m. 105) suçlarının nitelikli hallerinin gerçekleştiğinden bahsedilebilir.[36] Örneğin cinsel saldırı suçunun *"üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık tarafından"* işlenmesi bu suçun cezasının ağırlaştırılmasını gerektiren bir nitelikli hal olarak TCK'nın 102. maddesinin 3. fıkrasının (c) bendinde düzenlenmiştir.[37] Yine cinsel istismar suçunun *"üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen tarafından"* işlenmesi bu suçun cezasının ağırlaştırılmasını gerektiren bir nitelikli hal olarak TCK'nın 103. maddesinin 3. fıkrasının (c) bendinde öngörülmüştür. Cinsel taciz suçunun *"aile içi ilişkinin sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle"* (TCK m. 105/2-a) ve de *"koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından"* işlenmesi (TCK m. 105/2-b) cezayı arttıran nitelikli bir hal olarak düzenleme altına alınmıştır.[38] Ayrıca söz konusu ağırlaştırıcı nedenler kapsamında şayet *"mağdur… ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise verilecek ceza"*nın *"bir yıldan az"* olamayacağı öngörülmüştür. Hatta doktrinde bahsi geçen bu suçların

[33] https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-0735.pdf (ET:10.05.2021)
[34] https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.sorgu_yonlendirme?d_yy=999&taksim_no=0&teklif_sicil=0&y_d_d_k=0&esas_no=&genel_evrak_tarihi_basla=&genel_evrak_tarihi_bitis=&metin_arama=ensest&icerik_arama= (ET:10.05.2021)
[35] Mumcu, s. 261.
[36] Şen ve Başarır, s. 322.
[37] Bunun sınırlı bir ensest düzenlemesi olduğu yönünde bkz. Mumcu, s. 262. Bu hükümle aileye duyulan güvenin önemli ölçüde sarsılması nedeniyle cezanın arttırılması gerektiği yönünde bkz. Şen ve Başarır, s. 329.
[38] Bunun sınırlı bir ensest düzenlemesi olduğu yönünde bkz. Mumcu, s. 262.

nitelikli hallerinin, ensest suçunun düzenlenerek ensest suçunun altında yer alması gerektiği de ifade edilmektedir.[39]

III. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunun Mağdur ile Arasında Evlenme Yasağı Bulunan Kişi Tarafından İşlenmesi

6545 sayılı Kanunla gerçekleştirilen değişiklikten evvel de 15 yaşını doldurmuş ancak 18 yaşını doldurmamış olan bir çocukla arasında evlenme yasağı bulunan bir kimse arasında cinsel ilişkinin gerçekleşmesi, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturmaktaydı. Esasında aralarında evlenme yasağı olsun ya da olmasın 15 yaşını doldurmuş ancak 18 yaşını doldurmamış bir çocukla gerçekleştirilen davranış bu suçu oluşturmaktaydı. Ancak değişiklikten evvel bu suçun takibi şikâyete bağlıydı. Bu değişiklikle birlikte aralarında evlenme yasağı olan kişilerden en az birinin 15 yaşını doldurmuş bir çocuk olması durumunda ve cinsel ilişkinin gerçekleşmesi halinde artık suç re'sen kovuşturumaktadır ve cezası da arttırılarak verilmektedir. Bu kapsamda cinsel ilişkide bulunan çocuğun rızasının varlığı kanıtlansa dahi şikâyetin varlığından bahsedilemeyeceğinden bu cinsel ilişki fiili cezalandırılmaktadır.[40] Hatta 6545 sayılı Kanunla gerçekleştirilen değişiklikten evvel 15 yaşını doldurmayan çocukla arasında evlenme yasağı bulunan kişi arasında gerçekleşen cinsel ilişki bakımından çocuğun aile baskısı altında kalma olasılığına dikkat çekildiği ve bu nedenle şikayetçi olmayan ya da olamayan çocuğun sessiz kalacağı, yahut şikayetten vazgeçeceği ya da geri alacağı yönünde eleştirildiği belirtilmelidir.[41]

Lakin hükümdeki düzenlemeden de anlaşılacağı üzere onsekiz yaşını dolduran ve de aralarında evlenme yasağı bulunan kişiler arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişki suç oluşturmamaktadır. Buna karşın onbeş yaşını doldurmayan bir çocukla aralarında evlenme yasağı bulunan ya da bulunmayan bir kimsenin gerçekleştirdiği cinsel ilişki fiili bakımından TCK'nın 103. maddesinin 2. fıkrası uygulama alanı bulmaktadır.[42] Ancak burada failin mağdurla aralarında evlenme yasağı bulunan bir kimse olması

[39] Mumcu, s. 269.

[40] 6545 sayılı Kanun ile gerçekleştirilen değişiklikten evvel cinsel ilişki fiilinin 15 yaşını doldurmuş çocukla üst soyu arasında rızayla gerçekleşmesi halinde ve şayet şikayet şartı da gerçeklemişse hem TCK'nın 104. maddesinin 1. fıkrasının hem de TCK'nın "kötü muamele" başlığını taşıyan 232. maddesinin 1. fıkrasında *"aynı konutta birlikte yaşadığı kişilerden birine karşı kötü muamelede bulunan kimse, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır"* şeklinde öngörülen hükmün gerçekleşeceği savunulmakta ve bu durumda fikri içtimanın uygulama alanı bulacağı belirtilmekteydi. Bu fiilin aynı zamanda kötü muamale suçunun oluşturmasının gerekçesiniyse aile fertlerine gösterilmesi gereken şefkat, koruma yani esirgeme duygularıyla bağdaşmayacağı oluşturmaktaydı. 6545 sayılı Kanun ile gerçekleştirilen değişikliğin ardındansa artık TCK'nın 104. maddesinin 2. fıkrasıyla 232. maddesi arasında fikri içtima kurallarının uygulanması söz konu olacağı yönündeki görüş için bkz. Özbek, V. Ö., Doğan, K. ve Bacaksız, P. (2020). Türk ceza hukuku özel hükümler. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 388-389; Koca ve Üzülmez, s. 376; Kanbur, s. 4186.

[41] Şen ve Başarır, s. 320.

[42] Tezcan, Erdem ve Önok, s. 473

durumunda artık TCK'nın 103. maddesinin 3. fıkrasının (c) bendi söz konusu olacağından fail hakkında verilecek ceza artırılacaktır.

Hükmün hem 1. hem de 2. fıkrası bakımından mağdurun 18 yaşını doldurmamış olması gereklidir. Mağdurun 18 yaşını doldurup doldurmadığının tespitiyse cinsel ilişkinin gerçekleştiği tarihe göre belirlenecektir. Bu kapsamda mağdurun cinsel ilişki fiilinin ardından 18 yaşını doldurmuş olması halinde suçun mağduru olmaya devam edeceği belirtilmelidir.[43] Ayrıca bu suçun varlığından bahsedilebilmesi için 15 yaşını doldurmuş olan çocuğun gerçekleştirilen cinsel ilişki fiilinin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin bulunması gereklidir.[44] Zira 15 yaşını doldurmuş olmasına karşın gerçekleştirilen cinsel ilişki fiilinin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuğun rızası bulunsa da artık çocukların cinsel istismarı suçunun varlığından bahsedilmelidir.[45] Nitekim reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun varlığı için 15 yaşını doldurmuş olan çocuğun rızasının bulunması gereklidir. Şayet 15 yaşını doldurmuş olan çocuğa karşı cebir, şiddet, hile ya da iradeyi etkileyen başka bir nedene başvurulmak suretiyle cinsel ilişki gerçekleşmişse artık çocukların cinsel istismarı suçunun varlığından bahsedilmelidir.[46]

TCK'nın 103. ve 104. maddesine birlikte bakıldığında onbeş yaşını doldurmuş bir çocuğun rızaya dayalı olarak gerçekleştirdiği ve cinsel ilişkiye varmayacak şekilde cinsel özgürlüğü üzerindeki tasarruflarının suç oluşturmadığı görülmektedir.[47] Bu kapsamda onbeş yaşını dolduran çocukların cinsel ilişkiye gösterdikleri rızanın esasında geçerli olmadığı şikâyetin varlığı halinde bu çocukla cinsel ilişkide bulunmanın cezalandırılacağı belirtilmelidir.[48]

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun hukuki konusunu cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel davranışlara gösterilen rızanın geçerli olması sebebiyle cinsel özgürlük oluşturmaktadır.[49] Ancak kanun koyucunun bu suç tipini neden yalnızca cinsel ilişkiyle sınırlı tuttuğu anlaşılamamaktadır. Zira cinsel organ dışında başka bir cismin ya da organın sokulmasına ya da sokturulmasına rıza gösteren kişinin bu rızası geçerli sayılırken ve de 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu[50] (TMK) uyarınca 16 yaşını doldurmuş bir çocuğun evlenmesi de mümkün olduğundan bu kişinin eşiyle gerçekleştirdiği cinsel ilişkinin suç sayılmaması bu suçla cinsel özgürlüğün korunduğu anlayışına ters

[43] Tezcan, Erdem ve Önok, s. 478.
[44] Köksal, s. 29-30.
[45] Toroslu, s. 70.
[46] Tezcan, Erdem ve Önok, s. 479.
[47] Taner, s. 235.
[48] Koca ve Üzülmez, s. 371; Kanbur, s. 4176-4177.
[49] Tezcan, Erdem ve Önok, s. 474.
[50] 24607 sayılı 8.12.2001 tarihli Resmî Gazete

düşmektedir.[51] Esasında 16 yaşında bir çocuk şartları oluştuğunda evlenebileceğinden bu yaştaki bir çocukla rızaya dayalı cinsel ilişkinin suç olarak öngörülmesinin nedeni anlaşılmamaktadır.[52] Bu suçla çocuğun cinsel dokunulmazlığının ve gelişiminin korunduğu da belirtilmektedir.[53] Bu kapsamda çocukların oldukça kolay etkide kalabilecek durumda olmaları karşısında cinsel deneyimden uzak tutulmaları amaçlanmaktadır.[54] Nitekim kanun koyucu 15 yaşını doldurmuş çocukların cinsel özgürlüklerini sınırlı olarak kabul etmiştir.[55] Ancak esasında reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun suç olmaktan çıkarılması gerektiği de doktrinde ileri sürülmektedir. Nitekim ortada onbeş yaşını doldurmuş çocuğun rızası bulunmaktadır. Rızanın varlığı halindeyse cinsel özgürlüğün korunduğunu söylemek güçleşmektedir.[56] Bu nedenle bu suçla çocuğun cinsel gelişiminin sağlıklı bir şekilde gelişimi de korunmak istenmektedir denilebilir. Ancak bu durumda da suçun takibinin şikâyete bağlı olması sorunludur. Esasında bir anlamda bu suça toplumsal kaygılar nedeniyle yer verildiği, bu kapsamda toplumsal ahlakın korunarak bir anlamda bireylerin evlilik öncesi cinsel ilişkide bulunmalarının yasaklanmak istemesi kaygısı olduğu belirtilmelidir. Zira bu suçla kamu düzeninin bozulacağı endişesinin tatmin edilmek istendiği, kamu düzeninin bozulmasının sebebini toplumun 15 yaşını doldurmuş olan çocukların cinsel ilişkide bulunmalarını kabul etmeyişinin bulunduğu ifade edilmektedir.[57] Yine de belirli ahlaki standartların ceza hukuku yoluyla empoze edilmeye çalışılmasının yerinde bir tercih olmadığının altı çizilmelidir.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından doktrinde en yoğun tartışmaların bulunduğu hususu TCK'nın 104. maddesinin başlığı ile söz konusu maddenin 1. fıkrasında yer alan ve mağdurla ilgili olarak *"onbeş yaşını bitirmiş olan çocuk"* ifadesine yer verilmesi oluşturmaktadır. Nitekim bu suçun mağduru olabilmek bakımından madde başlığı ile madde içeriği arasında uyumsuzluk vardır. Ceza kanunları kişilerin temel hak ve özgürlüklerine en ağır müdahaleyi gerektirdiğinden söz konusu durumun açıklığa kavuşturulması gereklidir.

[51] Tezcan, Erdem ve Önok, s. 481.
[52] Toroslu, s. 70.
[53] Özbek, Doğan ve Bacaksız, s. 378.
[54] Koca ve Üzülmez, s. 371.
[55] Tezcan, Erdem ve Önok, s. 474.
[56] Bu suçla çocuğun cinsel özgürlüğünün korunduğu nitekim 15 yaşını doldurmuş bir çocuk şayet cinsel ilişki fiilinin anlam ve sonuçlarını anlayabilecek durumdaysa ve TMK uyarınca gereken koşulların sağlanması halinde evlenmesi de mümkün olduğundan artık çocuğun cinsel dokunulmazlığından bahsedilmemesi gerektiği cinsel özgürlüğün içine çocuğun ruhsal ve bedensel gelişiminin de girdiği yönünde bkz. Memiş Kartal, s. 2086.
[57] Soyaslan, s. 262.

Bu kapsamda 15 yaşını doldurmuş çocuğun herhangi bir şekilde reşit kılınması halinde bu suçun faili olup olamayacağı hususu üzerinde durulmalıdır. Nitekim madde başlığına bakıldığında suçun "reşit olmayanla cinsel ilişki" olarak ifade edildiği, madde metnindeyse herhangi bir şekilde "reşit" ifadesine yer verilmediği görülmektedir. Bu kapsamda doktrinde iki farklı görüş mevcuttur, bunlardan ilkine göre madde başlığına uygun olarak herhangi bir şekilde reşit kılınan 15 yaşını doldurmuş ancak 18 yaşını doldurmamış çocuk bu suçun faili olabilir.[58] Madde başlığıyla madde içeriğindeki uyumsuzluğun[59] ve bu sebeple ortaya çıkan farklı görüşlerin engellenebilmesi adına hükümde değişikliğe gidilmesinde fayda vardır.

TMK'nın "erginlik" yani reşit olma başlığını taşıyan 11. maddesinin 1. fıkrasına göre *"erginlik onsekiz yaşın doldurulmasıyla başlar."* Medeni hakları kullanma ehliyetinin şartlarından birini oluşturan "erginlik" yani "rüşt" kavramı[60] 18 yaşını dolduran, evlenen ya da mahkeme kararıyla bu sıfat kendisine verilen kişi olarak tanımlanmaktadır.[61] İkinci fıkrasına göreyse "*evlenme kişiyi ergin kılar."* "Ergin kılınma" başlığını taşıyan 12. maddesine bakıldığında *"onbeş yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilir."* TMK'nın 124. maddesi uyarıncaysa *"erkek veya kadın onyedi yaşını doldurmadıkça evlenemez. Ancak, hâkim olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple onaltı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine izin verebilir. Olanak bulundukça karardan önce ana ve baba veya vasi dinlenir."* Bu kapsamda TCK'nın 104. maddesinin 1. fıkrasında *"onbeş yaşını bitirmiş olan çocuk"*tan bahsedildiğinden, reşit olsun ya da olmasın mağdurun 15 yaşını doldurmuş bir çocuk olacağının belirtilmesi gereklidir. Aksinin kabulü, hükümde öngörülmeyen bir durumun uygulanmasına sebebiyet vererek kanunilik ilkesine aykırılık oluşturur.[62] Buna karşın şayet çocuk evlenme yoluyla ergin kılınmışsa evlilik birliği içindeki rızaya dayalı cinsel ilişkinin bu suçu oluşturacağından bahsedilemez. Zira TMK kapsamında evlilik birliği içinde taraflara birbirleriyle cinsel ilişki kurma hakkı tanınmakta[63] ve bu durumda eşlerin hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni

[58] Tezcan, Erdem ve Önok, s. 475.
[59] Özbek, Doğan ve Bacaksız, s. 379; Şen ve Başarır, s. 335.
[60] Türk Hukuk Kurumu (1991). Türk hukuk lügatı. Ankara: Başbakanlık Basımevi, 288.
[61] Yılmaz, s. 339.
[62] Memiş Kartal, s. 2087-2089; Kanbur, s. 41621-4162.
[63] *"kocanın sebepsiz yere cinsel ilişkiden kaçındığı, çevreye evliliği istemediğini beyan ettiği ve evlilik birliğine ilişkin görevlerini yerine getirmediği anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkân vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir. Olayların akışı karşısında davalı-davacı kadın dava açmakta haklıdır. Bu şartlar altında eşleri birlikte yaşamaya zorlamanın artık kanunen mümkün görülmemesine göre, boşanmaya (TMK.md. 166/1)karar verilecek yerde, yetersiz gerekçe ile davanın reddi doğru bulunmamıştır."* Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2007/13408 K. 2008/6544 T. 6.5.2008; *"tarafların birbirlerine karşılıklı olarak hakaret ettikleri, kadının sebepsiz yere cinsel ilişkiden kaçındığı, kocanın da ekonomik gücünü aşan harcamalar sebebiyle evlilik birliğini mali sıkıntıya soktuğu*

kapsamında hareket ettikleri belirtilmelidir.[64] Ancak evlenme yoluyla reşit kılınan çocuk şayet eşi dışında bir kimseyle cinsel ilişkiye girerse artık bu suçun varlığından bahsedilmesi gerekmektedir.[65] Nitekim hukukun kendisiyle çelişmezliği ve bütünlüğü de bu yorumu gerekli kılar.

Ancak aksi yönde ileri sürülen görüşe göreyse madde başlığı dikkate alınmalıdır ve reşit olan kişinin artık bu suçun mağduru olabileceğinden bahsedilmemelidir.[66] Buna karşın ilk görüşün yerinde olduğu belirtilmelidir. Nitekim TCK bakımından madde başlıkları metne dahil değildir ve bu nedenle de metnin esas alınması gereklidir. Ayrıca TCK'nın 6. maddesinin b bendinde *"ceza kanunlarının uygulanmasında", "çocuk deyiminden; henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi"*nin anlaşılması gerektiğinin belirtilmesi ve reşit olma gibi herhangi bir istisnaya yer vermemesi de bu yorumu haklı kılmaktadır.

A. Cinsel İlişkiden Anlaşılması Gerekenin Ne Olduğu Sorunu

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun maddi unsurunu cinsel ilişkide bulunmak oluşturmaktadır. Cinsel ilişki ise hukuk terminolojisinde genel olarak erkek cinsel organının vajinaya veya anüse sokulması ya da sokturulması şeklinde tanımlanmaktadır.[67] Nitekim Yargıtay'ın da görüşü bu yöndedir.[68] Ancak doktrinde cinsel ilişkiden neyin anlaşılması gerektiğine ilişkin üzerinde birliğin olduğu bir tanımın bulunmadığı belirtilmelidir. Ayrıca bu konuda hükmün gerekçesinde de bir açıklamanın yapılmadığı görülmektedir. Örneğin bir görüşe göre cinsel ilişki, iki farklı ya da aynı cinsiyete sahip olan bireylerin, üreme organlarının duhulü yani girmesi, girişi şeklinde birbiriyle birleşmesi ya da anal veya oral yoldan cinsel organın duhulü şeklinde tanımlanmaktadır.[69] Hatta doktrinde tarafların cinsel ilişki boyutuna

anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir. Gerçekleşen olaylara göre taraflar eşit kusurlu olup, olayların akışı karşısında her iki davanın da kabulü gerekirken yazılı gerekçeyle dava ve karşılık davanın reddi doğru görülmemiştir." Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2010/20886 K. 2011/20844 T. 5.12.2011 (Karar metinleri için bkz. www.kazanci.com) (ET.16.5.2021)

[64] Özbek, Doğan ve Bacaksız, s. 383, 387.

[65] Kanbur, s. 41621-4162.

[66] Tezcan, Erdem ve Önok, s. 479.

[67] Tezcan, Erdem ve Önok, s. 480.

[68] *"Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun düzenlendiği TCK.nın 104. maddesinin metninde suç olarak tarif edilen cinsel ilişkinin, erkek cinsel organının bir kadına vajinal veya anal yoldan ya da bir erkeğe anal yoldan ithal edilmesi olarak tanımlanması karşısında, mahkemenin oluşa uygun kabulüne göre, kayden 10.6.1991 doğumlu olup suç tarihinde 15 yaşını doldurmuş olan mağdureyle rızası ile öpüşüp seviştiği sırada mağdurenin cinsel organına parmağını soktuğu anlaşılan hemcinsi sanığın, cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel davranışları sebebiyle hukuka aykırılıktan söz edilemeyeceğinden reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan beraati yerine, yazılı şekilde düşme karar verilmesi," Yargıtay 14. Ceza Dairesi E. 2012/6729 K. 2014/5373 T. 21.4.2014; "mağdureyle cinsel ilişkiye girmek isteyen sanığın, mağdurenin acı duyduğunu söylemesi ve istememesi üzerine ilişkiden gönüllü olarak vazgeçtiğinin anlaşılması karşısında, sevişme şeklindeki cinsel ilişki içermeyen, cinsel nitelikteki eylemlerin mağdurenin yaşı ve rızası dikkate alındığında suç teşkil etmeyeceği gözetilmeden, sanığın beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi," Yargıtay 14. Ceza Dairesi E. 2011/9207 K. 2013/2448 T. 11.3.2013 (www.kazanci.com) (ET:14.05.2021)*

[69] Özbek, Doğan ve Bacaksız, s. 383-384.

varmayan flört aşamasını geçen karşılıklı olarak cinsel arzularını tatmine yönelik cinsel davranışlarının da bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.[70]

Cinsel ilişki düzeyine ulaşmayan davranışlar ve bu kapsamda penetrasyonun yani cinsel organın sokulmasının ya da sokturulmasının gerçekleşmediği haller bakımından bu suçun varlığından bahsedilemez.[71] Bu kapsamda vücuda cisim sokulması ya da sokturulması, cinsel organınsa vücudun anal ya da vajinal boşluğu dışında başka bir boşluğuna sokulması yine cinsel organ dışında başka bir organın anal ya da vajinal boşluğa sokulması bu suçu oluşturmaz. Penetrasyonun kısa ya da uzun olması yahut doyuma ulaşılıp ulaşılmaması da suçun varlığına etki etmez.[72] Oral ilişki de cinsel ilişki kapsamında değerlendirilmemektedir.[73] Ancak Yargıtay'ın da kabul ettiği bu yaklaşım eleştirilmektedir. Zira TCK'da cinsel ilişkiden neyin anlaşılması gerektiği açıkça belli olmadığından neyin cinsel ilişki olarak kabul edilmesi gerektiğine ilişkin yaklaşımlar gerekçesiz kalmaktadır.[74] Bu nedenle Yargıtay'ın suçla korunan hukuki varlık veya menfaati, cinsel ilişki kavramının günümüzdeki anlamı ve cinsel ilişkinin gerçekleştirilmesini çocuğun üstün yararının korunmasını dikkate almak suretiyle değerlendirmesi gerekmektedir. Aksinin kabulü geleneksel anlayışın bir etkisi olarak nitelendirilmelidir.[75]

Suçun faili kadın ya da erkek olabilir bu kapsamda suçu bir erkeğin erkeğe bir erkeğin kadına, bir kadının da erkeğe karşı işlemesi mümkündür. Ancak hükümde maddi unsur olarak cinsel ilişkiden bahsedilmesi bu suçun bir kadının kadına karşı işlemesine engel oluşturmaktadır.[76] Bu görüşün benimsenmesinin temelinde kadının biyolojik olarak erkeklik organına sahip olmaması ve doğal yoldan bunu gerçekleştiremeyeceği düşüncesi yatmaktadır. Ancak cinsel ilişkinin cinsel birleşmeden daha geniş olduğu ve kapsamına cinsel birleşmeyi de alacak şekilde yorumlanması gerektiği de savunulmaktadır.[77] Buna karşın hem Yargıtay hem de doktrindeki ağırlıklı görüş uyarınca iki kadın arasında bu suçun işlenmesi mümkün değildir. Lakin söz konusu durum Anayasa'nın 10. maddesi uyarınca eşitlik ilkesine

[70] Soyaslan, s. 262. Örnek olarak öpme, yalama, dokunma davranışlarının verilebileceği yönünde bkz. Kanbur, s. 4158-4159.
[71] Tezcan, Erdem ve Önok, s. 480.
[72] Tezcan, Erdem ve Önok, s. 483.
[73] *"Sanığın, mağdureye oral seks yaptırması eyleminin cinsel ilişki niteliği taşımaması sebebiyle olayda 5237 Sayılı TCK'nın 104. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun kanuni unsurları itibariyle oluşmadığı gözetilerek beraati gerekirken, yazılı şekilde mahkûmiyet kararı verilmesi"* Yargıtay 14. Ceza Dairesi E. 2015/1067 K. 2018/5323 T. 20.9.2018 (www.kazanci.com) (ET:14.05.2021). Oral ilişkinin cinsel ilişki kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. Kanbur, s. 4162-4163; Şen ve Başarır, s. 335.
[74] Özbek, Doğan ve Bacaksız, s. 385.
[75] Kanbur, s. 4169-4170.
[76] Tezcan, Erdem ve Önok, s. 474-475. Cinsel ilişki ifadesinin geniş yorumlanması suretiyle kadının kadına karşı bu suçu işleyebileceğinin kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. Kanbur, s. 4146.
[77] Kanbur, s. 4158-4159, dp. 55.

aykırı olduğu için eleştirilmektedir.[78] Buna karşın kadının vajinasına ya da anüsüne penis sokturması halinde bu suçun faili olarak kabul edilmesi gereklidir.[79]

Doktrinde cinsel ilişkiden neyin anlaşılması gerektiğiyle ilgili olarak farklı görüşlerin yer almasının temelinde TCK'nın 104. maddesiyle, 102 ve 103. maddelerindeki formülasyonun farklılığı yatmaktadır. Nitekim TCK'nın 102. ve 103. maddelerinde bu suçların nitelikli halleriyle ilgili olarak *"vücuda organ veya sair bir cisim sokulması"*ndan bahsedilmekteyken 104. maddede "cinsel ilişki"den bahsedilmiştir. Bu kapsamda doktrinde 104. maddenin de 102. ve 103. maddedeki gibi formüle edilmesi gerektiği ve çocuğun tam bir olgunluğa erişmeden her türlü erken cinsel deneyimden uzak tutulmasının sağlanacağı savunulmaktadır.[80] Böylece maddenin tam olarak amacına hizmet etmesi sağlanmış olacak ve kanunda da ifade bakımından birliğin sağlanması mümkün olacaktır.[81] Nitekim girme davranışının bir kadın tarafından başka bir kadına karşı örneğin yapay penis kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi mümkün olup bunun cezalandırılmamasının maddenin amaçsal yorumu karşısında maddedeki 15 yaşını dolduran çocukların cinsel gelişimini korumak şeklindeki amacı karşılayamayacağı belirtilmektedir. Böylece yine bir kadının 15 yaşını doldurmamış erkeğe anal yoldan el, parmak, yapay penis gibi cisimleri sokması da bu kapsamda değerlendirilebilecektir. Nitekim her iki örnek bakımından da 15 yaşını doldurmuş çocuğa karşı penis sokmada olduğu üzere cinsel müdahaleler söz konusu olmakta ancak kadının sırf fizyolojik olarak erkeklik organına sahip olmaması nedeniyle bunun cinsel ilişki olarak kabul edilmemesinin hakkaniyet, eşitlik ve adalete aykırı sonuçlara sebebiyet vereceği belirtilmektedir.[82] Lakin doktrinde cinsel ilişkinin farklı şekilde tanımlanması karşısında söz konusu tanımın da nisbi olduğu ve bu kapsamda değerlendirmelerde hukuki yeknesaklığın sağlanamayacağı ve bu nedenle hukuki güvencenin sağlanmasında güçlüğün söz konusu olacağı belirtilmelidir.[83] Nitekim TCK'nın "hayasızca hareketler" suçunun düzenlendiği 225. maddesi *"alenen cinsel ilişkide bulunan veya teşhircilik yapan kişi, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır"* şeklinde olup hükmün gerekçesinde suçun tanımında geçen *"alenen cinsel ilişkide bulunmak"* ifadesi *"cinsel arzuların tatmini amacına yönelik her türlü davranış"* şeklinde tanımlanmıştır.[84] Her ne kadar TCK'nın 104. maddesiyle 225. maddesinin

[78] Memiş Kartal, s. 2086.
[79] Tezcan, Erdem ve Önok, s. 480.
[80] Koca ve Üzülmez, s. 374.
[81] Memiş Kartal, s. 2089.
[82] Kanbur, s. 4159-4160.
[83] Memiş Kartal, s. 2088.
[84] Gerekçe metni için bkz. Şahin, C. ve Özgenç, İ. (2005). Türk ceza hukuku gazi külliyatı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 303.

hukuki konusu farklıysa da her iki hükümde yer alan "cinsel ilişki" ifadesinin farklı anlamlara geldiği söylemek çelişkilidir ve hukuki bir dayanağı da yoktur.[85]

B. Aralarında Evlenme Yasağı Bulunan Kimseler

"Evlenme engelleri", TMK'nın 129 ila 133. maddelerinde "hısımlık", "önceki evlilik" ve de "akıl hastalığı" olmak üzere düzenlenmiştir. Lakin TCK'da öngörülen evlenme yasağına ilişkin durum TMK'daki hısımlıkla ilgilidir. Zira TMK'daki diğer engellere bakıldığında TMK, akıl hastasının ve de zaten evli olan kimsenin evlenemeyeceğini belirtmektedir ve iki birey arasındaki ilişkiyi düzenlemektedir.[86]

TMK'nın 129. maddesine göre *"üstsoy ile altsoy arasında; kardeşler arasında; amca, dayı, hala ve teyze ile yeğenleri arasında, kayın hısımlığı meydana getirmiş olan evlilik sona ermiş olsa bile, eşlerden biri ile diğerinin üstsoyu veya altsoyu arasında, evlât edinen ile evlâtlığın veya bunlardan biri ile diğerinin altsoyu ve eşi arasında"* evlenme yasaktır. Söz konusu yasağa aykırı hareket edilmesi halinde TMK'nın 145. maddesinin 4. bendi uyarınca *"evlenme mutlak butlanla batıldır"*. Türk ceza hukuku sistemindeyse söz konusu yasağa aykırı hareket etmenin suç olarak düzenlenmediği görülmektedir. Ancak aralarında evlenme yasağı bulunan kimselerin evlenmesi 765 sayılı TCK'nın (ETCK) 237. maddenin 1. fıkrasında *"Kanunun evlenmelerini menettiği kimselerin bu memnuiyetlerini bildikleri halde akidlerini yapan evlenme memurlarile bu suretle evlenen ve bunları evlenmeye sevkeden veya evlenmelerine rıza gösteren veli veya vasileri üç aydan iki seneye kadar hapsolunurlar."* şeklinde düzenlenmiştir. Böylece her ne kadar evlenmeleri yasak olan bu kimselerin birbirleriyle cinsel ilişkide bulunması suç olarak düzenlenmemişse de bu kimseler arasında evlenmenin gerçekleşmesi haliyle sınırlı olmak üzere dolaylı bir şekilde bunun suç olarak düzenlendiğini söylemek mümkündür. Yine TMK'nın yürürlükten kaldırdığı 743 sayılı Türk kanunu Medenisi'nin 292. maddesiyse *"birbirleriyle evlenmeleri memnu olanlardan veya evli (...) kadınların zinasından doğan çocuk, tanınamaz."* şeklinde olup eşitlik ilkesine aykırılık taşıyan buna benzer bir düzenlemeye TMK'da yer verilmemiştir. Bu kapsamda ensest neticesinde doğacak çocuklar şayet baba tarafından tanınırsa tüm haklara sahiplerdir. Her ne kadar 743 sayılı Kanun ile ensestin dolaylı da olsa frenlenebileceği söylenebilirse[87] de bu düzenleme de ensesti suç saymamaktadır. TMK ile söz konusu frene yer verilmemişse de bu durum yine de ensestin toplumsal, ahlaki ve de kültürel açıdan kabul edilebilir olduğu şeklinde

[85] Kanbur, s. 4172.
[86] Taner, s. 380.
[87] Mumcu, s. 267, dp. 20.

yorumlanmamaktadır.[88] Nitekim söz konusu değişikliğin gerekçesini yürürlükten kaldırılan bu düzenlemenin *"çocuğun menfaatleri bakımından uygun olma"*ması oluşturmuştur.[89]

Doğrudan ensesti suç olarak öngören bir hükme ETCK'da da yer verilmemiştir. ETCK'nın mehaz kanunu niteliğini taşıyan 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nda ensest suç olarak düzenlenmesine karşın bu düzenleme ETCK'ya alınmamıştır. Ancak bu alınmamanın sebepleri üzerinde durulmamıştır. Buna karşın ensestin suç olarak düzenlenmemesine ilişkin bazı olasılıklardan bahsetmenin mümkün olduğu belirtilmektedir. Bu kapsamda söz konusu suçun ispatına ilişkin zorluklar, önemli ölçüde siyah sayılar içinde kalacağı ya da böylesine bir fiilin toplumda söz konusu edilemeyeceği ifade edilmektedir.[90]

TCK'nın mehazı niteliğini taşıyan ve ensest kapsamında değerlendirilen Al. CK'nın 173. maddesine benzer bir düzenlemenin TCK'ya alınmamasının gerekçesiniyse her ne kadar komisyon üyelerince bu sorun tartışılmışsa da ergin ve de ayırt etme gücüne sahip iki yakın akraba arasındaki karşılıklı rızaya dayalı cinsel ilişkinin mahrem ve özel bir durum olduğu bu nedenle de devletin bu olaya karışmamasının gerekliliği oluşturmuştur.[91] Ayrıca ETCK döneminde ensestin suç olarak düzenlenmesine ilişkin kanun teklifi sunulmuş ancak TBMM, Adalet Komisyonu'nun görüşüne uymak suretiyle *"yakın akrabalıkları bulunan kimselerin beraber yaşamaları halinde iftiralara maruz kalacaklarını ve bu takdirde toplum hayatında birçok sarsıntının meydana gelebileceğini, toplumdaki ahlâki müeyyidelerin bu menfur (tiksindirici) halleri zaten karşıladığını"* belirterek bu teklifi reddetmiştir.[92] Bu kapsamda ensestin suç olarak düzenlenmemesinin nedeninin bu fiilin kabul edilebilir olarak görülmesi değil, fiilin gerçekleşmeyeceğine ilişkin bir inanca dayandığı da savunulmaktadır.[93] Böylelikle ensestin yok sayılması ve konuşulmaması yine ensestin tarafına inanılmamasına ve dışlanmasına sebebiyet vermektedir.[94] Nitekim ensestin günlük hayatta ayıp olarak kabul edilmesi, konuşulmaması, aile içinde böyle bir fiilin işlenmesinin mümkün olamayacağına ilişkin inanç, yine bu fillerin dışarıya yansıtılmaması ve böylece üçüncü kişiler önünde maruz kalınacak travma bir anlamda enseste ilişkin

[88] Usta Sayıta, S. (2010). Ensest ilişkiden doğan çocuğu "tanıma yasağı"nın kaldırılmasına eleştirel bir bakış. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (88), s. 174.
[89] Türkiye Büyük Millet Meclisi, Dönem: 21, Yasama Yılı: 3. (S. Sayısı: 723). Türk Medeni Kanunu Tasarısı ile Türk Kanunu Medenisinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı ve Ankara Milletvekili Yücel Seçkiner'in; Ankara Milletvekili Esvet Özdoğu ve Dört Arkadaşının; Aynı Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifleri ve Adalet Komisyonu Raporu (1/611,1/425, 2/361, 2/680), s.115.
[90] Mumcu, s. 265-266.
[91] Mumcu, s. 266.
[92] Genç ve Coşkun, s. 255.
[93] Köksal, s. 31; Yalçın Sancar ve Yaşar, s. 252.
[94] Yalçın Sancar ve Yaşar, s. 251.

somut olayların yargının önüne gelmesine de engel olmaktadır. Bu nedenle mevcut düzenlemenin ve uygulamanın yeterli olmadığı yönünde eleştirildiği görülmektedir.[95]

Hükmün 2. fıkrasında öngörülen nitelikli hal, failin sıfatıyla ilgilidir.[96] Nitekim mağdurla arasında evlenme yasağı bulunan bir kimse bu suçu işleyebilecektir. Bu nitelikli halin gerçekleşmesi bakımından failin cinsiyetinin ya da yaşının herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Ancak iki tarafında çocuk olması halinde cezalandırmanın ne şekilde yapılacağına ilişkin doktrinde tartışmaların bulunduğu görülmektedir.[97] Cinsel ilişkiye girenlerden her ikisinin de 15 yaşını doldurmuş olan çocuk olması halinde failin kim olduğuna ilişkin doktrinde yer alan farklı görüşlerin dört başlık altında incelenmesi mümkündür.[98] Söz konusu durumda ilk görüşe göre geleneksel anlayışın bir eseri olarak ve Yargıtay'ın da benimsediği bu anlayışta bu suçun faili erkek olabilir. Cinsel ilişkiye girenlerin her ikisinin de erkek olması halindeyse Yargıtay aktif pasif ayrımı yaparak aktif olanın fail olduğunu kabul etmektedir.[99] Ancak cinsel ilişkinin iki kişinin katılımını gerektirdiği ve işteş bir fiil olduğu unutulmamalıdır, bu nedenle de organı sokanın fail, organ sokulanınsa mağdur olarak kabulü yerinde değildir. Nitekim taraflardan biri için cinsel ilişki teşkil eden davranışın, diğeri için etmediğinden bahsedilemez.[100] İkinci bir görüşüyse iki tarafında 15 yaşını doldurmuş olan bir çocuk olması halinde ortada suç olmayacağından cezalandırılmaması oluşturmaktadır.[101] Üçüncü görüşüyse her iki tarafın da cezalandırılması oluşturmaktadır.[102] Nitekim hükme bakıldığında failin cinsiyeti ya da yaşı fark etmeksizin herkes olabileceği görülmektedir.[103] Dördüncü görüşe göreyse maddede gerçekleştirilecek bir değişiklikle cinsel ilişki teklifinde ilk bulunanın bu suçun faili olabileceği yönündedir. Lakin bu suçta iki tarafın rızası bulunduğundan bu çözümün yeterli olmadığı kimin kimi ikna ettiğinin belirlenemeyeceği belirtilmelidir.[104] Ayrıca hükümde gerçekleştirilecek değişiklikle söz konusu fiilin her ikisi de 15 yaşını doldurmuş çocuk tarafından gerçekleştirilmesi halinin cezayı kaldıran şahsi bir

[95] Şen ve Başarır, s. 319.
[96] Özbek, Doğan ve Bacaksız, s. 368.
[97] Tezcan, Erdem ve Önok, s. 477-478.
[98] Hükmün gerekçesi yalnızca *"madde metninde, reşit olmayanla cinsel ilişkide bulunmak, bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır"* şeklinde olduğundan (bkz. Şahin ve Özgenç, s. 201) bu kapsamda yol gösterici olduğundan bahsedilemez.
[99] Yargıtay 14. Ceza Dairesi E. 2012/13911 K. 2013/467 T. 24.1.2013 (Karar metni için bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız, s. 381)
[100] Tezcan, Erdem ve Önok, s. 475, 481.
[101] Hafızoğulları, Z. ve Özen, M. (2017). Türk ceza hukuku özel hükümler kişilere karşı suçlar. Ankara: US-A Yayıncılık, s. 169; Tezcan, Erdem ve Önok, s. 475. Bu görüşün benimsenmesinin temelinde failin yalnızca 18 yaşını doldurmuş bir kişi olabileceği şeklindeki düşüncenin yattığı yönünde bkz. Kanbur, s. 4150-4151.
[102] Özbek, Doğan ve Bacaksız, s. 381; Soyaslan, s. 262.
[103] Memiş Kartal, s. 2086-2087.
[104] Tezcan, Erdem ve Önok, s. 475.

neden olarak öngörülmesi gereklidir.[105] Zira bu çocukların cezalandırılmasında cezanın amaçları ve cezalandırmayla sağlanacak bir yarar bulunmamaktadır.

Doktrinde bu suçun failinin yalnızca her ne kadar hükümde açıkça belirtilmemiş olsa da 18 yaşını doldurmuş bir kimse olabileceğinin savunulduğu da görülmektedir.[106] Bu görüşün benimsenmesinin temelindeyse iki tarafın da 15 yaşını doldurmuş bir çocuk olması halinde şikâyet hakkının kimse ait olacağının çözümsüz kalmış olacağı hususu yatmaktadır.[107]

Aralarında evlenme yasağı olan kimselerin belirlenmesi bakımından kanun koyucunun sahip olduğu takdir yetkisi, ensestin kapsamını daraltabileceği gibi genişletedebilir. Söz konusu olasılık dahi enseste ilişkin tanım sorunun bizatihi varlığını gösterebilecek niteliğe sahiptir.[108] Nitekim örneğin ensestin suç olarak düzenlenmesi gerektiğini savunanlarca ileri sürülen argümanlardan birini gelecek nesillerin sağlıklı bir şekilde varlığını sürdürmesi oluşturmaktadır. TMK'nın "kayım hısımlığı" başlığını taşıyan 18. maddesine göreyse *"eşlerden biri ile diğer eşin kan hısımları, aynı tür ve dereceden kayın hısımları olur. Kayın hısımlığı, kendisini meydana getiren evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkmaz."* Ancak kayın hısımları arasında gerçekleştirilen cinsel ilişki bakımından bu argümanın geçerliliğinden bahsedilememektedir.

IV. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunun Mağdur ile Arasında Evlenme Yasağı Bulunan Kişi Tarafından İşlenmesinin Ensest Kapsamında Yer Alıp Almadığı Meselesi

TCK'nın 104. maddesinin 2. fıkrasında geçen *"arasında evlenme yasağı bulunan"* ifadesi ilk olarak akla ensesti getirmektedir. Hatta bu durum hükmün gerekçesinde "*maddeye eklenen ikinci fıkrayla, birinci fıkrada tanımlanan suçun, arasında evlenme yasağı bulunan kişiler tarafından işlenmesi halinde şikâyet aranmaksızın, altı yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilmesi düzenlenmektedir. "Ensest" ilişkilerin, birinci fıkrada tanımlanan suça nazaran daha ağır cezayı gerektiren ve soruşturulması veya kovuşturulması şikâyete bağlı olmayan bir suç olarak tanımlanması suretiyle, bu suçla daha etkin mücadele edilebilmesi ve çocukların cinsel sömürüsünün engellenmesi amaçlanmaktadır. Bu düzenlemeye bağlı olarak, rızaya dayalı da olsa onbeş yaşının doldurmamış olan çocuklarla olan ensest*

[105] Söz konusu durumun cezada indirim yapılmasını gerektiren bir neden olarak da öngörülebileceği yönünde bkz. Memiş Kartal,s. 2090.
[106] Koca ve Üzülmez, s. 372. Hatta evlenme yada mahkeme kararıyla reşit kılınan 18 yaşını doldurmamış kişilerin de bu suçun faili olamayacağı yönünde bkz. Kanbur, s. 4146.
[107] Toroslu, s. 70.
[108] Mumcu, s. 268-269.

ilişkinin, 103 üncü maddede tanımlanan çocukların cinsel istismarı suçu bakımından daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsur oluşturduğu göz önünde bulundurulmalıdır." şeklinde belirtilmiştir.[109]

6545 sayılı Kanunla gerçekleştirilmek istenen değişiklikle ilgili olarak Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu Raporundaysa Türkiye Büyük Millet Meclisi Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonunca, 23.5.2014 tarihli Esas No: 1/918, 2/335, 2/2115 Karar No: 42 ile *"çocuğun yüksek yararına uygun olarak ensest kavramının çocuğu koruyacak şekilde geniş tanımlanmasının önem arz ettiği"* belirtilmiştir.[110] Ancak TCK'nın 104. maddesinin 2. fıkrasının tam olarak ensesti ifade ettiğinden bahsedilemez. Doktrinde bunun belirli ve sınırlı bir ensest düzenlemesi olduğu ifade edilmektedir.[111] Böylece istismara açık olan çocuğun korunmasının amaçlandığı belirtilmektedir.[112] Rızaya dayalı ensestte cinsel ilişkiye rıza gösterme ehliyetine sahip olan taraflar arasında rızanın varlığı gereklidir. Ancak TCK'nın 104. maddesinin 2. fıkrası uyarınca mağdur 15 yaşını doldurmuş ve cinsel ilişkiye ilişkin olarak anlama yeteneği gelişmiş bir kimse olabileceğinden cinsel ilişkiye rıza gösterebilecek taraflar arasında 15 yaşını doldurmuş olan çocuklar büyük bir yer tutmadığından sınırlı bir düzenlemenin olduğu belirtilmektedir.[113] Hatta cezanın 6545 sayılı Kanunla aşırı şekilde arttırılmasının gerekçesinin reşit olmayan kişilerle gerçekleştirilen ensestin cezalandırılmak istenmesiyle açıklanabileceği belirtilmektedir.[114] Nitekim bu görüşe göre her türlü ensest ilişki hükümle cezalandırılmış değildir. Zira yalnızca 15 yaşını doldurmuş olan çocuklara karşı işlenenleri reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun cezasının ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli hali ve de şikayete tabi olmayan hali olarak düzenlenmiştir.[115] Söz konusu değişiklikten evvel 15 yaşını doldurmuş çocuğun rızasının varlığı halinde cinsel istismar suçuna gidilememekte, şikayetin de bulunmaması halinde reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun da uygulanmasından bahsedilememekteydi. 6545 sayılı Kanun ile gerçekleştirilen değişiklikle suçun takibi re'sen gerçekleştirileceğinden artık sınırlı da olsa ensestin suç haline getirildiği belirtilmektedir. Böylece suçla aile düzeninin ve gelecek nesillerinin sağlığının da korunduğu ifade edilmektedir.[116] Ayrıca ensestin tanımında yaş unsuruna ilişkin bir belirlemenin bulunmadığı da doktrinde savunulmaktadır.[117] Bu nedenle TCK'nın 104. maddesinin 2. fıkrası oldukça sınırlı bir ensest

[109] Türkiye Büyük Millet Meclisi, Yasama Dönemi 24, Yasama Yılı 4, Sıra Sayısı: 592, s. 22.
[110] Türkiye Büyük Millet Meclisi, Yasama Dönemi 24, Yasama Yılı 4, Sıra Sayısı: 592, s. 124.
[111] Taner, s. 380; Tezcan, Erdem ve Önok, s. 473; Özbek, Doğan ve Bacaksız, s. 378; Kanbur, s. 4175.
[112] Memiş Kartal, s. 2085.
[113] Taner, s. 381.
[114] Toroslu, s. 71.
[115] Tezcan, Erdem ve Önok, s. 473.
[116] Tezcan, Erdem ve Önok, s. 474.
[117] Kanbur, s. 4174.

düzenlemesidir. Zira bu görüşe göre ensestin temel özelliğini yakın akrabalar arasındaki cinsel ilişki oluşturmaktadır. Bu çerçevede TCK'nın 104. maddesinin 2. fıkrası enses fiillerinin tümünü kapsamamaktadır.[118] Ancak bu görüşten ensest bakımından cinsel ilişkiye tarafların rıza göstermesinin aranıp aranmadığı anlaşılamamaktadır.

Doktrinde TCK'nın 104. maddesinin 2. fıkrasının enseste ilişkin sınırlı bir düzenleme dahi olmadığı da savunulmaktadır.[119] Bu görüşün benimsenmesinin temelindeyse enseste ilişkin dar tanımın benimsenmesi yatmaktadır. Bu yüzden rızaya dayalı ensestin toplumda azımsanmayacak şekilde var olduğu, sosyo-kültürel yapı ya da dinin etkisiyle ortaya yeterince çıkmadığı ve de cezasız kaldığı belirtilerek eleştirildiği ve suç olarak düzenlenmesi gerektiği savunulmaktadır.[120]

Yargıtay'ın ensesti ne şekilde anladığına ilişkin olarak kararlarına bakıldığındaysa ensesti tanımlamadığı ancak önüne gelen uyuşmazlıklar bakımından enseste ilişkin nitelendirmelerde bulunduğu ya da önüne gen uyuşmazlıkların ensest kapsamında yer alıp almadığına ilişkin değerlendirmelerde bulunduğu görülmektedir. Bu kapsamda örneğin Yargıtay müstehcenlik suçuyla ilgili olarak önüne gelen uyuşmazlıkta müstehcenlik suçunun düzenlendiği TCK'nın 226. maddesinin 4. fıkrasında[121] geçen *"doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlar"* kapsamında ensestin yer aldığını kabul etmiştir.[122] Ayrıca Yargıtay çocukların cinsel istismarı suçu kapsamında

[118] Özbek, Doğan ve Bacaksız, s. 386.
[119] Köksal, s. 30.
[120] Taner, s. 382-383.
[121] TCK'nın 226. maddesinin 4. fıkrası *"şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünleri üreten, ülkeye sokan, satışa arz eden, satan, nakleden, depolayan, başkalarının kullanımına sunan veya bulunduran kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır"* şeklindedir.
[122] *"Dairemizce de benimsenen Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 25/06/2020 tarihli, 2018/18-461 esas ve 2020/323 Sayılı kararında da belirtildiği üzere; cinselliğin hangi hâlinin doğal veya normal olduğu, zamana ve topluma hatta her toplum içerisindeki gruplara veya bireylere göre değişiklik gösterebilir. Doğal olmayan yollardan gerçekleştirilen cinsel davranışların tayininde; değişik anlayışları aşağılayıp yok etme eğilimiyle, farklılıklara karşı katı bir hoşgörüsüzlükle veya aşırıya kaçan görüşlerle hareket edilmemeli, buna mukabil insan fıtratını zedeleyecek nitelikte aşağılayıcı boyutlara ulaşan eylemlere de müsamaha gösterilmeyerek genel adabın korunmasına çalışılmalıdır. Zira bireylerin davranışlarına, genel ahlaki değerlere zarar vereceği yönünde oluşan kaygıların ötesinde toplum açısından gerçek ve ciddi sakıncalar doğmadıkça karışılmaması esastır. Kaldı ki bir davranışın ahlaki ve psikolojik yönlerden sorgulanabilirliği onun suç olmasını gerektirmez. TCK'nın 226. maddesinin dördüncü fıkrasındaki "Doğal olmayan yoldan yapılan" kavramının; insanları aşağılayıcı veya kimse tarafından, bireylerin cinsel yaşamları içerisinde yer almasının onaylanması mümkün olmayan ya da ensest örneğindeki gibi insan türünün biyolojik devamlılığını tehlikeye sokan cinsel davranışlara ilişkin parafilik eylemleri kapsaması gereklidir."* Bkz. Yargıtay 4. Ceza Dairesi E. 2020/12616 K. 2020/21476 T. 24.12.2020; Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 2018/14-461 K. 2020/323 T. 25.6.2020 (www.kazanci.com) (ET:20.05.2021). Yine Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun benzer yöndeki kararı şu şekildedir: *"cinselliğin hangi hâlinin doğal veya normal olduğu, zamana ve topluma hatta her toplum içerisindeki gruplara veya bireylere göre değişiklik gösterebilir. Bu bakımdan yalnızca bir erkek ile kadının vajinal yoldan cinsel ilişkiye girmelerinin doğal olduğunu söylemek bilimsel bir karşılık bulmayacağı gibi, bireylerin cinsel yaşamlarına ve eğilimlerine gereğinden fazla müdahaleyi de beraberinde getirecektir. Doğal olmayan yollardan gerçekleştirilen cinsel davranışların tayininde; değişik anlayışları aşağılayıp yok etme eğilimiyle, farklılıklara karşı katı bir hoşgörüsüzlükle veya aşırıya kaçan görüşlerle hareket edilmemeli, buna mukabil*

değerlendirilmesi gereken ve esasında bu şekilde de değerlendirerek sanık hakkında hüküm verdiği olayda ensestin varlığını kabul etmiştir.[123] Yargıtay bir diğer kararındaysa baba bir, anne ayrı olan iki kardeş arasındaki ilişkinin ensest ilişkiyi çağrıştırdığından bahsetmişse de iki kardeş arasındaki ilişkinin cinsel ilişki mi olduğu yoksa cinsel ilişki boyutuna varmayan davranışlar kapsamında mı kaldığı karardan anlaşılmamaktaysa da karardan iki tarafın da rızasının varlığının bulunduğu anlaşılmaktadır.[124]

insan fıtratını zedeleyecek nitelikte aşağılayıcı boyutlara ulaşan eylemlere de müsamaha gösterilmeyerek genel adabın korunmasına çalışılmalıdır. Zira bireylerin davranışlarına, genel ahlaki değerlere zarar vereceği yönünde oluşan kaygıların ötesinde toplum açısından gerçek ve ciddi sakıncalar doğmadıkça karışılmaması esastır. Kaldı ki bir davranışın ahlaki ve psikolojik yönlerden sorgulanabilirliği onun suç olmasını gerektirmez. Öyleyse anal veya oral yollardan, eşcinsel ya da toplu hallerde gerçekleştirilen yahut cinsel haz alma duygusunu tatmine yönelik olarak üretilmiş çeşitli objelerle gerçekleştirilen cinsel ilişki veya davranışların sırf toplumun bir kısmı bakımından rahatsız edici olarak görülmesi nedeniyle bireylerin cinsel yaşam ve eğilimleri içerisinde yer almadığı ve dolayısıyla doğal olmadığı söylenemeyecektir. Ancak örneğin, ürofili, koprofili veya ensest gibi aşağılayıcı, bireylerin cinsel yaşamları içerisinde yer alması veya kimse tarafından onaylanması mümkün olmayan, ensest örneği özelinde insan türünün biyolojik devamlılığını tehlikeye sokan parafilik eylemlerin doğal olmayan yollardan yapılan cinsel davranışlar olduğu kabul edilmelidir." Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 2018/14-461 K. 2020/323 T. 25.6.2020 (www.kazanci.com) (ET:20.05.2021).Yine müstehcenlik suçuyla ilgili olarak verilen benzer yönde verilen bir diğer karar ise şu şekildedir: *"Anal ya da oral yoldan yapılan cinsel birleşmelere ait görüntülerin tek başına "doğal olmayan" kavramı içerisinde değerlendirilemeyeceği, bu kavramın, örneğin "ensest" gibi, toplumun tamamı tarafından doğal kabul edilmeyen ilişkileri tanımladığı, bilirkişi raporlarının içeriğine göre de sanığın eyleminin TCK'nın 226/1. maddesindeki suçu oluşturacağı gözetilmeden, sanık hakkında yazılı şekilde mahkûmiyet kararı verilmesi,"* Bkz. Yargıtay 18. Ceza Dairesi E. 2015/24103 K. 2016/4793 T. 14.3.2016 (www.kazanci.com) (ET:20.05.2021)

[123] *"Mağdure hakkında Gaziantep Üniversitesi Şahinbey Araştırma ve Uygulama Hastanesinde düzenlenen 04.10.2010 tarihli raporda, mağdurenin yapılan dosya incelemesinde 1 yıl önce baba kaynaklı ensest öyküsü ile getirildiğinin belirtildiği ve yine mağdurenin Adli Tıp 6. İhtisas Kurulunda yapılan görüşmesi sırasında, 6. sınıftan beri babasının ve abisinin cinsel istismara yönelik davranışlarının bulunduğunu belirtmesi göz önüne alındığında, babasının söz konusu cinsel istismar dosyasının da getirtilerek, mağdurenin ruh sağlığındaki bozulmanın sanığın eyleminden mi kaynaklandığı ya da bu olay öncesi ve sonrasında yaşadığı olaylardan mı kaynaklandığı hususunda tam bir vicdani kanı oluşabilmesi için Adli Tıp Kurumu Genel Kurulundan rapor alındıktan sonra sonucuna göre sanık hakkında TCK.nın 103/6. maddesinin uygulanmasına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması, Kabule göre de; Yargıtay Ceza Genel Kurulunun Dairemizce de benimsenen 20.11.2007 gün ve 2007/5-142 Esas, 2007/240 Sayılı Kararında belirtildiği üzere, beden veya ruh sağlığını bozacak şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunu zincirleme şekilde işleyen sanık hakkında TCK.nın 61/4-5. maddeleri hükümleri de dikkate alınarak 103/2 madde uyarınca verilecek ceza üzerinden 43. maddenin uygulanması sonucu bulunacak miktarın, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç sebebiyle 103/6. maddenin tatbikiyle bulunacak ceza üzerine eklenerek sanığın cezasının belirlenmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurularak sanık hakkında eksik ceza tayini,"* Yargıtay 14. Ceza Dairesi E. 2013/10944 K. 2014/1294 T. 10.2.2014 (www.kazanci.com) (ET:20.05.2021)

[124] *"maktul ile eşi Rafiye'nin yaklaşık 15 yıldır evli olduğu, sanığın ise maktulün eşi Rafiye'nin baba bir anne ayrı kardeş oldukları ve evlendikten sonra uzun bir süre görüşmedikleri, olay tarihinden yaklaşık bir yıl önce sanıkla maktulün eşi Rafiye'nin görüşmeye başlamasının maktul ile eşi arasında aile içi huzursuzluğa neden olduğu, Rafiye'nin maktul ve müşterek çocuklarını bırakarak sanığın evinde, Ereğli ilçe merkezinde birkaç ay birlikte yaşadıkları, olaydan yaklaşık 15 gün öncesine kadar da, sanığın kardeşi Rafiye'yi eşinden ayırarak Susurluk İlçesinde aynı evde üç ay kadar süreyle yaşadıkları, Rafiye'nin çocukları Şeyma ve Yasin'in beyanlarına göre, sanık ile Rafiye arasında ensest ilişkiyi çağrıştıracak şekilde davranışların bulunduğu, bu durumdan kuşkulanan maktulün, olay günü saat 01.00 sıralarında eşi Rafiye'nin kahve yaparak sanığın yattığı odaya gittiğini görmesi üzerine eşiyle tartıştığı, tartışma sırasında sanığın maktule, "bu adam kafadan sakat" diyerek hakaret etmesi üzerine maktulün, günlerdir evinde kalan sanığa evini terk etmesini söylemesine karşın, sanığın buna karşı çıkması sebebiyle aralarında kavga başladığı, kavga sırasında sanığın maktulü iki isabetle göğüs ve batın bölgelerinden bıçakladığı, maktulün kızı olan tanık Şeyma'nın anlatımına göre de, öldürülenin bıçaklandıktan sonra tüfekle sanığa vurduğunun anlaşılması karşısında, olayda maktulden sanığa yönelik tahrik oluşturan haksız bir eylem bulunmadığı, aksine, olayı uzunca bir süreçte başlatan ve sürdüren sanığın haksız zeminde bulunduğu dikkate alınmadan, TCK.nun 29. maddesi uygulanarak*

Yargıtay bir diğer kararındaysa bir abinin 15 yaşını doldurmayan kız kardeşine karşı gerçekleştirdiği cinsel davranışlar bakımından her ne kadar *"sanığın üzerine atılı suçu işlediğine dair cezalandırılmasına yeter, her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı gözetilerek müsnet suçtan beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesi"* nedeniyle hakkında verilen mahkumiyet hükmünü bozmuşsa da bu kararın karşı oyundan anlaşıldığı üzere rızanın bulunmadığı ve taraflardan birinin reşit olmadığı olayı ensest kapsamında değerlendirmiştir.[125]

Sonuç

Her ne kadar insanlık tarihi incelendiğinde, toplumların gelişmişlik ve de sosyolojik yapılarından bağımsız olacak şekilde, yakın akrabalarla cinsel ilişkinin kurulması ya da evlenme yasağının varlığının genel olarak kabul edilen bir kural olduğu gözlemlenmekteyse de söz konusu yasağın kapsamının sınırlarının aynı olmadığı görülmektedir. Bu kapsamda ensestin değişken bir zemin içinde yer aldığı belirtilmelidir. Böyle olunca da ensestte üzerinde birliğin sağlandığı bir tanımın varlığından bahsetmek güçleşmektedir.

Çalışmada yer verilen tanımlama girişimlerinden anlaşılacağı üzere rızanın varlığı ya da yokluğu yanında gerçekleştirilen davranışın yalnızca cinsel ilişkiyi mi yoksa cinsel davranışı da mı kapsadığı, ayrıca her iki tarafın da reşit olmasının ya da 18 yaşını doldurmuş olmasının gerekli olup olmadığı hususuna ilişkin bir birliğin olmadığı, ancak her bir tanımlama girişimi bakımından ortak paydayı bu

sanığın cezasından yazılı şekilde indirim yapılması suretiyle eksik ceza tayini," Yargıtay 1. Ceza Dairesi E. 2012/3137 K. 2012/7342 T. 9.10.2012 (www.kazanci.com) (ET:20.05.2021)

125 "*25.11.2000 doğumlu mağdure ... ile sanık ...'ın kardeş oldukları, aynı evde yaşadıkları, sanığın kız kardeşi olan mağdureyi 4-5 yaşlarından başlayarak vücuduna cinsel amaçlı dokunmaya, göğsünü, cinsel organını ve vücudunu ellemeye başladığı, sanığın bu eylemlerini her fırsatta ve mağdure ile yalnız kaldıkları sırada genelde evde kimsenin olmadığı sıralarda yaptığı, önceleri bu hareketlerini mağdurenin kıyafetleri üzerindeyken yaptığı ancak mağdurenin 6-7 yaşlarında olduğu dönemlerden başlayarak sanığın mağdureye karşı cinsel istismar eylemlerini arttırmaya ve yoğunlaştırmaya başladığı, sanığın kızkardeşi olan mağdureye 6-7 yaşlarından başlayıp 13-14 yaşlarına kadar vajinal yoldan organ sormak suretiyle nitelikli istismarda bulunduğu, mağdurenin beyanına göre en son 8. sınıfa giderken bu eylemini gerçekleştirdiği, sanığın eylemini gerçekleştirirken kız kardeşi olan mağdureye ağzını kapatarak cebir uygulayıp eylemlerini gerçekleştirdiği, mağdurenin maruz kaldığı eylemlere direnmesine rağmen sanığın bu direnci makul ölçüde cebir uygulayarak bertaraf ettiği, mağdurenin 13-14 yaşlarından sonra sanık olan abisinden sürekli olarak kaçtığı, evde yalnız başlarına kalmamaya dikkat ettiği, 80. Yıl Cumhuriyet Anadolu Lisesi 12. sınıf öğrencisi olan mağdurenin yaşadıklarına dayanamayarak başından geçen olayları 14.03.2018 tarihinde rehber öğretmenine anlattığı, rehber öğretmenin olayla ilgili olarak tutanak düzenleyip durumu güvenlik güçlerine bildirdiği ve olayın bu şekilde ortaya çıktığı anlaşılmıştır. Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulu'nun 04.04.2018 tarih ve 1027 Sayılı raporunda "litotomi pozisyonunda kolposkopi eşliğinde yapılan genital muayenede, hymenin anüler yapıda olduğu, duvarlarının orta yükseklikte ve esnek yapıda olduğu, fevhasının 3 cm olup ereksiyon halindeki penis ve benzeri cesametteki cismin yırtılmaksızın duhulüne müsait olduğu, eski yada yeni tramvatik bulgu saptanmadığı, mağdurede olaydan kaynaklanmış tramva sonrası stres bozukluğunun tespit edildiğinin bildirildiği anlaşılmıştır. Sanık ...'ın aşamalardaki savunmalarında suçlamayı kabul etmediğini, beyan etmiş ise de, mağdurenin aşamalardaki birbiri ile uyumlu değişmeyen beyanları, mağdurenin abisi olan ve aynı evde yaşayan sanığa iftira etmesini gerektirecek nitelikte herhangi bir hayatın olağan akışına uygun kabul edilebilir bir nedenin bulunmaması, gözetildiğinde, sanığın savunmasının suçtan kurtulmaya yöneliktir. Fail dosya kapsamındaki incelemelere göre ensest ilişkiye ilgi duymaktadır."* Yargıtay 14. Ceza Dairesi E. 2019/7873 K. 2020/4100 T. 16.10.2020 (www.kazanci.com) (ET:20.05.2021)

kimseler arasındaki evlenme yasağının oluşturduğu görülmektedir. Ancak aralarında evlenme yasağı olan kimselerin belirlenmesi bakımından kanun koyucunun sahip olduğu takdir yetkisi, ensestin kapsamını daraltabileceği gibi genişletedebilir. Söz konusu olasılık dahi enseste ilişkin tanım sorunun bizatihi varlığını gösterebilecek niteliğe sahiptir.

Enseste ilişkin olarak tanımlamalardaki farklılık, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesinin ensest kapsamında yer alıp almadığına ilişkin cevabı değiştirecektir. Kaldı ki reşit olmayanla cinsel ilişkinin suçunun yürürlüğe girdiği 1.6.2005 tarihinden bu yana tartışmalı olan hususları bünyesinde barındırması ve halen söz konusu tartışmaların kanun koyucu tarafından çözülmediği dikkate alındığında bu soruya verilecek cevap daha da güçleşmektedir. Nitekim çalışmada da değinildiği üzere örneğin cinsel ilişkinin dahi doktrinde farklı şekilde tanımlanması karşısında söz konusu tanımın da nisbi olduğu ve bu kapsamda değerlendirmelerde hukuki yeknesaklığın sağlanamayacağı, yine bu suçun mağdurunun 15 yaşının dolduran ancak 18 yaşını doldurmayan buna karşın mahkeme kararıyla ya da evlenme suretiyle reşit kılınan bir kimse olup olamayacağı, yine bu suçun her iki tarafın da örneğin 15 yaşını doldurmuş ve de aralarında evlenme yasağının bulunduğu çocuk olması halinde ne olacağına ilişkin doktrinde farklı görüşler yer almaktayken, hukuki güvencenin sağlanmasında güçlüğün söz konusu olacağı belirtilmelidir. Böyle olunca da reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun bizatihi kendisi bakımından tartışmalar devam etmekteyken bir de ensestle ilgili olarak doktrinin ve Yargıtay'ın aynı dili konuşmadığı görülmektedir. Bu nedenle de enseste ilişkin olarak aynı dil konuşulmadığı sürece, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesinin ensest kapsamında yer aldığını ya da yer almadığını söylemek mümkün olmamaktadır.

KAYNAKÇA

24607 sayılı 8.12.2001 tarihli Resmî Gazete

25611 sayılı 12.10.2004 tarihli Resmî Gazete

Ataç, A. S. (2013). Ceza hukuku ve ensest fiiller arasındaki ilişkiye genel bir bakış. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, 19(2), 871-878.

AYM E. 2005/103 K. 2005/89 T. 23.11.2005 (26091 sayılı 25.02.2006 tarihli Resmî Gazete)

Can, C. (2012). Toplumsal insanın evrensel doğası ve cinsel suçlar. Ankara: Siyasal Kitabevi.

Devellioğlu, F. (2015). Osmanlıca – türkçe ansiklopedik lugat. Ankara: Aydın Kitabevi Yayınları.

Genç, Ş. ve Coşkun, S. (2013), Ensest. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (106), 215-260.

Hafızoğulları, Z. ve Özen, M. (2017). Türk ceza hukuku özel hükümler kişilere karşı suçlar. Ankara: US-A Yayıncılık.

https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.sorgu_yonlendirme?d_yy=999&taksim_no=0&teklif_sicil=0&y_d_d_k=0&esas_no=&genel_evrak_tarihi_basla=&genel_evrak_tarihi_bitis=&metin_arama=ensest&icerik_arama= (ET:10.05.2021)

https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-0735.pdf (ET:10.05.2021)

Kanbur, M. N. (2014). 6545 sayılı kanun değişiklikleri çerçevesinde türk ceza kanunu'nda reşit olmayanla cinsel ilişki suçu (TCK m.104). Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16(0), 4139-4210.

Koca, M. ve Üzülmez, İ. (2019). Türk ceza hukuku özel hükümler. Ankara: Adalet Yayınevi.

Köksal, A. (2014). Cinsel özgürlüğe karşı suçlarda yapılan değişiklikler bağlamında 'ensest'in cezalandırılabilirliği. Güncel Hukuk, Kasım, 28-31.

Memiş Kartal, P. (2016). Reşit olmayanla cinsel ilişki (TCK.m.104). Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65(4), 2083-2100.

Mumcu, A. (2010). Türk ceza hukukunda ensest sorunu var mı?. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, I, 261-270.

Özbek, V. Ö., Doğan, K. ve Bacaksız, P. (2020). Türk ceza hukuku özel hükümler. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Soyaslan, D. (2018). Ceza hukuku özel hükümler. Ankara: Yetkin Yayınları.

Şahin, C. ve Özgenç, İ. (2005). Türk ceza hukuku gazi külliyatı. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Şen, E.ve Başarır, T. (2012). Ensest mağdurlarından birisi: kadın. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (99), ss. 317-340.

Taner, F. G. (2017). Türk ceza hukukunda cinsel özgürlüğe karşı suçlar. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Tezcan, D., Erdem, M. R. ve Önok, R. M. (2020). Ceza özel hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Toroslu, N. (2019). Ceza hukuku özel kısım. Ankara: Savaş Yayınevi.

Türk Dil Kurumu (2011). Türkçe sözlük. Ankara: Türk Dil Kurumu Yayınları.

Türk Hukuk Kurumu (1991). Türk hukuk lügatı. Ankara: Başbakanlık Basımevi.

Türkiye Büyük Millet Meclisi, Dönem: 21, Yasama Yılı: 3. (S. Sayısı: 723). Türk Medeni Kanunu Tasarısı ile Türk Kanunu Medenisinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı ve Ankara Milletvekili Yücel Seçkiner'in; Ankara Milletvekili Esvet Özdoğu ve Dört Arkadaşının; Aynı Kanunda

Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifleri ve Adalet Komisyonu Raporu (1/611,1/425, 2/361, 2/680).

Türkiye Büyük Millet Meclisi, Yasama Dönemi 24, Yasama Yılı 4, Sıra Sayısı: 592.

Usta Sayıta, S. (2010). Ensest ilişkiden doğan çocuğu "tanıma yasağı"nın kaldırılmasına eleştirel bir bakış. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (88), 172-194.

Yalçın Sancar, T. ve Yaşar, T. N. (2009). Ensest, "genel ahlak" ve alman anayasa mahkemesi'nin kararı. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (80), 245-297.

Yargıtay 1. Ceza Dairesi E. 2012/3137 K. 2012/7342 T. 9.10.2012 (www.kazanci.com) (ET:20.05.2021)

Yargıtay 14. Ceza Dairesi E. 2011/9207 K. 2013/2448 T. 11.3.2013 **(**www.kazanci.com**)** (ET:14.05.2021)

Yargıtay 14. Ceza Dairesi E. 2013/10944 K. 2014/1294 T. 10.2.2014 (www.kazanci.com) (ET:20.05.2021)

Yargıtay 14. Ceza Dairesi E. 2015/1067 K. 2018/5323 T. 20.9.2018 (www.kazanci.com) (ET:14.05.2021)

Yargıtay 14. Ceza Dairesi E. 2019/7873 K. 2020/4100 T. 16.10.2020 (www.kazanci.com) (ET:20.05.2021)

Yargıtay 18. Ceza Dairesi E. 2015/24103 K. 2016/4793 T. 14.3.2016 (www.kazanci.com) (ET:20.05.2021)

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2007/13408 K. 2008/6544 T. 6.5.2008 (www.kazanci.com) (ET:16.5.2021)

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2010/20886 K. 2011/20844 T. 5.12.2011 (www.kazanci.com) (ET:16.5.2021)

Yargıtay 4. Ceza Dairesi E. 2020/12616 K. 2020/21476 T. 24.12.2020 (www.kazanci.com) (ET:20.05.2021).

Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 2002/5-324, K. 2003/55, T. 25.3.2003 (www.kazanci.com) (ET:15.5.2021)

Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 2018/14-461 K. 2020/323 T. 25.6.2020 (www.kazanci.com) (ET:20.05.2021)

Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 2018/14-461 K. 2020/323 T. 25.6.2020 (www.kazanci.com) (ET:20.05.2021).

Yılmaz, E. (2005). Hukuk sözlüğü. Ankara: Yetkin Yayınları.

ULUSLARARASI
HUKUK
SEMPOZYUMU
International Symposium on Law

KRİPTO PARA VE TÜREVLERİNİN VERGİLENDİRİLMESİ: GELİR VERGİSİ ÇERÇEVESİNDE BİR TARTIŞMA

Arş. Gör. Burhanettin Onur Kireçtepe*
Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi
ORCID NO:0000-0002-4485-3983

Dr. Öğr. Üyesi Emin Barlas**
Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi
ORCID NO: 0000-0002-2900-9055

Öz
Kripto para, bitcoin ve altcoin ve diğer türevlerinin nitelikleri ve özellikle vergisel anlamda nasıl değerlendirileceği tartışılmaktadır. Bu tartışma esasında sadece Türkiye'de yapılmamakta, aksine pek çok farklı ülkede bu tartışma yürütülmektedir. Kimi ülkeler kripto paraların, şimdilik, vergilendirilmemesi taraftarıyken, bazı ülkeler kripto paralar neticesinde elde edilen kazançların ticari kazanç olarak vergilendirilmesi yönünde düzenlemeler yapmış durumda. Bazı ülkeler ise kripto para ticaretini ikiye ayırmış ve "kripto para madenciliğini" ticari kazanç olarak değerlendirirken, kripto paraların alınıp satılması neticesinde elde edilen kazançları da menkul sermaye iradı olarak değerlendirmektedir. Mali Suçları Araştırma Kurulu'nun (MASAK) 1 Nisan tarihinde yapmış olduğu açıklama ile bu tartışmanın en azından vergisel boyutu Türkiye'de de çok daha dikkat çeken bir hal almıştır.
Çalışmada kripto para üzerinden elde edilen kazançların Gelir Vergisi Kanunu (GVK) açısından irdelenmesi yapılacak olup, bu kazançların GVK içerisindeki gelir unsurlarından birisinin içerisinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği açıklanmaya çalışılacaktır. GVK kapsamında yer alan gelir unsurlarından birisinin içerisine girdiği sonucuna varılması halinde ise Anayasa Mahkemesi (AYM) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarını da gözeterek, uzun süredir vergilendirilmemiş olan kripto para kazançlarının yapılacak denetimler neticesinde geçmişe de etki edecek şekilde vergilendirilmesinin kanunilik ilkesi karşısındaki konumu da çalışmada değinilecek bir husus olacaktır.
Anahtar Kelimeler: Kripto Para, Kripto Varlık, Kripto Varlıkların Vergilendirilmesi.

TAXATION OF CRYPTOCURRENCIES AND DERIVATIVES: A DISCUSSION WITHIN THE FRAMEWORK OF INCOME TAX

Abstract
The qualities of crypto money, bitcoin and altcoin and other derivatives and how to evaluate them especially in terms of taxation are discussed. This discussion is not only held in Turkey but on the contrary, this debate is carried out in many different countries. While some countries are in favour of not taxing cryptocurrencies, for now, some countries have decided to tax the earnings from cryptocurrencies as commercial gains. Some countries, on the other hand, divide cryptocurrency trading into two and consider "cryptocurrency mining" as commercial gain, while the earnings from the buying

* Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü Mali Hukuk Anabilim Dalı
** Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Maliye Bölümü

and selling of cryptocurrencies are also considered as securities income. With the statement made by the Financial Crimes Investigation Board (MASAK) on April 1, at least the tax aspect of this discussion has become much more remarkable in Turkey.
In this study, the earnings obtained from crypto money will be examined in terms of Income Tax Law (GVK), and it will be tried to explain whether these earnings can be evaluated in one of the income elements in the GVK. If it is concluded that one of the income elements within the scope of the GVK is included, the position of taxation of crypto money earnings, which have not been taxed for a long time, as a result of the audits, against the principle of legality, taking into account the decisions of the Constitutional Court (AYM) and the European Court of Human Rights (ECHR). It will also be an issue that will be mentioned in this study.
Keywords: Cryptocurrency, Crypto Money, Taxation of Cryptocurrencies

1- Kripto Varlıkların Ne Olduğunun Tespiti

Kripto paraların veya daha doğru bir ifadeyle kripto varlıkların ne olduğunun tespiti, bunların vergilendirilip vergilendirilmeyeceğinin ve vergilendirilecekse de ne şekilde vergilendirileceğinin tespiti açısından önemli olmaktadır.
İlk görüş kripto varlıkların para veya para benzeri olarak kabul edilmesinin doğru olacağını öne sürmektedir.[1] İktisadi anlamda bir şeyin para olarak değerlendirilebilmesi için dört unsuru bir arada barındırması gerekmektedir. Bunlar; bir değişim aracı olarak kullanılma, hesap birimi olarak kullanılmak, tasarruf aracı olarak kullanılmak ve geçmiş borçların ödenmesinin aracı olmaktır.[2] Diğer iki unsuru taşıyıp taşımadıklarının tartışmasına girmeksizin, 16 Nisan 2021 tarihli "ödemelerde kripto varlıkların kullanılmamasına yönelik yönetmelik" yürürlüğe girdikten sonra, ödeme aracı nitelikleri kaybetmeleri sebebiyle kripto varlıkların, bir değişim aracı olma ve geçmiş borçların ödenmesi aracı olma nitelikleri en azından Türk Hukuk Sistemi açısından ortadan kalkmıştır denilmesi olanaklıdır. Mevcut hukuk kuralları içerisinde kripto varlıkların ödeme aracı olarak kullanılamayacağının ifade edilmesi olanaklıdır. Bu bağlamda kripto varlıkların, halk arasında yaygın kullanılan isimlendirmeleri kripto paralar olsa da para olarak değerlendirilmesine olanak olmadığı belirtilebilir.
İkinci görüş kripto varlıkların menkul değer olduğunu öne sürmektedir. Sermaye Piyasası Kanununa göre menkul kıymetler;

"para, çek, poliçe ve bono hariç olmak üzere;
- Paylar, pay benzeri diğer kıymetler ile söz konusu paylara ilişkin depo sertifikalarını,
- Borçlanma araçları ve menkul kıymetlendirilmiş varlık ve gelirlere dayalı borçlanma araçları ile söz konusu kıymetlere ilişkin depo sertifikalarını", içermektedir.

Bu açıdan SPK mevzuatına göre kripto varlıkların menkul kıymet olarak kabul edilmesi olanaklı değildir. Fakat Vergi Usul Kanunun 3. Maddesiyle hukuki geçerlilik kazanan ekonomik yaklaşım ilkesi, kripto varlıkların iktisadi etkisinin menkul kıymet benzeri olduğunun tespiti ile bu nedenle menkul kıymet gibi vergilendirilmelidir görüşünün ortaya çıkmasına olanak tanımaktadır.[3]

[1] Murat Serçemeli, "Kripto Para Birimlerinin Muhasebeleştirilmesi ve Vergilendirilmesi" Finans Politik & Ekonomik Yorumlar (639) Mayıs 2018 : 33-66, s. 37.
[2] Meltem Çakmak, Kripto Paraların Gelişim Süreci, Blok Zincir Teknolojisi ve Kripto Paraların Türkiye'de Vergilendirilmesi, 2019, T.C. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İktisat Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 6.
[3] Yiğit Yıldız, "Kripto Paraların (Bitcoin) Vergilendirilmesi", 2018, Vergi Raporu, S. 221, s. 48.

Emtia olduğu yönündeki görüş ise, alınıp satılabilme özelliğine vurgu yapmaktadır.[4] Fakat bir şeyin emtia olarak tanımlanabilmesi için fiziksel varlığının olması gerektiği savunulabileceğinden ötürü bu görüşü destekleyenler görece azlık görüşü niteliğindedir.

Son olarak, kripto varlıkların, gayrı maddi hak olduğunu öne süren bir görüş de ise, kripto varlıkların, patent, know-how veya isim hakkı gibi gayrı maddi hak olarak değerlendirilmesi gerektiğini öne süren de bir görüş bulunmaktadır.[5] Kripto varlıkların maddi bir varlığının olmayışı tek başına bunları gayri maddi hak haline getirmemektedir. Gayri maddi haklar da alınıp satılabilir niteliktedir fakat bunların alınıp satılmaları, kripto varlıkların alınıp satılması kadar sık ve arka arkaya olmamakta ve kripto varlıklar kadar seri el değiştirmemektedirler. Şöyle ki esas amaçlarının da bu gayrı maddi varlıkların ticaretinin yapılması olduğu değil, bazı teknolojik olarak faydalı veya üretim faktörlerinden yararlanma konusunda yenilik getiren araçları veya teknikleri geliştirenlerin teşviki ve korunması ile birlikte sanat niteliğindeki ürünlerin üreticilerinin teşviki ve korunmasıdır denilebilir. Bu nedenle kripto varlıklarda olduğu gibi, yasal veya yasal olmayan, borsa özelliği gösteren bir piyasaları da yoktur. Bu sebeple kripto varlıkların gayrı maddi hak olarak tanımlanması şeklindeki görüşün doğru olduğunu söylemek güçtür.

Bu nedenler ile kripto varlıklar açısından vergisel anlamda en ideal değerlendirmenin VUK 3. maddesinin de etkisiyle, menkul kıymet benzeri şeklinde yapılacak değerlendirme olduğu öne sürülebilir.

2- Kripto Varlıklardan Gelir Elde Etmenin Farklı Yöntemlerinin Tespiti

Kripto paralarda kazanç üç farklı faaliyetten doğabilmektedir. Bu faaliyetler yapıları gereği farklı gelir unsurları altında değerlendirilebilecek niteliktedir. Yine her birinde vergiyi doğuran olayın birbirinden bağımsız olarak tespitinin yapılması gerekmektedir. Bu faaliyetlerden her biri bir diğerinden farklı gelir unsurunun altında değerlendirilebilecek yapıdadır. Ayrıca üç faaliyetin her biri için vergiyi doğuran olayın meydana geldiği zaman da farklı değerlendirilebilecek niteliktedir. Son olarak farklı gelir unsurlarının altında değerlendirilmelerinin bir sonucu da gelirin elde edilmesi için yapılan hangi tür harcamaların giderleştirilebileceğinde farklılık yaşanmasında ortaya çıkacaktır.

a. Kripto Para Madenciliği ile Kazanç Elde Edilmesinin GVK Bağlamında Değerlendirilmesi

Kripto para madenciliğinin vergilendirilmesi noktasında ortaya çıkabilecek önemli konulardan birisi, ortaya çıkan kazancın hangi gelir unsuru altında değerlendirileceğidir. Kripto para madenciliği açısından değerlendirildiğinde GVK içerisinde yer alan yedi gelir unsurundan en yoğun olarak ticari kazanç veya serbest meslek kazancı içerisinde değerlendirilme ihtimali bulunmaktadır. Her iki gelir unsurunun ortak özelliği olan bir sermayenin varlığı kripto para madenciliğinin yapılabilmesi için gerekli olan teknik araç gerecin alınması noktasında ortaya çıkmaktadır. Burada farklı değerlendirilebilecek durum ise, kripto para madenciliğinin temelde sermayeye mi yoksa şahsi beceriye ve bilgiye mi daha ağırlıklı ihtiyaç duyduğu noktasında meydana çıkmaktadır.

GVK 37. maddede ticari kazanç; "[h]er türlü ticari ve sınai faaliyetlerden doğan kazançlar ticari kazançtır" şeklinde tanımlanmaktadır. Serbest meslek faaliyeti ise GVK 65. maddede de, "sermayeden ziyade şahsi mesaiye ilmi veya mesleki bilgiye veya ihtisasa dayanan ve ticari mahiyette olmayan işlerin … kendi nam ve hesabına yapılması" olarak tanımlanmaktadır.

Bu durumda kripto para madenciliğinin sermayeye mi yoksa şahsi mesaiye veya bilgiye mi dayandığının tespiti önem kazanmaktadır. Bu tespit yapılırken gelirin elde edilmesinde, sermayenin daha önemli olduğu sonucu kabul edilirse ticari kazanç olarak, şahsi mesainin ve bilginin daha önemli olduğu sonucu

[4] Tamer Türkyılmaz, "Kripto para kaynaklı kazançlarda vergileme", 2018, https://goo.gl/gpmYo1, s.e. 30.06.2021

[5] Gökhan Ünalan, Kripto Paraların Vergilendirilmesi, 2019, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Ana Bilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 125.

kabul edilirse serbest meslek kazancı olarak değerlendirilmelidir. Bu noktada kripto para madenciliğinin teknik yönünün de değerlendirilmesi sonucu vergi idaresinin veya yasa koyucunun bir tercih yapmasının gerektiği, aksi halde yapılacak yorumların bir yönüyle eksik veya yanlış olabileceği göz önünde tutulmalıdır.

Vergiyi doğuran olay olarak, madencilik faaliyetinin sonucunda bir kripto varlığın elde edilmesinin değil, bu varlığın satılması neticesinde kazanç elde edilmesinin kabul edilmesi gelirin gerçek anlamda doğuşu bu varlığın satışı olduğundan daha yerinde olarak değerlendirilebilecektir.

Madencilik yapılırken kullanılan elektriğin giderleştirilmesi ve madencilik yapılması için alınan bilgisayarlar ve bilgisayar parçalarının da amortismana tabi tutulmasına da olanak sağlanması gerektiğinin kabulü, GVK sistematiği açısından tutarlı olacaktır. Bir gelirin elde edilmesi için yapılan harcamaların, aksi kanunda açıkça yazılmadığı durumlarda, giderleştirilebilir yapıdadır.

b. Aracılık Faaliyetleri ile Kazanç Elde Edilmesinin GVK Bağlamında Değerlendirilmesi

Kripto varlıkların alınıp satılmasına aracılık edilmesi yoluyla bir kazanç elde edilmesi halinde bu kazancın ticari kazanç olarak değerlendirilmesi gerektiği hususunda öğretide bir görüş birliğinin varlığından bahsetmemiz mümkündür.[6]

Çok istisnai bir halin gerçekleşmesi halinde ise bu kazançların serbest meslek faaliyeti olarak değerlendirilebileceğine dikkat çekmek yerinde olacaktır. GVK sistematiği açısından, kripto varlıkların menkul kıymet kabul edilmeleri ve resmi bir borsaya dahil olmaları halinde bu aracılık faaliyetlerinin GVK md. 66'da belirtilen "bilimum borsa ajan ve acentaları" kapsamına girebileceğini fakat ancak bu şartın gerçekleşmesi halinde bu aracılık faaliyetlerinin serbest meslek kazancı olarak değerlendirilebileceğinin tespitinin yapılması gerekmektedir. Bu bağlamda kripto varlıkların tanımlanmasının önemi bir kez daha ortaya çıkmaktadır.

Aracılık faaliyetinde vergiyi doğuran olay, aracılık hizmetinin verilmesi neticesinde kazanç sağlanması olarak değerlendirilmelidir.

c. Kendi Nam ve Hesabına Kripto Varlıkların Alım Satımı ile Kazanç Elde Edilmesinin GVK Bağlamında Değerlendirilmesi

Kendi nam ve hesabına kripto varlık alım satımı halinde ilk dikkat etmemiz gereken nokta devamlılık unsurunun olup olmadığıdır. Devamlılık unsurunun varlığının tespiti halinde de ticari kazanç olarak mı yoksa menkul sermaye iradı olarak mı değerlendirileceği önem kazanmaktadır.

Burada kripto varlıkların ne şekilde kabul edildiği bu soruya farklı cevaplar verilmesine sebep olacaktır. Kripto varlıklar, menkul kıymet gibi değerlendirilmelidir denildiği takdirde elde edilenin GVK 75. md'de yer alan "ve benzer iratlar" içerisinde olduğunun kabul edilmesi ve menkul sermaye iradı olarak vergilendirilmesi gerekecektir. Kripto varlıkların emtia olduğunu veya gayrı maddi hak olduğunun kabul edildiği takdirde ise ortada bir ticari kazancın olduğundan bahsetmek olanaklı olacaktır.

Devamlılık unsurunun yokluğunun tespiti halinde, değer artış kazancı mı arızi kazanç mı olduğunun değerlendirmesi gerekebilir. Bu durumda elde edilen kazancın değer artış kazancı olmadığını çünkü kripto varlıkların, sıralı sayma yöntemiyle sayılmış bulunan değer artışı kazancına tabi mal ve haklardan birisi olmadığı, bu şekilde bir yorum yapılması halinde ise kanunilik ilkesine aykırı bir uygulama olacağını belirtmek uygun olacaktır. Bu bağlamda, halihazırda devamlılık unsurunun varlığının tespiti halinde altı gelir unsurundan birisinin içerisine girdiğini öngördüğümüz kripto varlıkların kendi nam ve hesabına alınıp satılması neticesinde kazanç elde edilmesinin, devamlı olmayacak şekilde icra edilmesi halinde de arızi kazanç olarak değerlendirilmesi gerektiği savunulabilir.

[6] Ünalan, s. 129.

3- GVK'nin Doğrudan Uygulanması Halinde Karşılaşılabilecek Sorunların Tespiti

Vergileme, anayasal sınırlar dahilinde yürütülmekte olan bir işlemdir, vergilemenin anayasal sınırlarından birisi de kanunilik ilkesidir.[7] Hatta bu ilkenin tarihsel gelişimine baktığımızda vergilemenin en önemli anayasal sınırı olduğundan dahi bahsetmek olasıdır.[8] Kanunilik ilkesi, bir olayın vergilendirilebilmesi için hakkında bir vergi kanunun olması ve ilgili kanunda vergiyi doğuran olay olarak tanımlanmış olmasını şart koşar. Kanunilik ilkesine anayasal bir güvence veren Anayasanın 73. maddesi de "vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir, kaldırılır" şeklindeki hükmü ile kanunilik ilkesinin geniş yorumlanması gerektiğini düzenlemektedir.

Vergilerin kanuniliği ilkesi, aynı zamanda vergi yüküne doğrudan etki eden; mükellef, vergiyi doğuran olay, verginin konusu, muafiyet ve istisna halleri ile verginin matrahı, oranı ve tahsil zamanı ve şekli gibi, esaslı unsurlarının da kanunla düzenlenmesi anlamına gelmektedir.[9] Kanunilik ilkesi; yasama organı dışında yer alan organların mali yük getirecek veya mali yüke benzer etki doğuracak şekilde düzenlemeler yapamamasını da içermekte olup bu sebeple bu ilkenin katı yorumlanması esastır.[10] Bu nedenle de kanunilik ilkesinin özünün; mali yük doğuracak veya mali yükü arttıracak düzenlemelerin ve uygulamaların ancak ve sadece yasama organı tarafından ve bir kanunla yapılması şeklinde tanımlanması mümkündür.

Hukuki güvenlik ilkesinin vergi hukukundaki görünüş şeklinin kanunilik ilkesi olduğu veya kanunilik ilkesi ile hukuki güvenlik ilkesinin vergi hukukunda daha da katı bir şekilde uygulandığı söylenebilir.[11] Hukuki güvenlik ilkesinin bir parçası olan vergide belirlilik ilkesi[12] bu yönüyle vergi hukukunda kanunilik ilkesinin de bir parçası olarak değerlendirilebilecek kadar sıkı sıkıya bu ilkeyle de bağlı olarak değerlendirilebilir.

Kanunilik ilkesi öncelikle şekli anlamda bir kanunu şart tutmaktadır. Bu noktada GVK'nin varlığının kripto varlıkların vergilendirilmesi için yeterli olduğundan bahsetmemiz olanaklıdır ancak AYM içtihatlarında sıkça vurgulandığı gibi bu tek başına yeterli değildir.[13] Kanun metninin ve uygulamasının bireylerin davranışlarının sonuçlarını öngörebileceği ölçüde belirlilik taşıması, kanunilik ilkesinin bir başka unsurudur.[14]

Fakat belirlilik ilkesi açısından, idarenin ilgili vergilendirilebilir alanı vergilendirmeyeceği yönünde de bir beklenti oluşması gerektiği, bu açıdan İş Bankası kararına[15] ve bununla bağlantılı davalara konu olan olayların, hem çok daha uzun bir süre idarece vergilendirilmeyen bir alanın varlığı ve bununla birlikte idarenin defaatle yaptığı vergi incelemeleri sırasında bu alanın vergilendirilmesi gerektiği yönünde bir tespit yapmamasının bu alanın vergilendirilmeyeceği noktasında mükellefler nezdinde bir beklenti yarattığını ve idarenin yerleşik olan bu görüşünün değişmesi neticesinde geçmişe yönelik olarak yapmış olduğu cezalı tarhiyatın belirlilik ilkesi bağlamında hak ihlali şeklinde değerlendirildiğini öne çıkartan bir yorum da yapılabilir. Bu durumda ise idarenin bu zamana kadar hiç denetim yapmadığı bir

[7] Doğan Şenyüz, Mehmet Yüce, Adnan Gerçek, Vergi Hukuku, Ekin, 2019, 10. Bası, Bursa, s. 29.
[8] Yusuf Karakoç, "Anayasal Vergilendirme İlkeleri Üzerine Bir Değerlendirme", 2013, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, Özel S., s.1259-1308, s. 1264.
[9] Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu, Nami Çağan, Cenker Göker, Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, 2020, 29. Bası, Ankara, s. 16.
[10] Şenyüz, Yüce, Gerçek, s. 30.
[11] Şenyüz, Yüce, Gerçek, s. 31.
[12] Öncel vd. s. 50.
[13] Türkiye İş Bankası A.Ş. [GK], § 41
[14] Türkiye İş Bankası A.Ş. [GK], §§ 44-60
[15] Türkiye İş Bankası A.Ş. [GK].

alanda beklenti oluşturacak kadar yeknesak bir uygulaması olduğundan bahsetmek de olanaklı değildir yorumu yapılabilecek ve kripto varlıkların vergilendirilmesinin önünde bir engel olmadığı söylenebilecektir.

Öngörülebilirlik veya belirlilik ilkesi de, kanuniliğin bir parçası olarak gündeme gelecek ve kanunilik ilkesi ile belirlilik ilkesinin arasındaki bağlantıyı en net ortaya koyan AYM kararlarından olan İş Bankası A. Ş. kararında belirtildiği "*"Öngörülebilirlik"* ise, hukuk kuralının uygulanması hâlinde doğabilecek sonuçların, önceden tahmin edilebilmesi anlamına gelmektedir"[16], şeklinde tanımlanacaktır. Bu çerçevede bir kanunun sadece varlığı, tek başına kanunilik ilkesinin gereklerini sağlamayacaktır. Kanunların uygulanmalarında ortaya çıkan istikrar kazanmış yorumlar da mükellef nazarında bir beklenti yarattığı ölçüde hukuken korunmaya mahzar olacaktır. Aynı kanunun metninde bir değişiklik yapılmaksızın idarece yapılacak yorumun değiştirilmesi halinde, mükelleflerin geçmiş yıllarda var olan idare yorumuna uygun yaptıkları işlemlerin hukuken korunması da belirlilik ilkesinin mali hukuka yansımasıdır.

Öngörülebilirlik ve belirlilik ilkesinin bir görünümü de; kanunun lafzının hem mükellefler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılabilir ve uygulanabilir nitelikte olmasının gerekliliğidir.[17] Vergi kanunlarının yapısı gereği bu açıklık kimi zaman ancak idarenin yerleşik uygulamaları veya mahkemelerin yerleşik içtihatlarının varlığı ile sağlanabilmektedir.[18] GVK'nin lafzının hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir nitelikte olmadığının sorulmasına sebep olacaktır. Bu soruya olumlu yanıt vermemiz ise olanaklı değildir. Bu noktada her ne kadar kripto varlıklardan elde edilen kazançların GVK'nin gelir unsurlarına dahil oldukları ve bunun kanunilik şartını sağladığı öne sürülebilecek olsa da, vergi idaresinin yıllardır bu konuda hareketsiz kalmasının, bireylerin davranışlarının sonuçlarını öngörmelerini engellediğinden bahsetmek olasıdır. Bu kapsamda siyasi iradenin bundan sonra kripto paradan elde edilen kazançların vergilendirilmesini istemesi halinde GVK'nin mevcut haliyle kanunilik ilkesini sağlamada yeterli olacağı ancak belirliliğin sağlanması için ilgili kanunun nasıl yorumlandığı noktasında, tartışmaya mahal vermeyecek netliğin saplanması gerektiği ileri sürülebilir. Ve ancak bu belirliliğin sağlanması ile ve belirliliğin sağlandığı tarihten itibaren bu kazançlar üzerinden gelir vergisi tarhiyatı yapılması ileride ortaya çıkabilecek hukuki ihtilafları önleyebilecektir.

Kripto varlıkların muhasebeleştirilmesinde, defter ve belge düzeninde karşılaşılabilecek sorunlar olacağından bahsedilmesi olanaklı olsa da, Türk Vergi Sisteminin beyana dayalı bir sistem olması da dikkate alındığında, bu sorunların pek çok diğer gelir türünde ortaya çıkabilecek sorunlardan daha büyük olmayacağı düşünülebilir. Fakat bu her halükârda mevcut çalışmanın kapsamı dışındadır ve başka çalışmaların konusu olması olasıdır.

Sonuç

GVK'nin mevcut haliyle de kripto varlıklar üzerinden elde edilen kazançların vergilendirilmesine olanak sağladığını daha önce de belirtmiştik. Fakat, mevcut tartışmalara açıklık getirmek ve ileride ortaya çıkabilecek hukuki ihtilafların önüne geçmek için, kripto para faaliyetlerinin hangi gelir unsuru içinde değerlendirileceğinin kanunda yapılacak bir değişiklik ile netleştirilmesinde fayda bulunmaktadır.

Mevcut kanunun, geçmişte ortaya çıkmış bulunan kripto varlıklardan elde edilen gelirlerin vergilendirilmesine kanunilik ilkesi ve belirlilik ilkesi nedeniyle olanak olmadığı ileri sürülebilir. Son

[16] Türkiye İş Bankası A.Ş. [GK], § 52
[17] Türkiye İş Bankası A.Ş. [GK], § 42
[18] Türkiye İş Bankası A.Ş. [GK], § 61

beş yıla yönelik yapılacak bir inceleme neticesinde geçmişe dönük olarak cezalı tarhiyat yapılmasının çok ciddi hukuki ihtilaflara sebep olabileceği de öngörülebilir.

Mevcut kanunda bir değişiklik yapılmadan, sadece idarenin geleceğe yönelik olarak kanunu farklı yorumlayacağını ve kripto varlıklardan elde edilen gelirleri hangi gelir unsuru içerisinde değerlendireceğini, bir genel tebliğ ile duyurması AİHM açısından belirlilik şartını sağlayabilecekken, bu durumun AYM açısından belirliliği sağlayacağı daha şüphelidir. Fakat bir asgari şart olarak geleceğe yönelik vergileme yapılmasının sağlanması için gerekliliğinden bahsedilebilir. Bütün bu değerlendirmeler ışığında izlenecek en ideal yolun, kripto varlıkların hem hangi gelir unsuru altında değerlendirileceği noktasında oluşabilecek ihtilafları da engelleyecek netlikte bir yasal düzenleme yapılması olduğunun söylenmesi yanlış olmayacaktır.

Kaynakça

Çakmak M., Kripto Paraların Gelişim Süreci, Blok Zincir Teknolojisi ve Kripto Paraların Türkiye'de Vergilendirilmesi, 2019, T.C. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İktisat Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

Karakoç Y., "Anayasal Vergilendirme İlkeleri Üzerine Bir Değerlendirme", 2013, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, Özel S., s.1259-1308.

Öncel M., Kumrulu A., Çağan N., Göker C., Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, 2020, 29. Bası, Ankara.

Serçemeli M., "Kripto Para Birimlerinin Muhasebeleştirilmesi ve Vergilendirilmesi" Finans Politik & Ekonomik Yorumlar (639) Mayıs 2018 : 33-66.

Şenyüz D., Yüce M., Gerçek A., Vergi Hukuku, Ekin, 2019, 10. Bası, Bursa.

Türkiye İş Bankası A.Ş. [GK], B. 2014/6192.

Türkyılmaz T., "Kripto Para Kaynaklı Kazançlarda Vergileme", 2018, https://goo.gl/gpmYo1, s.e. 30.06.2021

Ünalan G., Kripto Paraların Vergilendirilmesi, 2019, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Ana Bilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

Yıldız Y., "Kripto Paraların (Bitcoin) Vergilendirilmesi", 2018, Vergi Raporu, S. 221, s. 43-5

ULUSLARARASI
HUKUK
SEMPOZYUMU
International Symposium on Law

ILO NORMLARI VE ELEŞTİRİLERİ BAĞLAMINDA TÜRKİYE'DE GREV ERTELEMELERİ

Arş. Gör. Mihriban Şengezer[1]

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültes

ORCID NO: 0000-0003-3965-4733

Öz

İşçilerin sermaye sahibi güçlü işveren üzerinde baskı kurmak suretiyle taleplerini kabul ettirebilmek için en güçlü silahını oluşturan grev hakkı çağdaş demokrasinin bir unsuru olarak uluslararası belgelerde ve sözleşmelerde, demokratik ülkelerin anayasalarında düzenlenmiş ekonomik ve sosyal bir haktır. Eşit olmayan taraflar arasında menfaat dengesini sağlamasının yanında kullanıldığı dönem içerisindeki koşullar sebebiyle sağlık ve güvenlik gibi sebeplerle kamu düzenini olumsuz yönde etkileyebilmektedir bu durumda korunması gereken menfaat kamu düzenine ilişkin olacağından grev hakkı sınırlanabilecektir. Türk hukukunda da Anayasanın 54. maddesi ile işçilere tanınan bu hakkın belli durumlarda yasaklanabileceği veya ertelenebileceği hükme bağlanmıştır. Şüphesiz ki grev hakkının asıl, sınırlamanın ise istisna teşkil ettiği hususu göz önünde bulundurulmadan yapılan düzenlemeler Türkiye'nin grev hakkına yaklaşımı konusunda uluslararası çevrelerden ve ILO'dan eleştiri toplamıştır. Anayasal grev hakkına ve buna bağlı olarak kollektif sendika özgürlüğüne getirilen, en çok tepki toplayan sınırlama grevin ertelenmesi kurumu olmuştur. 1961 Anayasasında grev hakkının tanınmasıyla çıkarılan 275 sayılı kanundan itibaren hukukumuzda varlığını devam ettiren erteleme kurumu dayandırıldığı gerekçelerin geniş takdir yetkisine yol açacak kadar muğlak ifadeler içermesi, erteleme kararının alındığı mercii, son olarak da erteleme sonunda grevin devam etmeyip zorunlu tahkim öngörülmesi suretiyle dolaylı olarak grev yasağına dönüşmesi sebeplerinden dolayı anayasal grev hakkının özüne dokunacak şekilde sınırlanmasına yol açtığı gerekçesiyle ILO ve AB raporlarında eleştirilmiş ve tepki toplamıştır. Mamafih eleştiriler göz önüne alınarak çağdaş demokrasiye uygun olacak şekilde yalnızca olağanüstü ve zorunlu durumlarda temel hizmetler sunan işkollarına

[1] Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku ABD Araştırma Görevlisi. Orcid no: 0000-0003-3965-4733.

uygulanması gereken erteleme kurumunun kapsamının daraltılması bir yana yeni düzenlemeler ile kapsamı daha da genişletilmiştir. Çalışmamızda 87 ve 98 sayılı ILO sözleşmeleri ve ILO'nun ülkemiz hususunda tuttuğu raporlar çerçevesinde hukukumuzda grev ve grev ertelemesi kurumu 275 sayılı kanundan 6356 sayılı kanundaki düzenlemelere kadar olan süreç içerisinde incelenecek, Danıştay ve Anayasa Mahkemesinin grev ertelemesi kurumuna yönelik kararları bu bağlamda değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Grev hakkı, toplu pazarlık hakkı, grev ertelemesi.

GREV KAVRAMI ve GREV HAKKI

Sosyolojik olarak, mesleki bir grubun toplu ve iradi olarak işi bırakmak suretiyle karşı koymak istediği bir durum ya da gerçekleşmesini istedikleri talepleri için direnmeleri anlamına gelen grev kavramı esasında toplu bir eylemi ifade eder.[2] Dolayısıyla geniş anlamda ele alındığında bir toplu eylemin grev olarak nitelendirilebilmesi için işin iradi olarak ve topluca bırakılması unsurlarını taşıması yeterli olup bu bağlamda grev yapan süjelerin bağımlı ya da bağımsız çalışan olmaları önemli değildir.[3]Hukuki anlamda grev ise bağımlı çalışanların iradi olarak topluca işi bırakmalarını ifade etmektedir. [4] Hukuki anlamda grev iş akdinin diğer tarafı olan, çalışma şartlarını belirleme yetkisine sahip olan işverene yönelmekle birlikte istisnai olarak kimi zaman kamu otoritelerine veya iş akdinin dışında bulunan üçüncü kişilere de yönelebilir.[5]

Grev, bağımlı çalışan işçilerin taleplerinin sermaye sahibi işverence yerine getirilmesini sağlayan bir iş mücadelesi aracı olup işçinin aslında işverene karşı sahip olduğu en güçlü silahıdır. Klasik anlamda grevde işçiler sosyal ve ekonomik taleplerinin kabulü için toplu olarak işi bırakarak işyerindeki faaliyeti kısmen ya da tamamen durdurmakta ve işveren üzerinde ekonomik bir baskı oluşturmaktadır. Bir nevi işçi ve işveren taraflar arasında bir güç denemesi olarak da nitelendirilebilecek olan grevde işçiler ücret ve bazı diğer işçilik alacaklarından geçici olarak vazgeçerek işverene ekonomik olarak zarar verme

[2] **Sur M.** (1987). Grev Kavramı. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları. s. 7. **Sur M.** (2020). Toplu İlişkiler. İstanbul: Turhan Kitabevi. s. 426. **Narmanlıoğlu Ü.** (1990). Grev. Ankara. s.54 .**Tuncay A.C. ve Savaş Kutsal B.** (2019). Toplu İş Hukuku. İstanbul: BETA. s.406. **Gürsel İ.** (2016). İdari Kararla Greve Müdahale. Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi. 18/4. s. 619.

[3] **Narmanlıoğlu Ü**. Grev. s.52. **Sur M**. Grev, s. 8. **Gürsel İ.** s.619.

[4] **Narmanlıoğlu Ü**. Grev s. 1. **Narmanlıoğlu Ü.** (2016). Toplu İş İlişkileri. İstanbul: BETA. s. 553.**Tuncay A.C. ve Savaş Kutsal B.** s.406.

[5] **Sur M**. Grev. s.21. **Narmanlıoğlu Ü.** Toplu İlişkiler. s.553.

niyetiyle çalışma şartları üzerindeki taleplerinin kabulü için direnmektedir.[6] İşin tamamen bırakılması ve üretimin kısmen ya da tamamen durması karşısında uğranılan ekonomik zarara işverence katlanılıp katlanılmayacağı ve bunun sonucunda işçilerin taleplerine boyun eğilip eğilmeyeceği işçiler tarafından yapılan grev toplu eyleminin başarılı olup olmadığını belirleyecektir.

İkinci Dünya Savaşından sonraki dönem itibariyle mevcut çalışma şartlarının iyileştirilmesi, korunması ya da değiştirilmesi amaçlarıyla işveren üzerinde baskı kuran işçiler tarafından yapılan klasik anlamdaki grev yıllar içerisinde değişik amaçlarla da (dayanışma grevi, siyasi grev gibi) yine ekonomik baskı kurarak toplumsal, siyasi yapılarda değişikliğe gidilmesi için de yapılmaya başlanmıştır.

Grev uzun bir süre şiddet olgusu olarak kabul edilmiş, [7] ülke ekonomisini zor duruma sokması ve iş akdi içerisinde işçinin asli edim yükümlülüğü iş görme borcunu ifa etmemesine sebep olduğu için ahde vefa ilkesine de ihlal teşkil ettiği gerekçesiyle yasaklanan bir eylem olmuştur.[8]Grev, demokratik toplumlarda tanınmasıyla birlikte işçi-işveren tarafları arasında bir 'denge unsuru'[9] görevi görmeye başlamıştır. Grevin kapsamı ve anlamı her hukuk sistemine göre ülkeden ülkeye farklılıklar göstermektedir. Dolayısıyla grev bazen bir hak bazen de bir özgürlük olarak farklı hukuk sistemlerinde farklı şekillerde karşımıza çıkmaktadır. Grev bir özgürlük olarak ele alındığı vakit başkalarına bu özgürlüğün kullanılmasına engel olma yetkisi verilebilmektedir ancak hak olarak düzenlendiği durumlarda tam aksine üçüncü kişilere ve devlete hakkın kullanılmasına müdahale etmememe yükümlülüğü getirecektir.[10] Hakkın hukuki niteliği itibariyle ise 'kolektif' bir haktır. Zira anayasada işçilere tanınmış olsa da yapılan eylemin grev niteliği taşıyabilmesi için toplu olarak icra edilmesi gerekmektedir. [11]

Grev hakkı modern iş hukuku içerisinde işçinin sahip olduğu en temel haklardan olup sosyal ve ekonomik haktır. Toplu iş sözleşmesi özerkliğinin sağlanmasının temel yapıtaşlarından biri olan grev hakkı, bu özerkliğin diğer iki unsuru olan sendika hakkı ve toplu iş sözleşmesi yapma hakkına da işlerlik

[6] **Narmanlıoğlu Ü**. Grev. s.6. **Tuncay A.C ve Savaş Kutsal B.** s.406.
[7] **Kandemir M.** (2011). Grev Hakkı ve Sınırlandırılması, İş Dünyası ve Hukuk, Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan. İstanbul. s.300.
[8] **Sur M.** Grev. s. 2. **Narmanlıoğlu Ü.** Grev s. 9.
[9] **Narmanlıoğlu Ü.** Toplu İlişkiler. s. 556.
[10] **Kaboğlu İ.** (1989). Kolektif Özgürlükler. Diyarbakır: DÜHF Yayınları.s.15. **Tanör B.** (1978). Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar. İstanbul: May Yayınları. s.269. **Tuncay A.C ve Savaş Kutsal B.** s. 408.
[11] **Kaboğlu İ**. s.87. **Sur M.** Grev. s.92. Grev hakkının hem ferdi hem de kolektif niteliğe haiz *çifte görünümlü bir hak* olduğuna dair yabancı hukuk doktrinlerindeki görüşler için bkz. **Narmanlıoğlu Ü.** Grev. s.11-12.

kazandırmaktadır.[12] Çoğulcu demokrasilerde bir hak olarak kabul edilen grev 20. Yüzyıldan sonra düzenlemelere konu olmuş ve vurgulandığı üzere bağımlı çalışanların yani işçilerin işverenler üzerinde baskı kurarak taleplerini kabul ettirebilmek amacıyla işlerini topluca bırakmaları olarak hukuki anlamda kabul edilmekte ve düzenlenmektedir.[13] Bazı ülkelerde bağımlı çalışan statüsünde memurlara da grev hakkı tanınmış ancak ülkemizde memurlara grev yasağı getirilmiş, bu hak yalnızca iş akdi ile çalışan işçilere tanınmıştır. Grev hakkı; bu hakkın aktif süjeleri olan işçilere, grev süresince işverenden alınacak herhangi bir izne tabi olmaksızın iş görme borcundan kaçınabilme ve grev sonunda da aleyhlerinde herhangi bir olumsuz sonuç doğmadan işlerinin başına tekrardan dönebilme yetkisini vermektedir[14]. Grev hakkı, bu hakkın pasif süjesi konumunda olan işverenin grev süresince işçilerin yapmış oldukları devamsızlık ve iş akdinden kaynaklanan iş görme borcunun ihlali sebepleriyle iş akitlerini feshetme hakkını da elinden almaktadır. Grev süresince tarafların iş akdinden doğan iş görme ve ücret ödeme borçları askıda kalmaktadır.

Grev bir hak olarak uluslararası anlamda ilk kez 1961 Avrupa Sosyal Şartının 6. Maddesinde düzenlenmiştir.[15] Tebliğ konumuz bakımından ILO açısından grev hakkının ele alınışı incelendiğinde aslında ILO'nun Sendika Özgürlüğüne ve Örgütlenme Hakkına İlişkin 87 Sayılı Sözleşmesinde ve 98 Sayılı Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı Sözleşmesinde grev hakkının açıkça düzenlenmediği görülmektedir. Bu sebeple 2012 yılında düzenlenen Uluslararası Çalışma Konferansında işveren kanadınca grev hakkının ILO tarafından da hiçbir sözleşmesinde yer vermediği gerekçesiyle tanınmadığı iddia edilmişse de [16] ILO Uzmanlar Komitesi ve Sendika Özgürlüğü Komitesi sözleşmelerin yorumundan çıkarılabileceği üzere grev hakkının sendika özgürlüğü ve haklarının ayrılmaz bir parçası olduğu dolayısıyla da ILO tarafından da tanındığı ve korunduğunu belirtmiş bunu da 87 Sayılı Sözleşmenin 3. Maddesinde geçen '*'Çalışanların ve işverenlerin örgütleri…… yönetim ve etkinliklerini düzenlemek ve iş programlarını belirlemek hakkına sahiptirler.*'' ibaresine

[12] **Gernigon B. ve Odero A. ve Guido H.** (2000). ILO Principles Corcerning The Right To Strike. Geneva: International Labour Office. s.24. **Ulucan D. ve Baskan E**. (2019). Türk İş Hukukunda Grevin Ertelenmesi ve Konuya İlişkin Bir Anayasa Mahkemesi Kararının Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan, İstanbul. s.176.
[13] **Esener T.** (1987). İş Hukuku. Ankara. s.587.
[14] **Narmanlıoğlu Ü.** Grev. s.9.
[15] Grev hakkının uluslararası belgelerdeki yerine dair detaylı bilgi için bkz. **Öztürk B.**(2016) .Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Grev(Toplu Eylem)Hakkının Değerlendirilmesi Üç Farklı Yargıtay Kararı Işığında Toplu Eylem Hakkı, Çalışma ve Toplum Dergisi. 51. s.1796-1807.
[16] The Right to Strike And The ILO The Legal Foundations (2014). s.7.

dayandırmıştır.[17] Yine grev hakkının engellenmesi de bu sözleşmelerden çıkarılacak yoruma göre 87 Sayılı Sözleşmenin 8 ve 10. Maddelerine de aykırı olacaktır.

Aynı şekilde ILO anayasasında da akit tarafların bu anayasayı onaylamakla birlikte sendikal özgürlük ilkesini sağlamayı kabul edecekleri düzenlenmiş ancak grev hakkından açıkça söz edilmemiştir. 87 sayılı sözleşme bağlamında yapılan yorum burada da yapılmalı ve burada anılan akit taraflarınca sağlanması gereken sendikal özgürlükler içerisinde grev hakkının da bulunduğu ve böylece grev hakkının ILO Anayasası tarafından kabul edilip korunduğu kabul edilmelidir.[18]

Grev hakkının bağımlı çalışanlara tanınan bir hak olduğundan mütevellit işçi ve memurlara tanınabileceğinden, ülkemiz hukukunda ise memurlara bu hakkın tanınmadığından yukarıdaki paragraflarda söz etmiştik. ILO ise bu bağlamda devlet adına kamu hizmetinde çalışanlardan yalnızca hizmetin grev sebebiyle kesintiye uğraması durumunda kamu güvenliği ve kamu sağlığını etkileyebilecek hizmetlerde çalışanların grev haklarının sınırlanabileceği ya da yasaklanabileceğini belirtmiştir. [19] 87 Sayılı Sözleşmenin 9. Maddesinde de bu durumu düzenlemiştir.

Hukukumuzda ise grev hakkı ilk kez 1961 Anayasası ile tanınmış ve bu bağlamda da 275 sayılı TİSGLK ile yasal olarak düzenlenmiştir. 12 Eylül 1980 döneminde tüm grev ve lokavtların askıya alınması işçi sınıfı üzerinde yıkıcı bir etkiye sebep olsa da bu olağanüstü dönem sebebiyle grev hakkının kullanılmasına getirilen geçici sınırlamalar kaldırılmış ve 1982 Anayasası ile grev hakkı yeniden düzenlenmiştir. 1982 Anayasası'nın 54. Maddesi ile grev hakkının anayasal sınırları belirlenmiş, grev hakkının kullanılmasına ilişkin düzenlemelerin ve usuli süreçlerin ise kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Anayasanın bu hükmü karşısında grev hakkı önce 2822 sayılı kanunla düzenlenmiş, ardından 2010 yılında 5982 sayılı kanunla Anayasada yapılması öngörülen değişikliklerde sendikal hak ve özgürlüklere yönelik olarak ülkemiz hukukunda ILO başta olmak üzere uluslararası toplumdan gelen eleştiriler de dikkate alınarak yeniden düzenleme yapılmış ve bunun sonucunda grev hakkı 6356 sayılı kanunda düzenlenmiştir.

Anayasa madde 54 hükmünden hareket edildiğinde hukukumuzda işçilere tanınan grev yapma hakkının yalnızca menfaat uyuşmazlıklarında söz konusu olduğu ve toplu iş sözleşmesinin uygulanması sırasında

[17] **Gernigon B. ve Odero A. ve Guido H.** s.8. **Gravel E. ve Duplessis I. ve Gernigon B.** (2002). The Commitee on Freedom of Association: It's Impact over 50 Years. Geneva: International Labour Office. s.44.
[18] **Gernigon B. ve Odero A. ve Guido H.** s.22-23.
[19] **Gravel E. ve Duplessis I. ve Gernigon B.** s.44.

ortaya çıkabilecek hak grevlerine izin verilmediği görülmektedir. Yine aynı maddenin açıkça grev hakkının kullanılmasındaki sınırları '' *Grev hakkı ve lokavt iyi niyet kurallarına aykırı tarzda, toplum zararına ve millî serveti tahrip edecek şekilde kullanılamaz*'' demek suretiyle de belirlediği görülmektedir. Yine grevin anayasal bir hak olmasından dolayı bu haktan feragat edilemeyeceği ya da bu hakkın kullanımının sözleşmelerle sınırlanamayacağı da 6356 sayılı kanunun 66/1. Maddesinde düzenlenmiştir bu kuralın istisnasını ise aynı kanunun 52/3. Maddesi oluşturmaktadır buna göre taraflar toplu menfaat uyuşmazlıkları söz konusu olduğunda özel hakeme başvurma hususunda anlaşırlarsa ancak o durumda greve ilişkin hükümler uygulanmayacaktır.

Grev hakkının anayasal temelde düzenlendiği 54. Madde yukarıda da belirtildiği üzere greve ilişkin bazı hususların düzenlenmesini kanun koyucuya bırakmıştır. Öncelikle grevin anayasada yapılmayan tanımı, Türk toplu iş hukuku bakımından grev hakkından ne anlaşılması gerektiği 6356 sayılı kanun 58/1'de kanun koyucu tarafından kaleme alınmıştır. Kanun koyucu; öncelikle yapılan eylemin grev sayılabilmesi için gerekli unsurlar üzerinden bir grev tanımı oluşturmuş , eylemin bu tanıma uyması durumunda da yasal olup olmadığının belirlenebilmesi için gereken unsurlara yer vermiştir. [20]

6356 sayılı kanun bir eylem olarak grevi '' *İşçilerin, topluca çalışmamak suretiyle işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla, aralarında anlaşarak veya bir kuruluşun aynı amaçla topluca çalışmamaları için verdiği karara uyarak işi bırakmalarına grev denir.*'' şeklinde tanımlamıştır. Bu tanıma göre işçiler tarafından yapılan toplu bir eylemin grev niteliği taşıyabilmesi için hukuk sistemimiz maddi ve manevi unsurları aramaktadır. Maddi unsur olarak işçilerin işi bırakması aranırken manevi unsur olarak ise işçilerin iş bırakma eylemini bu hususta anlaşma ya da bir kuruluşun kararına uyarak bırakmalarını kastedilmektedir.[21]

İşçiler tarafından yapılan bir toplu eylemin maddi ve manevi unsurları taşıyarak grev niteliğini alması hukukumuz açısından kanuni bir grev olarak sayılması için yeterli değildir kanun koyucu bu hususu 58/2. Maddede ''*Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması hâlinde, işçilerin ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını korumak veya geliştirmek amacıyla, bu Kanun hükümlerine uygun olarak yapılan greve kanuni grev denir.* '' şeklinde düzenlemiştir. Buna göre bir grevin kanuni bir grev sayılabilmesi için grevin toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında mesleki amaç

[20] **Şahlanan F.** (2020). Toplu İş Hukuku, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık. s.541. **Sur M.** Grev. s.2.
[21] Fransız hukukunda baskı amacı da maddi ve manevi unsurların yanında işçiler tarafından gerçekleştirilen toplu bir eylemin grev olarak nitelendirilmesinde bir unsur olarak kabul edilmektedir.

ile yapılması, kanuni usule uygunluk ve grevin yapılacağı işte bir grev yasağının bulunmaması gerekmektedir. [22] Bu unsurlara uyulmaksızın, amaca veya kanuni usule aykırı olan, grev yasağı veya engelinin bulunduğu durumlar da bu yasak ya da engele uyulmaksızın yapılan grevler hukukumuzda kanun dışı sayılmıştır.(md.58/3). Hukukumuzda ancak yasal grev bir toplu pazarlık unsuru olarak kabul edilmiştir bu yaklaşım ILO Sendika Özgürlüğü Komitesi yaklaşımından uzaktır zira komiteye göre grev hakkı yalnızca toplu iş sözleşmesinin yapılması esnasında ortaya çıkan uyuşmazlıklarla sınırlandırılmamalıdır.[23]

Grevin yasal bir grev olarak kabul edilebilmesi için belirttiğimiz üzere grev yasağı veya grev engeli bulunmamalıdır. Hukukumuzda sendikal özgürlüklerin sağlanması adına grev hakkına getirilen yasaklar ve idari kararlarla grevlerin ertelenmesi yoluyla engellenme prosedürü 275 sayılı kanun döneminden 2822 sayılı kanun dönemine ve günümüzde 6356 sayılı kanun dönemi de dahil olmak üzere ILO ve uluslararası toplum tarafından en fazla eleştiri aldığımız konu olmuştur. ILO'nun denetim organları hukuki düzenlemelerimizde grevin yasaklandığı veya idari kararla engellendiği durumların oldukça fazla olduğunu denetim raporlarında belirtmiş grevin hak yasaklanmasının veya ertelenmesinin istisna olduğu gerçeği karşısında Türkiye'deki uygulamalar ,başta ILO Türkiye raporlarında olmak üzere AB İlerleme Raporlarında da oldukça eleştirilmiştir.

Grev hakkı sınırsız değildir. ILO Örgütlenme Özgürlüğü Komitesi kararlarında da grev hakkının kanunla getirilen makul sınırlamalar içerisinde kullanılabileceği belirtilmektedir. [24] Komite bu bağlamda grevin iki durumda yasaklanabileceği veya sınırlanabileceğini belirtmiştir bunlardan biri '' *Bir grevin yasaklanabileceği koşullara karar vermek için belirlenmesi gereken ölçüt, nüfusun tamamı ya da bir kısmının yaşamına, kişisel güvenliğine ya da sağlığına açık ve yakın bir tehlike oluşturması (para. 469; 346. Rapor, Vaka No. 2488)*[25]'' diğeri ise kamu görevlileri bakımından '' *Grev hakkı (1) devlet adına yetki kullanan kamu görevlileri açısından (2) kamu hizmetinde ya da kelimenin tam anlamıyla zorunlu (ara verilmesi, nüfusun tamamı ya da bir bölümü için yaşam, kişisel güvenlik ya da sağlığı tehlikeye*

[22] Aynı yönde Y9CD, 1977/1120, 13.04.1977. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.
[23] **Sur M.** (2013). 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Uluslararası Normlar Açısından Değerlendirilmesi. Çalışma ve Toplum Dergisi. C.4. s.346.
[24] **Alpagut G.** (2012). 6356 Sayılı Yasa'nın Toplu İş Sözleşmesi ve Toplu İŞ Uyuşmazlıklarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi-Uluslararası Normlara Uyum. Legal İHSGHD. C.35. s.46.
[25] Örgütlenme Özgürlüğü Komitesi Kararları Derlemesi (2019). (Ç. Ulutaş, çev). Uluslararası Çalışma Bürosu-Cenevre: ILO. s.158.

atabilecek olan) hizmetlerde kısıtlanabilir ya da hatta yasaklanabilir.(para. 751; 344. Rapor, Vaka No. 24679)[26]'' belirlenmiş grev hakkının yasaklanması ya da sınırlanması için belirlenmiş ölçütlerdir.

6356 sayılı kanun gerekçesinde her ne kadar ILO normları ve tarafımıza getirdiği eleştiriler göz önünde bulundurularak hazırlandığı ve sendikal özgürlüklerin gözetildiği iddiasında olsa da grev yasakları ve grevin idari kararla engellenebildiği grev ertelemesi kurumu bakımından kanun koyucunun bu iddiasını gerçekleştiremediği görülmektedir. Hukukumuzda grev yasak ve ertelemelerine oldukça sık başvurulmakta ve bu kurumların kapsamları da geniş tutulmaktadır. Çalışmamız kapsamında yalnızca idari bir tasarrufla grev hakkının kullanılmasının engellendiği grev ertelemeleri ve ILO'nun norm ve ülkemize yaptığı eleştirileri bakımından incelenecektir.

Grev hakkı ile grev hakkının kullanılmasından zarar görebilecek olan üçüncü kişileri korumak amacıyla bir nevi denge unsuru olarak düzenlenen grev ertelemesi 6356 sayılı kanun madde 63'te ayrıntılı olarak düzenlenmektedir ve grev hakkının hukukumuzda anayasal bir hak olarak tanınmış olduğu 1961 Anayasası döneminden bu yana esasında grev hakkı sahipleri aleyhine olumsuz yönde gelişme gösterir şekilde varlığını sürdürmüştür. Grev ertelemesi kurumu 63. Maddede ;

'' *(1) Karar verilmiş veya başlanmış olan kanuni bir grev veya lokavt genel sağlığı veya millî güvenliği bozucu nitelikte ise Bakanlar Kurulu bu uyuşmazlıkta grev ve lokavtı altmış gün süre ile erteleyebilir. Erteleme süresi, kararın yayımı tarihinde başlar.*

(2) Erteleme kararının yürürlüğe girmesi üzerine, 60 ıncı maddenin yedinci fıkrasına göre belirlenen arabulucu, uyuşmazlığın çözümü için erteleme süresince her türlü çabayı gösterir. Erteleme süresi içerisinde taraflar aralarında anlaşarak uyuşmazlığı özel hakeme de götürebilir.

(3) Erteleme süresinin sonunda anlaşma sağlanamazsa, altı iş günü içinde taraflardan birinin başvurusu üzerine uyuşmazlık Yüksek Hakem Kurulunca çözülür. Aksi takdirde işçi sendikasının yetkisi düşer. '' şeklinde düzenlenmiş olup hem hukukumuzda hem de uluslararası çevrelerce oldukça eleştirilen bir hüküm arz etmektedir.

Bu kurumun getirilmesinin özünde aslında devletin güvenliği, halkın sağlığı ve grevle ilgili olmayanların haklarını koruma amacı bulunmaktadır ne var ki bu hassas dengenin sağlanması kolay olmamakta ve grev hakkının zaman zaman oldukça ihlal edilebilmesine de sebebiyet vermektedir.[27]

[26] **Ulutaş Ç.** s.158.
[27] **Topalhan T.** (1999). Türk İş Hukukunda Grev Ertelemesi ve Uygulamaları. Gazi Üniversitesi İ.İ.B.F Dergisi. C.2. s.18.

Avrupa hukuklarında oldukça nadir rastlanan bu uygulama ülkemiz sık başvurulan bir kurum niteliğini taşımaktadır. ABD Tarf-Hartley Yasasından esinlenerek hukukumuzda yer verdiğimiz grev ertelemesi uygulaması sonrasında 275 sayılı kanun döneminde ilk kez düzenlendiği halinden oldukça uzaklaşmıştır.

ILO Örgütlenme Özgürlüğü kararlarında da aslında grevin askıya alınması belli sınırlar dahilinde grev hakkının ihlali kapsamında değerlendirilmemiştir ‘’ *Genel olarak, tarafların uzlaştırma veya arabuluculuk çabaları aracılığıyla müzakere edilmiş bir çözüm aramalarına izin vermek üzere, grevi makul bir süreyle askıya alma kararı, kendi başına örgütlenme özgürlüğü ilkelerinin ihlalini oluşturmamaktadır. (Bkz. 2006 Özeti , para. 550; 359. Rapor, Vaka No. 2725, para. 261, Vaka No. 2776, para. 288; ve 371. Rapor, Vaka No. 2987, para. 167.)’’ ‘’ Hükümetin ulusal güvenlik veya kamu sağlığı gerekçeleriyle bir grevi askıya almasına ve zorunlu tahkim uygulamasına izin veren bir hüküm, iyi niyetle ve “ulusal güvenlik” ve “kamu sağlığı” terimlerinin yaygın anlamına uygun biçimde uygulandığı sürece, kendi başına örgütlenme özgürlüğü ilkelerine aykırı değildir.(Bkz. 374. Rapor, Vaka No. 3084, para. 871)’’*[28]

Hukukumuzda grev ertelemesi kurumunun doktrindeki görüşler ve ILO, Avrupa Komisyonu karar ve raporları bağlamında eleştirisi aşağıdaki bölümde ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

ILO NORM VE ELEŞTİRİLERİ BAKIMINDAN TÜRKİYE’DE GREV ERTELEMESİ KURUMUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

275 sayılı kanun döneminden itibaren ülkemizde toplu pazarlık hakkının sağlanmasına bir engel teşkil eden grev hakkına idari sınırlama getirilebilmesini öngören grev ertelemesi kurumu ilk düzenlendiği 275 sayılı kanundakinin aksine 2822 ve 6356 sayılı kanun dönemlerinde ILO Örgütlenme Özgürlüğü Komitesi, Uzmanlar Komisyonu Raporu ve AB İlerleme Raporlarında aleyhe getirilen eleştiriler de dikkate alınmaksızın hakkın geçici bir süre için ertelenmesi amacından sapılmış ve getirilen erteleme süresinin sonunda zorunlu Yüksek Hakeme başvuru şartı ile aslında dolaylı bir grev yasağına dönüşmüştür.[29]

Hukukumuzdaki grev ertelemesi kurumunun uluslararası mevzuat karşısındaki durumunu, bu düzenlemelere yönelik gelen eleştirileri ve Türkiye’nin bu eleştiriler karşısındaki tutumunu birkaç başlık

[28] **Ulutaş Ç.** s.166.
[29] **Ezer B.**(2016). Grev Hakkına İlişkin Sınırlama ve Yasaklar. Ankara: Seçkin Yayıncılık. s.148.

altında toplamak istersek ; ILO norm ve raporları karşısında Türkiye'nin 275 sayılı kanun döneminden itibaren grev ertelemesi uygulaması bakımından en fazla eleştiriye uğradığı husus idarenin erteleme kurumuna çok sık başvurmasıdır. Öyle ki 275 sayılı kanunun yürürlükte olduğu 1963-1980 yılları arasında 252 grev ertelenmiş, 2822 sayılı kanun döneminde 27, 6356 sayılı kanun döneminde ise 10 tanesi bakanlar kurulu 1'i Cumhurbaşkanı kararıyla olmak üzere 11 grev ertelenmiştir.[30] Grev hakkı ile toplum, kamu menfaatleri arasında bir denge mekanizması kursa da erteleme kurumuna idare tarafından çok sık başvurulması, işçilere anayasa tarafından verilen grev hakkının özüne dokunacak şekilde ihlaline yol açacaktır. Avrupa Birliği ülkelerinde greve idari kararla müdahale çok istisnai durumlarda ancak söz konusu olmaktadır. Misal Almanya'da hukuksal iş mücadelelerine, toplu iş uyuşmazlıklarında çözüm için yapılan mücadele ve grevlere kamu otoritelerince müdahale yetkisi bulunmazken; İngiltere'de hükümet ancak parlamentonun onayıyla olağanüstü hal edip greve müdahale edebilir yine Fransa'da ise ancak grev kamu düzeni veya halkın genel yaşantısını tehlikeye soktuğunda müdahale ile karşılaşır. [31] Türkiye'deki duruma bakıldığında ise; 6356 sayılı kanun 62. maddesinde düzenlenen grev yasakları kanun koyucu tarafından sayma yoluyla belirlenmiş ve sınırlı iş ve işyerlerinde uygulanırken grev ertelemesi kurumu için 63. Maddede böyle bir sınırlı sayı ilkesi uygulanmamış ve her türlü iş ve işyerinde uygulanabilmesinin önü açık şekilde düzenlenmiştir başvuru koşulu olarak yalnızca soyut bir şekilde milli güvenlik ve/veya genel sağlık sebeplerinin varlığı öne sürülmüştür.[32] Bu düzenleme ve ülkemizde 275 sayılı kanundan günümüze dek idarenin tasarrufuyla bu kadar sık erteleme kurumuna başvurması hiç kuşkusuz ki ILO normlarına da aykırıdır. Kristal-İş Sendikası'nın Şişecam'a ait 10 fabrikada başlattığı grev Bakanlar Kurulunun 25.06.2014 tarihli 2014/6524 sayılı kararıyla [33]ertelenmiş bunun üzerine Sendika tarafından Danıştay'dan talep edilen yürütmenin durdurulması ret kararı[34] ile karşılaşmıştır. Grev hakkının ihlali nedeniyle Kristal-İş Sendikası tarafından ILO Sendika Özgürlüğü Komitesine yapılan başvuru neticesinde, ILO 6356 sayılı kanunun 63. Maddesinin, Türkiye'nin taraf olduğu 87 ve 98 Sayılı Sözleşmelere aykırı olduğuna karar vermiş ayrıca söz konusu kararda grev ertelemelerinin yalnızca hayati tehlike oluşturabilecek, kişisel güvenliği tehlikeye atabilecek veya toplumun tamamının yada bir kısmının sağlığını tehdit edebilecek iş kollarında yapılabileceğine vurgu

[30] **Çelik A.** (2016). Grev Ertelemelerinin 30 Yılı. İstanbul. s.433-447.
[31] **Çelik A.** (2008). Milli Güvenlik Gerekçeli Grev Ertelemeleri. Çalışma ve Toplum Dergisi. C.3. s.96.
[32] **Caniklioğlu N.**(2013). 6356 Sayılı Kanuna Göre Grev Yasakları ve Grevin Ertelenmesi, Çalışma ve Toplum. C.4. s. 307.
[33] RG 27.6.2014, S. 29043.
[34] Danıştay 10. Daire, 16.7.2014, 2014/3628.

yapmıştır.[35] ILO 2019 Türkiye raporunda da 2018 yılı raporunda olduğu gibi bu hususa açıkça ‘’ *Komite grev hakkının yalnızca Devlet adına yetki kullanan kamu görevlilerine yönelik olarak, kelimenin tam manasıyla temel hizmetlerde ve ağır ulusal veya yerel kriz kurumlarında, kısıtlı bir süre için ve durumun gereklerini yerine getirecek kapsamda kısıtlanabileceğini veya yasaklanabileceğini hatırlatmaktadır.*’[36]’ şeklinde yer vermiştir. Aynı şekilde ILO 2020 raporunda Türkiye için grev ertelemesi kurumuna idare tarafından çok sık başvurulması hususuyla ilgili olarak ‘’ *Komite, ITUC’a göre, mevzuatın grevleri askıya alma tedbirinin kamu sağlığına veya ulusal güvenliğe sakıncalı olabilecek grevlerle sınırlı olması gerektiğini beyan etse de bunun çok geniş bir çerçevede yorumlandığını ve temel olmayan hizmetlerdeki grevlerin bile fiilen yasaklandığını kaydetmektedir.*’[37]’ tespitine yer vermiştir. Aynı şekilde Avrupa Komisyonu İlerleme Raporlarında da bu duruma ilişkin tespitler de bulunulmuştur. 2012 raporunda bu hususta ‘’ *Türkiye, grev hakkını aşırı derecede kısıtlamaktadır. Çalışanların söz konusu haktan mahrum edildiği sektörlerin sayısının artması, Türkiye’yi AB ve ILO standartları doğrultusunda sendikal haklara tam anlamıyla riayet etmekten bir adım daha uzaklaştırmıştır.*[38]’’ Şeklinde tespitte bulunmuştur. Türkiye’de ise gelen eleştiriler karşısında ikinci bölümde de değindiğimiz üzere grev erteleme kurumuna idare tarafından başvurma sayısı azalmamış hatta milli güvenlik ve genel sağlık sebeplerinin yanında ekonomik gerekçelerle de 2016 yılında 678 sayılı KHK ile uygulama alanı genişletilmeye çalışılmıştır.

ILO ve Avrupa Komisyonu İlerleme Raporları tarafından ülkemizdeki grev ertelemesi kurumuna kanımızca da getirilen en haklı eleştiri 6356 sayılı kanun 63/3. Maddesi ile erteleme süresinin sonunda öngörülen zorunlu tahkim uygulamasına yönelik olanlardır. Zira kendi doktrinimizde de oldukça eleştirilen bu durum uluslararası çevrelerce de eleştirilmektedir, 275 sayılı kanun dönemindeki uygulamada erteleme süresinin sonunda taraflarca anlaşma sağlanamaması durumunda ertelenen grev

[35] Case no 3084 (Turkey) , kararın tamamı için bkz. https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:3237754 (ET: 27.05.2021).
[36] ILO Sözleşmeler ve Tavsiye Kararlarının Uygulanması Uzmanlar Komitesi Raporu (2019). s.165. Raporun tamamı için bkz. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_670146.pdf (ET : 28.05.2021).
[37] Uzmanlar Komitesi’nin Uluslararası Çalışma Standartlarının Uygulanması Hakkındaki Raporu (2020).109. Uluslararası Çalışma Konferansı. s.187. Raporun tamamı için bkz. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_736204.pdf (ET:28.05.2021)
[38] Avrupa Komisyonu Türkiye 2012 Yılı İlerleme Raporu (2012). Brüksel. s.82, raporun tamamı için bkz. https://www.ab.gov.tr/files/2012_ilerleme_raporu_tr.pdf (ET:25.05.2021)

devam edebilmekteyken 2822 sayılı kanun döneminden itibaren bu kaldırılmıştır.[39] 275 Sayılı kanunda grev ertelemesi kurumu düzenlenirken ABD Taft-Hartley Yasasından esinlenilmiştir burada da grev 80 günlük bir ertelemeden sonra kaldığı yerden devam edebilmekteydi dolayısıyla fiili bir grev yasağı söz konusu değildi, 1963-1980 döneminde bu sebepten ne ABD ne de Türkiye ILO tarafından bu bağlamda bir eleştiri almamıştı ancak 2822 sayılı kanun döneminde 1982 Anayasasında grev ertelemesine gelen zorunlu tahkim uygulamasıyla birlikte Türkiye özellikle 1980 ve 1990 yıllarında ağır eleştirilere maruz kalmıştır.[40] ILO tarafından gelen eleştirilere rağmen 2010 yılı değişiklikleriyle de bu duruma dokunulmamış 6356 sayılı kanun döneminde de devam etmiştir. Erteleme süresinin sonunda getirilen Yüksek Hakem Kuruluna zorunlu başvuru uygulamayı grevin geçici olarak ertelenmesinden ziyade fiili bir grev yasağına dönüşmüştür. Yine Anayasada grev hakkının düzenlendiği 54/5. Maddesinde Yüksek Hakem Kurulunun kararlarının kesin ve toplu iş sözleşmesi hükmünde olacağı düzenlenmiştir. Şöyle ki idare elindeki bu geniş yetki sayesinde aslında sınırlı sayı ilkesine göre 62. Maddede düzenlenmiş olan grev yasağına tabi iş ve işyerlerini önü alınmaz bir biçimde genişletebilecektir[41] ve 62. Madde kapsamında olmayan iş ve işyerlerinde grevi kamu sağlığı ya da milli güvenlik gerekçeleriyle yaptığı ertelemeyi sonunda zorunlu gidilen Yüksek Hakem Kurulu uygulaması ile dolaylı olarak yasaklamış olabilecektir. ILO Sendika Özgürlüğü Komitesi, *''Grevin yasaklandığı, sınırlandırıldığı durumlarda da çözüm için taraflar arasında yapılacak görüşmelerin yine tarafların özgür iradelerine dayanması gerekir. (BIT:162.cas.853,854,855)*,'' yine komitenin başka bir kararında bu hususta '' *Başka bir anlatımla bu durumda toplu görüşmeler ne kadar tatmin edici olmaktan uzak olursa olsun yine de taraflara zorla kabul ettirilen bir hakem kararından daha iyi olma şansı vardır. (BIT:162.cas.855)''* şeklinde bir görüş getirilmiştir.[42] Özgürlük Komitesi'nin diğer kararlarında toplu pazarlık sürecinin sonunda her ihtimalde zorunlu tahkim öngörülen bir sistem getirilmesi suretiyle grev hakkının engellenmesi hususunda '*' Eğer bir yasal hüküm işverenlere toplu pazarlık sürecinde anlaşmaya varamamaktan kaynaklanan uyuşmazlıkları, her durumda zorunlu tahkim kararına sunma izni verecek olursa ve bu sebeple greve başvurulmasını önlüyorsa grev hakkı zarar görecektir. (Bkz. 2006 Özeti ,*

[39] Grevin ertelemeden sonra devam edebileceğine dair 275 Sayılı Kanundaki düzenlemenin değiştirilmesinin nedeni o dönem genel sağlığı ya da milli güvenliği bozucu sebebin erteleme süresinin sonunda ortadan kalkmama ihtimali göz önünde bulundurulduğunda grevin geciktirilmesinin sebepsiz kalacağı ve erteleme süresi sonunda devam eden grevin zararlı niteliğini devam ettireceği hususundaki eleştirilerdir. Bu eleştiriler için bkz. **Oğuzman K.**(1987). Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri. İstanbul. s.87.

[40] **Dereli T.** (2019). Grev-Lokavt Ertelemeleri.Karatahta/İş Yazıları Dergisi.14.s.50.

[41] **Ezer B.** s.149.

[42] **Kutal M.O.**(2019). ILO Sendika Özgürlüğü Komitesi'nin Grev Hakkına İlişkin Önemli Bazı Kararları. Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi.77.s.16.

para. 567.).'' ve '' *Zorunlu tahkim, grev eylemini önlediği sürece, sendikaların faaliyetlerini özgürce organize etme haklarına aykırıdır ve yalnızca kamu hizmetinde veya temel hizmetlerde, tam anlamıyla haklı görülebilir. (Bkz. 2006 Özeti , para. 565; ve 371. Rapor, Vaka No. 2988, para. 853)''*[43]şeklinde verdiği kararlarda da görüleceği üzere zorunlu tahkime gidilmesini grev yapılması durumunda zarara yol açabilecek kamu hizmeti veya temel hizmetler bakımından haklı bulmuş aksi takdirde grev hakkının ihlali olarak nitelendirmiştir. Dolayısıyla ülkemizdeki 63/3. Madde ile grev erteleme süresinin sonunda taraflar arasında anlaşmaya varılamazsa zorunlu olarak gidilmesi gereken Yüksek Hakem Kurulu uygulaması, Özgürlük Komitesi kararları bakımından değerlendirildiğinde grev hakkının ihlali ve dolaylı grev yasağı olarak görülebilir.ILO Uzmanlık Komitesi Türkiye Raporlarında da bu husus '' *...Hükümet'ten bir grevin askıya alınmasını müteakip zorunlu tahkimin kelimenin tam manasıyla temel hizmetlerde, Devlet adına yetki kullanan kamu görevlileri veya akut ulusal kriz durumlarında uygulanabilmesini..''* şeklinde kendine yer bulmuştur Türkiye raporlarında da komite, önceki kararlarını istikrarlı bir biçimde tekrar etmiş ve grevin askıya alınması durumunda dahi her askıya alınan grev için zorunlu tahkim öngörülemeyeceğine vurgu yapmıştır. Yine ILO'nun diğer kararlarında bu durum için açıkça ''*Grev erteleme halinde zorunlu tahkime gidilmesi kuralı terk edilmelidir.*''[44] Şeklinde belirtilmiştir. Avrupa Komisyonu 2018 ve 2019 yılı Türkiye İlerleme Raporlarında bu konuya sıkça değinilmiş ve grev erteleme uygulamalarının fiili birer yasağa dönüştüğü sıkça vurgulanmıştır.[45] 6356 sayılı kanun ise 2822 sayılı kanun döneminden itibaren devam eden bu uygulamayı kaldırmamış dolayısıyla da bu eleştirilere cevap vermekten uzak kalmıştır. Bu durum da doktrinde de belirtilen görüşler de doğrultusunda zorunlu tahkim uygulamasından vazgeçilmeli ve 275 sayılı kanun döneminde olduğu gibi grevin erteleme süresinin sonunda kaldığı yerden devam etmesine izin verilmeli ve taraflara uzlaştırma yoluna başvurma hakkı tanınmalı veya yasayla üç taraflı bir komisyon kurulup buraya başvuru imkanı getirilmelidir.[46]

[43] **Ulutaş Ç.** s.155-156.
[44] ILO Uzmanlar Komitesi Kararları 2010-2012; ILO Üst Düzey Heyeti 2008; **Baycık G.** (2019). Sosyal Diyalog, Örgütlenme Özgürlüğü ve Toplu Sözleşme Hakkına İlişkin ILO ve AB Standartlarına Uyum Değerlendirmesi ve Öneriler. Ankara. s.25.
[45] Avrupa Komisyonu 2018 Yılı Türkiye İlerleme Raporu (2018). Brüksel. s. 84,raporun tamamı için bkz. https://www.ab.gov.tr/siteimages/pub/komisyon_ulke_raporlari/2018_turkiye_raporu_tr.pdf (ET:05.06.2021). Avrupa Komisyonu 2019 Yılı Türkiye İlerleme Raporu (2019). Brüksel. s.96. raporun tamamı için bkz. https://www.ab.gov.tr/siteimages/birimler/kpb/2019_trkiye_raporu-_tr.pdf (ET:05.06.2021).
[46] **Baycık G.** s.26. **Sur M.** Uluslararası Normlar Açısından Değerlendirme. s.351. Caniklioğlu'na göre ise ''*..grev erteleme süresi sonunda erteleme sebeplerinin devam edip etmediğine yönelik taraflara mahkemeye başvuru hakkı tanınmalı, devam etmemesinin mahkeme tarafından tespiti durumunda grev devam etmeli sebeplerin devam ettiği durumda ise taraflardan birine Yüksek Hakem Kurulu'na başvuru imkanı getirilmelidir..*'' **Caniklioğlu N.** Grev Yasakları. s.314.

Grev ertelemesi kararını idarenin tek başına vermesi de ILO ve Avrupa Komisyonu tarafından ülkemize bu bağlamda yöneltilen haklı eleştirilerden biridir. Grev ertelemesi kararı 275 sayılı kanundaki düzenlemeden itibaren 2018 yılına kadar Bakanlar Kurulu tarafından, 2018 yılındaki değişiklikten itibaren de Cumhurbaşkanı tarafından verilmektedir. Bu kararlar elbette idari birer tasarruf olmaları sebebiyle Anayasa madde 125 gereği yargısal denetime tabidir ancak ILO tarafından bu münhasır yetkinin idari mercilerden alınıp erteleme kararının tüm tarafların güvenini sağlamış bağımsız bir organ tarafından verilmesi gerektiğini söylemektedir. Zira grev ertelemesi kurumunu hukukumuza alırken esinlenmiş olduğumuz ABD Tarf-Hartley Yasasında da durum bu şekildedir; ABD Başkanı söz konusu karara konu olacak grevin genel sağlığı ya da milli güvenliği tehdit edeceğine yönelik kaygısı olması durumunda önce kaygılarında haklı olup olmadığını görebilmek için bir soruşturma kurulu oluşturmakta ve soruşturma kurulundan bu yönde olumlu bir sonuç çıkması halinde grevin ertelenmesine federal mahkeme karar vermektedir.[47] Ancak Türk hukukunda bu kararı, erteleme kurumu hukukumuza ilk girdiği tarihten bu yana idare almaktadır 2010 değişikliklerinde de gelen eleştiriler göz önüne alınarak bu hususta herhangi bir değişikliğe gidilmemiştir. Doktrin de yapılan eleştirileri haklı bulmakta ve erteleme kararının bağımsız bir organ tarafından örneğin mahkeme tarafından verilmesi gerektiğini savunmaktadır.[48] ILO Örgütlenme Özgürlüğü Komitesi'nin bu yönde almış olduğu kararlar mevcuttur; '' *Bir grevin askıya alınması sorumluluğu hükümette değil, ilgili tüm tarafların güvendiği bağımsız bir kurulda olmalıdır. (Bkz. 374. Rapor, Vaka No. 3084, para. 872.)*'' , '' *Bir grevi ulusal güvenlik veya kamu sağlığı gerekçeleriyle askıya alma sorumluluğu, Hükümete ait değil, ilgili tüm tarafların güven duyduğu bağımsız bir organa ait olmalıdır. (Bkz. 2006 Özeti , para. 571; 346. Rapor, Vaka No. 1865, para. 757, Vaka No. 2506, para. 1079; 35 3. Rapor, Vaka No. 1865, para. 713; ve 362. Rapor, Vaka No. 2838, para. 1078.)*''[49] Komitenin bu yönde vermiş olduğu kararlarında görüldüğü üzere grev askıya alınacaksa dahi bu yetkinin hükümette değil, taraflardan ayrı bağımsız bir organ tarafından kullanılmasını istemektedir. Yine ILO Uzmanlar Komitesinin 2021 yılı Türkiye Raporlarında da bu hususa '*'CFA…Hükümet'ten ayrıca, bir grevi askıya alıp almama konusundaki nihai kararın ilgili tüm tarafların güvenine sahip bağımsız ve tarafsız bir organa kalması için 6356 sayılı Kanun'un 63 ncü*

[47] **Tuncay A.C. ve Savaş Kutsal B.** s.439; ABD Tart-Hartley Yasası ayrıntılı bilgi için bkz. **Dereli T.** s.48-50.
[48] **Alpagut G.**s.52. **Caniklioğlu N.** Grev Yasakları ve Grevin Ertelenmesi. s.309. **Sur M.** Uluslararası Normlar Açısından Değerlendirme. s.350. **Çelik A.** Milli Güvenlik Gerekçeli Grev Ertelemeleri. s.128-129. **Ezer B.** s.149, **Şahlanan F.** s. 563.
[49] **Ulutaş Ç.** s.174.

maddesini değiştirmesini talep etmiştir.[50]'' Şeklinde yer vermiştir. Gelen eleştirilere rağmen Türkiye'de 275 sayılı kanun döneminden itibaren ertelemeye karar verici idari mercii de daraltılmıştır bundan kastımız 275 sayılı kanundaki grev ertelemesi düzenlemesinde grev erteleme kararının alınmasında Bakanlar Kurulu yetkili olmakla birlikte Yüksek Hakem Kurulu'nun istişari görüşünü almalıydı, yine Yüksek Uzlaştırma Kurulu geniş katılımlı bir yapıya sahipti. 2822 sayılı kanun dönemindeki düzenlemede ise Yüksek Hakem Kurulunun istişari görüşünün alınması uygulamasından da vazgeçilmiştir ve arabuluculukta geniş katılımlı yapıya sahip olan Yüksek Uzlaştırma Kurulu'nun yerini Çalışma Bakanı'nın münhasıran resmi arabulucu listesinden seçeceği bir arabulucu almıştır. 6356 sayılı kanun döneminde ise 2018 yılında yapılan değişiklikle erteleme kararı alınması Bakanlar Kurulunun ortadan kalkmasıyla doğrudan Cumhurbaşkanına verilmiştir. Görüldüğü üzere ILO'dan gelen eleştiriler ve ILO Örgütlenme Özgürlüğü Komitesi'nin bu konuda vermiş olduğu önceki kararlar dikkate alınarak erteleme kararı verilmesi yetkisini bağımsız bir organa vermek [51]bir yana karar verici mercii idari olarak da gitgide daraltılmış ve bu durumda erteleme kararlarının verilmesindeki keyfiliği artırmıştır.

Gerek kendi doktrinimizde ve mahkeme kararlarında gerekse de uluslararası çevreden hukukumuzdaki grev erteleme kurumuna yönelik gelen en büyük eleştirilerden biri grev ertelemesi için sebep olarak sunulması istenen soyut 'milli güvenlik' ve 'genel sağlık' kavramlarının idare tarafından grev ertelemeyebilmek için oldukça geniş kapsamda kullanılmasıdır. Bu kavramlar kanunda objektif olarak tanımlanmalı ve kapsamları oldukça dar tutulmalıdır.[52] Zira hükümet, muhtelif örneklerde de görüldüğü üzere esasında ekonomik gerekçelerle ertelemek istediği grevleri bu iki kavram kapsamına kolayca sokmakta ve ertelemenin sonunda da zorunlu tahkim olması sebebiyle de anayasal grev hakkının özüne dokunacak şekilde hakkın kullanılmasını engellemektedir. Denilebilir ki, grev erteleme kararlarının çoğunda milli güvenlik ve genel sağlık kavramları varılmak istenen sonuç için hükümet tarafından geçerli bir gerekçe olarak değil bir nevi araç olarak kullanılmıştır.[53] Ertelemenin arkasında yatan asıl sebep gerçekte ekonomik kaygılar olup, erteleme yapılabilmesi için genel sağlık ve/veya milli güvenlik kavramları geniş yorumlanmakta, söz konusu grevin neden genel sağlık ya da milli güvenliği tehlikeye atacağına dair somut bir bağ kurulmamaktadır ki bu durum da idareye geniş bir takdir yetkisi

[50] ILO Uluslararası Çalışma Standartlarının Uygulanması 2021 Yılı Raporu (2020 Yılı Raporuna Ek). s. 300-302. raporun tamamı için bkz. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_771042.pdf (ET: 20.06.2021).
[51] Doktrinde erteleme yetkisinin verilmesi için önerilen bağımsız organ ABD Tart-Hartley Yasasında olduğu gibi mahkemeler olabileceği gibi Üç Taraflı Konsey/Kurul/Komisyon da olabileceği belirtilmektedir.
[52] **Baycık G.** s.26. **Oğuzman K.** s. 87.
[53] **Ekmekçi Ö.** (2019). Toplu İş Hukuku Dersleri. İstanbul: Onikilevha Yayıncılık. s.450.

vermektedir. Doktrinde de haklı olarak eleştirildiği üzere grev hakkının kullanılmasının esas, ertelenmesinin istisna olduğu gerçeği karşısında bu kavramlar gerek erteleme kararını alan idari mercii gerekse de erteleme kararlarını değerlendiren yargı merci tarafından dar olarak yorumlanmalıdır.[54] Bundan kastımız idare, grev ertelemesi kararını verirken bu sebepler bakımından 'ölçülülük ilkesi'ni de gözetmeli, ertelemenin cidden genel sağlık ya da milli güvenlik bakımından zaruri olup olmadığını sağlam bir gerekçeyle de göstermeli ve ertelemeden ziyade başka bir şekilde bu zararın önüne geçip geçemeyeceğini de araştırmalıdır. [55] Muğlak iki kavram, grev hakkının özüne dokunmaması için kanunda ayrıntılı bir biçimde tanımlanmalıdır ne var ki bu iki kavramın tanımı ve sınırları daha çok erteleme kararlarını değerlendiren Danıştay tarafından içtihatlarla getirilmeye çalışılmıştır. [56] Danıştay tarafından 1997 tarihinde verilen ve istikrar kazanan kararında milli güvenlik ve genel sağlık için şöyle bir tanım getirilmiştir "*Yasal bir grevin yasada öngörülen anlamda genel sağlığı bozucu nitelikte görülebilmesi için, toplumun önemli bir kesiminin sağlık yönünden veya buna bağlı olarak sosyal bakımdan ciddi bir tehlikeyle karşı karşıya kalması, giderilmesi olanaksız kayıp ve zararların sözkonusu olması gerekir. Yine bir grevin milli güvenliği bozucu nitelikte görülebilmesi için de, ülke ve devletin özel savunma ve güvenlik altına alınmasını zorunlu kılacak ciddi tehlikelerin ortaya çıkması gerekmektedir*[57]." Danıştay 2000li yılların başına kadar verdiği kararlarda hükümetin ertelemek istediği grev ile genel sağlık/milli güvenlik sebepleri arasında somut bir bağ kurmasını aramış ancak 2000 yılından sonra içtihatlarında önemli bir değişikliğe gitmiş ve idarenin milli güvenlik, genel sağlık kavramları açısından takınmış olduğu tutumu onaylar nitelikte kararlar vermeye başlamıştır. Ancak içtihadını değiştirmeden önceki kararlarına bakıldığında Danıştay, ILO tarafından da gelen eleştirileri dikkate alarak ekonomik sebeplerle bir grevin ertelenemeyeceğini bir çok kararında vurgulamıştır.[58]

[54] **Kabakçı M.** (2004). Toplu Pazarlık Sürecinde Ortaya Çıkan Uyuşmazlıkların Çözüm Aracı Olarak Grev ve Lokavt. İstanbul :EMO. s. 170-171.
[55] **Gürsel İ.** s.628.
[56] Genel Sağlık kavramı mevzuatta açıkça yer almamakla birlikte Umumi Hıfzısıhha Kanununu md.1'e dayanarak ülkenin sağlık şartlarını düzeltmek ya da ülke halkının sağlığına karşı tehdit oluşturan tüm hastalıklar veya diğer sebeplerle mücadele ve gelecek nesillerin sağlıklı yetişmesini sağlamak için alınabilecek her türlü önlem şeklinde bir tanım getirilebilir. **Tuncay A.C. ve Savaş Kutsal B.** s.437.
Milli güvenlik kavramı ise, Milli Güvenlik Kurulu ve Milli Güvenlik Kurulu Sekreterliği Kanunu md. 2(a)'da şu şekilde tanımlanmıştır ' Devletin anayasal düzeninin, milli varlığının, bütünlüğünün, milletlerarası alanda siyasi, sosyal, kültürel ve ekonomik dâhil bütün menfaatlerinin ve ahdi hukukunun her türlü dış ve iç tehditlere karşı korunması ve kollanması şeklinde açıklanmıştır. Danıştay kararlarında milli güvenlik kavramı açıklanırken yurt ölçüsünde beliren iç ve dış tehlikelere karşı devlet tüzel kişiliğinin savunulması ve güvenlik altına alınması'.
[57] Danıştay 10. Daire, 15.10.1997 tarih ve E:1995/6497, K: 1995/3777 s. Kararı, www.legalbank.net (ET: 21.06.2021).
[58] Ekonomik sebeple grevlerin ertelenemeyeceğine ilişkin ; Danıştay 10. Daire, 12.1.2004, 2003/6134 numaralı Kristal-İş Sendikası/Şişecam Kararı '; Danıştay 10. Daire 9.10.2002, 2369/3678 numaralı Lastik-İş Sendikasının Pirelli, Good Year ve Bridegstone işyerlerindeki grevin milli güvenliği bozucu bularak ertelenmesi üzerine Danıştayca verilen iptali kararı ; Danıştay 10. Daire 15.10.1997, 1995/6497-1999/3777 numaralı TCDD 1997 yılı grevinin milli güvenliği ve genel sağlığı

Yine Anayasa Mahkemesi'nin 2015 yılında Kristal-İş Sendikasının başvurusu üzerine vermiş olduğu ve sonucunda Anayasal grev hakkının ve Anayasa madde 51'de düzenlenen sendika hakkının ihlal edildiğine hükmettiği kararında bu hususta '' *... Diğer yandan milli güvenlik ve genel sağlık hususunda yeterli açıklamanın yapılmamasıyla birleştiğinde grevin cam üretiminin %90'ını gerçekleştiren işyerlerini kapsadığı ifadesi, ekonomik gerekçelerin yürütmenin durdurulması talebinin reddine esas alındığı algısına da yol açabilecektir... grev erteleme kararının zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca dayandığının ortaya konulmadığı... demokratik toplumda gerekli olmadığı...*''[59] şeklinde bir kanaat getirmiş ve ekonomik gerekçeler için milli güvenlik ve genel sağlık kavramlarının arkasına saklanıp bu kavramları geniş yorumlayarak ve ertelenmek istenen grevler ile bu kavramlar arasında illiyet bağını kurmadan yapılan grev ertelemesini anayasal sendika hakkının ihlali saymıştır. ILO Örgütlenme Özgürlüğü Komitesinin ise bu hususta vermiş olduğu bazı kararları '' *Grev hakkının sınırlandırılmasını meşrulaştırmak için ekonomik kaygılara başvurulmamalıdır. (Bkz. 362. Rapor, Vaka No. 2841, para. 1041; 367. Rapor, Vaka No. 2894, para. 339.)'', '' Endüstriyel eylemin ekonomik etkisi ve alım satım ve ticaret üzerindeki etkisi üzücü olsa da, bu tür sonuçlar kendi içinde ve kendi başına bir hizmeti "vazgeçilmez" hale getirmez ve bu nedenle grev hakkının devamlılığı sağlanmalıdır. (Bkz. 2006 Özeti , para. 592; 35 3. Rapor, Vaka No. 1865, para. 715; 362. Rapor, Vaka No. 2723, para. 842; 36 3. Rapor, Vaka No. 2602, para. 465; 365. Rapor, Vaka No. 2829, para. 577, Vaka No. 2723, para. 778; 370. Rapor, Vaka No. 2983, para. 285;ve 372. Rapor, Vaka No. 3038, para. 469.) ''* şeklinde olup ekonomik gerekçelerin ülkemiz uygulamasında olduğu gibi hükümet tarafından grev ertelemesinde kullanılmaya çalışılmasını meşru bulmamaktadır. Yine ILO ve Avrupa Komisyonu tarafından da Türkiye erteleme sebebi olarak bu iki kavramı içi boş ve geniş kapsamda kullanması sebebiyle oldukça eleştirilmiştir. ILO Uzmanlar Komitesi 2019 Türkiye Raporunda bu hususta '' *Komite, ITUC'a göre, mevzuatın grevleri askıya alma tedbirinin kamu sağlığına veya ulusal güvenliğe sakıncalı olabilecek grevlerle sınırlı olması gerektiğini beyan etse de bunun çok geniş bir çerçevede yorumlandığını ve temel olmayan hizmetlerdeki grevlerin bile fiilen yasaklandığını kaydetmektedir*.'' Şeklinde görüşünü belirtmiş ILO 2021 yılı raporunda ise '' *Komite, ITUC'a göre mevzuat askıya alma önleminin kamu sağlığına veya ulusal güvenliğe sakıncalı olabilecek grevlerle sınırlı olması gerektiğini beyan etse de bununun çok geniş bir çerçevede yorumlandığını ve temel olmayan hizmetlerdeki grevlerin bile fiilen yasaklandığını*

bozucu olduğu gerekçesiyle ertelenmesi üzerine Danıştay tarafından verilen iptal kararı; Danıştay 10. Daire, 10.10.2000, 2000/4436 numaralı İstanbul ve İzmir Belediyelerinde uygulanan grevin genel sağlığı ve milli güvenliği bozucu olması nedeniyle ertelenmesi hakkında verilen yürütmeyi durdurma kararı.

[59] Anayasa Mahkemesi, 2.7.2015, 2014/12166 Kristal-İş Başvurusu, RG 12.8.2015, S.29443.

kaydetmektedir[60]'' yine 8 Ekim 2014 tarihli Avrupa Komisyonu Türkiye İlerleme Raporunda da ''*ulusal güvenlik' ve 'kamu sağlığı' gibi nedenler grevi engellemek amacıyla orantısızca kullanılmıştır*'' ifadesi ile Türkiye eleştirilmiştir. Aynı yorum Türkiye'nin sosyal diyalog alanında ILO Tavsiye Kararlarına Uyum Analizi Raporunda da ''*...Belirli hakların kamu yararına kısıtlanmasına izin veren bazı uluslararası araçlardan dolayı, veya ulusal güvenlik, kamu sağlığı ya da kamu ahlakının gerekçesiyle Hükümet'in 2822 sayılı Kanun'un 33 ncü maddesinin uygunluğuna ilişkin yorumlarını kaydetmiştir. Bununla birlikte, CFA, Hükümet'in herhangi bir özel güvenlik veya sağlık gerekçesi belirtmeden grevi askıya aldığını kaydetmiştir. Böylelikle, 33 ncü maddeyi değiştirme isteğini yinelemiştir.*''[61] Şeklindeki ifadesi ile hükümetin grev ertelemesi yaparken geçerli ve gerekçesi sağlam bir sebep ileri sunmadığını eleştirmiştir. Türkiye ise bu eleştiriler karşısında kavramları kanunda ayrıntılı bir şekilde tanımlamak veya hükümet tarafından verilen erteleme kararlarının gerekçesinde sebep ile ertelenmek istenen grev arasında somut bir bağ kurmak yerine 31.10.2016 tarih ve 678 sayılı KHK'nin 35. Maddesi ile ertelemenin kapsamını artırmaya çalışmış, soyut milli güvenlik ve genel sağlık sebeplerinin arkasına saklayarak yapmak istediği esasında ekonomik gerekçeli grev ertelemeleri için 63. Maddenin kapsamına ''büyükşehir belediyelerinin şehir içi toplu taşıma hizmetlerini, bankacılık hizmetlerinde ekonomik veya finansal istikrarı..'' ibarelerini eklemiştir. Her ne kadar bu ibare Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş olsa da esasında bu durum yıllardır idare tarafından milli güvenlik ve genel sağlık sebeplerinin ertelenmek istenen bir grevde ekonomik sebepleri örtmek için kullanıldığını da göstermektedir.

ILO ve Avrupa Komisyonu tarafından çalışmamız kapsamında eleştirildiğimiz son nokta ve en güncel olay ise, 31.10.2016 tarihinde 678 sayılı KHK'nin 35. Maddesi ile grev ertelemesini düzenleyen 63. Maddenin kapsamına eklenen ''*büyükşehir belediyelerinin şehir içi toplu taşıma hizmetlerini, bankacılık hizmetlerinde ekonomik veya finansal istikrarı..*'' ibaresidir. Esasında kanun koyucu tarafından grev ertelemesine yapılan bu ekleme, Anayasa Mahkemesi'nin 62. Madde kapsamına sokulan şehir içi toplu taşıma hizmetleri ve bankacılık hizmetlerindeki grev ve lokavt yasağı düzenlemesini iptal etmesine karşı bir tepki niteliğindedir. [62] Anayasa Mahkemesi 14.11.2019 tarihli ve E.2018/90, K.2019/85 sayılı kararı ile de 6356 sayılı kanunun 63. Maddesine eklenen bu bölümü de Anayasa'nın

[60] ILO Uluslararası Çalışma Standartlarının Uygulanması 2021 Yılı Raporu (2020 Yılı Raporuna Ek) s.231.
[61] Türkiye'nin Sosyal Diyalog Alanındaki ILO Sözleşmelerine Uyumuna İlişkin ILO Denetim Organlarının Yorum ve Kararlarının Analizi (2018). Ankara. s.23. Analiz raporunun tamamı için bkz. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@europe/@ro-geneva/@ilo-ankara/documents/publication/wcms_666542.pdf (ET: 30.06.2021).
[62] **Ekmekçi Ö.** s.450. **Şahlanan F.** s.563 .Anayasa Mahkemesinin söz konusu iptal kararı 22.10.2014 tarih ve 2013/1 Esas, 2014/161 Karar.

13 ve 54. Maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir. Gerekçesinde ise‘’*Anayasa Mahkemesinin 22/10/2014 tarihli ve E.2013/1, K.2014/161 sayılı kararında da belirtildiği üzere bankacılık hizmetleri ile şehir içi toplu taşıma hizmetleri Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) tarafından kabul edilen toplum için yaşamsal nitelik taşıyan temel kamu hizmetlerinden değildir (§ 238). Bankacılık hizmetlerinde yapılacak bir grevin belli bir seviyede ekonomik ve finansal istikrarı etkilemesi her zaman mümkündür. Bununla birlikte anılan nedene dayalı olarak karar verilmiş veya başlanmış bir grevin ertelenmesine karar verilmesi grev hakkının yaşama geçirilmesine engel oluşturacaktır. Demokratik bir toplumda temel hizmet sayılamayacak bir sektörde iktisadi kaygılarla Anayasa'nın tanıdığı grev hakkının sınırlanması kabul edilemez. Grev hakkının tanınmadığı durumlarda örgütlenme özgürlüğünün ve toplu sözleşme hakkının da anlamı kalmamaktadır. Bu itibarla dava konusu kuralla toplum için yaşamsal nitelikte olmayan büyükşehir belediyelerinin şehir içi toplu taşıma hizmetleri ile bankacılık hizmetlerinde karar verilmiş veya başlanmış olan kanuni bir grevin ertelenmesi yönünde getirilen sınırlama demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmamaktadır.*’’[63] Şeklinde yer verdiği ibare ile ILO'nun grev hakkına müdahaleyi ancak temel kamu hizmetlerinde ve acil, tehlikeli hale gelebilecek durumlarda kabul ettiği kararına atıf yapmış ve büyükşehir belediyelerine ait toplu taşıma işleri ile bankacılık hizmetlerini ILO normları uyarınca da temel kamu hizmeti içerisinde olmadıkları [64]gerekçesi ile 63. Maddeye eklenen bu düzenlemeyi isabetli olarak iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin anılan iptal kararından önce ILO Uzmanlar Komitesi Türkiye 2019 raporunda bu hususla ilgili ‘’ *Komite, Anayasa Mahkemesi kararının kentsel toplu taşıma ve bankacılık sektörlerindeki grev yasağını kaldırmasının hemen ardından bir kararnamenin büyükşehir belediyelerine bu sektörlerdeki grevleri yasaklama yetkisi vermesini kaygıyla belirtmektedir…Anayasa Mahkemesi'nin bu sektörlerdeki grevlerin askıya alınmasını anayasaya aykırı bulduğu kararını hatırlatarak, Komite Hükümet'in 6356 sayılı Kanun'un 63. maddesinin ve 678 sayılı KHK'nın uygulanmasında yukarıdaki ilkeleri dikkate almasını talep etmektedir. Ayrıca Hükümet'in 678 sayılı KHK'nın bir kopyasını sunmasını da talep etmektedir.*[65]’’ belirtmiş olduğu görüşünde Türkiye'deki grev ve sendikal haklara ilişkin durumu kaygıyla takip ettiklerini belirtmiş ayrıca grev hakkının yalnızca Devlet adına yetki kullanan kamu görevlilerine yönelik olarak, kelimenin tam manasıyla temel hizmetlerde ve ağır ulusal veya yerel kriz kurumlarında, kısıtlı bir süre için ve durumun gereklerini yerine getirecek kapsamda kısıtlanabileceğini

[63] Anayasa Mahkemesi, 14.11.2019, E.2018/90, K.2019/85, www.legalbank.net. (ET: 30.06.2021).
[64] ILO kapsamındaki temel hizmetler ve Örgütlenme Özgürlüğü Komitesinin bu bağlamdaki kararları için bkz. **Ulutaş Ç.** s.158-164.
[65] ILO Sözleşmeler ve Tavsiye Kararlarının Uygulanması Uzmanlar Komitesi Raporu 2019.s.165.

veya yasaklanabileceğini hatırlatmaktadır ve greve müdahalenin bu kapsamda yapılabileceğini dolayısıyla da 63. Maddeye 678 sayılı KHK ile eklenmek istenen düzenlemenin grev hakkını ihlal edeceğini belirtmiştir. Avrupa Komisyonu Türkiye İlerleme 2018 Yılı Raporu ise ‘ *’Bakanlar Kurulunun devam eden grevlere ilişkin fiili yasaklama hakkının kapsamı, ekonomik istikrar ve hizmetin devamı gerekçelerini de içerecek şekilde genişletilmiştir* ‘’[66] diyerek ertelemelerin azaltılmak ya da kapsamının daraltılması yerine kapsamının ekonomik gerekçeleri de içine alacak şekilde genişlemesi ve fiili birer yasağa dönüşmesi sebebiyle kaygılarını dile getirmiş ve Türkiye’yi bu bağlamda eleştirmiştir. Türkiye bu eleştiriler karşısında belirttiğimiz gibi Anayasa Mahkemesi’nin 2019 yılında vermiş olduğu iptal kararı ile bu düzenlemeyi Anayasanın 54. Maddesine aykırı bularak ihlal kararı vermiştir. Doktrin tarafından ve uluslararası çevre bakımından da isabetli bulunan bu karar zaten ülkemizde sendikal haklar bakımından tanınmış olduğu 1963 senesinden bu yana en az gelişme gösteren grev hakkının daha da fazla ihlal edilmesinin önüne geçmiştir.

SONUÇ

Sermaye sahibi güçlü işveren karşısında işçinin en güçlü silahı olan grev hakkı, esasında bir baskı ve iş mücadelesi aracıdır. Çoğulcu demokrasiye sahip devletler tarafından bir hak ya da özgürlük olarak tanınan bu hak, geçmişte gerek iş akdinden doğan borçları ihlal etmesi gerekse de ülke ekonomisine zarar vermesi gibi gerekçelerle engellenmeye çalışılmış ancak toplu pazarlık tarafları arasındaki dengeleyici rolünün anlaşılması ve işçi sınıfındaki sınıf bilincinin artmasıyla birlikte ülkelerce tanınmıştır. Esasında bir ülkenin demokratiklik seviyesi sendikal haklara spesifik olarak da grev hakkına tanıdığı esneklik ve önem ile de paralellik göstermektedir. Grev hakkı ILO tarafından da sendikal hakkın ayrılmaz bir parçası olarak tanınmış ve koruma altına alınmıştır. Grev hakkı ülkemizde ilk kez 1961 Anayasası ile anayasal bir hak olma statüsüne kavuşmuş ve 1980 olaylarından sonra yasaklansa da 1982 Anayasası ile tekrardan düzenlenmiştir. 275 Sayılı kanun grev hakkının tanımının ve yasal grevin unsurlarının düzenlendiği ilk kanun olup günümüzde grev hakkına ilişkin kanuni düzenleme 6356 sayılı kanun ile yapılmaktadır.

Grev hakkı şüphesiz ki mutlak bir hak değildir ve her hak gibi belirli durumlarda sınırlanabilecektir. ILO’nun da kabul ettiği üzere temel hizmetlerde milli güvenlik ve toplum sağlığı üzerinde ciddi ve yakın tehlike oluşturması durumunda yasaklanması veya sınırlanması grev hakkının başlı başına bir ihlaline

[66] Avrupa Komisyonu 2018 Yılı Türkiye İlerleme Raporu. s.84.

sebebiyet vermeyecektir. Bu bağlamda grev hakkı ile bu grevden zarar görme ihtimali bulunan üçüncü kişilerin arasında bir denge unsuru olarak grev ertelemesi kurumu 275 sayılı kanun döneminden itibaren hukukumuzda vardır. Esasen ABD Tarf-Hartley Yasasından esinlenerek hukuk sistemimize aldığımız bu kurum maalesef yıllar içerisinde grev hakkının özüne müdahale edebilecek bir niteliğe bürünmüş ve gerek ILO gerekse de Avrupa Komisyonu tarafından yıllarca ve hala da devam eden eleştiri ve uyarılara maruz kalmamıza sebep olmuştur.

ILO ve uluslararası toplumun ülkemizdeki grev ertelemesi kurumuyla ilgili en fazla üzerinde durduğu nokta bu uygulamanın yapılan düzenlemelerle dolaylı bir grev yasağına dönüştürülmüş olmasıdır ki bu durum grev hakkının özüne dokunmaktadır. Şöyle ki gelen eleştiriler bağlamında özetlemek gerekirse; grev ertelemesine karar veren tek bir merciin olması o da önceden Bakanlar Kurulu 2018 yılından itibaren de Cumhurbaşkanı olması ve verilen kararın aleyhine erteleme verilen işçi sendikası tarafından yargı yoluna gidilmedikçe ertelenme sebeplerine uygunluk ve kararın haklılığı bakımından denetlenmiyor oluşu, ertelenme sebepleri olan milli güvenlik ve genel sağlık kavramlarının soyut ve kanunen yeterli tanımlarının olmaması bunun sonucunda da idarenin bu kavramları oldukça geniş yorumlayarak ertelemede keyfi davranmasının artması, yine idarenin aslında ekonomik kaygılarla ve finansal sebeplerle bu ertelemeleri yapıyor olması ve ILO'nun ekonomik gerekçelerle grev hakkının askıya alınması geçerli değildir kararına aykırı davranması ve son olarak da Türkiye'deki sistemde grev erteleme süresinin sonunda öngörülen Yüksek Hakem Kurulu yani zorunlu tahkim uygulamasıdır buna göre erteleme süresinin sonunda grev devam etmemekte ve taraflar arasındaki uyuşmazlık doğrudan Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanmaktadır bu da grev ertelemesi kurumunu aslında fiili birer grev yasağına dönüştürmektedir. Öyle ki hükümet 6356 sayılı kanun 62. Maddesi kapsamında grev yasağına dahil edemediği iş ve işyerlerini bu sayede grev ertelemesi yoluyla aslında yasaklamaktadır yani bir nevi kanunu dolaşmaktadır.

Bu bağlamda bu kurumun grev hakkını ihlal eden yapısına son verilmeli, ILO ve Avrupa Komisyonu raporlarında hakkımızdaki eleştiri ve uyarılar dikkatle incelenerek AİHM içtihadı da göz önüne alınarak kurum kaldırılmalı ya da grev hakkının kullanılmasına halel getirmeyecek bir şekilde yeniden düzenlenmelidir.

KAYNAKÇA

Alpagut G. (2012). 6356 Sayılı Yasa'nın Toplu İş Sözleşmesi ve Toplu İŞ Uyuşmazlıklarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi-Uluslararası Normlara Uyum. Legal İHSGHD. C.35.

Avrupa Komisyonu Türkiye 2012 Yılı İlerleme Raporu (2012). Brüksel. https://www.ab.gov.tr/files/2012_ilerleme_raporu_tr.pdf (ET:25.05.2021).

Avrupa Komisyonu 2018 Yılı Türkiye İlerleme Raporu (2018). Brüksel. https://www.ab.gov.tr/siteimages/pub/komisyon_ulke_raporlari/2018_turkiye_raporu_tr.pdf (ET:05.06.2021).

Avrupa Komisyonu 2019 Yılı Türkiye İlerleme Raporu (2019). Brüksel. https://www.ab.gov.tr/siteimages/birimler/kpb/2019_trkiye_raporu-_tr.pdf (ET:05.06.2021).

Baycık G. (2019). Sosyal Diyalog, Örgütlenme Özgürlüğü ve Toplu Sözleşme Hakkına İlişkin ILO ve AB Standartlarına Uyum Değerlendirmesi ve Öneriler. Ankara.

Caniklioğlu N.(2013). 6356 Sayılı Kanuna Göre Grev Yasakları ve Grevin Ertelenmesi, Çalışma ve Toplum. C.4.

Çelik A. (2016). Grev Ertelemelerinin 30 Yılı. İstanbul.

Çelik A. (2008). Milli Güvenlik Gerekçeli Grev Ertelemeleri. Çalışma ve Toplum Dergisi. C.3.

Dereli T. (2019). Grev-Lokavt Ertelemeleri.Karatahta/İş Yazıları Dergisi. S.14.

Ekmekçi Ö. (2019). Toplu İş Hukuku Dersleri. İstanbul: Onikilevha Yayıncılık.

Esener T. (1987). İş Hukuku. Ankara.

Ezer B.(2016). Grev Hakkına İlişkin Sınırlama ve Yasaklar. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Gernigon B. ve Odero A. ve Guido H. (2000). ILO Principles Corcerning The Right To Strike. Geneva: International Labour Office.

Gravel E. ve Duplessis I. ve Gernigon B. (2002). The Commitee on Freedom of Association: It's Impact over 50 Years. Geneva: International Labour Office.

Gürsel İ. (2016). İdari Kararla Greve Müdahale. Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi. 18/4.

ILO Sözleşmeler ve Tavsiye Kararlarının Uygulanması Uzmanlar Komitesi Raporu (2019). https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_670146.pdf (ET : 28.05.2021).

Kabakçı M. (2004). Toplu Pazarlık Sürecinde Ortaya Çıkan Uyuşmazlıkların Çözüm Aracı Olarak Grev ve Lokavt. İstanbul :EMO.

Kaboğlu İ. (1989). Kolektif Özgürlükler. Diyarbakır: DÜHF Yayınları.

Kandemir M. (2011). Grev Hakkı ve Sınırlandırılması, İş Dünyası ve Hukuk, Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan. İstanbul.

Kutal M.O.(2019). ILO Sendika Özgürlüğü Komitesi'nin Grev Hakkına İlişkin Önemli Bazı Kararları. Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi.S.77.

Narmanlıoğlu Ü. (1990). Grev. Ankara.

Narmanlıoğlu Ü. (2016). Toplu İş İlişkileri. İstanbul: BETA.

Oğuzman K.(1987). Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri. İstanbul.

Örgütlenme Özgürlüğü Komitesi Kararları Derlemesi (2019). (Ç. Ulutaş, çev). Uluslararası Çalışma Bürosu-Cenevre: ILO.

Öztürk B.(2016) .Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Grev(Toplu Eylem)Hakkının Değerlendirilmesi Üç Farklı Yargıtay Kararı Işığında Toplu Eylem Hakkı, Çalışma ve Toplum Dergisi.

Sur M. (2013). 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Uluslararası Normlar Açısından Değerlendirilmesi. Çalışma ve Toplum Dergisi. C.4.

Sur M. (1987). Grev Kavramı. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları.

Sur M. (2020). Toplu İlişkiler. İstanbul: Turhan Kitabevi.

Şahlanan F. (2020). Toplu İş Hukuku, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık.

Tanör B. (1978). Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar. İstanbul: May Yayınları.

The Right to Strike And The ILO The Legal Foundations (2014).

Topalhan T. (1999). Türk İş Hukukunda Grev Ertelemesi ve Uygulamaları. Gazi Üniversitesi İ.İ.B.F Dergisi. C.2.

Tuncay A.C. ve Savaş Kutsal B. (2019). Toplu İş Hukuku. İstanbul: BETA.

Türkiye'nin Sosyal Diyalog Alanındaki ILO Sözleşmelerine Uyumuna İlişkin ILO Denetim Organlarının Yorum ve Kararlarının Analizi (2018). Ankara. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@europe/@ro-geneva/@ilo-ankara/documents/publication/wcms_666542.pdf (ET: 30.06.2021).

Ulucan D. ve Baskan E. (2019). Türk İş Hukukunda Grevin Ertelenmesi ve Konuya İlişkin Bir Anayasa Mahkemesi Kararının Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan, İstanbul.

Uzmanlar Komitesi'nin Uluslararası Çalışma Standartlarının Uygulanması Hakkındaki Raporu (2020).109. Uluslararası Çalışma Konferansı. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_736204.pdf (ET:28.05.2021).

ULUSLARARASI
HUKUK
SEMPOZYUMU
International Symposium on Law

YAŞAM HAKKI ÖZELİNDE GÜNCEL AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA İDARENİN SORUMLULUĞU

Arş. Gör. Nihal Toker

19 Mayıs Üniversitesi

ORCID NO: 0000-0001-8571-3453

Öz

Yaşam hakkı var olmadan diğer hakların varlığı anlam ifade etmeyeceğinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi nezdinde ele alınan ilk haktır. Yaşam hakkının korunması bağlamında, taraf devletlere pozitif, negatif ve usuli yükümlülükler getirilmiş olup söz konusu bu yükümlülüklerin ifa edilmemesi halinde sorumluluk gündeme gelmektedir. Çalışma, yükümlülük-sorumluluk ekseninden hareketle, Türkiye'nin yaşam hakkı özelinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde davalı olduğu ve son 5 yılda karara bağlanmış davaların incelenmesi suretiyle yürütülmüştür. Son 5 yıldaki bu davalar incelendiğinde, negatif yükümlülükler, operasyonların planlanması ve uygulanması ve potansiyel ölüm riski taşıyan yaralama biçiminde önümüze çıkarken; pozitif yükümlülükler, sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesi, çevre ve şehircilik, intihara meyilli kişiler, mayın ve mühimmat patlamaları, kadına karşı şiddet, bireylerin birbirine karşı korunması ve pozitif yükümlülüğün alt başlığında ele alınan usuli yükümlülük olarak yeterli ve etkin soruşturma biçiminde karşımıza çıkmaktadır. Çalışmanın konusu, hem ulusal hem uluslararası yazında birçok araştırmaya esas teşkil etse de bu çalışmada diğerlerinden farklı olarak, ilk olarak AİHM'in yaşam hakkında idarenin sorumluluğuna ilişkin benimsediği genel ilkelere; sonrasında ise güncel davalar özelinde bu ilkelerin nasıl uygulandığına yer verilmiştir. Yine, pek çok çalışmada kadına karşı şiddet müstakil olarak ele alınırken, bu çalışmada yaşam hakkı ve idarenin sorumluluğu dendiğinde gündeme gelebilecek konu başlıkları arasında sıralanmıştır. Çalışmanın önemi, ilkelerle pratiğin buluşturulmasından kaynaklanmakta ve Türkiye'nin tarafı olduğu davalara indirgenmesinden ötürü, literatüre katkı sağlamayı amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Yaşam hakkı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, negatif yükümlülük, pozitif yükümlülük, idarenin sorumluluğu

RESPONSIBILITY OF THE ADMINISTRATION IN CURRENT DECISIONS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN THE SPECIAL CASE OF THE RIGHT TO LIFE

Abstract

Since the existence of other rights does not make sense without the right to life, it is the first right addressed in the European Convention on Human Rights. In the context of the protection of the right to life, positive, negative and procedural obligations have been imposed on the states parties, and if these obligations are not fulfilled, responsibility arises. The study obligations from the responsibility-axis motion, the defendant Turkey in particular the right to life as the European Human Rights Court, and was conducted by examining the case resolved last 5 years. When these cases in the last 5 years are examined, while negative liabilities come up in the form of planning and execution of operations and injury with a potential risk of death; Positive obligations appear in the form of adequate and effective

investigation as a procedural obligation addressed under the subtitle of positive obligations, the fulfillment of health services, environment and urbanization, suicidal persons, mine and ammunition explosions, violence against women, protection of individuals against each other and positive obligation. Although the subject of the study constitutes the basis of many researches in both national and international literature, unlike the others, firstly the general principles adopted by the ECtHR regarding the responsibility of the administration about life; Afterwards, how these principles are applied in the current cases are discussed. Again, while violence against women is dealt with separately in many studies, in this study, it is listed among the topics that may come to the fore when the right to life and the responsibility of the administration are mentioned. The importance of the study stems from the combination of principles and practice and aims to contribute to the literature as it is reduced to the lawsuits to which Turkey is a party.

Keywords: Right to life, European Court of Human Rights, negative liability, positive liability, responsibility of the administration

GİRİŞ

"Yaşam Hakkı Özelinde Güncel AİHM Kararlarında İdarenin Sorumluluğu" adlı çalışmada, kendisi korunmadan diğer hakların bir anlam ifade etmediği yaşam hakkına dair AİHM'nin idareleri, AİHS terminolojisi bağlamında taraf devletleri, nasıl sorumlu tuttuğuna dair tespitler bir araya getirilmiştir. Bu bağlamda, yaşam hakkına dair genel açıklamalar yapılırken bu konudaki kilit davalara güncel olmasa da değinilmiş ancak öte yandan son başlık altında salt Türkiye'nin yaşam hakkı özelinde davalı olduğu son 5 yılda açılmış davalardaki tespitlere yer verilmiştir. Literatürde yaşam hakkına dair hem kitap hem makale biçiminde muhtelif çalışmalar yer alsa da çalışmanın orijinalliği, konuyu sorumluluk boyutuna indirgemek ve son 5 yıldaki davaların incelenmesinden kaynaklanmaktadır. Çalışmanın akış planı ise, şu şekildedir: Çalışma, genel olarak yaşam hakkının ele alındığı AİHS'de yaşam hakkı, yaşam hakkı ve idarenin sorumluluğu ilişkisi olarak iki ana bölüm üzerine oturtulmuştur. İkinci ana bölümde, taraf devletlerin negatif ve pozitif yükümlülükleri ayrımından yola çıkılarak tespitlerde bulunulmuştur.

YAŞAM HAKKI ÖZELİNDE GÜNCEL AİHM KARARLARINDA İDARENİN SORUMLULUĞU

I. AİHS'DE YAŞAM HAKKI

Yaşam hakkı, AİHS md. 2'de[1] düzenlenmiştir ve Sözleşme açısından en temel haklardan birisi olarak kabul edilmektedir. Sözleşme ile koruma altına alınan ilk hak, yaşama hakkıdır. AİHM'ne göre, yaşam hakkının uluslararası insan hakları belgelerinde uyumlu bir biçimde düzenlenmiş olması, bu hakkın insanın devredilemez bir sıfatı olduğunu ve insan hakları hiyerarşisinde üstün bir değer oluşturduğunu

[1] **AİHS md. 2:**

1. Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez.
2. Ölüm, aşağıdaki durumlardan birinde mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlaline neden olmuş sayılmaz:

a) Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasını sağlanması;

b) Bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme;

c) Bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması.

göstermektedir[2]. II. Dünya Savaşı'ndan sonraki belgelerde, yaşam hakkının devlet tarafından bahşedilemeyeceği yalnız tanınması gerektiği anlayışı kabul edilmiştir. AİHS md. 2'de de yaşam hakkının tanınmasına dair anlayış benimsenmiştir[3]. AİHS md. 2, kapsamının sınırlı olduğu gerekçesiyle sıkça eleştirilmiş ve bu eleştiriye karşı olarak da bu maddenin yaşamın kendisini değil yaşama hakkını koruduğu ve bu hakkın yaşamı tehdit eden her türlü tehlikeye karşı koruma sağlamadığı öne sürülmüştür[4].

AİHS md. 2'nin lafzına bakıldığında, yaşam hakkının ne olduğunu açıkça ortaya koymadığı görülmektedir. Diğer taraftan, devlet tarafından kasten yaşamdan yoksun bırakmaları açıkça yasaklamaktadır. Yine, madde yakından incelendiğinde insan yaşamının korunmasıyla ilgili olarak taraf devletlere bazı sorumluluklar yüklediği görülmektedir. Fakat, bu sorumluluğun ne derece geniş olduğu AİHM'nin içtihatlarıyla tespit edilmektedir[5]. Yaşam hakkına ilişkin önemli bir karar olan *Mccann ve Diğerleri-Birleşik krallık* davasında AİHS md. 2'nin ruhuna ilişkin önemli tespitlerde bulunulmuştur. Bu kararda, Mahkeme'nin 2. maddeyi yorumlarken birey olarak insanların korunması için bir araç olan AİHS'nin konu ve amacının, Sözleşme maddelerinin bu korumayı somut ve etkin kılacak biçimde yorumlaması ve uygulaması gerektiği vurgulanmıştır. Ayrıca, sadece yaşama hakkını korumakla kalmayan aynı zamanda yaşama hakkının kısıtlanmasının haklı görülebileceği durumları da belirleyen bir hüküm olarak 2. maddenin AİHS'nin en temel hükümlerinden olduğu (hatta bu hükmün barış zamanında 15. madde kapsamında kısıtlanamayacak bir hüküm olduğu) ve bu maddenin AİHS md. 3 ile Avrupa Konseyi'ni oluşturan demokratik toplumların taşıdığı en temel değerleri temsil ettiği dile getirilmiştir[6]. AİHM'nin yaşam hakkına ilişkin bu yorumu yerindedir zira olağan dönemlerde insan hakları arasında hiyerarşik bir ilişki bulunduğu genel olarak kabul edilmemesine rağmen olağanüstü dönemlerde hiyerarşik bir ayrım yapılmaktadır. Hakların askıya alınabildiği olağanüstü dönemlerde yaşam hakkı, işkence yasağı, ceza kanunlarının geriye yürümezliği gibi bazı haklara hiçbir zaman askıya alınamayacaklarına ilişkin bir teminat sağlanmıştır. Öğretide, bu haklara *hakların sert çekirdeği* denir[7].

Demokratik devlet yapısını yaşatacak tedbirlerin alınması ile bireysel hak ve özgürlüklerin korunması arasındaki hassas denge gereği, AİHS md. 15/1'de savaş veya ülkenin varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde hak ve özgürlüklerin taraf devletlerce askıya alınabilmesine olanak tanınmıştır[8]. Fakat, bu maddenin ikinci fıkrasında, birinci fıkrada belirtilen hallerde dahi askıya alınamayacak haklar

[2] **Streletz, Kessler ve Krenz-Almanya Davası**, Başvuru No: 34044/96, Karar Tarihi: 22.03.2001; **Bahadır**, **Oktay** (2015), Yaşama Hakkı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 57.

[3] **Türmen, Rıza** (2005) "Rights to Life (Article 2)", Bulletin Des Droits De L'Homme, C: 11, S: 12, s. 56; **Bahadır,** s. 58.

[4] **Türmen,** s. 56.

[5] **Bahadır,** s. 58.

[6] **Mccann ve Diğerleri- Birleşik Krallık Davası,** Başvuru No: 18984/91, Karar Tarihi: 27.09.1995; **Dutertre, Gilles** (2003) AİHM Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, Strasbourg, s. 26.

[7] **Anayurt, Ömer** (2000) "Hakların Üstünlüğü İlkesi Açısından İnsan Haklarına İlişkin Sınıflandırmaların Değerlendirilmesi", Türkiye'de İnsan Hakları, TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi Yayını, Ankara, s. 51.

[8] **Gözlügöl, Said Vakkas** (2002) AİHS ve İç Hukukumuza Etkisi, Yetkin Yayınevi, Ankara, s. 248.

sayılmıştır. Bu fıkraya göre, meşru savaş eylemlerinden kaynaklanan ölüm olayları haricinde yaşam hakkı kati surette askıya alınamayacaktır[9].

Diğer taraftan, AİHS md. 2 herkesin yaşam hakkını teminat altına almaktadır. Buradaki yaşamla insan hayatı kastedilmektedir. Bu mefhum, ne bir hayvanın yaşam hakkını ne de tüzel kişilerin var olma hakkını kapsamaktadır. Hayvanlar kişi olmadıkları için herkese dahil değildirler ve bu sebeple Sözleşme tarafından hiç korunmamaktadırlar. Şirket gibi tüzel kişilerse kişi olsalar dahi Sözleşme'yi, mülkiyet hakkı, adil yargılanma hakkı, ifade özgürlüğü, dernek kurma özgürlüğü gibi hak ve özgürlükler bakımından ileri sürebilirler. Fakat, tüzel kişiler 2. madde anlamında yaşam sahibi olmadıkları için yaşam hakkını ileri süremezler[10].

II. YAŞAM HAKKI VE İDARENİN SORUMLULUĞU İLİŞKİSİ

Kural olarak, yaşam hakkına ilişkin uyuşmazlıklar ceza hukukuyla bağlantılı olarak yaşam hakkının kapsamına girmektedir. Hem AİHS'nin kaleme ele alınış tarzı hem AİHM'e yapılan başvurular hem de Mahkeme'nin bu konuya ilişkin oluşturduğu içtihat yaşam hakkının ceza hukuku ağırlıklı olarak ele alındığı kanaatini oluşturmaktadır. Sonuç olarak, yaşam hakkının ihlal edildiğine yönelik iddiaların değerlendirilmesinde, Mahkeme öncelikli olarak ceza yargılaması üzerinde durmakta olup yaşam hakkının ihlal edildiği olaylarda kati surette ceza yargısının olay hakkında soruşturma ve kovuşturma yapmasını beklemektedir. Cezai sorumluluğun olduğu olaylarda ise, mutlaka idari yargıya müracaat edilme zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu zorunluluğun bulunmamasından ötürü, yaşam hakkının ihlal edilmesiyle birlikte, cezai müeyyideye tabi tutulmayan olaylarda Türkiye tarafından yapılan savunmalarda iç hukuk yollarının tüketilmediği, zira iç hukukta somut olaya göre özel hukuk ya da idare hukuku sorumluluğunun bulunduğu, idare ve hukuk mahkemelerinin ceza mahkemelerine göre daha esnek delil elde etme ve değerlendirme imkanına sahip olduğu, bu yönde ilgili mahkemelere müracaat edilmesi durumunda iç hukuktan bir netice alınabileceği ileri sürülmesine rağmen, bu iddialar Mahkeme tarafından yerinde görülmemektedir[11].

Yaşam hakkının korunması meselesi, bazı olaylarda salt idari yargı önünde gündeme gelebilmektedir. İdari yargının konuyu ele aldığı durumlarda, idari yargı mahkemeleri tarafından yargılamanın ve verilen kararların bizzat kendisi Sözleşme'ye uygunluk denetimine tabi tutulmaktadır. Yaşam hakkının idari yargıdaki görünümü daha çok idarenin kamu hukuku kurallarına ve idari yargıya tabi olan mali sorumluluğudur[12]. Bunun yanı sıra, istisnai olsa da hukuka aykırı işlemlerin iptal edilmesi biçiminde de yaşam hakkı korunmaktadır[13].

Hem idari hem de cezai sorumluluğun söz konusu olduğu hallerde, Mahkeme'nin tarafların iddiaları bağlamında bir değerlendirme yaptığı görülmekte olup, Mahkeme her iki yargı yerinde de yapılan yargılamanın AİHS md. 2'deki yükümlülüklere uygun olup olmadığını incelemektedir. Buna göre, bu iki yargı organınca yapılan yargılamadan birinin dahi sorunlu olması durumunda ihlal kararı

---

9 **Dimitris, Xenos** (2007) "Asserting the Right to Life (Article 2) in the Context of Industry", German Law Journal, C: 8, S: 3, s. 252; **Harris, David/O'boyle, Michael/Warbrick, Colin** (2009) Law of the European Convention on Human Rights, 2. Baskı, New York, Oxford University Press, s. 37.

10 **Bahadır,** s. 61.

11 **Kızılyel, Serkan** (2014) "Yaşam Hakkı: AİHM Kararları ve İdari Yargı Uygulaması", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 18, S: 2, s. 256.

12 **Gözler, Kemal/Kaplan, Gürsel** (2011) İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, Bursa, s. 745.

13 **Kızılyel,** s. 257-258.

verilmektedir. Bazen Mahkeme, kararında sorun bulunan yargı yerinin değerlendirmesine daha fazla değer atfetmektedir. Bir başka deyişle, Mahkeme ceza yargılamasında sorun görmediği ve ceza mahkemesi kararına bir itirazın bulunmadığı tüm iddiaların idari davaya yöneldiği durumda yalnız idari yargılamanın vardığı sonuçtan hareket etmek suretiyle ihlal kararı vermektedir. Sonuç olarak, yaşam hakkının öncelikli olarak ceza hukukunun konusunu teşkil etmesi doğaldır ve gerek bir idari işlemin gerek bir idari eylemin yargısal denetimi sebebiyle idari yargı kapsamında da yaşam hakkının geniş bir uygulaması söz konusudur. Yine, Mahkeme tarafından ihlal kararı verildiği durumlarda, meselenin idari yargıda hizmet kusuru ve iptalle malul olarak kabul edilmesi gerekir[14].

A. NEGATİF YÜKÜMLÜLÜK-POZİTİF YÜKÜMLÜLÜK AYRIMI

Temel hak ve özgürlükler, Jellinek'in tasnifine göre, ilk olarak negatif boyutuyla tanımlanmakta ve devletin negatif haklar karşısındaki esas görevini bu hak ve özgürlüklere müdahale etmemesi ve saygı duyması oluşturmaktadır. Ancak AİHM içtihatlarınca net bir biçimde ortaya konduğu üzere, ister negatif ister pozitif boyutlu olsun tüm temel hak ve özgürlüklerin korunması için negatif yükümlülükler yeterli olmamakta, devletlerin bu yükümlülüklerin yanı sıra temel hak ve özgürlüklerin garantörü olmaları nedeniyle, ulusal makamlarca bu hak ve özgürlüklerin koruması amacıyla almaları gereken tedbirleri kapsayan pozitif yükümlülüklerinin de bulunduğu ifade edilmektedir[15]. Kısaca, pozitif yükümlülükler temel hak ve özgürlüklerin tam olarak korunabilmesi gayesiyle negatif yükümlülüklere eklenmiştir[16].

Pozitif yükümlülükleri negatif yükümlülüklerden ayıran en büyük fark, pozitif yükümlülükler devletlerin pozitif edimlerde bulunmalarını yani gerekli tedbirleri almalarını gerektirirken, negatif yükümlülükler ise müdahaleden kaçınmalarını yani bir hakkın kullanımını kısıtlamamalarını veya engellememelerini gerektirmektedir[17]. Devletlerin Sözleşme ile tanınan temel hak ve özgürlükleri ihlal etmeleri ancak ya pozitif ya da negatif yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda mümkün olmaktadır[18].

B. DEVLETİN NEGATİF YÜKÜMLÜLÜĞÜ BAĞLAMINDA İDARENİN SORUMLULUĞU

1. Öldürme Yasağı

Genel olarak negatif yükümlülük, devlet için bir yetki alanı sınırı öngörmektedir. Bu yükümlülük ile birlikte devletin yetkisini aşmama zorunluluğu doğar. Yaşam hakkı özelinde ise devletin negatif yükümlülüğü, öldürme yasağıdır. Öldürme yasağı kapsamında devlet, öldürme yetkisine sadece açıkça öngörülen hallerde sahiptir ve bunun dışında devletçe gerçekleştirilen öldürme eylemleri meşru değildir[19]. AİHS'ne taraf devletlerin negatif yükümlülüğünün hukuki dayanağını, Sözleşme'nin md. 2/1'in son cümlesi oluşturmaktadır: "…hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez." Bu hükümle gidilen amaç çok daha sınırlı olup, esas amaç devletin kişileri keyfi olarak yaşamlarından alıkonulmasının önlenmesidir[20].

---

[14] **Kızılyel,** s. 258.

[15] **Gümüş, Ali Tarık** (2016) Devletin Pozitif Yükümlülükleri Ekseninde Özel Hayata Saygı Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 135; **Boyar, Oya** (Ed: **Sibel İnceoğlu**) (2013) "Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki", İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Beta Yayınevi, İstanbul, s. 54; **Doğmuş,** s. 167.

[16] **Gümüş,** s. 136-137; **Doğmuş,** s. 167.

[17] **Gümüş,** s. 134-135; **Boyar,** s. 54-55; **Doğmuş,** s. 168.

[18] **Gümüş,** s. 134-135; **Doğmuş,** s. 168.

[19] **Doğan**, **İlyas** (2019) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Ankara, Astana Yayınları, s. 77.

[20] **Harris/O'boyle/Warbrick**, s. 39; **Doğan**, s.77.

Devletin herhangi bir kişiyi öldürmekten 2. maddeye istinaden sorumlu tutulabilmesi için, ilk olarak, kişinin devlet görevlileri tarafından öldürüldüğünün makul şüphenin ötesinde gösterilmesi gerekir. Bu usuli gereklilik, çeşitli kanıt sorunları ortaya çıkarsa da Türkiye'nin davalı olduğu güncel AİHM kararlarında pek rastlanılmayan gözaltında ölüm hallerinde başvurucuları ispat yükünden kurtarmaktaydı. Gözaltındaki kişiler, korunmasız bir durumda olup devletin yetkili idaresinin bu kişileri koruma yükümlülüğü mevcuttur. Bu yükümlülüğün sonucu ve öldürme yasağının da gereği olarak; gözaltındaki kişilerin yaralanması veya ölmesi durumunda, bu muameleye açıklama getirmek yani ispat yükü, idarelere, AİHM boyutunda taraf devlete düşmektedir[21].

Öldürme yasağına ilişkin bir başka mesele de kayıp kişilerdir. Kayıp kişiler bakımından 2. maddenin ihlalini teşkil eden öldürme şu şartları haiz olmalıdır: Kayıp kişinin devlet tarafından gözaltına alındığının makul şüphenin ötesinde ortaya konulması ve kişinin öldüğü sonucuna makul şüphenin ötesinde varılabilecek somut kanıtların varlığıdır[22]. Burada, Mahkeme bakımından ilk sorun, kayıp kişinin gözaltından önce kaybolup kaybolmadığının saptanmasıdır. Devlet yetkilileri gözaltı işleminin yapılmadığını iddia ederse, bu durumda, başvurucu yakalamanın vuku bulduğunu ispatlamak zorunda kalacaktır. Ancak gözaltı işleminin yapıldığı, devlet yetkilileri tarafından kabul edilirse bu durumda da gözaltındaki şahsın ne zaman ve nerede serbest bırakıldığının ispatı devlete düşecektir[23]. Kayıp kişilerle alakalı, devletin serbest bırakma işlemini kanıtlayamadığı durumlarda, Mahkeme, ölüm karinesine başvurup 2. maddenin ihlal edildiği kararına varmaktadır[24].

2. Yaşamın Sona Ermesi ile İlgili Meşru Haller

Devletin negatif yükümlülüğünün istisnaları, bir başka deyişle yaşamın sona ermesine ilişkin meşru haller, AİHS md. 2/2'de sayılmıştır. Bu hükme göre, kişinin yaşamı, bir kişinin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması, usulüne uygun olarak yakalama ve tutuklama tedbirlerinin gerçekleştirilmesi ve devamının sağlanması ve bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması neticesinde son bulmuş ve söz konusu müdahalelerde orantısız güç kullandığı tespit edilmişse devletin yaşama hakkının korunması noktasında bir ihlali bulunmadığı kabul edilmektedir. Yaşamın sona erdirilmesinde meşru haller olarak kabul edilen bu durumlar Mahkeme tarafından oldukça dar yorumlanmaktadır[25]. AİHM'nin de belirttiği üzere, Sözleşme'nin 2. maddesi bütün olarak değerlendirildiğinde, ikinci fıkranın esasında bir kimsenin hayatına kasten son verilmesine izin verilen halleri tanımlamaktan ziyade, istenmediği halde yaşama son veren bazı güç kullanma durumlarının hukuka uygun olarak kabul edileceği halleri belirttiği görülmektedir[26].

Yaşamın sona erdirilmesinin meşru sayılabilmesi için öncelikli olarak, yasaya uygun bir güç kullanımı gerekir ve bu bağlamda güç kullanımıyla ilgili olarak ulusal mevzuatlarda düzenlemelere yer verilmelidir. AİHM'nin yerleşik içtihadına göre, devlet görevlilerinin öldürme kastı olsun ya da olmasın

[21] **Doğan**, s. 79-80.

[22] **Harris/O'boyle/Warbrick**, s. 58.

[23] **Tezcan**, **Durmuş/Erdem**, **Mustafa Ruhan/Sancakdar**, **Oğuz** (2004) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, s. 125.

[24] **Doğan**, s. 81.

[25] **Doğmuş, Simay** (2018) AİHS Işığında Devletlerin Yaşama Hakkına İlişkin Pozitif Yükümlülükleri, Seçkin Yayınevi, Ankara, s. 110.

[26] **Doğru, Osman** (2010) Anayasa ile Karşılaştırmalı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Mahkeme İçtüzüğü, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, s. 6.

meşru amacı gerçekleştirmek için mutlaka gerekli olmayan bir müdahale veya bu müdahalede orantısız olarak uygulanan güç neticesinde meydana gelen ölümlerde devletin sorumluluğu bulunmaktadır[27]. Bu açıdan, mutlaka gerekli olma şartı AİHS md. 8-11'de yer alan demokratik toplumun gereklerine uygun olup olmadığı değerlendirmesinden daha katı ve zorlayıcı bir manaya gelmektedir[28]. Mahkeme, bu meselede salt ölümcül nitelikteki kamu görevlilerinin eylemlerini değil, eylemlerin planlanması, kontrolü ve benzeri konuları da kapsayacak biçimde olayın bütün maddi koşullarını değerlendirmektedir. Kullanılan güç, AİHS md. 2/2'de yer alan istisna hallerindeki amaçları gerçekleştirmek için tam manasıyla orantılı olmalıdır. Bu konuda, Mahkeme, taraf devletlere bir takdir alanı tanımamakta ve kullanılan gücün orantılılığını kendi objektif kriterlerine göre tespit etmektedir[29].

Orantılılık ve meşru savunmaya, güncel bir karar olan *Altın ve Kılıç/Türkiye* davasında değinilmiştir. Söz konusu davada, başvurucular, özellikle yakınlarının ölümüne yol açan terör karşıtı operasyonun ulusal makamlar tarafından ölümcül güç kullanımının asgari düzeye indirilecek şekilde düzenlenmediğini ileri sürerek, yakınlarının yaşam hakkının ihlal edildiğinden şikayet etmişlerdir. Polisler, şüphelilerin silahlı oldukları ve bombalı bir saldırı düzenlemeyi planladıkları kanısına vararak, dairenin etrafını kuşatmışlar ve gerçekten de şüpheliler polisin tüm uyarılarına rağmen polise karşı silah kullanmışlardır. Mahkeme, bu koşullarda ölümcül güç kullanımının, ne derece üzücü olursa olsun, şiddete karşı herkesin korunmasını sağlamak ve şüphelileri yasaya uygun olarak yakalamak için mutlak zorunlu olanı aşmadığı kanısına vararak, bu bağlamda Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edilmediğine hükmetmiştir[30].

Sonuç olarak, AİHS md. 2/2'ye göre, devletin yaşam hakkını ihlal etmesinden dolayı sorumlu tutulamayacağı haller üç tanedir: Meşru savunma amacıyla öldürme, yakalama amacıyla öldürme, ayaklanma ve isyanı bastırma amacıyla öldürme. Bu istisnalar haricinde kalan ölümler, ister kasten ister kasten olmayan biçimde gerçekleştirilsin, yaşam hakkının ihlali olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda, ölümle neticelenmese dahi meşru amaca yönelik olmayan ölümcül güç kullanımı ya da belirli bir ağırlığa ulaşmış ölümcül olmayan güç kullanımı da yaşama hakkının ihlali olarak kabul edilebilmektedir[31]. Güncel bir karar olan *Hakim İpek/Türkiye* ve *Muhacir Çiçek ve Diğerleri/Türkiye* davasında, AİHM, AİHS md. 2'nin sadece kasten adam öldürmeyi kapsamadığını, bu maddenin aynı zamanda taksirle öldürmeyle sonuçlanabilecek güce başvurulması mümkün durumları da kapsadığını belirtmiştir[32].

[27] **Doğru,** s. 6; **Gözübüyük**, **Şeref/Gölcüklü**, **Feyyaz** (2016) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 11. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 178; **Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sancakdar, Oğuz/Önok, Rifat** (2016) İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin Yayınevi, Ankara, s. 85; **Doğru, Osman/Nalbant, Atilla** (2012) İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi - Açıklamalar ve Önemli Kararlar, C: 1, Yargıtay Yayınları, s. 16; **Cengiz, Serkan** (2011) AİHM Kararları Işığında Yaşam Hakkı, S: 93, TBB Dergisi, s. 387; **Mccann ve Diğerleri- Birleşik Krallık Davası,** Başvuru No: 18984/91, Karar Tarihi: 27.09.1995.

[28] **Kalkan-Türkiye Davası,** Başvuru No: 37158/09, Karar Tarihi: 10.05.2016.

[29] **Doğru/Nalbant,** s. 16; **Karan, Ulaş** (Ed: **Sibel İnceoğlu**) (2013) "Yaşam Hakkı" İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Beta Yayınevi, İstanbul, s. 123; **Mccann ve Diğerleri- Birleşik Krallık Davası,** Başvuru No: 18984/91, Karar Tarihi: 27.09.1995.

[30] **Altın ve Kılıç-Türkiye Davası,** Başvuru No: 15225/08, Karar Tarihi: 06.09.2016. Benzer bir karar için bkz. **Güler ve Tekdal-Türkiye Davası,** Başvuru No: 65815/10, Karar Tarihi: 10.10.2017.

[31] **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 178; **Karan,** s. 178; **Çiftçioğlu, Cengiz Topel** (2012) "Yaşama Hakkı", TBB Dergisi, S: 103, s. 157; **Doğmuş,** s. 112.

[32] **Hakim İpek-Türkiye Davası,** Başvuru No: 47532/09, Karar Tarihi: 10.11.2015; **Muhacir Çiçek ve Diğerleri-Türkiye Davası,** Başvuru No: 41465/09, Karar Tarihi: 02.02.2016.

3. AİHM Kararlarında Negatif Yükümlülüğün Görünümleri

a. Operasyonların Planlanması ve Uygulanması

AİHM'nin yerleşmiş içtihatlarına göre, bir devlet, sadece öldürme eyleminden değil, aynı zamanda olayla ilgili düzenlenen operasyonun gerektiği gibi planlanmamasından ve kontrolünden de sorumlu olabilir. Bir kişinin, kamu görevlileri tarafından güvenlik operasyonları sırasında, gerekli şartlar oluşmadan öldürüldüğü durumlarda, devlet negatif yükümlülüğünü ifa etmediğinden ötürü sorumlu olacaktır. Bu negatif yükümlülüğe, içtihatlarla, özellikle bu türden operasyonların denetimiyle ilgili olarak pozitif yükümlülükler de ilave edilmiştir[33]. Bu sebeple, ölümcül zor kullanımına başvurmanın mümkün olduğunca asgari seviyeye indirilmesi amacıyla operasyonların planlanması ve idaresinin denetimi gerekmektedir[34]. Bu bağlamda, AİHM operasyonun yürütülmesi, alınan tedbirler, kullanılan güç, verilen emirler, sahadaki görevlilere sağlanan bilgi ve bu kişiler arasındaki koordinasyon ve benzeri hususları son derece yakından incelemektedir[35]. Güncel bir karar olan *Özpolat ve diğerleri/Türkiye*'de burada zikredilen hususlara dikkat çekilmiştir[36].

AİHM, birçok kararında özellikle ölüme sebebiyet verecek oranda zor kullanıldığı hallerde, salt zor kullanan kamu görevlilerinin eylemlerinin değil aynı zamanda bu eylemlerin planlanması ve idare edilmesi de dahil olmak üzere davaya ilişkin tüm koşulların göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmiştir. Bu türden davalarda, Mahkeme, genel olarak operasyonun yetkililer tarafından olabildiğince ölümcül güce başvurmayı ve can kayıplarını en aza indirecek biçimde planlanıp planlanmadığını ve idare edilip edilmediğini de irdelemektedir. Bunun dışında, bir güvenlik operasyonunun yöntemlerinin ve araçlarının seçiminde tüm olası tedbirlerin alınıp alınmadığını ve yetkililerin harekat tarzını seçerlerken kusurları olup olmadığını da araştırmaktadır[37]. Bu gereklilikler, ani gelişen operasyonlar için de daha az katı olsa da geçerlidir[38].

Bu husus, Mahkeme'nin ilk kez *Mccann ve diğerleri* davasında dile getirdiği en dikkate değer saptamadır ve daha sonraki çok sayıda davada, Mahkeme, bu içtihadını istikrarlı bir biçimde tekrarlamıştır[39]. Güncel kararlardan *Songül İnce ve diğerleri* davasında da operasyon yöntem ve araçlarının seçimi üzerinde durulmuştur. Davaya konu olan olayda, BayramPaşa Cezaevi'ndeki ölüm oruçlarının durdurulması maksadıyla düzenlenen hayata dönüş operasyonları sırasında kullanılan göz yaşartıcı gaz kullanımının orantılılığını irdelemiştir. Mahkeme, Bayrampaşa Cezaevi'nde meydana gelen olayların aşırı şiddetini ve cezaevinde bulunan şiddetin potansiyelini nazara alarak göz yaşartıcı

---

[33] **Bahadır, Oktay** (2015) Yaşama Hakkı, Seçkin Yayınevi, Ankara, s. 137.

[34] **Mccann ve Diğerleri- Birleşik Krallık Davası,** Başvuru No: 18984/91, Karar Tarihi: 27.09.1995.

[35] **Ergi-Türkiye Davası,** Başvuru No: 23818/94, Karar Tarihi: 28.07.1998; **Makaratzis-Yunanistan Davası**, Başvuru No: 50385/99, Karar Tarihi: 20.12.2004; **Bahadır**, s. 138.

[36] Bu davada, başvuranlar zihinsel engelli yakınları İskender ve Mehmet Özpolat'ın öldürülmesine sebep olan operasyonun güvenlik güçleri tarafından ölümcül güç kullanımına başvurulmasını asgari seviyeye indirgeyecek biçimde hazırlanmadığını savunmaktadırlar. Mahkeme de söz konusu operasyonun başvuranlarının yakınlarının yaşamı bakımından tüm riski olabildiğince azaltacak biçimde hazırlanmadığının ve kontrol edilmediğinin kanıtlanmadığı kanısına varmıştır. Bkz. **Özpolat-Türkiye Davası,** Başvuru No: 23551/10, Karar Tarihi: 27.10.2015.

[37] **Mccann ve Diğerleri- Birleşik Krallık Davası,** Başvuru No: 18984/91, Karar Tarihi: 27.09.1995; **Ergi-Türkiye Davası,** Başvuru No: 23818/94, Karar Tarihi: 28.07.1998; **Bahadır,** s. 138.

[38] **Makaratzis-Yunanistan Davası,** Başvuru No: 50385/99, Karar Tarihi: 20.12.2004.

[39] **Bahadır,** s. 138.

gazın kullanımının makul olduğunu ancak cezaevi gibi kapalı bir alanda 45 adet gazın kullanımının ölümcül dereceye vardığını, nihayetinde orantısız olduğu sonucuna varmıştır[40].

Anlaşılacağı üzere, AİHM, kamu görevlileri tarafından öldürülme olaylarını, operasyonun planlanması ve asıl öldürme olayının gerçekleşmesi biçiminde, iki aşamaya ayırmakta olup ilk aşama olan operasyonun planlanmasının bu derece dikkatli incelenmesi, Mahkeme'nin yaşama hakkına ve bu hakkın etkin bir biçimde korunmasına verdiği önemin bir yansıması olarak görülebilir. Öte yandan, AİHM bazı kararlarında devletlerin kendi halklarını terörist saldırılardan korurken karşılaştıkları zorlukların farkında olduğunu ve bu sorunun karmaşıklığını kabul ettiğini ifade etmektedir. Ancak yine de önceden hazırlanmış operasyonlarda, bu operasyonu düzenleyen taraf devletlere ciddi sorumluluklar yüklemektedir. Mahkeme'ye göre devletler bu türden operasyonları planlamada gerekli özeni göstermekle mükelleftir. Yalnız mağdurların değil, olayın vuku bulduğu şartlarda, mümkünse şüphelilerin de yaşamlarını korumak zorundadırlar. Bir başka deyişle, devlet, sivilleri veya güvenlik güçlerini tehlikeye atmadan, failleri canlı şekilde ele geçirecek bir operasyon düzenleyebilecek bir halde ise, bunu yapmakla yükümlüdür[41].

b. Potansiyel Ölüm Riski Taşıyan Yaralama

AİHS md. 2'nin sadece mağdurun ölmesi durumunda mı uygulanacağı, yaralanması durumunda da uygulanmasının mümkün olup olmadığı, muhtelif davalara konu olmuştur. AİHM, son yıllarda verdiği *Songül İnce ve diğerleri/Türkiye*[42] gibi kararlarında, kolluk tarafından zor kullanılması neticesinde meydana gelen ciddi yaralanma olaylarını, sadece 2. madde kapsamında ele almaya başlamış olup yaşama hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Özellikle, 2004 yılındaki bu konudaki ana içtihat niteliğinde olan *Makaratzis/Yunanistan* kararından sonra, potansiyel ölüm riski taşıyan yaralamaya ilişkin başvurularda AİHS md. 2'yi temel alma bir istisna olmaktan çıkmıştır.

Sonuç olarak, AİHS, sadece biyolojik ve fiziksel anlamda bir kişinin yaşamını değil aynı zamanda hukuksal bir değer olarak da onun yaşama hakkını korumaktadır. Bu sebeple, mağdur ölmemiş olsa dahi yaşama hakkını tehlikeye atan bir eylemin hedefi olmuşsa, bu hak ihlal edilmiş sayılacaktır[43]. Bu bağlamda, ölümün gerçekleşmediği bir olayın hangi madde kapsamında inceleneceği konusunda, kullanılan gücün türü ve derecesi, gücü kullanma niyeti ya da amacı belirleyici faktörler olacaktır[44].

C. DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİ BAĞLAMINDA İDARENİN SORUMLULUĞU

1. Devletin Yaşama Hakkı Özelinde Pozitif Yükümlülükleri

AİHS'ne taraf devletlerin yaşam hakkına ilişkin ikinci tür yükümlülüğü, kişilerin yaşam hakkının korunmasına işaret eden pozitif yükümlülüğüdür[45]. Devletin yaşam hakkına dair pozitif yükümlülüğü, öldürmeye karşı koruyucu veya cezalandırıcı tedbirleri almaktır[46]. Mahkeme'nin içtihat hukukunda

---

[40] **Songül İnce ve Diğerleri-Türkiye Davası,** Başvuru No: 25595/08 ve 34252/10, Karar Tarihi: 26.05.2015. Benzer biçimde dava için bkz. **Kars ve Diğerleri-Türkiye Davası,** Başvuru No: 66568/09, Karar Tarihi: 22.03.2016; **Mızrak ve Atay-Türkiye Davası,** Başvuru No: 65146/12, Karar Tarihi: 18.10.2016.

[41] **Bahadır,** s. 138-139.

[42] **Songül İnce ve Diğerleri-Türkiye Davası,** Başvuru No: 25595/08 ve 34252/10, Karar Tarihi: 26.05.2015.

[43] **Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok,** s. 95.

[44] **Bahadır,** s. 140.

[45] **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 172-175.

[46] **Doğan**, s. 82.

geliştirilen pozitif yükümlülük anlayışının unsurları, somut bir biçimde tanımlanmış ve sıralanmış değildir; ancak kararlardan çıkan sonuca göre, 2. maddenin ele aldığı taraf devletlerin yerine getirmesi gerektiği pozitif yükümlülükleri şu şekilde tasnif etmek mümkündür[47]:

1) Yaşam hakkını korumak için gerekli sağlık hizmetini sunmak,

2) Yaşam hakkını etkin bir şekilde koruyan yasal rejim oluşturmak,

3) Koruyucu tedbirler almak,

4) Ölüm durumunda yeterli ve etkin soruşturma yapmaktır.

Yukarıda sayılan pozitif yükümlülükler doğrultusunda, bir kişinin öldürme eylemine karşı, Mahkeme'ye başvurması mümkünse de, bu öldürme eyleminden devletin sorumlu tutulabilmesi için öldürmenin devletin hareket ve ihmallerinden kaynaklanmasını gerekir[48]. Yine, özel bir kişinin öldürme fiiliyle devlet arasında ilişki kurulabilmesi için de yukarıda sayılan pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmemesi yeterli olabilmektedir[49].

a. Yaşam Hakkını Koruma Adına Sağlık Hizmetleri Sunma

Yaşam hakkını koruma adına, sağlık hizmetleri noktasında, devletin ilk pozitif yükümlülüğü, buna ilişkin hukuki ve idari yapının kurulmasıdır. Her ne kadar, taraf devletlerin bu türden bir zorunluluğu olsa da sunulan sağlık hizmetinin kalitesi noktasında bir kıstas bulunmamaktadır[50]. Bir başka ifade ile, devletin sağlık hizmetlerine ilişkin yükümlülüklerinin kapsamı ve ölçüsü, somut duruma göre değişiklik göstermektedir. Mahkeme, bu bağlamda yaşam kurtarıcı nitelikteki bir ilacının tamamının değil de %70'inin devletçe karşılanmasını 2. maddenin ihlali şeklinde yorumlamazken[51]; bir başka davada, hemodiyaliz tedavisinde vazgeçilmez olmamasına karşın alınmadığı vakit oldukça acı çekilmesine neden olan ilaçların ücretlerinin devletçe ödenmemesine dair başvuruyu yaşam hakkının ihlali bağlamında değerlendirmiştir[52].

Mahkeme'ye göre; kamuda veya özel sektörde sağlık meslek mensuplarının, bakım ve gözetimindeki kişilerin ölüm nedenlerinin belirlenmesi ve sorumlulardan hesap sorulabilmesi için etkili ve bağımsız bir yargı sistemi kurulması da devletin yaşam hakkının korunması adına sağlık hizmetleri noktasında pozitif yükümlülüğünün bir başka yönünü oluşturmaktadır[53]. Tabii olarak, etkin ve bağımsız yargı sisteminin sadece sunulan sağlık hizmetlerinden kaynaklı ölümlerde değil; diğer sebeplerden kaynaklanan tüm ölümlerde, taraf devletlerin üzerine düşen bir pozitif yükümlülük olduğu unutulmamalıdır.

b. Yaşam Hakkını Etkin Bir Şekilde Koruyan Yasal Rejim Oluşturmak

---

47 **Doğan**, s. 82; **Duvan**, **Ayşe Özkan** (2018) "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. Maddesi Çerçevesinde Yaşam Hakkının Korunmasında Devletin Yükümlülüğü", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C: 24, S: 2, s. 668.

48 **Doğan**, s. 82.

49 **Doğan**, s. 82.

50 **Kızılyel**, s. 281.

51 **Nitecki/Polonya Davası,** Başvuru No: 65653/01, Karar Tarihi: 21.03.2002.

52 **Pentiacova ve diğerleri/Moldova Davası,** Başvuru No: 14462/03, Karar Tarihi: 04.01.2005.

53 **Doğan**, s. 83; **Ertan**, **İzzet Mert** (2012) Uluslararası Boyutlarıyla Sağlık Hakkı, İstanbul, Legal Yayıncılık, s. 121-123.

Yaşamdan yoksun bırakmanın AİHS md. 2/2 bakımından meşru kabul edilebilmesi için, eylem yasal olmalıdır. Eylemin yasal olmasının anlamı ise, eylemin ulusal hukuk açısından yasal olması, bir başka deyişle, ilgili devletin iç hukukuna göre kolluğun somut olayda zor kullanılmasına izin verilmiş olmasıdır. Ulusal hukukun aynı zamanda Sözleşme'nin gerekliliklerleriyle de uyumlu olması şarttır[54]. Ancak ulusal hukuktaki gerekliliğin kesinlikle gereklilik biçiminde ifade edilmesi şart olmayıp sadece özü itibariyle aynı olması yeterlidir[55]. Devletlerin genel olarak Sözleşme'yi iç hukuklarına dahil etmeleri bir zorunluluk teşkil etmese de yaşam hakkını ilgilendiren alanlarda, Sözleşme'nin 2. maddesindeki standartlarla belli ölçüde uyumlu bir koruma öngören kanunların bulunması gerekmektedir[56]. Bu hüküm, sadece kanun koyucuyu muhatap almamakta, aynı zamanda tüm ulusal makamlara yaşamı korumaya ilişkin gerekli tedbirleri almaları konusunda genel bir sorumluluk yüklemektedir[57]. Bundan ötürü, devletin olması gerektiği gibi düzenlenmiş bir kanunun yanlış uygulanmasından da sorumlu olacağı söylenebilir[58].

Sözleşme'nin 8-11. maddeleri, teminat altına aldıkları haklar üzerindeki kısıtlamaların kanun tarafından öngörülmüş olmasını şart koşarken; 2. madde, hakkın kendisinin kanun tarafından korunması kuralını getirmektedir. Bu durum, yaşama hakkına ilave bir ağırlık atfedildiğini göstermektedir. Bu sebeple, hangi şartların gerçekleşmesi durumunda kullanılan gücün kesinlikle gerekli kabul edileceği, iç hukukta açık ve net biçimde belirtilmelidir. Bunun sonucu olarak, kolluk görevlileri hangi hallerde zor kullanabileceğini bilmelidir. Yine, o ülkede yaşayan kişilerin de kolluk görevlilerinin kendilerine karşı hangi durumlarda ne dereceye kadar zor kullanabileceğini bilmesi gerekir. Bu kanunlar, uygulama bakımından yeterince ulaşılabilir, açık ve öngörülebilir olmalıdır[59].

Devletin yaşamı koruma konusundaki ilk görevi, uluslararası standartlar ışığında, kolluğun zor ve silah kullanabileceği sınırlı halleri tanımlayarak, uygun yasal ve idari çerçeveyi oluşturmaktır. Ulusal mevzuat, Sözleşme'nin 2. maddesinin özünde bulunan katı orantılılık ilkesine uygun olarak ateşli silah kullanılmasını somut olayın özenle değerlendirmesine bağlı hale getirmelidir. Bunun haricinde, polis operasyonlarını düzenleyen ulusal hukuk keyfiliğe, gücün kötüye kullanımına ve hatta önlenebilir kazalara karşı yeterli ve etkileyici bir koruma sistemi öngörmelidir. Sayılan bu özellikleri haiz olmayan bir mevzuata dayanılarak gerçekleştirilen öldürmenin, iç hukuka uygun olsa dahi Sözleşme'yi ihlal edeceği ifade edilebilir[60]. Bunun haricinde, mevzuatla ilgili düzenleme eksikliğinin tespit edildiği bir davada devletin hem negatif yükümlülüğünü hem de yaşamı koruma yönündeki pozitif yükümlülüğünü ihlal ettiğine karar verebilecektir[61].

[54] **Harris/O'boyle/Warbrick**, s. 62.

[55] **Bahadır**, s. 154.

[56] **James ve Diğerleri-Birleşik Krallık Davası,** Başvuru No: 8793/79, Karar Tarihi: 21.02.1986; **The Holy Monasteries-Yunanistan Davası,** Başvuru No: 13092/87, Karar Tarihi: 09.12.1994.

[57] **Zwaak, Leo** (**Drl:** Birsen Erdoğan/Ulaş Karan, **Ed:** Birsen Erdoğan) (2008) "Yaşama Hakkı", Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye'de İnsan Hakları Derleme Eserler, C: 1, Ankara, s. 48.

[58] **Türmen,** s. 56.

[59] **Sunday Times-Birleşik Krallık Davası,** Başvuru No: 6538/74, Karar Tarihi: 26.04.1979.

[60] **Harris/O'boyle/Warbrick**, s. 56.

[61] **Doğru/Nalbant,** s. 16.

c. Koruyucu Tedbirler Alma Yükümlülüğü

Taraf devletlerin yaşam hakkına ilişkin yükümlülüklerini ifa etmesi bağlamında, önleyici tedbirler almaları gerekmektedir. Devletin kişilerin yaşam hakkının tehdit edildiği durumlarda, devletin ne oranda sorumlu tutulabileceği şu üç ölçütün birlikte uygulanması neticesinde uygulanacaktır[62]: (1) Mağdur gerçekten ve yakın bir biçimde mi tehdit edilmiştir? (2) Resmi makamlar bu durumdan haberdar edilmişler midir veya haberdar olmaları gerekir miydi? (3) Resmi makamlar bu tehlikeyi önlemek için makul önlemler almışlar mıdır? Sayılan bu üç ölçütün cevabı kümülatif bir biçimde hayırsa, Sözleşme'nin 2. maddesi ihlal edilmiş sayılmaz[63].

AİHS md. 2/1'in ilk cümlesi, devletin sadece yaşamı kasıtlı ve hukuka aykırı sona erdirmekten kaçınmasını değil, aynı zamanda egemenliği içindekilerin yaşamlarını korumak için uygun tedbirler almasını emretmektedir. Bu hukuk mekanizması tarafından korunan kişilere karşı, suç işlenmesini caydırmak için etkili ceza hukuku önlemlerini yürürlüğe koyarak, bu hükümlerin ihlallerini önleyerek, bastırarak ve cezalandırarak yaşam hakkını korumak açısından, devletin temel bir görevini içermektedir. Bu, aynı zamanda, diğer bireyin cezai fiillerinden dolayı yaşamı riskte olan bir bireyi veya bireyleri korumak için uygun durumlarda önleyici kullanıma hazır önlemleri almak açısından yetkililerin pozitif bir yükümlülüğünü de kapsar[64].

Modern toplumların denetlenmesindeki zorlukları akılda tutarak, insan davranışlarının tahmin edilmezliği, öncelikler ve kaynaklar çerçevesinde yapılmak zorunda olan güncel tercihler dikkate alınarak, pozitif yükümlülüğün alanı yetkililere imkansız ve orantısız bir yük getirmeyecek bir biçimde yorumlanmalıdır. Bundan ötürü, her yaşam riski iddiası, yetkililerin bir sözleşme şartı olarak bu riskin gerçekleşmesini önlemek için kullanıma hazır önlemler almasını gerekli kılmaz. Pozitif yükümlülüğün ortaya çıkması için, yetkililerin o dönemde üçüncü bir tarafın cezai fiillerinden dolayı belli bir bireyin veya bireylerin yaşamlarına yönelik gerçek ve yakın bir riskin varlığını bildiği veya bilmesi gerektiği ve bu riski engellemek için makul olarak değerlendirildiğinde egemenlikleri içinde kendilerinden beklenebilecek tedbirleri almakta başarısız oldukları saptanmalıdır[65]. Bu kapsamda, devletin bu yükümlülüğünün ifa edilmesinde insan yaşamına ilişkin somut ve ciddi bir tehlikenin olması gerekir. Dolayısıyla, kamusal makamlar, kişinin yaşamına ilişkin tehlikenin varlığını biliyorlarsa veya kamusal makamların bu tehlikeyi bilmeleri gerekiyorsa ve buna rağmen kendilerinden beklenebilecek makul tedbirleri almamışlarsa, taraf devletin sorumluluğu söz konusu olacaktır[66]. Ancak, Mahkeme'ye göre, devletlere bu kapsamda imkansız ve orantısız bir yük yüklenemez. Bu çerçevede, koruyucu tedbir yükümlülüğü de mutlak bir biçimde bulunmamaktadır[67].

d. Ölüm Durumunda Yeterli ve Etkin Soruşturma Yapma Yükümlülüğü

AİHS md. 1'de yer alan Sözleşme'de bulunan hakları herkes için teminat altına alma biçimindeki genel yükümlülükle birlikte okunduğunda, 2. maddedeki yaşam hakkını koruma yükümlülüğü, kamu görevlileri, özel kişiler veya bilinmeyen kişiler tarafından gerçekleştirilmesine bakılmaksızın, devlete ölümleri soruşturma yükümlülüğü yükler. Bu yükümlülük, doğal nedenlerle ölüm dışındaki bütün ölüm durumlarını kapsamaktadır. Ancak, bu usuli yükümlülüğün kapsamı, 2. madde açısından yaşam hakkını

[62] Bu üç ölçüt için bkz. **Osman-Birleşik Krallık Davası**.

[63] **Doğan,** s. 86.

[64] **Akkoç-Türkiye Davası,** Başvuru No: 22947/93, Karar Tarihi: 10.10.2000.

[65] **Akkoç-Türkiye Davası,** Başvuru No: 22947/93, Karar Tarihi: 10.10.2000.

[66] **Tanrıkulu, Sezgin** (2006) "İHAM Kararlarında ve Türk Hukukunda Yaşam Hakkı", TBB Dergisi, S: 66, s. 57, 59-60.

[67] **Harris/O'boyle/Warbrick**, s. 43.

korumaya ilişkin maddi yükümlülüğün cezai müeyyide gerektirip gerektirmemesine göre çeşitlilik gösterecektir. Bu bağlamda, söz konusu bu maddi yükümlülüğün yalnız mağdurların yararlanabilecekleri medeni veya cezai olmayan bir hukuksal çareyi gerektirmesi halinde, 2. maddenin yüklediği usuli yükümlülük, ölüm sebebinin tespit edilmesi ve sorumluların medeni hukuk çerçevesinde sorumlu kılınmasına ilişkin olarak, bu çareler çerçevesinde, sağlanan imkanlarla ifa edilmiş olabilecektir. 2. maddenin cezai müeyyideyi gerektirmesi halinde ise, mahkumiyet ve uygulanan bir ceza ile neticelenen ceza yargılaması, usuli yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlayacaktır. Yine, somut olay kapsamında, beraatle neticelenen bir yargılamanın da usuli yükümlülüğe uygun düşmesi mümkündür[68].

Soruşturmanın asıl amacı, yaşam hakkını koruyan ulusal hukukun etkili uygulanmasının ve sorumluların hesap verebilirliğini sağlamaktır. Bu çerçevede, olaydan haberdar olan yetkililer, soruşturmayı resen başlatmalıdır, bir başka deyişle, soruşturma, resmi bir başvuruda bulunulmasına veya belirli bir araştırma prosedürü sırasına bağlı olmamalıdır. Bunun yanı sıra, usuli yükümlülüğün muhtelif ögeleri bulunmaktadır. İlk olarak, soruşturmayı yürütenlerin hem yasal olarak hem de pratikte bağımsız ve tarafsız olmaları gerekmektedir. Mahkeme'ye göre, bu yükümlülük bağlamında, söz konusu olan devletin güç kullanma tekeline duyulan kamusal güvendir[69]. İkinci olarak soruşturma, ölümün nedeni ve koşulları, 2. madde kapsamında güç kullanımının meşruluğu, sorumlu olanların tespiti ve cezalandırılması hakkında bir kararı mümkün kılmak açısından yeterli olmalıdır[70]. Yetkililer, başka delillerin yanında, görgü tanıklarının ifadeleri, adli tıp delilleri ve gerektiği takdirde yaraları tam ve gerçeğe uygun bir biçimde anlatan ve klinik bulguları objektif bir şekilde ele alan otopsi raporu gibi ölüm nedeniyle ve olayla ilgili delilleri toplamak için yapabilecekleri tüm makul işlemleri yapmalıdırlar. Yapılan soruşturmada, ölüm nedeninin veya sorumlu kişi veya kişilerin ortaya çıkarılma olasılığını zayıflatan bir eksiklik, bu standartla çatışma riski taşır[71]. Dolayısıyla, ölüm olayının sorumlusunun açığa çıkarılmaması, mutlak bir biçimde 2. maddenin ihlal edildiği manasına gelmemektedir. Bu çerçevede, önemli olan husus sorumlunun açığa çıkarılması bağlamında, gösterilen çaba ve yürütülen soruşturmanın etkililiğidir[72].

Üçüncü olarak, soruşturma derhal başlatılmalı ve makul bir çabuklukla yürütülmelidir. Bu derhal takip gerekliliği, hukuk devletinin sürdürülmesi ve kanun dışı eylemlere hoşgörü veya bu eylemlerle iş birliği içinde olma görünümünün önlenmesi noktasında halkın güveninin sağlanması bakımından gereklidir. Dördüncü olarak, hesap verilebilirliğin teoride olduğu gibi pratikte de sağlanması ve halkın güveninin sürdürülmesi için soruşturma ve sonuçları üzerinde kamusal denetimin yeterli unsurları bulunmalıdır. Kamusal denetimin derecesi, somut olaya bağlı olarak çeşitlilik gösterebilse de mağdurun ailesi, meşru menfaatlerini korumak için gerekli olduğu oranda muhakemeyle her durumda ilişkilendirilmelidir. Bazı hallerde, soruşturmanın gizli yürütülmesi ancak raporun aleniyet kazanması yeterli olsa da, bazı hallerde

[68] **Doğan,** s. 90; **Harris/O'boyle/Warbrick**, s. 48-49.

[69] **Doğan,** s. 90-91.

[70] **Harris/O'boyle/Warbrick**, s. 49-50; **Doğan,** s. 91.

[71] **Kocabaş, Sadık** (2009) "AİHS'in Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler", Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta, s. 68.

[72] **Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sancakdar, Oğuz** (2002) Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 169.

de devletin hesap verebilirliği bakımından soruşturmanın aleni biçimde yürütülmesini gerektirmektedir[73].

2. Türkiye'nin Davalı Olduğu Pozitif Yükümlülükle İlgili Güncel AİHM Kararlarında İdarenin Sorumluluğuyla İlgili Değerlendirmeler

a. Sağlık Hizmetlerinin Yerine Getirilmesi

Sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesi ile ilgili *Aydoğdu/Türkiye*[74] davasında, bir bebeğin kamu hastanesindeki tıbbi donanım eksikliği ve doktorlar arasındaki iletişim eksikliğinden kaynaklı ölmüş olduğu iddiası başvurucular tarafından dile getirilmiştir. İlgili sağlık personeli hakkında, ilk önce idari sonrasında cezai soruşturma açılmış olup cezai soruşturmada kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmiştir. Söz konusu davada, hükümet başvuranları, suçladıkları doktorlar ve/veya hastane kurumları hakkında hukuki veya idari tazmin yollarından birini kullanmamakla suçlamaktadır. Hükümet, tıbbi donanımların bulunmaması, bu tür donanımların iyi işlememesi veya ilaç ürünlerinin tedarik edilmemesi gibi kamu sağlığı hizmetindeki eksiklikler sebebiyle, idarenin sorumlu olup olmadığının başvurucuların, tam yargı davası açmaları durumunda incelenebileceğini ileri sürmüştür. Bu bakımdan, hükümet, idare mahkemelerinin idareye atfedilebilir bir kusur saptanması halinde mağdurların lehine bir karar verdiği kamu sağlığı alanına giren daha önceki örnekleri sunmuştur. Kamu hizmeti kusuru sebebiyle tazminat talebi hakkında karar vermeye yetkili olduğunda, idare mahkemesi, ceza hukukunun değil, idare hukukunun normları ışığında karar verebilecek ve Bölge İdare Mahkemesi aynı dava çerçevesinde suçlanan doktorlar hakkında ceza soruşturması açılmasının gerekmediği sonucuna varsa dahi böylelikle bu bağlamda bir meblağ ödenmesine karar verebilecektir. Hükümet, yine ilgililer hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesinin aynı zamanda haklarında tazminat davasının açılmasına bir mani teşkil etmeyeceğini ileri sürümüştür.

Mahkeme ise kararında, hükümetin ileri sürdüğünün aksine, başvurucuların, 657 sayılı DMK md. 13 ve Anayasa md. 129/5'in sadece olayın sorumlularının devlet memuru olarak bağlı oldukları idareler hakkında dava açma olanağı sunması sebebiyle, başvuranlar, idari yargı yoluyla suçlanan doktorların bireysel sorumluluklarının tespit edilemediğini belirtmiştir. Ayrıca, Mahkeme, başvuruculara bir idare mahkemesi önünde sadece herhangi bir mesleki kusurun varlığını değil; aynı zamanda bu hatanın konuya ilişkin Türk içtihadı anlamında ağır hizmet kusuru teşkil ettiğini de kanıtlamalarının gerekmesi nedeniyle, söz konusu mahkemelerde açılan tam yargı davasının kazanılmasının beklenemeyeceğini dile getirmiş olup hükümetin iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazını reddetmiştir.

Yirdem ve diğerleri/Türkiye[75] davasında, başvurucular, hastanedeki oksijen tüpünün arızalı olması ve tıbbi personelin eşiyle doğrudan ilgilenmediğinden şikayet etmişlerdir. Mahkeme, konuyla ilgili değerlendirmesinde genel ilkeler bağlamında, sözleşmeci bir devletin sağlık çalışanlarına üst düzey bir yetki sağlaması ve hastaların hayatlarını koruma teminatı vermek için gereken tedbirleri almış olması halinde, sağlık çalışanı tarafından karar verme sürecinde hata yapılması veya sağlık çalışanları arasında koordinasyon eksikliğinin bulunması gibi sorunların mevcudiyetinin, sözleşmeci devleti Sözleşme'nin 2. maddesi anlamında yaşam hakkının korunmasına yönelik pozitif yükümlülük gereğince hesap vermeye zorlamak için tek başına yeterli olmadığı tespitinde bulunmuştur. Yine, Mahkeme, Sözleşme'nin 2. maddesinin devlete yüklediği pozitif yükümlülükler bağlamında, taraf devletin, özel hastanelerde veya devlet hastanelerinde, hastaların yaşamlarını korumaya ilişkin uygun tedbirlerin

[73] **Harris/O'boyle/Warbrick**, s. 51.

[74] **Aydoğdu-Türkiye Davası,** Başvuru No: 40448/06, Karar Tarihi: 30.08.2016.

[75] **Yirdem ve Diğerleri-Türkiye,** Başvuru No: 72781/12, Karar Tarihi: 04.09.2018.

alınmasını zorunlu kılan yasal ve düzenleyici bir çerçeve oluşturması gerektirdiğini dile getirmiştir. Mahkeme, somut olaya ilişkin değerlendirmesinde ise, ilk olarak sağlık çalışanlarının ne hayatını kaybetmiş olan bir hastanın durumuyla ilgili olarak yapmış oldukları değerlendirmenin ne de bu hastaya uygulanmış olması gereken tedaviye ilişkin kararlarının yeniden gözden geçirilmesi görevinin kendisine ait olmadığının altını çizmekte ve ikinci olarak da keyfilik ya da açık hata haricinde ulusal makamlar tarafından varılan fiili tespitleri değerlendirme görevinin de kendisinde bulunmadığını hatırlatmaktadır.

Sayan/Türkiye[76] davasında, başvurucular, Sözleşme'nin 2. maddesine dayanarak doktorların doğum sırasındaki dikkatsizlikleri, teşhis hatası, hatalı ilaç tedavisi ve tedavi giderlerinin ödenmemesi sebebiyle tedavi uygulanmamasından ötürü Leyla Karataş ve bebeğinin hayatlarını kaybettiklerini iddia etmektedir. Başvurucular, bu bağlamda devletin yaşam hakkını koruma ile ilgili pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediği iddiasındadırlar. Bu davada, sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesi açısından dikkat çekici nokta, tedavi giderleri bahsidir. Mahkeme, bu bahsi, sözleşmeci bir devletin makamlarının vatandaşların tümüne sağlamakla yükümlü oldukları tıbbi bakımı vermeyi reddederek; bir kimsenin hayatını tehlikeye attıkları kanıtlandığında, Sözleşme'nin 2. maddesi bakımından sorun doğabileceğiyle ilişkilendirmiştir. Mahkeme, müteveffanın hastanede yapılan tedavisinde başvurucuların ileri sürdüğü gibi saatlerce gecikme yaşanmış olmasa da her halükarda belirli bir süre gecikme yaşandığı ve söz konusu hastanenin, başvurucuyu tedavi için ön ödeme yapma gerekliliğini ifa etmeye mecbur bıraktığını gözlemlemiştir. Ancak bu tespitin müteveffanın ölümünde ne derece etkili olduğunun adli tıp kurumu raporu ve ulusal yargı organlarının kararlarından objektif bir biçimde anlaşılamamasından ötürü, bu bağlamda, 2. maddenin esası bakımından herhangi bir sonuca varamayacağına karar vermiştir. Ayrıca, Mahkeme, incelemesine sunulan koşulları ancak elinde bulunan bilgi ve imkanları göz önünde bulundurarak değerlendirebileceğini hatırlatmaktadır.

Son olarak, *Tülay Yıldız/Türkiye*[77] davasında, idarenin sorumluluğuna ilişkin olarak dikkat çekici nokta, kabul edilebilirlik şartlarından olan iç hukuk yollarının tüketilmesi bahsinde 6384 sayılı kanunla kurulan Tazminat Komisyonu'na[78] başvurunun gerekip gerekmediğidir. Zira hükümet, başvurucunun Tazminat Komisyonu'na başvurarak, ulusal mahkemeler önündeki yargılamanın süresinden şikayet etmiş

[76] **Sayan-Türkiye Davası,** Başvuru No: 81277/12, Karar Tarihi, 11.10.2016.

[77] **Tülay Yıldız-Türkiye Davası,** Başvuru No: 61772/12, Karar Tarihi: 11.12.2018.

[78] Türkiye Cumhuriyeti, AİHM'deki yüksek dosya sayısını aşağı çekerek Türkiye'nin saygınlığını sağlamak amacıyla 6384 sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun'u yürürlüğe koymuştur. Anılan yasanın 2'nci maddesinde kapsamı hükme bağlanmıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Erol, Ahmet** (2013) "Örnek Bir Karar Işığında 6384 Sayılı Yasanın Kapsamı ve Etkin Sonuç Sağlayıp Sağlayamayacağı", TBB Dergisi, S: 109, s. 130-131.

6384 sayılı yasanın 2'nci maddesi aynen şöyledir:

"(1) Bu Kanun;

a) Ceza hukuku kapsamındaki soruşturma ve kovuşturmalar ile özel hukuk ve idare hukuku kapsamındaki yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmadığı,

b) Mahkeme kararlarının geç veya eksik icra edildiği ya da hiç icra edilmediği iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılmış başvuruları kapsar.

(2) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokoller kapsamında korunan haklara ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yerleşik içtihatları doğrultusunda Ülkemiz aleyhine verilen ihlal kararlarının yoğunluğu dikkate alınmak suretiyle, Adalet Bakanlığınca teklif edilecek diğer ihlal alanları bakımından da Bakanlar Kurulu kararıyla bu Kanun hükümleri uygulanabilir.

(3) İdari nitelikteki soruşturmalardan kaynaklanan başvurular hakkında bu Kanun hükümleri uygulanmaz."

olmadıkça iç hukuk yollarını tüketmiş sayılamayacağını ileri sürmüştür. Mahkeme, mevcut başvurunun salt AİHS md. 6'da düzenlenmiş olan adil yargılanma hakkına istinaden makul süreye riayet edilme meselesiyle ilgili değil; bir yandan AİHS md. 2'deki yaşam hakkının ihlal edilip edilmediği, öte yandan ulusal makamların başvurucunun annesinin ölümüyle ilgili olarak ileri sürülen iddialarının yaşam hakkının usuli gerekliliklerıyle uyumlu bir şekilde incelenip incelenmediğinin tespit etmekle ilgili olduğunun altını çizmiştir.

b. Çevre ve Şehircilik

Çevre ve şehircilik alanındaki güncel bir dava olan *Cevrioğlu/Türkiye* davasında[79], başvurucu, oğlunun yaşam hakkının korunması için inşaat sahasında alınması gereken güvenlik tedbirlerinin ilgili devlet görevlilerince denetlenmemesi ve uygulamaya sokulmaması sebebiyle oğlunun evlerinin bulunduğu bölgede yer alan inşaat alanındaki bir çukura düşmesi neticesinde trajik bir biçimde hayatını kaybettiği iddiasındadır. Hükümetse bu iddia karşısında, söz konusu dönemde yürürlükte bulunan iç hukuka göre, çukurların kapatılması ve uyarı levhalarının konulması da dahil olmak üzere, bir inşaat alanında güvenlik tedbirlerinin alınmasına ilişkin sorumluluk, inşaat sahibinde olduğundan devlet yetkililerinin başvuranın oğlunun ölümünden sorumlu tutulamayacaklarını iddia etmiş olup bu kapsamda belediyelerin söz konusu eksiklikler açısından sorumlu tutulamayacağı savunmasında bulunmuştur. Ayrıca hükümet, somut olayda ceza ve tazminat davalarında inşaat sahibinin tek sorumlu tutulduğunu da savunmasına eklemiştir.

Mahkeme'nin kararında, genel ilkeler bağlamında sorumluğa dair tespitinde değindiği ilk husus şudur: Mahkeme, AİHS md. 2/1'in ilk cümlesinin devlete sadece kasten ve hukuka aykırı olarak öldürmekten kaçınma yükümlülüğü değil, aynı zamanda kendi egemenlik alanı içerisinde bulunan kişilerin yaşamlarını korumak için uygun tedbirler alma yükümlülüğü getirdiğine ve bu türden bir pozitif yükümlülüğün salt ölümcül bir olayın potansiyel hedefi olarak önceden belirlenebilir bir veya daha fazla bireyin kişisel korunma gerekliliğine ilişkin durumlar bakımından değil, aynı zamanda topluma genel koruma sağlama yükümlülüğünü doğuran durumlar açısından da geçerli olabileceğine dikkat çekmiştir. Mahkeme, topluma genel koruma sağlama yükümlülüğünün kapsamına, yapı ve inşaat işlerinden kaynaklanan tehlikelerin de dahil olduğunu vurgulamıştır.

Mahkeme'nin genel ilkeler bağlamında değindiği ikinci husus, devletin egemenliği altında bulunan bireylerin yaşamlarını teminat altına alma yükümlülüğünü insan yaşamına yönelik olarak bulunan potansiyel tehlikenin düzeyi bakımından uygun olan düzenleyici tedbirleri alma pozitif yükümlülüğünü kapsayacak biçimde yorumlamasıdır. Bu itibarla, söz konusu tedbirlerin ilgili işlemin kendine özgü koşullarına göre ayarlanmasına vurgu yapmıştır. Bu düzenleyici tedbirler, ilgili işleme ruhsat verilmesini, işlemin hazırlanmasını, işleyişini, güvenlik ve denetimini düzenlemeli ve ilgili tüm kişilerin işlemin özünde bulunan riskler sebebiyle yaşamları tehlikeye girebilecek vatandaşların etkili bir biçimde korunmalarını sağlamaya ilişkin uygulanabilir tedbirler almalarını zorunlu kılmalıdır. Yine, ilgili düzenlemeler, ayrıca söz konusu işlemin teknik yönleri dikkate alınmak suretiyle süreçlerde yer alan eksikliklerin ve farklı düzeylerde sorumlu olan kişilerce yapılan hataların tespiti için uygun usuller öngörmelidir. Öte yandan, Mahkeme, özellikle insan davranışının öngörülemezliği ile öncelikler ve kaynaklar açısından yapılması gereken işleyişe yönelik tercihler dikkate alındığında, Sözleşme'nin 2.

[79] **Cevrioğlu-Türkiye Davası,** Başvuru No: 69546/12, Karar Tarihi: 04.10.2016. Bu konuda benzer güncel kararlar için bkz. **Cavit Tınarlıoğlu-Türkiye Davası,** Başvuru No: 3648/04, Karar Tarihi: 02.02.2016; **Fatih Çakır ve Merve Nisa Çakır-Türkiye Davası,** Başvuru No: 54558/11, Karar Tarihi: 05.06.2018; **Binnur Uzun ve diğerleri-Türkiye Davası,** Başvuru No: 28678/10, Karar Tarihi: 19.09.2017.

maddesi kapsamında yer alan pozitif yükümlülüğün yetkililer üzerine aşırı yük bindirecek biçimde yorumlanmaması gerektiğini belirtmiştir.

Mahkeme, bahsedilen bu genel ilkeler ışığında, somut olayda, inşaat alanlarında yürütülen faaliyetlerin öz itibariyle tehlikeli nitelikte olmaları sebebiyle insan yaşamına ilişkin risk oluşturabilecek ve bu sebeple devletin özellikle faaliyetin kendine özgü özelliklerine göre ayarlanan düzenlemeler aracılığıyla, bireylerin güvenliğini sağlamaya ilişkin gerekli makul tedbirleri almasını gerektirebilecek faaliyetler arasında olduğunu belirtmiştir. Türkiye için bu düzenlemeler, İş Kanunu md. 73 (genel düzenleme)[80], Yapı İşlerinde İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü (özel düzenleme) ve bu ikisinin yanı sıra Belediye Kanunu md. 15/12'dir[81]. Bu bağlamda Mahkeme, başvurucunun ulusal mahkemeler önünde veya Strazburg'da yürütülen yargılamalar süresince, bahsi geçen bu düzenlemelerdeki koruyucu tedbirlerin yeterliliğine karşı çıkmamış yalnızca bu tedbirlerin icrası ya da denetim eksikliğine karşı çıktığı saptamasında bulunmuştur.

Sonuç olarak, Mahkeme, bu kapsamda yaşam hakkına ilişkin kasıtlı olmayan ihmallere yönelik davalarda, taraf devletin md. 2 kapsamındaki yükümlülüğünün sadece kişilerin kamusal alanlarda korunmalarına dair düzenlemeler getirilmesiyle sınırlı olmadığını, aynı zamanda, söz konusu düzenleyici çerçevenin etkin bir biçimde işleyişini sağlamayı da içerdiğini ve bu düzenlemelere riayet edilmesini sağlamak üzere yeterli bir denetim mekanizmasının olmaması durumunda, ilgili güvenlik tedbirleriyle sağlanan korumanın yanıltıcı olacağını dile getirerek Sözleşme'nin 2. maddesinin sayılan bu sebeplerle esastan ihlal edildiğine hükmetmiştir.

c. İntihara Meyilli Kişiler

Cengiz ve Saygıkan/Türkiye[82] davasında, başvurucular, devletin yakınlarının zorunlu askerlik hizmetini yerine getirdiği ve dolayısıyla yetkili mercilerin denetimi altında bulunduğu sırada, hayatını sadece üçüncü kişilere karşı değil, bizzat kendisine karşı da koruma yönünde bir pozitif yükümlülüğü bulunduğunu ileri sürmektedir. Hükümetse bu iddia karşısında, Davut Cengiz'in intihar ettiğini ve sorumluluğun askeri makamlara yüklenemeyeceği ve erlerin fiziksel ve ruhsal bütünlüğünün korunmasına ilişkin bir mekanizmanın mevcut olduğu savunmasında bulunmuştur.

Mahkeme somut olaya ilişkin değerlendirmesinde, Davut Cengiz'in hayatını kendisine karşı koruma yükümlülüğü ile ilgili olarak, kendisinin askeri yetkililerin Davut Cengiz'in intihar etmesi noktasında gerçek bir risk bulunduğunu bilip bilmedikleri ya da bilmeleri gerekmediğini tespit etmesi ve böyle bir durum söz konusu ise bu riskin önlenmesi için yetkililerin kendilerinden makul olarak beklenen her şeyi yapıp yapmadıklarını araştırması gerekliliğinden bahsetmektedir. Bu bağlamda, yapacağı incelemede,

---

80 **1475 sayılı İş Kanunu md. 73:**

"Her işveren, işyerinde işçilerin sağlığını ve iş güvenliğini sağlamak için gerekli olanı yapmak ve bu hususlaki şartları sağlamak ve araçları noksansız bulundurmakla yükümlüdür.

İşçiler de işçi sağlığı ve iş güvenliği hakkındaki usul ve şartlara uymakla yükümlüdürler."

81 **Belediye Kanunu md. 15/12:**

"Alelümum inşaat tamir ve ilaveler için kanun mucibince ruhsat vermek, kanunsuz veya ruhsatsız başlanan ve yapılmakta olan inşaatı men ile hususi kanunların hükümlerini tatbik ve kazalı binaları ve baca ve duvarları yıktırmak, arsalarla yangın yerlerindeki kuyu ve çukurları kapattırmak veya tehlikelerini refetmek."

82 **Cengiz ve Saygıkan-Türkiye Davası,** Başvuru No: 26754/12, Karar Tarihi: 24.01.2017; Askeri makamların koruması altındayken intihar eden kişilerle ilgili benzer güncel davalar için bkz. **Tanışma-Türkiye Davası,** Başvuru No: 32219/05, Karar Tarihi: 17.11.2015; **Şahinkuşu-Türkiye Davası,** Başvuru No: 38287/06, Karar Tarihi: 21.06.2016; **Yasemin Doğan-Türkiye Davası,** Başvuru No: 40860/04, Karar Tarihi: 06.09.2016.

yetkililere atfedilebilir bir kusur, basit bir değerlendirme hatası veya tedbirsizliğin olup olmadığı değerlendirilmiştir. Bu incelemenin sınırı, devletin pozitif yükümlülüğünün devlete aşırı ve dayanılmaz bir yük getirmeyecek biçimde yorumlanmasıdır. Sonuç olarak, Mahkeme, müteveffanın Ankara'daki acemi birliğinde yapılan muayeneler sonucunda nevrotik bir kişiliğe sahip olduğunun tespit edildiğini ve bu tespite istinaden ilgilinin askerliğe devam edebilse de komando birliğine katılamayacağını belirtmiştir. Ayrıca, tıbbi tedavinin gerekli olmadığını ancak Davut Cengiz'in on beş günde bir kışlanın oryantasyon merkezinde psikolojik takibinin gerektiğini eklemiştir. Öte yandan, Davut Cengiz'in kişisel dosyasının esas birliği olan Hatay (Kırıkhan)'a gönderilmemesinden ötürü gerekli tedbirler alınamamış ve ilgili silahıyla intihar etmiştir. Burada, Mahkeme, askeri makamlar arasında etkin koordinasyon bulunmaması nedeniyle Sözleşme'nin 2. maddesinin esas yönünden ihlal edildiğine hükmetmiştir.

d. Mayın ve Mühimmat Patlamaları

Türkiye'nin davalı olduğu yaşam hakkına ilişkin davalarda, bir başka şikayet konusu da mayın ve mühimmat patlamalarıdır. Bu konudaki davalarda, AİHM'nin dikkat çektiği konular, genel olarak mayınlı bölgeye dair gerekli uyarı işaretlerinin konması ve mayınlı bölgeye giren kişinin idrak seviyesinden müteşekkildir. Konuya ilişkin son güncel dava olan *Sarur/Türkiye*[83] davasında, Mahkeme, somut olayda başvurucunun mayınlı araziye bilinçli olarak gitmesinin ardından ağır yaralanmış olduğunu ve anti-personel mayınların varlığını işaret eden levhaların dikenli telle çevrili söz konusu araziye 50 metre aralıklarla yerleştirilmiş olduklarının anlaşıldığını gözlemlemiştir. Yine, Mahkeme, olay döneminde başvurucunun 16 yaşında olduğunu ve dolayısıyla erişimi yasak mayınlı araziye girmenin doğuracağı riskleri idrak etmesinin mümkün olduğu ve yerel makamlar tarafından kullanılan uyarı işaretlerinden ötürü bu riskli durum hakkında bilgi sahibi olması gerektiği kanaatindedir. Sonuç olarak, 2. maddenin ihlal edilmediğine hükmetmiştir.

e. Kadına Karşı Şiddet

AİHS'de kadına karşı şiddeti önlemeye ilişkin ayrı bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple, Mahkeme, Sözleşme'de yer alan işkence ve zorla çalıştırma yasaklarından hareketle Sözleşme'deki ilkelere uyumlu kararlara hükmetmiştir[84]. Bu bağlamda, AİHM Türkiye'ye karşı açılan ve bu konuda kilit bir dava olan Opuz davasında[85], aile içi şiddet konusunda gerekli tedbirlerin alınmaması ve kadın

[83] **Sarur-Türkiye Davası,** Başvuru No: 55949/11, Karar Tarihi: 02.05.2017. Benzer güncel davalar için bkz. **Sarıhan-Türkiye Davası,** Başvuru No: 55907/08, Karar Tarihi: 06.12.1016; **Önkol-Türkiye Davası,** Başvuru No: 24359/10, Karar Tarihi: 17.01.2017.

[84] **Karaman, Ebru** (2015) "Türkiye'de Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesinde Devletin Sorumluluğu", Tam Metin Bildiri, Uluslararası Avrasya Ekonomileri Konferansı, s. 586-587.

[85] **Opuz-Türkiye Davası,** Başvuru No: 33401/02, Karar Tarihi: 09.06.2009. AİHM, 2009 yılında Opuz kararıyla, devletlerin eviçi şiddet bakımından sorumluluklarını daha geniş kapsamlı değerlendirmiştir. Başvuruya konu olaylarda Nahide Opuz, kocası H.O.'dan defalarca şiddet görmüş, boşanma kararı alma evresinde bu şiddet annesine de yansıyarak bıçaklama, arabayla ezme dahil olmak üzere yedi şiddet olayı adli makamlara da yansımıştır. Bu kovuşturmalar sırasında Nahide Opuz ve annesi ya şikayetlerini geri çekmişler veya da adli makamlara yardımcı olmamış veya ifadelerini değiştirmiş olduklarından H.O. herhangi bir cezaya uğramamıştır. Olaylar sırasında Nahide Opuz'un annesi hayatının tehlikede olduğunu savcılığa bildirmişse de H.O.'nun ifadesinin alınmasıyla yetinilmiş ve H.O., eşinin taşınması sırasında annesini öldürmüştür. Bu olayı diğerlerinden farklı kılan başvurucu Nahide Opuz'un yaşadığı şiddete karşı yasal yollara başvurmamış veya etkili olarak işletilmesi için yeterli çabayı göstermemiş olmasıdır. O dönemde yürürlükte olan ceza kanunu'na göre yaralamaların 10 günden daha az işgöremezlik raporu alacak şekilde olması durumunda suç şikâyete tabi olduğundan şikâyet geri çekildiğinde davanın görülmesine devam edilememiştir. Bununla birlikte, bu olayların yayıldığı zaman dilimi içerisinde Ailenin Korunması Hakkında Kanun yürürlüğe girmiş ve bu Kanun uyarınca da herhangi bir önlem alınmamıştır. Opuz kararında mahkeme, taraf devletlerin bu tür suçlarda yapacağı düzenlemeler bakımından ölçütler geliştirmiş ve Türkiye'deki ceza yasasını değerlendirirken bu ölçütlerin dikkate alınmadığını belirtmiştir. Bu bağlamda

mağdurun korunamaması sebebiyle tazminata hükmetmiştir. Bahsi geçen kararda, devletin kişileri aile içi şiddete karşı korumak için öngörülen yasal tedbirleri, şiddete uğrayan kadınlara gereğince uygulamaması da Sözleşme'nin ihlali kabul edilmiştir. Mahkeme, bu davada yaşam hakkını düzenleyen AİHS md. 2'nin, işkence ve kötü muamele yasağını düzenleyen AİHS md. 3'ün ve her türlü ayrımcılığı yasaklayan AİHS md. 14'ün ihlal edildiğine hükmetmiştir. Opuz davasından sonraki aile içi veya kadına karşı şiddete ilişkin davalarda Opuz davasına atıfta bulunulmuştur[86].

Güncel bir dava olan *Halime Kılıç/Türkiye*[87] davasında, Mahkeme, esasen aile içi şiddet bağlamında koruma tedbirlerinin kural olarak tehlikeli bir duruma en hızlı biçimde tepki vermeye ilişkin olmasına rağmen öncelikle aile mahkemesinin uzaklaştırmaya dair ilk kararının koca S.B'ye tebliğ edilmesi için 19 gün, ikinci kararın tebliği için 8 hafta beklendiğini tespit etmiştir. Mahkeme, bu gibi sürelerin söz konusu durumun ivedilik gerektirmesine rağmen başvuranı, derhal bir korumadan yararlanmaktan yoksun bırakmanın yanında, bu kararların etkinliğini de yok etmiştir. Yine, Mahkeme, ulusal makamların, tedbir kararlarına uymayan S.B'yi cezalandırmayarak ve karısına karşı herhangi bir endişe duymadan şiddet uygulamayı tekrar edebileceği bir cezasızlık ortamı oluşturarak söz konusu tedbir kararlarını tamamen etkinlikten yoksun bıraktığı kanaatindedir. Tüm bu sebeplerden ötürü, AİHS md. 2'nin esas yönünden ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Bir başka güncel dava olan *Civek/Türkiye*[88] davasında, müteveffa Selma Civek, 22 bıçak darbesiyle kocası tarafından öldürülmüştür. Mahkeme, Opuz kararından alıntıyla, Sözleşme'nin 2. maddesinin belirli şartlarda devletler için başkasının suç eylemleri sebebiyle yaşamı tehdit altında olan kişiyi korumak üzere koruyucu tedbirler almak yönünde pozitif bir yükümlülük de içerdiğini belirtmiştir. Bu bahse ilişkin pozitif yükümlülüğün doğması için, yetkililerin belirli bir şahsın yaşamının üçüncü kişinin suç eylemleri sebebiyle gerçek ve yakın bir tehdit altında bulunduğunu bildikleri veya bilmeleri gerektiğini, bunun yanı sıra yetkileri dahilinde makul bir bakış açısıyla söz konusu riski her halde önleyebilecek tedbirleri almadıklarını ortaya koymak gerektiğinin de Mahkeme altını çizmiştir. Mahkeme, bu bağlamda, taraf devletin müteveffayı çocuklarıyla birlikte Ankara'da şiddet gören kadınlar için hizmet veren konukevinde barındırdığını, müteveffanın kocası tarafından saldırıya uğramasından sonra kocayı bir süre tutukladığını, kocanın serbest kalmasından sonra karakola belirli günlerde imza atmak marifetiyle kocayı adli kontrol tedbirine tabi tuttuğunu, koca hakkında uzaklaştırma kararının uygulanması ve aile konutunun müteveffaya tahsisi gibi koruyucu tedbirlere de başvurduğunu saptamıştır. Öte yandan, Mahkeme, kocanın serbest kaldığı tarihten itibaren müteveffayı ölümle tehdit etmeye devam etmesine rağmen, yetkililer müteveffanın sadece ifadesini almakla yetinmiştir. Sonuç olarak, Mahkeme, dosyada yer alan bilgi ve belgelerden, bu tarihte, Selma Civek'e karşı ölümcül bir saldırıda bulunma riski bulunmasına rağmen, savcılığın, koca hakkında yeni bir iddianame hazırlamanın haricinde, herhangi etkili bir tedbir almadığından bahisle Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiğini hükme bağlamıştır.

mahkeme Bevacqua kararından farklı olarak bu tür suçların şikayete bağlı olmasının sözleşme hükümlerine aykırılık anlamına gelebileceği yorumunu yapmıştır. Ayrıca mahkeme, bu tür durumlarda devletin yeterli koruma sağlamamasının ayrımcılık anlamına geldiği ve bu denli ağır ve sürekli bir şiddetin özel kişilerce yapılsa bile işkence yasağı kapsamında değerlendirilebileceğine karar vermiştir. Bkz. **Sever, Çiğdem** (2011) "Kadına Karşı Ev İçi Şiddette Devletin Sorumluluğu ve AİHM'nin Opuz/Türkiye Kararı", C: 1, S: 2, Atılım Sosyal Bilimler Dergisi, s. 12-13.

[86] **Karaman,** s. 587; **Sever,** s. 12-14.

[87] **Halime Kılıç-Türkiye Davası,** Başvuru No: 63034/11, Karar Tarihi: 28.06.2016.

[88] **Civek-Türkiye Davası,** Başvuru No: 55354/11, Karar Tarihi: 23.02.2016.

f. Bireylerin Birbirine Karşı Korunması

AİHM, bireylerin birbirine karşı korunması noktasında, devletin yükümlülüğünün salt yaşam hakkını çiğnemekten kaçınmaktan ibaret olmadığını, aynı zamanda yaşam hakkını koruyacak adımların atılmasını da kapsadığını ileri sürmektedir. Öte yandan, Mahkeme, modern toplumlarda bireylerin korunmasının zorluğunu dikkate almak suretiyle, bu yöndeki pozitif yükümlülüğün devletlere dayanılması zor bir külfet doğurmaması gerektiğinin de altını çizmiştir. Bu açıdan, bireylere yönelen tüm tehlikeler, devlet için önleyici tedbir alma mecburiyetini doğurmaz. Mahkeme'ye göre, taraf devletin bir tehlike sebebiyle önleyici ve durdurucu nitelikte önlemlerin alınması noktasında sorumluluğunun olabilmesi için yaşam hakkını ihlal edeceği bilinen ya da bilinmesi gereken gerçek ve aktüel bir tehlikenin gerekli önlemlerin alınması suretiyle önlenebilecekken önlenmemesi gerekir. Ancak bu halin vuku bulup bulmadığına, her bir somut olayda maddi durum tek tek değerlendirilmek suretiyle karar verilebilir[89].

Yukarıdaki içtihat, konuya ilişkin güncel bir karar olan *Üstdağ/Türkiye*[90] davasında da yinelenmiştir. Söz konusu davada, müteveffa Celal Üstdağ, askerdeyken arkadaşlarından biriyle şakalaştığı sırada silah patlamış ve ağır yaralanma sonucunda hayatını kaybetmiştir. Başvurucu, müteveffanın annesi Hanım Üstdağ, oğlunun hiyerarşik üstlerinin gözetme ve önleme yükümlülüklerini yerine getirmediği kanısındadır. Bunun yanı sıra, başvurucu oğlunun Kürt kökenli olması sebebiyle, cinayete kurban gittiği iddiasındadır. Mahkeme, başvurucunun cinayete kurban gittiği iddiasını ortada kasten ateşlenmiş bir silah olmamasından ötürü makul bulmazken; askeri makamları olayı önleyememiş olmakla suçlamanın Sözleşme'nin 2. maddesinden doğan yükümlülükleri bakımından kendilerine aşırı bir yük yükleyeceği anlamına geleceği kanaatindedir. Dolayısıyla, somut olayda 2. maddenin esas yönünden ihlal edilmediğine hükmetmiştir.

g. Yeterli ve Etkin Soruşturma

Yukarıda, yeterli ve etkin soruşturmanın genel olarak ele alındığı başlıkta, usuli yükümlülüğün muhtelif ögelerinden bahsedilmişti. Bu usuli yükümlülüğün ilk ögesi, soruşturmayı yürütenlerin hem yasal olarak hem de pratikte bağımsız ve tarafsız olmalarıydı. Mahkeme'ye göre, bu yükümlülük bağlamında söz konusu olan devletin güç kullanma tekeline duyulan kamusal güvendir[91]. Konuya ilişkin güncel kararlar olan *Güzelaydın/Türkiye*[92] ve *Güvener/Türkiye*[93] davalarında da bu ilk ögeye dikkat çekilmiştir. *Güzelaydın/Türkiye* davasında, başvurucular, oğullarının zorunlu askeri hizmetini ifa ettiği sırada silahla kendini vurmasına ilişkin soruşturmanın etkin bir biçimde yürütülmediğinden şikayet etmektedirler. Mahkeme, konuya ilişkin değerlendirmesinde, soruşturmada görevli kişilerin olaylara karışan veya karışabilecek kişilerden bağımsız olmaları gerektiğini ve buradaki bağımsızlıkla kastedilenin sadece hiyerarşik veya kurumsal bağın olmamasını değil, aynı zamanda somut bir bağımsızlık olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, bu doğrultuda soruşturmanın ilk aşamasında soruşturmaya katılan soruşturmacıların olayların meydana geldiği bir teşkilat olan jandarmaya bağlı olduğunu tespit ederek, ilgililer ve olaya dahil olabilecek kişiler arasında hiyerarşik bir bağ bulunmasından ötürü, soruşturmacıların olaya dahil ya da dahil olabilecek kişilerden bağımsız olmadığını ifade etmiş ve Sözleşme'nin 2. maddesinin usul yönünden ihlal edildiğine karar vermiştir. *Güvener/Türkiye* davasında

[89] **Osman-Birleşik Krallık Davası,** Başvuru No: 23452/94, Karar Tarihi: 28.10.1998; **Kızılyel,** s. 271.

[90] **Üstdağ-Türkiye Davası,** Başvuru No: 41642/08, Karar Tarihi: 13.09.2016.

[91] **Doğan,** s. 90-91.

[92] **Güzelaydın-Türkiye Davası,** Başvuru No: 26470/10, Karar Tarihi: 20.09.2016.

[93] **Güvener-Türkiye Davası,** Başvuru No: 61808/08, Karar Tarihi: 14.06.2016.

ise, yine zorunlu askeri hizmet sırasında bir intihar vakası söz konusudur ve başvurucular soruşturmayı yürüten askeri savcı ve kovuşturmayı yürüten askeri mahkeme heyeti üyelerinin ordu mensubu olmalarından ötürü bağımsız olmadıkları iddiasında bulunmuştur. Mahkeme, bu davada Büyük Daire'nin bu konuda verdiği karara[94] atıfta bulunarak, soruşturmanın bağımsızlıktan yoksun olduğu sonucuna varmak için askeri savcıların tek başlarına yeterli bir sebep teşkil edemeyeceğini belirtmiştir.

Usuli yükümlülüğün ikinci ögesi, soruşturmanın, ölümün nedeni ve koşulları, 2. Madde kapsamında güç kullanımının meşruluğu, sorumlu olanların tespiti ve cezalandırılması hakkında bir kararı mümkün kılmak açısından yeterli olmasıdır[95]. Yetkililer, başka delillerin yanında, görgü tanıklarının ifadeleri, adli tıp delilleri ve gerektiği takdirde yaraları tam ve gerçeğe uygun bir biçimde anlatan ve klinik bulguları objektif bir şekilde ele alan otopsi raporu gibi ölüm nedeniyle ve olayla ilgili delilleri toplamak için yapabilecekleri tüm makul işlemleri yapmalıdırlar. Yapılan soruşturmada ölüm nedeninin veya sorumlu kişi veya kişilerin ortaya çıkarılma olasılığını zayıflatan bir eksiklik, bu standartla çatışma riski taşır[96]. İkinci ögeye dair güncel bir karar olan *Toptanış/Türkiye*[97] davasında, başvurucu, askeri bölgenin yakınında bekçilik yapmaktadır ve atış taliminden seken bir kurşun sonucu yaralanmıştır. Mahkeme, 2. maddenin usul yönünden ihlal edildiğine ilişkin kararında, başvurucuyu yaralayan mermiyle ilgili balistik inceleme yapılmamasını ve başvurucunun kurşun yarasında hiçbir adli tıp incelemesinin gerçekleştirilmemesini gerekçe olarak belirtmiştir.

Usuli yükümlülüğün üçüncü ögesi, soruşturmanın derhal başlatılması ve makul sürede yürütülmesidir. Konuya ilişkin güncel bir karar olan *Nihat Soylu/Türkiye*[98] davasında, başvurucu, oğlunun okuduğu okuldaki kale direğinin üstüne düşüp ölmesi sonucunda iç hukukta açtığı davaların etkinsizliğinden şikayet etmiştir. Mahkeme, konuya ilişkin kararında, iç hukuktaki ceza davasının zamanaşımına uğramasından, hukuk davasının ise 13 yıl sonra görevsizlik kararıyla neticelenmesinden ötürü bu derece uzun süren yargılamaların Sözleşme'nin 2. maddesinin gerekleriyle bağdaşmadığına hükmetmiştir.

SONUÇ

Çalışmanın sonunda varılan sonuçlar şu biçimde özetlenebilir: Son 5 yılda (2016-2020) Türkiye'nin yaşam hakkı özelinde tarafı olduğu davaların, sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesi, çevre ve şehircilik, askeri hizmet gibi devletin koruma yükümlülüğünün daha yoğun olduğu yerlerde intihara meyilli kişiler, mayın ve mühimmat patlamaları gibi tehlikeli faaliyetler, kadına karşı şiddet, bireylerin birbirine karşı korunması ve son olarak usuli yükümlülük olarak da adlandırılan yeterli ve etkin soruşturma yükümlülüğü başlıkları etrafında odaklandığını görmekteyiz.

Sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesiyle ilgili güncel davalarda, Mahkeme, genel ilkeler bağlamında, sözleşmeci bir devletin sağlık çalışanlarına üst düzey bir yetki sağlaması ve hastaların hayatlarını koruma teminatı vermek için gereken tedbirleri almış olması halinde, sağlık çalışanı tarafından karar verme sürecinde hata yapılması veya sağlık çalışanları arasında koordinasyon eksikliğinin bulunması

[94] **Mustafa Tunç ve Fecire Tunç-Türkiye Davası,** Başvuru No: 24014/05, Karar Tarihi: 25.06.2013.

[95] **Harris/O'boyle/Warbrick**, s. 49-50; **Doğan,** s. 91.

[96] **Kocabaş, Sadık** (2009) "AİHS'in Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler", Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta, s. 68.

[97] **Toptanış-Türkiye Davası,** Başvuru No: 61170/09, Karar Tarihi: 30.08.2016. Benzer davalar için bkz. **Hasan Yaşar ve Diğerleri-Türkiye Davası,** Başvuru No: 50059/11, Karar Tarihi: 11.10.2016; **Başbilen-Türkiye Davası,** Başvuru No: 35872/08, Karar Tarihi: 26.04.2016.

[98] **Nihat Soylu-Türkiye Davası,** Başvuru No: 48532/11, Karar Tarihi: 11.12.2018. Benzer güncel bir karar için bkz. **Algül ve Diğerleri-Türkiye Davası,** Başvuru No: 59864/12, Karar Tarihi: 05.02.2019.

gibi sorunların mevcudiyetinin sözleşmeci devleti Sözleşme'nin 2. maddesi anlamında yaşam hakkının korunmasına yönelik pozitif yükümlülük gereğince hesap vermeye zorlamak için tek başına yeterli olmadığı tespitinde bulunmuştur. Yine, Mahkeme, Sözleşme'nin 2. maddesinin ele aldığı pozitif yükümlülüklerin taraf devletlere özel hastaneler veya devlet hastanelerinde hastaların yaşamlarını korumaya ilişkin uygun tedbirlerin alınmasını zorunlu kılan yasal ve düzenleyici bir çerçeve oluşturmasını şart koştuğunu dile getirmiştir.

Mahkeme, sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesiyle ilgili olarak, yaşam hakkına ilişkin güncel davalarda kabul edilebilirlik şartları arasında iç hukuk yollarının tüketilmesi bahsinde 6384 sayılı kanunla kurulan Tazminat Komisyonu'na başvurunun gerekip gerekmediğini de incelemiştir. Bu konuya Mahkeme, mevcut başvurunun salt AİHS md. 6'da düzenlenmiş olan adil yargılanma hakkına istinaden, makul süreye riayet edilme meselesiyle ilgili değil; yaşam hakkının korunmasına ilişkin usuli yükümlülüğe aykırı olduğu savıyla hükümetin savunmasını reddetmiştir.

Mahkeme, çevre ve şehircilik alanında Türkiye'nin taraf olduğu güncel davalarda, AİHS md. 2/1'in ilk cümlesinin devlete sadece kasten ve hukuka aykırı olarak öldürmekten kaçınma yükümlülüğü değil, aynı zamanda kendi egemenlik alanı içerisinde bulunan kişilerin yaşamlarını korumak için uygun tedbirler alma yükümlülüğü getirdiğine ve bu türden bir pozitif yükümlülüğün salt ölümcül bir olayın potansiyel hedefi olarak önceden belirlenebilir bir veya daha fazla bireyin kişisel korunma gerekliliğine ilişkin durumlar bakımından değil, aynı zamanda topluma genel koruma sağlama yükümlülüğünü doğuran durumlar açısından da geçerli olabileceğine dikkat çekmiştir.

Mahkeme'nin bu konuda dikkat çektiği bir diğer nokta, devletin egemenliği altında bulunan bireylerin yaşamlarını teminat altına alma yükümlülüğünü, insan yaşamına yönelik olarak bulunan potansiyel tehlikenin düzeyi bakımından uygun olan düzenleyici tedbirleri alma pozitif yükümlülüğünü kapsayacak biçimde yorumlamasıdır. Bu itibarla, söz konusu tedbirlerin ilgili işlemin kendine özgü koşullarına göre ayarlanmasına vurgu yapmıştır. Bu düzenleyici tedbirler, ilgili işleme ruhsat verilmesini, işlemin hazırlanmasını, işleyişini, güvenlik ve denetimini düzenlemeli ve ilgili tüm kişilerin işlemin özünde bulunan riskler sebebiyle yaşamları tehlikeye girebilecek vatandaşların etkili bir biçimde korunmalarını sağlamaya ilişkin uygulanabilir tedbirler almalarını zorunlu kılmalıdır. Yine, ilgili düzenlemeler, ayrıca söz konusu işlemin teknik yönleri dikkate alınmak suretiyle süreçlerde yer alan eksikliklerin ve farklı düzeylerde sorumlu olan kişilerce yapılan hataların tespiti için uygun usuller öngörmelidir.

Güncel davalarda, intihara meyilli kişiler bahsi daha çok askeri hizmette bulunan kişilerle alakalı gündeme gelmiştir. Bu bağlamda, Mahkeme, askeri hizmette bulunan kişilerle ilgili gerekli psikolojik testlerin ve sağlık kontrollerinin ifa edilip edilmediğine bakmakta; şayet bu yükümlülükler yerine getirilmişse, şahsın intiharıyla devletin üzerine düşen negatif veya pozitif yükümlük arasında nedensellik bağı kurulup kurulamayacağını incelemektedir. Söz konusu nedensellik bağını ise, taraf devlete aşırı yük getirmeyecek biçimde yorumlamaktadır. Mayın ve mühimmat patlamalarında ise, doğası gereği tehlike barındırdıkları için Mahkeme bu konuda taraf devletin gerekli uyarı işaretlerini koymasını, bir başka deyişle koruyucu tedbirleri almış olmasını, sorumluluktan kurtulması için yeterli görmektedir.

Türkiye'nin tarafı olduğu güncel davalarda bir başka başlık da kadına karşı veya aile içi şiddettir. Bu konuda AİHM, taraf devletleri, aile içi şiddeti önlemek için gerekli yasal düzenlemeleri yapmak ve aynı zamanda bu yasal düzenlemelerin etkin bir biçimde uygulanmasını sağlamak açılarından değerlendirmektedir. Türkiye'nin taraf olduğu davalarda bu kapsamda 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un gereklerine uygun hareket edilip edilmediği

değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. Bu bakımdan, özellikle yetkililerin ivedi bir biçimde hareket edip etmediği nazara alınmaktadır. Mahkeme, güncel davaların konusunu teşkil eden bireylerin birbirine karşı korunması noktasında ise, modern toplumlarda bireylerin korunmasının zorluğunu dikkate almak suretiyle, bu yöndeki pozitif yükümlülüğün devletlere dayanılması zor bir külfet doğurmaması gerektiğini belirtmiştir. Bireylerin birbirine karşı korunmasında sınırı, insan davranışlarının öngörülmezliği oluşturmaktadır.

Son olarak, bazı yazarlarca pozitif yükümlülükler içinde ele alınan, bazı yazarlarca ayrı bir başlık olarak usuli yükümlülük başlığı altında ele alınan yeterli ve etkin soruşturma yükümlülüğü diğer haklarda olduğu gibi yaşam hakkında da önemli bir yer teşkil etmekte ve güncel davalarda da karşımıza çıkmaktadır. Bu konuda gündeme gelen güncel davalarda, usuli yükümlülüğün üç ögesi ön plana çıkmaktadır: Soruşturmayı yürütenlerin hem yasal olarak hem de pratikte bağımsız ve tarafsız olmaları; soruşturmanın, ölümün nedeni ve koşulları 2. madde kapsamında güç kullanımının meşruluğu sorumlu olanların tespiti ve cezalandırılması hakkında bir kararı mümkün kılmak açısından yeterli olması; soruşturmanın derhal başlatılması ve makul sürede yürütülmesi. Bu bağlamda, Mahkeme, ilk ögeye ilişkin asker kişilerle ilgili davalara askeri savcı ve hakimlerin bakmasının bağımsızlık ve tarafsızlık açısından usuli yükümlülüğün ihlaline imkan vermediğine, ikinci ögeye ilişkin silahla vurulan bir şahsın şikayetinde mermiye dair balistik incelemenin yapılmamasının yaşam hakkını usuli yönden ihlal ettiğine ve üçüncü ögeye ilişkin de hukuk davasının 13 yıl sürmesi, ceza davasının zamanaşımına uğramasını yine yaşam hakkını usul yönünden ihlal ettiğine karar vermiştir.

KAYNAKÇA

Anayurt, Ö. (2000). Türkiye'de insan hakları. Hakların üstünlüğü ilkesi açısından insan haklarına ilişkin sınıflandırmaların değerlendirilmesi (s. 47-57). Ankara: TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi Yayınları.

Bahadır, O. (2015). Yaşama hakkı. Ankara: Seçkin yayınevi.

Boyar, O. (2013). İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa. S. İnceoğlu **(**Yay. Haz.**)**. Devletin pozitif yükümlülükleri ve dolaylı yatay etki (s. 53-80). İstanbul: Beta Yayınevi.

Cengiz, S. (2011). Aihm kararları ışığında yaşam hakkı. Tbb dergisi, 93, 383-404.

Çiftçioğlu, C. T. (2012). Yaşama hakkı. Tbb dergisi, 103, 137-168.

Dimitris, X. (2007). Asserting the right to life (article 2) in the context of ındustry. German law journal, C: 8(3), 231-253.

Doğan, İ. (2019). Avrupa insan hakları sözleşmesi hukuku. Ankara: Astana Yayınları.

Doğmuş, S. (2018). Aihs ışığında devletlerin yaşama hakkına ilişkin pozitif yükümlülükleri. Ankara: Seçkin Yayınevi.

Doğru, O. (2010). Anayasa ile karşılaştırmalı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve mahkeme içtüzüğü. İstanbul: 12 Levha Yayıncılık.

Doğru, O. ve Nalbant, A. (2012). İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi -açıklamalar ve önemli kararlar. Ankara: Yargıtay Yayınları.

Duvan, A. Ö. (2018). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. maddesi çerçevesinde yaşam hakkının korunmasında devletin yükümlülüğü. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi hukuk araştırmaları dergisi, C24(2), 660-681.

Dutertre, G. (2003). Aihm kararlarından örnekler. Strasbourg: Avrupa Konseyi yayınları.

Erol, A. (2013). Örnek bir karar ışığında 6384 sayılı yasanın kapsamı ve etkin Sonuç sağlayıp sağlayamayacağı. Tbb dergisi, 109, 129-140.

Ertan, İ. M. (2012). Uluslararası Boyutlarıyla Sağlık Hakkı. İstanbul: Legal yayıncılık.

Gözler, K. ve Kaplan, G. (2011). İdare hukuku dersleri. Bursa: Ekin Yayınevi.

Gözlügöl, S. V. (2002). Aihs ve iç hukukumuza etkisi. Ankara: Yetkin Yayınevi.

Gözübüyük, Ş. ve Gölcüklü, F. (2016). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve uygulaması. Ankara: Turhan Kitabevi.

Gümüş, A. T. (2016). Devletin pozitif yükümlülükleri ekseninde özel hayata saygı hakkı. Ankara: Adalet Yayınevi.

Harris, D., O'boyle, M. ve Warbrick, C. (2009). Law of the European Convention on Human Rights. New York: Oxford University Press.

Karaman, E. (2015). Türkiye'de Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesinde Devletin Sorumluluğu. Internatıonal Conference on Eurasıan Economıes 2015 içinde (s. 584-590). Kazan: Beykent Üniversitesi.

Karan, U. (2013). İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa. S. İnceoğlu (Yay. Haz.). Yaşam hakkı (s. 115-135). İstanbul: Beta Yayınevi.

Kızılyel, S. (2014). Yaşam hakkı: Aihm kararları ve idari yargı uygulaması. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi dergisi, C18(2), 253-289.

Kocabaş, S. (2009). Aihs'in taraf devletlere yüklediği pozitif yükümlülükler. Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi, Isparta.

Sever, Ç. (2012). Kadına karşı ev içi şiddette devletin sorumluluğu ve Aihm'in Opuz/Türkiye kararı. Atılım sosyal bilimler dergisi, C1, 19-46.

Tanrıkulu, S. (2006). İHAM kararlarında ve Türk hukukunda yaşam hakkı. Tbb dergisi, 66, 51-94.

Tezcan, D., Erdem, M. R. ve Sancakdar, O. (2002). Türkiye'nin insan hakları sorunu, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Tezcan, D., Erdem, M. R. ve Sancakdar, O. (2004). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve uygulaması. Ankara: Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları.

Tezcan, D. vd. (2016). İnsan hakları el kitabı. Ankara: Seçkin Yayınevi.

Türmen, R. (2005). Rights to life (article 2). Bulletin des droits de l'homme, C11(12), 55-66.

KIYI DEVLETİNİN AÇIK DENİZLERDEKİ GEMİLERE MÜDAHALE HAKKI KAPSAMINDA GÜNCEL BİR ÖRNEKLEM: "Kıyı Devletinin Karasularına Ulaşmadan Önce Göçmen Botlarının Hareket Noktasına Geri İtilmesi"

Ozan Emin Halhallı*

Türk Alman Üniversitesi

ORCID NO: 0000-0002-0203-7662

Öz

Açık denizlerin serbestisi ilkesi, günümüzde kabul görmüş bir ilkedir. Bu ilke, ilk olarak Hugo Grotius tarafından esaslı biçimde tartışılmıştır[1]. Sonraki dönemlerde de, özellikle deniz hukukunun kodifikasyonu çalışmaları sırasında, bu serbestinin sağladığı hak ve yükümlülüklerin neler olduğu belirlenmeye çalışılmıştır. Diğer yandan uluslararası mekanizmaların güçlenmesiyle birlikte, göçmenlerle ilgili olarak açık denizlerde yaşanan insan hakkı ihlalleri, eskisinden daha çok gündemi meşgul etmeye başlamıştır. Örneğin, FRONTEX isimli Avrupa Birliği Ajansı'nın kurulması da yine bu kapsamda dikkat çekici bir gelişme olmuştur[2]. 23 Şubat 2012 tarihli ve 27765/09 Başvuru Numaralı AİHM Kararı da sürece ilişkin bir diğer örnektir. Son zamanlarda ise kıyı devletlerinin müdahalesiyle, göçmen botlarının hareket noktalarına "geri itilmeleri" şeklinde gerçekleştirilen eylemlerin, uluslararası deniz hukuku açısından bir tartışma yarattığı gözlemlenmektedir. Bu çalışma; açık denizlerin serbestisi ilkesinin, açık denizlerde göçmenlere yönelik gerçekleştirilen müdahalelerin ve de geri göndermeme ilkesinin, günümüzde yaşanan gelişmelerle birlikte bir bütün olarak ele alınmasına olanak sağlar. Böylelikle, kıyı devletince "geri itme" eylemi olarak gerçekleştirilen müdahalenin uluslararası hukuk kurallarına uygunluğu tartışılacaktır. Türkiye ve Yunanistan arasındaki deniz alanları, konunun hukuki açıdan daha somut bir şekilde tartışılabilmesi için örneklem olarak seçilecektir.

Anahtar Kelimeler: Açık Denizlerin Serbestisi İlkesi, Geri Göndermeme İlkesi, Geri İtme, Kıyı Devletinin Müdahale Yetkisi, Uluslararası Deniz Hukuku.

* Türk Alman Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler Bölümü, Hukuk Bilimleri Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi

[1] Grotius, H. (2019). Denizlerin Serbestisi (E. Z. Sivrikaya, çev.). Ankara: Savaş Yayınevi.

[2] Bilgin, A. A. (2017). Göçmenlere Yönelik Deniz Operasyonlarında Frontex'in Müdahale Yetkisinin Uluslararası Hukuk Kapsamında Değerlendirilmesi. Hacattepe HFD, 7(2), 2017, 55-82.

COASTAL STATE'S INTERVENTION IN SHIPS ON THE HIGH SEAS WITHIN A CURRENT SAMPLE: "PUSHING MIGRANT BOATS BACK TO THE DEPARTURE POINT BEFORE REACHING THE TERRITORIAL SEA OF COASTAL STATE"

Abstract

Today, freedom of the seas is a generally accepted principle. This principle was first discussed thoroughly by Hugo Grotius[3]. In the following periods, especially during the codification of the law of the sea, the rights and obligations provided by this freedom were tried to be determined. On the other hand, with the strengthening of international mechanisms, human rights violations on the high seas regarding migrants have started to be on the agenda more than before. For example, the establishment of the European Union Agency named FRONTEX has also been a remarkable development in this context.[4]. The decision of ECHR dated 23 February 2012 (App. No: 27765/09), is another example regarding the process. Recently, it has been observed that the intervention of the coastal states in the form of "pushing migrant boats back" to their departure points, have created a debate in terms of international law of the sea. This work; allows the concept of freedom of the seas, the interventions carried out against migrants on the high seas and the principle of non-refoulement to be addressed as a whole with the current developments and experiences. Thus, whether the interventions by the coastal states in the form of "push back" conform to the rules of international law will be discussed. The sea areas between Turkey and Greece will be chosen as a sample for a more concrete discussion of the issue from a legal perspective.

Keywords: Freedom of the Seas, The Principle of Non-Refoulement, Push-Back, The Right of Intervention of Coastal States, The International Law of the Sea.

1. GİRİŞ

Açık denizler, en genel anlamıyla herhangi bir devletin iç sularına, karasularına, bitişik bölgesine, münhasır ekonomik bölgesine veya takımada devletlerinin takımada sularına dâhil olmayan sulardır[5]. İlk başlarda bu tanım iç sular ve karasuları ile sınırlıydı; gelişen ve değişen koşullar nedeniyle ortaya çıkan bitişik bölge, münhasır ekonomik bölge, takımada suları nedeniyle açık deniz alanları da

*Turkish German University, Faculty of Economics and Administrative Sciences, Department of Political Science and International Relations, Research Assistant at Department of Legal Sciences, ORCID: 0000-0002-0203-7662.

[3] Grotius, H. (2019). Denizlerin Serbestisi (E. Z. Sivrikaya, çev.). Ankara: Savaş Yayınevi.

[4] Bilgin, A. A. (2017). 55-82.

[5] Heintschel von Heinegg, W. (2018). Internationales öffentliches Seerecht (Seevölkerrecht). K. İpsen (Hrsg.). Völkerrecht: Ein Studienbuch. (s. 795-862). 7. Auflage. München: C.H.Beck Verlag. s. 852; Pazarcı, H. (2020). Uluslararası Hukuk. Turhan Kitabevi. 19. Baskı. Ankara. s. 308.

daralmıştır[6]. Açık denizler kural olarak serbesttir[7] ve fakat bu serbesti hiçbir kuralın olmadığı anlamına da gelmez[8]. Bugünkü anlamıyla Açık Denizlerin Serbestisi İlkesi, Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin (BMDHS) *"Açık Deniz"* başlıklı yedinci kısmı altında detaylıca düzenlenmiştir[9]. Karşılıklı veya komşu kıyı devletleri, *"deniz yetki alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin"* olarak zaman zaman uyuşmazlıklar yaşayabilmektedir. Bu uyuşmazlıklar nedeniyle; karasuları, bitişik bölge, münhasır ekonomik bölge gibi alanların sınırları net bir şekilde belirlenemeyebilir. Bu nedenle de aslında açık denizlerin sınırları da değişikliğe uğrayabilmektedir.

Geri Göndermeme İlkesi, bilindiği üzere 1951 Cenevre Sözleşmesi'nin 33. maddesinde tanımlanmış ve de mülteciler ile sığınmacıların zulüm tehlikesinin olduğu yerlere geri gönderilmesini yasaklayan, uluslararası mülteci hukukuna ait bir örf adet kuralıdır[10]. Son yıllarda, göçmen botlarının kullanılması ile gerçekleştirilen düzensiz göç eylemlerine kıyı devletleri tarafından müdahale edilmektedir. Bu müdahalelerden birisi de göçmen botlarının hareket noktalarına geri itilmeleridir. Müdahalenin sınırları ve hukuki boyutu çalışma içerisinde ayrıca tartışılacaktır. Ancak kavramsal açıdan, bu müdahalelerin kıyı devletince hangi deniz yetki alanı içerisinde gerçekleştirildiği önemlidir. İç sular ve karasuları, genel olarak bazı istisnalar saklı kalmak kaydıyla kıyı devletinin egemenlik sınırlarını ortaya koyar. Hatta karasularının sınırının kendisi de egemenlik alanına dâhil olarak kabul edilir[11]. İşte bu nedenle, birçok göçmen botu, karasularına ve hatta karasuları sınırına ulaşmadan kıyı devletince hareket noktasına geri itilmektedir. Böylece de 1951 Cenevre Sözleşmesi'nde sık sık karşılaşılan, *"ülkede bulunma"* ya da *"topraklarına girmiş olma"* şeklindeki unsurların sağlanmadığı ve kıyı devletinin yükümlülüklerin doğmadığı ileri sürülmektedir[12].

Yukarıda belirtildiği gibi açık denizler, süreç içerisinde daralmış ve tanımı da yeniden şekillenmiştir. Fakat konumuz açısından önemli olan, karasularına ilişkin sınırdır. Takımada devletlerinin suları, bitişik bölge, kıta sahanlığı, münhasır ekonomik bölge gibi alanların konumuz açısından ek bir önemi olmaması nedeniyle çalışmanın devamında açık denizler kavramı, kıyı devletinin karasularının sınırlarının ötesinde kalan su alanları olarak; yani daha çok kavramın öğretide kabul gören ilk haliyle ve de 1958 Cenevre Deniz Hukuku Sözleşmeleri'nin Açık Denizler Sözleşmesi'nin ilk maddesiyle uyumlu olarak ele alınacaktır[13].

---

[6] Özman, A. (2006). Deniz Hukuku I. Turhan Kitabevi. 1. Baskı. Ankara. s. 85.

[7] Bu ilkenin temellerine dair daha detaylı bilgiler için bakınız: Proelß, A. (2016). Raum und Umwelt im Völkerrecht. W.G. Vitzthum / A. Proelß. (Hrsg.). Völkerrecht. 7. Auflage. Berlin. De Gruyter Verlag. s. 401.

[8] Pazarcı, H. (2020). s. 308.

[9] Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen und Übereinkommen zur Durchführung des Teils XI des Seerechtsübereinkommens. Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften. L179/4. 23/06/1998 (Inkrafttreten des Seerechtsübereinkommens der VN vom 10. Dezember 1982). Art. 86-120. https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:179:0003:0134:DE:PDF (Son Erişim Tarihi: 01.04.2021).

[10] Akman, M. (2019). İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin geri göndermeme ilkesi bağlamında mültecilere uygulanabilirliği. On İki Levha Yayıncılık. 1. Baskı. İstanbul. s. 76.

[11] Aydın, G. (2016). Deniz yoluyla gerçekleştirilen düzensiz göç ile mücadelede devletlerin yetki ve uygulamaları. Göç Araştırmaları Dergisi. Cilt 2. Sayı 2. Temmuz-Aralık. s. 139.

[12] Aydın, G. (2016). s. 138.

[13] Übereinkommen über die Hohe See (1958). BGBl. Nr. 246/1974. Art. 1. https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblPdf/1974_246_0/1974_246_0.pdf (Son Erişim Tarihi: 01.05.2021).

Geri itme kavramı, uluslararası rapor ve haberlerde karşılığını "*push back*" terimiyle bulmuştur. *Push back* aslında hukuki bir terim değil, politik bir terimdir. Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Merkezi'nin[14] bu terime ilişkin tanımı önemlidir. Bu tanıma göre, geri itmeler, mültecilerin ve göçmenlerin bireysel koşulları dikkate alınmaksızın ve iltica başvurusunda bulunma veya tedbirlere karşı argümanlar öne sürme imkânı verilmeksizin, genellikle sınırı geçtikten hemen sonra ya da sınırın üzerinden hareket noktalarına veya başka bir rotaya zorla geri gönderilmeleri şeklinde gerçekleştirilen devlet eylemidir[15]. Bu kavram, Türkiye – Yunanistan arasındaki Ege Deniz'i için farklı bir anlam taşımaktadır. *Mare Liberum* oluşumu, Ege Denizi'nde meydana gelen geri itme olaylarını iki gemi ile izlemektedir[16]. Bu oluşumun izleme faaliyetleri sonucunda, 2020 senesi için yayınladığı raporunda da geri itme eyleminin Ege Denizi için farklı bir anlam taşıdığı vurgulanmıştır. Rapora göre geri itme kavramı, Ege'de bir göçmen botunun ya da göçmen teknesinin Yunanistan ile Türkiye deniz sınırını geçmesiyle birlikte, genellikle Yunan Sahil Güvenliği tarafından Türk sularına geri itilmesi şeklinde gerçekleşen eylem olarak ifade edilmiştir[17].

İlk ismi *European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders*[18] olan Frontex[19] Ajansı, resmen 2004 yılında kurulmuştur[20]. Kuruluş tüzüğünün ilk maddesinde Frontex Ajansı'nın kuruluş amacı özetlenmiştir. Bu düzenleme uyarınca, Frontex Ajansı'nın kuruluşu ile birlikte, AB'nin üye devletlerinin dış sınırlarının ortak bir şekilde ve de daha gelişmiş bir şekilde korunması amaçlanmıştır. Buna da "dış sınırlarda operasyonel işbirliği" denilmiştir. Frontex Ajansı ile ilgili düzenlemeler süreç içerisinde sık sık güncellenmiştir[21]. Bu değişimler sırasında Avrupa Parlamentosu, Avrupa Konseyi'nin Stockholm Programı ile de uyumlu olarak Frontex Ajansı'nın güçlendirilmesine yönelik kararını desteklediğini ifade etmiştir[22]. Aynı raporda yer alan bazı ifadeler konumuz açısından dikkat çekicidir. Rapora göre, Frontex Ajansı ile ilgili olarak gerçekleştirilecek değişikliklerde, göçmen ve sığınmacıların insan haklarının korunmasına öncelik verilmesi gerektiği vurgulanmıştır[23]. Ayrıca göçmenlerin hayatlarının kurtarılmasının, çocuk haklarının korunmasının ve Geri Göndermeme İlkesinin uygulanmasının da Frontex Ajansı'nın öncelikli görevleri arasında olması gerektiği ifade edilmiştir[24]. Bu gerekliliklerin yerine getirilmesi adına Frontex Ajansı'na ilişkin önceki

[14] European Center for Constitutional and Human Rights.
[15] https://www.ecchr.eu/en/glossary/push-back/ (Son Erişim Tarihi: 02.05.2021).
[16] Mare Liberum hakkında daha detaylı bilgi için bakınız: https://mare-liberum.org/en/ueber-uns-2/ (Son Erişim Tarihi: 02.05.2021).
[17] Pushback Report (2020). Mare Liberum. s. 7. https://daten.mare-liberum.org/s/MkcCZtNp5WrNsyr#pdfviewer (Son Erişim Tarihi: 02.05.2021).
[18] Türkçe ifadesiyle, Dış Sınırlarda Operasyonel İşbirliği Yönetimi için Avrupa Ajansı.
[19] Ajansın isminin Fransızca karşılığından üretilmiş bir kısaltmadır: **Front**ières **ex**térieures for "external borders".
[20] Verordnung (EU) 2007/2004. Amtsblatt der EU L349/1. 25/11/2004. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004R2007&from=LT (Son Erişim Tarihi: 02.05.2021).
[21] Bilgin, A. A. (2017). s. 59 vd.
[22] Bericht des Europäischen Parlaments. (2014). Entwurf einer Entschließung des Europäischen Parlaments. (2013/2024(INI)). 04/03/2014. § 79. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2014-0153_DE.html (Son Erişim Tarihi: 02.05.2021).
[23] Bericht des Europäischen Parlaments. (2014). § 74.
[24] Bericht des Europäischen Parlaments. (2014). § 74.

düzenlemeler yürürlükten kaldırılmış ve onların yerine yeni, bütüncül bir tüzük yürürlüğe konmuştur[25]. Bu değişiklikle birlikte ismi de değişmiş ve *European Border and Coast Guard Agency*[26] olmuştur. Değişen tek şey isim olmamıştır. Bu tüzükle birlikte Frontex Ajansı'na yukarıda belirtilen raporla da uyumlu olarak ek yetkiler tanınmıştır. Ancak Frontex Ajansı'nın güçlendirilmesine ilişkin getirilen yenilikler öğretide eleştirilmiştir. Bu eleştirilere göre, Frontex Ajansı'nın güçlendirilmesinin temel amacı, denizde yaşanan insan hakkı ihlallerinin giderilmesi değildir[27]. Frontex Ajansı'nın güçlendirilmesinin esas amacı, AB sınırlarına deniz yoluyla gelen göçmen trafiğinin önüne geçilmesinin istenmesidir[28]. Bu eleştiriyi belki de haklı çıkaran son gelişme, kıyı devletinin göçmen teknelerini geri itmeleri şeklinde gerçekleşen eylemlerine Frontex Ajansı'nın da eşlik etmesidir. Bu eylemlerde insan hakkı ihlallerinin gerçekleştiği iddiası da yürütülmekte olan bir soruşturmanın temel konusudur[29]. İşte çalışmanın geri kalanında Frontex Ajansı ile ilgili değerlendirmeler bütünsel olarak bu doğrultuda yapılacaktır.

Ege Denizi'nde yer alan karasularının sınırlandırılması sorunu ise, günümüzde büyük bir tartışmayı içerir. Her ne kadar geri itme eyleminin karasuları içerisinde mi yoksa dışarısında mı gerçekleştirildiği şeklinde bir ayrım[30] yapılsa da, bu ayrımın Türkiye-Yunanistan sınırı açısından temel unsur olarak ele alınmasının doğru olmayacağını söyleyebiliriz. Türkiye-Yunanistan deniz alanlarına ilişkin tartışmaların henüz bir çözüme kavuşmaması nedeniyle, geri itme uygulayan devletin amacı ve eyleminin orantılılığı üzerinde durulması, insan hakları açısından daha somut sonuçlara ulaşılmasını sağlayabilir. Frontex Ajansı'nın da bölgedeki varlığı göz ardı edilmeyecektir. Konuya bu açıdan yaklaşılarak, karasularının sınırlandırılmasına ilişkin var olan tartışmalara ise mümkün olduğunca girmeden, aşağıda geri itme kavramının en temel anlamı üzerinden bir inceleme yapılacaktır.

2. DEVLETLERİN KARASULARININ DIŞINDAKİ GÖÇMEN BOTLARINA MÜDAHALE YETKİSİ VE BU YETKİNİN GELİŞİM SÜRECİ AÇISINDAN KISA BİR DEĞERLEDİRME

Eski çağlarda gerek teknolojik alt yapının yetersiz olması nedeniyle gerekse verimli toprakların etrafında bir hayatın benimsenmiş olması nedeniyle, insanların deniz alanlarından uzak kaldıkları ifade edilebilir. Deniz alanlarının tanınmaması nedeniyle, eski çağlarda *"doğal bir deniz serbestisi"* olduğunu söylemek mümkündür. İnsanların deniz alanlarıyla tanışmasının en doğal sonucu, devletlerin deniz alanları

[25] Verordnung (EU) 2016/1624. Amtsblatt der EU L251/1. 16/09/2016. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R1624&from=DE (Son Erişim Tarihi: 02.05.2021).
[26] Türkçe ifadesiyle, Avrupa Sınır ve Sahil Güvenlik Ajansı.
[27] Bilgin, A. A. (2017). s. 61.
[28] Aydın, G. (2016). s. 153 vd.
[29] Avrupa Parlamentosu Basın Sözcüsü Cezary Lewanowicz'nin 23.03.2021 tarihli açıklamaları için bakınız: https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20210319IPR00437/meps-approve-most-of-eu-s-accounts-but-postpone-their-decision-on-frontex (Son Erişim Tarihi: 02.05.2021).
[30] Wissenschaftliche Dienste des Deutscher Bundestages. (2020). Ausarbeitung: "Push-Backs" an der türkisch-griechischen Grenze im Lichte des Völkerrechts. WD 2 – 3000 – 028/20. 31/03/2020. ss. 11-12. https://www.bundestag.de/resource/blob/690272/250636548780b97d40c7d89edb84a020/WD-2-028-20-pdf-data.pdf (Son Erişim Tarihi: 02.05.2021).

üzerindeki egemenlik iddialarının ortaya çıkması olmuştur[31]. Sonrasında ise devletlerin bu egemenlik iddiaları, gücünü zamanla kaybetmiştir. 16. ve 17. yüzyıllarda her ne kadar hâkim görüş olarak benimsenmemiş olsa da Hugo Grotius'un düşünceleri, 18. yüzyıl itibariyle kabul edilmeye başlamıştır[32]. Uluslararası ticaretin gereklilikleriyle de uyumlu olarak[33], bu sefer de doğal değil, devletler tarafından *"tercih edilmiş bir deniz serbestisi"* ortaya çıkmıştır. Günümüze kadar normatif açıdan da gelişme gösteren bu kural, zaman içerisinde *"serbesti"* deyiminin *"kuralsızlık"* anlamına gelmediğini de göstermiştir[34].

Denizlerin serbestisinden doğan ve uluslararası örf-adet hukuku kuralı olarak kabul edilen *"seyrüsefer serbestisi"* ile *"bayrak devleti prensibi"* önemli kurallardır[35]. Seyrüsefer serbestisi, genel hatlarıyla gemilerin hareket özgürlüğünü ifade eder[36]. Açık denizlerde hareket özgürlüğüne sahip bir geminin; hukuki, idari veya cezai sorumluluğunun ne şekilde ele alınacağı ise bayrak devleti prensibi ile garanti altına alınmıştır[37]. Başka bir ifadeyle, bir geminin açık denizlerde serbest bir şekilde seyrüsefer gerçekleştirirken, uluslararası hukuk kurallarına uyup uymadığını kontrol etmemizi sağlayan prensip, bayrak devleti prensibidir[38]. Bir gemi bayraksız ise yani hiçbir devlete bağlı değilse, açık denizlerin hukuki rejiminden yararlanamayacaktır[39]. İngiliz Donanması da, içerisinde Musevi göçmenleri taşıyan bayraksız gemiye el koyduğunda, haklılığını ifade etmek için bu temel kuralı ileriye sürmüştü[40]. Konumuz açısından da bu kurallar önemlidir. Göçmen botları, bayraklı[41] veya bayraksız olabilmektedir[42]. Bu duruma bağlı olarak, kıyı devletlerinin göçmen botlarına müdahaleleri farklı şekillerde gerçekleşebilmektedir.

Açık denizde, göçmen kaçakçılığına konu edildiğinden şüphe edilen bir gemiye müdahalede bulunulabilmesi için öncelikle o geminin bayrak devletine durumun bildirilmesi gerektiği; sonrasında ise müdahalenin ya bayrak devleti tarafından ya da yine bayrak devletinin iznine bağlı olarak bildirimde bulunan devlet tarafından yapılması gerektiği ifade edilmektedir[43]. Bayrak devleti prensibi, yukarıda açıklandığı üzere açık denizlerde devletlerin sahip olduğu yargı yetkisinin temelini oluşturur. Ancak bu kuralın da istisnaları vardır. Örneğin; bir köle, açık denizde seyreden bir gemiye sığınırsa, geminin bayrağına bakılmaksızın o köle kendiliğinden özgür sayılacaktır[44]. Bayrak devletinin yargı yetkisi bu

[31] Sur, M. (2020). Uluslararası Hukukun Esasları. Beta Yayıncılık. 14. Baskı. İstanbul. s. 395.
[32] Wolfrum, R. (2006). Hohe See und Tiefseeboden. W. G. Vitzthum (Hrsg.). Handbuch des Seerechts. München. C.H. Beck Verlag. s. 296.
[33] Sur, M. (2020). s. 395; Wolfrum, R. (2006). s. 296.
[34] Kuran, S. (2020). Uluslararası Deniz Hukuku. Beta Yayıncılık. 6. Baskı. İstanbul. s. 289; Sur, M. (2020). s. 395; Misili, S. (2014). Açık denizlerin serbestliği, gemilerin uyrukluğu ve bayrak devleti münhasır yargı yetkisi arasındaki ilişkinin teamül hukuku, konvansiyonlar ve mahkeme kararları ışığında incelenmesi. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. Cilt 18. Sayı 1. s. 182.
[35] Wolfrum, R. (2006). ss. 299-300.
[36] Kuran, S. (2020). s. 288.
[37] Misili, S. (2014). s. 188; Bilgin, A. A. (2017). s. 69.
[38] Wolfrum, R. (2006). s. 300.
[39] Shaw, M.N.(2018). Uluslararası Hukuk (İ. Kaya, çev.). Ankara: Türkiye Bilimler Akademisi. s. 434.
[40] Misili, S. (2014). s. 194.
[41] Çok bayraklı gemilerin de bayraksız devlet olarak kabul edileceği, BMDHS m. 92 f. 2 ile düzenlenmiştir.
[42] Aydın, G. (2016). s. 199; Bilgin, A. A. (2017). s. 69.
[43] Bilgin, A. A. (2017). s. 69.
[44] BMDHS m. 99 düzenlemesinin sonucu olarak ortaya çıkan bir istisnadır.

durumda önemini yitirir. İşte bu örnekteki gibi, insan haklarıyla doğrudan bağlantılı olan durumların varlığı halinde, bayrak devleti prensibine istisnalar getirilebilmektedir.

Açık denizlerde gerçekleştirilen ve kıyı devletini hedef alan göçmen kaçakçılığı eylemleri de özü itibariyle doğrudan doğruya insan hakları ile ilgilidir[45]. Yine de açık denizlerde seyir halinde olan bayrak sahibi gemiler, göçmen kaçakçılığı şüphesinden bahsedilerek her durumda ölçüsüz bir müdahaleye katlanmak zorunda bırakılmamalıdır. Aksi halde bayrak devleti prensibi anlamını yitirecektir. Ancak bu sınırın tespiti de kolay değildir. Uygulamada karşılaşılan örneklere bakıldığında, ilk bakışta turistik amaçlı ve modern ailelerin kullanımında olduğu düşünülen özel teknelerin içerisinden göçmenler çıkabilmektedir[46]. Şüphe, ilerleyen teknolojik imkânlar ile ve göçmen kaçakçılarının alışılagelmiş denemelerinden kazanılan tecrübelerle desteklenmelidir. Şüphenin değerlendirilmesinde, göçmen kaçakçılığı konusunda uzmanlaşmış kişiler aktif görev almalıdır[47]. Kıyı devletinin karasularının ötesinde bulunan bir gemiden şüphelenilebilmesi için, bulunulan bölgenin göçmen kaçakçılığı için elverişli olduğu objektif olarak ortaya konulabilmelidir. Tüm bu değerlendirmelerin ardından uygulanacak müdahaleler ise kademeli olarak gerçekleştirilmelidir. Örneğin, kıyı devletinin karasularının ötesinde ve BMDHS m. 33 düzenlemesiyle de uyumlu olacak şekilde öncelikle bir *"dur emri"* verilmesiyle başlayacak müdahale; şüpheli gemiye araç gönderilmesi, belge kontrolü, şüpheli gemide nezaketle[48] daha detaylı bir inceleme yapılması şeklinde, yani kademeli eylemlerle gerçekleştirilmelidir. Şüphenin haklı çıkmaması halinde ise, BMDHS maddeleriyle[49] de uyumlu olarak, durdurulan geminin uğradığı zarar ve kayıp tazmin edilmelidir. Bu gereklilik de yine kıyı devletlerinin karasularının ötesindeki gemilere keyfi müdahalelerde bulunmalarına engel olabilecek bir kuraldır. Fakat BMDHS, olası bir göçmen kaçakçılığı şüphesinin varlığı durumunda, kıyı devletinin karasularının ötesinde seyrüsefer halinde olan ve bayrak sahibi olan gemiler hakkında, kıyı devletince hangi müdahalelere başvurulabileceğini net bir şekilde ortaya koyamamaktadır.

Türkiye tarafı olmasa da, uluslararası deniz hukuku açısından önemli bir metin olma özelliğini sürdüren 1982 tarihli BMDHS, doğrudan göçmen botlarına ilişkin düzenlemeler içermemektedir. Buna rağmen Sözleşme'nin "ziyaret hakkı" başlıklı 110. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendi, bayraksız gemilere ilişkin bir vurgu içermektedir. Bayraksız göçmen botlarının da bu madde metni kapsamında ele alınabileceği savunulmaktadır[50]. Fakat madde metni dikkatle okunduğunda, bu müdahale yetkisinin sadece bir savaş gemisi tarafından kullanılabileceği, açıkça düzenleme altına alınmıştır. İşte bu nedenle madde metni, tek başına amaca uygun bir müdahaleyi gerçekleştirmek için yeterli bir düzenleme olarak görünmemektedir.

---

[45] Bu durumun belki de en somut örneklerinden biri, 23 Şubat 2012 tarihli ve 27765/09 Başvuru Numaralı Hirsi Jamaa ve Diğerleri / İtalya davasına ilişkin AİHM Kararı'dır. Kararın detaylarına ve önemine çalışmanın devamında değinilecektir.

[46] Aydın, G. (2016). s. 199.

[47] Bu konuda AİHM de aynı görüşü ifade etmektedir, bakınız: European Court of Human Rights. Case of Hirsi Jamaa and others v. Italy. Application No. 27765/09. 23.02.2012. para 202. https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22ite_mid%22:[%22001-109231%22]} (Son Erişim Tarihi: 08.05.2021).

[48] 1982 BMDHS'nin 110. maddesinin Türkçe metninde bulunan bir ifadedir. İngilizce metinde ise doğrudan bu şekilde bir ifadeye rastlanmamıştır. Faydalanılan Türkçe metin için bakınız: https://denizmevzuat.uab.gov.tr/uploads/pages/uluslararasi-sozlesmeler/denizhukuku.pdf (Son Erişim Tarihi: 08.05.2021).

[49] 1982 BMDHS m. 110 f. 3 veya m. 111 f. 8 düzenlemeleri örnek olarak gösterilebilir.

[50] Bilgin, A. A. (2017). s. 70.

Kıyı devletinin karasularının ötesindeki göçmen botlarına müdahale yetkisinin hukuki temelleri, uluslararası deniz hukukunun temel ilkelerine işaret eder. *"Açık denizlerin serbestisi"* ve bu serbestiden doğduğu kabul edilen *"seyrüsefer serbestisi"* ile *"bayrak devleti prensibi"*, kıyı devletinin açık denizlerdeki müdahale yetkisinin temel sınırlarını oluşturmaktadır. Fakat bu sınırların gerek Uluslararası Hukuk açısından gerekse AB Hukuku açısından değerlendirilmesi de ayrıca önemli olacaktır. Böylece, çalışmanın devamında 1982 tarihli BMDHS ile sınırlı kalınmaksızın, konumuz açısından daha bütüncül bir değerlendirme yapılacaktır.

3. ULUSLARARASI HUKUK VE AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU AÇISINDAN KIYI DEVLETİNİN KARASULARININ DIŞINDAKİ GÖÇMEN BOTLARINA MÜDAHALE YETKİSİNİN SINIRLARINI ÇİZEN TEMEL METİNLER VE BİR ÖRNEKLEM

Uluslararası Hukuk'un ve AB Hukuku'nun konumuz ile ilgili temel metinleri bu başlık altında kısaca ele alınacaktır. Bu değerlendirmenin somutlaştırılması için ise öncelikle 23 Şubat 2012 tarihli ve 27765/09 Başvuru Numaralı Hirsi Jamaa ve Diğerleri / İtalya davasına ilişkin AİHM Kararı örneklem olarak seçilecektir. Böylece, kıyı devletinin karasularının dışındaki göçmen botlarına müdahale yetkisinin daha bütüncül bir şekilde değerlendirilmesi amaçlanmıştır. Bu başlık altında ulaşılan sonuçlar, çalışmanın sonraki bölümlerinde değinilecek bir başka örneklem olan Türkiye ve Yunanistan arasındaki deniz alanları açısından da önemli bir araç olacaktır.

3.1. Uluslararası Hukuk Açısından Temel Hukuki Metinler

Uluslararası Deniz Hukuk'u açısından 1982 tarihli BMDHS önemli bir hukuki metindir. Bunun sebebi ise ilgili sözleşmenin, *"yeni deniz hukuku dönemi"* olarak ifade edilen döneme ait en temel hukuki kaynak olarak kabul edilmesidir[51]. Sözleşme metninde düzenleme altına alınmış olan bayrak devleti prensibi ve bu prensibin istisnalarına konumuzla sınırlı olarak değinilmişti. Ek olarak ifade edilmesi gereken bir diğer madde metni de, taraf devletlerin yardım etme yükümlülüklerine ilişkin olanıdır. 1982 tarihli BMDHS'nin 98. maddesi uyarınca, taraf devletlerin gemisi ve mürettebatı ya da yolcuları için ciddi bir tehlike söz konusu olmayacaksa, denizde tehlike altında bulunan kişilere yardım edilmelidir. Ayrıca taraf devletler, özellikle de kıyı devletleri, deniz alanları içerisinde arama kurtarma bölgesi kurmalıdır[52]. Örneğin, her ne kadar Türkiye bu sözleşmeye taraf olmasa da ifade edilen gereklilikle uyumlu olarak, kendi deniz alanları içerisinde, arama kurtarma ve icra görevini yürüten bir *"Deniz Arama Kurtarma Koordinasyon Merkezine"* sahiptir[53]. Türkiye'nin yükümlülüğü farklı uluslararası metinlerden kaynaklanmaktadır. Bu kapsamda, 5 Haziran 1945 kabul tarihli 1944 Şikago Sözleşmesi,

[51] Vitztum, W. G. (2006). Begriff, Geschichte und Rechtsquellen des Seerechts. W. G. Vitzthum (Hrsg.). Handbuch des Seerechts. München. C.H. Beck Verlag. s. 45.
[52] Wolfrum, R. (2006). s. 299.
[53] Deniz ve Hava Araçları Kazalarında Arama Kurtarma Yönetmeliği. Cumhurbaşkanı Kararının Tarihi: 16/10/2020. Karar Sayısı: 3095. Yayımlandığı Resmi Gazetenin Tarihi: 17/10/2020. Resmi Gazete Sayısı: 31277. madde 4/1-ı. https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/21.5.3095.pdf (Son Erişim Tarihi: 09.05.2021).

25 Mayıs 1980 tarihli SOLAS-74 mevzuatı, 22 Ocak 1986 kabul tarihli Hamburg Denizde Arama Kurtarma Sözleşmesi ve son olarak 26 Ekim 2011 tarihli IAMSAR Kılavuzu onaylanmıştır[54].

Konumuzla doğrudan ilişkili olması nedeniyle, Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi'nin 21.06.2011 tarihli Kararı'na da değinilmelidir. Bu metin, deniz yoluyla gerçekleştirilen göç akınları ile ilgili olarak ortaya çıkan sorunların somutlaştırılmasına ve de üye devletlere sorunların çözümlerine ilişkin bazı tavsiyelerde bulunulmasına aracılık etmektedir. Kaygı verici sorunlar beş maddede özetlenmiştir[55]: Birçok uluslararası hukuk kuralı olmasına rağmen bu kuralların yorumlanmasında farklılıklar yaşandığı, tespit edilen ilk sorundur[56]. Örneğin bu çalışmada da değinildiği üzere, açık denizlerde gerçekleştirilen geri gönderme eylemleri normatif açıdan çokça tartışılmaktadır. Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi tarafından tespit edilen ikinci sorun ise, denizde yapılan operasyonlar sonucunda, kurtarılan kişilerin *"emin bir yere"* indirilmemesidir. Karar metninde, bu gerekliliğin taraf devletlerce amacına uygun bir şekilde yerine getirilmediği ifade edilmiştir[57]. Ayrıca uluslararası metinlerdeki bu yorum farklılıkları ve uygulamada yaşanan sorunlar, denizciler üzerinde caydırıcı bir etki yaratabilir[58]. Bu durum da üçüncü sorunu ifade etmektedir. Yine karar metninde ifade edilen dördüncü sorun, denizlerde gerçekleştirilen ortak operasyonlarda insan haklarına yeterince saygı gösterilmemesidir[59]. Son olarak ise, deniz yoluyla gerçekleştirilen göç akımının AB'nin güney kıyılarını zorladığı, bu yükün ise AB üye devletlerinin arasında adil bir şekilde paylaşılması gerektiği ifade edilmiştir[60].

Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi, gerek AİHM[61] gerekse Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği[62] ile uyumlu olarak önemli bir yorum yapmıştır; geri göndermeme ilkesi, açık denizlerde de geçerli olan uluslararası bir ilkedir[63]. Bu yorum yapıldıktan sonra, yukarıda yer verilen sorunların çözümüne ilişkin bazı önerilerde bulunulmuştur. Açık denizde veya karasularında olması fark etmeksizin, taraf devletlerin kurtardıkları göçmenlerin temel haklarına saygı göstermesi gerektiği ve bu doğrultuda kişilere, adil ve de etkin bir şekilde sığınma prosedürüne erişim olanaklarının sağlanması gerektiği ifade edilmiştir[64].

[54] Olgaç, T. ve Töz, A. C. (2020). Türk arama ve kurtarma organizasyonu: uluslararası iş birliği faaliyetleri ve yaşanan anlaşmazlıklar. Gemi ve Deniz Teknolojisi Dergisi. Sayı 217. Haziran 2020. s. 48. https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1180175 (Son Erişim Tarihi: 09.05.2021).

[55] Parliamentary Assembly, Committee on Migration, Refugees and Population (2011). The interception and rescue at sea of asylum seekers, refugees and irregular migrants. Resolution 1821. Art. 5. http://assembly.coe.int/nw/xml/xref/xref-xml2html-en.asp?fileid=18006&lang=en (Son Erişim Tarihi: 09.05.2021).

[56] Parliamentary Assembly, Resolution 1821(2011). Art. 5.1.

[57] Parliamentary Assembly, Resolution 1821(2011). Art. 5.2.

[58] Parliamentary Assembly, Resolution 1821(2011). Art. 5.3.

[59] Parliamentary Assembly, Resolution 1821(2011). Art. 5.4.

[60] Parliamentary Assembly, Resolution 1821(2011). Art. 5.5.

[61] Hirsi Jamaa and others v. Italy. para 180.

[62] United Nation High Commissioner for Refugees (UNHCR), Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection. Cambridge University Press. 2003. s. 128. https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=search&docid=4bed15822&skip=0&query=Genev a%20Convention%20article%2033 (Son Erişim Tarihi: 09.05.2021).

[63] Parliamentary Assembly, Resolution 1821(2011). Art. 8.

[64] Parliamentary Assembly, Resolution 1821(2011). Art. 9.3, Art. 9.4 and Art. 9.5.

1951 tarihli Mültecilerin Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesi'nin ilk maddesiyle mülteci kavramına işaret edilirken, 33. maddesinin 1. fıkrası ile de mültecilerin hayatlarının ya da özgürlüklerinin tehdit altında olacağı bir ülkeye geri gönderilemeyeceği güvence altına alınmıştır. İlgili uluslararası sözleşme metninin uygulanmasına yönelik önemli bir rol üstlenen Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği, yayınladığı metinlerde konumuzla da ilgili bazı tespitlerde bulunmuştur. Örneğin, ilgili Cenevre Sözleşmesi'nin 33. maddesinin 1. fıkrasından doğan ve taraf devletlerin kabul ettikleri sorumlulukların aslında ülkesel sınırlar ile kısıtlanmış bir sorumluluğu ifade etmediği belirtilmektedir[65]. Taraf devletlerin m. 33 f. 1 düzenlemesinden doğan sorumlulukları, kişiler üzerinde devletin etkin kontrolünün sağlandığı an itibariyle başlar[66].

3.2. Avrupa Birliği Hukuku Açısından Temel Hukuki Metinler

Konuyla ilgili olarak, AB Hukuku açısından bir değerlendirme yapıldığında karşımıza çıkan ilk metin, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'dır. Toplu sürgün yasağı ve geri gönderme yasağına ilişkin hukuki güvenceler, Temel Haklar Şartı'nın 19. maddesinde düzenleme altına alınmıştır.

1985 tarihinde Avrupa Ekonomik Topluluğu üyesi devletler, birbirleri arasındaki sınırları ortadan kaldırmak amacıyla Şengen Antlaşması'nı imzalamışlardır. Avrupa Topluluklarına üye olmayan devletlerdeki vatandaşların yasa dışı göç eylemlerine engel olmak ve de topluluğun dış sınırını korumak amacıyla bazı ek tedbirlerin alınması gerektiği, tarafların sözleşmeye dâhil ettikleri ortak beyanlarında da açıkça ifade edilmişti[67]. Avrupa Ekonomi Topluluğu, günümüzdeki varlığını her ne kadar yitirmiş olsa da Şengen Antlaşması'nda ifade edilen amaç, varlığını halen AB Hukuku açısından sürdürmektedir. Bunun en temel göstergesi, Frontex Ajansı'nın kurulmuş olmasıdır[68].

AB üye devletlerinin dış sınırlarında, operasyonel işbirliğinin yönetimi ile ilgili bir Avrupa Ajansı'nın kurulmasına ilişkin, yani Frontex'in kurulmasına ilişkin, 2007/2004 sayılı ve 26.10.2004 tarihli Konsey Tüzüğü, konumuz açısından değerlendirilmesi gereken önemli bir metindir. Çalışmanın giriş kısmında amaç ve görevleri ile kuruluş süreci genel hatlarıyla açıklanan Frontex Ajansı, AB kıyılarının güvenliği için denizlerde aktif bir rol üstlenmektedir. Bu görevi sırasında yetkileri çok geniştir. Örneğin, 2016 senesinde yürürlüğe giren yeni Frontex Tüzüğü'nün 19. maddesi uyarınca, birlik üyesi bir devlet, dış sınırlarının güvenliğine ilişkin herhangi bir bildirimde bulunmamış olsa da Frontex Ajansı, o devletin dış sınırlarının ciddi bir zorlukla karşı karşıya kalması halinde, bildirime ihtiyaç duymadan gerekli tedbirleri almak konusunda yetkilendirileceği kabul edilmiştir[69]. Diğer yandan, Frontex Ajansı'nın teknik ve operasyonel anlamda bağımsız olduğu, mali ve idari açıdan da özerk olduğu ifade edilmelidir[70]. Frontex'in artan yetki ve gücü, ekonomik kaynaklarla Komisyon tarafından

[65] UNHCR, 2003. s. 128.
[66] UNHCR, 2003. s. 128.
[67] Rechtsvorschriften. Übereinkommen 1985 – Übereinkommen 1990 - Beitrittsübereinkommen. Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften. L 239. 22/09/2000. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2000:239:FULL&from=DE (Son Erişim Tarihi: 09.05.2021).
[68] Bayram, M. H. (2019). Avrupa Birliği'nin dış sınırlarının yönetimi: FRONTEX. Seçkin Yayıncılık. 1. Baskı. Ankara. s. 55.
[69] Verordnung (EU) 2016/1624. Art. 19.
[70] Bayram, M. H. (2019). s. 80.

desteklenmiştir[71]. Özellikle son dönemde bu durumun değiştiği ifade edilebilir. Frontex'e sağlanan ekonomik desteğin, tedbiren durdurulması gündeme gelmiştir. Bunun temel nedeni ise özellikle deniz operasyonlarında Frontex Ajansı'nın, göçmenlerin hukuka aykırı bir şekilde *"geri itilmeleri"* sürecine dâhil olduğuna yönelik iddialardır. Ayrıca yine taciz iddiaları ve Frontex Ajansı'nın görevini kötüye kullandığına yönelik iddialar da süreç açısından önemli olmuştur[72]. Avrupa Parlamentosu'nun bazı tavsiyeleri doğrultusunda Frontex Ajansı'nın yapılandırılabileceği ifade edilse de bu bilgi henüz hukuki metinlerde ya da taslak çalışmalarda yerini almış değildir[73]. Kamuoyu ile paylaşılan bir diğer gelişme ise Frontex Ajansı hakkındaki iddiaların tekrarlanmaması adına, operasyonların bundan sonra teknik cihaz ve de araçlarla kayıt altına alınabileceğine ilişkin gelişmedir[74]. Frontex Ajansı'nın internet sitesinde yer alan 07.05.2021 tarihli duyuru metni de, Ajans'ın yapılandırılmasına yönelik girişimler olduğunu gösteren bazı bilgiler içermektedir[75]. Ancak şu aşamada Frontex Tüzüğü'nde değişiklik yapılması öngörülmemektedir.

3.3. Önemli Bir Örneklem: Hirsi Jamaa ve Diğerleri

Libya'yı terk eden Hirsi Jamaa ve beraberindeki kişiler[76], İtalya kıyılarına ulaşmak için üç tekneyle birlikte seyre geçmişlerdir[77]. Tekneler 6 Mayıs 2009 tarihinde, Malta'nın deniz yetki alanı sayılan ve deniz arama kurtarma alanı olan Güney Lampedusa'da seyir halindeyken, İtalya Sahil Güvenliği'ne bağlı ekiplerce durdurulmuştur[78]. Hirsi Jamaa ve beraberindekiler, İtalya Donanması'na ait askeri gemilere bindirilmiştir[79]. Askeri Gemiler, Tripoli Limanı'na yaklaşık 10 saatlik bir yolculuğun ardından ulaşmıştır[80]. Karşı çıkmalarına rağmen göçmenler, gemiden ayrılmaya ve Libya yetkililerine teslim olmaya zorlanmışlardır. Dönemin İtalya İçişleri Bakanı, geri gönderme eyleminin Libya ile İtalya arasında imzalanmış olan ikili anlaşmanın gereği olduğunu ifade etmiştir[81]. Kararda da yer alan bilgiye göre İtalya, 2009 senesi içerisinde benzer şekilde açık denizlerde 9 adet operasyon gerçekleştirmiştir[82]. Olay, AİHM önüne taşınmıştır. Başvuruculara göre, Libya'da insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleye maruz kalma ihtimali ve de vatandaşı oldukları Somali ve Eritre'ye gönderilme riskleri vardı[83]. Başvurucular, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesi ile bu sözleşmenin 4 No.lu

[71] Bayram, M. H. (2019). s. 92 vd..
[72] Avrupa Parlamentosu Basın Sözcüsü Cezary Lewanowicz'nin 23.03.2021 tarihli açıklamaları için bakınız: https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20210319IPR00437/meps-approve-most-of-eu-s-accoun ts-but-postpone-their-decision-on-frontex (Son Erişim Tarihi: 02.05.2021).
[73] Konuya dair güncel bir haber metni için bakınız: https://www.dw.com/tr/frontex-soru%C5%9Fturmas%C 4%B1ndan-kesin-sonu%C3%A7-%C3%A7%C4%B1kmad%C4%B1/a-56780569 (Son Erişim Tarihi: 10.05.2021).
[74] Konuya dair bakınız: https://www.dw.com/tr/frontex-soru%C5%9Fturmas%C4%B1ndan-kesin-sonu%C 3%A7-%C3%A7%C4%B1kmad%C4%B1/a-56780569 (Son Erişim Tarihi: 10.05.2021).
[75] Konuya dair bakınız: https://frontex.europa.eu/media-centre/management-board-updates/conclusions-of-the-management-board-on-cases-referred-to-in-the-wg-fralo-report-as-still-open-in-frontex-rPtfEd (Son Erişim Tarihi: 10.05.2021).
[76] Bir kısmı Eritre bir kısmı Somali vatandaşıdır.
[77] Hirsi Jamaa and others v. Italy. para 9.
[78] Hirsi Jamaa and others v. Italy. para 10.
[79] Hirsi Jamaa and others v. Italy. para 11.
[80] Hirsi Jamaa and others v. Italy. para 12.
[81] Hirsi Jamaa and others v. Italy. para 13.
[82] Hirsi Jamaa and others v. Italy. para 14.
[83] Hirsi Jamaa and others v. Italy. para 3.

Protokol'ünün 4. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Ek olarak başvurucular, sözleşmenin 13. maddesi kapsamında etkili başvuru haklarının da ihlal edildiğini düşünmektedirler.

AİHM, açık denizde gerçekleşen müdahaleyi ve sonrasında yaşananları, insan hakları temelinde incelemiştir. Bu inceleme, karasularının dışında seyir halinde olan göçmen botlarıyla ilgili olarak kıyı devletlerinin yetki ve yükümlülüklerini önemli ölçüde somutlaştırmıştır. AİHM, başvuruculara iddialarını haklı bularak AİHS m. 3 ve 4 No.lu Protokol m. 4 ile bağlantılı olarak yine AHİS m. 13 hükümleri açısından ihlal kararı vermiştir.

Kararın konumuz açısından önemli olan çıktıları özetlenmeye değerdir:

a) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesi ile güvence altına alınmış olan işkence yasağı, sözleşmeci taraflara bazı yükümlülükler yükler[84]. Bu yükümlülüklerin gereği olarak, kıyı devleti ve sözleşmenin tarafı olan bir devlet, açık denizde bir göçmen teknesine müdahale ederse, göçmenleri işkence yasağının ihlaline sebep olabilecek bir ülkeye geri gönderemeyecektir[85]. Mahkeme, AB dış sınırının sürekli artan bir göç ve sığınma talebiyle karşı karşıya olduğunu bildiğini ve bu durumu da küçümsemediğini ifade etmiştir[86]. Ancak Mahkeme, işkence yasağının mutlak bir yasak olduğunu da hatırlatır[87]. Düzenlemenin bu mutlak özelliği nedeniyle de kıyı devletinin bazı yükümlülükleri olduğu kabul edilmelidir. Hatta Mahkeme'ye göre, göçmenler İtalya yetkililerine açıkça bir sığınma talebi iletmemiş olsalar bile 3. maddenin mutlak bir düzenleme olmasından dolayı, İtalya açısından yükümlülüklerin ortadan kalkmayacağı kabul edilmelidir[88]. Örneğin, müdahale edilen göçmenlerin geri gönderilmeleri halinde, 3. madde kapsamında yasak olan muamelelerle karşılaşma risklerinin olup olmadığı, ciddi bir şekilde değerlendirilmelidir[89]. Böyle bir risk var ise göçmenler geri gönderilmemelidir. Mahkeme bu yükümlülükleri hatırlattıktan sonra uluslararası örgütlerin ve sivil toplum kuruluşlarının Libya ile ilgili olarak raporlarına atıfta bulunmuştur[90]. O dönemde, Libya'da göçmenlerin hiçbir güvencelerinin olmadığının İtalya tarafından kolaylıkla tespit edilebileceği sonucuna varılmıştır[91].

b) Geri göndermeme ilkesi, Avrupa Birliği Şartı'nın 19. maddesinde de düzenlenmiştir. Bu ilkenin önemi, dönemin Avrupa Komisyonu Başkan Yardımcısı tarafından da üye ülkelere yazılı olarak hatırlatılmıştır. Mahkeme bu durumu vurgulamıştır[92]. Bu ilkenin, denizdeki kişilerin kurtarılmasına dair kurallar ile birlikte düşünülmesi gerektiği de yine kararda ifade edilmiştir[93]. Mahkemeye göre *"iadeyi gerçekleştiren devlet"*, *"aracı devlet"* ve *"iade alan devlet"* bütüncül bir şekilde değerlendirilmelidir. Göçmenler öncelikle bir aracı devlete gönderilebilirler. Bu aracı devlet ise göçmenleri üçüncü bir ülkeye iade edebilir. İşte bu ihtimalde de aracı devletin 3. madde kapsamında ihlal doğuracak şekilde bir geri gönderme uygulayıp uygulamayacağı, yine ilk müdahaleyi

[84] Hirsi Jamaa and others v. Italy. para 114.
[85] Hirsi Jamaa and others v. Italy. para 114.
[86] Hirsi Jamaa and others v. Italy. para 122.
[87] Hirsi Jamaa and others v. Italy. para 123.
[88] Hirsi Jamaa and others v. Italy. para 133.
[89] Hirsi Jamaa and others v. Italy. para 123.
[90] Hirsi Jamaa and others v. Italy. para 34-44.
[91] Hirsi Jamaa and others v. Italy. para 36-39.
[92] Hirsi Jamaa and others v. Italy. para 34.
[93] Hirsi Jamaa and others v. Italy. para 23.

gerçekleştiren kıyı devleti tarafından değerlendirilmelidir. Aracı devlet güvenilir değilse (özellikle de konuya dair uluslararası güvence sağlayan sözleşmelere taraf değilse) göçmenler bu devlete gönderilmemelidir[94]. Aksi bir durumda ilk müdahaleyi sağlayan devlet, yine 3. madde kapsamında yükümlülüklerini yerine getirmemiş olacaktır.

c) Açık denizlerde gerçekleştirilen operasyonlarla göçmenlerin toplu bir halde *"geri itme"* şeklindeki müdahalelere katlanmak zorunda bırakılmalarının, aslında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi düzenlemelerinin *"iyi niyet ilkesine göre yorumlanması gerekliliğine"* de aykırı olduğu Mahkeme tarafından açıkça vurgulanmıştır[95]. Sözleşme tarafları, müdahalelerini açık denizde, karasularının ötesinde gerçekleştirerek 4 No.lu Protokol'ün 4. maddesini aslında ihlal etmedikleri izlenimini yaratmaya çalışmaktadırlar. İlgili düzenlemeye göre, yabancıların topluca sınır dışı edilmeleri yasaktır. İşte sözleşme tarafları da müdahalelerini açık denizde gerçekleştirerek, göçmenlerin henüz ülke sınırlarına girmemiş olduğu ve dolayısıyla sınır dışı edilmedikleri savunmasını yapmaktadırlar. Ancak Mahkeme'nin de vurguladığı üzere, bu şekilde bir yaklaşım AİHS hükümlerinin iyi niyet ilkesine göre yorumlanması gerekliliğine aykırı bir yaklaşım olacaktır. Mahkeme, 4 No.lu Protokol'ün 4. maddesinin açık denizlerde ve ülkesel sınırlar dışında uygulanabilirliğini ilk defa bu dava ile tartışmıştır[96]. Mahkeme bu tartışmayı yaparken bir başka gerekliliği daha hatırlatmıştır; ilgili madde metninin anlamı ve amacı, güncel koşullara uygun olarak yorumlanmalıdır[97]. İşte bu yaklaşım ile birlikte, madde metninin uzun süre önce kaleme alındığı ifade edilmiş ve de o dönemden bu yana deniz yolunun kullanılmasıyla gerçekleşen göç akınlarının ciddi boyutlarda arttığını vurgulanmıştır[98]. 4 No.lu Protokol'ün 4. maddesinin esas amacı, sayıları fazla olsa da göçmenlerin kişisel durumları değerlendirilmeden ve de yetkili makamlara iddialarını sunamadan sınır dışı edilmelerinin önlenmesidir[99]. Mahkeme, bu amaç doğrultusunda ve düzenlemenin günümüz şartlarına göre yorumlanmasıyla birlikte, madde metninin açık denizler açısından da geçerli bir yükümlülüğü içerdiğini kabul etmiştir[100].

d) Uygulanan *"geri itme"* tedbiri, geri dönülemez ve ani bir tedbirdir[101]. Oysa ki uluslararası mevzuatlar, göçmenler ile ilgili olarak etkin bir prosedür öngörmektedir. Göçmenler, iddialarını yetkili makamlar önünde ifade edebilmelidir[102].

Bu örneklem ile birlikte konu, işkence yasağı başta olmak üzere, insan haklarıyla ilgili olarak somutlaştırılmıştır. Uluslararası Hukuk'un ve AB Hukuku'nun konumuz açısından temel metinlerine de yukarıda değinilmişti. Kararın çıktıları ve mevzuatların konumuzla ilgili maddeleri bir bütünü oluşturmaktadır. Bu bütünsel değerlendirme ile birlikte, çalışmanın geri kalanında önemli ve güncel bir örneklem daha ele alınacaktır.

[94] Hirsi Jamaa and others v. Italy. para 147.
[95] Hirsi Jamaa and others v. Italy. para 164.
[96] Hirsi Jamaa and others v. Italy. para 169.
[97] Hirsi Jamaa and others v. Italy. para 175.
[98] Hirsi Jamaa and others v. Italy. para 176.
[99] Hirsi Jamaa and others v. Italy. para 177.
[100] Hirsi Jamaa and others v. Italy. para 180.
[101] Hirsi Jamaa and others v. Italy. para 204.
[102] Hirsi Jamaa and others v. Italy. para 204.

4. TÜRKİYE VE YUNANİSTAN ARASINDAKİ DENİZ ALANLARINDA GERÇEKLEŞEN "GERİ İTME" OLAYLARINA DAİR KISA BİR DEĞERLENDİRME

4.1. Ön Bilgiler

Türkiye, yaklaşık 4 milyon mülteciyi barındırmakta ve ihtiyaçlarını karşılamaktadır[103]. Bazı raporlarda bu sayının yaklaşık 5 milyonu bulduğu da ifade edilmektedir[104]. Bu sayının bir kısmı Türkiye'yi hedef ülke olarak görmekteyse de büyük bir kısmı Türkiye'yi sadece transit ülke olarak görmektedir[105]. Göçmenler her ne kadar daha tehlikeli bir yol olsa da sınır kontrollerinden kaçmak ve Avrupa'ya daha kolay ulaşmak amacıyla genellikle Ege Denizi'ni ve Akdeniz'i tercih etmektedirler[106]. Örneğin, 1 Ocak 2019 ve 30 Kasım 2019 tarihleri arasında Türkiye'nin, AB'ne gitmek üzere deniz yoluyla hareket halinde olan yaklaşık 84.000 göçmeni durdurduğu bilinmektedir[107]. 2019 senesi içerisinde 50.000'den fazla göçmen Türkiye üzerinden Yunanistan'a deniz yoluyla ulaşmıştır[108]. Bunun yanı sıra 8.000 göçmen de kara yoluyla yine Türkiye üzerinden Yunanistan'a ulaşmıştır[109]. Resmi kayıtlara göre ise yasadışı bu göç yolculuğu sırasında, 2018 senesinde 1.289 kişi ve 2019 senesinde 585 kişi hayatını kaybetmiş veya denizde kaybolmuştur[110].

Türkiye ve Yunanistan, 1944 tarihli Şikago Milletlerarası Sivil Havacılık Antlaşması'na ve de 1979 tarihli Hamburg Denizde Arama ve Kurtarma Uluslararası Sözleşmesi'ne taraf devletlerdir[111]. Bu sözleşmeler, tarafların Ege Denizi'nde, ortak bir Arama Kurtarma Bölgesi belirlemesine yeterli olmamıştır. Bu nedenle de taraflar, 08.09.1988 tarihli *"Uluslararası Sularda ve Uluslararası Hava Sahasında Kazaları ve Olayları Önlemek için İzlenecek Yöntemler"* isimli bir protokol imzalamışlardır[112]. Ancak yine de Ege Denizi'nde ortak bir *"Arama ve Kurtarma Bölgesi"* belirlenememiştir. Bunun üzerine Türkiye, 11.12.1988 tarihinde *"Türk Arama ve Kurtarma Yönetmeliğini"* yayınlamıştır. Birkaç sene içerisinde de kendi arama ve kurtarma sahasının

[103] Report of European Commission. Brussels. 30/04/2020 COM(2020) 162 final. Communication from the commission to the European Parliament and the Council: fourth annual report on the facility for refugees in Turkey. s. 2. https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/fourth_annual_report_on_the_facility_for_refugees_in_turkey.pdf (Son Erişim Tarihi: 09.05.2021).
[104] Frontex releases Risk Analysis for 2020. p. 20. https://frontex.europa.eu/assets/Publications/Risk_Analysis/Risk_Analysis/Annual_Risk_Analysis_2020.pdf (Son Erişim Tarihi: 13.05.2021).
[105] Aydın, G. (2016). s. 172.
[106] Aydın, G. (2016). s. 172.
[107] Frontex releases Risk Analysis for 2020. p. 20.
[108] Frontex releases Risk Analysis for 2020. p. 20.
[109] Frontex releases Risk Analysis for 2020. p. 20.
[110] The UN Refugee Agency (UNHCR) (2019), Refugee & Migrant arrivals to Europe in 2019 (Mediterranean). https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/70494.pdf (Son Erişim Tarihi: 13.05.2021).
[111] Olgaç, T. ve Töz, A. C. (2020). s. 50.
[112] Olgaç, T. ve Töz, A. C. (2020). s. 51.

koordinatlarını[113] belirleyerek Uluslararası Denizcilik Örgütü'ne (IMO[114]) Küresel SAR Planına kaydettirmiştir[115].

Türkiye, düzensiz göç ile ilgili olarak uluslararası alanda birçok işbirliği gerçekleştirmiştir. Örneğin, 2010 senesinde Uluslararası Göç Örgütü'nün Kuruluş Anlaşması'na taraf olmuştur[116]. 2006 itibariyle başlayan ve 2015 tarihine kadar süren Budapeşte, Prag ve Lahey Süreçleri de aynı amaçlara hizmet eden süreçler olmuştur. Ayrıca özellikle deniz alanlarında gerçekleştirilen düzensiz göçle mücadele kapsamında Türkiye, 2014 senesinde Frontex Ajansı ile bir İşbirliği Planı imzalamıştır[117]. Bu işbirliği ile de uyumlu olarak, Ege'de yaşanan düzensiz göçle mücadele edilebilmesi adına Almanya ve Yunanistan ile birlikte geliştirilen *"Ortak Eylem Noktaları"* önerisi[118], 2016 senesinde NATO ile değerlendirilmiş ve kabul edilmiştir[119]. Bu işbirliği ile birlikte, Frontex birimleri ve NATO Daimi Deniz Görev Gücü birimleri, Ege Denizi'nde düzensiz göçle ilgili tespitlerde bulunmaya başlamıştır. Tarafların işbirliğine göre, Ege Denizi'nde göçmen botları tespit edilirse, bu botlar geri itme eylemi uygulanarak hareket noktalarına geri gönderilmeyecektir. Öncelikle göçmen botunun bulunduğu bölge tespit edilecektir ve de ardından bölgenin konumuna göre durum ilgili devletle paylaşılacaktır. Fakat tespit edilen göçmen botlarının bir kurtarma operasyonuna ihtiyaç duyması durumunda öncelikle göçmenler kurtarılacaktır. Kurtarılan göçmenler ise en son Türk Sahil Güvenlik ekiplerine teslim edilecektir[120].

AB ile Türkiye arasında gerçekleştirilen Geri Kabul Anlaşması, Türkiye ve Yunanistan arasındaki deniz alanlarında gerçekleşen düzensiz göç eylemleri ile mücadele edilmesine yönelik atılmış belki de en önemli adımdır[121]. Bu anlaşma, yukarıda açıklanan süreçlerin tamamlayıcı ve bütünleştirici adımı olarak kabul edilebilir. Geri kabul kavramı ilgili anlaşmanın ilk maddesinin (n) bendinde düzenlenmiştir. İlgili düzenleme uyarınca kavram; geri kabulü talep eden devlete hukuka aykırı olarak giriş yaparken, o devletin sınırları içerisinde bulunurken ya da ikamet ederken yakalanan kişilerin (geri kabul talebi iletilen devletin vatandaşı olan, üçüncü ülke vatandaşı olan veya vatansın olan kişiler), geri kabul talep eden devlet tarafından nakli ve talepte bulunulan devlet tarafından kabulü ile tamamlanan süreci ifade

[113] Harita için bakınız: https://www.nak.org.tr/arama-kurtarma-makaleleri/print:page,1,399-arama-ve-kurtarma-turler.html (Son Erişim Tarihi: 13.05.2021).
[114] International Maritime Organization.
[115] T.C. Dışişleri Bakanlığı'nın konuya ilişkin açıklaması için bakınız: https://www.mfa.gov.tr/baslica-ege-denizi-sorunlari.tr.mfa (Son Erişim Tarihi: 13.05.2021).
[116] Uluslararası Göç Örgütü Kuruluş Anlaşması'na taraf olunmasına ilişkin karar: Bakanlar Kurulu Kararının Tarihi: 19/07/2010. Karar Sayısı: 2010/730. Yayımlandığı Resmi Gazetenin Tarihi: 10/08/2010. Resmi Gazete Sayısı: 27668 https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/08/20100810-4.htm (Son Erişim Tarihi: 13.05.2021).
[117] Cangönül, M. (2019). Frontex's cooperation with Turkey: beyond technicality. A thesis submitted to the graduate school of social sciences of Middle East Technical University. s. 63. https://etd.lib.metu.edu.tr/upload/12623651/index.pdf (Son Erişim Tarihi: 13.05.2021).
[118] Daha detaylı bilgi için bakınız: https://www.mfa.gov.tr/no_-51_-25-subat-2016_-nato_nun-ege-denizi_ndeki-faaliyeti-hk_.tr.mfa (Son Erişim Tarihi: 13.05.2021).
[119] Aydın, G. (2016). s. 178.
[120] Aydın, G. (2016). s. 179.
[121] Agreement between the European Union and the Republic of Turkey on the readmission of persons residing without authorisation. Official Journal of the European Union. L134/3. 07.05.2014. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22014A0507(01)&from=EN (Son Erişim Tarihi: 13.05.2021).

eder[122]. Aynı anlaşmanın 7. maddesinin 4. fıkrası ile kabul edilmiş olan *"hızlandırılmış prosedür"* (accelerated procedure) de konumuz açısından önemlidir. Hukuka aykırı olarak ülke sınırlarına girmiş olan ve geri gönderilmek istenen kişi, sınırları hukuka aykırı olarak geçilen devlet tarafından, 3 iş günü içerisinde geri kabul talebine konu edilmelidir[123]. Bu talep ise muhatap devlet yetkililerince 5 iş günü içerisinde değerlendirilir[124]. Her ne kadar madde metninden, hızlandırılmış prosedürün, hukuka aykırı yollarla *"talep eden devletin sınırları içerisine"* giriş yapmış olan kişilere uygulanacağı anlaşılmaktaysa da anlaşmanın taraflarının 18.03.2016 tarihli Türkiye-AB Zirvesi'nde aldıkları kararlar da madde metniyle birlikte okunmalıdır. İlgili zirve sonuç bildirisi uyarınca, Yunanistan'a geçen ve uluslararası korumaya muhtaç olmayan tüm göçmenler, Türkiye tarafından hızlı bir şekilde geri kabul edilecektir. Ancak henüz Yunanistan sınırlarına ulaşmamış olan ve fakat hukuka aykırı olarak Yunanistan karasularına girmeye çalışan kişiler ise hızlı prosedür için öngörülen süreler beklenilmeksizin, derhal Türkiye tarafından geri alınacaktır. Geri Kabul Anlaşması'nın ilk maddesinin (p) bendi açısından da bir tartışma ortaya atılmıştır. Bu tartışmaya göre, hızlandırılmış prosedürün, devletlerin karasularında uygulama alanı bulamayabileceği ifade edilmiştir[125]. Ancak 18.03.2016 tarihli Türkiye-AB Zirvesi'nden çıkan mutabakat metni uyarınca, ilgili prosedürün, karasuları açısından da tanındığı kabul edilmiştir[126]. Aynı zirve sonuç bildirisi okunduğunda, hızlı prosedüre konu edilecek olası bir geri kabulün, mümkün olan en hızlı şekilde gerçekleştirilmesinin amaçlandığı kolaylıkla tespit edilebilmektedir. Bunun en önemli göstergesi, henüz sığınma talebinde bulunmayan veya sığınma talebinde bulunmuş olsa da başvurusu kabul edilemez olarak değerlendirilen göçmenlerin, Türkiye tarafından doğrudan geri kabul edileceğine ilişkin mutabakattır. Aynı zirve sonuç bildirisinde yer alan *"İade işlemi, AB hukukuna ve uluslararası hukuka tam olarak uygun şekilde gerçekleştirilecek; hiçbir surette toplu sınır dışı etme işlemi olmayacaktır. Tüm göçmenler, ilgili uluslararası standartlar uyarınca ve geri göndermeme ilkesine uygun olarak korunacaktır."* kaydı[127] da önemlidir.

Hukuka aykırı bir şekilde Yunanistan sınırına ulaşmış olan göçmenlerle ilgili olarak, Türkiye'nin kendisine yöneltilen geri kabul taleplerini genellikle kabul etmediği bilinmektedir. Son gelişmelerle birlikte, artık geri kabul prosedürü de tam anlamıyla durdurulmuştur. Özellikle vize serbestisine ilişkin yükümlülüklerin AB tarafından yerine getirilmediği gerekçesiyle, Türkiye ile AB arasında imzalanmış olan Geri Kabul Anlaşması askıya alınmıştır[128]. Gerek geri kabul taleplerinin Türkiye tarafından çoğunlukla reddedilmesi gerekse son dönemde anlaşmanın Türkiye tarafından askıya alınması

[122] Aydın, G. (2016). s. 182.
[123] Agreement. L134/3. 07.05.2014. Art. 7/4.
[124] Agreement. L134/3. 07.05.2014. Art. 11/2.
[125] Aydın, G. (2016). s. 183.
[126] Aydın, G. (2016). s. 183.
[127] 18.03.2016 tarihli Türkiye – Avrupa Birliği Zirve Sonuç Bildirisi'nin tam metni için bakınız: https://www.ab.gov.tr/files/AB_Iliskileri/18_mart_2016_turkiye_ab_zirvesi_bildirisi_.pdf (Son Erişim Tarihi: 14.05.2021).
[128] Dışişleri Bakanlığı'nın açıklaması için bakınız: https://www.mfa.gov.tr/disisleri-bakani-sayin-mevlut-cavusoglu_nun-tgrt-haber-kanalina-verdigi-ozel-ropartaj-22-07-19.tr.mfa (Son Erişim Tarihi: 14.05.2021).

nedeniyle, Yunanistan, karasularına yönelen göçmen botlarını sıklıkla hareket noktası olan Türkiye'ye geri itmektedir. Bu olaylar özellikle son dönemde artış göstermiştir[129].

4.2. Değerlendirme

Çalışmanın bütününde vurgulandığı üzere, örneklemler ile birlikte Uluslararası Hukuk ve AB Hukuku mevzuatları beraber değerlendirilmelidir. Bu kapsamda, Yunanistan karasularına ulaşmadan önce hareket noktasına geri itilen göçmen botlarının karşılaştıkları müdahalenin, Uluslararası Hukuk'a ve AB Hukuku'na uygun olup olmadığı değerlendirilmelidir.

Hirsi Jamaa Kararı'nda AİHM her ne kadar geri itme şeklinde gerçekleştirilen müdahalenin hukuka aykırı olduğunu ve bu müdahale ile birlikte işkence yasağı ile topluca sınır dışı etme yasağının ihlal edildiğini ifade etmişse de aradan geçen yıllar, bu kararın etkisinin azaldığını göstermektedir. Bu şekilde bir çıkarım yapılmasına neden olan temel gelişmeler, AİHM'in son dönemde vermiş olduğu yeni kararlar ve de Yunanistan'ın geri itme eylemlerinde son dönemde yaşanan artış olarak özetlenebilir. Hirsi Jamaa kararında AİHM, göçmenlerin askeri gemide sığınma taleplerini etkili bir şekilde gerçekleştiremeyecek olmalarını ve geri gönderilmeleri durumunda işkence veya kötü muamele ile karşı karşıya kalabileceklerine ilişkin argümanlarını askeri gemide anlatma olanağı bulamayacaklarını vurgulamıştı. Ancak güncel tarihli kararlarında AİHM'in bu anlayışını esnettiği ifade edilebilir. Özellikle N.D. ve N.T. / İspanya Kararı[130] ile Asady ve Diğerleri / Slovakya Kararı[131], 2020 senesi içerisinde verilmiş güncel kararlar olmaları nedeniyle önemli örneklerdir. İlk kararda AİHM, İspanya'ya hukuka aykırı yollarla giriş yapmış olan kişilerin başvurularını değerlendirmiştir. Kararda, bu kişilerin yasal yollarla ülkeye giriş yapma olanakları olduğu vurgulanmıştır[132]. Bu nedenle de bu kişilerin durumlarının bireysel olarak değerlendirilmesinin zorunlu olmayacağı, yetkililerce sınır dışı edilmelerinin de ihlal olarak değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir[133]. İkinci kararda ise polis karakolunda ifade alınmasının, kişilerin durumlarının yetkili makamlara iletilmesi için etkili bir yöntem olduğu kabul edilmiştir[134].

Hirsi Jamaa ve Diğerleri Kararı, güncel kararlar ve de mevzuatlar birlikte değerlendirildiğinde, Yunanistan'ın geri itme şeklinde gerçekleştirdiği müdahaleleri, Yunanistan karasuları içinde veya dışında olsun, AİHS'nin 4 No.lu Protokol'ünün 4. maddesine aykırı kabul edilmelidir. İlgili düzenlemeye göre, yabancıların topluca sınır dışı edilmeleri yasaktır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin tarafları da müdahalelerini karasularının ötesinde gerçekleştirerek, göçmenlerin henüz ülke sınırlarına girmemiş olduğu ve dolayısıyla sınır dışı edilmedikleri savunmasını yapmaktadırlar.

[129] Köksal, T.D. (2020). Avrupa Birliği sınırlarının korunması yolu olarak "geri itmeler" ve Pandemi sonrası için değerlendirme. Euro Politika Dergisi. Özel Sayı: Covid-19 Sonrası Avrupa Birliği'nin Geleceği. Cilt 4. Sayı 2. Güz 2020. s. 126.
[130] European Court of Human Rights. Case of N.D. and N.T. v. Spain. Application No. 8675/15 and 8697/15. 13.02.2020. https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22itemid%22:[%22001-201353%22]} (Son Erişim Tarihi: 14.05.2021).
[131] European Court of Human Rights. Case of Asady and others v. Slovakia. Application No. 24917/15. 24.03.2020. https://www.refworld.org/cases,ECHR,5e7bb28c3.html (Son Erişim Tarihi: 14.05.2021).
[132] N.D. and N.T. v. Spain. para. 220.
[133] Köksal, T.D. (2020). s. 127.
[134] Köksal, T.D. (2020). s. 127.

Ancak AİHM'in Hirsi Jamaa Kararı'nda vurguladığı üzere, bu şekilde bir yaklaşım AİHS hükümlerinin iyi niyet ilkesine göre yorumlanması gerekliliğine aykırı bir yaklaşımdır. Karasularının içerisinde veya dışarısında olsun, müdahale anı ile birlikte göçmenler ülke sınırları içerisinde kabul edilmelidir[135]. Ancak topluca sınır dışı etme yasağını içeren 4 no.lu Protokol'e Yunanistan'ın henüz taraf olmadığı da unutulmamalıdır[136]. Yine de bu durum, Yunanistan'ın eyleminin hukuka aykırı olmadığı anlamına gelmez. Geri göndermeme ilkesinin günümüzde artık bir örf adet hukuku kuralı haline gelmiş olması da bunun en önemli göstergesidir[137].

AİHM, Hirsi Jamaa ve beraberindekiler ile ilgili verdiği kararında ifade ettiği görüşlerini yukarıda değinilen güncel tarihli kararlarıyla bazı noktalarda esnetmiş olsa da geri göndermeme ilkesinin usul boyutuna ilişkin görüşlerini bir başka güncel karar ile birlikte desteklemeye devam etmiştir. 20.07.2020 tarihli M.K. ve Diğerleri / Polonya Kararı'nda[138] AİHM, transit ülkenin geri göndermeme ilkesine uygun davranıp davranmayacağının araştırılması gerektiğini tekrar vurgulamıştır. Mahkeme, pozitif yükümlülüklerinin aksine hareket eden devletlerin, göçmenleri araştırma yapmadan transit bir ülkeye gönderdiklerinde, işkence yasağı ve topluca sınır dışı etme yasağı kapsamında ihlale neden olacaklarını ifade etmiştir.

Türkiye ve Yunanistan arasındaki deniz alanlarında gerçekleştirilen geri itme eylemlerinin, geri göndermeme ilkesiyle birlikte değerlendirilmesi gerektiği konusunda kuşku yoktur. Geri göndermeme ilkesine aykırı hareket edilmemesi için geri göndermenin, güvenli bir üçüncü ülkeye yapılması gerektiği kabul edilir. Güvenli bir üçüncü ülkenin varlığının kabul edilebilmesi için ise geri göndermeye konu edilen kişilerin vücut bütünlüklerinin ve de kişi özgürlüklerinin bu güvenli üçüncü ülke tarafından korunması gerekmektedir. Ayrıca güvenli üçüncü ülkenin, etkin bir koruma sağlamasının yanı sıra, göçmenlerin yaşam standartlarının sağlanması konusunda da yükümlülüğü olduğu kabul edilir. İşte bu noktada sorulması gereken soru, geri göndermeme ilkesi ile ilgili olarak Türkiye'nin güvenli bir üçüncü ülke olup olmadığıdır. Türkiye'nin öğretide de ifade edildiği üzere, yabancıları AİHS düzenlemelerine aykırı olarak geri gönderme işlemine katlanmak zorunda bıraktığı bilinmektedir[139]. Ghorbanov ve Diğerleri / Türkiye Kararı[140] bu açıdan önemli bir örnek olarak ifade edilmektedir. Türkiye, birçoğu çocuk olan toplamda 19 yabancıyı hukuka aykırı şekilde alıkoymuş ve de ardından bu kişileri hiçbir güvence sağlanmaksızın İran'a sınır dışı etmiştir[141]. AİHM, bu durumun işkence ve kötü muamele yasağına aykırı olduğunu ifade etmiştir. Oysaki yukarıda açıklandığı üzere, güvenli bir üçüncü ülkeden bahsedilebilmesi için geri gönderilen göçmenlere o ülke tarafından etkin bir koruma sağlanmalıdır. Yine

[135] Mat, T. Y. ve Özdan, S. (2018). AB ile Türkiye arasındaki Geri Kabul Anlaşması'nın insan hakları açısından değerlendirilmesi. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi. Cilt 24. Sayı 1. s. 39.

[136] İmzacı taraflar için bakınız: https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/046/signatures?p_auth=I6dhEk6P (Son Erişim Tarihi: 14.05.2021).

[137] Özturanlı, B. ve Ergüven. N. S. (2013). Uluslararası mülteci hukuku ve Türkiye. AÜHFD. 62(4). s. 1025

[138] European Court of Human Rights. Case of M.K. and others v. Poland. Application No. 40503/17, 42902/17 and 43643/17. 14.12.2020. https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-203840%22]} (Son Erişim Tarihi: 14.05.2021).

[139] Kılınç, Ü. (2020). Geri Kabul Anlaşması'nın uygulanmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi açısından değerlendirilmesi. Ankara Barosu Dergisi. 2020/2. s. 18.

[140] European Court of Human Rights. Case of Ghorbanov and others v. Turkey. Application No. 28127/09. 03.03.2014. https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-138584%22]} (Son Erişim Tarihi: 14.05.2021.)

[141] Kılınç, Ü. (2020). s. 18.

birçok kararda AİHM tarafından, Türkiye'de yabancılara yönelik kötü muamelelerin tespit edildiği ifade edilmektedir[142]. Uluslararası örgütlerin raporlarında, Türkiye'de yabancıların asgari yaşam koşullarının tam olarak sağlanamadığı da vurgulanmaktadır[143]. Türkiye'nin, güvenli bir üçüncü ülke olmadığını ifade eden görüşe göre, öncelikle Türkiye'de asgari koşulların sağlanması gerekmektedir[144].

Yunanistan'ın müdahalesi, AB Hukuku açısından da hukuka uygun görünmemektedir. Hatırlanacağı üzere, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 19. maddesinde toplu sürgün yasağı ve geri gönderme yasağına ilişkin hukuki güvencelerin bulunduğuna ilişkin açıklamalara yukarıda yer verilmişti. Geri Kabul Anlaşması her ne kadar askıya alınmış olsa da öğretide bu anlaşmanın başından beri AB Hukuku'na aykırı olduğunu düşünenler vardır[145]. Bu anlaşmaya konu edilen kişilerin Türkiye'ye gönderilmesiyle birlikte, geri göndermeme ilkesinin de ihlal edileceği ifade edilmektedir[146]. Bunun temel nedeni ise Türkiye'nin 1951 Cenevre Sözleşmesi'ne koymuş olduğu çekincedir[147]. Avrupa dışından Türkiye'ye gelen göçmenler, Cenevre Sözleşmesi'nde yer alan coğrafi çekince nedeniyle sığınma hakkından yoksundur. İşte, Geri Kabul Anlaşması'na konu edilen kişilerin, Türkiye'de bir mültecinin asgari yaşam şartlarını elde edemeyeceği anlaşmada göz ardı edilmektedir. Bu nedenle de AB Temel Haklar Şartı'nın 19. maddesiyle güvence altına alınan geri gönderme yasağının, Geri Kabul Anlaşması tarafından ihlal edildiği söylenebilir. Geri Kabul Anlaşması'nın uygulanması sırasında ilgili coğrafi çekincenin kaldırılması öngörülmüş olsa da henüz Türkiye tarafından çekince kaldırılmamıştır[148].

Yukarıda açıklanan nedenlerle Yunanistan'ın uygulamasının gerek Uluslararası Hukuk'a gerekse AB Hukuku'na aykırı olduğu ve de AB ile Türkiye arasında imzalanmış olan Geri Kabul Anlaşması'nın özü itibariyle hukuka aykırı olduğu kabul edilmelidir.

5. GENEL DEĞERLENDİRME

Deniz yoluyla gerçekleştirilen göç akımının, AB'nin güney kıyılarını zorladığı ve bu durumun özellikle son dönemlerde artış gösterdiği bilinmektedir. Deniz Hukuku açısından, göçmenlerin durumuna ilişkin yeterli hukuki düzenlemeler olmadığı, özellikle *"yeni deniz hukuku dönemi"* olarak ifade edilen döneme ait en temel hukuki kaynak olarak kabul edilen 1982 BMDHS'nin bu yönden yetersiz kaldığı kabul edilmelidir. AB, bu durum ile mücadele edebilmek ve dış sınırlarında güvenliği sağlayabilmek adına Frontex Ajansı'nı kurmuştur. Ayrıca AB'nin çeşitli kıyı devletleriyle ikili anlaşmalar imzalayarak, kendisine yönelen göçmen yükünü, bu ülkelere yönlendirme çabası içerisine girdiğini de söylemek yanlış olmaz. AB'nin dış sınırlarının güvenliğini sağlamak amacıyla kullandığı yöntemler ise ayrıca tartışmalara neden olmuştur. Çalışmada vurgulanan, Frontex Ajansı hakkında yürütülen güncel

[142] Örneğin: European Court of Human Rights. Case of Aliev v. Turkey. Application No. 30518/11. 21.10.2014. https://www.refworld.org/cases,ECHR,5446705d4.html (Son Erişim Tarihi: 14.05.2021); European Court of Human Rights. Case of Abdolkhani and Karimnia v. Turkey. Application No. 30471/08. 01.03.2010. https://www.refworld.org/cases,ECHR,4ab8a1a42.html (Son Erişim Tarihi: 14.05.2021).
[143] Kılınç, Ü. (2020). s. 24.
[144] Kılınç, Ü. (2020). s. 24 vd.
[145] Bozkurt, K. (2016). Geri kabul ve vize serbestisi anlaşması. TBB Dergisi. 2016/125. s. 399.
[146] Bozkurt, K. (2016). s. 399.
[147] Bozkurt, K. (2016). s. 399.
[148] Kılınç, Ü. (2020). s. 27.

soruşturma da bunun en somut örneğidir. Geliştirilen yöntemlerin her durumda Uluslararası Hukuk'a ve AB Hukuku'na uygun olmadığı ifade edilebilir. Bir diğer örnek ise Hirsi Jamaa ve Diğerleri Kararı'dır. Libya ve İtalya arasında imzalanan ikili anlaşma uyarınca, Libya'ya teslim edilen Hirsi Jamaa ve beraberindekiler, kendilerine uygulanan yöntemlerin insan haklarına aykırı olduğunu ifade ederek AİHM'e başvurmuşlardır. AİHM, bu başvuruda AİHS m. 3 açısından ve 4 No.lu Protokol 4. maddesi açısından ihlal tespit etmiştir.

AB'nin dış sınırlarının güvenliğini sağlama ve de göçmen akımının önüne geçilmesini sağlama amaçlarının gerçekleştirilebilmesi için Yunanistan ve Türkiye arasındaki deniz alanları da jeopolitik açıdan özel öneme sahip bir deniz alanıdır. AB'nin bu bölgede izlediği yöntem ise çok yönlü bir yöntemdir. Bir yandan Frontex Ajansı'nın Türkiye ile imzaladığı İşbirliği Planı diğer yandan Türkiye ile AB arasında imzalanan Geri Kabul Anlaşması, AB'nin bölgedeki yöntemlerini açıklamaktadır. Bu yöntemlerin gerçekleştirilmesi adına bölgede Frontex birimleri, Yunan ve Türk Sahil Güvenlik birimlerinin yoğun bir hareketlilik içerisinde olduğu söylenebilir. Özellikle 2016 senesinden sonra NATO Daimi Deniz Görev Gücü'nün de bölgede yerini almasıyla birlikte, göçmen botlarının tespiti konusunda ve kurtarma operasyonlarının sayısının arttırılması konusunda önemli gelişmeler yaşanmıştır. Bütün bu girişimler, ilk bakışta Uluslararası Hukuk'a ve AB Hukuku'na uygun görünse de; Türkiye'nin 1951 Cenevre Sözleşmesi'ne koyduğu coğrafi çekince nedeniyle Geri Kabul Anlaşması'nın özü itibariyle hukuka aykırı olması ve de özellikle Yunan Sahil Güvenlik birimlerinin uyguladıkları geri itme eylemlerinin insan haklarına aykırı olması nedeniyle birçok sorun ortaya çıkmıştır. Günümüzde bu Geri Kabul Anlaşması ifade edilen sorunlar nedeniyle ve politik nedenlerle askıya alınmıştır. Öğretide de ifade edildiği gibi Uluslararası Hukuk'a ve AB Hukuku'na aykırı olan Geri Kabul Anlaşması'nın askıya alınması yerine Türkiye tarafından tek taraflı olarak feshedilmesi daha anlamlı olacaktır[149]. Türkiye, ilgili anlaşmanın 24. maddesinin 5. fıkrası uyarınca tek taraflı olarak anlaşmayı feshetme hakkına sahiptir.

Geri itme kavramının hukuki anlamı da son dönemde gerçekleştirilen eylemlerle birlikte şekillenmeye başlamıştır. Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Merkezi'nin[150] geri itme eylemine ilişkin tanımı önemlidir. Bu tanıma göre geri itmeler, mültecilerin ve göçmenlerin bireysel koşulları dikkate alınmaksızın ve iltica başvurusunda bulunma veya tedbirlere karşı argümanlar öne sürme imkânı verilmeksizin, genellikle sınırı geçtikten hemen sonra ya da sınırın üzerinden hareket noktalarına veya başka bir rotaya zorla geri gönderilmeleri şeklinde gerçekleştirilen devlet eylemleridir[151]. Tanımda vurgulanan şey, "devletin sınırı" olsa da bu tanım aslında geliştirilmelidir. Çünkü özellikle Hirsi Jamaa Kararında yapılan yorumda ifade edildiği üzere, geri göndermeme ilkesi açık denizler için de geçerli bir ilkedir. Yani sınır olarak, karasuları sınırının temel alınması ve karasularının ötesinde gerçekleştirilen eylemlerin göz ardı edilmesi yanlış bir sonuç doğuracaktır. Tanımın, Türkiye ve Yunanistan deniz alanlarına ilişkin farklı bir anlamı olduğu da söylenebilir. *Mare Liberum* oluşumu, Ege Denizi'nde

[149] Kılınç, Ü. (2020). s. 29.
[150] European Center for Constitutional and Human Rights.
[151] https://www.ecchr.eu/en/glossary/push-back/ (Son Erişim Tarihi: 02.05.2021).

meydana gelen geri itme olaylarını iki gemi ile izlemektedir[152]. Bu oluşumun izleme faaliyetleri sonucunda 2020 senesi için yayınladığı raporunda da geri itme eyleminin, Ege Denizi için farklı bir anlam taşıdığı vurgulanmıştır. Rapora göre geri itme kavramı, Ege'de bir göçmen botunun ya da göçmen teknesinin Yunanistan ile Türkiye deniz sınırını geçmesiyle birlikte, genellikle Yunan Sahil Güvenliği tarafından Türk sularına geri itilmesi şeklinde gerçekleşen eylem olarak ifade edilmiştir[153]. Görüldüğü üzere, geri itme eyleminin hukuki tanımı farklı deniz alanları söz konusu olduğunda yeniden şekillenebilmektedir. Bu da tanımın henüz yerleşmediğini göstermektedir. Ancak geri itme eyleminin, geri göndermeme ilkesi ile ne kadar yakın ilişki içerisinde olduğu da açıktır.

Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi'nin 21.06.2011 tarihli Kararı da önemli bir metindir. Bu metin, deniz yoluyla gerçekleştirilen göç akınları ile ilgili olarak ortaya çıkan sorunların somutlaştırılmasına aracılık etmektedir[154]. Birçok uluslararası hukuk kuralı olmasına rağmen bu kuralların yorumlanmasında farklılıklar yaşandığı, tespit edilen ilk sorundur[155]. Yine karar metninde ifade edilen bir diğer sorun, denizlerde gerçekleştirilen ortak operasyonlarda insan haklarına, özellikle de işkence yasağının mutlak yapısına yeterince saygı gösterilmemesidir[156]. Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi, bir yandan sorunları tespit ederken diğer yandan da önemli bir yorum geliştirmiştir. Bu yorum, gerek AİHM[157] gerekse Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği[158] yorumuyla uyumlu olarak, geri göndermeme ilkesinin geliştirilmesine hizmet etmiştir. Buna göre, geri göndermeme ilkesi, açık denizlerde de geçerli olan uluslararası bir ilkedir[159]. Bu yorum yapıldıktan sonra, yukarıda yer verilen sorunların çözümüne ilişkin bazı önerilerde bulunulmuştur. Açık denizde veya karasularında olması fark etmeksizin, taraf devletlerin kurtardıkları göçmenlerin temel haklarına saygı göstermesi gerektiği ve bu doğrultuda kişilere, adil ve de etkin bir şekilde sığınma prosedürüne erişim olanaklarının sağlanması gerektiği kabul edilmelidir[160].

İşkence yasağının mutlak niteliğinden ödün verilmemelidir. Bu mutlak niteliğin gereği olarak, devletlerin bazı pozitif yükümlülükleri olduğu unutulmamalıdır. İşte bu pozitif yükümlülükler, özellikle açık denizde gerçekleşen geri itme eylemleri ile ilgili olarak son dönemlerde göz ardı edilmektedir. Göçmenlerin ilk müdahale anından başlayarak kıyı devleti tarafından insani şartlar altında tutulmaları gerektiği kabul edilmelidir. Hareket noktasına veya bir başka devlete geri gönderileceklerse, herhangi bir şekilde işkenceye, insanlık dışı veya insan onuruyla bağdaşmayan bir uygulamaya katlanmak zorunda bırakılmayacakları garanti altına alınmalıdır. Ayrıca her bir göçmene sığınma başvurusu için gerekli şartlar sağlanmalı; yine her bir göçmen, durumunu kıyı devletinin yetkililerine anlatarak bireysel olarak değerlendirilmeyi talep edebilmelidir. 4 No.lu Protokol'ün 4. maddesinin göz ardı edilmemesi

[152] Mare Liberum hakkında daha detaylı bilgi için bakınız: https://mare-liberum.org/en/ueber-uns-2/ (Son Erişim Tarihi: 02.05.2021).
[153] Pushback Report (2020). Mare Liberum. s. 7.
[154] Parliamentary Assembly. Resolution 1821(2011). Art. 5.
[155] Parliamentary Assembly, Resolution 1821(2011). Art. 5.1.
[156] Parliamentary Assembly, Resolution 1821(2011). Art. 5.4.
[157] Hirsi Jamaa and others v. Italy. para 180.
[158] UNHCR. 2003. s. 128.
[159] Parliamentary Assembly, Resolution 1821(2011). Art. 8.
[160] Parliamentary Assembly, Resolution 1821(2011). Art. 9.3, Art. 9.4 and Art. 9.5.

gereken, esas amacının; sayıları fazla olsa da göçmenlerin kişisel durumları değerlendirilmeden ve de yetkili makamlara durumlarını anlatamadan sınır dışı edilmelerinin önlenmesi olduğu unutulmamalıdır[161]. Yunanistan her ne kadar 4 No.lu Protokol'ü imzalamamış olsa da geri göndermeme ilkesinin de aynı amaca hizmet ettiği ve bu ilkenin de uluslararası bir örf adet hukuku kuralı olarak Yunanistan için bağlayıcı olduğu hatırlanmalıdır.

Çalışmanın bütününde vurgulandığı üzere, örneklemler ile birlikte Uluslararası Hukuk ve AB Hukuku mevzuatları beraber değerlendirildiğinde, karasularına ulaşmadan önce hareket noktasına geri itilen göçmen botlarına uygulanan operasyonların, Uluslararası Hukuk'a ve AB Hukuku'na uygun olmadığı kabul edilmelidir. Bu durum, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Dunja Mijatovic'in 03.05.2021 tarihli yazılı açıklamasında da vurgulanmıştır[162]. Bu açıklamada, Yunanistan'ın insan haklarının korunmasına ilişkin yükümlülükleri olduğu hatırlatılmış ve de deniz yoluyla Türkiye'den gelen göçmenleri geri itmekten vazgeçmesi gerektiği ifade edilmiştir.

KAYNAKÇA

Agreement between the European Union and the Republic of Turkey on the readmission of persons residing without authorisation. Official Journal of the European Union. L134/3. 07.05.2014. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22014A05_07(01)&from=EN (Son Erişim Tarihi: 13.05.2021).

Akman, M. (2019). İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin geri göndermeme ilkesi bağlamında mültecilere uygulanabilirliği. On İki Levha Yayıncılık. 1. Baskı. İstanbul.

Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri'nin 03.05.2021 tarihli yazılı açıklaması için bakınız: https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/greek-authorities-should-investigate-allegations-of-pushbacks-and-ill-treatment-of-migrants-ensure-an-enabling-environment-for-ngos-and-improve-recept (Son Erişim Tarihi: 15.05.2021).

Aydın, G. (2016). Deniz yoluyla gerçekleştirilen düzensiz göç ile mücadelede devletlerin yetki ve uygulamaları. Göç Araştırmaları Dergisi. Cilt 2. Sayı 2. Temmuz-Aralık. **ss. 120-211.**

Bayram, M. H. (2019). Avrupa Birliği'nin dış sınırlarının yönetimi: FRONTEX. Seçkin Yayıncılık. 1. Baskı. Ankara.

Bericht des Europäischen Parlaments. (2014). Entwurf einer Entschließung des Europäischen Parlaments. (2013/2024(INI)). 04/03/2014. https://www.europarl.eu_ropa.eu/doceo/document/A-7-2014-0153_DE.html (Son Erişim Tarihi: 02.05.2021).

Bilgin, A. A. (2017). Göçmenlere Yönelik Deniz Operasyonlarında Frontex'in Müdahale Yetkisinin Uluslararası Hukuk Kapsamında Değerlendirilmesi. Hacattepe HFD, 7(2), 2017. ss. 55-82.

Bozkurt, K. (2016). Geri kabul ve vize serbestisi anlaşması. TBB Dergisi. 2016/125. **ss. 387-408.**

[161] Hirsi Jamaa and others v. Italy. para 177.

[162] Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri'nin 03.05.2021 tarihli yazılı açıklaması için bakınız: https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/greek-authorities-should-investigate-allegations-of-pushbacks-an_d-ill-treatment-of-migrants-ensure-an-enabling-environment-for-ngos-and-improve-recept (Son Erişim Tarihi: 15.05.2021).

Bozovalı, E. (2020). Sığınma Hukuku ve Geri Göndermeme İlkesi: AİHM ve AYM içtihadı ışığında düzensiz göçe yönelik uygulamaların ve Türkiye'deki uluslararası koruma mevzuatının değerlendirilmesi. On İki Levha Yayıncılık. 1. Baskı. İstanbul.

Cangönül, M. (2019). Frontex's cooperation with Turkey: beyond technicality. A thesis submitted to the graduate school of social sciences of Middle East Technical University. https://etd.lib.metu.edu.tr/upload/12623651/index.pdf (Son Erişim Tarihi: 13.05.2021).

Çakran, S. ve Eren, V. (2017). Mülteci politikası: Avrupa Birliği ve Türkiye karşılaştırması. Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi. Cilt 14. Sayı 39. **ss. 1-30**.

Frontex releases Risk Analysis for 2020. https://frontex.europa.eu/assets/Publications/Risk_Analysis/Risk_Analysis/Annual_Risk_Analysis_2020.pdf (Son Erişim Tarihi: 13.05.2021).

Grotius, H. (2019). Denizlerin Serbestisi (E. Z. Sivrikaya, çev.). Savaş Yayınevi. 1. Baskı. Ankara.

Heintschel von Heinegg, W. (2018). Internationales öffentliches Seerecht (Seevölkerrecht). K. İpsen (Herausgegeben von). Völkerrecht: Ein Studienbuch. 7. Auflage **(ss. 795-862).** München: C.H.Beck Verlag.

Kau, M. (2016). Der Staat und der Einzelne als Völkerrechtssubjekte. W.G. Vitzthum / A. Proelß. (Hrsg.). Völkerrecht. 7. Auflage. (**ss. 133-247**). Berlin. De Gruyter Verlag.

Kılınç, Ü. (2020). Geri Kabul Anlaşması'nın uygulanmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi açısından değerlendirilmesi. Ankara Barosu Dergisi. 2020/2. **ss. 1-36.**

Köksal, T.D. (2020). Avrupa Birliği sınırlarının korunması yolu olarak "geri itmeler" ve Pandemi sonrası için değerlendirme. Euro Politika Dergisi. Özel Sayı: Covid-19 Sonrası Avrupa Birliği'nin Geleceği. Cilt 4. Sayı 2. Güz 2020. **ss. 125-141.**

Kuran, S. (2020). Uluslararası Deniz Hukuku. Beta Yayıncılık. 6. Baskı. İstanbul.

Mat, T. Y. ve Özdan, S. (2018). AB ile Türkiye arasındaki Geri Kabul Anlaşması'nın insan hakları açısından değerlendirilmesi. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi. Cilt 24. Sayı 1. **ss. 36-49.**

Misili, S. (2014). Açık denizlerin serbestliği, gemilerin uyrukluğu ve bayrak devleti münhasır yargı yetkisi arasındaki ilişkinin teamül hukuku, konvansiyonlar ve mahkeme kararları ışığında incelenmesi. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. Cilt 18. Sayı 1. ss. 179-207.

Olgaç, T. ve Töz, A. C. (2020). Türk arama ve kurtarma organizasyonu: uluslararası iş birliği faaliyetleri ve yaşanan anlaşmazlıklar. Gemi ve Deniz Teknolojisi Dergisi. Sayı 217. Haziran 2020. **ss. 44-56**.

Özturanlı, B. ve Ergüven. N. S. (2013). Uluslararası mülteci hukuku ve Türkiye. AÜHFD. 62(4). **ss. 1007-1061.**

Özman, A. (2006). Deniz Hukuku I. Turhan Kitabevi. 1. Baskı. Ankara.

Parliamentary Assembly, Committee on Migration, Refugees and Population (2011). The interception and rescue at sea of asylum seekers, refugees and irregular migrants. Resolution 1821. http://assembly.coe.int/nw/xml/xref/xref-xml2html-en.asp?fileid=18006&lang=en (Son Erişim Tarihi: 09.05.2021).

Pazarcı, H. (2020). Uluslararası Hukuk. Turhan Kitabevi. 19. Baskı. Ankara.

Proelß, A. (2016). Raum und Umwelt im Völkerrecht. W.G. Vitzthum / A. Proelß. (Herausgegeben von). Völkerrecht. 7. Auflage. **(ss. 361-455).** Berlin. De Gruyter Verlag.
Pushback Report (2020). Mare Liberum. https://daten.mare-liberum.org/s/MkcCZtNp5WrNsyr#pdfviewer (Son Erişim Tarihi: 02.05.2021).
Report of European Commission. Brussels. 30/04/2020 COM(2020) 162 final. Communication from the commission to the European Parliament and the Council: fourth annual report on the facility for refugees in Turkey. https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/fourth_annual_report_on_the_facility_for_refugees_in_turkey.pdf (Son Erişim Tarihi: 09.05.2021).
Safi, S. (2018). Uluslararası hukukta mülteciler, sığınmacılar ve entegrasyonun yasal göstergeleri. İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi. Yıl:17. Sayı:34. Güz 2018/2. **ss. 31-63.**
Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen und Übereinkommen zur Durchführung des Teils XI des Seerechtsübereinkommens. Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften. L179/4. 23/06/1998 (Inkrafttreten des Seerechtsübereinkommens der VN vom 10. Dezember 1982). https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:199 8:179:0003:013 4:DE:PDF (Son Erişim Tarihi: 01.04.2021).

Shaw, M.N.(2018). Uluslararası Hukuk (İ. Kaya, çev.). Ankara: Türkiye Bilimler Akademisi.
Sur, M. (2020). Uluslararası Hukukun Esasları. Beta Yayıncılık. 14. Baskı. İstanbul.
The UN Refugee Agency (UNHCR) (2019), Refugee & Migrant arrivals to Europe in 2019 (Mediterranean). https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/70494.pdf (Son Erişim Tarihi: 13.05.2021).
Uluslararası Göç Örgütü Kuruluş Anlaşması'na taraf olunmasına ilişkin karar: Bakanlar Kurulu Kararının Tarihi: 19/07/2010. Karar Sayısı: 2010/730. Yayımlandığı Resmi Gazetenin Tarihi: 10/08/2010. Resmi Gazete Sayısı: 27668 https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/08/20100810-4.htm (Son Erişim Tarihi: 13.05.2021).
Übereinkommen über die Hohe See (1958). BGBl. Nr. 246/1974. https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblPdf/1974_246_0/1974_246_0.pdf (Son Erişim Tarihi: 01.05.2021).
Übereinkommen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14. Juni 1985. Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften. L 239. 22/09/2000. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2000:239:FULL&from=DE (Son Erişim Tarihi: 09.05.2021).
Verordnung (EU) 2007/2004. Amtsblatt der EU L349/1. 25/11/2004. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004R2007&from=LT (Son Erişim Tarihi: 02.05.2021).
Verordnung (EU) 2016/1624. Amtsblatt der EU L251/1. 16/09/2016. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R1624&from=DE (Son Erişim Tarihi: 02.05.2021).
Vitztum, W. G. (2006). Begriff, Geschichte und Rechtsquellen des Seerechts. W. G. Vitzthum (Hrsg.). Handbuch des Seerechts. **(ss. 1-63).** München. C.H. Beck Verlag.

Wissenschaftliche Dienste des Deutscher Bundestages. (2020). Ausarbeitung: "Push-Backs" an der türkisch-griechischen Grenze im Lichte des Völkerrechts. WD 2 – 3000 – 028/20. 31/03/2020. https://www.bundestag.de/resource/blob/690272 /250636548780b97d40c7d8 9edb84a020/WD-2-028-20-pdf-data.pdf (Son Erişim Tarihi: 02.05.2021).
Wolfrum, R. (2006). Hohe See und Tiefseeboden. W. G. Vitzthum (Hrsg.). Handbuch des Seerechts. (**ss. 287-347**). München. C.H. Beck Verlag.
https://www.ecchr.eu/en/glossary/push-back/ (Son Erişim Tarihi: 02.05.2021).
https://mare-liberum.org/en/ueber-uns-2/ (Son Erişim Tarihi: 02.05.2021).
https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20210319IPR00437/meps-approve-most-of-eu-s-accounts-but-postpone-their-decision-on-frontex (Son Erişim Tarihi: 02.05.2021).
https://denizmevzuat.uab.gov.tr/uploads/pages/uluslararasi-sozlesmeler/denizhukuku.pdf (Son Erişim Tarihi: 08.05.2021).
https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22itemid%22:[%22001-109231%22]} (Son Erişim Tarihi: 08.05.2021).
https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=search&docid=4bed15822&skip=0&query=Geneva%20Convention%20article%2033 (Son Erişim Tarihi: 09.05.2021).
https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/21.5.3095.pdf (Son Erişim Tarihi: 09.05.2021).
https://www.dw.com/tr/frontex-soru%C5%9Fturmas%C4%B1ndan-kesin-sonu%C3%A7-%C3%A7%C4%B1kmad%C4%B1/a-56780569 (Son Erişim Tarihi: 10.05.2021).
https://frontex.europa.eu/media-centre/management-board-updates/conclusions-of-the-management-board-on-cases-referred-to-in-the-wg-fralo-report-as-still-open-in-frontex-rPtfEd (Son Erişim Tarihi: 10.05.2021).
https://www.mfa.gov.tr/baslica-ege-denizi-sorunlari.tr.mfa (Son Erişim Tarihi: 13.05.2021).
https://www.nak.org.tr/arama-kurtarma-makaleleri/print:page,1,399-arama-ve-kurtarma-turler.html (Son Erişim Tarihi: 13.05.2021).
https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/046/signatures?p_auth=I6dhEk6P (Son Erişim Tarihi: 14.05.2021).
18.03.2016 tarihli Türkiye – Avrupa Birliği Zirve Sonuç Bildirisi'nin tam metni için bakınız: https://www.ab.gov.tr/files/AB_Iliskileri/18_mart_2016_turkiye_ab_zirvesi_bildirisi_.pdf (Son Erişim Tarihi: 14.05.2021).

KARAR LİSTESİ

European Court of Human Rights. Case of Asady and others v. Slovakia. Application No. 24917/15. 24.03.2020. https://www.refworld.org/cases,ECHR,5e7bb28c3.html (Son Erişim Tarihi: 14.05.2021).
European Court of Human Rights. Case of N.D. and N.T. v. Spain. Application No. 8675/15 and 8697/15. 13.02.2020. https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22itemid%22:[%22001-201353%22]} (Son Erişim Tarihi: 14.05.2021).

European Court of Human Rights. Case of Hirsi Jamaa and others v. Italy. Application No. 27765/09. 23.02.2012. https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22ite mid%22:[%22001-109231%22]} (Son Erişim Tarihi: 08.05.2021).
European Court of Human Rights. Case of M.K. and others v. Poland. Application No. 40503/17, 42902/17 and 43643/17. 14.12.2020. https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-203840%22]} (Son Erişim Tarihi: 14.05.2021).
European Court of Human Rights. Case of Ghorbanov and others v. Turkey. Application No. 28127/09. 03.03.2014. https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-138584%22]} (Son Erişim Tarihi: 14.05.2021.).
European Court of Human Rights. Case of Abdolkhani and Karimnia v. Turkey. Application No. 30471/08. 01.03.2010. https://www.refworld.org/cases,ECHR,4ab8a1a42.html (Son Erişim Tarihi: 14.05.2021).

ULUSLARARASI
HUKUK
SEMPOZYUMU
International Symposium on Law

ANONİM ŞİRKETTE SERMAYE VE KANUNİ YEDEK AKÇELER TOPLAMININ ÜÇTE İKİSİNİN KAYBININ HUKUKİ SONUÇLARI

Arş. Gör. Raziye Aksu Özkan*
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID NO: 0000-0003-2245-863X

Öz
Bu çalışmada, anonim şirkette sermaye ve kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kalmasının hukuki sonuçları incelenmiştir. Anonim şirkette finansal durumun bozulmasının birçok göstergesi olabilir. Bununla birlikte, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu madde 376/2 son yıllık bilançoya göre sermaye ve kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kalması durumunda devreye girmektedir. Özellikle covid-19 salgını döneminde birçok şirket sermayesini kaybetmiştir. Bu sebeple, Türk Ticaret Kanunu madde 376/2'yi uygulamak zorunda kalmıştır. Bununla birlikte, konunun hukuki bilgi yanında muhasebe bilgisi de gerektirmesi, hükmün uygulanmasında karışıklıklara sebep olmuştur. Hükmün uygulanmasında yaşanan tereddütleri gidermek amacıyla Ticaret Bakanlığı tarafından "6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 376 ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ" yayınlanmıştır. Buna göre, bu çalışmada, öncelikle sermaye, kanuni yedek akçe, zarar ve son yıllık bilanço kavramları ele alınmıştır. Ardından, burada yapılan saptamaya göre sermaye kaybının hesaplanması incelenmiştir. Daha sonra sermaye kaybının hukuki sonuçları ele alınmıştır. Türk Ticaret Kanunu madde 376/2 uyarınca bu seviyedeki sermaye kaybında derhâl toplantıya çağrılan genel kurul, sermayenin üçte biri ile yetinme veya sermayenin tamamlanmasına karar vermediği takdirde şirket kendiliğinden sona erer. Hüküm bağlamında, bu seviyedeki sermaye kaybının sonuçları genel kurul ve yönetim kurulu açısından ikiye ayrılarak değerlendirilmiştir. Genel kurul kısmında, sermayenin üçte biri ile yetinme veya sermayenin tamamlanması kararlarına örneklerle yer verilmiştir. Bunun yanı sıra, şirketin sermaye kaybı bilançoya göre hesaplanacağı için, sermaye kaybının tespitinde kullanılacak unsurların bilançoda ne şekilde raporlandığı da önemlidir. Bu sebeple, çalışmada konunun hukuki boyutu yanında muhasebe yönüne de değinilmeye çalışılmıştır.
Anahtar Kelimeler: Anonim Şirket, Sermaye Kaybı, Bilanço, Şirket Zararı

LEGAL CONSEQUENCES OF LOSS OF TWO-THIRDS OF THE TOTAL AMOUNT OF CAPITAL AND LEGAL RESERVES IN A JOINT STOCK COMPANY

Abstract
In this study, the legal consequences of the loss of two-thirds of the total capital and legal reserves in a joint stock company due to loss has been examined. There may be many indications of the deterioration of the financial situation in a joint stock company. However, article 376/2 of the

*Dr. Araştırma Görevlisi. Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı. E-posta: raziye_aksu1905@hotmail.com

Turkish Commercial Code numbered 6102 comes into play when two thirds of the total capital and legal reserves are unpaid due to loss, according to the last annual balance sheet. Especially during the covid-19 outbreak, many companies lost their capital. For this reason, many companies have had to apply article 376/2 of the Turkish Commercial Code. However, the fact that the subject requires accounting knowledge as well as legal knowledge caused confusion in the implementation of the provision. In order to eliminate the hesitations in the implementation of the provision, the Ministry of Commerce published the "Communiqué on the Procedures and Principles Regarding the Implementation of Article 376 of the Turkish Commercial Code No. 6102". Accordingly, in this study, primarily the concepts of capital, legal reserves, loss and last annual balance sheet are discussed. Then, according to the determination made here, the calculation of the capital loss is examined. Then, the legal consequences of capital loss are discussed. In accordance with Article 376/2 of the Turkish Commercial Code, in case of a loss of capital at this level, the company automatically terminates if the general assembly does not decide to settle for one-third of the capital or to complete the capital. In the context of the provision, the results of the loss of capital at this level are divided into two in terms of the general assembly and the board of directors. In the general assembly part, the decisions to be satisfied with one third of the capital or to complete the capital are included with examples. In addition, since the capital loss of the company will be calculated according to the balance sheet, it is also important how the elements to be used in determining the capital loss are reported in the balance sheet. For this reason, the study has tried to touch on the legal aspect of the subject, as well as the accounting aspect.
Keywords: Joint Stock Company, Capital Loss, Balance Sheet, Company Loss

GİRİŞ

Anonim şirketin finansal durumunun bozulmasının birçok göstergesi olabilir. Örneğin şirketin yapmış olduğu yatırımlardan kâr elde edememesi, muaccel borçlarını veya çalışanlarının ücretlerini ödeyememesi gibi. Bununla birlikte, bu bozulmanın belirli bir düzeyde sermaye kaybı olarak gerçekleşmesi durumu 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu[1] (TTK) m. 376/1 ve 2'de özel olarak düzenlenmiştir. TTK m. 376/1 uyarınca son yıllık bilançodan, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının yarısının zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı anlaşılırsa, yönetim kurulu, genel kurulu hemen toplantıya çağırır ve bu genel kurula uygun gördüğü iyileştirici önlemleri sunar. Bu düzenlemenin kaynağı Avrupa Birliği Hukuku düzenlemeleri[2] ve İsviçre Borçlar

[1] RG, 27846, T. 14.02.2011.

[2] 13 Aralık 1976 tarihli ve 77/91/EEC sayılı 2. Şirketler Hukuku Yönergesi m. 17 uyarınca taahhüt edilen sermayenin ciddi şekilde kaybedilmesi durumunda, şirketin feshedilmesi veya diğer önlemlerin alınmasının gerekip gerekmediğini kontrol etmek için Üye Devletlerin kanunlarında belirlenen sürede genel kurul toplantıya çağrılmalıdır. Hükmün ikinci fıkrasında, ciddi olduğu kabul edilen zarar miktarının, Üye Devletlerin kanunları tarafından taahhüt edilen sermayenin yarısından daha yüksek bir rakam olarak belirlenemeyeceği yer almıştır. [Metin için bkz. https://www.caplaw.eu/en/Areas%20of%20Law/Company_Law/European_Law/9125/Directive_2012_30_EU.htm, (erişim tarihi: 10.01.2021)]. Bunun yerine çıkartılan, 25 Ekim 2012 tarihli ve 2012/30/EU sayılı Avrupa Birliği Yönergesi m. 19'da da aynı düzenlemeye yer verilmiştir. Bkz. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012L0030&qid=1613979355370&from=EN, (erişim tarihi: 10.01.2021).

Kanununun[3] [*Obligationenrecht* (OR)] 725/1 maddesidir. TTK m. 376/2'de ise, son yıllık bilançoya göre sermaye ve kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kalması durumu düzenlenmiştir. İsviçre Hukukunda karşılığı olmayan bu hüküm, kaybın tespitinde esas alınacak bilanço bakımından getirilen yenilik dışında 6762 sayılı Ticaret Kanununun[4] 324/2. maddesinden alınmıştır[5]. Bu farklılık, TTK m. 376/1'e ilişkin yorumların, TTK m. 376/2'ye uygulanması durumunda sorunlara sebep olmaktadır[6].

Ticaret Bakanlığı, hükmün uygulanmasında yaşanan tereddütleri gidermek amacıyla 2018 yılında "6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 376 ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ[7]"i (Tebliğ) yayınlamıştır. Tebliğ, hem TTK'ye hem de 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu[8]'na (SerPK) tâbi anonim şirketler açısından uygulanacaktır[9]. Ticaret Bakanlığı 2020 yılının son ayında, "6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 376 ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ[10]"i (Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ) yayınlamıştır. Bu değişiklikle, özellikle uygulamada sermaye kaybının tespiti konusunda yaşanan tereddütleri gidermek amaçlanmıştır. Bunun yanı sıra, dünyanın içinden geçtiği covid-19 salgını dönemi sebebiyle şirketleri sermaye kaybından korumaya yarayacak düzenlemeler yapılmıştır. Ayrıca TTK m. 376/2'nin hukuki sonuçları açısından yeni kriterler getirilmiştir.

Bu bağlamda bu çalışmada, son değişiklikler ışığında anonim şirkette sermaye ve kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kalmasının hukuki sonuçları incelenmiştir. Bu inceleme esnasında hükmün yerindeliği de sorgulanmıştır.

I. SERMAYE KAYBI KAVRAMI VE SERMAYE KAYBININ TESPİTİ

A. Sermaye Kaybı Kavramı

"Sermayenin kaybı, borca batık olma durumu" kenar başlıklı TTK m. 376'da, açıkça sermayenin kaybı tanımlanmamıştır. Bunun yerine TTK m. 376/1'de sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının yarısının ve TTK m. 376/2'de üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kalması ile TTK m. 376/3'te şirketin borca batık olma durumu düzenlenmiştir. Bu sebeple, sermaye kaybı açısından kıstas, şirkette sermaye ile kanuni yedek akçe toplamı kadar varlık bulunup bulunmadığıdır. Öğretide de bu esastan yola çıkılarak sermaye kaybına çeşitli tanımlar verilmiştir[11]. Bu konuda verilen bir tanıma göre, sermaye kaybı, sermaye ile kanuni yedek

[3] Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30. März 1911 (Fünfter Teil: Obligationenrecht), https://www.parlament.ch/de, (erişim tarihi: 28.04.2021).
[4] RG, 9353, T. 09.07.1956.
[5] ETK m. 324/2'nin kaynağı ise 1926 tarihli ve 815 sayılı TTK'dir. Hükmün AB ve Alman Hukuku'nda da karşılığı bulunmadığı hususunda bkz. Türk, 2015: 92; Aydın, 2012: 103.
[6] Esas alınacak bilanço açısından bkz. B. 2. Kaybın Tespitinde Esas Alınacak Kalemler.
[7] RG, 30536, T. 15.09.2018. *Özkorkut*, geçici m. 1 dışında, TTK m. 376'nın genişletilmiş bir tekrarı olması sebebiyle Tebliğ'i eleştirmektedir. Bkz. Özkorkut, 2019: 975.
[8] RG, 28513, T. 30.12.2012.
[9] Halka açık anonim şirketler açısından TTK m. 376'nın nasıl uygulanması gerektiği temel olarak Sermaye Piyasası Kurulu'nun (SPK) 10.04.2014 tarih ve 11/352 sayılı kararı ile düzenlenmiştir [Karar için bkz. SPK'nin 10.04.2014 tarih ve 2014/11 sayılı Bülteni, http://spk.gov.tr/Bulten/Goster?year=2019&no=19 (erişim tarihi 08.02.2021)]. SPK 04.10.2018 tarih ve 49/1126 sayılı kararında, Tebliğ hükümlerinin halka açık anonim şirketler bakımından 2014 tarihli Kurul kararıyla birlikte uygulanacağını ilan etmiştir [Karar için bkz. SPK'nin 04.10.2018 tarih ve 2018/43 sayılı Bülteni, http://spk.gov.tr/Bulten/Goster?year=2018&no=43 (erişim tarihi: 08.02.2021)].
[10] RG, 31346, T. 26.12.2020.
[11] Bilançodan yola çıkan başka bir görüşe göre sermaye kaybı, aktifler toplamından borçlar düşülmek suretiyle bulunan rakamın esas sermaye ve kanuni yedek akçeler toplamının yarısı düzeyine inmesidir (Bkz. Kayar, 2012:

akçelerin yarısının karşılanmamasıdır[12]. Diğer bir tanıma göre sermaye kaybı, bilanço zararının, kanuni yedek akçeler dışında kalan yedek akçelerle mahsup edildikten sonra, sermaye ile kanuni yedek akçelerin toplamının yarısını aşması durumudur[13]. Bunun yanı sıra, öğretide hesaplama ile ilgili verdiği formülden yola çıkarak da sermaye kaybı tanımlanmıştır. Buna göre, sermaye kaybı, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamından özkaynak tutarının çıkarılması sonucu bulunur[14].

Kanaatimizce TTK m. 376/1'in mantığı şirketin malvarlığında sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının en az yarısından fazlasını karşılayacak düzeyde özkaynağı bulunmasına; şayet bu tutar bulunmuyorsa da erken uyarı sisteminin devreye sokulmasına dayanır. Bu sistem, şirketin sermaye ile kanuni yedek akçelerine göre hesaplanacağı ve bu kalemler de bilançodan saptanacağı için, sermaye kaybına çeşitli tanımlar vermek mümkündür. Bununla birlikte, kanaatimizce özkaynak tutarı esas alınarak bir tanım vermek, sermaye kaybının hesaplanması açısından kolaylaştırıcı olacaktır[15]. Zira sermaye ile kanuni yedek akçe bilançonun özkaynak kısmında raporlanmaktadır[16]. Buna göre sermaye kaybı, özkaynak tutarının, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının en az yarısı veya daha aşağı düzeye inmesidir. Bununla birlikte, öğretide sermaye kaybı için "bilanço zararının, kanuni yedek akçeler dışında kalan yedek akçelerle mahsup edildikten sonra, sermaye ile kanuni yedek akçelerin toplamının yarısını aşması durumudur[17]" şeklinde verilen tanıma katılmamaktayız. Zira bu tanım bilançonun özkaynak kısmında, sadece sermaye, yedek akçe ve zarar hesapları raporlandığı durumu kapsar. Oysa şirketin yedek akçeleri dışında geçmiş yıllar kârı da bulunabilir ve bu kâr, şirket zararının sermaye ile kanuni yedek akçelere ulaşmasını engelleyebilir.

B. Sermaye Kaybının Tespit Edilmesi

1. Genel Olarak

TTK m. 376/1'de sermaye kaybı, bilanço kalemleri esas alınarak belirlenmiştir[18]. TTK'de açıkça bilançonun tanımına yer verilmemiştir; ancak TTK m. 68/1'de bilançonun işletmenin varlık ve borçlarının tutarlarının ilişkisini gösteren finansal tablo olduğu yer almıştır. Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun (KGK) düzenlemelerinde[19] ve öğretide bilanço,

646). Öğretide bilanço kaybından yola çıkılarak da sermaye kaybı tanımlanmıştır. Bu esastan yola çıkarak tanım veren bir görüşe göre, bilanço kaybı nominal sermaye ve tüm kanuni yedekler toplamı artık tam olarak karşılanmayacak kadar artarsa, sermaye kaybından söz edilir. Bkz. Böckli, 2009: § 13 N 743, 744. Benzer tanım için bkz. von Büren, Stoffel ve Weber, 2011: N 695.

[12] Forstmoser, Meier Hayoz ve Nobel, 1996: § 50 N 195.

[13] Wüstiner, 2016: Art. 725 N 18; Wibmer, 2016: Art. 725 N 1.

[14] Bu görüşün verdiği formüle göre, "Esas (çıkarılmış) sermaye + yasal yedek akçeler – öz kaynaklar = sermaye kaybı"dır. Bkz. Türk, 2015: 63, 68.

[15] Aynı yönde bkz. Türk, 2015: 68.

[16] Ayrıntılı inceleme için bkz. I. B. 1. Genel Olarak.

[17] Wüstiner, 2016: Art. 725 N 18; Wibmer, 2016: Art. 725 N 1.

[18] Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat, 2013: 573.

[19] TTK'de bilançonun düzenlenmesine ilişkin temel düzenlemeler yer almakla birlikte, uygulanacak esas kurallar açısından KGK'nin düzenlemelerine gönderme yapılmıştır (TTK m. 88). KGK tarafından yayınlanan karar ile Türkiye Muhasebe Standartları/Türkiye Finansal Raporlama Standartları (TMS/TFRS), Büyük ve Orta Boy İşletmeler İçin Finansal Raporlama Standardı (BOBİ FRS) geçerli mevzuat olarak belirlenmiştir. TMS/TFRS'de de bilançonun tanımı açıkça düzenlenmemiş; ancak KGK tarafından yayınlanan Finansal Raporlamaya İlişkin Kavramsal Çerçeve (FRKÇ) m. 3.3/a'da bilançoda varlık, yükümlülük ve özkaynak unsurlarının bulunacağına yer verilmiştir (FRKÇ için bkz. RG, 30578, T. 27.10.2018/). BOBİ FRS m. 1.29 uyarınca bilanço, işletmenin finansal

"hazırlandığı tarih itibariyle işletmenin varlık, yükümlülük ve özkaynaklarını gösteren tablo" şeklinde tanımlanmaktadır[20]. Finansal raporlamada şirketin gerçekleştirdiği iktisadi işlemler niteliklerine göre varlık, yükümlülük veya özkaynak gruplarına aktarılır. Anonim şirketin kuruluş aşamasında, şirketin sahip olduğu varlıklar, ya şirket kurucuları tarafından sağlanmıştır ya da üçüncü kişilere borçlanılarak elde edilmiştir. Bunlardan birinci bölümün kaynağına "Özkaynak", ikinci bölümün kaynağına "Yükümlülükler" denilir [Finansal Raporlamaya İlişkin Kavramsal Çerçeve (FRKÇ) m. 4.1/a]. TTK m. 376/1 ve 2'de yer alan sermaye, kanuni yedek akçe ve zarar, bilançonun özkaynak grubu altında raporlanmaktadır. Şirketin kuruluşunda sadece sermayeden oluşan özkaynak grubuna, şirketin faaliyetleri arttıkça farklı hesaplar eklenir[21]. Kanuni yedek akçe ve zarar da bu kalemlerdendir.

2. Kaybın Tespitinde Esas Alınacak Kalemler

TTK m. 376'da yer alan sermaye kavramından kasıt, esas sermaye sistemine tâbi şirketlerde esas sermaye ve kayıtlı sermaye sistemine tâbi olan şirketlerde çıkarılmış sermayedir[22]. Sermaye kaybının tespitinde, nominal sermaye esas alınacağından, bunun bir kısmının ödenmemiş olması yapılacak hesaplamayı değiştirmez[23].

Sermaye kaybının tespitinde esas alınacak ikinci kalem, kanuni yedek akçe tutarıdır[24] (TTK m. 376/1 ve 2). TTK'de kanuni yedek akçe, "TTK m. 519 uyarınca genel kanuni yedek akçe" ve "TTK m. 520 uyarınca şirketin iktisap ettiği kendi pay senetleri için ayrılan yedek akçe ve yeniden değerleme fonları" şeklinde ikiye ayrılarak düzenlenmiştir. Hükmün uygulanmasına ilişkin Tebliğ'in tanımlar kısmında, kanuni yedek akçenin sadece TTK m. 519'da yer alan yedek

durumu hakkında bilgi vermek üzere hazırlanan ve işletmenin belirli bir tarihteki varlık, yükümlülük ve özkaynaklarını gösteren tablodur.

[20] Sevilengül, 2016: 33; Gökçen, 2015: 9; Bayazıtlı, Çelik ve Gürdal 2016: 26; Yalçın, 2015: 214; Aksu Özkan, 2019: 166; *Karayalçın*, bilançonun içeriğinden bahsetmeksizin, bilançoyu işletmenin dönem sonu mali "muvazene=denge"sini gösteren belge olarak tanımlamıştır. Bkz. Karayalçın, 1988: 40; *Tekinalp*, bilanço için bir tanım vermekten kaçınmaktadır. Yazara göre bunu yapmaya çalışmak, bilanço gibi zengin içeriğe sahip kavramlar açısından tanıtıcı olmamaktadır. Bu sebeple, bilançonun sonuç açıklama işlevine değinmektedir. Bkz. Tekinalp, 1979: 59, 60.

[21] Özkaynaklar grubunda, ödenmiş sermaye, sermaye düzeltme farkları, sermaye katkıları, paylara ilişkin primler/iskontolar, kârdan ayrılan kısıtlanmış yedekler ve fonlar, kâr veya zararda yeniden sınıflandırılmayacak özkaynaklarda kaydedilen birikmiş gelirler (giderler), kâr veya zararda yeniden sınıflandırılacak özkaynaklarda kaydedilen birikmiş gelirler (giderler), geçmiş yıllar kârları, geçmiş yıllar zararları ve dönem net kârı (zararı) hesapları bulunur. İnceleme için bkz. Aksu Özkan, 2019: 241-287.

[22] TTK m. 376'nın gerekçesi; Kayar, 2012: 646; Türk, 2015: 69; Pulaşlı, 2018: 1555; Pulaşlı, 2021: 454; Üçışık ve Çelik, 2013: 412; Çevik, 1988: 524; Kaya, 2007: 11; Şener, 2019: 381; Homburger, 1997: N 1201; Forstmoser, Meier Hayoz ve Nobel, 1996: § 50 N 196; Handschin, 2018: Art. 725 N 63. TTK m. 376 hükmünde sadece sermaye kavramına yer verilmesi öğretide haklı olarak eleştirilmiştir. Bkz. Kendigelen, 2016: 267.

[23] Tekinalp, 2020: 292; Pulaşlı, 2018: 1555; Türk, 2015: 69; Homburger, 1997: N 1201; Forstmoser, Meier Hayoz ve Nobel, 1996: § 50 N 196; Krneta, 2005: N 2180; Wüstiner, 2016: Art. 725 N 20; Handschin, 2018: Art. 725 N 63.

[24] 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 324'te sermaye kaybı hesaplanırken, sadece şirketin sermayesi esas alınmaktaydı. Öğretide bir görüş bu değişikliği şirketin finansal durumunun bozulması hâlinde daha erken müdahale etmeyi ve önlem almayı gerektireceğinden olumlu bir değişiklik olarak nitelendirmektedir [Bkz. Kayar, 2012: 646; Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat, 2013: 576]. Diğer görüş, kanuni yedek akçenin de hesaba dâhil edilmesinin yerinde bir değişiklik olmadığı ve sermaye kaybının hesaplanmasında sorunlar çıkartabileceği yönündedir (Bkz. Aydın, 2012: 105; Ayoğlu, 2017b: 1595 vd). Kanaatimizce sermaye kaybı düzenlemesinin yönetim kurulunu ve dolayısıyla pay sahiplerini erken uyarma işlevi dikkate alındığında bu yerinde bir değişikliktir. Nitekim şirketlerin sermayesi genellikle sembolik bir tutar olarak seçilmektedir. Bu sebeple, sermaye kaybının tespiti açısından sadece sermayenin dikkate alınması, finansal durumu bozulan bir şirkette alınacak önlemler açısından geç kalınmasına sebep olmaktadır.

akçeyi ifade ettiği düzenlenmiştir[25] [Tebliğ, m. 4/1(d)]. Öğretide üçte ikilik sermaye kaybının tespitinde kanuni yedek akçenin hesaba katılması eleştirilmektedir[26]. Zira esas sermaye ve kanuni yedek akçe toplamının üçte ikisinin kaybı hâlinde hâlen esas sermayenin tamamı ortaklık bünyesinde varlığını koruyacağı için tamamlanması gereken bir esas sermaye kısmından söz edilemez. Kanaatimizce de üçte ikilik sermaye kaybının tespitinde kanuni yedek akçenin esas alınması, hükmün sonuçları açısından sorun çıkartacak niteliktedir[27]. Kanaatimizce bu problemin sebebi, TTK m. 376/1'in mehazında değişikliğe gidilmesi sebebiyle[28], mehaz hukukta olmayan TTK m. 376/2'ye de hükme uygun olup olmadığının değerlendirilmesi yapılmaksızın kanuni yedek akçelerin eklenmesidir[29]. Buna göre sermaye kaybı düzenlemesiyle finansal durumu bozulduğuna dair işaretleri görmeyen veya bunları görmesine rağmen gerekli önlemleri almayan bir şirkette, yönetim kurulu ve bu suretle pay sahipleri uyarılmaya çalışılır. Oysa şirketin sermayesi genellikle sembolik bir tutar olarak seçilmekte olup, erken uyarı işlevinin sadece buna bağlanması şirketin finansal durumunun düzeltilmesi açısından çok geç kalınmasına sebep olmaktadır[30]. Bu sebeple, hükme kanuni yedek akçe eklenerek erken uyarı işlevi sağlanmaya çalışılmıştır. Mehaz düzenlemede ve TTK m. 376/1'de sermaye kaybının sonucu olarak yönetim kurulu iyileştirici tedbirleri sunacağı için de, söz konusu değişiklik, hükümler açısından sorun oluşturmamaktadır. Oysa TTK m. 376/2'de genel kurul belirli kararları almadığı takdirde şirket sona erecektir. Bu sebeple, kanuni yedek akçenin TTK m. 376/2'de de yer alması hem kaybın tespiti hâlinde alınacak tedbirler açısından hem de şirketin sona erme riskini daha erkene alması sebebiyle yerinde değildir.

TTK m. 376/1 ve 2'de sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının zarar[31] sebebiyle karşılıksız kalması düzenlenmiştir. Zarardan kasıt, anonim şirket bilançosunda raporlanan dönem net zararı ve varsa geçmiş yıllar zararıdır[32]. Bununla birlikte, sermaye kaybında bazı zarar kalemlerinin

[25] Öğretide sermaye kaybının tespitinde esas alınması gereken kanuni yedek akçe kavramı tartışmalıdır. Bir görüş, TTK m. 376 açısından kanuni yedek akçenin TTK m. 519 ve 520'de yer alan ayrımların toplam tutarını ifade ettiği yönündedir [Tekinalp, 2020: 293; Türk, 2015: 70-71; Can, 2018: 7; Ayoğlu, 2017b: 1595 dpn 26; Karaman Coşgun, 2020: 189]. İsviçre öğretisinde hâkim görüş de bu yöndedir [Forstmoser, Meier Hayoz ve Nobel, 1996: § 50 N 196; Böckli, 2009: § 13 N 722; von Büren, Stoffel and Weber, 2011: N 697; Krneta, 2005: N 2181; Wibmer, 2016: Art. 725 N 1]. Başka bir görüşe göre, kanuni yedek akçe TTK m. 519 ve 520/1'deki ayrımlardan oluşur (Pulaşlı, 2021: 454). Son olarak diğer bir görüşe göre kanuni yedek akçeden TTK m. 519'u anlamak gerekir. Zira anılan yedek akçenin zorunlu kullanım alanlarından birisi, TTK m. 519/3 uyarınca zararın kapatılmasıdır. Bkz. Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat, 2013: 574; Kayar, 2012: 646; Tekinalp, Poroy ve Çamoğlu, 2019: 133.

[26] Aydın, 2012: 105-106.

[27] *Şener*'e göre, bu düzenlemenin anlamlı olabilmesi için "sermaye ve yedek akçelerin" ibaresini "sermayenin" şeklinde anlamak gerektir. Zira kanun koyucu alacaklıları korumak için böyle bir düzenleme yapmayı istemiş; ancak hata yapmıştır. Bkz. Şener, 2019: 383. Kanun, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının kaybına sonuç bağlarken, tedbir olarak sermayenin tamamlanmasını ya da indirilmesini yeterli görmesinin yerinde olmadığı hususunda bkz. Kendigelen, 2016: 267-268.

[28] Kanuni yedek akçe, OR Art. 725/1'de 1991 yılında yapılan değişikliklere paralel olarak TTK m. 376'ya eklenmiştir. Mehaz düzenlemede yapılan değişikliğin incelemesi için bkz. Böckli, 2009: § 13 N 717; Wüstiner, 2016: Art. 725 N 7.

[29] Aydın, 2012: 105-106.

[30] Kopta Stutz, 2019: 90.

[31] TTK m. 376/1'in mehazı OR Art. 725/1'de zarar kavramı kullanılmamıştır. Hükümde "son yıllık bilançonun, sermaye ve kanuni yedek akçeler toplamının yarısını karşılamadığını gösterirse" ifadesi kullanılmıştır.

[32] KGK tarafından yayınlanan Finansal Tablo Örnekleri ve Kullanım Rehberi (FTÖKR), 6 [Rehber, KGK'nin Türkiye Muhasebe Standartlarının uygulanmasına yönelik 2019/1 sayılı İlke Kararı ile yayınlanmıştır. Karar için bkz. RG, 30794, T. 07.06.2019]. Şirketin yıl içinde faaliyetlerinin sonucu kâr veya zarar tablosunda raporlanır. Bu tabloda raporlanan şirketin faaliyetine ilişkin tüm giderler toplamı, gelirden fazlaysa, kalan tutar zarardır (FRKÇ m. 8.4). Şayet

esas alınmayabileceği Tebliğ'de düzenlenmiştir (Tebliğ, geçici m. 1). Tebliğ'in ilk hâlinde sadece kur farkı zararları düzenlenmişken, yapılan değişiklikle buna yeni kalemler eklenmiştir[33]. Hükmün son hâli şu şekildedir: "Buna göre, 1/1/2023 tarihine kadar, Kanunun 376 ncı maddesi kapsamında sermaye kaybı veya borca batık olma durumuna ilişkin yapılan hesaplamalarda, henüz ifa edilmemiş yabancı para cinsi yükümlülüklerden doğan kur farkı zararlarının tamamı ile 2020 ve 2021 yıllarında tahakkuk eden kiralamalardan kaynaklanan giderler, amortismanlar ve personel giderlerinin toplamının yarısı dikkate alınmayabilir."

TTK'de sermaye kaybının tespitinin son yıllık bilançoya göre yapılacağı düzenlenmiştir. Yıllık bilanço, şirketin faaliyet dönemi sonunda hazırlanan bilançoyu ifade eder[34]. Bu bilanço, TTK ve KGK'nin yayınlarına uygun olarak hazırlanmalıdır. Nitekim TTK'de finansal tablolara ilişkin uygulanacak esas kurallar açısından KGK'nin düzenlemelerine gönderme yapılmıştır (TTK m. 88). KGK, finansal tabloların hazırlanmasında "TMS/TFRS, BOBİ FRS ve Muhasebe Sistemi Uygulama Genel Tebliği" şeklinde üç tür mevzuat belirlediği için, finansal tablo hazırlayıcısı bu mevzuatlardan hangisine tâbiyse, bilançosunu da ona göre hazırlamalıdır[35]. ETK döneminde şirketin aciz halinde bulunduğu şüphesini uyandıran emareler mevcutsa idare meclisi aktiflerin satış fiyatları esas olmak üzere bir ara bilanço düzenlemesi gerekmekteydi (ETK m. 324/2). Öğretide bu farklılık, özellikle öngörülen yaptırım dikkate alındığında, uygulamada hükmün amacı dışında neticelerin ortaya çıkarması sebebiyle eleştirilmektedir[36]. Zira ekonomik faaliyetini sürdürdüğü sırada belirli bir iş yılı içindeki başarıyı ortaya koymaksa bu durumda düzenlenecek bilânço bir "sonuç açıklama bilânçosu"dur[37]. Bu bilânço şirketin gerçek malvarlığı durumunun yansıtılması değil, yalnızca iş yılı sonunda elde edilen kâr ve zararın gösterilmesi amacını güder. Buna karşılık ikinci grup bilânço değerleme ilkeleri ile güdülen amaç ise şirketin gerçek malvarlığı durumunu ortaya koymaktır ("Gerçek malvarlığı bilânçosu")[38]. TTK m. 376/2'de son yıllık bilançodaki tespiti esas aldığından, şirketin aktifleri gerçek satış fiyatları üzerinden değerlendirildiğinde sermayede herhangi bir kayıp bulunmasa ya da karşılıksız kalan kısım 2/3'e

şirket zarar etmişse, bu, kâr veya zarar tablosunda, "Dönem Net Zararı" hesabında gösterilir. Bu hesap da, bilançoya aktarılır. Bu zarar, bilançoda dönem net zararı hesabında raporlanırken, bir sonraki yıla geçildiğinde geçmiş yıl zararı hesabına aktarılır. Bkz. Bayazıtlı, Çelik ve Gürdal, 2016: 576; Aksu Özkan, 2019: 301-306.

[33] Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ m. 6 ile değiştirilmiştir.

[34] Tekinalp, 1979: 64. Öğretide sermaye kaybının yıllık bilanço esaslarına göre düzenlenmiş bir ara bilançodan tespit edilip edilmeyeceği tartışmalıdır. Tartışma için bkz. Türk, 2015: 79. Sermaye kaybının ara bilançodan tespit edilebileceğine yönelik bir karar için bkz. İstanbul 14 BAM, 2019/1792, 2020/966, 24.09.2020 <legalbank.net> Erişim Tarihi 01.04.2021.

[35] Finansal tablo hazırlayıcılarından kimlerin hangi mevzuata tâbi olduğu, KGK'nin kararı ile belirlenmektedir. Kurul kararı için bkz. <http://kgk.gov.tr/Portalv2Uploads/files/PDF%20linkleri/RGTMS%20Uygulama%20Kapsam%C4%B1na%20%C4%B0li%C5%9Fkin%20Kurul %20Karar%C4%B1_y.pdf> Erişim Tarihi 25.01.2021. Maliye ve Gümrük Bakanlığı tarafından Vergi Usul Kanunu uyarınca 20.6.1990 tarihinde oluşturulan "Tekdüzen Genel Hesap Planı ve Açıklamaları Komisyonu" tarafından, mali kesim dışında kalan tüm işletmelerde kullanılmak üzere, bir hesap planı hazırlanmıştır. Söz konusu hesap planı Maliye Bakanlığı'nın "1 Sayılı Muhasebe Uygulama Genel Tebliği" ile yürürlüğe konulmuştur. Tebliğ için bkz. RG, 21447 mükerrer, T. 26.12.1992.

[36] Karaman Coşgun, 2020: 204.

[37] Karayalçın, 1988: 40-41.

[38] Karayalçın, 1988: 41-42.

ulaşmamış olsa dahi[39] söz konusu hüküm uygulanacaktır. Dolayısıyla genel kurul toplantıya çağrılmak zorunda olduğu gibi, çağrı yapılmış ancak genel kurulda yetinme veya tamamlama yönünde karar alınamamışsa, aktiflerin gerçek satış fiyatlarına göre sermayede karşılıksız kalan bir kısım bulunmasa dahi şirket kendiliğinden sona erecektir. Bu farklılık, kanun koyucunun değişiklikle amaçladığı bir durum değildir. Keza iflas ile neticelenebilecek TTK m. 376/3'te düzenlenen borca batıklık halinde dahi aktiflerin satış fiyatlarına göre bilanço çıkarılması öngörülmüş olup, her iki fıkra arasında bu açıdan uyumsuzluk vardır[40]. Ayrıca sermayenin üçte ikisinin kaybedilip kaybedilmediği aktiflerin satış değeri üzerinden hazırlanan bilânçodan saptanmış olsa bile genel kurulca sermayenin tamamlanması veya indirilmesine karar verildiğinde bu işlemler için yine yıllık bilânço esas alınacaktır. Bu uyumsuzluk, gerçekte sermayeyi hiçbir şekilde kaybetmeyen şirketi fesih yaptırımıyla karşı karşıya bırakmak değil, hükmü kanundan çıkartmaktır[41].

3. TTK m. 376/2 Açısından

TTK m. 376/2 sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı anda uygulanmaya başlanır[42]. Hükümde sermaye ile kanuni yedek akçelerin zarar sebebiyle karşılıksız kalması aranmıştır. Genel olarak karşılıksız kalma kavramıyla, sermaye ile kanuni yedek akçelerin toplam tutarının özkaynak tutarından fazla olması kastedilmektedir. Başka bir deyişle, sermaye kaybının tespitinde sermaye ile kanuni yedek akçelerin toplam tutarıyla şirketin özkaynak tutarı karşılaştırılmalıdır[43]. Zira şirketin özkaynak grubu altında sermaye ile kanuni yedek akçeler dışında hesaplar da bulunmaktadır[44]. Bu hesapların tutarları sayesinde, şirket zararının sermayeyi karşılıksız bırakmasına engel olunabilir. Dolayısıyla burada önemli olan sermaye ile kanuni yedek akçeler tutarı ile zararın karşılaştırması değildir. Zarar sebebiyle, şirketin özkaynak tutarında şirketin sermayesi ve kanuni yedek akçesinin bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir. Örneğin şirket geçmiş yıllarda kâr etmiş olabilir. Bu kâr, şirketin uğramış olduğu zararın tamamını karşılayarak, bu zararın şirketin sermayesine ulaşmasını engelleyebilir. Bununla birlikte, Tebliğ'de bu aralık belirtilerek sermaye kaybının hesaplanmasıyla ilgili değişiklik yapılmıştır. TTK m. 376/2 açısından, "Zararın, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisine eşit veya bu tutardan çok olması" şeklinde

[39] Son yıllık bilançonun sonuç açıklama bilançosu olduğu, gerçek malvarlığı durumunu ortaya koymayacağı, bu sebeple son yıllık bilançonun TTK m. 376/2'de öngörülen kaybın varlığını sağlıklı bir şekilde göstermeyeceği yönünden hükmün benzer yönde eleştirisi için bkz. Aydın, 2012: 104. Yazar devam eden açıklamalarında, sermayenin 2/3'ünün kay- bina ilişkin düzenlemesinin yersiz olması sebebiyle Kanundan çıkarılması ile yaşanacak uyumsuzlukların bertaraf edilebileceği önerisinde de bulunmuştur. Bkz. s. 105. Yıllık bilançonun sonuç açılma amacı ve kaybın varlığını sağlıklı bir şekilde göstermeyeceği ile ilgili ayrıca bkz. Tekinalp, 1979: 67; Türk, Borca Batıklığın Sonuçları, s. 21, 31, 32. eTTK döneminde yıllık bilançonun esas alınmasına ilişkin görüşlerin bu yönden eleştirisi için bkz. Türk, Borca Batıklığın Sonuçları, s. 151, 152.

[40] Karaman Coşgun, 2020: 204.

[41] Aydın, 2012: 105; Türk, 2015: 92-93.

[42] Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat, 2013: 569; Kayar, 2012: 647.

[43] Türk, 2015: 68; Kayar, 2012: 646; Can, 2018: 19; Handschin, 2018: Art. 725 N 63; Karaman Coşgun, 2020: 191; Glanzmann, 2019: 467. Aynı hesaplama şeklinin yer aldığı bir karar için bkz. İstanbul 12 BAM, 2018/1134, 2020/547, 03.06.2020 <legalbank.net> Erişim Tarihi 01.04.2021.

[44] Grupta bulunan hesaplar için bkz. dpn 15.

düzenlenmiştir (Tebliğ, m. 7)[45]. Dolayısıyla sermaye kaybı hesaplanırken, zarar ile sermaye ve kanuni yedek akçeler toplamının karşılaştırılması istenmiştir. Kanaatimizce hesaplamaya ilişkin yapılan bu değişiklikler, ancak şirketin sermaye ile kanuni yedek akçesi dışında başka bir özkaynak kalemi olmadığında geçerlidir. Örneğin Aksu Gıda şirketinin esas sermayesi 200.000 TL, kanuni yedek akçeleri 40.000 TL ve geçmiş yıllar kârı 120.000 TL'dir. Bunların tamamı şirketin bilançosunda nakit para olarak bulunmaktadır. Bu şirketin bilançosunda 160.000 TL dönem net zararı raporlanmıştır. Şayet Tebliğ'in yeni hâli esas alınırsa, zarar tutarı ile sermaye ve kanuni yedek akçe tutarı karşılaştırılacaktır. Buna göre, Sermaye (200.000) + Kanuni Yedek Akçe (40.000)= 240.000 TL'dir. 160.000 TL'lik zarar bunun üçte ikisi olduğu için, söz konusu olay açısından TTK m. 376/2 uygulanmalıdır sonucuna varmamız gerekirdi. Oysa şirketin geçmiş yıllardan kârı olduğu için, şirketin sermayesi ve kanuni yedek akçeler toplamının sadece 40.000 TL'sinin kaybına sebep olmaktadır. Bu seviyedeki kayıp da, TTK m. 376/2'i devreye sokmaz. Bu bağlamda, Tebliğ'de kanuna aykırı bir düzenleme yer almakta olup, yukarıda da belirttiğimiz üzere sermaye kaybının hesaplanmasında özkaynak tutarıyla karşılaştırma yapılmalıdır. Buna göre 376/2 açısından, "*Özkaynağın*, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisine eşit veya bu tutardan çok olması" şeklinde değişikliğe gidilmelidir.

Bununla birlikte, öğretide bir görüş sermaye kaybı hesaplanırken kanuni yedek akçelerin zarar kaleminden düşülerek hesaplanması gerektiği yönündedir. Nitekim hükümde kanuni yedek akçenin açıkça düzenlenmesinin sebebi de bu amaca hizmet etmektir[46]. Keza şirkette sermaye kaybı, TTK m. 376/2 seviyesine ulaşmasına rağmen, kanuni yedek akçe tutarı bu zararı karşılamaya yetebilir veya en azından üçte iki oranında karşılıksız kalma durumunu ortadan kaldırabilir. Sermayeyi etkileyen bir kayıp olmamasına rağmen TTK m. 376/2'nin uygulanmak zorunda kalması, maddenin amacıyla bağdaşmaz[47]. Kanaatimizce kanuni yedek akçeler, sermaye kaybının tespitinde hesaplamaya dâhil edilmek zorundadır. Zira hükmün açık lafzı bunu gerektirir. Bunun yanı sıra, sermaye kaybını hesaplayıp genel kurula bildirecek olan yönetim kuruludur. Yönetim kurulunun da, yedek akçe üzerinde tasarruf yetkisi yoktur. Nitekim bu, genel kurulun devredilemez görev ve yetkilerindendir [TTK m. 408/1(d)]. Bu sebeple, yönetim kurulu kanuni yedek akçeyi zararla mahsuplaştırarak sermaye kaybını hesaplayamaz. Keza kanuni yedek akçelerin hükümde bulunmasının sebebi kanuni yedek akçenin çözülerek sermaye kaybının hesaplanması olduğu gerekçesine de katılmak mümkün değildir. Zira kanuni yedek akçenin TTK m. 376'ya alınmasının sebebi, sermaye kaybının tespitini öne çekmektir. Bu sayede yönetim kurulu işin ciddiyetine varacak ve pay sahipleri daha erken aşamada durumdan haberdar olacaktır. Bununla birlikte, kanaatimizce şirketin, zararını kapatacak kadar yüksek kanuni yedek akçesi olması durumunda hâlâ TTK m. 376/2'nin uygulanmasının sorun oluşturmasının temel sebebi, TTK'de, İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer almayan TTK m. 376/2'nin bulunmasıdır. Bu düzenlemede şirketin sona ermesine kadar gidebilecek ağır yaptırımlar düzenlenmiştir. Oysa ilk fıkrada böyle zorunluluklar bulunmadığı için, kanuni yedek akçelerin yüksek olması, hükmün erken uyarı amacına hizmet edecektir. Dolayısıyla burada yapılacak olan kanunun açık lafzına rağmen kanuni yedek akçeyi hesaba katmamak değildir. Kanaatimizce birçok açıdan sorunlar

[45] Hüküm, Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ m. 2 ile değiştirilmiştir. Hükmün değiştirilmeden önceki hâlinde sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının en az üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kalması düzenlenmiştir (Tebliğ, m. 7).

[46] Kendigelen, 2016: 268.

[47] Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat, 2013: 577.

yaratan TTK m. 376/2'yi kaldırmaktır. Son olarak yazarların savunduğu görüş, sermaye kaybının hesaplanması açısından değil, sermaye kaybının sonucu olarak genel kurulun kanuni yedek akçeleri çözme zorunluluğu olup olmadığı konusunda tartışılmalıdır[48].
Sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisi özkaynakta karşılanmadığı anda, TTK m. 376/2 devreye girecektir. Bu hesaplama açısından Özkaynak= <(Sermaye + Kanuni Yedek Akçe)/3 formülü kullanılabilir. Zira özkaynak tutarı, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının üçte birine düştüğü anda, TTK m. 376/2'nin uygulanmasına sebep olan üçte ikilik kayıp gerçekleşmiş olacaktır. Buna göre, Aksu Gıda şirketinin esas sermayesi 100.000 TL, kanuni yedek akçeleri 20.000 TL ve dönem net zararı 80.000 TL'dir. Formüle uyguladığımız zaman, (Özkaynak tutarı) 40.000 TL= (Sermaye + Kanuni Yedek Akçe) 120.000/3'tür.

Tablo 1: TTK m. 376/2'ye ilişkin örneğin bilançoda gösterimi

AKSU GIDA ANONİM ŞİRKETİ'NİN 31 ARALIK 2020 TARİHLİ BİLANÇOSU **VARLIK/AKTİF** **KAYNAK/PASİF**	
Dönen Varlık 40.000 TL Nakit hesabı 40.000 TL	**Yükümlülükler 0** **Özkaynak 40.000 TL** Ödenmiş sermaye 100.000 TL Kârdan ayrılan kısıtlanmış yedek 10.000 TL Paylara ilişkin primler 10.000 TL Dönem net zararı 80.000 TL (-)

II. SERMAYE ile KANUNİ YEDEK AKÇELERİN ÜÇTE İKİSİNİN KARŞILIKSIZ KALMASININ HUKUKİ SONUÇLARI

A. Genel Olarak

TTK m. 376/2 uyarınca son yıllık bilançoya göre, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı anlaşıldığı takdirde, derhâl toplantıya çağrılan genel kurul, sermayenin üçte biri ile yetinme veya sermayenin tamamlanmasına karar vermediği takdirde şirket kendiliğinden sona erer. Buna göre, yönetim kurulunun gerekli hazırlıkları yaparak genel kurulu toplantıya çağırması gerekir. Zira muhasebede risk sermayesi olarak nitelendirilen esas sermayenin, özkaynağın altında kalması durumunda bu yeniden yukarı çıkarılmalıdır. Bu yönde bir kararı da ancak genel kurul alabilir. Bu sebeple, genel kurul toplantıya çağrılır. Bu bağlamda, hükmün sonuçları yönetim kurulu ve genel kurul açısından ikiye ayrılarak incelenecektir.

B. Yönetim Kurulu Açısından

TTK m. 376/2 seviyesindeki sermaye kaybını tespit eden yönetim kurulu genel kurulu derhal toplantıya çağırmakla yükümlüdür. Bununla birlikte, koşulları varsa pay sahipleri, alacaklılar ve düzenleyici denetleyici kurumlar ile bakanlık bu toplantı için çağrıda bulunabilir[49]. Zira TTK m. 376/2'de genel kurulu toplantıya çağırma konusunda yetki açıkça yönetim kuruluna verilmemiştir

[48] İnceleme için bkz. II. C. 1. Genel Olarak.
[49] Üçışık ve Çelik, 2013: 413; Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat, 2013: 582. Aksi yönde sadece yönetim kurulunun çağırabileceği hususunda bkz. Can, 2018: 15.

ve aksinin kabulü finansal açıdan ciddi sonuçlar doğurur. Yönetim kurulu, kaybı tespit ettiğinde "derhâl" genel kurulu toplantıya çağırmalıdır. Derhâl kavramını, sermayenin üçte biriyle yetinilmesi veya tamamlanması hazırlıklarının yürütülmesi için gerekli olan zamanı dikkate alarak, somut olayın özellikleri çerçevesinde değerlendirmek gerekir[50].

Genel kurul, sermaye kaybı bildirilerek toplantıya çağrılacaktır. TTK m. 376/2'de alınabilecek kararlar sayıldığı için, bu durum, toplantının gündemi açısından ayrıca değerlendirilmelidir. Öğretide bir görüşe göre kanunda hangi kararların alınabileceği açıkça belirtildiği için gündemde bu kararların alınacağına dair bir madde bulunmasına gerek yoktur[51]. Diğer bir görüşe göre, yönetim kurulu toplantı gündemine TTK m. 376/2'de öngörülen alternatiflerden her ikisini de koymak zorundadır[52]. Zira olağan genel kurul gündeminin asgari içeriği de kanunla belirlendiği hâlde (TTK m. 409/1) kanunda öngörülen bu zorunlu gündemin ayrıca genel kurul gündemine alınması ve pay sahiplerine duyurulması gerekir[53]. Kanaatimizce de genel kurul gündeminde sermaye kaybıyla beraber TTK m. 376/2'de yer alan kararların bulunması gerekir. Zira gündeme bağlılık genel bir kuraldır ve buna getirilecek istisna hükümde açıkça belirtilmelidir. Oysa TTK m. 376/2'de üçte ikilik sermaye kaybının hukuki sonucu olarak alınabilecek kararlar sayılmıştır. Yoksa bunların sayılması, gündeme bağlılık ilkesinin istisnasını oluşturmak için değildir. Keza hükmün amacı da bunu gerektirir. Zira pay sahipleri buna göre toplantıya katılacaklardır. Bu konuda, Tebliğ'de de bir düzenleme bulunmaktadır. Hüküm uyarınca, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı durumlarda farklı bir gündem ile toplantıya çağrılmış olsa dahi bu husus genel kurulda görüşülür (Tebliğ, m. 5/2). Öğretide bir görüş sermaye ile kanuni yedek akçelerin belirtilen oranlarda kaybı hâlinde alınacak tedbirler açısından genel kurul toplantısında gündeme bağlılık ilkesine bir istisna getirildiği yönündedir[54]. Diğer bir görüşe göre TTK'de sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının yarısının karşılıksız kalmasının gündeme bağlılığın istisnası olduğuna yönelik bir düzenleme yoktur. Tebliğ ile gündeme bağlılık ilkesine istisna getirilemeyeceğinden, Tebliğ'in ilgili hükmü geçerli değildir[55]. Kanaatimizce bu düzenleme, gündeme bağlılık ilkesi ve yönetim kurulunun toplantıya çağırma yükümlülüğü açısından çeşitli ihtimallere göre değerlendirilmelidir. İlk olarak şayet farklı bir gündem ile toplanmış genel kurulda pay sahiplerinin tamamı temsil ediliyorsa, sermaye kaybı da bu toplantıda görüşülebilir ve buna göre karar alınabilir. Bu durumda yönetim kurulunun, sermaye kaybının sonucu olarak toplantıya çağırma yükümlülüğünü yerine getirmesine gerek yoktur. Bununla birlikte, farklı gündem maddesiyle toplanmış genel kurulda şayet pay sahiplerinin tamamı temsil edilmiyorsa, kanaatimizce bu düzenleme, gündeme bağlılık ilkesine aykırılık oluşturur ve yönetim kurulunun genel kurulu toplantıya çağırma yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Zira gündeme bağlılık ilkesi kanunla getirilmiş bir kuraldır (TTK m. 413/2) ve normlar hiyerarşisi gereği tebliğ ile bu ilkeye istisna getirilemez.

[50] Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat, 2013: 582.
[51] Kayar, 1997: 157.
[52] Öçal, 1975: 15; Türk, 1999: 155; Türk, 2015: 95; Kaya, 2007: 17. Genel kurul gündeminde 'genel kurul toplanamadığı ve kanunda öngörülen kararları almadığı takdirde ortaklığın feshedilmiş sayılacağının belirtilmesi' pay sahiplerinin konunun önemini kavrayabilmeleri bakımından uygun olur. Bkz. Bilgili ve Demirkapı, 2013: 377.
[53] Türk, 2015: 95.
[54] Özkorkut, 2019: 977; Pulaşlı, 2021: 456
[55] Karaman Coşgun, 2020: 197-198.

C. Genel Kurul Açısından

1. Genel Olarak

TTK m. 376/2'de genel kurulun sermayenin üçte biri ile yetinme veya sermayenin tamamlanmasına karar verebileceği; aksi takdirde şirketin sona ereceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla genel kurula kanunda sayılanlar dışında karar alması açısından bir takdir hakkı tanınmamıştır. Bununla birlikte, genel kurul söz konusu iki kararı almayarak şirketin sona ermesine de karar verebilir[56]. Nitekim kanunun öngördüğü seçeneklerden biri hakkında karar alınmamasının yaptırımı şirketin kendiliğinden sona ermesidir. Ayrıca genel kurul, TTK m. 139/1 uyarınca şirketin sermaye kaybını karşılayabilecek tutarda serbestçe tasarruf edilebilen özkaynağa sahip bulunan bir şirket ile birleşmesine de karar verebilir[57]. Bununla birlikte, şirket zararını kapatacak başka kalemlerin bulunması durumunda yine de bu kararların alınmasının gerekli olup olmadığı ayrıca incelenmelidir. Başka bir deyişle, şirketin geçmiş yıllardan ayrılan kârı, isteğe bağlı yedek akçeleri veya genel kanuni yedek akçesi zararı kapatabilecek düzeydeyse, genel kurul bunları kapatmak zorunda mıdır? Örneğin Aksu Gıda anonim şirketinin sermayesi 100.000 TL, kanuni yedek akçeleri 100.000 TL, geçmiş yıllardan aktarılan kârı 100.000 TL ve şirket zararı 200.000 TL'dir. Öğretide kanuni yedek akçe açısından değerlendirme yapan bir görüş, genel kurulun yeterli miktarda kanuni yedek akçeyi çözerek zararı kapatması ve TTK m. 376/2'nin koşullarını ortadan kaldırması gerektiği yönündedir[58]. Böylece yeterli kanuni yedek akçesi bulunmasına rağmen, genel kurulun bu kanuni yedek akçeyi zarara mahsup etmeyerek pay sahiplerine kâr dağıtımının önlendiği anonim şirketlerde, TTK m. 376/2 pay sahiplerini koruyucu bir işleve sahip olacaktır. Keza şirketin kanuni yedek akçeleri varsa ve bunlar zararı karşılamaya yetiyorsa, sermayenin azaltılması yöntemine başvurulamaz[59]. Zira öncelikle genel kanuni yedek akçenin ayrılma sebeplerinden biri şirket zararının kapatılmasıdır. Kural olarak genel kurulun genel kanuni yedek akçeyi şirket zararı için çözme zorunluluğu yoktur. Buna karşılık, şirket zararı sebebiyle TTK m. 376'da öngörülen sermaye kaybı oranına ulaşılıyorsa, çözmesi gerekir. Kanaatimizce kural olarak genel kurulun şirket zararını kapatma yükümlülüğü bulunmamaktadır; ancak bu kuralın istisnalarından biri TTK m. 376/2'dir. Zira kanuni yedek akçeler çözülmeksizin, sermaye üzerinde değişiklikler yapılması sermayenin korunması ilkesine aykırılık oluşturur. Bunun yanı sıra, şirket menfaati bunu gerektirir. Nitekim hükümde belirtilen kararların alınmamasının sonucu şirketin sona ermesidir. Keza kanuni yedek akçelerin düzenlenme sebebi, şirketin zor günlerinde kullanılmasıdır. Kanuni yedek akçe çözülmeyerek şirketin sona ermesine sebep olmak, kanuni yedek akçenin ayrılma amacı ile çelişir. Son olarak hükmün kurgulanış biçimi de bunu gerektirmektedir. Buna göre, kanun koyucu hükmü, sermaye ile kanuni yedek akçenin üçte ikisinin kaybedildiği ve kalanı üzerinden işlem yapılması mantığı üzerine kurgulamıştır. Başka bir deyişle, şirket fiili olarak sermaye ile kanuni yedek akçenin sadece üçte

[56] Türk, 2015: 93; Türk, s. 156.
[57] Tekinalp, 2020: 293-294; Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat, 2013: 580; Türk, 2015: 94.
[58] Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat, 2013: 577; *Kendigelen*'e göre sermaye kaybı hesaplanırken kanuni yedek akçelerin zarar kaleminden düşülerek hesaplanması gerekir. Nitekim hükümde kanuni yedek akçenin açıkça düzenlenmesinin sebebi de bu amaca hizmet etmektir. Bkz. Kendigelen, 2016: 268; *Türk*, yönetim kurulunun önce kanuni yedek akçeleri çözmesi ve buna rağmen 2/3 oranında sermaye kaybı varsa ancak o zaman genel kurulu toplantıya çağırmasının en uygun çözüm olduğunu belirtmektedir. Bkz. Türk, 2015: 93.
[59] Bu durumda ortada sermaye kaybı bulunmamaktadır. Esas sermaye bilanço açığını kapatmak için en son çaredir. Aksi davranış esas sermaye olarak en sıkı biçimde şirkete bağlanmış olan fonun bir kısmının yedek akçelere kaydırılması demektir. Bu da alacaklıların güvencesini azaltır. Dolayısıyla sermaye indirimi sırasında onları davetten kaçınılamaz. Bkz. Türk, 1999: 170.

biri malvarlığına sahiptir. Bunlar sadece bilanço kuralları gereği, kâğıt üzerinde gösterilen rakamlardır. Dolayısıyla hukuki sonuçlar belirlenirken, yedek akçeler de hesaplamaya katılmaktadır. Ayrıca ortada eksilme sebebiyle tamamlanacak veya azaltılabilecek bir sermaye de bulunmayabilir. Kanuni yedek akçe zararın tamamını karşılayabilir. Örneğin Aksu Gıda şirketinin esas sermayesi 50.000 TL, kanuni yedek akçesi 100.000 TL ve dönem net zararı 100.000 TL'dir. Bu şirketin sermayesi zaten asgari sermaye tutarındadır.

TTK m. 376/2'de genel kurulun, üçte ikilik sermaye kaybı durumunda iki seçeneği olduğu düzenlenmekle birlikte, Tebliğ'de ise, sermayenin azaltılması, tamamlanması ve artırılması farklı seçenekler olarak düzenlenmiştir. Bu sebeple, TTK sistematiğine uygun olarak, genel kurulun alabileceği kararlar "sermayenin üçte biri ile yetinilmesi" ve "sermayenin tamamlanması" şeklinde ikiye ayrılarak incelenecektir. Öğretide tartışmalı olan doğrudan sermaye artırımı seçeneği ise, sermayenin tamamlanması başlığı altında ele alınacaktır.

2. Sermayenin Üçte Biri ile Yetinme Kararı Alınması

TTK m. 376/2 uyarınca, genel kurul, sermayenin üçte biri ile yetinmeye karar verebilir. Sermayenin üçte biri ile yetinme kararından kasıt, esas sermayenin azaltılmasıdır[60]. Öğretide "sermayenin üçte biri ile yetinme" ifadesi eleştirilmekte ve bunun "kalan sermaye ile yetinme" şeklinde anlaşılması gerektiği belirtilmektedir[61]. Zira "sermayenin üçte biri ile yetinme" ifadesi sermaye kaybının hesaplanmasında yanlış sonuçlara yol açabilecek niteliktedir. Örneğin Aksu Gıda şirketinin sermayesi 300.000 TL, dönem net zararı 240.000 TL, zarar sonucu kalan özkaynak tutarı 60.000 TL'dir. Şayet sermayenin üçte biri ile yetinme kararı alınırsa, şirketin 100.000 TL ile yetinme kararı alması gerekir. Oysa şirkette kalan sermaye 60.000 TL'dir. Bu durumda, hükmün aynen uygulanmasının sonucu olarak, şirket, kalan sermaye olan 60.000 TL'yi, 100.000 TL'ye tamamlama kararı almalıdır. Bu tamamlama oybirliğiyle karar alınmasını gerektirdiğinden her zaman mümkün olmayabilir. Bunun için gerekli olan oybirliği sağlanamadığından şirket sona erecektir. Oysa kanun koyucunun böyle bir amacı olamaz[62]. Başka bir deyişle, şirketin kalan özkaynak tutarı, esas sermayenin üçte birinden daha az olabilir[63]. Nitekim Tebliğ'de de bu eleştiriler göz önünde bulundurularak değişikliğe gidilmiştir. Buna göre Tebliğ'in ilk hâlinde, toplantıya çağrılan genel kurulun "sermayenin üçte biri ile yetinilmesine ve Kanunun 473 ilâ 475 inci maddelerine göre sermaye azaltımı yapılmasına" karar verebileceği düzenlenmiştir (Tebliğ, m. 7). Yeni hâlinde ise, "Sermayenin üçte biri ile yetinilmesine ve" ibaresi yürürlükten kaldırılmıştır (Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ, m. 2). Kanaatimizce bu değişiklik yerinde olmakla birlikte, bunun TTK m. 376'da yapılması kanun yapıcılığı açısından daha yerinde olacaktır.

[60] Türk, 2015: 96; Tekinalp, 2020: 294; Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat, 2013: 575; Kayar, 2012: 652; Aydın, 2012: 106; Kaya, 2007: 18; Bilgili ve Demirkapı, 2013: 377; Şener, 2019: 384; Bahtiyar, 2021: 359; Karaman Coşgun, 2020: 209; Kayar, 1997: 194; Türk, 1999: 158.

[61] Kayar, 2012: 651; Moroğlu, 2018: 170; Türk, 1999: 157; Türk, 2015: 97; Ayoğlu, 2017b: 1585; Aydın, 2012: 106, yazarın verdiği örnekten hükmün lafzına bağlı kaldığı anlaşılmaktadır, ancak yazar s. 107'de kavramı "kalan sermaye ile yetinme" olarak ifade etmiştir; Can, 2018: 5; Turan, 2020: 144; Cenkci, 2015: 103.

[62] Kayar, 1997: 194. Sermayesini aşan miktarda kanuni yedek akçesi olan bir şirketin, kanuni yedek akçesi ile sermayesinin toplamının 2/3'ünü yitirmesi hâlinde dahi, kalan bakiye, sermayesinden fazla olabilir ki bu durumda hükümde öngörülen sermayenin azaltılması önleminin alınması mümkün olmayacaktır. Bu sebeple kanun koyucunun üçte ikilik sermaye kaybının hukuki sonucu olarak sermayenin tamamlanması ya da azaltılmasını yeterli görmesi yerinde değildir. Bkz. Kendigelen, 2016: 267; Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat, 2013: 577.

[63] Türk, 2015: 97.

Genel kurul kalan sermayeyle yetinmeye[64] karar verdiği takdirde sermayenin azaltılması TTK m. 473 ilâ 475'e göre yapılır (Tebliğ, m. 8/1). Buna göre, genel kurulda sermayenin azaltılması kararı sermayenin en az yüzde yetmiş beşini oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oylarıyla alınır[65] (TTK m. 473/3; 421/3). Bununla birlikte, bu madde kapsamında yapılacak sermaye azaltımında yönetim organı, alacaklıları çağırmaktan ve bunların haklarının ödenmesinden veya teminat altına alınmasından vazgeçebilir (Tebliğ, m. 8/2).

Kalan sermaye ile yetinme kararı verildiğinde, sermaye azaltılarak zarar şirket bünyesi dışına çıkartılır[66]. Buna göre Aksu Gıda şirketinin sermayesi 900.000 TL, kanuni yedek akçeleri 90.000 TL, dönem net zararı ise 930.000 TL'dir. Bunun sonucunda özkaynak tutarı 60.000 TL kalmıştır. Hiç yükümlülüğü olmayan bu şirketin 60.000 TL nakit parası bulunmaktadır. Dolayısıyla zarar sebebiyle, şirket varlığı azalmıştır. Buna karşılık, şirket sermayesi hâlâ 900.000 TL olarak raporlanmaktadır. Sermayenin azaltılması ile bu tutar şirketin gerçek finansal durumu ile uyumlu hâle getirilir[67]. Buna göre, Aksu Gıda şirketinin genel kurulu kalan sermaye olan 60.000 TL ile yetinme kararı alacaktır. Bu sebeple, şirket sermayesi 900.000 TL'den 60.000 TL'ye indirilecektir. Zararın 90.000 TL'si yedek akçeden; 840.000 TL'si ise sermaye ile mahsup edilmiş olacaktır. Sermayenin azaltılması, payların nominal değerini indirerek veya eşitlik ilkesi gözetilerek pay sayısının azaltılması yoluyla gerçekleştirilebilir[68]. Payların nominal değeri indirilerek yapılan sermaye azaltımında, payların sayısı aynı kalacak; ancak nominal değerleri indirilecektir[69]. Örneğin bu şirkette 9000 TL nominal değerli 100 pay olduğu varsayımında, şirketin paylarının yeni nominal değeri 600 TL olacaktır. Bu çerçevede esas sözleşmenin sermaye ve paylar maddesi değiştirilmeli, tescil ve ilân edilmelidir[70]. Buna göre, bilançonun sermayenin azaltılmasından önceki ve sonraki hâli, sırasıyla Tablo 2 ve 3'teki şekilde olacaktır:

Tablo 2: Bilançonun Sermayenin Azaltılması Kararından Önceki Hâli

AKSU GIDA ANONİM ŞİRKETİ'NİN 31 ARALIK 2020 TARİHLİ BİLANÇOSU	
VARLIK/AKTİF	**KAYNAK/PASİF**
Dönen Varlık 60.000 TL Nakit hesabı 60.000 TL	**Yükümlülükler 0** **Özkaynak 60.000 TL** Ödenmiş Sermaye 900.000 TL Kârdan ayrılan kısıtlanmış yedek 90.000 TL Dönem net zararı 930.000 TL (-)

[64] Aynı Tebliğin 8 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "sermayenin üçte biriyle" ibaresi "kalan sermayeyle" olarak değiştirilmiştir (Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ, m. 3).
[65] Hükmün eleştirisi ve bu nisaplar sebebiyle hükmün pay sahibinin menfaatine hizmet etmediği hususunda bkz. Aydın, 2012: 108. Ağırlaştırılmış nisaplar nedeniyle sermayenin azaltılması kararı almanın zorluğu karşısında, hükümde sermayenin azaltılmasının zorunlu bir tedbir olarak öngörülmesi tercihinin sorgulanması gerektiği yönünde bkz. Türk, 2015: 102; Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat, 2013: 583.
[66] Hükmün gerekçesi.
[67] Schenker, 2009: 489; Türk, 2015: 97.
[68] Türk, 1999: 179-183; Tekinalp, 2020: 294; Can, 2018: 19.
[69] Türk, 1999: 180.
[70] Kayar, 2012: 652.

Tablo 3: Bilançonun Sermayenin Azaltılması Kararından Sonraki Hâli

AKSU GIDA ANONİM ŞİRKETİ'NİN BİLANÇOSU **VARLIK/AKTİF** **KAYNAK/PASİF**	
Dönen Varlık 60.000 TL Nakit hesabı 60.000 TL	**Yükümlülükler 0** **Özkaynak 60.000 TL** Ödenmiş Sermaye 60.000 TL

Kalan sermaye ile yetinme kararında amaç şirketin uğradığı zarardan kurtulmaktır. Dolayısıyla bu kararla beklenen, bilanço açığı kadar sermayenin azaltılmasıdır. Bununla birlikte, öğretide bir görüş TTK m. 376/2'nin gereğinin yerine getirilebilmesi için, genel kurulun alacağı zararın kapatılması ve sermaye azaltılması kararı sonrasında, bilanço zararının, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisini aşmamasının gerekli ve yeterli olduğu yönündedir[71]. Kanaatimizce hükmün lafzı, bu yoruma cevaz verir nitelikte değildir. Zira TTK m. 376/2'de üçte ikilik kaybın sonucu olarak kalan üçte ikiyle (kalan sermaye ile) yetinilme kararı verilmesi istenmiştir. Başka bir deyişle, buradaki amaç üçte ikilik kaybın giderilmesidir. Bunun yanı sıra, sadece TTK m. 376/2'nin kapsamından çıkılarak yapılacak azaltmanın mümkün olduğunu savunmak üçte ikilik sermaye kaybı düzenlemesinin amacıyla bağdaşmaz. Nitekim hükümde ilgili kararların alınmaması durumunda şirketin sona ereceği düzenlenmiştir. Bu durumda genel kurul, yapacağı küçük tutarda bir azaltma ile şirketin sona ermesini engelleyebilir. Örneğin sermayesi 300.000 TL, dönem net zararı 200.000 TL olan bir şirkette, sadece 1 TL'lik bir sermaye indirimi ile TTK m. 376/2'nin kapsamından çıkılabilecektir[72]. Dolayısıyla savunulan görüşün kabul edilmesi, hükmün işlevsizleştirilmesine de sebep olacaktır. Bununla birlikte, hükmün gerekçesi ve hükme aykırılığın yaptırımı dikkate alındığında, kanaatimizce yapılacak sermaye azaltımı ile şirketin TTK m. 376'nın kapsamından çıkması yeterli sayılmalıdır. Buna göre, hükmün gerekçesinde şirketin iki seçeneği seçmesinin sebebi olarak şirketin durumunu bir an önce açıklığa kavuşturmak olduğu belirtilmiştir. Şayet sadece üçte ikilik kaybı giderecek kadar sermaye indirilirse, şirket hâlâ TTK m. 376'nın kapsamında olacağı için şirket açısından belirsiz bir durum ortaya çıkacaktır. Bunun yanı sıra, TTK m. 376 bağlamında, şirket zararı, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının yarısını karşılıksız bıraktığı anda, kanun koyucu müdahale etmeyi tercih etmiştir. Bu sebeple, şirketin TTK m. 376'nın alanından çıkmasını sağlamaya yetecek düzeyde sermayenin azaltılmasını kabul etmeyip, şirket zararının tamamının kapatılmaması gerekçesiyle şirketi sona erdirmek birbiriyle çelişir. Son olarak şirkette sermayenin tamamlanması kararı açısından yeterli olanaklar sağlanamamış ve şirketin tek seçeneği sermayenin kalanıyla yetinme kararı alması olabilir. Şirket sermayesi asgari tutara indirilse dahi zararın tamamının bilançodan çıkartılması mümkün olmayabilir. Bu durumda da, şirketin sona ereceğini kabul etmek ağır bir yaptırım oluşturur. Bu bağlamda kanaatimizce, hükmün lafzı zararın tamamının şirket bünyesinden çıkartılmasını gerektirse de, TTK m. 376/1'in kapsamından çıkacak kadar sermayenin azaltılması yeterli olmalıdır. Bununla birlikte, bu sorun

[71] Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat, 2013: 581; Kayar, 2012: 651.
[72] Bu karar sonucu, şirketin sermayesi 299.999; dönem net zararı ise, 199.999 ve özkaynak tutarı 100.000 TL olacaktır. Şirkette sermayenin üçte biri olan 99,666 TL'den daha fazla özkaynak bulunduğu için, TTK m. 376/2'nin kapsamından çıkılacaktır.

sadece sermayenin kaybı meselesi ile değil, şirket zararının gelecek yıla aktarılıp aktarılamayacağı ve aktarılacaksa bunun koşulları ile de ilgilidir; ancak TTK'de buna ilişkin açık hüküm yoktur.

Yeni tebliğ ile kalan sermaye ile yetinme kararı alabilmesine ilişkin bir sınır getirilmiştir (Tebliğ, m. 8/2)[73]. Hüküm uyarınca, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının en az yarısının özvarlık içerisinde korunması şartıyla, sermaye asgari sermaye tutarına kadar indirilebilir. Buna göre, genel kurul, sermayeyi asgari tutara kadar indirmek isterse bu kurala uymakla yükümlüdür. Bu sebeple, esas sermaye sistemini kabul etmiş bir şirkette, sermaye 50.000 TL'ye indirilecekse, bunun için hükümde yer alan koşulun da sağlanması gerekir. Bununla birlikte, hükümde sermayenin asgari tutara indirilmesi değil, "sermaye asgari sermaye tutarına kadar" indirilebilir ifadesi geçmektedir. Acaba genel kurul, esas sermayeyi 50.000 TL'ye değil de, 55.000 TL'ye indirmek istiyorsa, bu koşul sağlanmalı mıdır? Kanaatimizce düzenlemede anlatılmak istenen "asgari sermaye tutarına" indirilmesi olup "kadar" ifadesi yanlışlıkla eklenmiştir. Bu sebeple, esas sermaye sistemine tâbi şirketler açısından burada anlaşılması gereken 50.000 TL'dir. Şayet bu tutara indirmek isteniliyorsa, asgari sermaye ve kanuni yedek akçe tutarı toplanıp ikiye bölünür ve bulunan tutar ile özkaynak tutarı karşılaştırılır. Örneğin sermayesi 270.000 TL, kanuni yedek akçesi 10.000 TL ve dönem net zararı 260.000 TL olan bir şirkette, sermayenin 50.000 TL'ye azaltılması ve kanuni yedek akçenin tamamının çözülmesi kararı alınmıştır. Bu durumda, sermaye 50.000 TL, zarar 30.000 TL ve özkaynak tutarı 20.000 TL olur. Dolayısıyla Tebliğ'e göre bu şirkette sermaye asgari sermaye tutarına kadar azaltılamaz. Kanaatimizce hükümle getirilmek istenilen, üçte ikilik sermaye kaybının sonucu olarak sermaye asgari tutara indiriliyorsa, bu işlemin sonucunda şirketin TTK m. 376'nın uygulama alanından çıkartılmasıdır. Zira sermaye ile kanuni yedek akçe toplamının yarısının karşılıksız kalması anında TTK m. 376/1 uygulanmaya başlanacaktır. Başka bir deyişle, Tebliğ'in bu hükmü ile yukarıda değindiğimiz üçte ikilik sermaye kaybı açısından ne kadarlık indirim yapılması gerektiği sorununa çözüm getirilmeye çalışılmıştır. Bununla birlikte, kanaatimizce bu hüküm, genel kurulun sermayenin azaltılması kararına TTK'de bulunmayan bir kural getirdiği için yerinde değildir. Nitekim TTK'de sermayenin azaltılmasıyla ilgili kural, bunun asgari sermayenin altına indirilemeyeceğidir. Asgari sermayeye indirilmesinde ise, herhangi ek bir koşul bulunmamaktadır. Bu sebeple, normlar hiyerarşisine aykırı olan bu hükmün uygulanmaması gerekir.

3. Sermayenin Tamamlanması

a. Genel Olarak

Sermayenin tamamlanması kavramı TTK m. 376'da açıklanmamakla birlikte, hükmün gerekçesinde sermayenin tamamlanması ile azaltılan sermaye kadar veya ondan fazla sermaye artırımı yapılması, bilânço açıklarının pay sahiplerinin tümünce veya bazı pay sahipleri tarafından kapatılması ya da bazı alacaklıların alacaklarını silmesinin kastedildiği belirtilmektedir. Keza öğretide baskın görüş de "sermayenin tamamlanması" kavramını, gerekçeye paralel şekilde bilanço zararının pay sahiplerinin taahhütlerini artırarak onlar tarafından ödenerek kapatılması veya aynı genel kurul kararıyla eş zamanlı sermaye azaltımı ile azaltılan kısım kadar ya da ondan fazla sermaye artırımı yapılması şeklinde tanımlamaktadır[74]. Başka bir görüşe göre, sermayenin

[73] Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ m. 3 ile getirilmiştir.

[74] Tekinalp, 2020: 293; Şener, 2019: 384; Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat, 2013: 581; Ayoğlu, 2017b: 1585-1586; Turan, 2020: 148; Cenkci, 2015: 103, 104; Soykan, 2019: 261-262.

tamamlanması, özkaynakların en az esas sermaye düzeyine çıkarılması anlamına gelir. Bu durumda sermayenin tamamlanmasıyla kastedilen aslında özkaynaklardır. Zira esas sermaye esasen sabit bir rakamdır. Öz kaynaklar – esas sermaye eşitliği sağlanırsa sermaye tümüyle "tamamlanmış" olur. Bununla birlikte, kanun sadece en az üçte iki oranında sermaye kaybı hâlinde tedbir alınmasını zorunlu kıldığından ve mevcut sermaye ile yetinmeye (sermaye azaltılmasına) dahi olanak tanıdığından, sermayenin kısmen tamamlanması da yeterli sayılmalıdır[75]. Her iki tanımlama açısından da tamamlama pay sahipleri tarafından yapılacak ödemeler ve sermayenin azaltılarak artırılması seçeneklerini kapsamakla birlikte, ilk tanımlama sermaye artırımını seçenek olarak kapsamamaktadır. Öğretide bir görüş, üçte ikilik sermaye kaybı hâlinde sermaye azaltılmadan doğrudan sermayenin artırılamayacağı yönündedir[76]. Zira hükmün amacı sermayenin tamamlanmasına veya yetinilmesine karar verilmesini sağlayarak sermaye kaybıyla oluşan yanıltıcı durumu ortadan kaldırmaktır. Bilançoda bu ölçüde oluşan bir açık giderilmeden sermaye artırılması şirketin iç ve dış menfaat çevresi bakımından aldatıcı bir görüntü oluşmasına yol açar. Bunun yanı sıra, sermayesini üçte iki oranında kaybeden bir şirketin, bilançosunda oluşan açığı kapamadan sermayesini artırabilmesine izin vermek, başta dürüst resim ilkesine (TTK m. 515) uygun düşmediği gibi; artırımla eş anlı yapılacak, bu anlamda ilave bir merasim oluşturmayan azaltma işleminden kaçınmanın, kaybı gizlemek dışında bir amacı olmayacaktır[77]. Keza sermaye artırımında önceki sermayenin tamamen ödenmiş olması şartı da yerine getirilmemiş olacağından sermaye artırımı yapılamaz[78]. Nitekim Yargıtay önüne gelen bir uyuşmazlıkta[79] tamamlama ya da azaltım yapılmadan sermaye artırımı yapılmayacağına karar vermiştir.

Diğer görüş ise, doğrudan artırım yapılabileceği yönündedir[80]. Buna göre, TTK m. 376/2'de "tamamlama" veya "1/3 ile yetinme"den söz edilmesine ve sermayenin tamamlanmasından da öncelikle sermaye artırımının anlaşılması gerekmesine göre, madde hükmünün sermayenin azaltılması işlemine gitmeden de doğrudan doğruya sermayenin artırılabilmesine engel oluşturmaz[81]. Bu görüşte bulunan başka bir yazara göre dünyada esas sermayenin etkisinin giderek azaldığı ve sermayenin ortadan kalkmasına doğru giden konjonktürel durum da göz önünde bulundurulduğunda klasik sermaye öğretisinin dar bakış açısından kurtularak TTK m. 376/2 hükmünün varlığına rağmen anılan durumlarda sermaye artırımı yapılabilmesi imkânının tanınması gerekir[82]. Keza ETK döneminde aynı görüşü savunan yazarlardan birine göre[83] salt şirketin bu durumda olması artırım kararının geçersizliği sonucunu doğurmaz. Zira anonim şirkette esas sermayenin temel amacı şirket alacaklılarının korunması bakımından teminat işlevi

[75] Türk, 2015: 98; Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat, 2013: 575; Kayar, 2012: 651.
[76] Tekinalp, Poroy ve Çamoğlu, 2019: 222; Kayar, 2012: 645 vd; Turan, 2020: 147; Soykan, 2019: 282 vd; Cenkci, 2015: 107-108; ETK dönemi açısından aynı yönde bkz. Teoman, 2001: 976-977; Kayar, 1997: 157-158; Türk, 1999: 159-162.
[77] Turan, 2020: 147.
[78] Teoman, 2001: 976-977.
[79] Yargıtay 11. HD, E. 2016/14027, K. 2018/7315, T. 22.11.2018 <www.legal.com> Erişim Tarihi 01.06.2021. Konu hakkında verilen Yargıtay kararlarının incelemesi bkz. Soykan: 2019: 272-281.
[80] Moroğlu, 2018: 62; Kendigelen, 2015: 112-113; Paslı, 2018: 75 vd; Tufan, 2019: 37; Pulaşlı, 2021: 459. *Türk*'e göre sadece esas sermayenin artırılması halinde öz kaynaklar hiçbir zaman esas sermaye düzeyine çıkarılamayacağını; ancak, sermaye azaltılmasını takiben artırım yapılmaksızın sadece esas sermayenin artırılması yoluyla da 2/3 oranında sermaye kaybından kurtulmak mümkündür. Bkz. Türk, 2015: 99.
[81] Moroğlu, 2018: 62.
[82] Paslı, 2018: 75 vd.
[83] Kendigelen, 2015: 112-113.

görmesi olduğu için, sermayenin bir kısmının kaybı hâlinde sermaye artırılarak alacaklıların tatmin edilmesi, bu amaca hiçbir şekilde aykırılık oluşturmaz. Ayrıca borca batık olduğu gerekçesiyle iflasını talep etmek zorunda olan bir anonim şirketin aynı zamanda iflasın ertelenmesini de talep edebileceği ve bu talep kapsamında sunacağı iyileştirme projesinde ise öncelikle sermaye artırımı olanağını gündeme taşıyacağının ve böyle bir durumda sermaye artırımının bir iyileştirme projesi olarak kabul edilirken, üçte ikilik sermaye kaybında bunu kabul etmemek birbiriyle çelişir[84]. Son olarak, sermaye artırımı yoluyla şirkete nakit girişi olması kısa vadede de olsa şirketin likidite sıkıntısını aşmasına yardımcı olabilecektir. Böyle bir şirkette hükmün 376/2 kapsamında yaptığı ayrımın yalnızca niceliksel olduğu dikkate alındığında, prensip olarak sermaye artırımı yapabilmesinin yasaklanmamalıdır[85].

Kanaatimizce hükmün lafzı gereği şirket zararının tamamının bilançodan çıkartılması gerekir. Bununla birlikte sırf bu sebeple, şirkete yatırımcı bulunmasına rağmen sermaye artırımı yoluna gidilemeyeceği gerekçesiyle şirketin sona ermesini kabul etmek yerinde değildir. Kanaatimizce bu konuda öğretide verilen gerekçeler de yerinde değildir. Öncelikle doğrudan sermaye artırımı hâlinde finansal tablo kullanıcılarının yanıltılacağı gerekçesine katılmamaktayız. Zira şirketin sermayesinin ne kadarının ödendiği veya şirket zararının tutarı, bilançodan kolaylıkla görülebilir. Keza söz konusu gerekçeye dayanabilmek için, TTK'de şirket zararının hiçbir şekilde gelecek yıla aktarılamayacağına ilişkin bir düzenleme bulunmalıdır. Oysa TTK'de şirket zararının oluştuğu dönemde kapatılmasını zorunlu kılan bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla kanun koyucu şirket zararının sermayenin bir kısmını karşılıksız bırakması hâlinde bilançoda raporlanmasını yanıltıcı olarak görmemiştir. Bunun yanı sıra, şayet bu gerekçe kabul edilseydi, yarı sermaye kaybı durumunda da bu gerekçeye dayanılarak sermaye artırımı kabul edilmemeliydi. Oysa TTK m. 376/1'in uygulama alanındaysa, sermaye artırımı yapılabileceği hükmün gerekçesinde ve öğretide kabul edilmektedir. Bunun yanı sıra öğretide ileri sürülen azaltma yapmadan doğrudan sermaye artırımının dürüst resim ilkesine aykırılık oluşturacağı gerekçesi de yerinde değildir. Zira TTK m. 515'te düzenlenen[86] ilke uyarınca anonim şirketlerin finansal tabloları, Türkiye Muhasebe Standartlarına göre şirketin malvarlığını, borç ve yükümlülüklerini, özkaynaklarını ve faaliyet sonuçlarını tam, anlaşılabilir, karşılaştırılabilir, ihtiyaçlara ve işletmenin niteliğine uygun bir şekilde; şeffaf ve güvenilir olarak; gerçeği dürüst, aynen ve aslına sadık surette yansıtacak şekilde çıkarılır. Dürüst resim ilkesine uygunluk açısından ilk gereklilik, bilançonun Türkiye Muhasebe Standartlarına göre çıkarılmasıdır[87]. Buna

[84] Kendigelen, 2015: 114-115; *Paslı*, TTK m. 376/1 ve 2'deki durumda bulunan şirketler arasında nitelik bakımından fark bulunması sebebiyle bunlar arasında ayrım yapılmasını bilanço tekniği açısından doğru bulmamaktadır. Keza, borca batık bir şirketin Yargıtay 23. HD uygulamasına göre iflasının ertelenebilmesi için sermaye artırması gerekirken, TTK m. 376/2'deki durumda bulunan bir şirketin artırım yapamayacağının kabul edilmesi çelişkilidir. Bkz. Paslı, 2018: 79; Türk, 2015: 101; sermaye artırımı kararının gizli iyileştirme kapsamında kabul edildiği hususunda bkz. Türk, 2016: 32, 33. Aynı yönde bkz. Yargıtay 23. HD, E. 2015/4285, K. 2015/80, T. 18.01.2017 <www.legal.com> Erişim Tarihi 01.06.2021.

[85] Tufan, 2019: 37.

[86] Dürüst resim ilkesi, "true and fair view" şeklinde ifade edilmekte olup 1948, 1985 ve 2006 tarihli İngiliz Şirketler Kanunu'nda yer almıştır. Kanun metinleri için bkz. http://www.legislation.gov.uk/, (ET. 04.07.2019); İlke, Avrupa Birliği'nde, Avrupa Birliği Konseyi'nin 78/660 sayılı, 25 Temmuz 1978 tarihli Dördüncü Yönergesinde düzenlenmiştir. Yönerge metni için bkz. http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L:1978:222:FULL&from=EN, (ET. 22.05.2021); TTK m. 515'in gerekçesinde Anglo-Sakson hukukunun ünlü üst hukuk kuralı "true and fair view" ilkesinin "dürüst resim" ilkesi olarak ifade edildiği yer almaktadır.

[87] Madde gerekçesinde bu husus emredici bir düzenleme olarak gösterilmiştir.

göre KGK tarafından yayınlanan standartlarla birlikte, bunların yorumları ve kavramsal çerçeveye uyulacaktır (TMS 1, pr. 7; TTK m. 514/1). TMS 1'de de döneme ait kâr veya zarar tablosunda raporlanması ve buradan da bilançoya aktarılacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla dürüst resim ilkesi uyarınca şirketin gerçek finansal durumu bilançoya aktarılacaktır ve şirket zararı da bu kalemlerden biridir. Bunun yanı sıra, azaltma yapılmadan doğrudan artırım yapılmasının kaybı gizlemek dışında amacı olmayacağı gerekçesine de katılmamaktayız. Öncelikle şirket her durumda sermayenin azaltılması seçeneğini uygulayamaz. Zira şirketin sermayesi asgari tutarda olabilir. Pay sahiplerinin tamamı da oybirliğiyle karar alamamışsa, bu durumda şirketin doğrudan sermaye artırım kararı almasının kaybı gizlemek amacında olduğu söylenemez. Keza sermayenin azaltılarak artırılması yönteminde, şirket sermayesini asgari tutara kadar azaltabileceği için, bu indirim sonrası yapılacak artırımda da şirkette hâlâ zarar raporlanacaktır. Örneğin şirket sermayesi 90.000 TL, zarar tutarı 80.000 TL'dir. Şirket sermayesini 50.000 TL'ye indirme kararı almıştır. Bu durumda, zarar tutarı 40.000 TL'ye inecektir. Daha sonra yeniden 90.000 TL'ye artırım kararı almıştır. Bilançonun son durumunda, sermaye 90.000 TL, zarar 40.000 TL'dir. Dolayısıyla bu gerekçeye dayanılarak doğrudan sermaye artırımına karşı çıkılıyorsa, sermayenin azaltılarak artırılmasına da karşı çıkılmalıdır. Son olarak şirket primli paylar çıkartarak, şirketin kanuni yedek akçe tutarını artırabilir ve bu sayede şirketin bilançosu sermaye kaybından kurtulabilir. Son olarak öğretide haklı olarak belirtildiği üzere, borca batık bir şirket dahi sermaye artırımı yaparak iflastan kurtulabiliyorsa, hâlâ sermayesinin bir kısmı bulunan şirketin bu yöntemi seçememesi birbiriyle çelişkilidir.

Kanaatimizce bu sorun tamamlama kavramının geniş yorumlanmasıyla çözülebilir. Zira hükümde önemli olan üçte ikilik sermaye kaybının sonucu olarak tamamlama kararının alınması ve bu durumun ortadan kaldırılmasıdır. Bu sebeple, pay sahipleri tarafından yapılacak ödemeyle de veya sermayenin artırma yöntemleriyle de tamamlanabilir. Bu sebeple, sermayenin tamamlanması pay sahiplerinin yapacakları ödemeler veya sermayenin artırılması olarak ikiye ayrılarak incelenecektir.

b. Pay Sahipleri Tarafından Yapılacak Ödemeyle

Genel kurul pay sahipleri tarafından yapılacak ödemeyle sermayenin tamamlanmasına karar verebilir [TTK m. 376/2; Tebliğ, m. 7/1(b)]. Kanuni yedek akçelerin yitirilen kısımlarının tamamlanmasına gerek yoktur (Tebliğ, m. 9/1). Buna göre ilk seçenek genel kurulda, sermayenin tümünü oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin oybirliğiyle, bilanço zararının tüm pay sahipleri tarafından kapatılmasına karar vermesidir [TTK m. 421/2(a)]. Bu durumda, her pay sahibi zarar sebebiyle karşılıksız kalan tutarı kapatacak miktarda parayı vermekle yükümlüdür. Her pay sahibi, payı oranında tamamlamaya katılabilir (Tebliğ, m. 9/1). Örneğin her biri yüzde onuna sahip on ortaklı X şirketinin sermayesi 100.000 TL, kanuni yedek akçesi 50.000 TL, dönem net zararı ise 120.000 TL'dir. Şirket, zararın 50.000 TL'sini kanuni yedek akçeleri çözerek karşılamış ve kalan 70.000 TL içinse oybirliğiyle tamamlama kararı almıştır. Bu durumda her pay sahibi, payına düşen (70.000/10=7.000) 7.000 TL'yi şirkete ödemekle yükümlüdür. Pay sahipleri, sermayenin tamamlanması amacıyla ödemiş oldukları tutarı geri alamaz (Tebliğ, m. 9/1). Zira pay sahiplerinin verdiği paralar ödünç olmayıp, özkaynak niteliği taşıdıklarından iadeleri istenemez[88]. Bu yükümlülük, sermaye konulması veya borç verilmesi niteliğinde olmayıp karşılıksızdır. Ayrıca yapılan ödemeler, gelecekte yapılacak sermaye artırımına mahsuben bir avans olarak nitelendirilmez (Tebliğ, m. 9/1). Kanaatimizce Tebliğ'in bu hükmü uygulamada yapılan bir

[88] Kayar, 2012: 650; Türk, 2015: 99.

yönteme karşı çıkmak amacıyla düzenlenmiştir. Nitekim uygulamada şirketin sona ermesini önlemek amacıyla pay sahiplerinden sermaye avansı şeklinde ödeme alınmaktaydı. Pay sahipleri, ileride yapılacak sermaye artırımına mahsup edilmek üzere şirkete para veriyorlardı. Yapılan ödeme, özkaynakta sermaye avansı hesabında muhasebeleştiriliyordu[89]. Buna karşılık, Tebliğ'de açıkça bu uygulamanın önüne geçilmek istenmiştir. Kanaatimizce bu yerinde bir hükümdür. Zira sermayenin tamamlanmasına mevcut bilançoda sermayenin eksik kalan kısmı için başvurulmaktadır. Dolayısıyla alınan para, gelecekteki bir sermaye artırımı için avans olarak sayılamaz. İkinci olarak sermayenin karşılıksız kalan kısmı, bazı pay sahipleri tarafından da kapatılabilir[90]. Zira pay sahiplerinin oybirliğiyle karar alamaması sebebiyle sermayenin tamamlanamaması, bazı pay sahiplerinin kendi istekleriyle tamamlama yapmasına engel oluşturmaz (Tebliğ, m. 9/2). Bu durumda, genel kurul herhangi bir karar almamasına rağmen şirket sona ermeyecektir. Zira böyle bir ihtimalde zaten giderilecek bir kayıp bulunmayacağından, genel kurulca bir karar alınmamış olmasının infisah sebebi sayılması, şekilci bir yorum olacağından kabul edilmemelidir[91].

Sermayenin tamamlanması pay sahiplerinin tamamı veya bazı pay sahiplerince yapılabilmekle birlikte, öğretide sermayenin ne kadarının tamamlanması gerektiği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, sermayenin tamamlanması üçte üçe ulaşacak şekilde yapılmalıdır[92]. Diğer görüş ise şirketi üçte iki sermaye kaybı oranından çıkaracak tutarda bir tamamlama yapılmasının yeterli olduğu yönündedir[93]. Zira üçte iki sermaye kaybında kalan sermaye ile yetinme kararı dahi verilebildiğine göre, kısmi tamamlama evleviyetle mümkün olmalıdır[94]. Bu görüşte bulunan yazarlardan birine göre, kısmi tamamlama kararı, eksik kalan kısım kadar sermayenin azaltılması niteliğindedir ve kısmen tamamlama yapılabilmesi için zarar kadar azaltma ön koşul olmalıdır[95]. Kanaatimizce hükmün lafzı, bu yoruma cevaz verir nitelikte değildir. Zira TTK m. 376/2'de üçte ikilik kaybın sonucu olarak sermayenin tamamlanması kararı verilmesi istenmiştir. Başka bir deyişle, buradaki amaç üçte ikilik kaybın giderilmesidir. Bunun yanı sıra, yukarıda belirttiğimiz üzere sadece TTK m. 376/2'nin kapsamından çıkılarak yapılacak azaltmanın mümkün olduğunu savunmak üçte ikilik sermaye kaybı düzenlemesinin kurgusuyla bağdaşmayacaktır. Nitekim hükümde ilgili kararların alınmaması durumunda şirketin sona ereceği düzenlenmiştir. Bu durumda pay sahipleri yapacağı küçük tutarda bir ödeme ile şirketin sona ermesini engelleyebilir. Örneğin sermayesi 300.000 TL, dönem net zararı 200.000 TL olan bir şirkette, sadece 1 TL'lik ödeme ile TTK m. 376/2'nin kapsamından çıkılabilecektir[96]. Dolayısıyla savunulan görüşün kabul edilmesi, hükmün işlevsizleştirilmesine de sebep olur. Bununla birlikte, hükmün amacı kısmi tamamlamaya da imkân vermektedir. Zira önemli olan TTK m. 376/2'deki önlemlerden

[89] Sermaye avansı uygulamada 331 no'lu "ortaklara olan borçlar hesabı (kısa vadeli)", 431 no'lu "ortaklara olan borçlar hesabı (uzun vadeli)", ya da 529 no'lu "diğer sermaye yedekleri" hesabı altında izlenmektedir. Bkz. Ayoğlu, 2017a: 33.
[90] Tekinalp, 2020: 295; Kayar, 2012: 650; Üçışık ve Çelik, 2013: 413; Bilgili ve Demirkapı, 2013: 377; Şener, 2019: 384.
[91] Türk, 2015: 100.
[92] Tekinalp, 2020: 294; Tekinalp, Poroy and Çamoğlu, 2019: 342; Can, 2018: 24.
[93] Kayar, 2012: 651; Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat, 2013: 581.
[94] Kayar, 2012: 651; Kayar, 1997: 188, 189; Can, 2018: 21-22.
[95] Can, 2018: 21.
[96] Bu karar sonucu, şirketin sermayesi 299.999; dönem net zararı ise, 199.999 ve özkaynak tutarı 100.000 TL olacaktır. Şirkette sermayenin üçte biri olan 99,666 TL'den daha fazla özkaynak bulunduğu için, TTK m. 376/2'nin kapsamından çıkılacaktır.

birisinin alınarak, şirketin durumunu açıklığa kavuşturmaktır. Bu sebeple, TTK m. 376'nın uygulama alanından çıkmayı sağlayacak şekilde bir tamamlama yeterli görülmelidir. Ayrıca şirket pay sahiplerinin şirket özkaynağını güçlendirebilmek için elinde bulunan mevcut tutar sermayenin eksilen kısmının tamamının tamamlanması için yetmeyebilir. Bu durumda, sadece sahip oldukları tutarı getirmeleri sebebiyle şirketin sona ereceğini savunmak mantıklı değildir. Örneğin X şirketinin sermayesi 100.000 TL, dönem net zararı 80.000 TL'dir. İki pay sahipli bu şirkette, pay sahiplerinden her biri 25.000 TL getirebileceklerdir. Bu durumda, şirket sermayesi 100.000 TL, sermaye tamamlama fonu 50.000 TL, dönem net zararı ise 80.000 TL olacak ve özkaynak tutarı 70.00 TL olacaktır. Kanaatimizce şirket sermayesi asgari sermaye tutarını sağladığı müddetçe, eksilen sermayenin tamamının tamamlanmasına gerek yoktur. Bunun yanı sıra, bazı pay sahiplerinin şirkete bağışta bulunması durumunda bunların kabul edilmeyerek şirketin sona ereceğini kabul etmek şirketin menfaatine aykırı olacaktır. Kanaatimizce burada çözüm hükmün kanundan çıkartılması olmalıdır.

Bilanço zararlarının kapatılması için getirilen yükümlülükler uyarınca yapılan ödemeler özkaynaklar içerisinde sermaye tamamlama fonu hesabında toplanır ve takip edilir (Tebliğ, m. 9/3). Buna göre, şirkete pay sahipleri tarafından yapılan ödemeler özkaynak grubu altında raporlanır; ancak doğrudan sermayenin altında değil ayrı bir hesap açılarak gösterilir[97]. Örneğin esas sermayesi 100.000 TL olan şirkette 80.000 TL dönem net zararı bulunmaktadır. Şirket sermayenin tamamlanmasına oybirliğiyle karar vermiş ve iki pay sahibi de 40.000'er TL ödeme yapmışlardır. Bu karardan sonra bilançonun son hâli Tablo 4'teki şekilde olacaktır:

Tablo 4: Sermayenin Tamamlanması Kararından Sonra Bilançonun Görünümü

AKSU GIDA ANONİM ŞİRKETİ'NİN 31 ARALIK 2020 TARİHLİ BİLANÇOSU **VARLIK/AKTİF** **KAYNAK/PASİF**	
Dönen Varlık 100.000 TL Nakit hesabı 100.000 TL	**Yükümlülükler 0** **Özkaynak 100.000 TL** Ödenmiş Sermaye 100.000 TL Sermaye tamamlama fonu 80.000 TL Dönem net zararı 80.000 TL (-)

Sermaye tamamlama fonu şirketin özkaynak tutarını ödenmiş sermaye tutarına çıkarmış ve bu sayede şirketin sermayesi kadar varlığı bilançonun varlık kısmında raporlanmıştır. Buna karşılık, henüz dönem net zararı bilançodan çıkartılmamıştır ve sermaye tamamlama fonu da ayrı bir kalem olarak yer almaktadır. Bu tutarın yönetim kurulu tarafından farklı amaçlarla kullanılmasına engel olmak için Tebliğ'e bir madde eklenmiştir[98]. Hüküm uyarınca sermaye tamamlama fonu yalnızca zararların mahsup edilmesi suretiyle kullanılabilir (Tebliğ, m. 9/4). Bu düzenleme ile sermaye

[97] KGK tarafından 07/12/2018 tarih ve 01/246 sayılı karar çerçevesinde yapılan duyuruda, Tebliğ'in anılan m. 9/3 hükmü kapsamında pay sahipleri tarafından sermayenin tamamlanması amacıyla yapılan ödemelerin TMS uyarınca da doğrudan özkaynak kalemi olarak nitelendirilebileceği ve bilançoda ayrıca sunulmasında sakınca bulunmadığı değerlendirilmektedir. KGK duyurusu için bkz. https://www.kgk.gov.tr/Portalv2Uploads/files/Duyurular/v2/TMS/Sermayenin%20Tamamlanmas%C4%B1_Duyuru.pdf (erişim tarihi: 02.12.2020).

[98] Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ m. 4 ile eklenmiştir.

tamamlama fonunun kural olarak bağlı bir malvarlığı oluşturduğu ve sadece zararların kapatılması için kullanılabileceği vurgulanmak istenmiştir. Zira bu düzenleme olmasaydı da, sermaye tamamlama fonunun yaratılma sebebi zararın şirketin sermayesini karşılıksız bırakmasını engellemek olduğu için zararın bilançodan çıkartılması dışında kullanılmaması gerekirdi. Bununla birlikte, kanaatimizce bu hükmün bir amacı da vergi hukukuna yöneliktir. Nitekim vergi hukuku açısından bu fon, şirketin elde ettiği bir gelir olarak nitelendirilmekte ve bunun üzerinden vergi alınmaktadır. Buna göre Gelir İdaresi Başkanlığı (GİB) verdiği özelgelerde, pay sahiplerinin geçmiş yıl zararlarının kapatılması için şirkete aktardığı paraların sermayeye ilave edilmemesi ve vergi mevzuatında bu yönde bir istisna hükmünün bulunmaması nedeniyle kurum kazancına dâhil edilmesi gerektiği yönünde görüş bildirmektedir[99]. Kanaatimizce sermaye tamamlama fonu, vergi hukuku açısından gelir olarak nitelendirilmemelidir. Zira bu ödemeler, şirketin zararını kapatmak için olup sadece bu amaçla kullanılabilirler. Başka bir deyişle, bunlar sermayenin bir parçasını oluştururlar. Ayrıca üçte ikilik sermaye kaybına uğramış bir şirketin kurtarılması için bu yola başvurulmaktadır. Zaten kurtarma amaçlı yapılan bu ödemeden bir de vergi alınması sermayesini kaybetmiş bir şirketi daha zor duruma sokar. Böyle bir uygulama pay sahiplerinin bu yönteme başvurmasını da engelleyebilir. Bu sebeple, sermaye tamamlama fonunun sadece zararın kapatılması için kullanılabileceği düzenlenerek bunun şirketin elde ettiği kurum kazancı gibi herhangi bir yerde kullanılmayacağı vurgulanmak istenmiştir.

c. Sermayenin Artırılması

Sermayenin artırılmasına ilişkin m. 10, yeni tebliğ ile tamamen değiştirilmiştir. Eski metinde iki bent hâlinde düzenlenen hüküm[100], yeni metinde üç bende çıkartılmış ve sermaye artırımının farklı bir versiyonu düzenlenmiştir. Bunlar sermayenim azaltılarak artırılması, azaltma yapmaksızın artırılması ve artırılarak azaltılmasıdır.

aa. Azaltma ile birlikte artırma

Sermayenin üçte ikisinin kaybı hâlinde genel kurul, sermayenin zarar sonucu ortaya çıkan kayıp kadar azaltılması ile birlikte eş zamanlı olarak istenilen tutarda artırımına karar verebilir [Tebliğ, m. 10/1(a)]. Bu yöntemde amaç, sermayenin azaltılmasıyla şirket zararının bilançodan çıkartılması ve tekrar artırılmasıyla da şirketin yapacağı işler açısından yeterli sermayeye sahip olmasının sağlanmasıdır. Buna göre, öncelikle sermayenin zarar sonucu ortaya çıkan kayıp kadar azaltılması gerekecektir. Genel kurul sermayeyi ancak asgari sermaye sınırına kadar indirebilecektir[101] (TTK m. 473/5). Örneğin 240.000 esas sermayesi olan bir şirkette, 180.000 TL

[99] GİB tarafından yayınlanan özelge için bkz. T. 01.06.2012, S. B.07.1.0.06.49-010.01-11, https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/ozelgeler/GE801D20120601HM884167456, erişim tarihi: 17.02.2021. GİB yayınladığı diğer bir özelgede yurtdışı mukimi ana firmadan karşılıksız olarak kullanacağı nakit desteğin, mahiyeti itibariyle gelir olarak kabul edilmesi ve elde edilen bu gelirin içinde bulunduğu takvim yılının kurum kazancı olarak değerlendirilmesi gerektiğini açıklamıştır. Bkz. T. 12.02.2013, S. 64597866-KDv-1/1-21, https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/ozelgeler/GE801D20130212H2041334353, erişim tarihi: 17.02.2021.

[100] Hüküm uyarınca genel kurul tarafından;
a) Sermayenin zarar sonucu ortaya çıkan kayıp kadar azaltılması ile birlikte eş zamanlı olarak istenilen tutarda artırımına karar verilebilir. Sermayenin azaltılması işlemi ile birlikte eş zamanlı sermaye artırımında artırılan sermayenin en az dörtte birinin ödenmesi şarttır.
b) Sermayenin zarar sonucu ortaya çıkan kayıp kadar azaltılması yoluna gidilmeden sermaye artırımına karar verilebilir. Bu şekilde yapılacak sermaye artırımında sermayenin en az yarısını karşılayacak tutarın tescilden önce ödenmesi zorunludur.

[101] Ticaret Sicil Yönetmeliği'nin 82/2 hükmünden yeniden yapılandırma amacıyla sermayenin sıfıra indirilebileceği anlaşılmaktadır. Bu halde, hüküm, eski payların tamamının iptal edildiğinin ticaret siciline tescil edilmesini

dönem net zararı bulunmaktadır. Özkaynak 60.000 TL kalmıştır. Genel kurul bu kaybın karşılanması için, esas sermaye tutarının 180.000 TL azaltılarak, 60.000 TL'ye indirilmesine karar vermiştir. Buna karşılık, zarar tutarı 200.000 TL olsaydı, indirebileceğimiz alt sınır 50.000 TL olacağı için bilançoda hâlâ 10.000 TL zarar raporlanacaktı.

Sermayenin azaltılmasından sonra eş zamanlı olarak sermaye artırılacaktır. Eş zamanlı olmaktan kasıt, sermayenin azaltılması ve artırımı işlemlerinin aynı genel kurul kararına dayanmasıdır[102]. Bununla birlikte, öğretide sermayenin azaltılması işlemi ile birlikte eş zamanlı yapılacak sermaye artırımının hangi tutarda yapılacağı tartışmalıdır. Öğretide bir görüşe göre, sermayenin azaltılması ile eş zamanlı sermaye artırımının öncelikle sermayenin üçte bire indirilmesi ve aynı anda üçte iki artırılmasının anlaşılması gerekir[103]. Diğer görüş sermaye artırımının azaltma oranında olabileceği gibi bu orandan daha fazla da olabileceği yönündedir[104]. Kanaatimizce bu yöntemde sermaye istenilen tutarda artırılabilir. Zira Tebliğ'de istenilen tutarda ifadesi geçmektedir. Bunun yanı sıra sermayenin kayıp oranında indirilmesi ile şirket zararı bilançodan kaldırılacağı için azaltma tutarından daha az veya daha fazla sermaye artırımı yapılması mümkündür. Keza aksi görüşü savunmak, özellikle de azaltılan tutardan daha fazla artırım yapılması imkânını ortadan kaldıracağı için şirket menfaatine de aykırıdır. Nitekim şirket özkaynağı, muhasebe açısından risk sermayesi olarak nitelendirilir ve bu tutar ne kadar yüksekse şirketin yatırım yapma olanağı da artar. Örnek olay açısından 60.000 TL'ye indirilen sermaye, bu tutardan fazla olmak koşuluyla eski sermaye tutarı olan 240.000 TL'den daha az bir tutara çıkartılabilir. Örneğin 100.000 TL yapılabilir. Keza eski sermaye tutarı olan 240.000 TL'den daha yükseğe de çıkarılabilir.

Tebliğ'in ilk hâlinde sermayenin azaltılması işlemi ile birlikte eş zamanlı sermaye artırımında artırılan sermayenin en az dörtte birinin ödenmesinin şart olduğu düzenlenmekteydi. Yeni düzenlemede ise, sermayenin azaltılması işlemi ile birlikte eş zamanlı sermaye artırımında nakdi sermaye taahhüdü Kanunun 344 üncü ve 585 inci maddelerine uygun olarak ödeneceği düzenlenmiştir [Tebliğ, m. 10/1(a)]. Kanaatimizce bu yerinde bir değişiklik olmuştur. Zira limited şirketlerde nakden taahhüt edilen payların itibari değerlerinin en az yüzde yirmi beşinin tescilden önce ödenmesi şartı kaldırılmıştır (TTK m. 585/1). Bununla birlikte, kanaatimizce artırılan sermayenin ne kadarının ödeneceği TTK m. 473 ve Ticaret Sicil Yönetmeliği m. 81/1(b) ile birlikte değerlendirilmelidir. Buna göre, TTK m. 473'te "azaltılan kısmın yerine geçmek üzere bedelleri tamamen ödenecek yeni paylar çıkarmıyorsa" ibaresine yer verilmektedir. Ticaret Sicili Yönetmeliği m. 81/1(b) uyarınca sermayenin azaltılması işlemi ile birlikte eş zamanlı ve aynı miktarda yapılan sermaye artırımında artırılan sermayenin tamamen ödendiğine; daha yüksek sermaye artırımı yapılması hâlinde ise, aşan kısmın dörtte birinin de ödendiğine dair banka mektubu müdürlüğe verilmelidir. Bu bağlamda, sermaye azaltılması ile eş zamanlı sermaye artırımında sermaye eski hâli ile aynı miktarda olacak şekilde artırılıyorsa sermayenin tamamının, yapılan artırım eski sermaye miktarını aşıyorsa aşan kısmın en az dörtte birinin ödenmesi gerekir[105]. Aksi hâlde, sermayenin eskisinden daha fazla bir tutara artırılması halinde artırılan

öngörmektedir. Buna karşılık, TTK m. 473/5'te açık hüküm bulunduğu için, yönetmeliğin bu maddesi geçerli değildir.

[102] Türk, 1999: 187. Alınan iki ayrı karar bulunmasına karşın, sermayenin azaltılması ile artırılması eşzamanlı olarak gerçekleştirilmelidir. Bu iki kararı ayrı ayrı alabileceği gibi, eş zamanlı olarak yapılmaları yönünde de karar verebilir. Bkz. Karaman Coşgun, 2020: 213.

[103] Tekinalp, 2020: 293; Altaş, 2017: 28.

[104] Kayar, 2012: 651; Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat, 2013: 581; Kaya, 2007: 18; Üçışık ve Çelik, 2013: 413; Türk, 2015: 99; Karaman Coşgun, 2020: 214.

[105] Tufan, 2019: 35-36.

sermayenin ¼'ünün ödenmiş olmasının, TTK m. 456 kapsamında sermaye artırımında eski sermayenin tamamen ödenmiş olması şartını ihlal ettiği düşünülebilecektir. Bununla birlikte, öğretide bir görüş TTK'de açıkça yer almayıp TSY ile getirilen bu düzenlemenin, sermaye artırımına iştirak eden pay sahiplerini mali açıdan zor durumda bırakacağı; bu nedenle TSY'nin anılan hükmünde değişikliğe gidilerek eş zamanlı sermaye artırımında da artırılan sermayeyi temsil eden payların itibari değerinin yüzde yirmi beşinin tescilden önce, gerisinin de tescili izleyen yirmi dört ay içinde ödenmesine izin verilmesi gerektiği yönündedir[106].

bb. Doğrudan artırma

Sermayenin zarar sonucu ortaya çıkan kayıp kadar azaltılması yoluna gidilmeden sermaye artırımına karar verilebilir [Tebliğ, m. 10/1(b)]. Sermaye artırımı esas sermaye veya çıkarılmış sermaye rakamının kanunda öngörülen usuller izlenilerek yükseltilmesidir[107]. Sermaye artırımında, şirketin zararları dikkate alınarak, faaliyetlerin devamını sağlayabilecek tutarda artırılması gerekir[108]. Örneğin sermayesi 100.000 TL olan bir şirkette dönem net zararı 70.000 TL'dir. Şirket sermayesini 170.000 TL'ye çıkartmaya karar vermiştir. Bu işlemin sonucunda sermaye 170.000 TL, dönem net zararı 70.000 TL olacaktır. Tebliğ'de bu yöntemin tercih edilebilmesi için ödemeye ilişkin ek bir koşul da getirilmiştir. Buna göre, bu şekilde yapılacak sermaye artırımında, tescil edilecek sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının en az yarısının özkaynak içerisinde korunmasını sağlayacak tutarın sermaye artırımının tescilinden önce ödenmesi zorunludur[109] [Tebliğ, m. 10/1(b)]. Olay açısından özkaynak tutarının tescil edilecek sermayenin yarısı (170.000/2) 85.000 TL'ye çıkartılması gerekir. Sermaye artırımı öncesi şirketin varlık kısmında 30.000 TL'si bulunmaktadır. Dolayısıyla şirkete 55.000 TL'lik bir ödeme yapılması gerekir. Kanaatimizce bu hükümle yapılmak istenen, üçte ikilik sermaye kaybının sonucu olarak sermaye asgari tutara indiriliyorsa, bu işlemin sonucunda şirketin en azından TTK m. 376'nın uygulama alanından çıkartılmasının sağlanmasıdır[110]. Zira sermaye ile kanuni yedek akçe toplamının yarısının karşılıksız kalması anında TTK m. 376/1 uygulanmaya başlanacaktır. Başka bir deyişle, Tebliğ'in bu hükmü ile yukarıda değindiğimiz üçte ikilik sermaye kaybı açısından ne kadarlık artırım yapılması gerektiği sorununa çözüm getirilmeye çalışılmıştır; ancak ödemeye ilişkin ifade eklenerek hata yapılmıştır.

Tebliğ'den önce doğrudan sermaye artırımı ile TTK m. 376/1 ve 2'ye göre teknik iflastan kurtulmak isteyen şirketler Ticaret Sicil Memurluklarının talepleri doğrultusunda, sermaye ve kanuni yedek akçeler toplamının yarısını oluşturacak şekilde sermaye artırımı yapmaktaydı. Ticaret sicil müdürlüklerindeki uygulamada ise bazen 1/3'e kadar sermaye kaybına izin

[106] Altaş, 2017: 31.
[107] Tekinalp, Poroy and Çamoğlu, 2019: 213; Moroğlu, 2018: 1.
[108] Özkorkut, 2019: 984.
[109] Değişiklikten önce, bu şekilde yapılacak sermaye artırımında sermayenin en az yarısını karşılayacak tutarın tescilden önce ödenmesi zorunluydu. Öğretide TTK'de yer almayan böyle bir zorunluluğun normlar hiyerarşisine aykırı olduğu ifade edilmekteydi. Bkz. Turan, 2020: 149; Özkorkut, 2019: 984.
[110] *Karaman Coşgun*, Tebliğ'in değişiklikten önceki hâli için de aynı yorumu yapmıştır. Yazara göre bu düzenleme ile şirketin TTK m. 376'nın uygulama alanından tamamen çıkması amaçlanmıştır. Bununla birlikte, Tebliğ hükmü kaleme alınırken, TTK m. 376/1'de sadece sermayenin değil, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının 1/2'sinin kriter alındığı gözden kaçırılmıştır. Hüküm, şirketin TTK m. 376'nın uygulama alanından çıkmasını hedeflemesi bakımından isabetlidir. Buna karşılık, amacın tam olarak elde edilmesi için olması gereken, ödenmiş sermayenin şirketin toplam sermayesi ve kanuni yedek akçeler toplamının en az ½'sine ulaşmasıdır. Bkz. Karaman Coşgun, 2020: 207.

verilmekteydi[111]. Kanaatimizce sermaye artırımında asgari artış[112], şirketi TTK m. 376'nın kapsamından çıkartacak kadar olmalıdır. Yukarıdaki olay açısından sermayenin 140.000 TL'nin üzerine çıkartılması yeterli sayılmalıdır[113].

cc. Artırarak azaltma

Tebliğ'de üçte ikilik sermaye kaybının tespiti hâlinde yapılabilecek yeni bir yönteme de yer verilmiştir (Tebliğ, m. 10). Hüküm uyarınca, aynı genel kurul toplantısında, bedelleri tamamen ödenmek suretiyle, (b) bendindeki koşul aranmaksızın, sermayenin istenilen düzeyde artırılmasına ve daha sonra azaltılmasına karar verilebilir. Bu şekilde gerçekleştirilecek işlemler sonucunda, tescil edilecek sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının en az yarısının özkaynak[114] içinde korunması zorunludur. Kanaatimizce hükümle getirilmek istenilen, bu yolun tercih edilmesi sonucunda, şirketin TTK m. 376'nın uygulama alanından çıkartılmasıdır. Şayet şirketin hükmün uygulama alanından çıkartacak kadar özkaynağı yoksa, bu yöntemi tercih etmesinin engellenmesidir. Kanaatimizce yapılmak istenen doğru olmakla birlikte getirilen ödeme koşulu yerinde değildir. Zira sermaye artırımında ödenecek asgari tutar TTK'de belirlenmiştir (TTK m. 473/5). Tebliğ ile bu artırılamaz. Örneğin sermayesi 100.000 TL olan bir şirkette 80.000 TL dönem net zararı rapor edilmiştir. Genel kurul, sermayeyi istediği düzeyde artırabilecektir. Olay açısından genel kurul 120.000 TL'ye artırmıştır. Bu durumda, artırılan 20.000 TL'nin tamamının ödenmesi gerekir. Genel kurul daha sonra zarar kadar sermayenin azaltılmasına karar vermiştir. Burada Tebliğ ile sermayenin azaltılmasına sınır oluşturulmak istenmiştir. Başka bir deyişle, bilançoda hâlâ zarar raporlanacaksa, bu zararın şirketi TTK m. 376'nın uygulama alanına sokmayacak düzeyde olması istenmiştir. Olay açısından şirketin 80.000 TL ve daha azına indirmesi gerekir. Şayet 80.000 TL'ye indirme kararı almışsa, zarar tutarı da 40.000 TL'ye inecek ve şirket özkaynağı 40.000 TL olacaktır. Dolayısıyla şirket sermayesinin en az yarısı özkaynakta korunduğu için bu yöntem uygulanabilir. Buna karşılık azaltma sonucu, şirket sermayesi 80.000 TL'den daha fazla tutarda olamayacaktır. Olay açısından şirket sermayesini 81.000 TL'ye azaltma kararı veremeyecektir. Zira bu durumda, şirket zararı 41.000 TL'ye inecek ve şirket özkaynağı 40.000 TL olacaktır. Tebliğ'de azaltma kararı açısından aranan sermayenin en az yarısı olan 40.500 TL (81.000/2= 40.500) şirkette bulunmadığı için yapılan işlem geçersiz olur.

4. Şirketin Sona Ermesi

Genel kurul sermayenin üçte biri ile yetinme veya sermayenin tamamlanmasına karar vermediği takdirde şirket sona erer (TTK m. 376/2). Buna göre öncelikle sermaye kaybı gündemiyle toplanan genel kurulda, genel kurul TTK m. 376/2'de belirtilen önlemlerden birini almazsa[115] veya bu gündemle toplantıya çağrılan genel kurul toplanamaz ve ikinci çağrı da sonuçsuz kalırsa şirket sona erecektir[116]. Bunun yanı sıra, öğretide bir görüş genel kurul toplantısında pay sahipleri arasında görüşmeler yapıldıktan sonra tekrar toplanma kararı alınırsa anonim şirkete bir şans verilmesi gerektiğini ve tekrar toplanma kararını iki önlemden birini almama şeklinde yorumlayıp

[111] Ünaldı, 2019: 558.
[112] *Ünaldı* minimum sermaye artışı açısından bir formül vermiştir. Buna göre, C: Sermaye, R: Yasal Yedekler, IoC: Sermaye artış tutarı olarak kodlandığında, "IoC= C +R -2E" olmalıdır. Bkz. Ünaldı, 2019: 558.
[113] Bu konuyla ilgili tartışmalara başlığında yer verdiğimiz için burada ayrıca değinilmeyecektir.
[114] Hükümde özvarlık ifadesi geçmekle birlikte, çalışmada "özkaynak" kavramı kullanıldığı için değiştirilmiştir.
[115] Kırca ve Gürel, 2017: 468; Karaman Coşgun, 2020: 216.
[116] Tekinalp, 2020: 293; Türk, 2015: 94.

şirketin sona erdiğinin kabulünün aşırı şekilcilik olduğunu savunmaktadır[117]. Kanaatimizce de bu durumda şirketin sona erdiğinin kabul edilmemesi gerekir. Zira bu durumda genel kurul toplanmış ancak karar vermeleri için bir süre gerekmiştir. Buna karşılık genel kurul toplantıya çağrılmamışsa[118] veya çağrılan genel kurula 2/3 oranında sermaye kaybı bildirilmemişse, genel kurulun bu hususta karar alması da söz konusu olamayacağından şirket sona ermez. Kanuna aykırılık sebebiyle şirketin uğradığı zarardan yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu söz konusu olabilir (TTK m. 553)[119].

Öğretide üçte ikilik sermaye kaybının hukuki sonucu olarak sona erme yaptırımının öngörülmesi eleştirilmektedir. Buna göre, şirketin borca batıklık durumunda bile ancak iflas kararı ile sona ermesi mümkünken sermayesi ile kanuni yedek akçelerinin toplamının üçte ikisini kaybettiği durumda, bir şirketin kendiliğinden sona ermesine yönelik düzenlemenin hukuk politikası açısından izahı güçtür[120]. Keza öngörülen yaptırım orantılı da değildir[121]. Kanaatimizce de hükme aykırılığa bağlanan sona erme yaptırımı yerinde değildir. Zira bu yaptırım, sermaye kaybı ve borca batıklık düzenlenmesinin kurgusuna uygun değildir. Nitekim şirketin üçte ikilik sermaye kaybı durumundan daha ağır bir finansal durumda bulunduğu borca batıklık durumunda dahi şirketin kurtarılabilme imkânı varken, TTK m. 376/2'de şirketin kendiliğinden sona ermesi birbiriyle çelişmektedir.

III. DEĞERLENDİRMEMİZ

Kanaatimizce TTK m. 376/2 birçok açıdan sorunlu bir hükümdür: İlk olarak sermaye kaybının tespitinin son yıllık bilançoya göre yapılması yerinde değildir. Zira aktiflerin muhtemel satış fiyatına göre bilanço uyarınca şirket, sermayesi ve kanuni yedek akçelerini karşılayacak tutarda varlığa sahip olmasına rağmen TTK m. 376/2'nin uygulama alanına girecektir. İkinci olarak üçte ikilik sermaye kaybının tespitinde kanuni yedek akçelerin de hesaplamaya dâhil edilmesi, hükmün sonuçlarıyla bağdaşmamaktadır. Zira TTK m. 376/1'in mehazı OR Art. 725/1'de sermaye kaybı düzenlemesiyle erken uyarı sistemi kurulmak istenmiştir. Oysa üçte ikilik sermaye kaybında, şirket sona ereceği için kanuni yedek akçenin sermayenin kaybında hesaplamaya dahil edilmesinin amacına aykırılık oluşturacaktır. Üçüncü olarak hükmün lafzında sorunlar bulunmaktadır. Örneğin "sermayenin üçte biri ile yetinme" ifadesi yerinde değildir. Bu sebeple, Tebliğ'de de değişikliğe gidilerek "sermayenin kalanı" kavramı kullanılmıştır. Bunun yanı sıra, bu yöntemin tercih edilmesi durumunda, kararın alınması için aranacak nisap, kararın alınmasını zorlaştıracaktır. Dolayısıyla bu duruma sonuç olarak sona ermenin bağlanması yerinde değildir. Dördüncü olarak aynı maddede düzenlenmesine rağmen, TTK m. 376/2 ile borca batıklık arasında çelişkiler bulunmaktadır. Buna göre şirketin borca batık hâlde olmasına rağmen, mahkemece iflâsın ertelenmesine karar verilebilmekte ve şirket, Türk Ticaret Kanunu 376/2'nin aksine seçenek olarak sunulan iki önlemler değil, kabul edilen projesinde yer alan çok sayıda önlemi uygulamaya koymak suretiyle mali durumunu iyileştirme imkânını elde etmektedir. Son olarak gerekçede hükmün amacı şirketin gerçek durumunun gösterilmesi olarak belirtilmiştir. Bu sayede alacaklılar veya yatırımcılar yanıltılmayacaktır. Oysa bilanço açığını yıllık bilançoyu inceleyerek görmek mümkündür. Sırf bu amaçla şirketi sona erme riskiyle karşı karşıya bırakmak yerinde

[117] Tekinalp, 2020: 293. Aynı yönde bkz. Türk, 2015: 94 dpn.108.
[118] Karaman Coşgun, 2020: 216.
[119] Türk, 2015: 94.
[120] Kırca ve Gürel, 2017: 468.
[121] Kırca ve Gürel, 2017: 468; Can, 2018: 17-18.

değildir[122]. Bu bağlamda, kanaatimizce hükmün yarattığı her sorun için farklı çözümler üretmek yerine, hüküm kanundan çıkarılmalıdır[123].

Kanaatimizce hüküm kanundan çıkarılarak şirketin finansal durumunun bozulması durumunda sermaye kaybından daha erken bir uyarı sistemi kurgulanmalıdır. Bu da, yönetim kuruluna getirilecek likidite planlama yükümlülüğü ile sağlanabilir. Likidite, şirketin yükümlülüklerine ilişkin nakit ihtiyaçlarını kayıpsız veya çok az kayıpla karşılayabilme gücünü ifade eder[124]. Likidite planlaması ile bir işletmenin vadesi gelen yükümlülüklerini karşılayacak düzeyde finansal kaynaklarının bulunup bulunmadığı veya bunları karşılamak için ciddi maliyetlere katlanmak zorunda olup olmadığı değerlendirilir. Bu sayede, henüz sermaye kaybedilmeden yönetim kurulu gerekli önlemleri almış olabilecektir. Nitekim İsviçre öğretisinde de aynı görüş ileri sürülmüş[125] ve İsviçre Borçlar Kanunu taslağında buna ilişkin yeni bir düzenleme yapılmıştır[126].

Son olarak TTK'de şirket zararının ne şekilde kapatılacağı ile ilgili düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple, şirket zararının belirli boyutlara ulaşması durumunda, genel kurulun hangi kararları alması gerektiği problem oluşturmaktadır. Bu sebeple, kanaatimizce şirket zararının kapatılmasında kullanılacak kaynakların sıralaması açısından açık bir düzenleme yapılmalıdır. Bu düzenleme yapılırken, şirket zararının gelecek yıla aktarılıp aktarılmayacağı ve şayet aktarılacaksa bunun koşullarına da yer verilmelidir[127].

SONUÇ

Bu çalışmada, son değişiklikler ışığında anonim şirkette sermaye ve kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kalmasının hukuki sonuçları incelenmiştir. TTK m. 376/2 uyarınca son yıllık bilançoya göre, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı anlaşıldığı takdirde, derhâl toplantıya çağrılan genel kurul, sermayenin üçte biri ile yetinme veya sermayenin tamamlanmasına karar vermediği takdirde şirket kendiliğinden sona erer. Buna göre, yönetim kurulu, sermaye kaybıyla beraber TTK m. 376/2'de yer alan kararları da açıkça belirterek genel kurulu derhâl toplantıya çağıracaktır.

Genel kurul, sermayenin üçte biri ile yetinme veya sermayenin tamamlanmasına karar vermediği takdirde şirket kendiliğinden sona erer (TTK m. 376/2). TTK'de genel kurulun alabileceği iki karardan söz edilmekle birlikte, genel kurul söz konusu iki kararı almayarak şirketin sona

[122] Türk, 2015: 101.

[123] Hükmün kanundan çıkartılması gerekliliği öğretide de önerilmektedir. Bkz. Aydın, 2012: 109; Türk, 2015: 101-103.

[124] Banks, 2014: 3 ve devamı.

[125] Glanzmann, 2019: 480; Wüstiner, 2016: Art. 725 N 9a; Böckli, 2015: 491.

[126] eOR 725 uyarınca yönetim kurulu şirketin ödeme gücünü izleyecek ve buna göre gerekli önlemleri alacaktır. Taslak metninin son hâli için bkz. https://unternehmerforum.ch/wp-content/uploads/2020/09/2241-Aktienrecht-Obligationenrecht-Stand-19.06.2020, (erişim tarihi: 17.02.2021). Hükmün incelenmesi ve eleştirisi için bkz. Böckli, 2015: 495 ve devamı.

[127] Bu konuda, İsviçre Borçlar Kanunu taslağında yeni bir düzenleme yapılmıştır. eOR Art. 674/1 uyarınca şirket zararının kapatılması açısından uygulanacak sıralama şu şekildedir: 1. Geçmiş yıllardan aktarılan kâr, 2. İsteğe bağlı kâr yedeği, 3. Kâr yedekleri ve 4. Sermaye yedekleri'. eOR Art. 674/2'de şirket zararının gelecek yıla aktarılması da açıkça düzenlenmiştir. Hüküm uyarınca şirket zararı, kâr yedeği veya sermaye yedeği ile mahsup edilmek yerine, kısmen veya tamamen yeni yıllık mali tablolara da aktarılabilir. Taslak metninin son hâli için bkz. https://unternehmerforum.ch/wp-content/uploads/2020/09/2241-Aktienrecht-Obligationenrecht-Stand-19.06.2020, (15.05.2021). Kanun değişikliğinin daha önceki taslakları için bkz. https://www.parlament.ch/en/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20160077, (15.05.2021).

ermesine de karar verebilir. Keza kanaatimizce şirketin, şirket zararını kapatmaya yetecek düzeyde kanuni yedek akçesi varsa, genel kurul kanuni yedek akçelerin çözülmesine de karar vermelidir. Aksi davranış sermayenin korunması ilkesine ve şirket menfaatine aykırılık oluşturur. TTK m. 376/2 uyarınca, genel kurul, ilk olarak sermayenin üçte biri ile yetinmeye karar verebilir. "Sermayenin üçte biri ile yetinme" ifadesi kalan sermaye ile yetinme olarak anlaşılmalı ve genel kurulun bu yöntemi seçmesi durumunda, esas sermaye azaltılmalıdır. Kanaatimizce, hükmün lafzı zararın tamamının şirket bünyesinden çıkartılmasını gerektirse de, TTK m. 376/1'in kapsamından çıkacak kadar sermayenin azaltılması yeterli olmalıdır. Bunun yanı sıra, bu seviyedeki sermaye kaybında genel kurul sermayenin tamamlanmasına karar verebilir. Kavram TTK m. 376'da açıklanmamakla birlikte, hükmün gerekçesinde sermayenin tamamlanması ile azaltılan sermaye kadar veya ondan fazla sermaye artırımı yapılması, bilânço açıklarının pay sahiplerinin tümünce veya bazı pay sahipleri tarafından kapatılması ya da bazı alacaklıların alacaklarını silmesinin kastedildiği belirtilmektedir. Bununla birlikte, üçte ikilik sermaye kaybında sermayenin doğrudan artırılmasının da bir seçenek olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Tebliğ'de ise genel kurulun bu yönde karar alabileceği düzenlenmiştir. Kanaatimizce bu sorun tamamlama kavramının geniş yorumlanmasıyla çözülebilir. Zira hükümde önemli olan üçte ikilik sermaye kaybının sonucu olarak tamamlama kararının alınması ve bu durumun ortadan kaldırılmasıdır. Bu sebeple, pay sahipleri tarafından yapılacak ödemeyle de veya sermayenin artırma yöntemleriyle de sermayenin eksilen kısmı tamamlanabilir. Bu sebeple, sermayenin tamamlanması pay sahiplerinin yapacakları ödemeler veya sermayenin artırılması olarak ikiye ayrılarak incelenmiştir.

Genel kurul pay sahipleri tarafından yapılacak ödemeyle sermayenin tamamlanmasına karar verebilir [TTK m. 376/2; Tebliğ, m. 7/1(b)]. Buna göre ilk seçenek genel kurulda, sermayenin tümünü oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin oybirliğiyle, bilanço zararının tüm pay sahipleri tarafından kapatılmasına karar vermesidir [TTK m. 421/2(a)]. İkinci olarak sermayenin karşılıksız kalan kısmı, bazı pay sahipleri tarafından da kapatılabilir. Kanaatimizce şirket sermayesi asgari sermaye tutarını sağladığı müddetçe, eksilen sermayenin tamamının tamamlanmasına gerek yoktur. Zira bazı pay sahiplerinin şirkete bağışta bulunması durumunda bunların kabul edilmeyerek şirketin sona ereceğini kabul etmek şirketin menfaatine aykırı olur. Bilanço zararlarının kapatılması için getirilen yükümlülükler uyarınca yapılan ödemeler özkaynaklar içerisinde sermaye tamamlama fonu hesabında toplanır ve takip edilir (Tebliğ, m. 9/3). Tebliğ'de bu fonun, yalnızca zararların mahsup edilmesi suretiyle kullanılabileceği düzenlenmiştir (Tebliğ, m. 9/4). Bu hüküm, vergi hukukunda yapılan yanlış bir uygulamanın önüne geçmek amacıyla düzenlenmiştir. Nitekim vergi hukuku açısından bu fon, şirketin elde ettiği bir gelir olarak nitelendirilmekte ve bunun üzerinden vergi alınmaktadır. Kanaatimizce sermaye tamamlama fonu, vergi hukuku açısından gelir olarak nitelendirilmemelidir. Zira bu ödemeler, şirketin zararını kapatmak için olup sadece bu amaçla kullanılabilirler.

Sermayenin artırılması açısından genel kurul üç farklı seçeneği uygulayabilir. Bunlar sermayenim azaltılarak artırılması, azaltma yapmaksızın artırılması ve artırılarak azaltılmasıdır. Sermayenin üçte ikisinin kaybı hâlinde genel kurul, sermayenin zarar sonucu ortaya çıkan kayıp kadar azaltılması ile birlikte eş zamanlı olarak istenilen tutarda artırımına karar verebilir [Tebliğ, m. 10/1(a)]. Bunun yanı sıra genel kurul, sermayenin zarar sonucu ortaya çıkan kayıp kadar azaltılması yoluna gidilmeden sermaye artırımına karar verebilir [Tebliğ, m. 10/1(b)]. Tebliğ'de bu yöntemin tercih edilebilmesi için ödemeye ilişkin ek bir koşul da getirilmiştir. Buna göre, bu şekilde yapılacak sermaye artırımında, tescil edilecek sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının en az yarısının özkaynak içerisinde korunmasını sağlayacak tutarın sermaye

artırımının tescilinden önce ödenmesi zorunludur [Tebliğ, m. 10/1(b)]. Son olarak genel kurul, bedelleri tamamen ödenmek suretiyle, (b) bendindeki koşul aranmaksızın, sermayenin istenilen düzeyde artırılmasına ve daha sonra azaltılmasına karar verebilir [Tebliğ, m. 10/1(c)]. Bu şekilde gerçekleştirilecek işlemler sonucunda, tescil edilecek sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının en az yarısının özkaynak içinde korunması zorunludur. Kanaatimizce Tebliğ m. 10/1(b) ve (c) ile yapılmak istenen, üçte ikilik sermaye kaybının sonucu olarak bu iki yöntem tercih ediliyorsa, bu işlemin sonucunda şirketin en azından TTK m. 376'nın uygulama alanından çıkartılmasının sağlanmasıdır. Zira sermaye ile kanuni yedek akçe toplamının yarısının karşılıksız kalması anında TTK m. 376/1 uygulanmaya başlanacaktır. Başka bir deyişle, Tebliğ'de sermaye kaybı sonucunda eksilen sermayenin ne kadarının tamamlanması gerektiğine ilişkin bir çözüm getirilmeye çalışılmıştır. Kanaatimizce yapılmak istenen doğru olmakla birlikte bu düzenleme kanunla yapılmalıdır.

Genel kurul sermayenin üçte biri ile yetinme veya sermayenin tamamlanmasına karar vermediği takdirde şirket sona erer (TTK m. 376/2). Kanaatimizce hükme aykırılığa bağlanan sona erme yaptırımı yerinde değildir. Zira bu yaptırım, sermaye kaybı ve borca batıklık düzenlenmesinin kurgusuna uygun değildir. Nitekim şirketin üçte ikilik sermaye kaybı durumundan daha ağır bir finansal durumda bulunduğu borca batıklık durumunda dahi şirketin kurtarılabilme imkânı varken, TTK m. 376/2'de şirketin kendiliğinden sona ermesi birbiriyle çelişmektedir.

Bu bağlamda, kanaatimizce birçok açıdan sorun oluşturan hüküm kanundan çıkartılmalıdır. Bunun yerine, yönetim kuruluna likidite planlama yükümlülüğü getirilerek mevcut düzenlemelere göre daha erken bir seviyede yönetim kurulu harekete geçirilmelidir. Bunun yanı sıra, şirket zararının kapatılmasında kullanılacak kaynakların sıralaması açısından açık bir düzenleme yapılmalıdır. Bu düzenleme yapılırken, şirket zararının gelecek yıla aktarılıp aktarılmayacağı ve şayet aktarılacaksa bunun koşullarına da yer verilmelidir.

KAYNAKÇA

Aksu Özkan, R. (2019). Finansal tabloların tutulması ve hukuksal sonuçları. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Altaş, S. (2017). Anonim şirketlerde kaybedilen sermaye hangi yöntemlerle tamamlanabilir?. Legal Mali Hukuk Dergisi, C13(45), 23-33.

Aydın, A. (2012). Türk Ticaret Kanunu'nun anonim ortaklıkta sermaye kaybı ve borca batıklığa ilişkin düzenlemesine (TK m. 376) eleştirel bir bakış. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, LXX(2), 101-114.

Ayoğlu, T. (2017). Sermaye avansı kavramı üzerine düşünceler. Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, (s. 29-58). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık. (2017a)

Ayoğlu, T. (2017). TTK m. 376 f. 1 ve 2 hükümlerine ilişkin düşünceler. Legal Hukuk Dergisi, 15(172), 1581-1603. (2017b)

Bahtiyar, M. (2021). Ortaklıklar hukuku. İstanbul: Beta Yayınevi.

Banks, E. (2014). Liquidity risk: managing funding and asset risk. Houndmills - Basingstoke-Hampshire: Palgrave Macmillan.

Bayazıtlı, E., Çelik, O. ve Gürdal, K. (2016). Genel muhasebe. Ankara: Siyasal Kitabevi.

Bilgili, F. ve Demirkapı, E. (2013). Şirketler hukuku. Bursa: Dora Yayınevi.

Böckli, P. (2009). Schweizer aktienrecht mit fusionsgesetz, börsengesellschaftsrecht, konzernrecht, corporate governance, recht der revisionsstelle und der abschlussprüfung in neuer fassung -unter berücksichtigung der angelaufenen revision des aktien- und rechnungslegungsrechts. Zürich - Basel – Genf: Schulthess Verlag.

Böckli, P. (2015). Der «aktuelle Liquiditätsplan» des Vorentwurfs – Ein neuer Fokus für Verwaltungsrat und Revisor in einer drohenden Finanznotlage. Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, (5), 490-505.
Can, M.E. (2018). Anonim şirkette sermaye ve kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin kaybının hukuki sonuçları. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C13(1), 1-36.
Cenkci, E. (2015). Anonim ortaklıklarda kayıtlı sermaye sistemi. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
Çevik, O. N. (1988). Anonim şirketler. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
Forstmoser, P., Meier Hayoz, A. ve Nobel, P. (1996). Schweizerisches aktienrecht. Bern: Stämpfli Verlag.
Glanzmann, L. (2019). Konzept und praxis der aktienrechtlichen sanierung. Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, (5), 465-480.
Gökçen, G. Genel muhasebe. İstanbul: Beta Yayıncılık.
Handschin, L. (2018). Zürcher kommentar, obligationenrecht Art. 698-726 und 731b OR, die aktiengesellschaft, generalversammlung und verwaltungsrat mängel in der organisation. Zürich - Basel – Genf: Schulthess Verlag.
Homburger, E. (1997). Der verwaltungsrat, Art. 707-726 OR, kommentar zum schweizerischen zivilgesetzbuch, obligationenrecht, 5. teil: die aktiengesellschaft. Zürich - Basel – Genf: Schulthess Verlag.
Karaman Coşgun, Ö. (2020). Anonim şirketlerde sermaye ve kanuni yedek akçeler toplamının belirli oranlarda kaybı ve borca batıklık hali, alınması gereken önlemler, çözüm önerileri. Murat Alışkan, Bilge Utkan Mersin, Sinan Sarıkaya (Yay. Haz.). Sermaye şirketleri hukukunda güncel gelişmeler sempozyumu (Tebliğler-Tartışmalar, 19 Haziran 2019) (s. 1-22). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
Karayalçın, Y. (1988). Muhasebe hukuku. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
Kaya, M. İ. (2007). Ticaret Kanunu ve TTK tasarısının yönetim kuruluna anonim ortaklığın mali durumunun bozulması halinde yüklediği yükümlülükler. Kazancı Hukuk, (37-38), 7-32.
Kayar, İ. (1997). Anonim ortaklıkta mali durumun bozulması ve alınacak tedbirler. Konya: Mimoza Yayınları.
Kayar, İ. (2012). Yeni TTK'ya göre anonim şirkette sermaye kaybı ve borca batıklığın tespiti ve sonuçları. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları, C18(2), (6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken Sempozyumu), 643-658.
Kendigelen, A. (2015). Hukuki mütalâalar (Mahkeme kararları ile birlikte) C. XII: 2012-2013/1. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
Kendigelen, A. (2016). Yeni Türk Ticaret Kanunu değişiklikler, yenilikler ve ilk tespitler. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
Kırca, İ. ve Gürel, M. (2017). Sermaye kaybı veya borca batıklık halinde birleşmeye katılma. Prof. Dr. Hikmet Sami Türk'e Armağan, (s. 463-496), Ankara: Turhan Kitabevi.
Kırca, İ., Şehirali Çelik, F. H. ve Manavgat, Ç. (2013). Anonim şirketler hukuku, C. 1, temel kavram ve ilkeler, kuruluş, yönetim kurulu. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
Krneta, G. (2005). Praxiskommentar verwaltungsrat, Art. 707–726, 754 OR und spezialgesetze. Bern: Stämpfli Verlag.

Kopta Stutz, B. (2019). Gerichtliche sanierungsverfahren für schweizer aktiengesellschaften hochschulschrift. Zürich - Basel – Genf: Schulthess Verlag.
Moroğlu, E. (2018). Anonim ortaklıklarda sermaye artırımı. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
Öçal, A. (1975). Anonim şirketlerde mali durumun bozulmasının ortaya çıkardığı bazı hukuki sorunlar. Adana Ticaret Odası Dergisi, (6), 9-22.
Özkorkut, K. (2019). '6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun (TTK) 376 ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ' hakkında düşünceler. Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan. (s. 975-993). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
Paslı, A. (2018). Yargıtay kararları ışığında anonim şirket sermaye artırımı. Yürürlüğünün 5. yılında ve Yargıtay kararları ışığında Türk Ticaret Kanunu sempozyumu (20.10.2017). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
Pulaşlı, H. (2018). Şirketler hukuku şerhi C. 3. Ankara: Adalet Yayınevi.
Pulaşlı, H. (2021). Şirketler hukuku genel esaslar. Ankara: Adalet Yayınevi.
Schenker, U. (2009). Möglichkeiten zur privatrechtlichen sanierung von aktiengesellschaften. Schweizerische Juristen Zeitung, (105), 485-497.
Sevilengül, O. (2016). Genel muhasebe. Ankara: Gazi Kitabevi.
Soykan, İ. C. (2019). Türk Ticaret Kanununa göre anonim ortaklıklarda sermaye taahhüdü yoluyla sermaye artırımı. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
Şener, O. H. (2019). Teorik ve uygulamalı ortaklıklar hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
Tekinalp, Ü. (1979). Anonim ortaklığın bilançosu ve yedek akçeleri. İstanbul: Fakülteler Matbaası.
Tekinalp, Ü. (2020). Sermaye ortaklıklarının yeni hukuku. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
Tekinalp, Ü., Poroy, R. ve Çamoğlu, E. (2019). Ortaklıklar hukuku II. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
Teoman, Ö. (2001). Ticaret hukukunun güncel sorunları II - kayıtlı sermaye sistemini kabul eden anonim ortaklıklarda TTK m. 324 denetimi. Otuz Yıl Ticaret Hukuku -Tüm Makalelerim- C. II (1982-2001), (s. 976-977). İstanbul: Beta Yayınevi.
Tufan, A. Ş. (2019). 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre anonim şirketlerde sermaye kaybı ve borca batıklık kavramları ile sermayesini kaybetmiş veya borca batık anonim şirketlerin birleşmeye katılması. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul.
Turan, G. (2020). Ticaret Bakanlığı'nın TTK 376 hükmünün uygulama esaslarına ilişkin tebliğinin üçte iki sermaye kaybı halinde doğrudan sermaye artırımı yapılabilmesine imkân tanıyan hükümleri üzerine düşünceler. Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku, C6(1), 142-153.
Türk, A. (1999). Anonim ortaklıkta sermaye kaybı ve borca batıklığın hukuki sonuçları. Ankara: Nobel Yayıncılık.
Türk, A. (2015). Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun getirdiği değişiklik ve yeniliklerle anonim ortaklıkta sermaye kaybı ve hukuki sonuçları. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C17(2), 63-112.
Türk, A. (2016). Anonim ortaklıkta borca batıklık ve iflâsın ertelenmesi konusunda 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Yürürlük Kanunu ile getirilen yenilik ve değişiklikler. BATİDER, C. XXXII(1), 5-60.
Üçışık, G. ve Çelik, A. (2013). Anonim ortaklıklar hukuku C. I. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
Ünaldı, M. (2019). 6102 sayılı TTK'nun 376. maddesinin uygulamasına yönelik genel tebliğ kapsamında finansal tablolar açısından teknik iflas ve borca batıklık. Legal Mali Hukuk, 15(171), 541-570.

von Büren, R., Stoffel, W. A. ve Weber, R. H. (2011). Grundriss des aktienrechts mit berücksichtigung der laufenden revision. Zürich - Basel – Genf: Schulthess Verlag.
Wibmer, J. K. (2016). Aktienrecht kommentar, aktiengesellschaft, rechnungslegungsrecht, VegüV, GeBüV, VASR. Zürich: Orell Füssli Verlag.
Wüstiner, H. (2016). Basler kommentar obligationenrecht II Art. 530-964 OR. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt and Rolf Watter (Yay. Haz.), Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag.
Yalçın, E. (2015). Uluslararası finansal raporlama. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

AVRUPA KONSEYİ SİBER SUÇ SÖZLEŞMESİ'NİN TÜRK CEZA VE CEZA MUHAKEMESİ KANUNU'NA ETKİLERİ

Arş. Gör. Şeyma Nur Demiray
GOP Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID NO: 0000-0003-0807-367X

Öz

Sanayi devriminden itibaren hız kesmeden devam eden teknoloji devrimi, son yüzyıla adını verecek kadar dünyada etkili olmuştur. Teknoloji denilen ve sonu hiç kimse tarafından öngörülemeyen bu olgu sadece dünyayı veya toplumu etkilemekle kalmamış, etkilediği her şeyi iyi veya kötü değişikliğe de uğratmıştır. Bu dönüşümün elbette ki hukuka da sirayet etmesi kaçılmazdır. Bilinen klasik suçlar teknoloji vasıtasıyla işlenmeye başlanmış ve bu noktada suçla mücadelede bilinen yöntemler yetersiz kalmıştır. Klasik suç tipleri olan hırsızlık, dolandırıcılık gibi suçların bilişim vasıtasıyla işlenmesi hukuk dünyasında yeni bir yaklaşım tarzı benimsenmesine yol açmıştır. Özellikle internet ortamının yeni bir suç alanı haline getirilmesi sonucunda suçluların anonimleşmesi, suçlarla ilgili yeni kavramların ortaya çıkması, suçlularla mücadelede eğitimli kişilerin azlığı gibi faktörler yeni bir suç politikasına ihtiyaç duyulmasına neden olmuştur. Ayrıca bilişim suçlarının ülke sınırlarını aşması uluslararası bir tepki gösterilmesi gerekliliğini doğurmuştur. Bu nedenlerle yola çıkan Avrupa Konseyi; bilişim suçları ile mücadele de tek mevzuat oluşturmak için çalışmalara başlamıştır. Çalışma sonunda Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi ortaya çıkmıştır. Bu sözleşme ille birlikte bilişim alanındaki suçlarla mücadele de ne yapılması gerekliliği, hangi fiillerin suç olarak düzenleneceği, soruşturma ve kovuşturma usulleri, karşılıklı yardımlaşmaya ilişkin hükümler ve iade kuralları hakkında taraf ülkelere yükümlülükler getirmiştir. Avrupa Konseyi kurucu üyesi olan Türkiye'nin 10.11.2010 tarihinde imzaladığı Avrupa Konseyi Siber Suçlar Sözleşmesi, 29.09.2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin yürürlüğü girmesinden itibaren mevzuatımızda değişiklikler de gerçekleşmiştir. Çalışmamızda bu sözleşmenin Türk Ceza Hukuku ve Ceza Muhakemesi Hukukuna etkilerini, yapılan mevzuat değişikliklerini ve bu değişikliklerin sözleşme ile uyumlarını inceleyeceğiz.

Anahtar Kelimeler : Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi, TCK, CMK, bilişim suçu

GİRİŞ

Bilişim suçlarının, klasik suçlar olarak nitelendirilen adam öldürme, tecavüz, hırsızlık, dolandırıcılık gibi herkes ve her ülke bakımından suç olarak kabul edilen bir suç tipi olması yakın bir zamana rastlamaktadır. Gerçekten de, bilişim suçlarının literatüre girmesi, teknoloji denilen devrimin başlangıcı ile paralellik arz etmektedir.

Bilişim suçlarını, bahsettiğimiz diğer suçlardan ayıran en büyük özellik bu suçlarla mücadele kısmında karşımıza çıkmaktadır. Bilişim suçları ile mücadele ulusal boyut ile sınırlı kalmamaktadır. Teknoloji ve internetin dünyayı globalleştirmesinin sonucu olarak, teknoloji ve internet kullanılarak işlenen bilişim suçları da global ölçekte işlenen bir suç tipi olmuştur. Ülkeler, uluslararsı işbirliği ve mücadele olmaksızın bilişim suçları ile baş edemeyeceklerini bir noktada fark etmişlerdir. Mevzuatların uyumlaştırılması, uluslararası alanda mücadelede gerçekleştirilmesi gereken, en önemli ve etkili yöntem olarak öne çıkmaktadır.

Bu bağlamda, Avrupa Konseyi, özellikle mevzuat birliği oluşturmak için çalışmalar başlatmıştır. Bunun üzerine Avrupa Suç Sorunları Komitesi (CDPC), CDPC/103/211196 sayılı kararla, Kasım 1996'da bilişim suçlarıyla ilgilenecek bir uzmanlar komitesi kurmaya karar vermiştir.[1] "Siber Uzay Suçları Uzmanları Komitesi (PC-CY)" adı verilen bu komite Nisan 1997'de çalışmaya başlamış ve siber suçlara ilişkin uluslararası bir konvansiyon taslağı üzerinde görüşmeler yapmıştır. Dört yıl boyunca bu taslağın üzerinde çalışan Komite, 2001 yılında Siber Suç Sözleşmesi'ni Avrupa Konseyi'ne sunmuştur. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 8.11.2001 tarihinde bu sözleşmeyi kabul etmiştir. Devletlerin imzasına 1.7.2004 tarihinde Budapeşte'de açılan Avrupa Siber Suç Sözleşmesi, imzaya açıldığı yer itibariyle Budapeşte sözleşmesi olarak da anılmaktadır.

2004 yılında yürürlüğe giren Avrupa Birliği Siber Suç Sözleşmesi bilişim suçları ile daha etkin mücadele için hazırlanmıştır. İmzalayan ülkeler mevzuatlarını, sözleşme maddelerine göre düzenleyeceklerini taahhüt etmektedirler. Sözleşme, bilişim suçları (sözleşmede siber suç "cybercrime" olarak kullanılmaktadır) alanında bağımsız bir dil kullanarak ortak bir mevzuat

[1] Council of Europe, Explanatory Report to the Convention on Cybercrime, https://rm.coe.int/16800cce5b E.T.

oluşturmak amaçladıklarını belirtmiştir. Sözleşme, özellikle telif hakkı ihlalleri, bilgisayarla ilgili dolandırıcılık, çocuk pornografisi ve ağ güvenliği ihlallerini ele alan, internet ve diğer bilgisayar ağları aracılığıyla işlenen suçlara ilişkin ilk uluslararası anlaşmadır. Ayrıca, bilgisayar ağlarının aranması ve müdahale gibi bir dizi yetki ve prosedürü içerir.

Önsözde belirtilen temel amacı, özellikle uygun mevzuatı kabul ederek ve uluslararası işbirliğini teşvik ederek, toplumu bilişim suçlarına karşı korumaya yönelik ortak bir suç politikası izlemektir.

Türkiye, Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi'ni 10.11.2010 tarihinde imzalamış, 22.04.2014 tarihinde 6533 sayılı kanunla uygun bulunmuştur. Sözleşme, Bakanlar Kurulu'nun, 8.7.2014 tarihli 2014/6656 sayılı Karar ile onaylamıştır. Türk Ceza Kanunu'nda yer alan bilişim suçları onay kanunundan sonra sözleşmenin öngördüğü şekilde değişikliğe uğramıştır.

Hem 765 sayılı kanunda hem de 5237 sayılı kanunda topluma karşı suçlar kısmında düzenlenen bilişim suçları, ululsalararası mevzuata uyum sağlama yönünde ne kadar etkili olabilmiştir? Bağımsız dil kullanılarak hazırlandığı belirtilen Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi, ülkesel faktörler ve kanunlar yapılırken kullanılan amaçlar da göz önüne alınarak düzenlenen maddelerde, başarılı bir "ortak mevzuat" oluşturabilmiş midir?

1- GENEL OLARAK

Bilişim suçları, tarihi çok da eski olmayan bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Modern toplum olgusu ile birlikte gelişen teknoloji, beraberinde yeni suçların doğmasına vesile olmuştur. Günümüz modern yaşama düzeninin ana konularını oluşturan ekonomi, sağlık, eğitim, bilimsel araştırmalar, idare, savunma vb. pek çok yaşamsal alanda bilişim sistemleri vazgeçilmez araçlar olmuşlar ve bu alanların pek çok yerinde insan gücünün yerini almışlardır.[2] Bilginin sunulmasında ve paylaşılmasında yeni bir kitle iletişim aracı olan internet, insanlığa sayısız olanaklar sağlamanın yanı sıra, çeşitli hukuka aykırı eylemlerin gerçekleştirilmesine bir araç olarak kullanılması ve bu yönde gelişim göstermesi beklenen ve beklenmesi gereken bir durumdu.[3] Öyle ki; bazı hukukçular sorunun boyutlarını anlatmak için interneti "Vahşi Batı" ya

[2] Demircan, T.,LL.M. (2016), Bilişim Alanında Suçlar, Legal Yayıncılık, s.83

[3] Koca, M. (2003), "Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi'nin Maddi Ceza Hukuku Alanında Öngördüğü Düzenlemeler ve Türk Hukuku", Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt 3, Beta Yayınevi, s.785

benzetmişlerdir.[4] Bilişim suçları karşımıza iki şekilde çıkmaktadır. Birincisi, bilişim alanındaki suçlar olup, yetkisiz erişim, bilişim sistemine veya verilere müdahale gibi salt bilişim alanaında işlenen suçlardır.[5] İkincisi ise, bilişim sistemleri aracılığıyla işlenen suçlar olup klasik olarak adlandırdığımız suçalrın bilişim aracılığıyla işlenmesidir.[6]

1970'li yıllardan itibaren hayatımıza giren bilişim suçlarının tanımı noktasında bir birlik söz konusu değildir. Doktrinde bu suç tipleri isimlendirilken "bilgisayar suçları" ibaresi "bilişim suçları" kavramının yerine geçecek şekilde kullanıldığı görülmektedir.[7] Gene, doktrinde bu suç tiplerini farklı ölçütlere göre tanımlayanlar da mevcuttur. Bu ölçütleri; bilgisayarın amaç veya araç olmasını içeren, bilişim suçlarını malvarlığı aleyhine karşı suçlar sayan, bilişim sistemleri ile bağlantılı suçları esas alan, bilgisayar kullanımını esas alan ve son olarak suç işleyen faili esas alan şeklinde sayabiliriz.[8] Aslında bilişim suçu, ceza hukukunun içinde tanımlanmasının yanında, gelişmekte olan bilişim hukuku ve bilişim teknolojisinin de içinde olduğu bir tanımı ifade ettiği belirtilmektedir.[9] Bilişim suçları teknoloji bağlantılı olduğu için çıkan her yeni olgu, tanımının da değişikliğe uğramasına yol açmakta veya kişilerin farklı şekilde temellendirmesine bağlı olarak değişmektedir.[10] Önceleri sadece bilgisayar temelli işlenen bu suçlar gün geçtikçe varyasyonlarını artırarak karşımıza çıkmaktadır. Bu, tanımların da bu denli çeşitli olmasına yol açmaktadır.[11] Herkesin genel olarak kabul ettiği tanım, Avrupa Ekonomik Topluluğu Uzmanlar

[4] Keyser, M. (2003), The council of europe convention on cybercrime. Journal of Transnational Law & Policy, 12(2), s.287

[5] Erdem, M, Özocak, G., Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi ve Türk Hukukuna Etkileri, http://ozocak.com/Dosyalar/27669f.pdf E.T. 20.05.2021, s.2

[6] Erdem, Özocak, s.2

[7] Artuk, E., Gökçen, A., Yenidünya, C. (2014), Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, 14. Baskı, s. 742;

[8] Eker, Ö.U. (2006), "Türk Ceza Hukuku'nda Bilişim Suçları" Eski TCK Bağlamında Hukukumuzda Yer Alan İlk Düzenlemeler ve 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nun İlgili Hükülerinin Yorumu, TBB Dergisi, sayı:62, s.103

[9] Akbulut, B. (2017), Bilişim Alanında Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2. Baskı, s.29

[10] Bknz: "Herben Edelherz (1977) bu konuda "Computer while,coll:[crirne" (beyaz yakalı-bilgisayar suçları) deyimini kullanmaktadır.
August Bequai (1978) Bilgisayar suçuyla ilgili bir tanım bulunmadığını öne sürmektedir. Onun tanınma göre 'bilişim suçu", "beyaz yaka suçu" adı verilen daha büyük bir suç eyleminin bir tanımını oluşturmaktadır.
Rainer A, H. von zur Miihlen "Computerkiminalitaet" deyimini ifade etmektedir. Bilgisayarın (bilişim sisteminin) kendisi suçlu olamayacağından " Bilişim suçluluğu" haklı olarak eleştirlmektedir.
Von zur Mühlen, "Computerkriminalitaet" deyimi ile bilgisayarlara (bilişim sistemlerine) yöneltilen veya bilgisayarların araç olarak kullnıldıkları her türlü suç eylemini kastetmektedir. (1975). Bu terim suçun çeşitli hukuki tanılarını da kapsamaktadrr. Bu suçlardaki ortak elemanlar araç ve hedeftir. Von zur Mühlen "suç eyIemleri" olarak cezalandırılamayacak ancak maliyetleri ve karakterleri dolayısıyla suç saylılması gereken eylemleri ifade etmektedir." Aydın, E. D. (1992), "Bilişim Sisteminde Güvenlik, Güvenirlik, Mahremiyet ve Bilişim Suçları" Marmara İletişim Dergisi, Sayı:1, Aralık, s.121-122; Eker, s.103

[11] Bknz: Tezcan, D., Erdem, M. R., Önok, R. M., (2010), Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınları, 7. Baskı, s. 766 Dülger M. V. (2004), Bilişim Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, S.63, s. 66 vd.

Komisyonu'nun yaptığı tanımdır. Buna göre bilişim suçları; bilgileri otomatik işleme tabi tutan veya verilerin nakline yarayan bir sistemde, gayri kanuni, gayri ahlaki veya yetki dışı gerçekleştirilen her türlü davranıştır. [12]

Bilinen ilk bilişim suçu, 18 Ekim 1966 tarihli Minneapolis Tribune de yayınlanan "Bilgisayar Uzmanı Banka Hesabında Tahrifat Yapmakla Suçlanıyor" başlıklı makale ile kamuoyuna yansımıştır.[13] İlk bilişim suçlularının suç amaç ve saiki, bugünkü suçlularınkinden farklıydı; ilk olarak ABD'de Bell telefon sisteminden uzun mesafeli telefon konuşmalarını bedava yapmak için bir kısım kör gençlerin bu yola başvurması bilişim suçlarının başlangıcını oluşturdu diyebiliriz, Phreaker adı verilen bu gençler için bu işi yapmak tamamen bir eğlence vasıtası idi.[14] Onlar telefon şirketini dolandırarak özgürleştirdiklerini düşünüyorlardı.[15]

Bilişim suçlarının tercih edilmesinin nedenlerini; işlemesi kolay ama işleyen şahsı belirlenmesinin zor olması, zaman ve mekana bağlı olmaksızın gerçekleşmesi ve anlık olması, arkada hareketi saptamaya yarayacak çok az iz bırakmasını şeklinde sayabiliriz. Ayrıca, bilişim suçları sadece ülkesel bazda kalacak şekilde gelişme göstermedi. İnternet ve teknolojinin verdiği sonsuz imkanlar sayesinde bilişim suçları ülke sınırlarını aşıp uluslararası bir boyuta ulaşmıştır. Bu durum da oluşan suçların cezalandırılması noktasında büyük bir boşluğun olduğu gerçeğini ortaya çıkartmıştır. Gerçekten, ceza hukukuna egemen olan yasallık ilkesi nedeniyle klasik suç tiplerinin bilişim alanında gerçekleşen ihlalleri de geniş kapsayacak bir şekilde yorumlanması her zaman mümkün olmamakta idi.[16]

Örnek vermek gerekirse; 2000 yılı Mayıs ayında "love bug" adıyla bilinen bir bilgisayar virüsü ortaya çıkmış ve kısa sürede dünyaya yayılmıştır. Kendisini çoğaltarak bulaştıkları bilgisayarlardaki dosyaları silmek için tasarlanan bu virüsün ağa girdikten itibaren ilk saatlerinde 270.000 bilgisayara bulaştığı rapor edilmiştir. "Ford Motor Company" ve "Dow Chemical Company" isimli büyük şirketler ile Lordlar Kamarası'nın bilgisayar sistemi üzerinde etki yapacak kadar geniş bir yayılma alanı göstermiştir. Yapılan araştırma sonucu virüsün Filipinler'den orataya çıktığı anlaşılmıştır ve fakat bu ülkede virüs yaymanın suç olmadığından

[12] Dülger, s.815
[13] Kurt, L. (2005), Açıklamalı- İçtihatlı Tüm Yönleriyle Bilişim Suçları ve Tckdaki Uygulaması, Seçkin Yayıncılık, s.53
[14] Kurt, s.54
[15] Kurt, s.54
[16] Tezcan, Erdem, Önok, s.765

şüphelinin evi için gereken arama kararının çıkarılması yerel savcının virüs yayma eyleminin suç oluşturup oluşturmadığına yönelik bir mevzuat taraması yapmasından dolayı günler sürmüştür. Onel de Guzman adlı saldırgan hakkında kredi kartı dolandırıcılığı yasasına muhalefet ve hırsızlık suçlarından dava açılmış ancak, eyleme kredi kartı yasası uygulanamayacağından ve hırsızlık suçu için de yeterli delil bulunmadığından dava düşürülmüştür. Bu virüsün yirmiden fazla ülkede bilgisayarlardaki dosyaların silinmesine sebep olması, elektronik posta trafiğini engellemesi yanında, üretim kaybı nedeniyle 10 milyar dolar zarar doğurduğu tahmin edilmektedir.[17]

2015 yılına ait bir rapor, siber suç mağdurlarının dünya çapında her yıl 388 milyar dolar kaybettiğini, bu işin küresel çaptaki marihuana, kokain ve eroin ticaretinden daha karlı olduğunu ve son bir yılda siber suçluluğun %34 arttığını ortaya koymaktadır.[18] Son yapılan araştırmalara göre ise, siber suçların dünya genelinde verdiği zararın 2021 yılına kadar 6 trilyon dolara ulaşacağı tahmin edilmektedir.[19] Covid – 19 salgını ile beraber bilişim suçlarında da artış olduğu aşikardır. Pandemi boyunca eğitim, iş, eğlence, alışveriş her şeyi çevrimiçi yapar hale geldik. Bu durum da bilişim suç failleri için kaçınılmaz bir fırsat olmuştur. Avrupa Komisyonu, Europol ve Interpol ile birlikte güvenli bağlantı sağlanması için çeşitli bilgi notları paylaşmıştır.[20] Özellikle, Covid- 19 ile ilgili yanlış haberlerin artışı ve yayılışında, kritik sağlık kurumlarının alt yapılarına siber saldırıların oranında ve ilaç, hijyen ve temizlik malzemelerinin satışına yönelik yapılan dolandırıcılık suçlarında artış gözlemlendiği belirtilmiştir.[21]

Tüm bunlar sonucunda ortak bir mevzuata duyulan ihtiyaç daha da belirgin hale gelmiştir. Bilişim suçları ile savaşmanın en önemli ayaklarından birini mevzuat bütünlüğünün oluşturacağı artık daha kesin bir dille söylenmeye başlanmıştır. Devletlerin, aynı farkındalık ve hassasiyette olması, ulusal ceza ve ceza muhakemesi hukuku mevzuatları arasında uyumluluk sağlanması ve bu yolla suçlular için sığınma limanlarının yok edilmesi ve uluslararası işbirliğinin geliştirilmesi gerekliliği anlaşılmış ve bu yönde uluslararası alanda bazı adımlar atılmıştır.[22]

[17] Pallı, H. (2008), Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Bilişim Suçları, Kayseri, Kasım, (Yüksek Lisans Tezi), s.91-92

[18] Internet Security Trends Report 2015, Symantec, https://docs.broadcom.com/doc/istr-22-2017-en E.T.20.05.2021

[19] Cantürk, S. (2018) , "Bireysel Siber FarkındalıknAraştırması", https://home.kpmg.com/tr/tr/home/gorusler/2018/05/bireysel-siber-farkindalik_arastirmasi.html E.T.20.05.2021

[20] Make Your Home a Cyber Safe Stronghold, https://www.europol.europa.eu/activities-services/public-awareness-and-prevention-guides/make-your-home-cyber-safe-stronghold E.T.20.05.2021

[21] Cybercrime and COVID-19, https://www.coe.int/en/web/cybercrime/-/cybercrime-and-covid-19 E.T.20.05.2021

[22] Özbek, M.(2015),"Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesinin Türk Ceza Hukukuna Etkileri, GSI/ Part 6, Summer, s.75

Bu kapsamda Avrupa Konseyi, ülkelerin ulusal mevzuatı ile uluslararası mevzuatın aynı yöne bakması adına bir çalışma başlatmıştır. Buna yönelik olarak Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi hazırlanmıştır. Sözleşmenin açıklayıcı memorandumunda[23] bu süreç detaylı bir şekilde anlatılmıştır. Çalışmanın amacı, "Ceza hukuku, siber uzayın olanaklarının kötü kullanımı ve meşru çıkarlara zarar vermek için son derece gelişmiş olanaklar sunan bu teknolojik gelişmeleri yakından takip etmelidir. Bilgi ağlarının sınır ötesi yapılarından dolayı bu tür kötü kullanımlarla mücadele etmek için uluslararası düzeyde ortak çalışmalar yürütmek gerekmektedir. " şeklinde açıklanmıştır.[24] Kasım 1996'da Avupa Suç Soruları Komitesi (CDPC) bilişim suçları ile ilgilenecek bir komite kurmaya karar vermiştir. İlerleyen süreçte CDPC'nin kararına uygun olarak Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulu 583 sayılı kararla "Siber Uzay Suçlar Uzmanı Komitesi" (PC-CY) adı verilen yeni bir komite oluşturarak çalışmalara başlamışlardır. PC-CY tarafından dört yıllık bir çalışma sonucunda oluşturulan sözleşme taslağı ve açıklayıcı raporu Avrupa Konseyi Genel Kurul ve Bakalar Kurulu tarafından onaylanarak 23 Kasım 2001 tarihinde Budapeşte'de imzaya açılmıştır (Bu nedenle sıklıkla Budapeşte Sözleşmesi olarak da anılmaktadır).[25] 48 maddeden oluşan sözleşme Temuz 2004'te yürürlüğe girmiştir. Sözleşmeyi başlangıçta Avrupa Konseyi'nin 34 üyesi imzalamıştır. Ayrıca dört devletin gözlemci statüsü vardır. Bu ülkeler Kanada, Japonya Güney Afrika ve Amerika'dır.[26] Haziran 2021 tarihi itibariyle Sözleşmeyi 68 ülke imzalamış ve 66 ülke onaylamış bulunmaktadır.[27] "Bileşim Sistemleri Aracılığı ile İşlenen Irkçı ve Yabancı Düşmanı Eylemleri Suç Haline Getirilmesi için Avrupa Siber Suç Sözleşmesine Ek Protokol", 28.01.2003 tarihinde Strazburg'da kabul edilmiştir. 01.03.2006 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu protokolü, 19.04.2016 tarihinde imzalamasına rağmen henüz onaylamamıştır.

Memorandumda sözleşmenin başlıca amaçları:

(1) Siber suçlar alanında ülkelerin maddi ceza hukuku unsurlarını ve bağlantılı hükümleri uyumlu hale getirmek,

[23] Council of Europe, Explanatory Report to the Convention on Cybercrime, https://rm.coe.int/16800cce5b E.T.20.05.2021
[24] Explanatory Report, p.9
[25] Özbek, s.77
[26] Erdoğan,Y. (2013),Türk Ceza Kanununda Bilişim Suçları : Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi ve Yargıtay Kararları İle, LegalYayınevi, İstanbul, s.67
[27]Convention on Cybercrime, https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/ /conventions/treaty/185/signatures?p_auth=9mOHtYYH E.T.20.05.2021

(2) Bu suçların ve bir bilgisayar sistemi kullanılarak işlenen ya da delilleri elektronik formda olan başka suçların soruşturulması ve kovuşturulması için gerekli olan yerel ceza usulleri hukuku yetkilerini sağlamak,

(3) Hızlı ve etkin bir uluslararası işbirliği rejimi oluşturmak, şeklinde açıklanmıştır.

Sözleşme 4 bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, maddi hukuk konuları, ikinci bölümde usul hukuk konuları, üçüncü bölümde geleneksel ve bilgisayarla işlenen suçlarla ilgili karşılıklı yardımlaşmaya ilişkin hükümler ve iade kuralları yer almaktadır. Son bölümde ise Avrupa Konseyi anlaşmalarındaki standart hükümlerin tekrarlandığı nihai maddelere yer verilmiştir. Sözleşmede dokuz farklı suç tanımlanmaktadır. Bunlar; yasadışı erişim, yasadışı müdahale, verilere müdahale, sistemlere müdahale, cihazların kötüye kullanımı, bilgisayarlarla ilişkili sahtecilik fiilleri, bilgisayarlarla ilişkili sahtekarlık fiilleri, çocuk pornografisiyle ilişkili suçlar ve telif hakları ve benzer hakların ihlaline ilişkin suçlardır. Sözleşmede yer alan suçlar daha önceki dönemlerde çeşitli ülkelerin ceza mevzuatlarında düzenlenmiş olan suçların uluslararası düzeyde ele alınması şeklindedir.[28] Sözleşme, tüm bu suçların "kasten" ve "haksız olarak" işlenmesini şart koymuştur. Konvansiyon taraf devletlerden bu suç türlerini kendi ceza yasalarına uygun hale getirerek uygulamalarını istemiştir. Ancak, Sözleşmede yer alan suçların birebir mevzuatlara geçirilmesi istenmemiş, sadece Sözleşme ile uyum sağlanaması aranmıştır. Portekiz gibi bazı taraf ülkeler ise Sözleşmede yer alan suç tiplerini kelimesi kelimesine tercüme ederek "Siber Suçlar Yasası" adıyla mevzuatlarına eklemişlerdir.[29] Böylece bilişim, sözleşmenin deyimiyle siber suçlarda ortak bir mevzuat oluşturulmuş olacaktır.[30]

Sözleşme'nin getirdiği yeniliklerin yanında birçok konuda eleştirildiği yönleri de mevcuttur. Bu eleştirilerin ilki, Sözleşme'nin tadilinin zor olması konusundadır.[31] Hızla gelişen teknolojinin yanında gelişen bilişim suçlarını da göz önüne aldığımızda Sözleşme'nin geride kalma olasılığı göz önünde tutulmalıdır.[32] Bu konuda, teknolojik ilerleme ve yasal düzenlemeler ışığında Sözleşme'nin kullanımına ilişkindir ve Sözleşme'nin etkin kullanımını kolaylaştırmayı amaçlayan, Siber Suçlar Sözleşmesi Komitesi'nin (T-CY) 8. Genel Kurulunda (Aralık 2012),

[28] Ketizmen, M. (2008), TCK Bilişim Suçları, Adalet Yayınevi, s.50
[29] Özbek, s.79
[30] Keyser,s.296
[31] Erdem, Özocak, s.7
[32] Erdem, Özocak, s.7

ortak anlayışı temsil eden kılavuz notlar yayınlama kararı alınmıştır.[33] Bir diğer olumsuz yönü, çekince konulması öngörülen maddelerin geniş bir yelpaze oluşturmasıdır.[34] Sözleşme, adli işbirliğinin reddedilmesi konusunda hareket alanını geniş tutması ve gelişmekte olan ülkeler bakımından temsiliyetin az olması bakımından da eleştirilmektedir.[35]

Sözleşme incelendiğinde, bilişim suçlarının, sözleşmedeki ifadesiyle siber suçların kapsamının sadece bilgisayar ve veriye yönelik fiilleri esas almadığı bilişim sistemlerinin kullanılmasıyla ve özellikle internetin yaygınlaşması ile birlikte daha önce var olan suçların bilişim sistemleri kullanılarak ortaya çıkan niceliksel sorunları da kapsadığı görülmektedir. Bu açıdan çocuk pornografisi, telif haklarına ilişkin ihaller ve son olarak sözleşmeye ek protokolle kapsama alınan yabancı düşmanlığının, ırkçılığın önlenmesine ilişkin hükümler de bu grubu oluşturmaktadır. Sözleşmede bu suçların minimum bir uzlaşmayı temsil ettiği ve taraf devletlerin kendi mevzuatlarında başka suçları da öngörebilecekleri belirtilmiştir.[36]

Sözleşmeye baktığımızda ceza kanunlarında yapılacak değişikliklerde dikkate alınacak bazı ilkeleri birkaç başlığa ayırmamız mümkün olacaktır. Bunlar: [37]

(1)- Siber suçlarla ilgili ceza sorumluluğunun sınırlarının çizilmesinde başta düşünce ve söz özgürlüğü ile iletişim özgürlüğü olmak üzere tüm temel hak ve özgürlüklerin gereklerine uyulması,

[33] Ionita G. I. G. (2015). Trends and Developments in Use and Implementation of Cybercrime Convention. Conferinta Internationala de Drept, Studii Europene si Relatii Internationale, s.870

[34] Erdem, Özocak, s.12-13, "Türkiye, Sözleşme'ye aşağıdaki çekinceleri koymuştur;

• 40. madde ve 2. maddeye istinaden, suçun bilgisayara verilerini elde etmek veya başka bir sahtekar niyetler veya bir bilgisayar sistemine bağlı başka bir bilgisayar sistemiyle ilişkili olarak güvenlik tedbirlerinin ihlal edilmesi suretiyle işlenmiş olmasını şart koştuğunu beyan etmiştir.

• 40. madde ve 7. maddeye istinaden; bilgisayarla bağlantılı sahteciliğe ilişkin Madde 7'deki suç tanımının Türk kanunlarına göre dolandırma veya benzeri hileli davranışnkastını gerektirdiğini beyan etmiştir.

• 42. madde ve 14. maddenin 3(b) paragrafına istinaden, Türkiye Cumhuriyeti Devleti herhangi bir hizmet sağlayıcının bilgisayar sistemi üzerinden iletişime ilişkin olarak, söz konusu sistemin belirli bir kullanıcı grubunun menfaatine işletiliyor olması; halka açık iletişim şebekelerini kullanmıyor olması ve halka açık ya da özel nitelikli başka bir bilgisayar sistemine bağlı olmaması halinde, söz konusu aktarıma ilişkin olarak 20. ve 21. maddelerde belirtilen önlemleri uygulamama hakkını saklı tutar.

• 42. madde ve 22. maddeye istinaden, TC devleti, Türk vatandaşının yurt dışında işlemiş olduğu suçlardan dolayı TCK'nın 11. ve 13. maddeleri çerçevesinde yargı yetkisini kullanma hakkını saklı tutar.

• 42. ve 29. maddenin 4 paragrafına istinaden, Türkiye Cumhuriyeti devleti, çifte suçluluk şartının verilerin açıklandığı tarihte yerine getirilemiyor olduğuna ilişkin gerekçeler bulunması halinde, işbu madde çerçevesinde verilerin korunması talebini reddetme hakkını saklı tutar."

[35] Erdem, Özocak, s.8

[36] Ketizmen, s.53

[37] Erdoğan, s.68

(2)- Bilgisayarlarla işlenen veya bilgisayarlarla ilişkin suçları belirlenip düzenlemesinde ortak bir minimum standarta uyulması,

(3)- Eylemin hukuka aykırı olması,

(4)-Eylemi kasten işlenmesi,

Türkiye, Sözleşmeyi 10.11.2010 tarihide çekinceler belirterek imzalamıştır. Onay kanunu ise 2.5.2014 tarihinde Meclisten geçmiştir. Türkiye, önce mevzuatını sözleşmeye uygun hale getirmeyi daha sonra sözleşmeyi imzalamayı tercih etmiştir. Gene de bu kadar uzatmanın bir manası olmadığı düşünmekteyiz. Gelişen teknoloji yanında gelişen bir bilişim suç olgusu vardır. Globelleşen dünyamızda en çok bu suç grubu uluslararası boyutta varlığını hissettirmektedir. Bu olguyla dünya ile eş konumda mücadele edebilmemiz için mevzuatımızın ona göre düzenlenmesi önemlidir. Bu yüzden de Avrupa Siber Suç Sözleşmesi (AKSS) çerçevesinde yapılmış veya yapılacak olan değişiklikler bilişim suçları kapsamında etkin mücadele için mutlaka üzerinde durulması gereken bir konudur.

2- TÜRK CEZA KANUNUNA ETKİLERİ

Bilişim suçlarının Türk ceza hukukundaki maddelerini incelemeden önce düzenlenme yeri ve biçimi incelememiz gerekmektedir. Bilişim suçlarının düzenleme yeri bakımından diğer ülke hukuklarına bakıldığında farklı sistemlerle karşılaşmaktayız. Birinci sistem, bilişim suçlarını ayrı bir kanun olarak düzelemeyi tercih etmiş ülkelerden oluşmaktadır. Bunlara, 1986 tarihli ABD Bilgisayar Sahtekarlığı ve Bilgisayarın Kötü Kullanılması Kanunu, 1991 tarihli Portekiz Bilgi Suçları Kanunu, 1995 tarihli İsrail Bilgisayar Kanununu örnek olarak verebiliriz. İkinci sistemde ise birinci sistemde olan ayrı kanun tercih edilmemiş olup, var olan ceza kanunlarında düzenleme getirilmiştir. Bu da kendi içinde iki kısma ayrılır. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ve bu kanunumuzun esinlendiği Fransa (1998 yılında yapılan değişiklikler ile ve 1994 tarihli yeni Fransa Ceza Kanunu) ile Lüksemburg gibi bazı ülkelerde bilişim suçları ceza kanununda toplu ve ayrı bir fasıl halinde düzenlemişken; Almanya, İtalya gibi ülkeler bu suçlara ceza kanunları içerisinde olmakla birlikte ayrı bir fasılda değil korunan hukuki menfaate göre ilgili bölümlerde mevcut maddelere bir takım yeni fiiller ekleyerek kendi mevzuatlarını oluşturmuşlardır.[38]

[38] Erdoğan, s.92-93; Al.CK m. 202c Veri Casusluğu ve Oltalama Suçlarına Hazırlık Fiilleri, Al.CK m. 202d Çalıntı Verileri Alıp Satma, Al.CK m. 263a Bilgisayar Dolandırıcılığı, Al.CK m. 303a Yetkisiz Veri Değişikliği, Al.CK m. 303b Bilgisayar Sabotajı; Eker, s.108

Düzenlemeye ilişkin eleştiriler 765 sayılı TCK'da bilişim alanında işlenen suçların hukuki korumalarına göre tasnif edilmeksizin bir arada ayrı bir babda düzenlenmesi noktasında toplanmıştır.[39]

5237 Sayılı Kanunu'muzda karma sistem benimsenmiş ve hem bilişim suçlarının ceza kanunun içinde ayrı bir fasıl olarak düzenlemiş hem de geleneksel suç tiplerini düzenleyen ceza normlarının birkaçına fiiller ekleyenerek tanım genişletme yolu benimsenmiştir.[40] Topluma karşı işlenen suçlar bölümde düzenlenen bilişim suçları Türk Ceza Kanunu'nun 243. ve 246. maddeleri arasında yerini almaktadır. Ayrıca, bilişim sistemleri kullanılarak işlenen bazı fiiller, o fiillerin suç olarak bahsedildiği kısımda suçun nitelikli hali[41] olarak belirtilmiştir. Hırsızlık, dolandırıcılık suçlarının bilişim vasıtasıyla işlenmesinin nitelikli hal olarak düzenlenmesi gibi.

Bilişim suçlarının, TCK'da düzenlenerek bilişim sistemleri aracılığıyla veya bilişim sistemlerine karşı işlenen fiilleri yaptırım altına alınması 14.6.1991 tarih ve 3756 sayılı kanunun 20.maddesi ile olmuştur.[42] Düzenleme tarihi dikkate alındığında diğer devletlerde de o tarihlerde yasal düzenleme çalışmalarının yapılıyor olması nedeniyle zamanında bir düzenleme olduğu hatta pek çok devletten önce düzenlemenin gerçekleştiği bile söylenebilir.[43] 3756 sayılı Kanundan önce bilgisayar suçları ile ilgili olarak yasal bir boşluk vardı. Bu alandaki eylemler hırsızlık, dolandırıcılık, ızrar gibi klasik suç tipleri ile değerlendirilmeye çalışılmış ancak bazen suçun unsurları örtüşmediği için hatalı uygulamalar yapılabilmiş bazen de yasal boşluk nedeniyle bu tür

[39] Ketizmen, s.59 "Konuyla ilgili doktrindeki bazı görüşler şu yöndedir: "kanunumuzun 525a,b,c,d maddelerinde Fransız proesinin 307. Maddesinden yararlanılarak bir bab oluşturulmuş bilgisayar ortak özellik teşkil etmek suretiyle hukuki konuları birbirinden farklı hükümlere bir sıra içinde yer verilmiştir. Bu sistemin sakıncası açıktır. Gerçekten de bilgisayar suçlarının düzenlenmesinde yalnız hukukçu olmak yetmemekte bilgisayar tekniğinden de yararlanmak gerekmektedir. Bundan başka böyle bir sistemde korunan hukuki konular birbrinden ayrılmamış birbiri yanıda yer almış olmalarının sakıncalarının sonucu bir hükmün yorumunda hagi esasın ve yararın izlenmekte olduğu saptanmayacaktır." Ayhan Önder, Şahıslara ve Mallara Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar istanbul 1994 s.506; Bunun yanında "3765 sayılı kanunla 765 s. Tck'ya 11. bab olarak eklenen bilişim alanında suçların tck sistemetiğine tamamen ters bir düzenleme olduğunu ifade edilmiştir." Erdem,Toroslu, Özel hükümler, 9.baskı, Ankara, 2003, s.41; Aynı yönde Hafızoğulları da" 765 sayılı Tck'da bilişim alanında işlenen suçların 11.bab olarak eklenmesiyle yeni bir suç kategorisine dolayısıyla yeni bir hukuki değere yer verildiğini ifade etmekle birlikte bilişim suçlarının diğer bablarında düzenlenen suçaların yeni türevler mi olduğu yoksa bu değerlerden bağımsız hukuki bir değeri mi ifade ettiğinin tartışılması gerektiğini ifade etmiştir."

[40] Eker, s.108

[41] Hekim, H, Başıbüyük, O. (2013),"Siber Suçlar ve Türkiye'nin Siber Güvenlik Politikaları",Uluslararası Güvenlik ve Terörizm Dergisi,4 (2) s. 149

[42] Değirmenci, O. (2005)," Türk Ceza Kanunu'nun Bilişim Suçları Bakımından Değerlendirilmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi Sayı:58, s.196; Eker, s.111

[43] Erdoğan, s.76

eylemler yaptırımsız kalmıştır.[44] Yeni yapılan kanunda da bilişim suçlarının düzenlenmesine devam edilmiş ve gelişen koşullara göre değişiklikler yapılmıştır. Bu kapsamda yapılan son değişiklik 24.3.2016 tarihli 6698 sayılı kanunun 30. maddesi ile gerçekleşmiştir.

Hem 765 sayılı hem de 5237 sayılı Kanunlarımızda kullanılan bilişim suçları ile ilgili tanımlarda pek bir değişiklik yapılmamıştır. Bu durum bölüm başlıklarında da görülmektedir. Bilişim alanında suçlar ibaresi her iki kanunumuzda aynıdır. Bilişim sistemi kavramına baktığımızda ise, 765 sayılı Kanunda "bilgileri otomatik olarak işleme tabi tutan sistem" olarak tanımlandığını bunun da doktrinde bilgisayarlara[45] tekabül edecek şekilde anlaşıldığını görmekteyiz. Sözleşme'nin açıklayıcı memorandumunda bilgisayar, bilişim suçları kapsamında ayrıca tanımlanmıştır.[46] Yani, bilişim sistemi bilgisayar, veri gibi kavramların üst başlığı olarak düzenlenmiştir. 5237 sayılı Kanunu'nun gerekçesinde ise bilişim sistemi, verileri toplayıp yerleştirdikten sonra bunları otomatik olarak işlemlere tabi tutma olanığını veren manyetik sistemler olarak tanımlanmıştır. İlk bakışta bu tanımında bilgisayar bazlı bir tanım olduğunu görmek mümkün. Oysa ki, tanımda bilişim sisteminin açık olarak veriyi saklayan, saklanan veriyi otomatik olarak işleyen değerlendiren, organize eden ve aktaran sistemler olduğu belirtilmelidir.[47] Sözleşme'de yer alan veri, trafik verisi, hizmet sağlayıcı gibi terimler[48] TCK'da tanımlanmamıştır. Bu terimlerden veri ve hizmet sağlayıcısı 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi kanununda tanımlanmıştır.

Türk Ceza Kanununda düzenlenen maddeleri incelemeye geçmeden önce, maddelerin madi unsurlarını incelememizin çalışmanın kapsamını aşacağını o yüzden sadece Sözleşme ile kanunlarımızdaki düzenleme biçimlerini temel alarak bir inceleme yapacağımızı belirtmek isteriz. Daha önce de söylediğimiz gibi bilişim suçları 5237 sayılı TCK'nın onuncu bölümünde topluma karşı suçlar kısmında yer almaktadır.

TCK 243. maddesi bilişim sistemine girme başlığını taşımaktadır. Başlıkta da anlaşılacağı üzere madde bilişim sistemine girme suçunu düzenlemiştir. Bu düzenleme, Sözleşme'nin 2.

[44] Erdoğan, s.77
[45] Değirmenci, s.199
[46] Explanatory Report, p.23
[47] Değirmenci, s.199
[48] Explanatory Report, p..24

maddesindeki yetkisiz erişim suçuna tekabül etmektedir. Sözleşmeye göre taraf devletlerden, bilgisayar sisteminin tamamına veya bir kısmına haksız erişimi kasten yapıldığı zaman suç olarak tanımlanması istenmiştir. Açıklayıcı memorandumda yasadışı erişimden ne anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Buna göre, "Yasadışı erişim" terimi bilgisayar sistem ve verilerinin güvenliğine (yani gizlilik, bütünlük, kullanıma açıklık) yönelik tehlikeli tehdit ve saldırılar şeklindeki temel suçları kapsamaktadır.[49] 765 sayılı TCK'da 525a maddesinde bu suçun karşılığı sayılabildeck düzenleme ile karşılaşmaktayız. Anılan maddeye göre; bilgileri otomatik olarak işleme tabi tutmuş bir sistemden, programları, verileri veya diğer herhangi bir unsuru hukuka aykırı olarak ele geçiren, bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş bir sistemde yer alan bir programı, verileri veya diğer herhangi bir unsuru başkasına zarar vermek üzere kullanan, nakleden veya çoğaltan kimseye ceza verilmektedir. 5237 sayılı TCK'da ise bir bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına, hukuka aykırı olarak giren veya orada kalmaya devam eden kimse cezanladırılacağı ifade edilmiştir. Bu madde ile ilk kez bilişim sistemine hukuku aykırı olarak girmek suç olarak düzenlenmiştir.[50] "Hukuka aykırı erişim" terimi bilgisayar sistem ve verilerinin güvenliğine (yani gizlilik, bütünlük, kullanıma açıklık) yönelik tehlikeli tehdit ve saldırılar şeklindeki temel suçları kapsamaktadır.[51] Her iki kanun düzenleniş açısından farklılıklara sahiptir. 525a maddesinde yer alan düzenleme bilişim sistemine hukuka aykırı erişimi müstakil bir suç olarak cezalandırmamaktadır. Sistemde yer alan programın, verinin veya diğer herhangi bir unsurun hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi gerekmektedir.[52] Fail, sisteme hukuka aykırı olarak girse fakat herhangi bir bilgiye ulaşmadan çıksa, bu eylemi cezanladırılmayacaktır.[53] Yeni düzenlemenin maddi unsurunun ise bilişim sisteminin güvenliğinin kırılarak sisteme hukuka aykırı olarak girilmesi veya hukuka aykırı olarak sistemde kalınmaya devam edilmesini olduğu görülecektir.[54] Maddenin ikinci fıkrasında hukuka aykırı erişim fiillinin bedeli karşılığında yararlanılabilen sistemler hakkında işlenmesi bir indirim nedeni olarak düzenlenmişken, son

[49] Explanatory Report, p.44
[50] Eker, s.122
[51] Sokullu Akıncı, F., " Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinde Yer Alan Maddi Ceza Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle İnternette Çocuk Pornografisi" www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/download/1023004153/1023003747 E.T. 20.05.2021, s.14
[52] Kurt, s.204
[53] Koca, s. 794
[54] Taşkın, Ş. C. (2008), Bilişim Suçları, Beta Yayın Dağıtım Bursa, s. 19-20

fıkrada suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali düzenlenmiştir.[55] 2016 değişikliği öncesi maddede yer alan "veya" ifadesi "ve" idi, bu durumda sözleşmenin öngördüğü fiillerin suç sayılması noktasında sorun teşkil etmekteydi. Kanunumuz ayrıca sözleşmede yer almayan bilişim sistemine girip orada kalmaya devam etmeye de seçimlik hareket olarak yer vermiştir; dolayısıyla sisteme hukuka uygun olarak giren kişi, çıkması istenmesine rağmen çıkmamış, kalmaya devam etmişse fiili TCK 243. madde kapsamında suç oluşturmaktadır.[56] Günümüz teknoloji dünyasında hemen hemen bütün hizmetlerin bir şeklinde bilişim sistemlerinin devreye girmesiyle sağlandığı düşünüldüğünde bu sistemelerin sürekli tehdit altında olmasına rağmen; bu eylemleri gerçeklerştirilenlerin çekineceği bir yaptırımın olmaması toplumda ve bireylerde büyük bir güvensizlik durumu yaratmakta[57] idi. Bu yüzden maddenin değiştirilmesi sözleşmenin amacıyla uygunluk göstermiştir.

Ayrıca 24.3.2016 tarihinde 6698 sayılı kanunun 30. maddesiyle bu maddedin 4. fıkrasına veri nakillerini sisteme girmeksizin teknik araçla izleme suçu eklenmiştir. Teknik yöntemler kullanarak veri iletimine müdahale, iletişimin içeriğinin bilgisayar sistemine erişim ve sistemin kullanımı yoluyla doğrudan ya da elektronik gizlice dinleme cihazlarının yardımıyla dolaylı olarak elde edilmesi ile ilgilidir.[58] Maddenin gerekçesinde "verilerin izlenmesi eylemi bilişim sistemlerine herhangi bir müdahalede bulunmaksızın teknik araçlarla bilişim sistemleri arasındaki veri nakillerinin takip edilmesini ifade etmektedir. Bütün elektronik veri transferleri, bu çerçevede korunması amaçlanan veri transferinin gizliliği kapsamında kalmaktadır. Yasa dışı araya girme eylemleri temelde bilişim sistemlerine girilmeksizin işlenen fiillerdir. Bu doğrultuda sözleşmeye uyum amacıyla yine aynı maddenin birinci fıkrasına hüküm eklenmek suretiyle, bir bilişim sisteminin kendi içinde veya bilişim sistemleri arasında gerçekleşen veri nakillerini sisteme girmeksizin teknik araçlarla izleyen kişinin cezalandırılması öngörülmüştür." şeklinde belirtilmiştir. Bu tür fiiller bazı işleniş şekilleri itibariyle TCK'da düzenlenen haberleşmenin engellenmesi, haberleşmenin gizliliğinin ihlali, özel hayatın gizliliği ihlal suçlarıyla örtüşebilir;

[55] Değirmenci, s.204
[56] Akbulut, s. 115
[57] Demircan, s.67
[58] Koca, M. ,Üzülmez İ. (2017), Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s.830

ancak uygulamada bu suçların tanımına girmeyen durumlarla da karşılaşılabilinir.[59] Bu yüzden böyle bir düzenlemenin kanuna eklenmesi isabetli olmuştur.

TCK 243. madde hakkında son değişiklik ile Sözleşme'nin 2. maddesi olan yasadışı erişim ile paralellik arzettiğini söyleyebiliriz. Daha öncede belirttiğimiz gibi Sözleşme eylemlerin haksız biçimde yapılmasını öngörmektedir. Bu ifade, sistemin ya da bir parçasının sahibi ya da başka hak sahiplerinin izniyle yapılan erişimin suç olarak tanımlanmayacağı anlamına gelmektedir.[60] Bu maddede suç olarak belirtilen eylemin diğer bilişim suçlarından en büyük farkı, kendi başına en sık karşılaşılan bilişim suçu olması ve diğer bilişim suçları için de araç niteliği taşımasıdır. Bu suç yalnızca maddede belirtilen tipiklik unsuru için gerçekleştirilebileceği gibi, bilişimle ilgili olsun ya da olmasın başka bir suç işlemek için 'araç suç' olarak da işlenebilir. Bu yönüyle hukuka aykırı erişimin konut dokunulmazlığı suçuna daha fazla benzerlik gösterdiği ifade edilmektedir.[61] Diğer maddeye geçmeden önce kanunumuzda yer almayan ama sözleşmede yer alan yasadışı müdahale başlıklı Sözleşme'nin 3. maddesinden kısaca bahsetmemiz lazım. Açıklayıcı memorandumda maddeyle ilgili olarak " Bu madde ile iletişiminin gizliliği hakkının korunması amaçlanmaktadır. Suç, kişiler arasındaki sözlü telefon görüşmelerinin geleneksel yöntemlerle dinlenmesi ve kaydedilmesindeki iletişimin gizliliğinin ihlalini temsil etmektedir. Aynen telefon görüşmelerinin gizli olarak dinlenmesi ve kaydedilmesinde olduğu gibi, bilgisayar sistemine girerek buradaki veri iletimine müdahale edilmesinin suç olarak düzenlenmesi gerekmektedir. [62] Suç, "kamuya açık olmayan" bilgisayar verilerinin iletimi için geçerlidir. "Kamuya açık olmayan" terimi iletilen verilerin yapısını değil, iletimin (iletişimin) yapısını nitelemektedir.[63] İletişimin gizliliği hakkı Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonunun 8. maddesinde kutsal bir hak olarak gösterilmiştir.[64] Kanunumuz bu maddeyi bilişim suçları kapsamında düzenlememiştir. Bunun yerine TCK'da özel hayata ve özel hayatı gizli alanına karşı suçlar bölümündeki suçlar kapsamında düzenlenmiştir.

[59] Koca, Üzülmez, s. 830
[60] Koca, s. 795
[61] Yılmaz, F. (2015), Türkiye'deki Bilişim Suçlarının Sosyolojik Bir Analizi: Tehditler ve Çözüm Stratejileri Eskişehir, (Yüksek Lisans Tezi), s.77
[62] Sokullu Akıncı, s.16
[63] Sokullu Akıncı, s.17
[64] Explanatory Report, p.51

TCK 244. maddenin başlığı sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirmedir. Bu maddeyle, bilgisayara verileri veya programlarının bütünlüğü ve işleyişinin korunması amaçlanmıştır.[65] Bilişim sistemlerinin veya verilerin zarar görmesi halinde, kişinin malvarlığında bir azalma meydana geleceği gibi toplumun bilişim sistemlerinin işleyişine olan güvenleri ve ekonomik düzenin sağlıklı ve güvenli işleyişi etkilendiği, bilişim sistemlerinin zarar görmeden işler durumda bulunmasında toplumsal yarar bulunduğu için bu suç şekline TCK'nın "topluma karşı suçlar" kısmında yer verilmiştir.[66] Suç tipinin ihdasıyla bilişim sistemlerinin doğru ve işlevine uygun şekilde faaliyete devamlarını sağlamak istenmiştir.[67] Maddede tek suç düzenlenmemiştir.TCK 244. madddesinin 1. fıkrasında bilişim sisteminin işleyişini engelleme veya bozma, 2. fıkrasında verilere zarar verme ve son olarak 4. fıkrasında ise bilişim sistemi kullanarak haksız menfaat sağlama suçu düzenlenmiştir. TCK 244. maddenin 1. ve 2. fıkralarında tanımlanan suç ile Sözleşme 'nin 4. maddesinde yer alan "veriye müdahale" ve 5. maddesinde yer alan "sistemlere müdahale" düzenlemelerine paralellik sağlanması hedeflemiştir.[68] TCK 244. maddesinin son fıkrasında düzenlenen suç ile de Sözleşme'nin 8. maddesinde korunan haklar düzenlenmiştir.[69] 765 sayılı kanunda bu maddeye karşılık gelen madde olarak 525/b gösterilse de TCK 244. madde ile bu maddenin aralarında bir benzerlik olduğunu söylemek zor olacaktır. Çünkü, 765 sayılı Kanun maddesinde başkasına zarar vermek veya kendisine veya başkasına yarar sağlamak maksadıyla eylemin yapılması gerekirken yeni düzenlemede kast yeterli sayılmıştır.[70] Kaldı ki Sözleşme, sadece haksız olarak kasten işlenen eylem aramaktadır. Sözleşme'nin 4. maddesinin son fıkrasında taraflardan biri birinci fıkrada beliritilen fiillerin ciddi bir zararla sonuçlanması gerektiğini şart koşabilirler şeklinde bir düzenleme getirmiştir. Açıklayıcı memorandumda bu ciddi zararları neyin teşkil ettiğinin yorumunu "ulusal mevzuata bırakılmıştır"[71] denilerek taraf devletlere takdir yetkisi tanımıştır. Bu hükümden yola çıkarak taraf devletlerin çoğunun zararı ekonomik açıdan para ve zaman kaybı olarak tanımlayabildikleri[72]

[65] Denircan, s. 116
[66] Parlar, A. (2011), Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları, Bilge Yayınevi, Ankara, s. 25
[67] Artuk, Gökçen, Yenidünya, s. 764
[68] Dülger, s.817
[69] Dülger, s.819
[70] Erdoğan, s.179; Eker, s.117
[71] Explanatory Report, p.64; Keyser, s.302
[72] Carr, I., Williams, K., (2002). Draft Cyber-Crıme Conventıon: Criminalization and The Council of Europe (Draft) Convention on Cyber-Crime1. Computer Law & Security Review, 18, s.85

görülmüştür. Bunun en açık örneklerinde birini Alman Ceza Kanununda görmekteyiz. Gerçekten de Alman Ceza Kanunu'nun 303.maddesinde mala zarar verme suçu düzenlenirken 303a maddesinde "verinin değiştirilmesi", 303b "bilgisayar sabotajı" suçu düzenlenmiştir.[73] Alman Ceza Yasası ciddi zararı maddi yönden ele almıştır. Sözleşmeyi kaleme alanlar, verilerin belli bir sisteme, sahibinin ya da işletmecisinin sistemi kullanma ya da diğer sistelerle iletişim kurma yeteneği üzerinde önemli ölçüde zararlı bir etkisi olan bir biçim, hacim ya da sıklıkta gönderilmesini "ciddi ölçüde" olarak değerlendirmektedirler.[74] TCK ise bu düzenlemedeki zararı, maddi manevi her türlü menfaati çıkar olarak kabul etmiştir.[75]

TCK 244. maddenin 1. ve 2. fıkrasında mala zara verme suçunun özel bir görünüş biçimini oluşturmaktadır.[76] Birinci fıkra bilişim sistemlerinin işletmeci ve kullanıcılarının, bu sistemleri uygun bir biçimde işletme haklarını korumaktadır.[77] İkinci fıkra da ise bilgisayar verilerini ve bilgisayar programlarını, fiziksel nesneler gibi, kasıtlı zarar verme girişimlerine karşı koruma altına almaktadır.[78] Ayrıca bu madde de bahsedilen/saklanan veriler şayet kişisel nitelikte ise TCK'nın 136. maddesi kapsamında koruma altına alınmıştır.[79] Kişisel nitelikte olmayan her türlü veri ve bilişim sisteminin içeriğinde bulunan teknik anlamdaki veriler ise TCK 244. maddenin 2. fıkrası kapsamında korunmaktadır. TCK 244. maddenin son fıkrasına bakacak olursak kişilerin özel hayatlarının gizliliğinden, malvarlığı haklarının korumasına kadar geniş bir çerçeve çizdiği[80] görülecektir. Bu maddede dikkat edilmesi gereken nokta; failin kastının yalnızca kişinin malvarlığına zarar vermek olduğu durumlarda örneğin kişinin bilgisayarını parçaladığı bir olayda TCK 244. maddenin 1. fıkrasının uygulanmayacak, bu eyleme uygun suç tipi olan "mala zarar verme suçu"nun düzenlendiği TCK 151. maddesinin uygulanacak olmasıdır.[81] Ancak failin kastının mala zarar vermek değil, bilişim sisteminin donanım kısmına zarar vermek olduğu durumlarda TCK 244. maddeye göre cezalandırılacaktır.[82] Kanun koyucu son fıkrada tanımlanan suçu tamamlayıcı bir suç olarak düzenlemiş ve tanımlanan fiillerin başka bir suç oluşturmaması

[73] Ketizmen, s.115
[74] Koca, s.801
[75] Erdoğan, s.249-250
[76] Tezcan, Erdem, Önok, s.773
[77] Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.764
[78] Artuk,Gökçen, Yenidünya, s.770
[79] Taşkın, s. 208
[80] Artuk, Gökçen,Yenidünya, s.776
[81] Demircan, s.87
[82] Demircan, s. 87

halinde TCK 244. maddenin son fıkrasında tanımlanan suçun oluşacağını belirtmiştir.[83] Bütün bu maddeler Sözleşme'nin bahsedilen maddeleri ile uyum sağladığından bahsedilebilinir.

TCK 245. maddesi ile banka veya kredi kartları ile ilgili suçlar düzenlenmiştir. Sözleşme'de direk banka veya kredi kart ile ilgili bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak, hırsızlık, dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma ve sahtecilik suçlarının ratio legislerinin tümünü de içeren bu fiillerin, uygulamada çıkan sorunlar ve buna yönelik oluşan içtihat farklılıklarını önlemek amacıyla bağımsız suç haline getirilmeleri uygun görülmüştür.[84] 765 sayılı Kanunda buna mukabil bir madde bulumamaktadır.[85] Bu da birçok sorunu beraberinde getirmiştir. Nitekim bu düzenleme yapılmadan önce Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2001 yılında verdiği bir kararında,[86] söz konusu

[83] Değirmenci, s.206

[84] Artuk, E., Gökçen, A., Yenidünya, C., (2009), Türk Ceza Kanunu Şerhi : Özel hükümler Cilt:3, Turhan Kitapevi, Ankara, s.469; Eker, s.127

[85] Başka bir görüşe göre ise, 765 sayılı TCK 525b/2'de düzenlenen "bilişim sistemi aracılığıyla hukuka aykırı elde edilmesi" suçunun, hukuka aykırı olarak ele geçirilen banka ve kredi kartlarının kullanılması suretiyle haksız yarar elde edilmesi kapsayıp kapsamadığı konusunda çıkan duraksamayı gidermek amacını gütmektedir. Murat Dülger, Bilişim Suçları s. 250

[86] **Yargıtay Ceza Genel Kurul Kararı 10.4.2002 tarih Esas: 2001/176-30 Karar: 2001/757** sayılı kararında sanığın haksız olarak ele geçirdiği bir başkasına ait kart ve şifreyi kullanarak bir bankanın ATM makinasından para çekip hukuka aykırı yarar sağlama eylemi 765 Sayılı TCK.nun 525/b-2 madde ve fıkrasında düzenlenen bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş bir sistemi kullanarak hukuka aykırı yarar sağlama suçunu oluşturacağına karar vermiştir.

Anılan kararda "... ATM lerin kullanılabilmesi için iki unsura ihtiyaç vardır. Bunlardan biri kart, diğeri kullanıcı şifresidir.Bu iki araca sahip olmadan, bir bilgi işlem biriminin parçası olan ve ona sisteme bağlı bulunan ATM makinalarını kullanmak olanağı yoktur. Belirtilen karta sahip olup, önceden sisteme tanıtılmış olan şifreyi de bilen kişi, kartı makinaya takip şifreyi kodlayarak işlem sürecini başlatabilir.

Ancak, kartı elinde bulunduran kişinin makine vasıtasıyla sisteme verdiği komutların yerine getirilebilmesi için ana kumanda merkezinin de bu komutları onaylaması gerekir. Örneğin nakit para çekilmek istendiğinde hesapta para yoksa veya günlük çekme limiti dolmuş yada herhangi bir nedenle hesap ana merkez tarafından kullanıma kapatılmışsa komut onaylanmayacağından işlem yapılamaz. Bu olgu da gösteriyor ki, ATM makinaları bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş bir sistemin ünitesidir."

Yargıtay Ceza Genel Kurul Kararı 10.4.200 tarih Esas: 2001/6-30 Karar: 2001/757

"…Bu nedenle TCK. 1997 Tasarısında, yürürlükteki 525 b maddesinin karşılığı olan 348. madde "Bir bilişim sisteminin işleyişini engelleyen veya bozan kimseye... cezası verilir. Bilişim sistemine hukuka aykırı olarak veriler sokan veya sistemin içerdiği verileri yok eden veya değiştiren kimseye... cezası verilir. Yukarıdaki fıkrada belirtilen eylemlerle fail, başkasının zararına ve kendisinin veya başkasının yararına haksız menfaat sağlarsa... cezasına hükmedilir." biçiminde düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin ve öğretinin ışığında bilişim sistemini kullanmanın, ancak; sistemin işleyişini engelleme, bozma, hukuka aykırı veri sokma, sistemin içerdiği verileri yok etme veya değiştirme olarak anlaşılması zorunludur. Bunlar sistemin tamamına ve içeriğine yönelik olup dışta kalan ve olağan işleyişi değiştirmeyen basit işlem bu kapsamda değerlendirilemez. Diğer yönden yasa koyucu TCK'nun 493/2. maddesindeki suçun oluşması için; cürmü işlemek veya çalınmış malı başka yere kaldırmakta kullanılan taklit anahtar veya 'sair aletler' yönünden bir sınırlama koymamış, her somut olayda kullanılan şeyin bu kapsamda olup olmadığının saptanması ve değerlendirilmesini uygulayıcılara bırakmıştır. Kart biçiminde anahtarlar bulunduğu, gibi kartın, tek başına veya şifreyle birlikte kullanılması olanaklı ve 'sair alet' olarak kabul ve değerlendirilmesi de olağandır. Banka kartı ve şifre; ATM makinalarındaki otomatik veznelerdeki- parayı elde etmeyi sağladığından ve bunlar kullanılmadan diğer işlemlerin yapılması olanağı bulunmadığından, sistemin kilidini açan anahtar işlevini gördüğünden "sair alet" hükmünde ve suç TCK'nun 493/2. maddesine uygun niteliktedir.

eylemlere 1926 TCK'nın 525b maddesinin 2. fıkrasının uygulanacağını belirtmiş ve fakat bu kez de banka veya kredi kartının nasıl ele geçirildiğine ve nasıl kullanıldığına dair ayrımlarla olayda dolandırıcılık mı bilişim suçunun mu oluşacağı tartışılmıştır.[87] Madde gerekçesinde, banka veya kredi kartlarının hukuka aykırı olarak kullanılması suretiyle bankaların veya kredi sahiplerinin zarara sokulmasını, bu yolla çıkar sağlanmasını önlemek amacıyla kaleme alındığı belirtilmektedir.[88] Bu suçun düzenlendiği maddenin ilk üç fıkrasında üç ayrı eylem ve ayrı eylemler sonucu ayrı neticeler öngörülerek bunlara ilişkin olarak farklı yaptırımlar ortaya konulmuş olduğundan üç farklı suçun düzenlendiğini kabul etmek gereklidir.[89] Bu suçun düzenleniş amacı başta da belirttiğimiz gibi içtihat farklılılarının ortadan kaldırılması olmuştur.

Sözleşme'nin bilgisayarla bağlantılı suçlar başlıklı ikinci bölümünde yer alan bilgisayarla bağlantılı sahtecilik ve bilgisayarla bağlantılı dolandırıcılık suçları, dolandırcılık suçunun yer aldığı TCK 158. ve belgede sahtecilik suçunun yer aldığı TCK 212. maddesinde nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. TCK'da belirttiğimiz bu maddeler Sözleşme'nin ikinci başlığındaki düzenlemelerle büyük çoğunlukla uyumluluk arz etmektedir.[90]

TCK 245A maddesi**,** kanunumuza 24.3.2016 tarihli 6698 sayılı Kanunun 30. maddesinin 5. fıkrası ile girmiştir. Ne 765 sayılı Kanunda ne de 5237 sayılı Kanunun 2016 değişiklik öncesi düzenlenişinde buna mukabil bir madde bulunmamaktadır. Bu madddeyi ilginç kılan bir diğer özelliği ise ceza hukukumuzda yer alan hazırlık hareketlerinin cezalandırılmaması prensibinden sapılmış olmasıdır. Gerçekten de korunan hukuki yarar bakımından ciddi bir tehdit oluşturmadığı ve ayrıca failin iradesinin de bu tarz hareketlerden belirlemenin mümkün olmaması nedeniyle hazırlık hareketleri cezalandırılmaz.[91] Ancak bu kuralın istisnaları mevcuttur. Eğer, kanun hazırlık hareketlerini de suç olarak düzenlemiş ise örneğin, çocuklara yönelik fuhuş suçu ve Devletin güvenliğine ve Anayasal düzene karşı suçlarda olduğu gibi, hazırlık hareketlerinin de cezalandırılması mümkündür.[92] TCK 245A maddesi ; "Bir cihazın, bilgisayar programının, şifrenin veya sair güvenlik kodunun; münhasıran bu Bölümde yer alan suçlar ile bilişim

[87] Değirmenci, s.206
[88] Artuk, E., Gökçen, A., Yenidünya, C., (2013), Gerekçeli Ceza Kanunları, Adalet Yayınevi, 14. Baskı, s. 275
[89] Pallı, s.184
[90] Aliusta, C., Benzer, R. (2018) Avrupa Siber Suç Sözleşmesi ve Türkiye'nin Dahil Olma Süreci, Uluslararası Bilgi Güvenliği Mühendisliği Dergisi, Cilt:4, No:2, s.40
[91] Hakeri, H. (2013), Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 15. Baskı, s. 421; Bknz: Demirbaş, T. (2020), Ceza Hukuku Genel Hükümler,Güncellenmiş 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık s. 450
[92] Özgenç, İ. (2020), Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 16. Baskı, s.506

sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların işlenmesi için yapılması veya oluşturulması durumunda, bunları imal eden, ithal eden, sevk eden, nakleden, depolayan, kabul eden, satan, satışa arz eden, satın alan, başkalarına veren veya bulunduran kişi"cezalandırılmasını öngörerek hazırlık hareketlerinin de suç olarak kanunda yer almasına olanak sağlamıştır. Bu madde Sözleşme'de cihazların kötüye kullanımı başlıklı 6. maddede düzenlenmiştir. Bu madde, esasen, 2 ila 5. maddelerde yer alan suçların işlenmesi için yapılan hazırlık hareketleri niteliğindeki eylemleri suç haline getirmektedir.[93] Yapılan değişiklikle, bu fiillerin suç olarak tanımlanması bilişim sistemlerinin ve sistemdeki verilerin daha etkin şekilde korunması sağlanmıştır.[94]

Bilişim suçları başlığı altında düzenlenmeyen ve fakat sözleşme öngörülen suçlara gelecek olursak TCK 226. maddden nahsetmemiz gerekecektir. TCK 226. maddenin başlığı müstehcenlik olmakla birlikte biz üçüncü fıkrasında yer alan çocuk pornografisi düzenlemesini inceleyeceğiz. Bu düzenleme, Sözleşme'nin içerikle ilgili suçlar bölümünde yer alan çocuk pornografi suçuna tekabul etmektedir. Çocuk pornografisiyle ilgili olan 9. maddede ceza hukuku hükümlerini, çocuklara karşı işlenen cinsel suçlarda bilgisayar sistemlerinin kullanımını daha iyi kapsayacak şekilde değiştirerek, cinsel sömürüye karşı korunmaları da dahil olmak üzere çocuklarla ilgili koruyucu önlemler güçlendirilmeye çalışılmıştır.[95] Açıklayıcı memorandumda, çoğu ülkenin çocuk pornografisinin geleneksel üretimini ve fiziksel dağıtımını suç olarak tanımlamış durumda olmasına rağmen, bu tür malzemelerin alışverişinde başlıca araç olarak internetin kullanımının giderek artması karşısında çocukların bu yeni cinsel sömürü ve tehdit biçimine karşı savunulması için uluslararası hukuki bir araca spesifik hükümlerin yerleştirilmesinin temel önemde olduğu kuvvetle hissedilmiş[96] olması nedeniyle bu düzenlemeye gidildiği belirtilmiştir. Ayrıca memorandumda sunmak, dağıtım, yayma, kendisi veya başkası için temin etme gibi kavramlar açıklanmıştır.[97] 765 sayılı TCK'nın 426, 427 ve 428. maddelerinde bir takım müstehcen materyelleri teşhir etme, dağıtma, satma, tedarik etme gibi eylemler suç olarak öngörülmüş olmakla birlikte spesifik olarak çocuk pornografisi düzenlenmemiştir. 5237 sayılı TCK' da ise

[93] Koca, s.802
[94] Koca,Üzülmez, s. 871
[95] Sokullu Akıncı, s.30
[96] Explanatory Report, p. 93
[97] Explanatory Report, p.95-96-97

226. maddesinin üçüncü fıkrasında çocuklara yönelik düzenlemeler getirilmiştir. Kanun gerekçesinde, müstehcenliğe karşı çocukları korumaya yönelik suçlar getirildiği; bunlardan birinin müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukların kullanılması suretiyle oluşacağı, diğerinin ise bu ürünlerin ülkeye sokulması, çoğaltılması, satışa arzı satışı gibi fiillerin işlenmesiyle oluşmaktadır.[98] Sözleşme küçük teriminden 18 yaş altı çocukların anlaşılacağını; taraf devletlere 16 yaşından az olmamak şartıyla daha düşük bir yaş belirleyebileceklerini belirtmiştir. TCK 'nın bu konudaki düzenlemesine baktığımızda; tanımlar başlıklı 6. maddede çocuk deyiminden henüz 18 yaşını doldurmamış kişiyi esas aldığını görebiliriz. Sözleşme'de yer alan çocuk tanımı Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi çocuk tanımına uygundur.[99] Yapılan düzenlemeye baktığımızda ayrı bir çocuk pornografisi suçu olmadığı ve internet ve diğer araçlar vasıyasıyla işlenmesinin düzenlenmediği için eleştirebiliriz. Mukayeseli hukukta çocuk pornografisi suçunun ayrı maddelerde düzenlendiğini hatta çocuk yanında genç pornografisinin de düzenlendiğini görebiliriz.[100] Böyle hassas ve yaygın bir konuda gerekli ve etkili düzenlemelerin yapılması elzemdir. Birçok uluslararası şirket, kullanıcı mahremiyetini sadece bu suç tipi için bozmakta, ABD'de yer alan NCMEC (National Center for Missing and Exploited Children) koordinesinde ihbarlar ilgili ülke birimlerine iletilmektedir. Ülkemizde ise Emniyet Genel Müdürlüğü Siber Suçlarla Mücadele Daire Başkanlığı irtibat noktası görevini yürütmektedir.[101]

Sözleşme'de kurumsal sorumluluk olarak belirtilen, TCK 246. maddesi, bir kişilikte yönetici konumunda olan bir kişi tarafından, tüzel kişiliğin menfaatine gerçekleştirilmiş suçlar için şirketlere, kuruluşlara ve benzeri tüzel kişiliklere yükümlülük ihdas etmektir.[102] Açıklayıcı memoranduma göre, yükümlülüğün ortaya çıkması için dört şartın sağlanması gerekmektedir. Birincisi, Konvansiyonda tanımlanan suçlardan biri işlenmiş olmalıdır. İkincisi, suç tüzel kişiliğin menfaatine işlenmiş olmalıdır. Üçüncüsü, suçu (yardım ve yataklık da dahil olmak üzere) yönetici konumundaki bir kişi işlemiş olmalıdır. "Yönetici konumundaki kişi" terimi, kuruluşta müdürlük gibi yüksek bir konuma sahip gerçek bir kişiye karşılık gelmektedir. Dördüncüsü, tüzel kişiliğe

[98] Artuk, Gökçen, Yenidünya, Gerekçeli Ceza Kanunları, s. 255
[99] Keyser,s.306
[100] Bknz: Alman Ceza Yasası 184b-184c
[101] Yılmaz, s. 86
[102] Koca, s. 813

yükümlülük doğması için yönetici konumundaki gerçek kişinin kendi yetkileri dahilinde hareket ettiğini gösteren bir yetkiye -temsil etme yetkisi ya da karar alma veya kontrol etme yetkisi- dayanarak hareket etmiş olması gereklidir.[103] 5237 sayılı Kanunda ise 246. madde tüzel kişilerin bu bölümde yer alan suçların işlenmesi suretiyle haksız menfaat sağlaması durumunda sorumluluğunu düzenlemiştir. Madde tüzel kişiler hakkında onlara özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanacağını belirtmiştir. Bu durumda, bilişim suçunun işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlayan tüzel kişinin bir kamu kurumunun verdiği izni; tüzel kişinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötü kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlarda mahkumiyeti halinde iptal edilecektir.[104] Yasa koyucu, diğer birçok suçta olduğu gibi bu bölümde yer alan suçların (bilişim alanında suçlar) işlenmesi suretiyle özel hukuk tüzel kişilerin yararına haksız menfaat sağlanmasının yarattığı toplumsal sorunu görerek, tüzel kişilerin suç işlenmesinin odak noktası olmalarının önüne geçmeyi amaçlamıştır.[105]

3- DİĞER HUSUSLAR

Maddi ceza hukuku hakkında son olarak iştirak ve teşebbüs hallerinde sözleşmenin öngördüğü düzenlemelerden bahsedeceğiz. Sözleşme'nin 11. maddesi bu konuya ayrılmıştır. Madde başlığı teşebbüs ve yardım yataklıktır. Buna göre, taraflar, Sözleşmede tanımlanan suçların işlenmesine, bu suçların işlenmesi maksadıyla, kasten yardım ve teşvik etmeyi suç olarak belirleyecektir.[106] Tarafların, Madde 2-10'da tanımlanan suçların herhangi birinin işlenmesine yardım ve yataklık etmeyi cezai bir suç olarak tanımlamaları şart koşulmuştur. Konvansiyonda tanımlanan bir suçu işleyen birine yine suçun işlenmesine niyet etmiş biri tarafından yardım edilirse yardım ve yataklıkla ilgili yükümlülük doğar.[107] Teşebbüsle ilişkili paragraf 2'yle ilgili olarak, Konvansiyonda tanımlanan bazı suçlar ya da bu suçların unsurları için teşebbüsün kavramsal olarak güç olduğu düşünülmüştür (örneğin çocuk pornografisini sunmak ve buna erişim sağlamak unsurları). Ayrıca, bazı hukuk sistemleri teşebbüsün cezalandırılabildiği suçları sınırlamıştır. Dolayısıyla, sadece madde 3, 4, 5, 7, 8, 9(1)(a) ve 9(1)(c)'de tanımlanan suçlarla ilgili olarak teşebbüsün suç olarak tanımlanması şart koşulmuştur.[108] Esasen sözleşme, internet suçlarında

[103] Explanatory Report, p.124
[104] Değimenci, s.207
[105] Parlar, s. 104
[106] Koca, s.812
[107] Explanatory Report, p.119
[108] Explanatory Report, p.120

ceza sorumluluğunu belirleyen özel hükümler getirilmiş olsa dahi, bu suçların işlenmesine kasten yardım ve teşvikte bulunan kişilerin, genel iştirak kurallarına göre sorumluluğunun doğacağını belirmiş olmaktadır.[109] Sözleşmenin suça iştirak ve teşebbüse ilişkin bu hükümlerinin, ceza kanunumuzda yer alan genel hükümlerle karşılanması mümkündür (TCK m. 61,62,64,65.).[110]

4- CEZA MUHAKEMESİ KANUNUNA ETKİLERİ

Sözleşme usul hukuku başlıklı ikinci kısımda 14. maddede usul ile ilgili düzenlemelere yer vermiştir. Açıklayıcı memorandumda maddenin amacı,

" Çok sayıda iletişim biçimi ve hizmetin ortak iletim ortamları ve taşıyıcılarıyla birbirleriyle bağlantılı ve ilişki içinde olduğu , 'elektronik otoban'ı da içine alan teknolojik devrimin ceza usul alanlarını da değiştirdiği, sürekli genişleyen iletişim ağı, hem geleneksel suçlar hem de yeni teknolojik suçlarla ilgili olarak suç niteliğindeki faaliyetler için yeni imkanlar yarattı. Maddi ceza hukuku gibi ceza usulleri hukuku ve soruşturma teknikleri de bu yeni suçlara ayak uydurmalıdır. Aynı şekilde önlemler de yeni teknolojik ortama ve yeni usul yetkilerine ayak uyduracak şekilde uyarlanmalı ve geliştirilmelidir."[111] şeklinde belitilmiştir.

Sözleşmede öngörülen koruma önlemleri, siber suçu ve bu suçun fail/faillerini ortaya çıkarabilmek için delil elde edebilmek amacıyla, Ceza Muhakemesi Hukukunda klasik koruma önlemlerinden olan arama ve elkoyma önlemlerinin elektronik ortamdaki özel birer çeşididir.[112]

Sözleşmede öngörülen usul yöntemleri şu şekildedir:

a) 16.maddede düzenlenen "depolanmış bilgisayar verilerinin hızlı bir biçimde korunması(expedited preservation of stored computer data)

b) 17.maddedeki "trafik verilerinin hızlı bir biçimde korunması ve kısmen açıklanması (expedited préservation and partial disclosure of traffic data)",

c) 18.maddedeki "üretim emri (production order)",

d) 19.maddedeki "depolanmış bilgisayar verilerinin aranması ve bunlara elkoyma (search and seizure of stored computer data)",

[109] Koca, s.812
[110] Koca, s.813
[111] Explanatory Report, p.132
[112] Keskin, S. (2001), "Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinde Ceza Muhakemesine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi" İstanbul Üniversitesi Hukuk Mecmuası, Cilt: 59, Sayı: 1, s.156

e) 20.maddedeki "trafik verilerinin anında/gerçek zamanlı toplanması (real-time collection of traffic data)",

f) 21 .maddedeki "içerik verilerinin yolunun kesilip ele geçirilmesi (interception of content data)[113]

Taraflardan her biri bu kısma uygun olarak tesis edilen yetki ve usulleri: Konvansiyonun 1. Kısmı uyarınca tesis edilen cezai suçlara; bir bilgisayar sistemi aracılığıyla işlenen diğer cezai suçlara, ve cezai bir suça ilişkin olarak elektronik ortamda delil toplanmasına ilişkin olarak uygulamaya koyacaktır.[114] Bu durumun iki istisnası öngörülmüştür. Bunlardan biri; madde 21'de içerik verilerine müdahale etme yetkisinin ulusal mevzuatın belirlediği bir dizi ciddi suçla sınırlı tutulacağıdır. Diğeri ise taraflar 20.madde'deki önlemleri (trafik verilerinin gerçek zamanlı olarak toplanması) uygulama haklarını, ancak hakkın saklı tutulmasıyla ilgili hükümde belirtilen suçlar ya da suç kategorileri için ve bu suç ya da kategori grubunun, 21.maddede söz edilen müdahale önlemlerini uyguladığı suç grubundan daha sınırlı olmaması şartıyla saklı tutabilir şeklindedir. Kısacası madde 20 ve 21'de yer alan müdahaleler için taraf devletler katalog suç ile sınırlı tutabilme yetkisine sahip olabileceklerdir.

Ceza muhakemesi hukukunda her koruma önleminde olduğu gibi, başvurulabilecek bilişim koruma önlemi ile işlendiğinden şüphe edilen suç arasında bir dengenin olması gerekmektedir.[115] Ayrıca, memorandumda, "yer alan bütün hükümlerde spesifik ceza soruşturmaları ve takibatlarında kullanmak amacıyla veri elde edilmesine ve toplanmasına izin vermek amaçlanmıştır."[116] diyerek öncelikle geçerli bir soruşturma aşamasının olmasını ve buna mütekip bu tedbirlere başvurulmasını istemiştir.

Sözleşme ile karşılaştırdığımızda ilk belirtmemiz gereken husus, Sözleşme'nn 16. maddesinde yer alan "Depolanan verilerin suratli şekilde depolanması" ve 17. maddede yer alan " Trafik verisinin süratli şekilde korunmasu ve kısmen açıklanması" tedbirlerinin Ceza Muhakemesi Kanunumuzda bir karşılığı olmadığıdır. Bu noktada aklımıza 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınların Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun gelebilir. Bu kanu kapsamında düzenlenen tedbirler Sözleşme ile öngörülen

[113] Keskin, s.156-157
[114] Explanatory Report, p.141
[115] Keskin, s.160
[116] Explanatory Report, p.135

tedbirlere karşılık gelmemektedir. Çünkü, bu kanun kapsamında belirtilen tedbirler suç soruşturmasında başvurulacak ceza muhakemesi tedbirleri değil, idari tedbirlerdir.[117] Oysa, Sözleşme tedbirlere ancak somut bir ceza soruşturmasının varlığı halinde başvurulabileceği öngörülmüştür.

Ceza Muhakemesi Kanunumuza baktığımızda karşımıza iki madde çıkmaktadır. CMK 134. maddesi Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma ile CMK 135. maddesi İletişimin Dinlenmesi, Tespiti ve Kayda Alınması başlıklı hükümler. CMK hükümlerine başvurabilmek için geçerli bir soruşturmanın olması aranmaktadır. Bu bağlamda Sözleşme ile uyumludur.

Sözleşmenin 18. maddesinde yer alan üretim emri ve 19. madesinde yer alan depolanmış bilgisayar verilerinin aranması ve bunlara el konulması tedbirleri, bilgisayar verileri üzerinde gelecekte arama/erişim ve elkoyma/kopyalama önlemlerini gerçekleştirebilmeyi olanaklı kılmak için öngörülmüş bir koruma önlemidir.[118]. Tarafların bilgisayar sisteminin içinde bulunan ya da onun bir parçası olan (örneğin bağlantılı bir veri saklama cihazı) ya da bağımsız bir veri saklama ortamında bulunan (örneğin CD-ROM ya da disket) bilgisayar verilerine erişmek ve aramak konusunda icra mercilerine yetki vermeleri şart koşulmaktadır.[119] Soruşturmayı yürüten mercilerin, gerekli verilerin başka bir bilgisayar sisteminde olduğuna inanmak için yeterli gerekçelerin varolduğu durumlarda, arama ya da benzer şekilde erişimlerini bu bilgisayar sistemini ya da onun bir parçasını içine alacak şekilde genişletmelerine izin verilmektedir.[120] El koyma işleminden de bahsedilmiş ve bunun nasıl yapılacağı da memorandumda açıklanmıştır. Buna göre; "El koymak, el konan verilere erişmek için gereken programların kullanımını ve bu programlara el konmasını da kapsamaktadır, el koyma ya da onları benzer şekilde güven altına almanın iki işlevi vardır: 1) Örneğin verileri kopyalamak yoluyla delil toplamak, ya da

2) Örneğin verileri kopyalamak ve daha sonra orijinal versiyonlarını erişilmez kılmak ya da taşımak yoluyla verileri müsadere etmek.".[121]

[117] Aliusta, Benzer, s.40
[118] Keskin, s.161
[119] Explanatory Report, p.188
[120] Explanatory Report, p.193
[121] Explanatory Report, p.197-199

Kanunumuzda buna yönelik düzenleme CMK 134. maddesinde karşımıza çıkmaktadır. Tedbirinin amacı, bilişim sistemleri üzerinde bulunan delillerin elde edilmesidir.[122] Bu tedbire başvurabilmek için, somut delillere dayalı kuvvetli şüphenin varlığı ve başka surette delil elde etme imkanının olmaması şarttır. Ayrıca bu tedbire Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hakim karar verir. Kanun, bilgisayarları ve bilgisayar kütüklerini bulunduğu yerden alıp götürmeksizin delile ulaşmanın mümkün olması halinde, sistemdeki verilerin kopyasının alınmasını öngörmektedir.[123] Eğer o anda bilgisayar program ve kütüklerine girilemiyor veya bilgilere ulaşılamıyor ise araç ve gereçlere el konulabilir. CMK 134. maddeni klasik suçlar bakımından da uygulamada bir çok sorunlu konuya dahi çözüm getiremediği, sıkça eleştirildiği göz önüne alınarak, Sözleşme hükümlerini tam anlamıyla karşıladığını söylemek zor olacaktır.[124]

Sözleşme'nin 20. maddesinde yer alan trafik verilerinin gerçek zamanlı toplanması ve 21. maddesinde yer alan içerik verilerinin yolunun kesilip ele geçirilmesi düzenlenmiştir.[125] İçerik veriler ile ne kastedildiği sözleşmede tanımlanmış değildir. Ancak içerik verileri kavramı ile anlatılmak istenen, trafik bilgileri dışında kalan, iletişimin içeriği, yani, iletişimin anlamı ve niyeti ya da iletişimle taşınan mesaj veya bilgidir.[126] Bu madde ile ilgili olarak Sözleşme daha önce de belirttiğimiz gibi katalog suç sınırı getirmiştir.[127] İçerik verilerinin yolunun kesilip bu verileri ele geçirmenin, özel yaşamın dokunulmazlığı hakkı ile iletişim özgürlüğüne ağır derecede müdahale edici özelliğinden dolayı Sözleşme, 21. maddesinde bu önlemin ulusal hukuklarca belirlenecek ağır suçların soruşturmasında uygulanabileceği hükmünü getirmiştir.[128]

Kanunumuza baktığımızda bu yönelik direk bir düzenleme yer almamakla birlikte, uygulamada CMK 135. maddeye başvurulduğunu görmekteyiz. Madde başlığı iletişimin dentelenmesi, tespit ve el konulmasıdır. Haberleşme özgürlüğüne müdahale sonucunu doğuran ve niteliği itibariyle gizlilik arz eden telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi, bir koruma tedbiri olarak kanunda ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir.[129] Madde dinleme ve kayda alma için somut

[122] Özen, M. ,Özocak , G. (2015),"Adli Bilişim, Elektronik Deliller ve Bilgisayarlarda Arama ve El Koyma Tedbirinin Hukuki Rejimi (CMK M. 134), " Ankara Barosu Dergisi, s.62
[123] Şahin , C. (2015), Ceza Muhakemesi Hukuku 1, Seçkin Yayınları, 6. Baskı, s.346
[124] Aliusta, Benzer, s.40
[125] Keskin, s.175
[126] Keskin, s.175
[127] Madde 21'de, içerik verilerine müdahaleyle ilgili olarak, Taraflara sadece önlemi "ulusal mevzuatın belirlediği bir dizi ciddi suçla ilgili olarak" tesis etmeleri zorunluluğu getirilmiştir. Açıklayıcı Memorandum k.no. 212
[128] Keskin, s.176
[129] Şahin, s. 349

delillere dayanan kuvvetli şüphenin varlığını ve başka surette delil edilememesini aramaktadır. Tedbire, hakim, gecikmesinin sakıncalı olduğu hallerde Cumhuriyet savcısı da başvurabilir. İletişimin tespitine ise hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı karar verir. Her iki tedbir için de Cumhuriyet savcısı kararını derhâl hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Bu madde kapsamında tedbir isteminde ayrıca, 6526 sayılı Kanunun 12. maddesiyle eklenen fıkrasına göre; hakkında 135. madde uyarınca tedbir kararı verilecek hattın veya iletişim aracının sahibini, biliniyorsa kullanıcısını gösterir belge veya rapor eklenmek zorundadır.[130] Maddede bu tedbire başvurulması için katalog suç öngörülmüştür. Bu madde kapsamına e-posta ve diğer haberleşmeler de girebilir mi sorusu akla gelse de; sıradan telefonlara göre bilgisayarlar arasındaki iletişimde bazı farklı sistemler ve yöntemler kullanılmakta, bilgisayarlar arasındaki internet yoluyla yapılan iletişim temelde telekominasyon yoluyla yapılan iletişime dayanmaktadır.[131] Bu yüzden e-posta ve diğer haberleşmeler için de TCK 135. maddesine başvurulabilinir. CMK 135. maddede yer alan düzenlem ile Sözleşme'nin 20. ve 21. maddesinde yer alan düzenleme arasında dikkat edilmesi gerekn bir fark mevcuttur. Şöyle ki, CMK 135. maddesi yalnızca kişiler arası iletişimin denetlenmesini sağlarken; Sözleşme 20. ve 21. maddeleri ise bilişim sistemleri arasındaki her türlü veri iletişimin denetlenmesini sağlamaktadır.[132]

Görüleceği üzere Türk ceza muhakemesi hukukunun bilişim alanında düzenlenen tedbirleri, Sözleşmede yer alan tedbirlerle uyumluluk arz etmemektedir. Hatta, yapılmış düzenlemelerin eksikliği fazlaca görülmektedir.

5- SON OLARAK

Sözleşme'nin öngördüğü birkaç madde üzerinde daha durmak gerekir. Bunlardan ilki; "*sözleşmenin giriş kısmında yer alan cezai hususlarda işbirliğine ilişkin Avrupa Konseyi konvansiyonlarını ve Avrupa Konseyi üye ülkeler ve diğer ülkeler arasındaki benzer nitelikteki anlaşmalr dikkate almak, ayrıca, işbu Konvansiyonun bilgisayar sistemlerine ve verileriyle ilgili cezai suçlara ilişikin soruşturmaları ve yasal işlemleri daha etkin kılmak amacıyla başka konvansiyonları desteklemek ve cezai suçlara ilişkin olarak elektronik ortamda delil*

[130] Karagülmez, A. (2014), Bilişim Suçları ve Soruşturma ve Kovuşturma Evreleri, Seçkin Yayıncılık, 5. Baskı, s. 540
[131] Karagülmez, s. 543
[132] Aliusta, Benzer, s.40

toplanabilmesini sağlamak amacına yönelik olduğu" söylenen adli işbirliğidir. Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin "Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun Tasarısı ve Dışişleri Komisyonu Raporu (1/676) başlıklı raporunda Dışişleri Bakanlığı'nın beyanları kısmında; 27 nci maddenin 2 (c) paragrafına istinaden, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, karşılıklı yardım taleplerinde bulunmak, talepleri yanıtlamak, bu taleplerin gereğini yerine getirmek veya bunların gereğini yerine getirecek makamlara bu talepleri iletmekle Adalet Bakanlığını merkezi makam olarak belirleneceği belirtilmiştir.[133]

Mevcut adli işbiriliği kapsamında Adalet Bakanlığı yılda yaklaşık 450-500 arasında Türk adli makamlarının talebini, yabancı ülkelere göndermektedir.[134] Bu işbirliği kapsamında, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, 7 gün/24 saat esasına göre temas noktasının Emniyet Genel Müdürlüğü Bilişim Suçlarıyla Mücadele Daire Başkanlığı olduğunu belirtmiştir.[135]

Ayrıca Türkiye, 42. madde ve 22. maddeye istinaden, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, Türk vatandaşının yurt dışında işlemiş olduğu suçlardan dolayı Türk Ceza Kanununun 11. ve 13. maddeleri çerçevesinde yargı yetkisini kullanma hakkını saklı tutma[136] hakkını kullanarak sözleşmenin ilgili maddelerine çekince koymuştur.

Diğer bahsetmemiz gereken konu ise; sözleşmenin düzenlediği ek protokoldür. Sözleşme "ırkçılık" suçu kapsamında ek protokol düzenlemiştir. Söz konusu protokol 28.1.2008 tarihinde imzaya açılmıştır. Haziran 2021 tarihi itibariyle beşi konsey üyesi olmayan 45 ülke tarafından imzalanmış, bunlardan 33 ülke içinde yürürlüğe girmiştir.[137] 2003 tarihli Ek Protokolünde, taraf devletlerin bilişim sistemleri yoluyla ırkçı ve yabancı düşmanlığı nitelikli içeriğin yayılmasını/propagandasını suç saymalarını öngörüyor ve ayrıca "ırkçılık ve yabancı düşmanlığı" suçunun tanımını yapılıyor. Türkiye bu protokolü henüz imzalamamış ve fakat henüz onaylamamıştır.

---

[133] Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun Tasarısı ve Dışişleri Komisyonu Raporu (1/676) https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss380.pdf E.T.20.05.2021, s. 10

[134] Dülger, s. 826

[135] Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun Tasarısı ve Dışişleri Komisyonu Raporu (1/676), s.10

[136] Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun Tasarısı ve Dışişleri Komisyonu Raporu (1/676), s.10

[137] Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems, https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/189/signatures?p_auth=OC2QMQxZ E.T.20.05.2021

Günümüzde artık, en önemli teknolojik gelişmelerden biri olan yapay zeka teknolojisinden sıkça bahsetmekteyiz. Endüstri 4.0 yaşandığı şu günlerde yapay zekanın hayatımıza girmesi, onu kabullenmemiz çok çabuk olmuştur. Yapay zekayı kabullenişimizle beraber hukuki alanda da birçok soruya kapı açmış olmaktayız. Bilişim suçlarında mevzuat düzenlenmesinde karşımıza çıkan süreç yapay zeka teknolijisi için de geçerli olacağa benzemektedir. Bu konuda yapılan çalışmalar hız kazanmaktadır. Özellikle Avrupa Konseyi bu konuya çeşitli açılardan değinmekte ve raporlar hazırlanmaktadır. Bu minvalde, Avrupa Konseyi, yapay zeka çalışmaları hakkında ad hoc bir komite olan CAHAI'yı kurmuştur.[138] Bu komitenin yayınladığı iki rapora çalışmamızda yer vermek istedik. Bunlardan biri, 17 Aralık 2020 tarihinde yayınlanan fizibilete raporudur.[139] Bu raporda yapay zeka ve Avrupa Siber Suç Sözleşmesi ile ilgili olarak; Siber Suçlara İlişkin Sözleşme (Budapeşte Sözleşmesi), bilgisayarlara karşı ve bilgisayarlar aracılığıyla işlenen suçları cezalandırmak, siber suçları soruşturmak ve hukuk devleti güvencelerine tabi herhangi bir suçla ilgili elektronik kanıtları güvence altına almak için usule ilişkin yetkiler için ve etkili uluslararası güvenlik için önemli bir araçtır. Budapeşte Sözleşmesi ve hükümleri, yapay zeka sistemleri tarafından gerçekleştirilen veya kolaylaştırılan eylemlere tamamen uygulanabilir Siber suçlar ve elektronik kanıtlar konusunda gelişmiş işbirliğine ilişkin Budapeşte Sözleşmesine yeni bir Protokol hazırlanıyor ve 2021'de kullanıma sunulabilir şeklinde bir açıklma yer almaktadır.[140]

Bir diğer rapor ise Suç Sorunlarına İlişkin Avrupa Komitesi (CDPC) tarafından hazılanan yapay zeka ve ceza hukuku alanında yapılan fizibilte raporudur.[141] Bu raporda, Avrupa Konseyi üye ülkelerin yapay zeka alanındaki mevzuat çalışmaları otonom araçlara yönelik yapılan anket sonucunda taranmış ve buna yönelik ne gibi çalışmalar yapılabilir sorusu incelenmiştir. Raporun sonucunda da yapay zeka ve ceza hukuku alanında ulusal mevzuat geliştirmek için uluslararası bir yasal belgenin müzakere edilmesinin hem son derece arzu edilir olduğunu hem de üye devletlerin isteğinin de bu yönde olduğu belirtilmiştir.[142]

---

[138] Council of Europe and Artificial Intelligence, https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence E.T. 20.05.2021

[139] Ad Hoc Committee on Artıfıcıal Intellıgence (CAHAI), Feasibility Study, 17 December 2020, https://rm.coe.int/cahai-2020-23-final-eng-feasibility-study-/1680a0c6da E.T.20.05.2021

[140] Ad Hoc Committee on Artificial Intelligence (CAHAI), Feasibility Study, 17 December 2020, p.48

[141] AI and Criminal Law: A Feasibility Study was adopted by the CDPC, https://www.coe.int/en/web/cdpc/home/-/asset_publisher/2gsGo23sm8nj/content/ai-and-criminal-law-a-feasibility-study-to-be-submitted-to-the-cdpc?inheritRedirect=false E.T.20.0.2021

[142] Feasibility Study on a Future Council of Europe Instrument on Artificial Intelligence and Criminal Law, https://rm.coe.int/cdpc-2020-3-feasibility-study-of-a-future-instrument-on-ai-and-crimina/16809f9b60 E.T. 20.05.2021, s.14

Bu iki rapordan da şu sonucu kolaylıkla çıkartabiliriz; yakın zamanda yapay zeka hakkında ülkelerin mevzuatlarının uyumlaştırılması için çeşitli sözleşme veya protokollerin hazırlanacağı ve ülkelerin mevzuatlarının uumlaştırma sürecine gireceği. Peki, Türkiye bilişim suçlarında gerçekleşen mevzuat uyumlaştırılması tecrübesini yapay zeka alanında gerçekleşecek olan sürece aktarabilecek ve başarılı olabilecek midir?

Bu soruya Stanford Üniveristesi'nin yapmış olduğu Yapay Zeka Endeks 2021 Raporundan[143] bahsederek cevap vermek isteriz. 2017 yılından beri yayınlanan bu rapor yapay zeka alanında yaşanan gelişmeleri 7 başlıkta incelemektedir. Bu başlıklardan biri de yapay zeka politikası ve ulusal staretejilerdir. Bu alanda yapılan çalışmlarda Türkiye'nin herhangi bir ulusal stratejisinin olmadığı, politikaların etik ve hukuki standartlarının yeterince oluşmadığı belirtilmektedir.

SONUÇ

Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi, kendi ifadesiyle zamandan bağımsız bir dil kullanarak bilişim suçları alanında bir birlik oluşturmaya çalışmıştır. Uluslarası işbirliğinin sonuna kadar kullanılması gereken bilişim suçları devletleri zorlayan bir suç grubu haline gelmiştir. Bu yüzden Sözleşme'nin yaptığı bu çalışma olması gereken ve bilişim suçları ile mücadelede atılması gereken bir adımdır.

Türkiye'de bilişim suçu kavramı dünya ile eş zamanlarda kanunlarımıza girmiştir. Maddelerin düzenleniş biçimleri her ne kadar yetersiz gibi görünse de düzenlenmiş olması bile savunulacak bir yaklaşımdır. Türkiye, Sözleşme'yi geç onaylamıştır. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi geç onaylamasının hiçbir makul gerekçesi olduğunu düşünmemekteyiz. Bu suçlarla mücadelede ortak dil, ortak mevzuat son derece önemlidir. Ülkemizde, Sözleşme 2014 tarihinde, imzalanmasından 4 yıl sonra yürürlüğe girmiştir. Sözleşme imzalanmadan ve yürürlüğe girmeden önce değişikliğe uğramış olan 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nda bilişim suçları eski kanunumuza göre daha kapsamlı ve daha etkin bir şekilde düzenlenmiştir. 2016 değişikliği sonrasında ise Sözleşme ile olan paralelliği daha da artmıştır. Son hali ile Sözleşme arasında fark son derece azdır. Bunda özellikle TCK 243. maddede yapılan "veya" değişikliği, hazırlık hareketlerini suç haline getiren TCK 245A maddesinin eklenmesinin etkisi büyüktür.

Ceza Muhakemesi Kanununa yer alan 134. ve 135. maddeler ile Sözleşme'de yer alan usul düzenlemeleri mevzuatımıza dahil edilmeye çalışılmıştır. Her iki madde de Sözleşme'de

[143]2021 AI Index Report, https://hai.stanford.edu/research/ai-index-2021 E.T. 20.05.2021

belirtilen ilgili maddelerin yükümlülüklerini yerine getirebilecek seviyede düzenlemeler içermemektedir.

Sözleşme'nin hazırlanması ve ülkemizin taraf olması son derece isabetli bir karar olmakla birlikte gelişen teknolojiye ayak uydurma nokasında ne kadar başarılı olabilecektir veya ne kadar süre güncelliğini koruyabilecektir, bunu kestirmek zordur. Bunun iç hukukumuzu da yansımaları elbette ki olacaktır. Gelişen teknoloji ve buna bağlı olarak hızla gelişen bilişim suçları alanında her daim yenilikçi olunmalı kanunlar da buna uygun olarak hızlı ve etkili bir şekilde düzenlenmelidir. Bunun en önemli ve canlı örneğini yapay zeka alanındaki gelişmeler göstermektedir. İlerleyen günlerde yapay zeka alanında yapılacak uluslararası sözleşmeyi konuşacağımız artık bellidir. Şimdiden gerekli çalışmalar yapılmalı ve dünya ile eş zamanlı mevzuat değişkliğine gitmekte geçikilmemelidir.

KAYNAKÇA

Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems, https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list//conventions/treaty/189/signatures?p_auth=OC2QMQxZ

Ad Hoc Commıttee on Artıfıcıal Intellıgence (CAHAI), Feasibility Study, 17 December 2020, https://rm.coe.int/cahai-2020-23-final-eng-feasibility-study-/1680a0c6da

Akbulut, B. (2017), Bilişim Alanında Suçlar, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara,

AI and Criminal Law: A Feasibility Study was adopted by the CDPC, https://www.coe.int/en/web/cdpc/home/-/asset_publisher/2gsGo23sm8nj/content/ai-and-criminal-law-a-feasibility-study-to-be-submitted-to-the-cdpc?inheritRedirect=false

Aliusta, C., Benzer, R. (2018), Avrupa Siber Suç Sözleşmesi ve Türkiye'nin Dahil Olma Süreci, Uluslararası Bilgi Güvenliği Mühendisliği Dergisi, Cilt:4, No:2

Artuk, E. ve Gökçen, A. ve Yenidünya, C. (2014), Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, 14. Baskı

Artuk, E. ve Gökçen, A. ve Yenidünya, C. (2009), Türk ceza kanunu şerhi : Özel hükümler Cilt:3, Turhan Kitapevi, Ankara

Artuk, E. ve Gökçen, A. ve Yenidünya, C. (2013), Gerekçeli Ceza Kanunları, Adalet Yayınevi, 14. Baskı

Aydın, E. D. (1992), "Bilişim Sisteminde Güvenlik, Güvenirlik, Mahremiyet ve Bilişim Suçları" Marmara İletişim Dergisi, Sayı:1, Aralık

Carr, I., Williams, K., (2002). Draft Cyber-Crıme Conventıon: Criminalization and The Council of Europe (Draft) Convention on Cyber-Crime1. Computer Law & Security Review, 18. 83–90.

Council of Europe, Explanatory Report to the Convention on Cybercrime, https://rm.coe.int/16800cce5b

Cybercrime and COVID-19, https://www.coe.int/en/web/cybercrime/-/cybercrime-and-covid-19

Değirmenci, O. (2005), "2004 Türk Ceza Kanunu'nun Bilişim Suçları Bakımından Değerlendirilmesi" Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:58

Demirbaş, T. (2020), Ceza Hukuku Genel Hükümler,Güncellenmiş 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık

Demircan, T. LL.M (2016), Bilişim Alanında Suçlar, Legal Yayıncılık

Dülger, M. V. (2004), Bilişim Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara

Erdem, M, Özocak, G., Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi ve Türk Hukukuna Etkileri, http://ozocak.com/Dosyalar/27669f.pdf

Eker, Ö.U. (2006), "Türk Ceza Hukuku'nda Bilişim Suçları" Eski TCK Bağlamında Hukukumuzda Yer Alan İlk Düzenlemeler ve 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nun İlgili Hükülerinin Yorumu, TBB Dergisi, sayı:62

Feasibility Study on a Future Council of Europe Instrument on Artificial Intelligence and Criminal Law, https://rm.coe.int/cdpc-2020-3-feasibility-study-of-a-future-instrument-on-ai-and-crimina/16809f9b60

Erdoğan, Y. (2013), Türk ceza kanununda bilişim suçları : Avrupa konseyi siber suç sözleşmesi ve yargıtay kararları ile Legal Yayıncılık, İstanbul

Hakeri, H. (2013), Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 15. Baskı

Hekim, H., Başıbüyük, O. (2013), "Siber Suçlar ve Türkiye'nin Siber Güvenlik Politikaları" Uluslararası Güvenlik ve Terörizm Dergisi ,4 (2)

Ionita G. I. G. (2015). Trends and Developments in Use and Implementation of Cybercrime Convention. Conferinta Internationala de Drept, Studii Europene si Relatii Internationale, 870-876

Internet Security Trends Report 2015, Symantec Internet Security Trends Report 2015, Symantec, https://docs.broadcom.com/doc/istr-22-2017-en

Karagülmez, A., Bilişim Suçları ve Soruşturma – Kovuşturma Evreleri, Seçkin Yayınları 5. Baskı

Keskin, S. (2001), "Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinde Ceza Muhakemesine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Mecmuası, Cilt: 59, Sayı: 1-2

Ketizmen, M. (2008), TCK Bilişim Suçları, Adalet Yayınevi

Keyser, M. (2003). The council of europe convention on cybercrime. Journal of Transnational Law & Policy, 12(2), 287-326

Koca, M. (2003), "Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi'nin Maddi Ceza Hukuku Alanında Öngördüğü Düzenlemeler ve Türk Hukuku", Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt:3, Beta Yayınevi

Koca, M. ve Üzülmez, İ. (2017), Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı Adalet Yayınevi, Ankara

Kurt, L. (2005), Açıklamalı- İçtihatlı Tüm Yönleriyle Bilişim Suçları ve TCK'daki Uygulaması, Seçkin Yayıncılık

Make Your Home a Cyber Safe Stronghold, https://www.europol.europa.eu/activities-services/public-awareness-and-prevention-guides/make-your-home-cyber-safe-stronghold

Özgenç, İ. (2020), Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 16. Baskı

Özbek, M. (2015), "Avrupa Siber Suç Sözleşmesinin Türk Ceza Hukukuna Etkileri", GSI/ Part 6, Summer

Özen, M., Özocak, G. (2015), "Adli Bilişim, Elektronik Deliller ve Bilgisayarlarda Arama ve El Koyma Tedbirinin Hukuki Rejimi (CMK M. 134) ,"Ankara Barosu Dergisi

Pallı, H. (2008), Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Bilişim Suçları, Kayseri, Kasım (Yüksek Lisans Tezi)

Parlar, A. (2011), Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları Bilge Yayınevi, Ankara

Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun Tasarısı ve Dışişleri Komisyonu Raporu (1/676) https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss380.pdf

Sokullu Akıncı F. , "Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinde Yer Alan Maddi Ceza Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle İnternette Çocuk Pornografisi" www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/download/1023004153/1023003747

Şahin, C. (2015), Ceza Muhakemesi Hukuku 1, Seçkin Yayınları, 6. Baskı

Taşkın, Ş. C. (2008), Bilişim Suçları, Beta Yayın Dağıtım, Bursa

Tezcan, D. ve Erdem, M. R. ve Önok, R. M. (2010), Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınları, 7. Baskı

Yılmaz, F. (2015), Türkiye'deki Bilişim Suçlarının Sosyolojik Bir Analizi: Tehditler ve Çözüm Stratejileri, Eskişehir, (Yüksek Lisans Tezi)

2021 AI Index Report, https://hai.stanford.edu/research/ai-index-2021

UNIVERSAL JURISDICTION: THE ECTHR STANDARDS

PhD candidate Ilyas Guliyev*
Baku State University
ORCID NO: 0000-0003-3297-323X

Abstract
The aim of this article is to find out the standards defined by the European Court of Human Rights (the ECtHR) on matters related to universal jurisdiction. These standards are revealed on the basis of analysis of the Court's case-law on the subject-matter.
The author has found out four such standards, which play an important role in understanding of the concept of universal jurisdiction, in particular from the ECtHR standpoint.
Keywords: universal jurisdiction, the ECtHR, international crimes, genocide, torture

Introduction

Under universal jurisdiction the courts of any state are able to prosecute the persons, alleged to have committed certain heinous crimes, regardless of the place, where the crime was committed, as well as of the nationality of the perpetrator or the victim of the crime.[1]

As it was rightly emphasized in the legal doctrine "*universal jurisdiction fills a gap left where other, more basic doctrines of jurisdiction provide no basis for national proceedings*".[2]

Alongside with the norms of international treaties and customary international law, the decisions of the international courts play a significant role in regulating of the issues related to application of universal jurisdiction. The International Court of Justice has made major contributions in this respect. In the meantime, the ECtHR has delivered a number of judgements, where the Court expressed its stance on the various issues related to universal jurisdiction. The major findings of the Court can be regarded as its standards on universality principle.

* PhD candidate, International Public Law Department, Baku State University
e-mail: ilyasguliyev@gmail.com

1 Mecedo, S. (Ed.) (2004). Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes under International Law. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, p. 18.

2 Broomhall B. (2001). Towards the Development of an Effective System of Universal Jurisdiction for Crimes under International Law. New England Law Review, Vol. 35, p. 400.

Standard 1 - In its absolute form the concept of universal jurisdiction does not require any connection with the forum state (*Naït-Liman v. Switzerland*)

One of the important issues related to universal jurisdiction, having both theoretical and practical importance, is whether a connection is required of the committed crime or the person, alleged to have committed the crime, with the forum state in order to institute criminal proceedings.

The legal doctrine mainly favors the view that no connection is needed with the forum state to prosecute persons for international crimes.[3] Nevertheless, majority of the states, including Germany[4], France,[5] Austria,[6] Belgium,[7] Spain[8] require such a connection in legislation, or at least on the case-law level.

In particular, in *Tadic* case the Federal Court of Justice of Germany submitted that a connection of the crime of genocide, alleged to have committed, with Germany is required "*in order not to violate the principle of non-interference with internal affairs of the other states*."

In the meantime, in accordance with 1985 Spanish Judicial Power Organization Act one out of three conditions making possible the application of universal jurisdiction by the Spanish courts is the presence of the accused in Spain.

In its Judgement of 15 March 2018 on the case *of Naït-Liman v. Switzerland* the ECtHR expressed its view on this important issue. Although the said case was related to application of universal civil

[3] Colangelo, J. A. (2006). The Legal Limits of Universal Jurisdiction. Virginia Journal of International Law, Vol. 47, pp. 150-151; See also, Bartram, B. (2001). The Evolving Concept of Universal Jurisdiction (Symposium). 35 New England Law Review 383, p. 383; Christopher, C. J. (1996). Arresting Impunity: The Case for Universal Jurisdiction in Bringing War Criminals to Accountability. Law and *C*ontemporary *Problems, Vol. 59, p. 171*.

[4] Tadic case, Judgement, Federal Supreme Court, February 13, 1994. https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/caseLaw.xsp?documentId=5171ADA8D4AD66AE41256608003878 7C&action=openDocument&xp_countrySelected=DE&xp_topicSelected=GVAL-992BU6&from=state (Last visited: April 28, 2021); in the meantime, it should be noted that neither the German Code of Crimes against International Law, nor Explanatory Memorandum to the Code require any connection with the forum state, see in particular, Reydams, L. (2003). Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives. New York: Oxford University Press, p. 145.

[5] Cour de Cassation, Chambre criminelle, Arrêt 26 Mars 1996 (Javor). Bulletin criminel, 1996, N° 132. https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007068336 (Last visited: April 21, 2021); "Loi n° 95-1 du 2 janvier 1995 portant adaptation de la législation française aux dispositions de la résolution 827 du Conseil de sécurité des Nations Unies instituant un tribunal international en vue de juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991." https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000532676/ (Last visited: April 20, 2021)

[6] "Penal Code of Austria." https://policehumanrightsresources.org/content/uploads/2016/08/Criminal-Code-Austria-1998.pdf?x96812 (Last visited: March 31, 2021)

[7] "Cour d'appel de Bruxelles, Chambre des mises en accusation," 26 Juin 2002, Sharon & Yaron. https://competenceuniverselle.files.wordpress.com/2011/07/arret-26-juin-2002-apercu.pdf (Last visited: April 11, 2021)

[8] Report of the Permanent Mission of Spain to the United Nations dated 29 April 2003. https://www.un.org/en/ga/sixth/68/UnivJur/Spain_E.pdf (Last visited: March 29, 2021)

jurisdiction in torture cases, the Court also touched upon the criminal law aspects of universality principle.

The case was initiated by a Tunisian national, who submitted that the refusal by the Swiss courts to examine his civil claim on compensation for his alleged torture in Tunisia by the then Tunisian minister of the interior, had infringed his right of access to a court.

The ECtHR, noting that the States apply universal jurisdiction mainly with regard to criminal, rather than to civil matters, submitted the following: "*In the concept's absolute form, universal jurisdiction does not depend on any connecting factor ratione personae determining the persons, subject to the court exercising such jurisdiction. Nor does it depend on a connecting factor ratione loci, requiring that this jurisdiction be exercised only in the presence of certain ties – geographical or otherwise related to place – with the jurisdiction applied to in a specific case*."[9]

Although this submission was not further developed by the Court, the mere statement has great importance, thus it confirms at least the existence in the legal doctrine of *"absolute form of universal jurisdiction"*, which is unfortunately mainly disregarded by majority of the states.

Standard 2 - The Genocide Convention does not exclude the application of universal jurisdiction (*Jorgic v. Germany*)

The question of whether universal jurisdiction is applied over the crime of genocide has been one of the disputed matters in the legal doctrine.[10] Article VI of the Genocide Convention sets out the jurisdiction of the territorial state and the international penal tribunal over the crime of genocide. As it follows from the *travaux préparatoires* for the Convention, the proposals to include universal jurisdiction directly into the Convention were mainly rejected.[11]

Nevertheless, the case-law of the International Court of Justice and of the states clearly indicates that there is a norm of customary international law envisaging the obligation to prosecute crime of genocide under universal jurisdiction.[12]

Thus, in its Judgment of 11 July 1996 on the *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, the International Court of Justice noted *inter*

[9] European Court of Human Rights. Grand Chamber. Case of Naït-Liman v. Switzerland. Application no. 51357/07. Judgement, 15 March 2018. https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22\%22CASE%20OF%20NAIT-LIMAN%20v.%20SWITZERLAND\%22%22],%22documentcollectionid2%22:[%22JUDGMENTS%22],%22itemid%22:[%22001-181789%22]} (Last visited: April 14, 2021)

[10] See Schabas W.A. (2000). Genocide in International Law. Cambridge: Cambridge University Press; Schabas W. A. (1999). The Genocide Convention at Fifty / Special Report No. 41, Summary; Matthew R.L. (1984). The Drafting of the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. Boston University International Law Journal, Vol. 3, p. 1-65.

[11] Robinson N. (1960). The Genocide Convention: A Commentary. New York: Institute of Jewish Affairs, p. 158.

[12] Gibbons P. and Heintze H-J. (2015). The Humanitarian Challenge. 20 Years of European Network on Humanitarian Action (NOHA). Springer International Publishing Switzerland, p. 187.

alia, that *"the obligation each State thus has to prevent and to punish the crime of genocide is not territorially limited by the Convention."*[13]

In *Eichmann* case the District Court in Jerusalem emphasized that *"a reference to territorial jurisdiction in Article VI of the Genocide Convention is not exhaustive and each state is entitled to fulfil its powers in the framework of customary international law."*[14]

The most important case before the local courts on this issue, which was later referred to the ECtHR has been the case of *Nikolai Jorgic*. Nicola Jorgic, a national of Bosnia and Herzegovina, was arrested on 16 December 1995 when entering Germany in suspicion of having committed acts of genocide. His case was heard by the Düsseldorf Court of Appeal acting as a court of first instance.

Hearing the case, the Düsseldorf Court of Appeal came to a conclusion that *"neither Article VI of the Genocide Convention, nor Article 9 of the 1993 Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY Statute) excluded the jurisdiction of German courts over acts of genocide committed outside Germany by a foreigner against foreigners."*[15]

After exhaustion of all domestic remedies the case of *Nikolai Jorgic* was referred to the ECtHR, where the applicant alleged that the German courts had not had jurisdiction to convict him of genocide. The Court delivered its Judgement on 12 July 2007. In its Judgement the Court noted that although the parties did not agree on inclusion of the principle of universal jurisdiction into the Genocide Convention, they are under "an *erga omnes* obligation to prevent and punish genocide" in accordance with Article I of the Convention. Taking it into account the Court in particular submitted that *"the German courts' reasoning that the purpose of the Genocide Convention did not exclude jurisdiction for the punishment of genocide by States, whose laws establish extraterritoriality, in this respect must be considered as reasonable."*[16]

The Court came to a conclusion that the German courts rightfully interpreted the relevant articles of the Genocide Convention and that this interpretation was also confirmed by the legislation and case-law of a number of member states to the European Convention on Human Rights, as well as the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia.

---

13 International Court of Justice. Reports of Judgements, Advisory Opinions and Punishment of the Crime of Genocide. Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections, Judgement of 11 July 1996. https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/91/091-19960711-JUD-01-00-EN.pdf (Last visited: April 15, 2021)

14 Fawcett, J. (1962). The Eichmann Case. British Yearbook of International Law, Vol. 38, p. 181-215.

15 Public Prosecutor v. Jorgic, Judgment, the Düsseldorf Court of Appeal, September 26, 1999. http://www.haguejusticeportal.net/Docs/NLP/Germany/Jorgic_Urteil_26-9-1997.pdf (Last visited: April 14, 2021)

16 European Court of Human Rights. Case of Jorgic v. Germany. Application no. 74613/01. Judgement, 12 July 2007. https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22\%22CASE%20OF%20JORGIC%20v.%20GERMANY\%22%22],%22sort%22:[%22kpdate%20Descending%22],%22languageisocode%22:[%22ENG%22],%22documentcollectionid2%22:[%22JUDGMENTS%22],%22itemid%22:[%22001-81608%22]} (Last visited: April 14, 2021)

Standard 3 - The Convention against Torture does not envisage the application of universal civil jurisdiction (*Naït-Liman v. Switzerland*)

Although in the doctrine the term of universal jurisdiction mainly refers to the criminal law aspects of the universality principle, the civil law aspects related to the principle also deserve attention.

In the Resolution of the Institute of International Law on *"Universal Civil Jurisdiction with regard to Reparation for International Crimes"* it was stated that "*universal civil jurisdiction is a means of avoiding the deprivation of the victims of international crimes to obtain reparation of the harm suffered.*"[17]

One of the major legal instruments on the subject-matter is Article 14 of the Torture Convention, which sets forth that "*each State Party shall ensure in its legal system that the victim of an act of torture obtains redress and has an enforceable right to fair and adequate compensation*."

In its Judgement of 15 March 2018 on the case of *Naït-Liman v. Switzerland*, which was briefly described above, the ECtHR expressed its extended view on the matter.

Considering the case, the Court submitted that Article 14 of the Torture Convention does not directly envisage the application of universal civil jurisdiction over torture, and that it does not either derive from the *travaux préparatoires* for the Convention.[18]

Denying the third-party interveners submission that, the Torture Convention does envisage the application of universal civil jurisdiction, because the Netherland's proposal to include territoriality principle into Article 14 was rejected during preparatory work, the Court stated that the reasons for such rejection was unknown and therefore, it was difficult to attach serious importance to it. The Court also overthrew the other third-party interveners' submission that Article 14 did envisage the universal civil jurisdiction because no reservation was made to it.

The Court, thus, rejected the application, holding there had been no violation of Article 6 (1)[19].

Standard 4 - There is no exception to the general rule of non-retroactivity related to international crimes (*Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina*)

One of the issues arising in application of universal criminal jurisdiction is retroactivity of criminal legislation with regard to international crimes.

---

17 Institute of International Law. First Commission. 30 August 2015. Universal Civil Jurisdiction with regard to Reparation for International Crimes. Resolution. Rapporteur: M. Andreas Bucher. https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2015_Tallinn_01_en-1.pdf (Last visited: May 20, 2021)

18 European Court of Human Rights. Grand Chamber. Case of Naït-Liman v. Switzerland. Application no. 51357/07. Judgement, 15 March 2018. https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22\%22CASE%20OF%20NAIT-LIMAN%20v.%20SWITZERLAND\%22%22],%22documentcollectionid2%22:[%22JUDGMENTS%22],%22itemid%22:[%22001-181789%22]} (Last visited: April 14, 2021)

19 The Court's Judgement was criticized by some authors, see in particular, Hovel, D. (2018). *The Authority of Universal Jurisdiction*. The European Journal of International Law, Vol. 29 (2), p. 450-452.

Article 7 § 2 of the *European Convention on Human Rights* reads that "*nothing in this article shall prejudice the trial and punishment of any person for any act or omission which, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations.*"

This norm, enshrined also in some other international treaties (in particular, Article 15 of the *International Covenant on Civil and Political Rights*), is often regarded in the legal doctrine as a norm setting forth retroactivity of criminal legislation with respect to international crimes[20].

In its Judgement of 18 July 2013 on the case *of Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina* the ECtHR expressed the opposite view on the retroactivity clause.

The case was initiated by the citizens of Iraq and Bosnia and Herzegovina. The applicants complained that the court of Bosnia and Herzegovina had convicted and sentenced them under provisions of the 2003 Criminal Code of Bosnia and Herzegovina for war crimes against civilians committed during the 1992-95 war.[21]

In the proceedings the Government of Bosnia and Herzegovina referred to Article 7 § 2 of the *European Convention on Human Rights* alleging that it provided an exception to the rule of non-retroactivity of crimes and punishments set out in Article 7 § 1, which meant according to the Government that "*if an act was criminal at the time when it was committed both under "the general principles of law recognized by civilized nations" and under national law, then a penalty even heavier than that which was applicable under national law might be imposed."*

Rejecting the Government's argument, the Court submitted that it was inconsistent with the *travaux préparatoires* for the Convention. The Court further submitted that the European Convention on Human Rights does not envisage any general exception to the rule of non-retroactivity related to international crimes. In the Court's opinion Article 7 § 2 was included into the Convention only to validate the prosecutions of crimes committed during the Second World War.

In substantiating its stance, the Court also referred to Article 99 of the *Convention relative to the Treatment of Prisoners of War*, which reads that "*no prisoner of war may be tried or sentenced for an act which is not forbidden, at the time the said act was committed, by the law of the Detaining Power or by international law.*"

---

[20] Spiga, V. (2011). Non-retroactivity of Criminal Law: A New Chapter in the Hissène Habré Saga. Journal of International Criminal Justice, Volume 9, Issue 1, p. 16.

[21] European Court of Human Rights. Grand Chamber. Case of Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina. Application no. 2312/08 and 34179/08. Judgement, 18 July 2013. https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22(\%22MAKTOUF%20AND%20DAMJANOVI%C4%86%20\%22)%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-122716%22]} (Last visited: May 22, 2021)

Taking into account the afore-said the Court concluded that there had been a violation of Article 7 of the Convention.

Conclusion

The findings of the ECtHR on the cases *of Naït-Liman v. Switzerland, Jorgic v. Germany, Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina* shed light to a number of issues related to application of universal jurisdiction: the existence and possibility of application of "absolute form of universal jurisdiction", applicability of universal jurisdiction over crime of genocide, non-applicability of universal jurisdiction over torture in civil cases and absence of exception to the general rule of non-retroactivity related to international crimes.

These findings have binding force for the state-participants of the European Convention on Human Rights. They also prove the existence of norms of customary international law on the studied issues.

In the meantime, the finding of the ECtHR on retroactivity is not fully supported in the legal doctrine. Taking into account the fact that, the Judgment is relatively new one, it is not excluded that in the future the Court's approach can be altered.

BLIOGRAPHY

Bartram, B. (2001). The Evolving Concept of Universal Jurisdiction (Symposium). 35 New England Law Review 383, 383-397.

Broomhall B. (2001). Towards the Development of an Effective System of Universal Jurisdiction for Crimes under International Law. New England Law Review, Vol. 35, 399-420.

Christopher, C. J. (1996) Arresting Impunity: The Case for Universal Jurisdiction in Bringing War Criminals to Accountability. Law and Contemporary Problems, Vol. 59, 153-172.

Colangelo, J. A. (2006). The Legal Limits of Universal Jurisdiction. Virginia Journal of International Law, Vol. 47, 149-198.

Fawcett, J. (1962). The Eichmann Case. British Yearbook of International Law, Vol. 38, 181-215.

Gibbons P. and Heintze H-J. (Ed.) (2015). The Humanitarian Challenge. 20 Years of European Network on Humanitarian Action (NOHA). Springer International Publishing Switzerland.

Hovel, D. (2018). The Authority of Universal Jurisdiction. The European Journal of International Law, Vol. 29 (2), 427-456.

Matthew R.L. (1984) The Drafting of the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. Boston University International Law Journal, Vol. 3, 1-65.

Mecedo, S. (Ed.) (2004). Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes under International Law. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

Reydams, L. (2003). Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives. New York: Oxford University Press.

Robinson N. (1960). The Genocide Convention: A Commentary. New York: Institute of Jewish Affairs.

Schabas W.A. (2000). Genocide in International Law. Cambridge: Cambridge University Press.

Schabas W. A. (1999). The Genocide Convention at Fifty / Special Report No. 41, Summary.

Spiga, V. (2011). Non-retroactivity of Criminal Law: A New Chapter in the Hissène Habré Saga. Journal of International Criminal Justice, Volume 9, Issue 1, 5-23.

Internet resources

"Cour d'appel de Bruxelles, Chambre des mises en accusation," 26 Juin 2002, Sharon & Yaron. https://competenceuniverselle.files.wordpress.com/2011/07/arret-26-juin-2002-apercu.pdf (Last visited: April 11, 2021)

Cour de Cassation, Chambre criminelle, Arrêt 26 Mars 1996 (Javor). Bulletin criminel, 1996, N° 132. https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007068336 (Last visited: April 21, 2021)

European Court of Human Rights. Grand Chamber. Case of Naït-Liman v. Switzerland. Application no. 51357/07. Judgement, 15 March 2018. https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22\%22CASE%20OF%20NAIT-LIMAN%20v.%20SWITZERLAND\%22%22],%22documentcollectionid2%22:[%22JUDGMENTS%22],%22itemid%22:[%22001-181789%22]} (Last visited: April 14, 2021)

European Court of Human Rights. Case of Jorgic v. Germany. Application no. 74613/01. Judgement, 12 July 2007. https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22\%22CASE%20OF%20JORGIC%20v.%20GERMANY\%22%22],%22sort%22:[%22kpdate%20Descending%22],%22languageisocode%22:[%22ENG%22],%22documentcollectionid2%22:[%22JUDGMENTS%22],%22itemid%22:[%22001-81608%22]} (Last visited: April 14, 2021)

European Court of Human Rights. Grand Chamber. Case of Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina. Application no. 2312/08 and 34179/08. Judgement, 18 July 2013. https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22(\%22MAKTOUF%20AND%20DAMJANOVI%C4%86%20\%22)%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-122716%22]} (Last visited: May 22, 2021)

Institute of International Law. First Commission. 30 August 2015. Universal Civil Jurisdiction with regard to Reparation for International Crimes. Resolution. Rapporteur: M. Andreas Bucher. https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2015_Tallinn_01_en-1.pdf (Last visited: May 20, 2021)

International Court of Justice. Reports of Judgements, Advisory Opinions and Punishment of the Crime of Genocide. Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections, Judgement of 11 July 1996. https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/91/091-19960711-JUD-01-00-EN.pdf (Last visited: April 15, 2021)

"Loi n° 95-1 du 2 janvier 1995 portant adaptation de la législation française aux dispositions de la résolution 827 du Conseil de sécurité des Nations Unies instituant un tribunal international en vue de juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire

commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991." https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000532676/ (Last visited: April 20, 2021)
"Penal Code of Austria." https://policehumanrightsresources.org/content/uploads/2016/08/Criminal-Code-Austria-1998.pdf?x96812 (Last visited: March 31, 2021)
Report of the Permanent Mission of Spain to the United Nations dated 29 April 2003. https://www.un.org/en/ga/sixth/68/UnivJur/Spain_E.pdf (Last visited: March 29, 2021)
Tadic case, Judgement, Federal Supreme Court, February 13, 1994. https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/caseLaw.xsp?documentId=5171ADA8D4AD66AE412566080038787C&action=openDocument&xp_countrySelected=DE&xp_topicSelected=GVAL-992BU6&from=state (Last visited: April 28, 2021)
Public Prosecutor v. Jorgic, Judgment, the Düsseldorf Court of Appeal, September 26, 1999. http://www.haguejusticeportal.net/Docs/NLP/Germany/Jorgic_Urteil_26-9-1997.pdf (Last visited: April 14, 2021)

ULUSLARARASI
HUKUK
SEMPOZYUMU
International Symposium on Law

GENİŞLETİLMİŞ BENLİK TEORİSİ PERSPEKTİFİNDE VELAYET ALTINDAKİ KÜÇÜĞÜN GÖRÜNTÜSÜNÜN SOSYAL AĞ SİTELERİNDE PAYLAŞILMASININ HUKUKİ YÖNÜ: *SHARENTING*

Dr. Cemile Turgut[1]
Beykent Üniversitesi
ORCID NO: 0000-0002-2969-8700

Öz
Günümüzde küçüklerin görüntülerinin ebeveynleri tarafından sosyal ağ platformlarında paylaşımı oldukça eleştirilmektedir. Ancak araştırmalar göstermektedir ki her ne kadar çocuklarının çevrimiçi ortamdaki mahremiyetleri veya kişisel verileri konusunda endişe taşısa da bu endişe, çoğu ebeveyni çocuklarının görüntülerini paylaşmaktan alıkoymamaktadır. Çalışmamızda öncelikli olarak ebeveynlerin bu davranışı, genişletilmiş benlik teorisi kapsamında irdelenecek ve sosyal ağ sitelerinin bu teorideki işlevi üzerinde durulacaktır. Şüphesiz ki küçüklerin görüntülerinin ebeveynleri tarafından paylaşılması sadece sosyolojik veya psikolojik değil, hukuki tartışmaları da beraberinde getirmektedir. Bu tartışmaların ise özel hukuk bağlamında farklı perspektiflerde ele alınması mümkündür. Velayete ilişkin kurallar ve bu kapsamda küçüğün üstün yararı, bu tartışmaların filizlendiği alandır. Bunun yanında ebeveynlerin bahsi geçen paylaşımlar vasıtasıyla bazı ticari kuruluşlarla işbirliği yaparak, belli ürünleri tanıtma suretiyle para kazanması gibi durumlar (*Influencing*), hukuki tartışmaların farklı bir boyutunu oluşturmaktadır. Özellikle küçüğün görüntüsüne ürün yerleştirerek sunulan içerikler, bu tartışmaların en belirgin örneğini teşkil etmektedir. Dolayısıyla çalışmada, görüntüsünün ebeveyni tarafından paylaşılması salt olarak küçüğün verisinin veya mahremiyetinin korunması bağlamında değil, farklı hukuki kapsam ve değerler ışığında da ele alınıp incelenecektir. Nitekim çalışma ile asıl amaçlanan, disiplinler arası köprü kurarak çevrimiçi ortamda küçüğün korunmasına katkı sağlamaktır.

Anahtar Kelimeler: Sosyal Ağ, Genişletilmiş Benlik, Sharenting, Küçüğün Üstün Yararı, Çocuk Hakları.

[1] E-posta: turgutcemile@gmail.com

LEGAL ASPECT OF SHARING THE IMAGE OF A MINOR IN CUSTODY ON SOCIAL NETWORK SITES IN THE PERSPECTIVE OF THE EXTENDED SELF THEORY: SHARENTING

Abstract

Nowadays, the sharing of images of minors by their parents on social networking platforms is highly criticized. Researches show that although parents are concerned about their children's privacy or personal data online, most parents do not hesitate to share images of their children. In our study, first of all, this behavior of parents will be examined within the scope of extended self theory and the function of social network sites in this theory will be emphasized. Undoubtedly, the sharing of images of minors by their parents brings about not only sociological or psychological, but also legal arguments. These arguments can be considered in different perspectives in the context of private law. The issue of custody rules and the best interests of the minor in this context is the area where these arguments first appeared. In addition, the situations such as the parents earning money by engaging in commercial activities through these shares and promoting certain products (*Influencing*) constitute a different dimension of legal arguments. The most common example of these arguments is the contents presented by placing products on the image of the minor. Therefore, in the study, the sharing of the image by the parents will be discussed and examined not only in the context of protecting the data or privacy of the minor, but also in the light of different legal scope and values. As a matter of fact, the main purpose of the study is to contribute to the protection of the minor in the online environment by establishing an interdisciplinary bridge.

Keywords: Social Network, Extended Self Theory, Sharenting, Minor's Best Interest, Child Rights.

I. Giriş ve Çalışmanın Sınırlandırılması

Çalışmada, velayet altındaki küçüğün görüntüsünün sosyal ağ sitelerinde paylaşılmasının hukuki yönü incelemesinde, temel olarak ayırt etme gücünden yoksun küçükler kapsam altına alınmıştır. Zira aşağıda aktarılacak olan araştırmalara göre de sosyal ağlarda ebeveynler tarafından çoğunlukla ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüklerin görüntüleri paylaşılmaktadır. Bu doğrultuda ayırt etme gücüne sahip olmayan, bir diğer deyişle sağlıklı bir rızadan söz edemeyeceğimiz küçüğün haklarının, sadece topluma karşı değil, ebeveynine karşı korunması da ayrıca önem arz etmektedir.

Genişletilmiş benlik teorisi kapsamında inceleyeceğimiz küçüğün görüntülerinin paylaşılması, çalışmada küçüğün kişilik hakkı, verisi ve velayet değerleri bağlamında ele alınmış, akabinde küçüğün karşılaşabileceği hukuki risklere yer verilmiştir. Ancak tüm bu açıklamalar öncesinde şüphesiz ki 'sharenting', 'benlik' ve 'genişletilmiş benlik' kavramlarının aydınlatılması gerekmektedir.

II. Sharenting, Benlik ve Genişletilmiş Benlik Kavramları

'Sharenting' kavramı, İngilizcedeki '*share* (paylaşmak)' ile '*parent* (ebeveyn)' kavramlarının birleşimiyle oluşturulmuştur ve kısaca "ebeveynin sosyal medyada çocuklarıyla ilgili ayrıntılı bilgi paylaşması" şeklinde tanımlanmaktadır (Brosch, 2016: 226). Şüphesiz ki bu kavramın

gündeme gelmesi ve sıkça kullanılması, küçüklerin görüntülerinin ebeveynleri tarafından *Instagram, Facebook* veya *blog* gibi sosyal ağlarda sıkça paylaşılmasıdır (Ranzini, Newlands ve Lutz, 2020: 1 vd). Keza 2016 Amerika Birleşik Devletleri'ndeki bir araştırmaya göre, küçüklerin %92'sinin 2 yaşından önceki görüntülerinin ve yine aynı araştırma kapsamında küçüklerin 1/3'ünün, yaşamlarının ilk 24 saatinde fotoğraf-videolarının sosyal ağlarda paylaşıldığı belirtilmektedir (American Academy of Pediatrics, 2016). Günümüzde daha da arttığı düşünülen bu oranların genel perspektifte yüksek olmasının bir nedeni de aslında 'genişletilmiş benlik' kavramının etkisidir.

'Benlik', kavramının psikoloji alanında en çok tartışılan kavramlardan birini teşkil ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bu anlamda benlik üzerine kesin bir tanım yapılmamakla birlikte genel olarak benlik; kişinin kim olduğuna ilişkin inançlarının bütünü olarak adlandırılmaktadır (Aslan Yılmaz, 2016: 79 vd). Bir diğer deyişle benlik, kişinin kendisinin ne olduğunu söyleyebileceği her şeyin toplamını ifade etmektedir (James, 2009: 11, 127 vd). Dolayısıyla kişinin kendisine sorduğu "ben kimim?" sorusunun cevabı aslında o kişinin benliğine ilişkin bir tanımlama olarak görülebilecektir.

Benlik kavramı kapsamında, kişilerin kendilerine yönelik yaptığı tanım, etkileşimde oldukları diğer kişilerle aralarında bir alan yaratmalarına sebep olmaktadır. Zira "ben çok iyi bir insanım" veya "ben klasik müzikten hoşlanırım", "ben pahalı kıyafetler tercih ederim" gibi söylemler, özünde bir parçası olunan toplum içerisinde kişinin, kendine özel bir alan yaratma çabasına ilişkindir ki benlik kavramı ile böyle bir alan yaratma çabası oldukça doğal karşılanmaktadır. Öyle ki psikolojide bu çaba "ben olma savaşı" olarak betimlenmektedir (Özen ve Güçaçtı, 2010: 22).

Tüm bu açıklamalar nezdinde, '**genişletilmiş benlik teorisi'** kapsamındaki 'benlik' kavramı ise; sahip olduğumuz ve tükettiğimiz şeyler, ailemiz, arkadaşlarımız yahut geçmiş yaşantımız gibi farklı unsurları, yani genişletilmiş unsurları da içerecek şekilde açıklanmaktadır (Belk, 1989: 129 vd). Dolayısıyla bir ebeveynin sosyal ağlarda, çocuğunun da tüketim alışkanlıklarını, sahip olduğu eşyaları, ev içerisindeki olağan yaşam pratiklerini veya onun kişiliğiyle ilgili görüntüleri paylaşması, aslında çocuğunun benliği vasıtasıyla kendi benliğinin genişletilmesi amacını da taşımaktadır (Sabah, 2019: 138). Bu bağlamda günümüzde sosyal ağlar, benliğin çevrimiçi ortam vasıtasıyla daha da genişletilmesi imkânını sunan aracılar konumundadır (Ammari vd, 2015: 1897) Nihayetinde ebeveynler için kendi benliklerinin uzantısı şeklinde sosyal ağlarında çocuklarını paylaşmak, çok daha cazip, kolay ve doğal bir hal almaktadır (Baritci ve Fidan, 2018: 45).

III. Küçüğün Görüntüsünün Paylaşımı Kapsamındaki Hukuki Değerler

A. Küçüğün Kişilik Hakkı ve Verisi

Ebeveyn tarafından sosyal ağlarda küçüğün görüntüsünün paylaşılması fiili kapsamında yer alan ve etkilenen hukuki değerlerden ilki şüphesiz ki küçüğün kişilik hakkıdır. Zira küçüğün görüntülerinin internet ortamına yayılması Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen maddi ve manevi bütünlüğünün korunması ve geliştirilmesi hakkı başta olmak üzere, resmi, onuru, saygınlığı ve özel yaşamı gibi kişilik değerlerine müdahale teşkil edecektir.

Küçüğün görüntüsünün sosyal ağlarda paylaşılması, kişilik hakkının uzantısı olan kişisel verilerinin ihlali sonucunu da meydana getirebilecektir. Küçüğün verisi bazı hukuk düzenlerinde kişisel verileri koruyan genel kişilik/özel yaşam/mahremiyet hakkı düzenlemeleri içinde yer alırken bazılarında münferit şekilde koruma altına alınmıştır (Keser Berber ve Atabey, 2020: 186). ABD, küçüğün verisini münferit olarak koruma altına alan hukuk düzeninden birisidir ve

bu bağlamda 1998 yılında kabul edilen "Çocukların Çevrimiçi Gizliliğini Koruma Kanunu" (*Children's Online Privacy Protection Act*), 2000 yılında yürürlüğe girmiştir (Steinberg, 2017: 870). Yine Avrupa Birliği kapsamında 2018 tarihinde yürürlüğe giren Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün (GVKT) 8. madde hükmü gereğince, çocuğun kişisel verisi en az 16 yaşındaysa işlenebilecek ve 16 yaşından küçük olduğu takdirde velayet sorumluluğu olan kişinin rızası gerekecektir (Krivokapić ve Adamović, 2016: 207). Tüzük'te, AB üyesi devletlere, kendi iç düzenlemeleri ile bu yaşı 13 yaştan az olmayacak şekilde değiştirebilecekleri düzenlenmiştir. Bunun yanında AB veri düzenlemelerinin mehaz olarak belirlendiği Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda (KVKK) ise küçüğün verilerinin korunmasına ilişkin özel bir hükme yer verilmediği tespit edilmektedir. Bunun nedeni ise KVKK'nın 2016 tarihinde yürürlüğe girmesi ve oluşumunda GVKT'nin değil, mülga 95/46 sayılı AB Yönergesi'nin (Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bu Türdeki Verilerin Serbest Dolaşımı Bağlamında Bireylerin Korunmasına İlişkin 95/46 sayılı AB Yönergesi) dikkate alınmış olmasıdır. Dolayısıyla Türk hukuku nezdinde kişisel verilerin korunmasına ilişkin genel kurallar küçükler için de geçerli olacaktır. Bu doğrultuda küçüğün verisinin işlenmesi ve korunmasına yönelik genel veri kurallarının yanında ayrıca Türk Medeni Kanunu (TMK) kapsamındaki velayet ve kişiliğe ilişkin kurallar göz önünde bulundurulacaktır.

B. Velayet Hak-Yükümlülüğü

Velayet, TMK'nın 335. vd maddelerinde düzenlenmiş ve genel olarak küçüklerin kişiliğinin korunması, hukuki işlemlerde (dış dünyada) onu temsil etmek konusunda anne ve babaya yüklenen görevlerin, küçüğün yararına yerine getirilmesini sağlama amacıyla tesis edilmiş kurumdur (Girgin ve Gönal, 2020: 110). Bu doğrultuda velayetin özü; çocuğun korunması, çocuğun üstün yararı ve elbette ki bu görevlerin ebeveynler tarafından kötüye kullanmamasıdır (Akyüz, 1991).

Günümüzde velayetin hukuki niteliği salt olarak hakka indirilmemekte, hak ve yükümlülüklerin bir arada bulunduğu bir anlam yüklenmektedir (Turgut, 2017: 24). Keza doktrinde velayetin niteliği 'yüküm-hak' şeklinde belirlenmektedir (Serozan, 2005: 250). Görüleceği üzere günümüzde isabetli olarak velayet kavramı artık ebeveynin sahip olduğu hak nezdinde değil, onun yükümlülüğüyle de ilişkilendirilerek açıklanmaktadır. Bu nedenle velayetin temel dayanağı, ebeveynlerin yerine getirdikleri yükümlülük kapsamında korunan çocuğun hakkı, yani menfaatidir.

Yukarıda bahsedildiği üzere ebeveynler, velayet kurumunun kendilerine verdiği yetkiyi, küçüğün menfaatine uygun şekilde kullanmak durumundadırlar. Zira TMK'nın 339. maddesinde yer alan "*Ana ve baba, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygularlar*." hükmünde bu durum açıkça düzenlenmiştir. Bunun yanında yine 346. maddede *"Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır."* hükmüyle, küçüğün menfaatine verilen önem ayrıca vurgulanmıştır. Kaldı ki 346. madde hükmünde yer alan basit önlemler yetersiz kaldığı takdirde, TMK m. 347 vd. hükümleri gereğince; 'çocuğun bir başka aileye veya bir kuruma yerleştirilmesi', 'velayetin değiştirilmesi' veya 'velayetin kaldırılması' yönündeki nitelikli önlemlere başvurulabilecektir. (Ceylan, 2017: 353). Bu anlamda çocuğun menfaatine ilişkin kısa vadeli değil, kişiliğinin gelişmesi bağlamında gelecekteki yaşamı da düşünülerek uzun vadede yarar sağlayacak bir yaklaşım sergilenmelidir. Uzun vadede yarar sağlayacak bir yaklaşım ise özellikle çevrimiçi ortamın hiçbir şeyi

unutturmaması ve küçüğün karşılaşabileceği hukuki riskler bakımından ayrıca önem arz etmektedir.

IV. Hukuki Riskler

A. Küçüğün Görüntülerinin Kamuya Açık Sosyal Ağda Paylaşılmasında Veri Hâkimiyetinin Kaybı, Kimlik Hırsızlığı ve Role Playing

Küçüğün görüntülerinin kamuya açık sosyal ağ hesaplarında paylaşılması, bir diğer deyişle alenileştirilmesi durumunda, görüntüler herkesin erişimine açılmakta ve dolayısıyla veri üzerindeki hâkimiyet kaybedilmektedir. Böylelikle küçüğün sadece resmi üzerindeki hakkına değil, onun onur ve saygınlığı veya özel yaşam alanına yönelik tehditlere ve saldırılara karşı da küçük korumasız hale getirilmektedir. Kaldı ki bu fotoğrafların kopyalanması, çoğaltılması, başkaları tarafından kullanılması ise başlı başına bir tehlike arz etmektedir. Bu tehlike ve saldırılara yönelik hukuki imkânlar elbette ki mevcuttur ancak internet ortamında bir kere yayılmaya başlayan veri, daha sonra kaldırılsa dahi ne yazık ki internetin veriyi yayma gücü ve hızı bağlamında yetersiz kalmaktadır.

Ebeveyn tarafından küçüğün görüntülerinin paylaşılmasında ihlal sebebi teşkil edebilecek bir diğer durum ise mevcut görüntü kapsamındaki başka küçüklerin görüntülerinin yer alması halidir. Örneğin; sosyal ağ hesabında çocuğunun doğum günü partisine ilişkin arkadaşlarıyla birlikte fotoğraf veya video paylaşan ebeveyn, sadece velisi olduğu küçüğün değil, görüntüde yer alan diğer küçüklerin de haklarını ihlal etmiş olacaktır. Zira ebeveynin kendi çocuğunun görüntüsüne ilişkin verisini paylaşması velayet hakkı kapsamında değerlendirilecek olsa dahi, diğer her bir küçük için velayet sahibi kişilerin rızası/onayı gerekmektedir. Aksi takdirde görüntülerin ve diğer verilerin paylaşımı hukuka aykırıdır. Nitekim son zamanlarda ebeveynlerin izni veya onayı olmadan akrabalarının, küçüğün fotoğraflarını kendi sosyal ağ hesaplarında paylaşmalarının sıkça özel hukuk veya kamu hukuku davalarına konu olması ve medyaya yansımasının sebebi de budur (Guardian, 2020). Velayet sahibi olan ebeveynin rızası veya onayı alınmadıkça yahut bu rızayı aşacak şekilde yapılacak her paylaşım hukuka aykırıdır (Girgin ve Gönal, 2016: 110). Kaldı ki rıza olsa dahi küçüğün görüntüsünün paylaşımını içeren her somut uyuşmazlık için rızanın hukuka ve küçüğün menfaatine uygun olup olmadığı denetimi ise ayrıca yapılmalıdır. Çünkü özünde, ebeveynin rızasıyla sosyal ağlar kapsamında gerçekleşen her paylaşım yine de küçüğün mahremiyet alanına yönelik bir müdahale teşkil etmektedir (Steinberg, 2017: 854). Bu nedenle ebeveynlerin her ne kadar velayet gereği küçük üzerinde bir hâkimiyete sahip oldukları düşünülse dahi, bu hâkimiyetin küçüğün menfaatine aykırı şekilde sürdürülmesi mümkün olmayacaktır.

Genişletilmiş benlik teorisi kapsamında ebeveynin küçüğün görüntülerini paylaşmasında asıl tartışılması gereken husus, ebeveynin benliğinin uzantısı olarak gördüğü değer ile küçüğün menfaatinin çatışması halidir. Bu doğrultuda her somut uyuşmazlık için sorgulanması gereken, ebeveynlerin küçüğü de kapsayan duygu ve düşüncülerini, deneyimlerini sosyal ağ hesaplarında paylaşırken küçüğe ilişkin görüntülerin ve diğer verilerin ne şekilde açığa çıkarıldığı/yayıldığı ve küçüğün menfaatini ne derece etkilediğidir (Steinberg, 2017: 864 vd). 2016 tarihinde "akademisyenanne" adındaki *Instagram* hesabına ilişkin yapılan bir araştırmada, çocuğunun görüntülerini paylaşan ve akademisyen olan annenin sosyal ağ etkileşimi ile bu ağların eğitim

yönü saptanmaya çalışılmıştır (Yazıcı ve Özel, 2017: 1720). Araştırmada nezdinde, annelik eğitimi ve çocuk gelişimine ilişkin fotoğraf, video sayısının oldukça fazla olduğu tespit edilerek şu sonuçlara ulaşılmıştır:

"• Sayfanın asıl amacının fotoğraf ve videolarla paylaşılan oyun ve aktivelerle kendi çocuğunun gelişimi temelinde diğer anneleri de çocuklarıyla kaliteli ve etkin zaman paylaşımına yönlendirmekte olduğu

• Paylaşımlarında annelerin çocuk gelişimi konusunda bilgi sahibi olmalarını sağlamakta olduğu

• Paylaşımlarında çocukların kişisel eğitimleri ve gelişimleri konusunda, cesaretlerini ve özgüvenlerini arttırma yönünde anneleri yönlendirdiği

• Olumlu yorumların yanı sıra olumsuz yorumlar da olmasına rağmen, ilgili sayfa genellikle ilgi ve beğeni ile takip edilmekte ve takipçileri kendisine takdir ve hayranlık duyduğu ve etkileşime dayalı içerik paylaşımı olduğu belirlenmiştir."

Yukarıda bahsi geçen araştırma, küçüğün görüntülerinin ve videolarının paylaşıldığı *Instagram* hesabının anne ve çocuk eğitimine etkisine ilişkindir. Dolayısıyla bu ve buna benzer hesapların böyle bir amaca yahut menfaate hizmet etmeleri yine de küçüğün görüntülerinin doğrudan paylaşılmasını meşru kılmayacaktır. Zira söz konusu paylaşımlar eğitici de olsa, tamamıyla kamuya açık bir hesaptan küçüğün yüzünün gösterilmesi ve bu çerçevede yaşam pratiklerinin sürekli kayıt altına alınıp yayılması, çocuğun kişiliği bağlamında ayrıca bir değerlendirme konusudur. Nitekim her bir gönderi (*post*) kapsamında küçüğün menfaatinin riske atılıp atılmadığı incelemesi münferit şekilde yapılmalı, çocuğun menfaati ile ulaşılmak istenen menfaat titizlikle karşılaştırılmalıdır. Kaldı ki ilgili amaca (örneğin; eğitim), küçüğün yüzünü doğrudan göstermeyecek şekilde ulaşmak mümkün ise bu yöntem tercih edilmelidir (Steinberg, 2017: 880).

Küçüğün görüntülerinin kamuya açık şekilde paylaşılmasına yönelik bir diğer hukuki risk konusu '*role playing*'dir. *Role playing* genel anlamda internet oyunları için kullanılmakta olup oyuncunun kendisini, oluşturduğu karakteriyle eş tutması ve aslında bir nevi oyun içerisindeki atmosfere uygun şekilde kendisine tiyatro oyunu içinde bir karakter yaratması ve o karakterin kimliğine bürünmesidir (Bowman, 2010: 12). Ancak *role play* kavramını sadece oyun içerisindeki bu anlamıyla değil, dijital kimlik hırsızlıkları kapsamında görmek de mümkündür. Zira bu ihtimalde, başkasının sosyal ağlarda paylaştığı görüntüleri ele geçirip adeta kendi görüntüleriymiş gibi, oluşturduğu sosyal ağ hesabından paylaşma durumu söz konusudur (Steinberg, 2017: 854). Özellikle sosyal ağlarda fenomen haline gelmiş küçüklerin görüntülerinin bu şekilde kullanıldığı durumlar buna örnek gösterilebilecektir.

Şüphesiz ki kimlik hırsızlığı bağlamında tek risk dijital kimliğin çalınması değildir. Bunun yanında elbette ki küçüğün isminin, doğum tarihinin, gittiği okulun ve çevresinin görüntülerinin paylaşılması durumları, küçüğün kimlik bilgilerinin ele geçirilmesine de neden olabilmekte ve hatta sürekli nerede olduğuna yönelik anlık konum etiketleri kötü amaçlı kişilerin fiziki olarak çocuğa ulaşmasına da sebebiyet verebilmektedir (UNICEF, 2017).

B. Küçüğün Kimliğinin Profillenmesine Neden Olma

Ebeveynlerin sosyal ağlar aracılığıyla kendileri veya çocukları hakkındaki bilgileri internet ortamına aktarması, büyük veri setlerinin oluşmasına sebebiyet vermiştir. Nitekim veri madenciliği adındaki münferit alan ise bu devasa bilgi yığınlarından anlam çıkarabilme adına oluşturulmuştur. Bunun yanında birçok ticari şirket bahsi geçen verilerden yarar sağlamaya başlamış ve kişilerin bilinmeyen veya ileriki sürece ilişkin davranışları hakkında tahminde bulunabilme amacıyla kişisel verilerinin otomatik olarak işlenmesi yani profilleme uygulamalarına başlamıştır (Mitrou vd, 2014). GVKT'de profilleme için "*kişisel verilerin, gerçek bir kişiye ilişkin belirli kişisel özelliklerini değerlendirmek için kullanılması amacı ile otomatik araçlarla işlenmesi*" tanımına yer verilmiştir (GVKT m. 4/4). Bu bağlamdaki temel sorun ise uygulamada şirketlerin bu profillemeyi ne şekilde yaptıklarına ilişkin bilgilerinin çoğunlukla şeffaf olmamasıdır. Dolayısıyla küçüğün verisinin/görüntüsünün farklı periyodik zamanlarda sosyal ağ platformlarına aktarılması, aslında ona yönelik bir profil çizilmesine imkan sağlamaktadır. Böylelikle bu işlem, küçüğün yetişkin olduğundaki siyasi parti yatkınlığına, hangi mal ve hizmetleri tüketmeye meyilli olduğuna yahut olağan yaşam pratiklerine, alışkanlıklarına yönelik sınırı belirsiz profilleme riskini beraberinde getirmektedir.

C. *Deep Fake* Teknolojisine Maruz Bırakma

Deep fake, mevcut görüntüdeki bir kişinin, yapay sinir ağları aracılığıyla başka bir kişinin görüntüsüyle değiştirildiği bir medya türü olarak tanımlanmaktadır (Westerlund, 2019: 39 vd). *Deep fake* teknolojisi çoğunlukla reklam veya eğlence sektöründe kullanılmakla birlikte kötü niyetli amaçlar dâhilinde oldukça riskli bir alana da zemin hazırlamaktadır. Zira bu şekilde sosyal ağlarda paylaşılan bir fotoğraftaki yüz, rıza olmaksınız uygunsuz içerikte yer alan kişinin yüzüne monte edilebilmekte ve gerçekten yüzü monte edilen kişi o içerikteymiş hissi yaratılmaktadır. Son zamanlarda bu konudaki en büyük sorun ise; sosyal ağlarda paylaşılan kişilerin yüzlerinin bu şekilde pornografik içeriklerde yer alan kişilerin yüzlerine izinsiz monte edilmesi ve maddi kazanç elde etme amacıyla bu kişilerin tehdit ediliyor olmasıdır. Dolayısıyla bu tarz uygulamalar sadece yetişkinler için değil, küçükler için tehlike arz edebilecek ve herhangi bir sanal ortamda kamuya açık fotoğraf ya da video paylaşma yönünden ayrıca çekince sebebi oluşturabilecektir.

V. İleride Küçüğün Unutulma Hakkının Öznesi Olması

Ebeveyni tarafından paylaşılan görüntülerinin, ileride küçük için maddi ve manevi bütünlüğünü sarstığı gerekçesiyle unutulma hakkına konu olması mümkündür (Cezarita Cordeiro, 2021). Bu doğrultuda elbette ki küçüğün unutulma hakkı bağlamında içeriği sildirmesi, kaldırması veya arama motorları listesinden çıkartması imkanı olacaktır ancak şu an dahi verilerin erişime kısıtlanması veya silinmesi uygulamada zorluk yaratırken, ilerleyen zamanlarda internet teknolojisinin artması nedeniyle bu durumun çok daha zor ve hatta belki unutulmanın, silinmenin imkansız olacağı öngörüsü de spekülatif bir senaryo olarak değerlendirilemeyecek kadar olasıdır (ENISA, 2011: 14). Dolayısıyla küçüğün, ebeveyni tarafından görüntülerinin internete yayılması nedeniyle, ileride yetişkin bir birey haline geldiğinde hukuki bir sürece dâhil olması mümkündür (Dursun, 2019: 202 vd).

VI. Çocuğun Görüntülerinin Metalaştırılması ve Çocuk İşçilik

Son dönemlerde özellikle '*fenomenlik*' veya '*influencer*'lık adı altında sosyal ağlar aracılığıyla gelir elde eden dijital içerik üreticilerin sayısı oldukça artmıştır (Uzun, 2020: 8). Bu kapsamda ebeveynler bahsi geçen içerikler vasıtasıyla bazı ticari kuruluşlarla işbirliği yaparak, belli ürünleri tanıtmakta ve bu ürünler çoğunlukla küçüğün fotoğrafı veya videosuna yerleştirilmektedir. Bu durumda ise farklı hukuki sorunlar gündeme gelmektedir. Bunlardan ilki, küçüğün fiziksel, psikolojik ve ekonomik olarak sömürülmesi tartışmasıdır (Akdi, 2016: 132-133). Çoğunlukla daha fazla etkileşim ve gelir elde etme amacıyla çocuk masumiyeti veya sevimliliği üzerinden bir vicdan muhasebesine zemin hazırlandığı savunulmaktadır (Girgin ve Gönal, 2020: 108). Dolayısıyla bu durum küçüğün görüntülerinin/verilerinin metalaşmasına neden olmaktadır.

Önceki süreçlerde dava konusu haline gelen ve medyaya yansıyan bir olayda, *blogger* bir annenin çocuklarının fotoğraflarını ve bu bağlamda özel yaşamını sürekli şekilde *Instagram* hesabından paylaştığı ve reklam şirketleriyle işbirliği yaptığı tespit edilmiştir (Duygulu, 2019: 431). Baba, annenin çocukları reklam malzemesi haline getirdiğini, bundan para kazandığını ve çocuklarının istismar edildiğini iddia etmiş ve boşanma davası akabinde velayetin kendisine verilmesini talep etmiştir. Mahkeme ise velayeti geçici olarak babaya vermiş ve fotoğrafların paylaşılmasına yasak getirmiştir. Nitekim yukarıda da bahsedildiği üzere bu tarz paylaşımlara (ebeveyn fiillerine) yönelik velayet kuralları kapsamında, çocuğun menfaatini ve kişiliğinin gelişmesini tehlikeye düşürdüğü ölçüde, hâkim tarafından bazı koruma önlemlerinin alınması mümkündür (Ceylan, 2017: 353).

Yine bu hususta tartışılabilecek bir diğer husus küçüğün çocuk işçi olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. 2020 tarihli bir araştırmaya göre, sosyal ağ hesabı kapsamında '#çocukgiyim' etiketinin kullanıldığı 500 paylaşım incelenmiş ve bu paylaşımların 74'ünde (%14.8) çocuk görüntüsünün bulunduğu ve bu görüntülerin tamamına yakınında (%93.2) çocukların yüzlerinin göründüğü tespit edilmiştir (Küçükali ve Serçemeli, 2020: 659 vd). Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 1. madde hükmüne göre, 18 yaşına kadar her insan çocuk sayılmaktadır. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)'nün çalışan çocuklara istinaden yaptığı tanımda ise 15 yaş ve altında çalışanlar, 'çocuk işçi' veya 'çalışan çocuklar' olarak nitelendirilmektedir. Yine ailelerinin veya sponsorların baskısıyla, maddi beklentilerle yapılan ve çocuğun zamanını alan, enerjisinden götüren sosyal ağlardaki bahsi geçen paylaşımların, 'çocuk işçiliği' şeklinde nitelendirilebileceği belirtilmektedir (Küçükali ve Serçemeli, 2020: 661). Oysaki mevzu Türk hukuku bağlamında incelendiğinde, ilk olarak Anayasa'nın 18. maddesinde zorla çalıştırılma yasağı dikkat çekmektedir. Yine İş Kanunu'nun 71. maddesinde, 15 yaşından küçük çocukların çalıştırılamayacağı düzenlenmiştir. Bu doğrultuda ebeveynler tarafından gelir elde etme niyetiyle paylaşılan görüntülerin ise genellikle 15 yaşın altında olduğu göz önünde bulundurulduğunda, İş Kanunu'nun 71. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmek mümkündür (Uzun, 2020: 9).

VII. SONUÇ

Velayetin amacı öncelikle küçüğü korumak ve gelişim sürecinde onun bağımsız, özerk bir kişilik kazanmasına yardımcı olmaktır. Bir diğer deyişle velayetin özünde, küçüğün maddi ve manevi bütünlüğünün korunması ve geliştirilmesi amacı vardır. Kaldı ki küçüğün kişiliği sadece toplumdaki diğer kişilere karşı değil, ebeveynine karşı da korunmaktadır. Bu nedenle ebeveynlerin küçüğün kişilik hakkını ihlal etmeyecek ve onların fiziksel, psikolojik veya ekonomik olarak sömürülmesine sebebiyet vermeyecek şekilde velayete ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmesi gerekmektedir. Keza ebeveynlerin 'velayet hakkı' perdesine sığınarak küçüğü zor durumda bırakacak, ilerleyen yaşamında onu olumsuz etkileyecek paylaşımlar yapması,

internet ortamının unutulmaya engel yapısı nedeniyle yetişkin hale geldiğinde de onun özerkliğini sarsabilecektir. Ancak genişletilmiş benlik teorisinin yansımalarını yaygın şekilde tespit ettiğimiz ve ebeveynlerin benliklerini yansıttıkları günümüz internet çağında elbette ki küçüğün görüntülerinin hiçbir şekilde paylaşılamayacağını söylemek gerçekçi değildir. Kaldı ki ebeveynin benliğini ifade etmesi açısından da söz konusu paylaşımlara, doğrudan olumsuz bir nitelik atfetmek mümkün değildir. Fakat çocuğa bu benliğin uzantısı olarak dijital bir kimlik yaratıp ve onu tamamıyla çevrimiçi ortamdaki otoriteler karşısında çıplak bırakmanın tehlikeleri de görmezden gelinemeyecektir.

Tüm bu açıklamalar doğrultusunda, küçüğün korunması için ebeveyn tarafından, sosyal ağ hesabında paylaştığı küçüğü içeren gönderiler için dikkat edilmesi gereken hususları şu şekilde özetlemek mümkündür:

-Görüntülerin kamuya açık olmaması önem arz etmektedir. Bir diğer ifadeyle, görüntüyü içeren gönderi paylaşılmadan önce genel profil ayarlarının kontrolü sağlanmalıdır.

-Mümkünse küçüğün kimliğini açığa çıkaracak, onu tanımlanabilir kılacak gönderilerden kaçınılmalıdır. Bu doğrultuda özellikle küçüğün yüzü olabildiğince geri planda kalmalıdır.

-Küçüğün doğrudan ismi-soy ismi, doğum tarihi, adresi gibi verilerinin paylaşılmamasına dikkat edilmelidir.

-Küçüğün hassas verisi ve çıplak görüntüleri paylaşılmamalıdır.

-Küçüğü ileride rahatsız hissettirebilecek ve onu gülünç duruma sokacak, utandıracak gönderiler oluşturulmamalıdır.

-Küçüğün fiziksel, psikolojik veya ekonomik olarak sömürülmesine sebebiyet verebilecek işbirliklerinden uzak durulmalıdır.

Nihayetinde ebeveynin benliğinin uzantısı şeklinde görüntüleri paylaşmaya yönelik menfaati karşısında yer alan, küçüğün gelecekte kişiliğini sarsan tehlike ve hukuki risklerle karşılaşmamaya yönelik menfaat dengesinin titizlikle değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda bahsi geçen iki menfaat arasında çocuk lehine daha dengeli bir sistem veya hukuki rejim yaratılması gerektiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

KAYNAKÇA

Akdi M. (2016). Ana-babanın çocuğun fotoğraf ve görüntülerinin sosyal medyada yayınlamasından doğan sorumluluğu. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22, 123-144.

Akyüz E. (1991). Medeni Kanuna göre çocuğun ana-babasına karşı korunması. Aile ve Toplum, 1/2.

Ammari T., Kumar P., Lampe C. ve Schoenebeck S. (2015). Managing children's online identities: How parents decide what to disclose about their children online. The 33rd Annual ACM Conference, 1895–1904.

American Academy of Pediatrics. (2016). Researchers caution about potential harms of parents' online posts about children. https://www.psypost.org/2016/10/researchers-caution-potential-harms-parents-online-posts-children-45554 (ET:20.06.2021)

Aslan Yılmaz H. (2016). Bir derleme: Benlik kavramına ilişkin bazı yaklaşımlar ve tanımlamalar. Sosyal Bilimler Dergisi, 48, 79-89.

Baritci F. ve Fidan Z. (2018). Sosyal ağlarda benlik sunumuna dair bir distopya: Black Mirror dizisi örneği. Connectist: Istanbul University Journal of Communication Sciences, 37-63.

Belk R. (1989). Extended self and extending paradigmatic perspective. Journal of Consumer Research, 16/1, 129-132.

Bowman S. (2010). The functions of role-playing games: How participants create community, solve problems, and explore identity. McFarland & Co Inc.
Brosch A. (2016). When the child is born into the internet: Sharenting as a growing trend among parents on Facebook. The New Educational Review, 43/1, 225-235.
Ceylan E. (2017). Türk Medeni Kanunu'nda çocuğun korunmasıyla ilgili güncel Yargıtay kararlarının değerlendirilmesi. D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, 19, 349-375.
Cezarita Cordeiro V. (2021). Understanding the Ramifications of 'Sharenting': Children's "Right to be forgotten". https://www.humanium.org/en/understanding-the-ramifications-of-sharenting-childrens-right-to-be-forgotten/ (15.06.2021).
Dursun C. (2019). Ebeveynlerin çocuklarını sosyal medyada teşhiri: Çocuk hakları bağlamında bir değerlendirme. Çocuk ve Medeniyet, 2, 195-208.
Duygulu S. (2019). Sosyal medyada çocuk fotoğrafı paylaşımlarının mahremiyet ihlali ve çocuk istismarı açısından değerlendirilmesi. TRT Akademi, 4/8, 428-487.
ENISA. (2011). The Right to Be Forgotten – between Expectations and Practice. https://www.enisa.europa.eu/publications/the-right-to-be-forgotten (ET: 16.06.2021).
Girgin Ö. ve Gönal S. (2020). Çocuğun kişisel verilerinin sosyal medyada ebeveyn, tarafından paylaşılmasının hukuki sonuçları. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 44, 99-128.
Guardian. (2020). https://guardian.ng/life/grandma-ordered-to-delete-grandchildrens-photos-from-facebook-or-pay-fine/ (ET:23.06.2021)
James W. (2009). The varieties of religious experience: a study in human natüre. https://csrs.nd.edu/assets/59930/williams_1902.pdf (ET:25.06.2021)
Keser Berber L ve Atabey A. (2020). Privacy screening of online game platforms: A case study of "gamecell". Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, 69, 181-225.
Krivokapić D. ve Adamović J. (2016). Impact of General Data Protection Regulation on Children's Rights in Digital Environment. Annals FLB – Belgrade Law Review, 205-220.
Küçükali A. ve Serçemeli C. (2020). Sosyolojik ve hukuki boyutlarıyla sosyal medyadaki çocuk işçiliği: Instagram örneği", Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, 13/75, 659-670.
Mitrou L., Kandias M., Stavrou V. ve Gritzalis D. (2014). Social media profiling: A panopticon or omniopticon tool?. https://www.infosec.aueb.gr/Publications/2014-SSN-Privacy%20Social%20Media.pdf (ET:15.06.2021)
Özen Y. ve Güçaçtı F. (2010). Benlik-kavramı ve benliğin gelişimi bilen benliğe gereksinim var mı?. Erzincan Eğitim Fakültesi Dergisi, 12/2, 21-37.
Ranzini G., Newlands G. ve Lutz C. (2020). Sharenting, peer influence, and privacy concerns: a study on the Instagram-sharing behaviors of parents in the United Kingdom. Social Media + Society, 1-13.
Sabah Ş. (2019). Kızım olmadan asla: Anne kız tüketim pratikleri ve narsisizm kapsamında değerlendirilmesi. Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 19/1, 137-154.
Serozan R. (2005). Çocuk hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
Steinberg S. (2017). Sharenting: Children's privacy in the age of social media. Emory Law Journal, 66/839, 79-89.
Turgut C. (2017). Türk Medeni Kanunu, Çocuk Hakları Sözleşmesi ve AİHM kararları ışığında velayet altındaki çocuğun eğitim hakkı. Terazi Hukuk Dergisi, 12/133, 22-31.
Westerlund M. (2019). The emergence of deepfake technology: a review. Technology Innovation Management Review, 9/11, 39-52.

Yazıcı T. ve Özel M. (2017). Sosyal medyada anneliğin eğitim ve etkileşim boyutu: Instagram üzerine bir inceleme. International Journal of Social Sciences and Education Research, 3(5), 1715-1730.
UNICEF. (2017). Dijital dünyada çocuklar raporu. www.unicef.org/SOWC2017. (ET:20.06.2021)
Uzun S. (2020). Velayet hakkı bağlamında çocuğun görüntüsünün sosyal medyada paylaşılması ve ortaya çıkabilecek hukuki meseleler. http://humanistburo.org. (ET:16.06.2021), 1-16.

ULUSLARARASI
HUKUK
SEMPOZYUMU
International Symposium on Law

İRADE BOZUKLUĞU SEBEBİYLE İPTAL EDİLEN SÖZLEŞMELERDE TASFİYE*

Dr. Emre KÖROĞLU**
Erciyes Üniversitesi
ORCID NO: 0000-0003-4293-2749

Öz

Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen irade bozukluğu halleri yanılma (açıklamada yanılma, saik yanılması ve iletmede yanılma), aldatma ve korkutma olup, bunlara ilişkin hükümler TBK m. 30 ile m. 39 arasında yer almaktadır. Açıklamada yanılma ile iletmede yanılmada irade bozukluğu kişinin iradesinin beyanı aşamasındayken, saikte yanılmada, aldatmada ve korkutmada ise irade bozukluğu kişinin iradesinin oluşumu aşamasındadır. İrade bozukluklarına ilişkin hükümler incelendiğinde yanılma ile ilgili TBK m. 30'da, aldatma ile ilgili TBK m. 36'da, korkutma ile ilgili TBK m. 37'de ve tüm irade bozuklukları için ortak düzenleme niteliğini taşıyan TBK m. 39'da *"sözleşme ile bağlı olmama"* ifadesine yer verildiği görülmektedir. Bu bakımdan irade bozukluğu altında sözleşme yapan taraf, sonradan iptal hakkını kullanarak sözleşmeyi ortadan kaldırabilmektedir. Bununla birlikte anılan hükümlerde iptal hakkının kullanılmasından sonraki aşama olan sözleşmenin tasfiyesinin nasıl yapılacağı hususu ise düzenlenmemiştir. Şöyle ki, taraflar edimlerini iptal hakkının kullanılmasından önce ifa etmiş olabilirler. Bu gibi durumlarda tarafların bu edimleri hangi kurallara göre ve ne şekilde birbirlerine iade edeceklerinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. İşte çalışmamızda da irade bozukluğu sebebiyle iptal edilen sözleşmelerde tasfiyenin nasıl yapılacağı konusu irdelenmiştir. Tasfiye konusunda doktrin tarafından iki teori ileri sürülmektedir. Bu teoriler "ayni etkili tasfiye teorisi (klasik tasfiye teorisi)" ile "yeni tasfiye teorisi (sözleşmesel tasfiye teorisi/ dönüşüm teorisi)"dir. Çalışmamızda öncelikle teoriler hakkında bilgi verilmiş, sonrasında ise teoriler hakkındaki kanaatimiz açıklanarak tasfiye konusu ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: İrade Bozuklukları, Yanılma, Aldatma, Korkutma, İptal, Tasfiye

* Bu çalışma "Türk Borçlar Hukukunda İrade Bozukluğu Hallerinden Korkutma" adlı kitabımızın 214. ile 225. sayfaları arasında yer alan kısmı temel alınarak hazırlanmıştır.

** Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk ABD. • e-mail: emre_koroglu@erciyes.edu.tr

GİRİŞ

İrade bozukluğu altında sözleşme yapan taraf, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içerisinde iptal hakkını[1] kullanarak sözleşmeyi ortadan kaldırabilir. Böyle bir durumda iptal hakkının kullanılması sebebiyle sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalktığı için, taraflar iptal hakkının kullanılmasından önce sözleşmeden doğan edimlerini henüz ifa etmemişler ise, bu edimler sona erer.

İptal hakkının kullanılmasından önce söz konusu edimleri ifa ettikleri durumlarda ise, bu edimlerin iade edilmesi, dolayısıyla da sözleşmenin tasfiyesi konusu gündeme gelir.

Türk Borçlar Kanunu'nun irade bozukluğu ile ilgili hükümleri incelendiğinde sözleşmenin iptal edilmesi durumunda tasfiyenin nasıl yapılacağının düzenlenmediği görülmektedir. Gerçekten de söz konusu hükümlerde (TBK m. 30, 36, 37 ve 39) sadece irade bozukluğu altında sözleşme yapan tarafın *"sözleşme ile bağlı olmadığından"* ve *"tazminat hakkından"* bahsedilmiştir.

İşte sözleşmenin irade bozukluğu sebebiyle iptal edildiği durumlarda, sözleşmenin tasfiyesinin nasıl yapılacağının, bu çerçevede tarafların önceden ifa etmiş oldukları edimleri hangi kurallara göre ve ne şekilde birbirlerine iade edeceklerinin açıklığa kavuşturulması son derece önem arz etmektedir.

Temelde sözleşmenin tasfiyesi yapılırken taraflardan her birinin diğer tarafın yerine getirmiş olduğu edimi kural olarak aynen iade etmesi gerekmektedir. Nitekim ancak bu sayede taraflar arasında sözleşmenin yapılmasından önceki eski duruma dönülmüş olur[2]. Bununla birlikte her zaman söz konusu edimler aynen iade edilemeyebilir.

İlk olarak, bazı durumlarda aynen iade edimin niteliği gereği mümkün olmayabilir[3].

İkinci olarak, iade konusu edimler henüz iptal hakkı kullanılmadan önce zarar görmüş veya telef olmuş olabilir[4].

Üçüncü olarak, iade edilecek olan edimler iade yükümlüsü tarafın iradesiyle veya iradesi dışında bir şekilde elinden çıkmış ve artık onun malvarlığında yer almıyor olabilir.

---

1 İrade bozukluklarının sözleşme üzerindeki etkisine ilişkin olarak doktrinde üç teori bulunmaktadır. Bunlar "geçersizlik teorisi", "bölünmüş geçersizlik teorisi" ve "iptal teorisi"dir. Bu çalışmada yapılan açıklamalar tarafımızca benimsenen teori olan "iptal teorisi" dikkate alınarak yapılmıştır. Teoriler hakkında kapsamlı bilgi için bkz. Köroğlu, Korkutma, s. 172 vd.

2 Buz, Akamete Uğrayan Sözleşme, s. 616, 649.

3 Buz, Akamete Uğrayan Sözleşme, s. 617.

4 Buz, Akamete Uğrayan Sözleşme, s. 618.

Son olarak, taraflardan her biri ilgili edimleri diğer tarafa iade edinceye kadar bunlardan bir kısım menfaatler elde etmiş ya da bunlara ilişkin çeşitli masraflar yapmış olabilir[5].

Sözleşmenin tasfiyesi yapılırken bu ihtimallerin akıbetinin ne olacağının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Doktrinde sözleşmenin tasfiyesinin nasıl ve hangi kurallara göre yapılacağı hususunda iki teori bulunmaktadır. Bu teoriler, *"ayni etkili tasfiye teorisi (klasik tasfiye teorisi)"* ile *"yeni tasfiye teorisi (sözleşmesel tasfiye teorisi/ dönüşüm teorisi)"*dir.

Çalışmamızda öncelikle teoriler hakkında bilgi verilmiş, sonrasında ise teoriler hakkındaki kanaatimiz açıklanarak tasfiye konusu ele alınmıştır.

I. AYNİ ETKİLİ TASFİYE TEORİSİ (KLASİK TASFİYE TEORİSİ)[6]

Ayni etkili tasfiye teorisine göre[7], iradesi bozulanın iptal hakkını kullanması, ifa edilmiş olan edimlerin hukuki sebebini oluşturan sözleşmeyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırmaktadır.

[5] Buz, Akamete Uğrayan Sözleşme, s. 618.

[6] Doktrinde bu teori "klasik tasfiye teorisi" olarak adlandırılmaktadır. Bununla birlikte bu teori, sözleşmeden dönmenin borç ilişkileri üzerindeki etkisi ile ilgili teorilerden "ayni etkili dönme teorisi"ne çok benzediği için tarafımızca "ayni etkili tasfiye teorisi" ifadesinin kullanılması tercih edilmiştir. Doktrinde klasik tasfiye teorisi ifadesini kullanan yazarlar için bkz.: Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 241, N. 776; Kanışlı, s. 585 vd.; Özer, s. 258 vd.. Keza, ayni etkili dönme teorisi hakkında kapsamlı bilgi için bkz.: Buz, Sözleşmeden Dönme, s. 118 vd; Öz, Dönme, s. 34 vd. 39 vd.; Öz, Eleştiri, s. 138 vd..

[7] Bu teoriyi benimseyen bazı yazarlar: von Tuhr/ Peter, s. 334; Zürcher Kommentar/ Oser/ Schönenberger, OR Art. 31, N. 28; Berner Kommentar/ Becker, OR Art. 31, N. 8; Bucher, s. 214; Basler Kommentar/ Schwenzer, OR Art. 31, N. 15; Eren, s. 464-465, N. 1271; Kocayusufpaşaoğlu, s. 437, N. 72, s. 441, N. 75; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 457; Serozan, Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi, s. 203; Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 154; İstanbul Şerhi/ Kurşat, TBK m. 39, N. 26, dpt. 104; Özer, s. 267; Köroğlu, Korkutma, s. 224 vd..
Bu teoriyi esas alan bazı kararlar: Y. 1. HD., 17.06.2019 T., E. 2016/ 3874, K. 2019/ 3862 "Korkunun kalktığı tarihten itibaren bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde sözleşme karşı tarafa yöneltilecek tek taraflı sarih ve zımni bir irade açıklaması ile feshedilebileceği gibi def'i veya dava yoluyla da kullanılabilir (TBK'nın 39. md). Sözleşme iptal edilmekle yapıldığı andan itibaren ortadan kalkacağı için yerine getirilen edim, istihkak davası (tapulu taşınmazlarda iptal ve tescil davası), bunun mümkün olmadığı hallerde sebepsiz zenginleşme davası ile geri istenebilir." (Yayınlanmamış Karar); İstanbul BAM, 16. HD., 07.10.2019 T., E. 2019/ 613, K. 2019/ 2018 "Sözleşme iptal edilmekle yapıldığı andan itibaren ortadan kalkacağı için yerine getirilen edim istihkak davası (tapulu taşınmazlarda iptal ve tescil davası), bunun mümkün olmadığı hallerde sebepsiz zenginleşme davası ile geri istenebilir." (Yayınlamamış Karar).
Serozan, sözleşmeden dönme ile ilgili olarak yeni dönme (dönüşüm) teorisini benimsemesine karşın, iptal hakkında bu teorinin görünümü niteliğini taşıyan yeni tasfiye teorisini benimsememektedir. Serozan sözleşmeden dönme ile iptalde farklı teorileri benimsemesini şu gerekçelere dayandırmaktadır: Bir kere iptal edilebilir bir sözleşmede kural olarak daha baştan bir hukuki aksaklık bulunmakta olup, böyle bir sözleşme hukuken lekelenmiş bir ilişkidir. Dönülebilir bir sözleşmede ise, bu tarz bir aksaklık ve leke yoktur. Dönülebilir bir

Bu teoriyi benimseyenlere göre, iradesi bozulanın iptal hakkını kullanması hem borçlandırıcı işlemi hem de iptal edilen sözleşmenin ifası amacıyla yapılmış olan tasarruf işlemlerini etkilemektedir. Bunun sonucunda ise, iptal hakkının kullanıldığı sırada taraflar henüz edimlerini ifa etmemişlerse, artık söz konusu edimlerin talep edilmesi mümkün olmamaktadır. Bununla birlikte iptal hakkının kullanılmasından önce taraflar edimlerini ifa etmiş olabilir. Böyle durumlarda söz konusu edimler rızayla iade edilmezse, bunların iadesi kural olarak sebebe bağlılık ilkesinin[8] sonucunda ayni talep niteliğindeki istihkak davası ile sağlanır[9]. Ancak bazı durumlarda işleme, karışma, üçüncü kişilerin iyiniyetli kazanımları, kazandırıcı zamanaşımı süresinin dolması veya edimin niteliği gibi sebepler

sözleşmede sadece basit bir ifa engeli vardır. Keza, iptal, hukuken daha başlangıçta lekelenmiş olan sözleşmeyi tamamen geçersiz kılmakta iken, sözleşmeden dönme, tamamen sağlıklı olan sözleşmeyi geçersiz kılmamakta, aksine sadece bu sözleşmenin içeriğini değiştirmektedir. Kaldı ki, iptal hakkının kaynağı sadece kanundur. Sözleşmeden dönme ise doğrudan sözleşmenin taraflarının iradelerinden veya böyle bir iradenin bulunduğunu varsayan kanundan kaynaklanmaktadır. Bkz. Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 153-154.
Kocayusufpaşaoğlu da tıpkı Serozan gibi, geçerli bir sözleşmeden dönme ile irade bozukluğu ile sakatlanmış bir sözleşmeyi iptal etmenin aynı şey olmadığını belirtmektedir. Bu sebeple sözleşmeden dönmeye ilişkin yeni dönme (dönüşüm) teorisi, sözleşmenin iptalinde uygulanmamalıdır. Bkz. Kocausufpaşaoğlu, s. 441, N. 75.
Schmidlin'e ve Buz'a göre ise, iptal durumunda sözleşmenin kuruluşunda bir sakatlığın bulunması, buna karşılık sözleşmeden dönme durumunda geçerli olarak kurulan bir sözleşmenin bulunması farklı hukuki sonuçlara varmayı haklı göstermeye yetmemektedir. Bkz. Berner Kommentar/ Schmidlin, OR Art. 31, N. 51 vd.; Buz, Sözleşmeden Dönme, s. 89; Buz, Akamete Uğrayan Sözleşme, s. 648 vd.

[8] Türk hukukunda taşınmaz mülkiyetinin devrinin geçerli bir hukuki sebebe dayanması gerektiği TMK m. 716, m. 1024/ f. 2 ve m. 1025/ f. 1'de açık bir şekilde düzenlenmiştir. İlgili hükümlere göre, taşınmazın mülkiyeti devredilirken, mülkiyetin devrine esas olacak hukuki bir sebep bulunmalıdır. Hukuki sebepte bir sakatlık veya geçersizliğin olduğu durumlarda, taşınmazın mülkiyeti karşı tarafa geçmez ve söz konusu sakatlığa veya geçersiz hukuki sebebe dayanılarak yapılan tescil yolsuz bir tescil teşkil eder. Ancak Türk Medeni Kanununda taşınmaz mülkiyetinin devrini sağlayan tasarruf işleminin geçerli bir hukuki sebebe dayanması gerektiği düzenlenmiş olmasına rağmen, taşınır mülkiyetinin devrini sağlayacak olan tasarruf işleminin geçerli bir hukuki sebebe dayanmasının gerekip gerekmediği hususunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu sebeple taşınır mülkiyetinin devrini sağlayan tasarruf işleminin sebebe bağlı olup olmadığı hususu doktrinde tartışmalıdır. Kanaatimizce taşınırların devri için de geçerli bir hukuki sebebin bulunması şart olup, hukuki sebepteki bir sakatlık veya geçersizlik tasarruf işleminin geçerliliğine etki edecektir. Taşınır mülkiyetinin devrini sağlayan tasarruf işleminin sebebe bağlı olup olmadığı ile ilgili doktrinde yer alan tartışmalar hakkında kapsamlı bilgi için bkz.: Köroğlu, Taşınır Satış Sözleşmesi, s. 11 vd..
Yine, taşınır mülkiyetinde olduğu gibi alacak haklarının devrinin de sebebe bağlı olup olmadığı hususu doktrinde tartışmalı olup, kanaatimizce alacağın devri de sebebe bağlı bir işlemdir. Dolayısıyla alacağın devrinde de geçerli bir hukuki sebebin bulunması gereklidir. Alacağın devri ile ilgili olarak aynı yönde, Eren, s. 465, N. 1271 ve dpt. 144; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 242.

[9] von Tuhr/ Peter, s. 335; Bucher, s. 214; Basler Kommentar/ Schwenzer, OR Art. 31, N. 15; Eren, s. 465, N. 1271; Serozan, Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi, s. 203; Oğuzman/ Öz, s. 125, N. 388; Kocayusufpaşaoğlu, s. 437, N. 72; Yıldırım, s. 238; Buz, Akamete Uğrayan Sözleşme, s. 620; Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 241, N. 777

dolayısıyla taraflar söz konusu edimleri aynen iade edemeyebilir. Bu gibi durumlarda istihkak davası açılamayacağı için edimlerin iadesi sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümlere (TBK m. 77-82) başvurularak sağlanır[10]. Dolayısıyla da artık edimlerin iadesi sebepsiz zenginleşmeden doğan taleplerin tabi olduğu iki ve on yıllık zamanaşımı süreleri (TBK m. 82) içerisinde istenebilir. Burada belirtmemiz gerekir ki, iki ve on yıllık sürelerin ne zamandan itibaren işleyeceği hususunda doktrinde tartışmalar bulunmaktadır.

İlk olarak iki yıllık süreyi ele alacak olursak, bu konuyla ilgili doktrinde iki görüş bulunmaktadır. Doktrindeki ilk görüşe göre[11], iki yıllık süre yanılma veya aldatmanın öğrenildiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan itibaren işlemeye başlar. Doktrindeki diğer görüşe göre[12] ise, iki yılık süre iptal hakkının kullandığına dair beyanın yapıldığı andan itibaren işlemeye başlar. Kanaatimizce doktrindeki görüşlerden ilki daha isabetlidir. Her ne kadar iptal hakkını kullanmadan geri alma hakkı doğmayacak olsa bile, TBK m. 82/ f. 1'de açık bir şekilde iki yıllık zamanaşımı süresinin hak sahibinin geri isteme hakkı olduğunu öğrendiği andan itibaren işlemeye başlayacağı belirtilmiştir.

On yıllık süreyi inceleyecek olursak, bu konuda da doktrinde iki görüş bulunmaktadır. Doktrindeki ilk görüşe göre[13], on yıllık süre tarafların edimlerini ifa ettiği andan itibaren işlemeye başlar. Doktrindeki diğer görüşe göre[14] ise, on yıllık süre iradesi bozulanın iptal hakkını kullandığına dair beyanını yaptığı andan itibaren işlemeye başlar. Kanaatimizce on yıllık zamanaşımı süresi ile ilgili doktrindeki görüşlerden ikincisi daha isabetlidir. Çünkü TBK m. 82/ f. 1'de sebepsiz zenginleşmeden doğan istem hakkının herhalde zenginleşmenin gerçekleştiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrayacağı düzenlenmiştir. Bu maddeyi konumuz açısından ele alacak olursak, iradesi bozulanın iptal hakkını kullanmadığı durumlarda sözleşme benimsemiş olduğumuz iptal teorisi uyarınca geçerliliğini sürdürmeye devam ettiğinden, ifa edilmiş edimler yönünden bir sebepsiz zenginleşme durumu ortaya çıkmamaktadır. İfa edilmiş edimler yönünden sebepsiz zenginleşme durumunun ortaya çıkması için

[10] von Tuhr/ Peter, s. 336; Bucher, s. 214-215; Gauch/ Schluep/ Schmid, s. 202, N. 892; Basler Kommentar/ Schwenzer, OR Art. 31, N. 15; Eren, s. 465, N. 1271; Serozan, Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi, s. 203; Oğuzman/ Öz, s. 125, N. 388; Kocayusufpaşaoğlu, s. 437, N. 72; Yıldırım, s. 238; Buz, Akamete Uğrayan Sözleşme, s. 620.

[11] von Tuhr/ Peter, s. 334, dpt. 31; Gauch/ Schluep/ Schmid, s. 207-208, N. 913; Kocayusufpaşaoğlu, s. 437, N. 73.

[12] Bucher, s. 210, dpt. 55.

[13] Gauch, Der Picasso-Entscheid, s. 159; Gauch/ Schluep/ Schmid, s. 208, N. 914.

[14] Bucher, s. 699, dpt. 181; Wiegand, Picasso-Entscheid, s. 109; Kocayusufpaşaoğlu, s. 439-440, N. 73-74; Yıldırım, s. 242; Kanışlı, s. 597; Özer, s. 241, 262-263.

iradesi bozulanın iptal hakkını kullanması gereklidir. Kaldı ki, doktrindeki birinci görüşün kabul edilmesi durumunda, ifa edilen edimleri geri almaya ilişkin sebepsiz zenginleşme talebinin, iptal hakkının kullanılmasından önce zamanaşımına uğraması gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Böyle bir sonucun kabulü ise, iptal hakkının kullanılmasını anlamsızlaştıracağı için mümkün değildir.

II. YENİ TASFİYE TEORİSİ (SÖZLEŞMESEL TASFİYE TEORİSİ/ DÖNÜŞÜM TEORİSİ)[15]

Yeni tasfiye teorisine göre[16], iptal hakkını kullanılması sözleşmeyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırmaz. Sözleşme iptal hakkının kullanılmasıyla birlikte içerik değiştirerek daha önce ifa edilmiş olan edimlerin iadesini konu edinen bir tasfiye ilişkisine dönüşür. Bunun sonucunda da tarafların iptal hakkının kullanılmasından önce edimlerini ifa etmedikleri durumlarda, söz konusu edim yükümlülükleri sona erer. Buna karşılık taraflar iptal hakkı kullanılmadan önce edimlerini ifa ettikleri durumlarda ise, iptal hakkının kullanılması sonucu taraflar arasında sözleşmeye dayalı bir iade yükümlülüğü ortaya çıkar. Diğer bir deyişle böyle durumlarda, iptal hakkının kullanılması sonucu tarafların ifa etmiş oldukları edimler tersine bir borç durumuna gelmekte olup, bunların karşılıklı olarak iadesi gerekir[17].

Yeni tasfiye teorisinde, korkutulanın iptal hakkını kullanması sadece borçlandırıcı işlemin geçerliliğini etkilemekte olup, iptal edilen sözleşmenin ifası amacıyla yapılmış olan tasarruf işlemlerinin geçerliliğini etkilememektedir[18].

Yeni tasfiye teorisi uyarınca, tarafların ifa etmiş oldukları edimleri iade yükümlülükleri sözleşmenin içerik değiştirmesinden kaynaklandığı, bu çerçevede de iadenin hukuki sebebini sözleşme oluşturduğu

---

15 Bu teori doktrinde "sözleşmesel tasfiye teorisi" teorisi olarak adlandırılmaktadır. Bununla birlikte sözleşmeden dönmenin borç ilişkileri üzerindeki etkisi ile ilgili teorilerden "yeni dönme (dönüşüm) teorisi"ne çok benzediği için tarafımızca "yeni tasfiye teorisi" ifadesinin kullanılması tercih edilmiştir. Doktrinde sözleşmesel tasfiye teorisi ifadesini kullanan yazarlar için bkz.: Kanışlı, s. 599 vd.; Özer, s. 264 vd. Keza, yeni dönme (dönüşüm) teorisi hakkında kapsamlı bilgi için bkz.: Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 78 vd..

16 Bu teoriyi benimseyen bazı yazarlar: Wiegand, Picasso-Entscheid, s. 111; Berner Kommentar/ Schmidlin, OR Art. 31, N. 12, 54 vd., 101 vd.; Schmidlin, Vertragauflösung, s. 124 vd.; Huguenin, s. 175-176, N. 583, s. 523-524, N. 1788; Acocella, s. 495-496. Açık bir şekilde ifade etmese de kanaatimizce bu görüşte, Yıldırım, s. 243-244.

Doktrinde Kanışlı, olması gereken hukuk açısından yeni tasfiye teorisinin benimsenmesinin isabetli olacağını, ancak olan hukuk açısından söz konusu tasfiye teorisinin kabul edilmesinin mevcut kanunun sistematiğiyle ve mevcut hukuk dogmatiğiyle örtüşmediğini ifade etmektedir. Bkz.: Kanışlı, s. 610.

17 Wiegand, Rückabwicklung, s. 717-718, 720; Schmidlin, Vertragsauflösung, s. 125; Huguenin, s. 175-176, N. 586

18 Sözleşmeden dönme açısından aynı yönde, Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 78 vd.; Öz, Eleştiri, s. 136; Buz, Sözleşmeden Dönme, s. 119; Köroğlu, Taşınır Satış Sözleşmesi, s. 98.

için, iade yükümlülüklerinin kapsamının belirlenmesinde istihkak davasına (TMK m. 993 vd.) veya sebepsiz zenginleşmeye ilişkin (TBK m. 79-81) hükümler uygulanmaz; sözleşmeye dayalı iade yükümlülüklerini düzenleyen TBK m. 112 vd. dikkate alınır[19]. Bunun sonucunda ise, sözleşmenin tasfiyesi yapılırken ayni etkili tasfiye teorisinden farklı olarak aynı kurallara bağlı tek bir tasfiye düzeni ortaya çıkmış olur[20]. Dikkat edilmesi gereken husus, sözleşmenin tasfiyesi yapılırken kusursuz ifa imkânsızlığına ilişkin TBK m. 136 ile 137 hükümleri burada uygulama alanı bulmaz. Dolayısıyla, taraflar kendilerinin sorumlu tutulamayacağı sebepler sonucu edimlerin aynen iadesinin imkânsızlaştığını belirterek borçlarından kurtulamaz[21]. Bu gibi durumlarda taraflar her ne kadar asıl edimlerini aynen iade edemeyecek olsalar da, bunların değer olarak karşılığını diğer tarafa vermek zorundadır[22].

Yeni tasfiye teorisinde, sözleşmenin tasfiyesi bizzat iptal edilen sözleşme esas alınarak yapıldığı için, daha önce ifa edilmiş olan edimlerin iadesinde on yıllık genel zamanaşımı süresi (TBK m. 146) dikkate alınır[23]. Burada on yıllık zamanaşımı süresi yanılmanın veya aldatmanın öğrenildiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan itibaren işlemeye başlar[24].

III. TEORİLER HAKKINDAKİ KANAATİMİZ

Kanaatimizce yukarıda açıkladığımız teorilerden ayni etkili tasfiye teorisi daha isabetlidir. İlk olarak kanun koyucu TBK m. 30, m. 36/ f. 1, m. 37/ f. 1 ile m. 39/ f. 1'de iradesi bozulanın iptal hakkını kullanmasının sonucunda onun sözleşmeyle bağlı olmayacağını ifade etmiştir. Bu bakımdan ilgili hükümlerde iradesi bozulanın sözleşmeyle bağlı olmadığının açıkça belirtilmesi karşısında, sözleşmenin varlığını iptal hakkının kullanılmasından sonra devam ettirdiğinin kabul edilmesi mümkün değildir[25]. Bu çerçevede ilgili hükümlerden hareketle iptal hakkının kullanılmasının sonucunda sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalktığının kabul edilmesi gerekmektedir.

19 Berner Kommentar/ Schmidlin, OR Art. 31, N. 61.
20 Berner Kommentar/ Schmidlin, OR Art. 31, N. 54.
21 Berner Kommentar/ Schmidlin, OR Art. 31, N. 61.
22 Berner Kommentar/ Schmidlin, OR Art. 31, N. 59.
23 Berner Kommentar/ Schmidlin, OR Art. 31, N. 64; Yıldırım, Hile, s. 242; Özer, s. 266.
24 Berner Kommentar/ Schmidlin, OR Art. 31, N. 64.
25 Kanışlı, s. 610; Özer, s. 267; Köroğlu, Korkutma, s. 224. Sözleşmeden dönme açısından aynı yönde, Buz, Sözleşmeden Dönme, s. 134; Köroğlu, Taşınır Satış Sözleşmesi, s. 101.

İkinci olarak, bir sözleşmenin tasfiye amacıyla dahi varlığını devam ettirebilmesi için, taraflar arasında sözleşmenin devamı yönünde karşılıklı ve birbirine uygun irade uyuşmasının bulunması gereklidir. İradesi bozulan kişi ise, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan itibaren iptal beyanında bulunarak sözleşmenin devamı yönünde bir iradesinin bulunmadığını göstermektedir. Bu sebeple, iradesi bozulanın sözleşmenin devamı yönünde bir iradesi bulunmadığından, iptal edilen sözleşme tasfiye amacıyla dahi varlığını devam ettiremez[26].

Üçüncü olarak, yeni tasfiye teorisine göre, iradesi bozulanın iptal hakkını kullanması sadece borçlandırıcı işleminin geçerliliğini etkilemekte, buna karşılık tasarruf işlemlerinin geçerliliğini etkilememektedir. Dolayısıyla bu teori uyarınca iptal hakkının kullanılmasından önceki dönemde ilgili edimin üçüncü bir kişiye devredildiği durumlarda, üçüncü kişi edimin mülkiyetini kazanacağından, artık bunun iadesi de mümkün olmayacaktır[27]. Bu hususta edimin mülkiyetini kazanan kişinin kötüniyetli olup olmaması da herhangi bir önem arz etmemektedir. Burada iadeyi talep edecek olan taraf sadece ediminin değerini isteyebilecektir[28]. Bununla birlikte ayni etkili tasfiye teorisi, iptal hakkının kullanılması sonucu borçlandırıcı işlemin yanı sıra tasarruf işleminin de geçerliliğini etkilediğinden edimin iadesini isteyen tarafa daha iyi bir koruma sağlamaktadır. Zira edimin iadesini isteyen taraf, edimi, aynen iadesi mümkün olduğu sürece üçüncü kişiden de ayni talep niteliğini taşıyan istihkak davasını açarak isteyebilmektedir.

Son olarak, yeni tasfiye teorisi uyarınca iradesi bozulanın iptal hakkını kullanmasının sadece borçlandırıcı işlemin geçerliliğini etkileyeceğinin kabul edilmesi, mülkiyetinin devrinin geçerli bir hukuki sebebe dayanmasını öngören hukuk sistemimiz ile de bir çelişki durumu ortaya çıkarmaktadır[29]. Bu sebeple iradesi bozulanın sözleşmeyi iptal etmesi borçlandırıcı işlemin yanında tasarruf işlemini de

[26] Köroğlu, Korkutma, s. 224. Sözleşmeden dönme açısından aynı yönde, Buz, Sözleşmeden Dönme, s. 134; Köroğlu, Taşınır Satış Sözleşmesi, s. 102.

[27] Özer, s. 267; Köroğlu, Korkutma, s. 225. Sözleşmeden dönme açısından aynı yönde, Buz, Sözleşmeden Dönme, s. 142.

[28] Özer, s. 267; Köroğlu, Korkutma, s. 225.

[29] Gauch, Umwandlungstheorie, s. 126-127, özellikle dpt. 43; Köroğlu, Korkutma, s. 225. Sözleşmeden dönme açısından aynı yönde, Öz, Eleştiri, s. 133, 140.

etkilemeli ve edimlerin iadesi konusunda taraflar sözleşme ilişkisine dayalı şahsi nitelikteki talep hakkından ziyade, ayni nitelikteki talep hakkına sahip olmalıdır[30].

SONUÇ

İradesi bozulanın iptal hakkını kullanması sonucu sözleşme yapıldığı ana etkili olacak bir biçimde geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağından taraflar iptal hakkının kullanılmasından önce edimlerini henüz ifa etmemişler ise onların bu yükümlülükleri sona erer. Buna karşılık iptal hakkının kullanılmasından önce edimlerini ifa ettikleri durumlarda ise bunların iade edilmesi, dolayısıyla da sözleşmenin tasfiyesinin gerçekleştirilmesi gerekir. Bu tür durumlarda kanaatimizce sözleşmenin tasfiyesi yapılırken *"ayni etkili tasfiye teorisi"* esas alınmalıdır. Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nun mevcut yapısı ile tarafların menfaatlerine en uygun olan çözümü bu teori sağlamaktadır.

Ayni etkili tasfiye teorisi gereğince, iradesi bozulanın iptal hakkını kullanması, ifa edilmiş olan edimlerin hukuki sebebini oluşturan sözleşmeyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırdığından, iptal hakkının kullanılmasından önce ifa edilmiş olan edimlerin iadesi temelde istihkak davası ile sağlanır. Bununla birlikte, işleme, karışma, üçüncü kişilerin iyiniyetli kazanımları, kazandırıcı zamanaşımı süresinin dolması veya edimin niteliği gibi sebepler dolayısıyla taraflar edimlerini aynen iade edemezlerse, artık istihkak davası açılamayacağından edimlerin iadesi sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümler çerçevesinde yapılır.

Aslında olması gereken hukuk açısından (de lege ferenda) tarafların edimlerini iptal hakkının kullanılmasından önce ifa ettikleri durumlarda, bunları hangi kurallara göre ne şekilde birbirlerine iade edecekleri Türk Borçlar Kanunu'nda açık bir şekilde düzenlenmeliydi. Zira ancak bu sayede doktrin ve uygulamadaki tartışmalar sona erecektir.

30 Köroğlu, Korkutma, s. 225.

KAYNAKÇA[*]

Acocella D. (2003). Nichtigkeitsbegriff und Konzept einer einheitlichen vertragsrechtlichen Rückabwicklung gescheiterter Verträge. SJZ 99/ 19, 494-496.

Becker H. (1945). Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 2. Auflage. Bern: Stämpfli Verlag. (Atıf şekli: Berner Kommentar/ Becker, OR Art. ..., N. ....).

Bucher E. (1988). Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage. Bern: Schulthess Verlag.

Buz V. (1988). Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme. Ankara: Yetkin Yayınları (Sözleşmeden Dönme).

Buz V. (2010). Akamete Uğrayan Sözleşme İlişkilerinin Tasfiyesi, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt I (s. 611-662). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık. (Akamete Uğrayan Sözleşme).

Eren F. (2019). Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 24. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınevi.

Gauch P. (1989). Der Picasso-Entscheid-Bemerkungen zu BGE 114 II 131 ff.", Schweizerische Aktiengesellschaft 3, s. 152-160. (Der Picasso-Entscheid).

Gauch P. (1989). Wirkung des Rücktritts und Verjährung des Rückforderungsanspruchs bei Schuldnerverzug (Anerkennung der Umwandlungstheorie), recht 4, s. 122-128. (Umwandlungstheorie).

Gauch P./ Schluep W./ Schmid J. (2014). Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 10. Auflage. Zürich: Schulthess Verlag.

[*] Dipnotlarda geçen eserler yazarlarının soyadları ile anılmıştır. Ancak aynı yazarın birden fazla eserine yapılan atıflar, şerhlere yapılan atıflar ve aynı soyadı taşıyan yazarlara yapılan atıflar kısaltılmış şekilleriyle parantez içerisinde gösterilmiştir.

Honsell H./ Vogt N./ Wiegand W. (Hrsg.) (2015). Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529, 6. Auflage. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag. (Atıf şekli: Basler Kommentar/ İşleyen, OR Art. ..., N. ...).

Huguenin C. (2014). Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Auflage. Zürich: Schulthess Verlag.

Kanışlı, E. (2018). İsviçre-Türk Borçlar Hukukuna Göre, Sözleşmenin Kurulmasında Yanılma. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Kocayusufpaşaoğlu N. (2010). Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 4. Basıdan 5. Tıpkı Bası. İstanbul: Filiz Kitabevi.

Köroğlu E. (2016). 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Taşınır Satış Sözleşmesinin Sona Ermesi. Ankara: Adalet Yayınevi. (Taşınır Satış Sözleşmesi).

Köroğlu E. (2020). Türk Borçlar Hukukunda İrade Bozukluğu Hallerinden Korkutma. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık. (Korkutma).

Oğuzman M. K./ Öz T. (2019). Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt 1, Güncellenip Genişletilmiş 17. Bası. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Oser H./ Schönenberger W. (1999). Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), Das Obligationenrecht, 2. Auflage. Zürich: Schulthess Verlag. (Atıf şekli: Zürcher Kommentar/ Oser/ Schönenberger, OR Art. …, N. …).

Öz T. (1989). İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul: Kazancı Yayınları. (Dönme).

Öz T. (1996). Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Ayni Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı İle Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 13/ 16, s. 131-172. (Eleştiri).

Özer, M. T. (2019). Medeni Hukukta Hata Kavramı. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Schmidlin B. (2013). Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Mangel des Vertragabschlusses, Art. 23-31 OR, 2. Auflage. Bern: Stämpfli Verlag. (Atıf şekli: Berner Kommentar/ Schmidlin, OR ..., N. ...).

Schmidlin B. (2015). Der Vertragsabschluss nach Art. 1 OR und die Vertragsauflösung nach Art. 31 OR: Selbstverständliches, Missverständliches und neues Verständnis, ZSR, 134/ 2, s. 107-133. (Vertragsauflösung).

Serozan R. (1975). Sözleşmeden Dönme. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları. (Sözleşmeden Dönme).

Serozan R. (2004). Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan (s. 195-207). Ankara: Seçkin Yayıncılık. (Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi).

Serozan R./ Öz T./ Acar F./ Gökyayla E./ Develioğlu H. M. (Ed.) (2018). İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, Cilt - I, Genel Hükümler. İstanbul: Vedat Kitapçılık. (Atıf şekli: İstanbul Şerhi/ İşleyen, TBK m. ..., N. ...).

Tekinay S. S./ Akman S./ Burcuoğlu H./ Altop A. (1993). Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı. İstanbul: Filiz Kitabevi.

Tercier P./ Pichonnaz P./ Develioğlu H. M. (2016). Borçlar Hukuku, Genel Hükümler. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

von Tuhr A./ Peter H. (1979). Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band mit den Registern zu beiden Banden, 3. Auflage. Zürich: Schulthess Verlag.

Wiegand W. (1989). Bemerkungen zum Picasso-Entscheid, recht, 3, s. 101-111. (Picasso-Entscheid).

Wiegand W. (2004). Zur Rückabwicklung gescheiterter Verträge, Gauchs Welt, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag (s. 709-722). Zürich: Schulthess Verlag. (Rückabwicklung).

Yıldırım M. F. (2002). Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile. Ankara: Nobel Akademik Yayıncılık.

ULUSLARARASI
HUKUK
SEMPOZYUMU
International Symposium on Law

TCK'DAKİ (m.122) AYRIMCILIK SUÇUNUN CİNSEL YÖNELİMLERİ KORUMA FONKSİYONU

Dr. Mehmet Zülfü ÖNER*
ORCID NO: 0000-0002-6251-4424

Öz

Günümüzde cinsel yönelimi farklı olan kişi ve gruplar, bu tercihlerine değer verilmesini, gösterilen önyargı, tepki ve olumsuz davranışların önlenmesini, bu kapsamda hukuki bazı sınırlandırma ve engellerin kaldırılmasını istemektedir. Bu taleplerin bir sonucu olarak, dünyada birçok ülkenin bu yöndeki kısıtlamaları kaldırdığı ve bazı hakların kapsamını genişlettiği görülmektedir.

Farklı cinsel yönelimlerin hukuk düzeni içinde nasıl düzenleneceği konusunda ülkeler arasında farklı uygulamalar bulunmakla birlikte, modern ülkelerdeki yaygın hukuk anlayışı ve pratiğinin özgürlükçü bir yaklaşımı tercih ettiği gözlenmektedir. Ülkemiz açısından, farklı cinsel yönelimi olan bireylerin hak ve hukuki korunma taleplerin bir kısmının ceza hukuku alanına ilişkin olduğu ve mevzuatın yeterli olmadığı yönünde eleştirilerin kamuoyunda sık sık gündeme geldiği görülmektedir.

Bu bildiri, Türk Ceza Kanunu'ndaki 122. maddesindeki nefret ve ayrımcılık suçuna ilişkin düzenlemenin farklı cinsel yönelimleri koruma fonksiyonunu ceza hukuku bağlamında genel hatlarıyla incelemeyi amaçlamaktadır. Bu kapsamda, öncelikle Türk hukukundaki ayrımcılık yasağı açıklanacak, ardından ayrımcılık yasağı ile cinsel yönelimin ilişkisine değinildikten sonra, ayrımcılık yasağına aykırılığın ceza hukukumuzdaki bir yansıması olan TCK'nın 122. maddesi incelecektir. Bu açıklamalardan sonra bu düzenlemenin farklı cinsel yönelimleri koruma açısından gerekli ve yeterli olup olmadığı ile ilgili analiz yapılarak bazı önerilerde bulunulacaktır.

Anahtar sözcükler: cinsel yönelim, nefret, ayrımcılık, ayrımcılık yasağı, nefret ve ayrımcılık suçu.

Abstract

Today, some individuals and groups with different sexual orientation want their preferences to be respected and to prevent the prejudices, reactions and negative behaviors shown to them and to remove some legal restrictions and obstacles in this context. As a result of these demands, it is seen that many countries around the world have repealed these restrictions and expanded the scope of some rights.

Although there are different practices among countries on how to regulate different sexual orientations within the legal order, it is observed that the common understanding and practice of law in modern countries prefer a libertarian approach. In our country, it is seen that some of the rights and legal protection demands of individuals with different sexual orientations are related to the field of criminal law and that the legislation is not sufficient.

This study aims to examine in general terms the function of protecting different sexual orientations of the regulation on hate crime in article 122 of TPC. In this context, first of all, the prohibition of discrimination in Turkish law will be analyzed. Later, the relationship between the

*Dr, mehmetzulfu@yahoo.com, ORCID ID: https://orcid.org/0000-0002-6251-4424.

prohibition of discrimination and sexual orientation will be touched upon, and then Article 122 of the TCK on hate crime will be examined. After mentioning the adequacy of this regulation to protect different sexual orientations, some analysis and suggestions will be put forward.
Keywords: sexual orientation, discrimination, prohibition of discrimination, hate crime, discrimination crime, criminal law.

Giriş

İnsan hakları, insanın en üstün değer kabul edilmesinden kaynaklanan ve bütün insanların herhangi bir ayrımcılığa tabi tutulmadan sahip olması gereken evrensel nitelikteki hakları içeren bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.[1] Günümüzde, bütün modern hukuk sistemleri, bireylere insan olarak doğmuş olmasından kaynaklanan bu temel hak ve özgürlükleri tanımaktadır. Bu temel hak ve özgürlüklerden birisi de eşitlik ilkesi kapsamında ele alınabilecek olan ayrımcılığa tabi tutulmama hakkıdır.[2]

Tarih boyunca çeşitli düzeyde ayrımcı uygulamaların din, dil, ırk, kültür, cinsiyet, siyasal düşünce, engellilik ve sair nedenlerden dolayı kendisini gösterdiği görülmüştür. Modern süreçte, temel bir hak olarak ortaya çıkan ayrımcılık yasağını kabul eden devletler, egemenliği altında bulunan bütün bireylere ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum vb. farklı statüler bakımından hiçbir ayrıma tabi tutmayacağını kabul etmeye başlamıştır. Ayrımcılık yasağına ilişkin hak, uluslararası düzeyde de gündeme gelmiş, bu kapsamda, imzalanan uluslararası sözleşme ve diğer hukuki metinler, ayrımcılığı önlemek ve ortadan kaldırmak için, taraf devletlere pozitif yükümlülükler yüklemiştir. Bu yükümlülük, hukuk düzeninin diğer alanları yanında, ceza hukuku alanında da kendisini göstermeye başlamış, ayrımcılık yasağına aykırı bazı davranışlar suç olarak düzenlenmeye başlamıştır.

Ülkemiz, temel insan haklarını güvence altına alan uluslararası sözleşmelere taraf olarak ayrımcılığın önlenmesine ilişkin düzenlemeleri iç hukukun bir parçası haline getirmiş ve bazı davranışları suç olarak düzenlemiştir. Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yerine geçen ve 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesi diğer hükümleri yanında ayrımcılığı bağımsız bir suç olarak düzenlenmiştir. 2014 yılında yapılan değişiklikle, suçun başlığı ve içeriğine 'nefret' ifadesi eklenmiş, böylece bu düzenleme 'nefret ve ayrımcılık suçu'na dönüşmüştür.[3]

[1] Kapani, M. (2013). Kamu Hürriyetleri. Ankara: Yetkin Yayınları. 7. Baskı, s.14.; Sabuncu, Y. (2014). Anayasaya Giriş. Ankara: İmaj Yayınları, s.42 vd.; Soysal, M. (1968). Anayasaya Giriş, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yayınları, 1. Baskı, s.181.; Tanör, B. (1994). Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu. İstanbul, s.14.

[2] Gözler K. Eşitlik İlkesi. http://www.anayasa.gen.tr/esitlik.htm. (e.t.21.05.2021)

[3] Nefret suçu, 'failin din, dil, ırk, etnik köken, engelli olma, cinsiyet ve cinsel yönelime dair sahip olduğu önyargı ile bu özelliklerden birine sahip olduğunu bildiği veya varsaydığı bir diğer kişiye karşı gerçekleştirdiği suç' şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. Demirbaş, T. (2017). ''Nefret Söylemi ve Nefret Suçları''. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan. C.19, Özel Sayı, s.2693 vd.

İleride ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, TCK'nın 122. maddesi, sınırlı sayıda hareketleri suç kapsamına almış, toplumsal yaşam içerisinde karşılaşılan ayrımcılığa ilişkin birçok husus kapsam dışında tutulmuştur. Bu durum, doğal olarak, eleştirilere neden olmuş, maddenin 2014 yılına kadar yürürlükte olan metninde yer alan "her ne şekilde olursa olsun kişiler arasında" şeklindeki ifadenin de yürürlükten kaldırılması tartışmaları beraberinde getirmiştir. Bununla birlikte, ayrımcılık veya nefret suçu adı altında yeni bir suç ihdas edilmesinin ayrımcılıkla mücadele açısından uygulanabilir olmadığı dile getirilmiş, ayrımcılık veya nefret saiklerinin belirsizliği yanında suç ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırılık gibi çeşitli sorunları beraberinde getirdiği, dolayısıyla nefret ve ayrımcılık kavramlarının ceza hukuku konusu olmaktan tamamen çıkarılması yönünde görüşler ileri sürülmüştür.[4]

Ceza hukukumuz açısından, cinsel yönelim nedeniyle gerçekleştirilen ayrımcı davranışların nefret ve ayrımcılık suçunun kapsamına alınıp alınmayacağı uzun süredir tartışılmaktadır. Bu yöndeki talepler, TCK'nın 122. maddesinin hazırlık aşaması, tasarı çalışmaları ve değişiklik teklifleri sırasında gündeme gelmiş, ancak cinsel yönelim nedeniyle işlenen fiiller suç kapsamına alınmamıştır. Cinsel yönelim nedeniyle gerçekleştirilen bazı davranışların, bu suç kapsamına alınıp alınmayacağı ülkenin suç ve ceza siyasetini tespit eden kanun koyucunun takdirinde olmakla birlikte, TCK'nın 122. maddesinde 2014 yılında yapılan değişiklerle günümüz modern hukuk sistemlerinin birçoğunda benimsenen koruyucu ve özgürlükçü anlayışın terkedildiği görülmektedir. Bu çalışmada, cinsel yönelimin nefret ve ayrımcılık suçu kapsamına alınıp alınmaması sorununa değinmeden önce genel hatlarıyla ayrımcılık yasağı kavramı ve Türk hukukundaki düzenlemelere değinilecektir.

I- Ayrımcılık Yasağı Kavramı

Ayrımcılık, sözlük anlamı olarak ayrımcı olma durumunu ifade etmektedir.[5] Hukuki anlamı itibariyle 'bir kişinin sahip olduğu cinsiyet, dil, din, renk, ırk ya da etnik köken gibi herhangi bir

[4] Şen, E. (2016). Nefret ve Ayırımcılık (2). 29.03.2016. https://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1867947-nefret-ve-ayirimcilik-suclari-2. (e.t.21.05.2021). Şen, şu hususları eleştiri konusu yapmaktadır: ''Ayırımcılık sebepleri arasında din ve mezhep kavramları da ilginç sonuçlara yol açabilir. Örneğin; şeytana taptığını iddia eden, bu yönde bir dine inandığını söyleyen, inancının gereklerini her yerde yapmak isteyen bir kişiyi sırf bu sebeple kendisine göre haklı olarak işveren failin fiili suç sayılabilir mi? Görüleceği üzere hüküm; din konusunda herhangi bir istisna kabul etmeksizin sadece Devleti değil, bireyi de bağlayan ağır sonuçlar ortaya koyabilecek bir ceza normu ortaya koyabilmektedir. Aynı sorun, kendisini siyasi düşünce veya felsefi inançla da gösterebilir. Burada kim, neye göre, hangi din, mezhep, siyasi düşünce veya felsefi inancı, ona veya onu benimseyen insana duyduğu nefretten dolayı değil de sırf sevmemek, hoşlanmamak veya yakınlaşmamak nedeniyle TCK m.122'de sayılan iktisadi faaliyetleri engellemiş sayılacaktır? Gerçekten de kim, neye göre nefretle ve bu nefretten dolayı iktisadi faaliyeti engellemekle suçlanacaktır?''.

[5] Bkz. https://sozluk.gov.tr/. (e.t.21.05.2021).

nitelik nedeniyle diğerlerine nazaran farklı hukuki durum veya muameleye tabi tutulması' olarak tanımlanmaktadır.[6]

Uluslararası hukukta çoğunlukla, azınlık veya hassas konumda bulunan kişi ve grupların haklarının korunmasında gündeme gelen ayrımcılık yasağı, bugün genel bir hukuk ilkesi ve temel bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır. Tarihsel olarak bakıldığında, kişileri devletin muhtemel keyfi muamelelerine karsı koruyan, günümüz demokratik hukuk devletlerinin önemli unsurlarından biri olarak ulusal ve uluslararası düzeyde hukuki metinlere ve düzenlemelere konu olmuştur. Bu itibarla, ayrımcılık yasağı temel hak ve özgürlüklerin ayrım yapılmaksızın herkese uygulanmasının bir garantisi olarak değerlendirilmektedir.

Gerçekten, ayrımcılık, kendisini değişik şekillerde gösterebilmektedir. Sınırı olmamakla birlikte, tarihsel olarak bakıldığında en sık şekilde rastlanan türü cinsiyet, ırk ve dine dayanan ayrımcılıktır. Zaman içinde dil, servet, doğum ve diğer hususların ayrımcılık nedeni olarak ortaya çıktığı görülmüştür. Günümüzde sanayi, teknoloji ve ekonomik gelişmelere bağlı olarak işgücü ve sermaye piyasalarında da yeni ayrımcılık türlerinin ortaya çıktığını görmekteyiz.[7] Bu çeşitlilik, ayrımcılık yasağı kavramını insan hakları hukukundan, aile hukuku, medeni hukuk, iş ve sosyal güvenlik hukuku vb. hukuk dallarının bir parçası haline getirmektedir.[8]

Hukuki çerçeve itibariyle, ayrımcılık yasağı, eşitlik ilkesinin bir parçası olarak kabul edilmektedir.[9] Eşitlik düşüncesinden kaynaklanan ve günümüzde ayrımcılık yasağı olarak ifade edilen bu ilke, bugünkü anlamıyla temel bir insan hakkı olarak tanınması II. Dünya Savaşı sonrasında kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi[10] ile somut bir temele kavuşmuştur. Ülkemizin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de ayrımcılığa tabi tutulmamayı temel bir insan hakkı olarak tanımıştır. [11] Bu iki temel metin dışında, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 2. maddesi, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 2. maddesi, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1. maddesi ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nın 2. maddesinde de ayrımcılık yasağı ile ilgili hükümler getirilmiş ve bu yasağın temel bir hak olduğu kabul edilmiştir. Bu metinlerde, ayrımcılık yasağının ayrıntılı bir tanımı yapılmamakla

[6] Karan, U. (2007). ''Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği''. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. S.73. s.149.; İspir, Z. (2016). ''Bir İnsan Hakları Sorunu Olarak Cinsiyete Dayalı Ekonomik Ayrımcılık''. *Ankara Barosu Dergisi*. S.3, s.165 vd.

[7] Altun, M. (2010). Ayrımcılık Suçu. (TCK. Md. 122). İzmir: Dokuzeylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s.4.

[8] Bkz. Karan, s.147.

[9] Eşitlik ilkesinin hukukî niteliği tartışmalıdır. Eşitlik ilkesi, hukuk devleti ilkesinin içeriği olarak görülebileceği gibi, temel bir hak olarak da düşünülebilir. Bkz. Gözler, s.180.; Karan, s.148.

[10] 10 Aralık 1948 tarihinde Birleşmiş Milletler nezdinde birçok ülke tarafından imza altına alınan İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Türkiye tarafından 6 Nisan 1949 tarihli ve 9119 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla kabul edilmiş, 27 Mayıs 1949 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yürürlüğe girmiştir.

[11] Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni 20 Mart 1952 tarihinde imzalamış ve 10 Mart 1954 tarih ve 6366 sayılı Kanun ile onaylamıştır. 28 Ocak 1987 tarihinde Sözleşme kapsamında bireysel başvuru hakkını, 28 Ocak 1990 tarihinde ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin zorunlu yargı yetkisini kabul etmiştir.

birlikte, temel insan haklarının uygulanmasında ayrımcılık yapılmayacağı açık bir şekilde vurgulanmıştır.[12] Ayrıca bu metinlerin birçoğunda, eşit muameleye tabi tutulmanın veya ayrımcılık yapmama şeklindeki yasak, '…vb. nedenlerle' ifadesiyle genişletici yoruma imkân sağlayacak şekilde düzenlemiştir.[13]

Bir görüşe göre, ayrımcılık yasağı doğrudan ve dolaylı olmak üzere iki sınıfa ayırmıştır. Doğrudan ayrımcılık, kişiye ya da gruba cinsiyet, ırk ve din vb. gibi herhangi bir nedenle diğer kişilere davranıldığından farklı davranılmasını ifade etmektedir.[14] Dolaylı ayrımcılık ise; aynı şartlara sahip olanlar arasında birini diğerine oranla daha olumsuz duruma sokmak olarak açıklanmaktadır.[15]

Bu bağlamda, pozitif ayrımcılık kavramına kısaca değinmekte yarar bulunmaktadır. Pozitif ayrımcılık anlamında eşitlik ve ayrımcılığa tabi tutulmama ilkesi, bazı nedenlerle her durumda herkese mutlak eşit ve simetrik muamele yapılmamasını ifade etmektedir.[16] Bunun bir sonucu olarak, istisnai olarak belli kişilere veya gruplara makul ve bazı objektif kriterlere dayanılarak farklı muamele yapılabilmesi mümkün görülmektedir. Bu durumda, ayrımcılık, somut durumun özelliğine göre değerlendirilmeli, makul ve objektif ölçütlere dayanıp dayanmadığına bakılmalıdır. Sosyal ve ekonomik olarak farklı gelir gruplarından farklı miktar veya oranda vergi alınması bu ayrımın tipik bir örneğini oluşturmakta olup, hukuksal olarak ulusal ve uluslararası düzeyde genellikle makul ve objektif olarak kabul edilmektedir.[17]

[12] Karan, s.148.

[13] Karan, s.150-151.

[14] Bu durumda aynı veya benzer konumdaki kişilerden biri veya bir kısmı bakımından daha olumsuz sonuçlar oluşturan veya böyle bir sonucun ortaya çıkma ihtimalini doğuran farklı muameleler söz konusudur. Bu bağlamda doğrudan ayrımcılık, aynı veya benzer konumda olan kişiler arasında fark yaratılmasını engellemeyi amaçlar ve bu nedenle "şekli eşitlik" anlayışının bir ifadesi olarak görülmektedir. Bkz. Karan, s.153.

[15] Doğrudan ayrımcılıktan farklı olarak burada farklı muamelenin yasaklanması değil ayrımcı etkiler doğuran aynı muamele yasaklanmaktadır. Bkz. Karan, s.154.

[16] Özbudun, E. (2009). Türk Anayasa Hukuku. Ankara: Yetkin Yayıncılık, s.147.; Gözler, s.180.

[17] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Sözleşme'nin 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağı ile benzer durumdaki kişilerin (tüzel kişilerde dahil olmak üzere) farklı muameleye karşı korunduğunu, ancak farklı muamelenin meşru ve haklı gösterilebilir bir nedeni olması koşuluyla ulaşılmaya çalışılan amaç ile vasıtalar arasında orantı bulunması durumunda ayrımcılık yasağının ihlal edilmediğini kabul etmektedir. Benzer şekilde Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ve ayrımcılık yasağını değerlendiren Anayasa Mahkemesi, bu bağlamda iki hususa vurgu yapmaktadır. Mahkeme, ilk olarak aynı hukuksal durumda olan kişilerin aynı kurallara bağlı tutulacağının zorunluluk olduğunu belirtmektedir. İkinci olarak, haklı bir neden varsa değişik hukuksal durumda olanların farklı kurallara bağlı tutulmasının eşitlik ilkesine bir aykırılık oluşturmayacağını, dolayısıyla ayrımcılık sayılmayacağını belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarında eşitlik ve ayrımcılık yasağı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. İnceoğlu, S. (2006). ''Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı''. *Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi*. S.4, s.45 vd.; Doğmuş, S. (2018). ''Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin X - Türkiye Kararı (Başvuru No: 24626/09) Hakkında Bir Değerlendirme''. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C. 20. S.1, s.351-396.; Gözler, s.180.; Karan, s.152 vd.

II- Ayrımcılık Yasağı ve Cinsel Yönelim

Cinsiyet (sex), biyolojik bir kavram olup bireylerin doğumuyla başlayan süreci ifade etmektedir. Doğumla başlayan bu süreçte, bireyler biyolojik bir özellik olan cinsel organlarına bakılarak kadın ya da erkek[18] cinsiyet grubuna göre kimlik kazanırlar.[19]

Cinsel yönelim[20] (sexual orientation), bir insanın kendisi ile aynı ya da karşı cinsiyetten kişilere yönelik, devamlı biçimde duygusal ve cinsel yakınlık duyması olarak tanımlanmaktadır.[21] Birleşmiş Milletler tarafından 2016 yılında yayınlanan bir raporda, cinsel yönelim, 'bir kişinin bir başka kişiye duyduğu duygusal, romantik veya fiziksel ilgi' olarak tanımlanmıştır.[22]

Bu bağlamda, cinsel yönelim denildiğinde üç çeşit cinsel yönelimden bahsedilmektedir. Bunlar, karşı cinsten hoşlanma (heterosexuality), aynı cinsten hoşlanma (homosexulality), hem aynı hem de karşı cinsten aynı anda hoşlanma (bisexuality) durumudur. Bu kavramlardan eşcinsellik (homosexuality), kendisiyle aynı cinsten kişilere karşı cinsel yakınlık, hoşlanma veya birliktelik duygusu taşıyan kişi olarak tanımlanmaktadır.[23] Eşcinsel yönelimli bireylerde erkekler gey(gay), kadınlar lezbiyen(lesbian) olarak isimlendirilmektedir. Karşı cinsten hoşlanmak dışında, diğer yönelimlerin tamamını kapsayan bir kavram olarak kullanılan LGBT[24] ise, lezbiyen, gey, biseksüel, travesti veya transseksüel (trans) olarak adlandırılan kişi ve grupları içine almaktadır.

Cinsel yönelimi farklı olan, yani karşı cinsten (heteroseksüel) hoşlanmayan kişilere yönelik ayrımcılığın kaynağında, heteroseksüelliğin[25] normal ve tek cinsel yönelim olarak görülmesinin

[18] Biyolojik olarak, kadın veya erkek olarak iki şekilde tanımlamış olsa da 'interseks' ya da diğer deyişle üçüncü bir cinsiyetin varlığından söz edilmektedir. Bkz. Alçık, M. (2019). "Türk Anayasa Mahkemesinin Trans Bireylere İlişkin Cinsiyet Değişikliği Kararları Üzerine Bir Değerlendirme". *DEÜHFD*. Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan. C. 21. Özel Sayı, s.1875-1906.

[19] Akkaş, İ. (2019). ''Cinsiyet ve Toplumsal Cinsiyet Kavramları Çerçevesinde Ortaya Çıkan Toplumsal Cinsiyet Ayrımcılığı''. *EKEV Akademi Dergisi*. Özel Sayı, s.97 vd.

[20] Bu kavram yerine, 'cinsel tercih' veya 'cinsel seçim' kavramlarının kullanıldığına ilişkin değerlendirme için bkz. Arslan Öncü, G. (2011). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı. İstanbul, s.207 vd.

[21] Gülay, s.207.; Bkz. Karadağ, N. (2007). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku Kapsamında Cinsel Azınlık Hakları. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s.4.

[22] Bkz. 'Sexual orientation refers to a person's physical, romantic and/or emotional attraction towards other people.' https://www.ohchr.org/documents/publications/livingfreeandequal.pdf. (e.t.21.05.2021)

[23] Bkz. Tüzüner, Ö. (2014). "Yargıtay Hukuk Dairelerinin Eşcinsellik Hakkında Tutumu". *Güncel Hukuk Dergisi*. S.3, s.56-59.

[24] ''Bugün dünya üzerinde birçok örgüt, hareketi LGBT (lezbiyen, gey, biseksüel, transgender) olarak kullanmaktadırlar. Özellikle 2000'li yıllardan sonra harekete, interseks ve queer kategorilerinin eklenmesiyle bazı kaynaklarda hareket, LGBTİ, LGBTQ veya LGBTİQ şeklinde geçmektedir. Her ne kadar "trans" kavramı travestileri, transseksüelleri, interseksleri, hermafroditleri ve hadımları da kapsayan genel bir terim olsa da interseksler bazı kaynaklarda beşinci bir kategori olarak yer almaktadır. Yine farklı nedenlerle transgender bireylerin kendi örgütlenmelerini kurması nedeniyle LGB hareket ve Trans hareket ayrışmıştır. Halen birçok ülkede trans bireyler, LGB bireylerden ayrı örgütsel yapılar içerisinde mücadele etmektedirler.'' Naklen Özbek, Ç. (2017). "Ayrımcılıkla Mücadelenin Kamusallığı: LGBT, Hareket ve Örgütlülük". *Toplum ve Demokrasi Dergisi*. C.11 S.24, s.143.

[25] Heteroseksizm, doğal, normal, üstün ve kabul edilebilir olan cinsel yönelimin heteroseksüellik olduğunu öne süren; heteroseksüel olmayan her türlü davranışı reddeden düşünce sistemi olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Özbek, s.142.

(heteronormativite) yattığı, bu ayrımcılığın da homofobi[26](homophobia) olarak ortaya çıktığı ifade edilmiştir.[27].

Cinsel yönelim kavramının anlaşılması noktasında, toplumsal cinsiyet (gender/gender identity) kavramı ile ilişkisi üzerinde durulmuştur.[28] Toplumsal cinsiyet, yaşanılan zaman ve coğrafyaya, kültüre göre değişen, farklı cinsiyetlere sahip insanlardan beklenen sosyal rol, davranış ve fiziksel görünüşün bütününü ifade eden bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.[29] Bir görüşe göre toplumsal cinsiyet, doğuştan gelen biyolojik özellikler yanında kişinin içinde yaşadığı toplumda, aileden başlayarak, modeller gözlemek suretiyle edinilmekte, dolayısıyla erkeklik (masculinity) ya da kadınlık (feminity) şeklinde gelişmektedir.[30] Bu görüşe göre, toplumsal cinsiyet, yani kadınlık ya da erkeklik durumu kültürel bir biçimlenmeyi ifade etmektedir. İnsan, biyolojik olarak, anatomik özellikler üzerinden üreme organları ve bu organların işlevleri itibariyle kadın ve erkek olarak iki cinse ayrılmaktadır, ancak insanları birbirinden ayıran yalnızca üreme organlarının anatomik yapısı ve biyolojik cinsiyet farklılığı değildir. Beden şekli, burun uzunluğu gibi pek çok anatomik farklılık yanında kültürel farklılıklar dikkate alınarak toplumsal cinsiyet belirlenmelidir.[31] Bu görüş özetle, insanın cinsel dürtülerinin veya erotik nesne seçiminin, birçok biyolojik ve kültürel faktörün sonucu olduğunu, bunların hepsinin her insanda aynı ve uyumlu olmayacak şekilde tezahür edebileceğini ifade etmektedir.

Cinsel davranışlar ve yönelim nedeniyle karşılaşılan sorunların tanımı ve kapsamı, hukuk biliminin dışında biyoloji, tıp, antropoloji ve psikoloji gibi birçok bilim dalını ilgilendirmekte olup, çalışmanın konusu bu sorun ve tartışmaları ayrıntılı olarak irdelemeyi aşmaktadır. Tarihsel birçok toplum ve kültürde, heteroseksüel kabul veya norma uymayan farklı cinsel yönelimlerin (davranışlar)varlığı ve çeşitliliği, bu konularda ortak bir tanım ve tespitler yapılmasını zorlaştırmaktadır.[32] Ancak, daha önce kısaca değinildiği üzere, cinsel yönelim konusunda

[26] Homofobi, heteroseksüel olmayan kişilerden korkma, hoşlanmama ve nefret etmeyle ortaya çıkan ayrımcılık olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Özbek s.142.
[27] Özbek s.141-142.; Bu bağlamda, homofobinin, önyargı, belli bir gruba ilişkin yanlış ve eksik bilgilenişten kaynaklanan bazı genellemelere, değişmeye açık olmayan olumsuz veya düşmanca bir tutum olduğu, bunun kişisel bir korku ve rasyonel olmayan bir inanç olmaktan çok, artık kültür, kurumlar ve sosyal geleneklerle ilişkili olarak ele alınması gerektiği ve politik alanda oluşan bir süreç olduğu dile getirilmiştir. Bkz. Karadağ, s.9.
[28] Toplumsal cinsiyet (gender) kavramını sosyolojiye dâhil eden Ann Oakley, 1972 yılında yayımlanan Sex, Gender and Society'de açıkladığı üzere, cinsiyet (seks) biyolojik açıdan erkek/kadın ayrımını anlatırken, toplumsal cinsiyet (gender) erkeklik ile kadınlık arasındaki toplumsal bakımdan eşitsiz bölünmeye gönderme yapmaktadır. Bkz. Vatandaş, C. (2007). ‘‘Toplumsal Cinsiyet ve Cinsiyet Rollerinin Algılanışı’’. *İstanbul Üniversitesi Sosyoloji Konferansları Dergisi,* s.31.
[29] Kamuoyunda İstanbul Sözleşmesi olarak bilinen ve ülkemizin 19.03.2021 tarihli Cumhurbaşkanı kararı ile 01.07.2021 tarihinde sona ereceği kararlaştırılan Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi, ‘‘toplumsal cinsiyet’’ kavramını ‘herhangi bir toplumun, kadınlar ve erkekler için uygun olduğunu düşündüğü sosyal anlamda oluşturulmuş roller, davranışlar, faaliyetler ve özellikler’ tanımlamaktadır.
[30] Karadağ, s.4.; Başar, K. (2004). “Lezbiyen ve Geylere Yönelik Psikiyatrik Tedavi Girişimleri: Etik Sorunlar”, Lezbiyen ve Geylerin Sorunları ve Toplumsal Barış İçin Çözüm Arayışları. Kaos GL Sempozyumu. Ankara: Ayrıntı Basımevi, s.107.
[31] Karadağ, s.4.
[32] Karadağ, s.9.

gündeme gelen başlıca kişi veya grupların, 'lezbiyen, gey, biseksüel ile transseksüel', kısaca 'LGBT' olduğu söylenebilir.[33]

Hukuken cinsel yönelimi farklı olanlarının 'cinsel azınlık' kavramı ile açıklanabileceği ileri sürülmüştür. Bu görüş, cinsel azınlık kavramını, hayat tarzları ve mahrem ilişkileri nedeniyle heteroseksüel modelin baskısına uğrayıp ayrımcılığa maruz kalan kişi ya da gruplar olarak tanımlamıştır.[34] Öte yandan, cinsel yönelimin insanın onurunun ve kişiliğinin kökleşmiş bir parçası olduğu, bu nedenle ayrımcılığa uğrayanların taleplerin yeni bir 'haklar kuşağı' oluşturduğu görüşü dile getirilmiştir.[35] Bu görüşe göre cinsel yönelim ile ilgili haklarda, diğer birinci kuşak haklarda olduğu gibi, devletin yükümlülüğü negatiftir. Devlet, yetişkin bir bireyin duygusal ve cinsel isteklerini seçtiği kişiye yöneltmesine ve onunla paylaşmasına izin vermek zorundadır. Bir diğer görüş, var olan insan hakları normlarının cinsel yönelimi kapsayacak şekilde yorumlanmasının daha uygun olacağını dile getirmiştir. Kişi özgürlüğü, eşitlik, özel hayatın gizliliği, vicdan ve ifade özgürlüğü gibi temel haklar etkili biçimde uygulanırsa, cinsel yönelim temelli ayrımcılığın önüne geçilebilir.[36]

III- AİHM Kararlarında Cinsel Yönelim

Farklı cinsel yönelimlerin temel haklarla olan ilişkisi ve ayrımcılık yasağı kapsamında irdelenmesi gereken bir husus, bu yönde talepte bulunan bireylerin AİHS kapsamında AİHM'e yaptığı başvurulardır. Bu yöndeki başvuruların esas itibariyle üç temel hakka ilişkin olduğu görülmektedir. Bunlar özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı (8. madde), evlenme hakkı (12. madde) ve ayrımcılık yasağıdır (14. madde).[37]

Cinsel yönelimlerin dayanağı olan başvuruların önemli bir kısmı ayrımcılık yasağını düzenleyen AİHS'in 14. maddesine[38] dayanmaktadır.[39] AİHS'nin 14. maddesi, Sözleşme'deki diğer

[33] Bunun dışında, genel olarak gey, lezbiyen, biseksüel, transseksüel ile heteroseksüel olmayan tüm yönelim ve cinsel kimlikleri kapsayan 'queer' kelimesi de kullanılmaktadır. Bu sözcüğün Amerika'da eşcinselleri aşağılamak için kullanıldığı ve zaman içinde değiştiği yönünde bkz. Karadağ, s.5.

[34] Cinsel yönelimlerin azınlık kabul edilemeyeceği ve azınlık kavramının doğru bir ifade olmadığı yönünde görüşler için bkz. Karadağ, s.16.

[35] Bkz. Heinze, E. (1995). Sexual Orientation : A Human Right - An Essay on International Human Rights Law, Londra: Martinus Nijhoff Publishers, s.84. https://www.corteidh.or.cr/tablas/28382.pdf (e.t.21.05.2021).; Karadağ, s.17.

[36] Karadağ, s.18.

[37] Bakım, S. (2016). ''Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Kararları Çerçevesinde Cinsiyet Ayrımcılığı'', *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*. C.22. S.3, s.3191 vd.; Gümüş, A. T. (2015). Devletin Pozitif Yükümlülükleri Ekseninde Özel Hayata Saygı Hakkı (AİHS Uygulaması Çerçevesinde Bir İnceleme). Ankara: Adalet Yayınevi.; Boyar, O. (2013). Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Etki. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa. Ed. Sibel İnceoğlu. İstanbul: Beta Yayınları.; Yüksel, M. (2006). ''Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Evlenme Hakkı''. *Terazi Hukuk Dergisi*. C.1. S.2, s.99-109.; Karan, U. (2013). Evlenme ve Aile Kurma Hakkı. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa. Ed. Sibel İnceoğlu. İstanbul: Beta Yayınları.; Karadağ, s.19 vd.

[38] Sözleşme'nin 14. maddesi; 'Bu Sözleşmede beyan edilen hak ve özgürlüklerin kullanılmasını cins, ırk, renk, dil, din, siyasal veya başka bir inanç, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum veya başka bir statü gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın güvence altına alınır" şeklindedir.

[39] Ayrıntılı bilgi için bkz. Arslan Öncü, s.208 vd.

haklardan bağımsız bir hak olmayıp AİHS ve Ek Protokollerle tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma bakımından ayrımcılığı yasaklamaktadır. Bu kapsamda Ek 12 No'lu Protokolün ayrımcılık yasağının kapsamını genişlettiği görülmektedir.[40] Gerek AİHS'in 14. maddesinde gerekse 12 No'lu Protokolde cinsel yönelim açıkça ayrımcılık nedeni olarak sayılmamış ise de[41] her iki düzenlemede 'diğer herhangi bir duruma dayalı (nedenle)' ifadesi ile ayrımcılık nedenleri açısından sınırlayıcı olmaktan kaçınılarak etkili bir koruma sistemi oluşturulmuş olması karşısında farklı cinsel yönelimlerim bu kapsamda ele alınabileceği belirtilmiştir.[42] AİHM, farklı cinsel yönelimleri AİHS'in 14. maddesindeki ayrımcılık temellerinden biri olarak kabul etmektedir.[43]

Cinsel yönelimler ile ilgili AİHM'e yapılan başvuruların bir kısmı ise özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını düzenleyen AİHS'in 8. maddesidir. AİHM kararlarında, bu maddenin negatif sorumluluk kapsamında bireyi devletin keyfi müdahalelerine karşı korumak yanında özel yaşama saygıya yönelik pozitif yükümlülükleri içerdiği belirtmektedir. Bu kapsamda; kişinin şahsi bilgileri, fotoğrafları, konutu, iletişimleri, sağlık kayıtları, ilgileri ve yönelimleri, bireysel seçimleri ve yaşam tarzı, aile yaşamı yanında dış dünya ile bağlantısı, başkaları ile ilişkisi, ticari ve mesleki faaliyetleri, cinsel yaşamı özel yaşamının çerçevesini oluşturmaktadır. Öte yandan, özel hayat alanı, herkese açık olmayan, sadece bireyle yakından ilgili olan sınırlı sayıda kişiyle paylaşılan, hatta bazen hiç kimseyle paylaşılmayan yaşam olaylarının gerçekleştiği bir alan olup, mahremiyet hakkından daha geniş ve herkesin özgür olarak kişiliğini oluşturmasını ve geliştirmesini sağlayan bir alanı içermektedir. Değinilmesi gereken bir başka nokta, özel hayat kavramı; sosyal, çevresel ve kültürel değerlerin etkisi altında sürekli değişiklik göstermekte olup, bu koşulların değişmesiyle birlikte özel hayat kavramının kapsamı da genişlemektedir.

AİHM, birçok kararında bireyin cinsel ilişkiler dahil her tür ilişki oluşturabilmesini, cinsel kimliğini ve tercihini belirlemesi ve benimsemesinin maddenin koruma kapsamına girdiğini belirtmektedir.[44] Bununla birlikte, AİHM'in farklı cinsel yönelimler nedeniyle yapılan başvurular konusunda verdiği kararlara bakıldığında, 1955-1967 tarihleri arasında bazı başvuruları (eşcinsel) açıkça temelsiz olduğu gerekçesiyle kabul etmediği, sonrasında ise kademeli olarak 'sözleşmenin günün şartlarına uygun ve dinamik şekilde yorumlanması' ilkesine göre özellikle eşcinsel yönelimlere ve aktivitelerine getirilen sınırlamaların AİHS'in 8/2. maddesini ihlal ettiği yönünde

[40] 12 No'lu Protokol'ün 1. maddesine göre; "hukuk tarafından tanınan haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya başka görüşler, ulusal ya da sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensubiyet, servet doğum veya başka bir statüden kaynaklanan herhangi bir nedenle ayrım yapılmaksızın sağlanır''.

[41] Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 21/2. maddesinde 'cinsel yönelim' açıkça ayrımcılık temeli olarak sayılmıştır. Bilgi için bkz. Arslan Öncü, s.208.

[42] Eleştiri ve ayrıntılı bilgi için bkz. Arslan Öncü, s.208 vd. AİHM, Sözleşme'nin ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesindeki "herhangi başka bir duruma dayalı" ibaresine dayanılarak, cinsel yönelimin de 14. madde çerçevesinde yasaklanan ayrımcılık temellerinden birisini oluşturduğu kabul etmektedir. (Frette/Fransa, § 32; Salgueiro da Silva Mouta/Portekiz, § 28).

[43] Arslan Öncü, s.209.

[44] Bu karalar ve ayrıntılı değerlendirme için bkz. Arslan Öncü, s.210 vd.

olduğu görülmektedir.[45] Bu yöndeki kararların bir kısmında farklı cinsel yönelim aktivitelerinin ulusal mevzuatta suç olarak düzenlenmesi ve başvurucuların bu tür bir soruşturma ve cezaya maruz kalması ihlal olarak değerlendirilmiştir.[46] AİHM'in cinsiyet değiştirme (transseksüelizm) konusunda da benzer bir yaklaşım sergilediği, ilk dönem içtihatlarında cinsiyet değiştirme operasyonlarının tam anlamıyla yeni bir cinsel kimlik oluşturmadığını, taraf devletlerin ulusal hukuklarında da bir yeknesaklık ve konsensüs (Avrupa konsensüsü) olmadığını, dolayısıyla Sözleşmeci devletlerin geniş bir takdir marjının bulunduğu gerekçesiyle ihlal olmadığına karar vermiştir. Buna karşılık AİHM, 'sözleşmenin günün şartlarına yorumlanması' ilkesinden hareketle bu yöndeki kararlarından dönerek, cinsiyet değiştiren bireylere bazı hakların tanınmamasını (yeni kimlik belgesi ve bazı sosyal haklar) ihlal olarak değerlendirilmiştir.[47]

Farklı cinsel yönelim nedeniyle gündeme gelen bir başka hak, AİHS'in 12. maddesinde düzenlenen evlenme hakkıdır. AİHM, yukarıda belirtilen benzer gerekçelerle cinsel yönelim (özellikle cinsiyet değiştirenler) nedeniyle farklı muamele yapılmasına ilişkin başvuruların bir kısmında, önceleri bu maddenin ihlal edilmediği yönünde kararlar vermiş[48], ancak benzer nitelikteki başvuruların bir kısmında ise ihlal olduğunu kabul etmiştir.[49] İhlal olmadığına ilişkin kararların temel gerekçesinin taraf devletlerin ulusal hukuklarında bir yeknesaklık ve konsensüs (Avrupa konsensüsü) olmadığı noktasında toplandığı görülmektedir.[50]

IV- Hukukumuzda Ayrımcılık Yasağı

Ülkemiz, ayrımcılık yasağına ilişkin birçok uluslararası sözleşmeye taraf olarak katılmak yanında, ulusal düzeyde de çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Uluslararası düzeyde taraf olduğumuz ve metinlerini onaylayarak iç hukuk kuralı haline getirdiğimiz bu sözleşmelerden bazılarını; İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme ve Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan

[45] Arslan Öncü, s.209.
[46] AİHM, 31.07.2000 tarihli A.D.T. ve the United Kingdom davasında, dört erkeğin cinsel aktivitelerini video kaydına alınmasından ötürü hapis cezası verilmesini, bu kaydın kamuya açık olmaması ve başvurucuların böyle bir niyetle hareket etmedikleri gerekçesi ile 8. maddenin ihlal ettiğine karar vermiştir. Arslan Öncü, s.213.
[47] AİHM, 11.07.2002 tarihli Christine Goodwin ve the United Kingdom davasında, cinsiyetini kadın olarak değiştiren başvurucunun kadınlara tanınan emeklilik ve ulaşım araçlarından ücretsiz faydalanamama hakkının tanınmamasına ilişkin yaptığı başvuruda, genetik ve kromozomların cinsel kimliğin belirleyecek tek kriter olmadığını, Sözleşmenin yapıldığı tarihten sonra evlilik kurumunda büyük bir sosyal değişiklik olduğunu, öte yandan tıp biliminin biyolojik cinsiyete dayalı olarak cinsiyet değiştirmenin cinsel kimlik bozukluğu olduğu yönündeki verilerinin toplumsal kabul ve hukuk ile bağdaşmadığını, transseksüellerin arada kaldığını, bireylerin cinsel kimliklerini seçmelerinin toplumda onurlu yaşamanın bir parçası olduğunu gerekçeleriyle Sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Arslan Öncü, s.218.
[48] Bu yönde verilen AİHM kararları için bkz. Öztan, B. Ve Will, M.R. (1993). "Hukukun Sebebiyet Verdiği Bir Acı - Transseksüellerin Hukuki Durumu". *AÜHFD*. C. XLIII. S. 1- 4, s.265 vd.
[49] Bu yönde verilen AİHM kararları ve eleştirisi için bkz. Bakım, s.3212 vd.; Arslan Öncü, s.248.
[50] Bkz. Arslan Öncü, s.247.

Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşmesi olarak saymak mümkündür.[51] Bu hukuki metinler dışında, 1924[52] ve 1961 Anayasası'nda[53] yer alan hükümler dahil olmak üzere çıkarılan birçok kanunla doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılığın yasaklanmasının amaçlandığını görmekteyiz.

1982 tarihli Anayasa'mızın 'Kanun önünde eşitlik' başlıklı 10. maddesi ''*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayrım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir.*[54] *Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.*[55] *Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.*'' şeklideki düzenlemesi ile eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağını bir arada düzenlemiştir. Bu temel düzenleme yanında, Anayasa'nın çeşitli maddelerinde ayrımcılığı yasaklayan çeşitli hükümler yer almaktadır. Anayasa'nın 68. maddesinde siyasi partilerin tüzük ve programları ile eylemlerinde, 70. maddesinde ise kamu hizmetlerine girme hakkı açısından ayrımcılık yapılmaması öngörülmüş, Anayasa'nın 17, 41, 42, 49, 50, 55, 60. maddeleri de doğrudan ve dolaylı olarak ayrımcılığı yasaklayan hükümlere yer vermiştir.[56]

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 10. maddesini yorumlarken aynı hukuksal durumda olan kişilerin ayrımcılığa tabi tutulamayacağını, ancak haklı bir neden olmak koşuluyla hukuksal durumları farklı olanlara yapılan ayrımcı uygulamanın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmayabileceğini kabul etmiştir.[57] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de ayrımcılık yasağını

[51] Kamuoyunda İstanbul Sözleşmesi olarak bilinen ve ülkemizin önce imzalayarak taraf olduğu ancak 19.03.2021 tarihli Cumhurbaşkanı kararı ile 01.07.2021 tarihi itibariyle sona ereceği kararlaştırılan Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesinin 4. Maddesinde 'Taraflar bu Sözleşme hükümlerinin, özellikle de mağdurların haklarını korumaya yönelik tedbirlerin, cinsiyet, toplumsal cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya başka tür görüş, ulusal veya sosyal köken, bir ulusal azınlıkla bağlantılı olma, mülk, doğum, cinsel yönelim, toplumsal cinsiyet kimliği, sağlık durumu, engellilik, medeni hal, göçmen veya mülteci statüsü veya başka bir statü gibi, herhangi bir temele dayalı olarak ayrımcılık yapılmaksızın uygulanmasını temin edeceklerdir.' hükmü bulunmaktadır.

[52] 1924 Anayasa'sının 69. maddesi 'Türkler kanun karşısında eşittirler ve ayrıksız kanuna uymak ödevindedir. Her türlü kişi, sınıf, aile ve kişi ayrıcalıkları kaldırılmıştır ve yasaktır.' hükmünü içermektedir.

[53] 1961 Anayasa'sının 12. maddesinde 'Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasi, düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrımı gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.' hükmü bulunmaktadır.

[54] 2. fıkrada yer alan kadın ve erkek eşitliğine ilişkin bu hüküm, 2004 yılında yapılan değişiklik ile Anayasa'ya girmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. İnceoğlu, s.45 vd.

[55] 2. fıkrada yer alan bu hüküm 2004 yılında yapılan değişiklik ile Anayasa'ya girmiştir. Bu değişikliğin kadınlara yönelik pozitif (olumlu) ayrımcılığı teşvik ettiği yönünde bkz. Altun, s.27.

[56] Altun, s.27 vd.

[57] Anayasa Mahkemesi'nin 06.10.2012 tarihli ve 2011/70 E., 2012/77 K, 15.06.2012 tarihli ve 2011/138 E., 2012/94 K., 06.07.2000 tarihli ve 2000/21-16 E, K. sayılı kararlarında şu hususlara vurgu yapıldığı görülmektedir: ''*Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen 'yasa önünde eşitlik ilkesi' hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın*

düzenleyen Sözleşmenin 14. maddesini uygularken eşit durumdakilere eşit muamele yapılmasının zorunlu olduğunu, ancak iki durum arasında eşitlik yoksa yapılan tasarrufun amacı ile sonucu arasındaki ilişki yanında, kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen hedef arasında orantı olup olmadığına bakılmasını, eğer farklı uygulama güdülen amaçla ilişkili ve orantılı ise bu uygulamanın 14. madde ile uyumlu olacağına karar vermiştir.[58]

Hukukumuzda Anayasa'nın yukarıda anılan hükümleri yanında, birçok özel kanun doğrudan veya dolaylı bir şekilde ayrımcılığı yasaklamaktadır. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, 7. maddesi ile kamu hizmetini alanlara yönelik ayrımcılık yasaklamış, benzer şekilde 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu 83. maddesiyle siyasi partilerin ayrımcılık içeren faaliyetlerde bulunamayacağı hüküm altına alınmıştır. "Eşit davranma ilkesi" başlıklı 4857 sayılı İş Kanunu 5/1. maddesiyle, iş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplerle ayrım yapılamayacağını hüküm altına almıştır.[59] 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, 2. maddesiyle "*Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazına ilişkin kurallar hükümlülerin ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, doğum, felsefî inanç, milli veya sosyal köken ve siyasi veya diğer fikir yahut düşünceleri ile ekonomik güçleri ve diğer toplumsal konumları yönünden ayırım yapılmaksızın ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınmaksızın uygulanır. Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazında zalimane, insanlık dışı, aşağılayıcı ve onur kırıcı davranışlarda bulunulamaz.*'' hükmüyle infaz işlemlerinde ayrımcılık yapılamayacağını belirtmiştir. Bu düzenlemeler yanında, Türk Medeni Kanunu[60], Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu, Milli Eğitim Temel Kanunu, Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun ve benzeri birçok kanun, kendi düzenleme alanlarında ayrımcılık yasağına ilişkin çeşitli hükümler getirmiştir.[61] Bu çalışmanın konusu, ceza hukukunda ayrımcılık suçu ve yasağı ile sınırlı olduğundan ayrımcılığa yönelik bu dolaylı düzenlemelere kısaca değinilmiştir.

V- Ceza Hukukumuzda Ayrımcılık Yasağı

Yukarıda kısaca değinildiği üzere, tarihsel gelişimin bir sonucu olarak, günümüz modern hukuk sistemlerinde önceleri insan hakları hukukunun konusu olarak kabul edilen ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemeler, zamanla ceza hukuku alanında kendisini göstermiş ve bunun bir sonucu olarak, birçok ülke, bazı ayrımcılık fiillerini suç olarak düzenlenmiştir. Bu uygulamalar

öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz. Nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için yasalarla değişik kurallar konulamaz.''.

[58] Bu yönde kararlar ve ayrıntılı açıklama için bkz. İnceoğlu, s.61 vd.; Doğmuş s.351 vd.

[59] İş Kanunu açısından eşit davranma ilkesi, psikolojik taciz (mobing) ve cinsel tacizin önlenmesi yönünde bkz. Altun, s.27 vd.

[60] Türk Medeni Kanunu'nun 68. maddesindeki ''*Dernek üyeleri eşit haklara sahiptirler. Dernek, üyeleri arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, din ve mezhep, aile, zümre ve sınıf farkı gözetemez; eşitliği bozan veya bazı üyelere bu sebeplerle ayrıcalık tanıyan uygulamalar yapamaz. Her üyenin, derneğin faaliyetlerine ve yönetimine katılma hakkı vardır. Dernekten çıkan veya çıkarılan üye, dernek malvarlığında hak iddia edemez.*'' hükmü ayrımcılık yasağına ilişkin önemli bir örnek teşkil etmektedir. Türk Medeni Kanunu'nda yer alan diğer düzenlemeler için bkz. Altun, s.36 vd.

[61] Bu kanunlardaki düzenlemeler için bkz. Karan, s.155 vd.

ayrımcılık kavramının ceza hukukunun bir parçası ve konusu haline gelmesine neden olmuş, her ülke takip ettiği suç ve ceza siyasetine bağlı olarak bu fiilleri farklı yaptırımlara tabi tutmuştur. Yukarıda değinildiği üzere, Türk hukuku açısından ayrımcılık yasağı, eşitlik ilkesi ile birlikte anayasal düzeyde korunmuş, 1924 Anayasası ile başlayan ve daha sonraki anayasalarımız benimsenen bu anlayış devam ettirilmiştir.

Bilindiği üzere; devletler suç ve ceza politikasını ülkelerinin tarihsel, sosyal ve ekonomik koşullarına ve ortaya çıkan sorunlarına göre biçimlendirmektedir. Ayrımcılık yasağının suç olarak düzenlenmesine dair açık ve bağlayıcı bir uluslararası hukuki metin veya sözleşme bulunmamasına karşın, yukarıda değinilen bazı uluslararası metinler taraf devletlere her alanda düzenleme yapma yükümlülüğü öngörmektedir. Örnek olarak, ülkemizin de üyesi olduğu Avrupa Konseyi Irkçılık ve Hoşgörüsüzlükle Mücadele Komisyonu yayınladığı tavsiye kararlarında özellikle ırk ayrımcılığı ile ilgili ceza hukukuna dair düzenlemeler yapılması gerektiğine işaret edilmiştir.[62]

Mülga 765 sayılı TCK'da, dolaylı bazı hükümler dışında, ayrımcılık yasağının doğrudan suç olarak düzenlenmesine ilişkin bir hüküm olmamasına karşın, 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu bu yasağa aykırı davranma ile ilgili dolaylı hükümler yanında bağımsız bir suç tipi getirmiştir. TCK'nın 122. maddesinde düzenlenen ve başlığı önceleri 'ayrımcılık' olan bu düzenleme ceza hukukumuzda önemli bir adım teşkil etmektedir.

TCK'nın 122. maddesindeki suç ile ilgili açıklamalara geçmeden önce Ceza Kanunumuzda ayrımcılık yasağı ile dolaylı ilişkisi olan bazı hükümlerin açıklanmasında yarar bulunmaktadır. Bu hükümlerin başında, ceza kanununun uygulanması sırasında ayrımcılığı yasaklayan TCK'nın 'Adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi' başlıklı 3. maddesinin 2. fıkrası gelmektedir. Bu fıkrada: "*Ceza Kanununun uygulamasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, milli veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konumları yönünden ayrım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınamaz*."

[62] Bu tavsiye kararları için bkz. https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/content/31-avrupa-konseyi-diger-belgeler/. (e.t.21.05.2021)

denilmektedir.[63] Fıkrada kullanılan 've diğer toplumsal konumlar' sözcüğünün daraltıcı yoruma engel olmak amacıyla konulduğu anlaşılmaktadır.[64]

Ayrımcılık yasağı ile ilgili bir başka hüküm, TCK'nın 'Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama' başlıklı 216. maddesidir. Madde metninde ''*(1) Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılayan kişi, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (3) Halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılayan kişi, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*'' düzenlemesine yer verilmiştir. Bu şekilde toplumun değişik kesimlerinde oluşabilecek kin ve düşmanlığın önüne geçilmesi amaçlanmış, ırkçı veya başka biçimde ortaya çıkabilecek hakaret içeren veya şiddete yönelik ifadeler cezalandırmıştır.[65]

TCK'nın 153. maddesi ise ayrımcılık yasağı ile bağlantılı olan ve nefret suçları kapsamında ele alınan ibadethanelere ve mezarlıklara zarar verme suçunu düzenlemiştir. Maddede ''*(1) İbadethanelere, bunların eklentilerine, buralardaki eşyaya, mezarlara, bunların üzerindeki yapılara, mezarlıklardaki tesislere, mezarlıkların korunmasına yönelik olarak yapılan yapılara yıkmak, bozmak veya kırmak suretiyle zarar veren kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Birinci fıkrada belirtilen yerleri ve yapıları kirleten kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır. (3) Birinci ve ikinci fıkralardaki fiillerin, ilgili dini inanışı benimseyen toplum kesimini tahkir maksadıyla işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır.*'' düzenlemesi getirilmiştir.

[63] TCK'nın 3. maddesinin 2. fıkra gerekçesi de şu şekildedir: ''*Geçmişte ve günümüzde, insanın ırk, din, düşünce veya cinsiyeti nedeniyle uğradığı haksız muamelelerin önlenmesi, insanlık camiasının temel uğraşlarındandır. Ceza hukuku araçlarıyla yapılan ayrımcılık ise insana yönelik yapılan en zalimane uygulamalardan biridir. Özellikle totaliter rejimlerdeki ayrımcılığın ortaya çıkardığı felaketler insanlık tarihinde unutulamayacak acı izler bırakmıştır. İşte bu nedenlerledir ki insan haklarıyla ilgili uluslararası sözleşmelerde ve Anayasamızda ifade edilen eşitlik ilkesine yer verilerek, ceza kanununun insancıl niteliğe sahip olduğuna da işaret edilmektedir. Ceza kanunlarının düzenlenmesinde ve uygulanmasında bireyler arasında herhangi bir sebeple ayrım yapılmamasının ifade edilmesi, aynı zamanda hukuk devletinin özünü oluşturan insan onurunun korunmasının ceza kanununda da temel değer olarak benimsenmesi anlamına gelmektedir.*''. Görüldüğü üzere madde gerekçesinde, ceza kanunlarının düzenlenmesinde ve uygulanmasında bireyler arasında herhangi bir sebeple ayrım yapılmaması açıkça ifade edilmiştir.

[64] Bu düzenlemede, ayrımcılık yasağına ilişkin uluslararası metinlerde kullanılan 've benzeri' kavramının tercih edilmemesinin isabetli olmadığı iddia edilmiş ise de madde gerekçesindeki açıklık karşısında bu görüşün isabetli olmadığı söylenebilir. Bkz. Altun, s.39.

[65] Bkz. Ersan, A. (2014). "Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, s.77-106.; Bayraktar, K. (1977). Suç İşlemeğe Tahrik Cürmü. İstanbul.; Erol, C. (1974). "Sosyal Sınıfları Düşmanlığa Tahrik Suçu (TCK. m. 312)". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. C.XXXX, S.1-4, s.97-130.

Ayrımcılık yasağı ile ilgili hükümlerden bir diğeri TCK'nın 114. ve 115. maddeleridir.[66] 'Siyasî hakların kullanılmasının engellenmesi' başlıklı 114. maddede *''(1) Bir kimseye karşı; a) Bir siyasî partiye üye olmaya veya olmamaya, siyasî partinin faaliyetlerine katılmaya veya katılmamaya, siyasî partiden veya siyasî parti yönetimindeki görevinden ayrılmaya, b) Seçim yoluyla gelinen bir kamu görevine aday olmamaya veya seçildiği görevden ayrılmaya, Zorlamak amacıyla, cebir veya tehdit kullanan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla bir siyasî partinin faaliyetlerinin engellenmesi hâlinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.''* düzenlemesine, 'İnanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme' başlıklı 115. maddesinde ise *''Cebir veya tehdit kullanarak, bir kimseyi dinî, siyasî, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya veya değiştirmeye zorlayan ya da bunları açıklamaktan, yaymaktan meneden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.''* hükmüne yer verilmiştir.

Bu bağlamda, ayrımcılık suçunu düzenleyen TCK'nın 122. Maddesine geçmeden önce, TCK'nın 102 ila 105 maddelerinde cinsel dokunulmazlığı ve özgürlüğü korumak amacıyla getirilen cinsel taciz ve istismar suçlarının da dolaylı olarak ayrımcılığı engellemeye yönelik olduğunu belirtmek gerekir.[67]

VI- TCK m.122- Nefret ve Ayrımcılık Suçu

1- Genel Olarak

Ayrımcılık suçu, TCK'nın ikinci kitabının ikinci kısmının hürriyete karşı suçlara ilişkin 122. maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin başlığı '*Ayırımcılık*' iken, 02.03.2014 tarihli ve 6529 sayılı Kanunun 15. maddesiyle '*Nefret ve ayırımcılık*' olarak değiştirilmiştir.

Madde metni '*(1)Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle; a) Bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini, b) Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını, c) Bir kişinin işe alınmasını, d) Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını, engelleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile*

[66] Bkz. Soyer, S. (2006). "İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali ile Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçları Üzerine Bazı Düşünceler". *Hukuki Perspektifler Dergisi*. S.7, s.99-108.; Centel, T. (2005). "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Çalışma Yaşamına İlişkin Düzenlemeler". *Çimento İşveren Dergisi*. C.19, S.5, s.1-17.; Argun, F.N. (1995). "Sendikal Hak ve Özgürlüklerin Hukuki Niteliği". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi,* s.5-23.; Yarsuvat, D. (2007). "Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 117. ve 118. maddelerinde Yer Alan İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali, Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçları". *Sicil İş Hukuku Dergisi*. S.7, s. 142.

[67] Artuk, M.E. (2006). ''Cinsel Taciz Suçu (TCK. m.105)''. *Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi*. S.4, s.29-44.; Yalçın Sancar, T. (2008). "Çocuk İstismarı ve Türk Ceza Kanunu". *Güncel Hukuk Dergisi*. S.4, s.12-17.; Centel, N. (1997). "Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması". *Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan*. İstanbul, s.59 vd.; Altun, s.41 vd.; Arslantürk, M. (2014). Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar. Ankara.

cezalandırılır.' şeklindedir.[68] Madde metninde, gerekçesinde ve değişiklik gerekçesinde bu suçun tanımı yapılmamıştır. Yargıtay, bir kararında bu suçun tanımında, öğreti ve uluslararası belgelerde kabul gören nefret ve ayrımcılık suçları ile nefret söylemi tanımlarının kullanılmasına karar vermiştir.[69]

Öğretide, mülga 765 sayılı TCK'da karşılığı bulunmayan bu suçun[70], Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının ceza hukukumuzda somutlaşan bir sonucu olduğu, dolayısıyla bireylerin hak ve özgürlüklerini korumak amacıyla getirildiği ifade edilmiştir.[71] Hukuk tekniği ve kapsamı açısından çeşitli eleştirilere karşın, düzenlemenin ayrımcılık yasağına bakış açısının geçmişe göre daha ileri bir yaklaşımı yansıttığı söylenebilir.[72] Buna karşın, ülkemizin içinde bulunduğu toplumsal koşullar ve toplum barışını sağlama açısından bu düzenlemeye ihtiyaç olmadığı yönünde görüşler de ileri sürülmüştür.[73] Mukayeseli hukuktaki örnekler göz önüne alındığında, içerik ve kapsamına ilişkin eleştiriler saklı kalmak kaydıyla ayrımcılık yasağının ceza yasası ile suç olarak düzenlenmesinin isabetli bir yaklaşım olduğu kanaatindeyiz.[74]

Öğretide, nefret ve ayrımcılık suçuyla korunan hukuki değerin, 'eşitlik' ilkesi olduğu ifade edilmiş[75], bu ilkenin içeriğinin ayrımcılık yasağı ile doldurulduğu ileri sürülmüştür.[76] Benzer bir başka görüş; TCK'nın 122. maddesi ile Anayasa'nın 10. maddesinde hedeflenen eşitlik amacın sağlanması olduğunu, düzenlemenin amacının bu ilkeye yönelen ihlal hareketlerinin

[68] 6529 sayılı Kanun'un gerekçesinde "*Nefret suçlarında hedef mağdurdan öte mağdurun üyesi olduğu sosyal gruptur. Fail için ise ön yargı, açık veya örtülü şekilde suçun işlenme motivasyonunu oluşturmaktadır. Ayrımcılık temelli olması nedeniyle nefret suçu, fail ve mağdur ile birlikte tüm toplumu yakından etkilemektedir. Bu kapsamda Türk Ceza Adalet Sistemine daha uygun olacak şekilde TCK'da, ayrımcılık suçuyla birlikte nefret suçu da düzenlenmektedir.*" ifadesi ile TCK 122. maddesinin, ayrımcılık yanında nefret suçunu da düzenlendiği vurgulanmıştır.

[69] Yargıtay 18. Ceza Dairesi'nin 30.03.2016 tarih ve 2015/26353 E., 2016/6373 K. sayılı ilamında ''*TCK'da yapılan bu düzenleme karşısında, "nefret suçu, ayrımcılık ve nefret söylemi" kavramlarının bilinmesi zorunlu hale gelmiştir. Ancak, yasa koyucu bu kavramların yasada tanımlanması yoluna gitmemiştir. Bu nedenle öğreti ve uluslararası belgelerde kabul gören nefret ve ayrımcılık suçları ile nefret söylemi tanımlarının benimsenmesi gerekir. Bunların, benzer özellikler içermesine karşı farklı kavramlar olduğu aşağıdaki açıklamalardan anlaşılacaktır.*'' şeklinde açıklamalara yer verilmiştir.

[70] Hukukumuzda bu suç tipine benzer hükme ilk kez 12.05.2003 tarihinde meclise sevk edilen 2003 tarihli Türk Ceza Kanunu Hükümet Tasarısı'nın 170. maddesinde rastlanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yenidünya, A.C. (2006). ''5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Ayırımcılık Suçu''. *Çalışma ve Toplum. Ekonomi ve Hukuk Dergisi*. S.4, s.97-115.

[71] Yenidünya s.97 vd.

[72] Karan, s.160.

[73] Bu görüşe göre 'ayırımcılık fiililerini suç saymanın ceza sorumluluğu alanını aşırı genişleteceği, her ne kadar bu tür suçların toplumu birleştirmeye ve birlikte yaşamaya yönlendirdiği düşünülse de buna ilişkin Ceza Hukuku müdahalesinin zorlamadan öte işe yaramayacağı söylenebilir.''. Bkz. Şen, Nefret ve Ayırımcılık (1).

[74] Aynı yönde bkz. Yenidünya, s.99 vd.

[75] TCK m.122 ile korunan, esasında dil, ırk, cinsiyet ve diğerleri olmayıp, "eşitlik" ilkesidir ve belki sonuçta veya dolaylı olarak hükümde geçen kavramlar da koruma görmekte, neticede suç ve cezadan korkan insanları yasağa uygun hareket etmeye ve zamanla farklılıkları benimsemeye yönlendirmektedir. Bkz. Şen, Nefret ve Ayırımcılık (1).

[76] Yenidünya s.102.

cezalandırılması olduğuna değinmiştir.[77] Bunun yanında, suçla korunan hukuki menfaat veya değerin; insanlar arasında hukukun izin vermediği ayırımlar yapılarak, bazı kişilerin yasaların sağladığı hak ve özgürlüklerden keyfi olarak yoksun bırakılmasının önlenmesi olduğu dile getirilmiştir.[78] Yargıtay konuya ilişkin bir kararında[79], bu suç ile korunan hukuki yararın '*insanlar arasında ayrım yapılması engellenerek kişilerin hukuken geçerli hak ve özgürlüklerden keyfi olarak yoksun bırakılmasının engellenmesi'* olduğunu belirtmiştir.

2- Suçun Fail ve Mağduru

Bilindiği üzere, ceza hukuku açısından suçun (aktif süjesi) faili hukuka aykırı fiili işleyen kimse, mağdur (pasif süjesi) ise hukuk düzeni tarafından korunan ve suçla ihlal edilen, yani suçun hukuki konusunu oluşturan varlık veya menfaatin sahibi olarak tanımlanmaktadır.[80] TCK'nın 122. maddesinde yer alan ayrımcılık suçunun faili veya mağduru herkes olabilir.

Her ne kadar Tasarıdaki düzenlemeden dolayı bu suçun failinin tüzel kişi de olabileceği ileri sürülse dahi, TCK'da genel olarak tüzel kişilerin cezalandırılamayacağı (m.20) ve ancak özel hüküm bulunması halinde güvenlik tedbiri uygulanabileceğinin (m.60) belirtilmesi karşısında bu görüşün isabetli olmadığı söylenebilir. Kaldı ki, kanunlaşan madde metninde de bu yönde açık bir düzenleme bulunmaması karşısında, bu suç nedeniyle tüzel kişilere ceza veya güvenlik tedbiri uygulanmasının mümkün olmadığı ifade edilmelidir. [81] Benzer şekilde, Tasarı metninde tüzel kişilerin bu suçun mağduru olabileceği ifade edilmiş ise de TCK sistematiğine göre tüzel kişiler için 'mağdur' yerine 'suçtan zarar gören' sıfatının daha uygun ve doğru bir tercih olacağı söylenebilir.[82]

3- Suçun Maddi Unsuru

Ceza hukukunda suç, insan fiilinden ibaret olup, fiil ise; davranış, kanunun gerekli gördüğü hallede sonuç ve bu ikisi arasındaki nedensellik ilişkisinden oluşmaktadır.[83] Bir fiilin suç oluşturması için ayrıca hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması da gerekmektedir.[84]

Nefret ve ayrımcılık suçu, seçimlik hareketli bir suç olarak düzenlenmiş olup, kanunda yer alan 'engelleme', 'işe alınma', 'reddetme' hareketlerinin herhangi biri ile işlenebilir. Maddede yer alan

[77] Karan, s.164.
[78] Yenidünya s.102.
[79] Yargıtay 18. Ceza Dairesi'nin 30.03.2016 tarih ve 2015/26353 E., 2016/6373 K. sayılı ilamı.
[80] Toroslu, N. (2018). Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara: Savaş Yayınevi, s.99-104.
[81] Aynı yönde bkz. Yenidünya s.103.; Karan, s.164.
[82] Yenidünya s.105.; Soyaslan, D. (2018). Ceza Hukuku Özel Hükümler. Ankara: 12. Baskı, s.314.; Erman, tüzel kişilerin de kendine has bir şeref ve haysiyeti olduğundan suçun mağduru olabileceklerini kabul etmektedir. Bkz. Erman, S. (1989). Hakaret ve Sövme Suçları. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Fen Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi, s.38.; Hakaret suçu açısından benzer bir başka görüş bkz. Aydın, N. (2019). "Sosyal Medya Aracılığıyla Hakaret Suçu İşlenmesi". İstanbul: Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s.887.
[83] Alacakaptan, U. (1970). Suçun Unsurları. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s.40.
[84] Toroslu, s.111vd.

bazı seçimlik hareketler 02.03.2014 tarih ve 6529 sayılı Kanunun 15. maddesi ile yeniden düzenlenmiş, önce metinde yer alan 've benzeri sebeplerle ayırım yaparak' ifadesi çıkarılmıştır. Bu kapsamda, 6529 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğin suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olan eleştirileri kısmen ortadan kaldırdığı ileri sürülmüştür. Gerçekten, değişiklikten önce madde metinde yer alan 've benzeri sebeplerle ayırım yaparak' hükmünün, öğretide sıklıkla 'suçta ve cezada kanunilik' ilkesine prensibine aykırı olduğu ve keyfiliğe yol açacağı gerekçeleriyle eleştiri konusu yapıldığı görülmektedir.[85] 6529 sayılı Kanun, bu ifadeyi metinden çıkarmak yanında suçun başlığına ve içeriğine 'nefret' kavramını eklemiştir.

TCK'nın 122. maddesinin değişikler sonrası metni ''*(1) Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle; a) Bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini, b) Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını, c) Bir kişinin işe alınmasını, d) Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını, engelleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*'' şeklindedir.

Yukarıda açıklanan 6529 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle birlikte maddede yer alan ilk seçimlik hareketin, "*taşınır veya taşınmaz malın satımını, devrini veya kiraya verilmesini engellemek*" olduğu görülmektedir. Burada engelleme hareketi, maddede belirtilen saiklerle taşınır veya taşınmaz bir malın satılmasına, devrine veya kiraya verilmesine yönelik olmalıdır.[86] Bu durumda suçun hareketi ile failin kastının somut olayın özelliklerine göre hâkim tarafından tespiti önem taşımaktadır. Bu bağlamda özel hukuk alanındaki işlemler açısından sözleşme özgürlüğü ile ayrımcılık yasağı arasında bir denge kurulması da gerekir.

Suça ilişkin bir diğer seçimlik hareket, "*bir kişinin kamuya arz edilmiş bir hizmetten yararlanmanın engellenmesidir*". Bir işletmenin faaliyete geçmesinin ve icrasının engellenmesi veya burada verilen hizmetlerden istifade imkanının kaldırılması ya da önemli ölçüde zorlaştırılması suçun maddi unsuru için yeterli olacaktır. Bu seçimlik hareket açısından da somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapılması gerekir.[87]

122. maddede düzenlenen üçüncü seçimlik hareket, *dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nedenlerle* "*kişinin işe alınmasının engellenmesi*" olup, bir kişiyi bu nedenle ayrımcılığa tabi tutarak işe alınmasının engellenmesi ile suç tamamlanır. Burada cezalandırılan fiil, keyfi şekilde sadece belirli özelliklere sahip kişilerin işe alınması suretiyle ayırımcılık yapılmasıdır. Bu noktada, belirtmek gerekir ki, iş sahibinin yapılacak olan işin niteliğini gözeterek belirli özelliklere sahip kimseleri tercih etmesi veya etmemesi her zaman mümkün olup, 122. maddede yasaklanan hareket, bu tercihin insan

[85] Şen, Nefret ve Ayırımcılık (1).
[86] Yenidünya s.107.
[87] Yenidünya s.108.

onuruyla bağdaşmayan ve keyfi amaçlarla kullanılmasıdır.[88] Esasen, bu düzenlemenin temeli, bireyler arasında kasten keyfi şekilde ayırımcılık yapılmasını önlemektir. Madde gerekçesinde yer alan 'iş sahiplerinin beğenmedikleri kişileri işe almamalarının cezalandırılması söz konusu değildir' gibi bazı ifadelerin uygulamada tereddütlere yola açtığı ifade edilmiştir.[89] Kanun gerekçenin bağlayıcı olmaması karşısında, bu eleştirinin isabetli olmadığını, bu tür sorunların somut olayın özelliklerine göre hâkim tarafından çözümlenmesi gerektiğini belirtmek istiyoruz.

122. maddede yer alan bir başka seçimlik hareket, "*Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engellemek*" olarak düzenlenmiştir. Bir kişinin işyerinin kapatılması, şartlarını taşıyan bir kişiye gerekli izinlerin verilmemesi gibi hareketler bu suçun oluşumuna imkân verebilir. Burada olağan ekonomik etkinliği, bir bireyin kendi kararları çerçevesinde uygulayabileceği her türlü ticari işlem veya faaliyet olarak değerlendirmek uygun olur.[90]

Daha önce değinildiği üzere, 02.03.2014 tarih ve 6529 sayılı Kanunun 15. maddesi ile değiştirilen önceki metnin (özellikle 've benzeri sebeplerle ayırım yaparak' ifadesinin) suç ve cezada kanunilik ilkesine uygun olmadığı ileri sürümüştür.[91] Değişiklikten sonra da maddede tanımlanan hareketlerin, belirsiz ve muğlak olduğu, somut olarak uygulanma kabiliyetinin olmadığı, ispat sorunu yaşanacağı yönünde eleştirilerin devam ettiği görülmektedir.[92] Bu bağlamda, bir başka eleştiri, madde kapsamının dar ve belli hareketlerle sınırlı tutulmuş olması, bu durumun ayrımcılık yasağı ile mücadele yetersiz olduğu, dolayısıyla suçun kapsamının belli hareketlerle sınırlanması yerine genel bir düzenleme yapılması ya da ayrımcılık yasağının ceza hukukunun konusu olmaktan çıkarılmasının daha tutarlı bir tercih olacağı yönündedir.[93]

4- Suçun Manevi Unsuru

Suçun manevi unsuru, cezai sorumluluğun sübjektifleştirilmesi sürecinin bir sonucu olarak, fail ile işlediği fiil arasındaki psikolojik bağı ifade etmektedir.[94] TCK'nın 21, 22 ve 23. maddelerine göre suçun manevi unsurları; kast, taksir, sonucu nedeniyle ağırlaşan suçlarda manevi unsur olarak ele alınmakta; kast ise, özel ve genel kast olarak ikiye ayrılmaktadır.[95] Suçun ancak belli bir saik ve amaçla işlenmesinin öngörüldüğü durumlarda özel kast söz konusu olmaktadır.

[88] Yenidünya s.110.
[89] Karan, s.168.
[90] Yenidünya s.111.
[91] Karan, s.168.
[92] Bu görüşe göre; TCK m.122'de sayılan engellemelere konu faaliyetlerin tümü maddi, yani iktisadi maksatlı olup, ayırımcılık sebepleri yetersiz ve suçun neticeleri eksiktir. Bkz. Şen, Nefret ve Ayırımcılık (1).
[93] Karan, s.168.
[94] Toroslu, s.171.; Soyaslan, s.387.; Artuk, M.A. vd. (2006). 5237 Sayılı Yeni TCK.'ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler I. Ankara: Yeniden Gözden Geçirilmiş 2. Bası, s.450.
[95] Toroslu, s.171.; Sonucu nedeniyle ağırlaşan suçlarda manevi unsuru kast-taksir kombinasyonu olarak açıklayan görüş için bkz. Artuk, M.A. vd. (2007). Ceza Hukuku Özel Hükümler. Ankara: 8. Bası, s.30 vd.

TCK'nın 122. maddesinde düzenlenen suçun manevi unsuru, kasttır. Bu bağlamda, fail, maddede yer alan bir veya birden fazla seçimlik hareketi bilerek ve isteyerek gerçekleştirmiş olmalıdır.[96] Kanun koyucu 122. maddede, failin belirli bir saikle (amaçla), yani ayrımcılık ve nefretle hareket etmesini zorunlu kılmaktadır. Bu saik (veya amaç) 'dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret' olarak belirlenmiş, dolayısıyla öğretide bu suçun özel kastla gerçekleştirilmesinin zorunlu olduğu ifade edilmiştir.[97] Maddenin gerekçesi de bu yöndeki yorumları desteklemektedir.

Manevi unsur açısından, suçun kanunda sayılan saikle işlenip işlenmediğinin ispatı oldukça zordur. Hâkim, failin saik ve bu yöndeki düşüncesinin dış dünyaya yansıyıp yansımadığını, yani suçun bu kasıtla icra edilip edilmediğini önüne gelen somut olayın özelliklerini değerlendirerek suçun manevi unsurunu takdir ve tayin edecektir.[98]

Burada manevi unsur açısından dikkat edilmesi gereken bir başka husus, 02.03.2014 tarih ve 6529 sayılı Kanunun 15. maddesi ile değişmeden önceki metinde 'suçta ve cezada kanunilik' ilkesine aykırı olduğu yönünde eleştirilere maruz kalan 've benzeri sebeplerle' ifadesinin ortadan kaldırılmış olması, madde başlığına ve içeriğine de 'nefret' ifadesinin eklenmiş olmasıdır.

Yargıtay, TCK'nın 122. maddesinin 6529 sayılı Kanun ile değiştirilmesi sonrası verdiği bir kararında[99], bu suçun ancak özel kastla, yani nefret saiki ile işlenebileceğine vurgu yaparak ''*6521 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik ile ayrımcılık niteliğindeki hareketlerin nefret saiki ile işlenmesi manevi unsur olarak eklenmiştir. TCK 122. maddesinde ırk, devlet, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefrete dayalı ayrımcılığı suç saymıştır. Yasa koyucu burada açık bir şekilde on koruma grubu belirlemiş ve bu on koruma gurubuna yönelik seçimlik ve bağlı hareketleri suç olarak düzenlenmiştir. Suç ve Cezada Kanunilik İlkesi gereği bu on koruma grubu dışındaki bir gruba nefret saikiyle de olsa ayrımcılık yapılması durumunda veya bu on koruma grubuna karşı maddede belirtilen dört farklı seçimlik hareket dışında bir eylemle ayrımcılık yapılması halinde de ayrımcılık suçu oluşmayacaktır.*'' şeklindeki tespitlere yer vermiştir.[100]

[96] Öte yandan, kanunda özel bir düzenleme olmadığından taksirle işlenemez. Bkz. Yenidünya s.111.

[97] Yenidünya s.111.; Karan, s.168.; ''Nefret ve ayırımcılık suçunun manevi unsuru genel kast olmayıp özel kastı gerekli kılmaktadır. TCK m.122'de tanımlanan suçun oluşabilmesi için, failde hükümde sayılan en az bir nedene bağlı nefretin varlığı tespit edilmelidir. Nefret yoksa, nefret ve ayırımcılık suçu da oluşmayacaktır.'' Bkz. Şen, Nefret ve Ayırımcılık (2).

[98] Bkz. Yenidünya s.112.; Karan, s.168.

[99] Yargıtay 18. Ceza Dairesi'nin 01.10.2019 tarih ve 2018/1978 E., 2016/13554 K. sayılı ilamı.

[100] Yargıtay 18. Ceza Dairesi, 30.03.2016 tarih ve 2015/26353 E., 2016/6373 K. sayılı bir başka kararında ''Bu suç sadece kasıtla işlenebilen bir suçtur. Ancak genel kast yeterli değildir. Ayrıca failin maddede belirtilen seçimlik ve bağlı hareketlerden en az birini nefret saiki ile işlemesi gerekir. 6521 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile ayrımcılık niteliğindeki hareketlerin nefret saiki ile işlenmesi manevi unsur olarak eklenmiştir.'' açıklamalarına yer yermiştir.

5- Teşebbüs, İçtima ve İştirak

Kural olarak suç, bazı aşamalardan geçtikten sonra işlenmiş sayılır. Suç yolu adı verilen bu süreç; düşünce, icra, tamamlanma ve son bulma aşamalarından oluşmaktadır. Bu süreçte, teşebbüs, kasıtlı bir suçun icrasına elverişli vasıta ile başlanması ancak icra hareketlerinin veya sonucun failin elinde olmayan bir nedenden dolayı gerçekleşmemesidir.[101] TCK'nın 122. maddesinde düzenlene ayrımcılık suçu, seçimlik hareketli bir suç olup, yazılı hareketlerin icrasıyla tamamlanır. Öğretide, bu suçun sırf hareket suçu olduğu, dolayısıyla hareketler kısımlarına bölünebiliyorsa, teşebbüsün gerçekleşebileceği dile getirilmiştir.[102] Bilindiği üzere, bir fiili suç olarak tanımlayan kanun koyucu belirli bir hareket veya ihmalin gerçekleşmesini yeterli gördüğünde sırf davranış suçu (şekli suç), belirli hareket veya ihmalin dış bir etki doğurmasını aradığında ise sonuç suçu (maddî suç) meydana gelmektedir.[103] Yargıtay da bir kararında, bu suçun sırf davranış (hareket) suçu olduğuna değinmiştir.[104]

Genel olarak bir fail, ceza kanununda yer alan bir hükmü birden çok ihlal ettiğinde ve dolayısıyla birden çok suçtan sorumlu olduğunda, suçların içtimaı söz konusu olmaktadır. Bu durumda fikri içtima, bileşik suç ve zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gündeme gelmektedir.[105] İçtima açısından, fail birden fazla kişiye birden fazla farklı fiille ayrımcılık yaptığı durumda mağdur sayısınca suç gerçekleşecek, yine aynı suç işleme kastıyla tek bir fiille aynı anda birden fazla kimseye ayrımcılık yapıldığında zincirleme suç hükümlerini düzenleyen TCK'nın 43. maddesinin 2. fıkrası uygulanacaktır. Ayrımcılık suçunun işlenmesi sırasında ayrımcılık teşkil eden hareketler mağdur üzerinde başka etki ve sonuçlar doğurmuşsa, bunların nitelik ve sonuçlarına da bakılması gerekir. Örneğin ayrımcılık teşkil eden fiilin icrasından ötürü mağdurun vücut bütünlüğü ihlal edilmişse failin yaralama (TCK m.86) suçundan da sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Benzer şekilde ayrımcılık hakaret, cebir, tehdit ile birlikte gerçekleşirse, fail bu suçlardan da sorumlu tutulacaktır.[106]

Suç oluşturan fiil bir kişi tarafından gerçekleştirilebileceği gibi, birden fazla failin katılımıyla da gerçekleştirilebilir. Normalde tek kişinin işleyebileceği suç, birden fazla failin katılımıyla gerçekleştiğinde suça iştirak söz konusu olmaktadır.[107] Ayrımcılık suçu, iştirak açısından diğer

[101] Toroslu, s.262 vd.; Sözüer, A. (1994). Suça Teşebbüs. İstanbul.; Soyaslan, D. (1994). Teşebbüs Suçu. Ankara.; Aydın, D. (2006). ''Suça Teşebbüs''. *AÜHFD,* C.55, S.I, s.85 vd.; Aksoy İpekçioğlu, P. (2009). Suça Teşebbüs. Ankara.

[102] Yenidünya s.111.

[103] Hafızoğulları, Z. ve Özen, M. (2010). Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara: US-A Yayıncılık, s.213.; Demirbaş, T. (2009). Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara: 6. Bası, s.227.; Hakeri, H. (2020). Ceza Hukuku Genel Hükümler. Temel Bilgiler. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.89.

[104] ''Failin 122. maddesinde sayılan "engelleme, işe alınmaması veya alınması ile reddetme" hareketleridir. Bu suç, seçimlik ve bağlı hareketli bir suçtur. Hareketlerin gerçekleşmesi ile suç tamamlandığından bu yönüyle sırf hareket suçudur.'' Bkz. Yargıtay 18. Ceza Dairesi'nin 30.03.2016 tarih ve 2015/26353 E., 2016/6373 K. sayılı ilamı.

[105] Toroslu, 310 vd.; Demirbaş. Genel Hükümler, s.622 vd.; İçel, K. (1972). Suçların İçtimaı. İstanbul.

[106] Yenidünya, s.113.

[107] Toroslu, s.295.; Özgenç, İ. (1996). Suça İştirakin Hukukî Esası. İstanbul.; Erem, F. (1946). ''Suça İştirak''. *AÜHFD.* C.3, S.1, s.62 vd.; Aydın, D. (2009). Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak. Ankara, s.1 vd.

suçlara göre bir farklılık taşımamaktadır. Herkes bu suçun faili olabileceği gibi, herkes tarafından farklı türde iştirak edilmesi de mümkündür.

VII- TCK'nın 122. Maddesinin Cinsel Yönelimleri Koruma Fonksiyonu

1- Genel Olarak

Farklı cinsel yönelimlere yönelik ayrımcılığın önlenmesi konusunda hangi hukuki mekanizmaların kullanılacağı, bu tür ayrımcılık fiillerinin suç olarak düzenlenip düzenlenmeyeceği hususunda farklı uygulamalar bulunmaktadır.

Aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, günümüzde birçok ülkenin, farklı bir cinsel yönelimi olan bireylere başta evlilik olmak üzere bazı haklar tanıdığı ve bu yöndeki talepleri karşılamaya çalıştığı görülmektedir. Örnek olarak Amerika Birleşik Devletleri, Almanya, Yunanistan, Danimarka, Hırvatistan, İrlanda, İsveç, Norveç, Finlandiya, İzlanda, Slovenya, İsviçre, Birleşik Krallık, Belçika, Hollanda, Kanada, Arjantin, Fransa, Lüksemburg, Yeni Zelanda, İspanya gibi pek çok ülkede, eşcinsel birlikteliklere hukuken yasal statü tanınmıştır.[108] Sayılan bu ülkelerde eşcinseller kayıtlı birliktelik (registered partnership) adı altında yaşamakta, Belçika, Hollanda, İspanya, Norveç, Güney Afrika ve İsveç ile Amerika Birleşik Devletleri'nin pek çok eyaletinde eşcinsel evlilikler (same sex marriage) yasal bir evlilik olarak kabul görmektedir.[109] Buna karşılık Nijerya, Pakistan, Sudan, Somali, Suudi Arabistan, İran, Hindistan, Kenya, Libya, Cezayir, Tanzanya, Malezya gibi birçok ülkede ise bu tür birliktelikler hukuk dışı kabul edilmekte, hatta suç olarak düzenlenmektedir.[110]

Daha önce değinildiği üzere ülkemizde, farklı cinsel yönelimlerin hukuki durumu ile ilgili doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, daha önce açıklanan Anayasa ve özel kanunlarda güvence altına alınan eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına ilişkin hakların ve sağlanan güvencelerin bu kişileri kapsayacak şekilde uygulanmadığı yönünde çeşitli eleştiriler sıkça gündeme gelmektedir.[111] Öte yandan, kamuoyunda cinsel yönelimleri nedeniyle bazı kişi veya grupların zaman zaman bu tercihlerini açığa vurmaktan korktukları, bazı hak ihlallerine maruz kaldıkları, günlük hayatta aşağılanarak hakarete ve saldırılara uğradıkları yönünde çeşitli şikayet ve haberlere rastlanmaktadır. Bu yöndeki eleştiri ve şikayetlerin bir kısmı, ceza hukuku alanını ilgilendirmekte olup, ayrımcılığa neden olan bazı davranışların suç olarak düzenlenmesi yönündeki talepleri beraberinde getirmektedir.

Ülkemizde farklı cinsel yönelimlerin ayrımcılık suçu kapsamında ele alınıp alınmayacağı hususu, 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın hazırlık aşamalarında gündeme gelmiştir. Bu bağlamda 'cinsel yönelim' Kanun Tasarısı'nın ayrımcılığı düzenleyen 124. maddesinin

[108] Tüzüner, s.59.
[109] Tüzüner, s.59.
[110] Yıldız, S. (2018). ''Pembe Turizm Üzerine Genel Bir Değerlendirme''. *Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi*. C.5. S.7, s.79.
[111] Özbek, s.156 vd.

kapsamına dahil edilmiş, TBMM Adalet Komisyonu tarafından Tasarıdan çıkarılmıştır. 2009 yılında hazırlanan ve TCK'nın 122. maddesini değiştirmeyi amaçlayan bir başka Tasarının 3. maddesinde yer alan 'cinsel kimlik' ibaresi de sonradan kaldırılmıştır. Devam eden süreçte, TCK'nın 122. maddesi, 2014 yılında hazırlanan ve kabul edilen 6529 sayılı Kanun'un 15. maddesi ile yeniden düzenlenmiş, ancak burada da 'cinsel yönelim' nedeniyle ayrımcılığına yer verilmemiştir.[112] Öte yandan, 6529 sayılı Kanun ile TCK'nın 122. maddesinde yer alan 've benzeri sebeplerle ayırım yapılarak' ifadesinin kaldırılması ile birlikte farklı cinsel yönelimi olanlara karşı madde metninde sayılan davranışların suç olarak görülmesi imkânı kalmamıştır.

2- Karşılaştırmalı Hukuk Verileri

Dünyada, farklı cinsel yönelimler dahil olmak üzere çeşitli nedenlerle gerçekleşen filleri, ayrımcılık veya nefret suçu olarak düzenleyen ülkelerin başlıca iki sistemi benimsediği görülmektedir. Bir kısım ülkeler, bu tür fiilleri bağımsız bir suç olarak düzenlerken diğer bazı ülkeler ise var olan suçların bu kasıtla işlenmesini cezayı artırıcı bir neden olarak öngörmektedir. Bağımsız bir suç tipi olarak düzenleme sisteminde, nefret ve ayrımcılık nedenleri ile gerçekleştirilen fiil yeni bir suç olarak tanımlanmakta ve ceza öngörülmektedir. Ceza artırımı şeklinde düzenlenen sistemde ise, yeni bir suç türü yerine var olan suçların ayrımcılık veya nefret nedeniyle işlenmesi durumunda verilecek cezanın artırımına gidilmektedir. Bu yöndeki uygulamalara bakıldığında en çok tercih edilen yöntemin ceza artırımı olduğu görülmektedir.[113]

Karşılaştırmalı hukuk açısından, cinsel yönelim nedeniyle işlenen fiilleri nefret suçu olarak kabul eden Amerika Birleşik Devletleri uygulamasına bakılmalıdır. Zira, cinsel yönelim nedeniyle işlenen ayrımcılık (nefret) suçları ile ilgili ABD'de başlayan süreç birçok ülke tarafından takip edilmiştir. ABD'de 1960 yılı ve sonrasında Martin Luther King gibi liderlerin öncülüğünde ortaya çıkan eşitlikçi gösteriler ve kadın haklarına yönelik talepler yanında, çok yoğun olmamakla birlikte bazı LGTB hareketleri bu yönde bazı isteklerin önünü açmıştır. Bu bağlamda ayrımcılık ve nefret içeren davranışlara karşı tepkilerin bir sonucu olarak federal düzeyde modern nefret suçu kanunlarının öncüsü olarak kabul edilen 1968 tarihli Sivil Haklar Kanunu (The Civil Rights Act of 1968) kabul edilmiştir. Bu Kanun, ırk, renk, din ve etnik köken nedeniyle şiddete maruz kalanlara hukuki koruma sağlamıştır.[114] Devam eden süreçte, 1978 yılında Kaliforniya eyaleti tarafından kabul edilen bir yasal düzenleme sonrası, ayrımcılık (nefret) suçları konusunda özel olarak düzenleme yapma eğilimi artmış, bu eğilim 1990 yılında federal düzeyde Nefret Suçları

[112] Özbek, s.145.; ''Kanun koyucu, 122. maddede gösterilen ve ayırımcılık yasağı kapsamına alan sebeplerin tümünü objektif olarak dikkate almış, bu sebepler arasında ayırıma gitmemiş veya sadece bazılarından dolayı kişi hürriyetini koruma yolunu seçmemiştir.''. Bkz. Şen Ersan, Nefret ve Ayırımcılık (2).

[113] ABD'nin bazı eyaletleri ve Çek Cumhuriyeti dışında ağırlaştırıcı ceza yönteminin tercih edildiği yönünde bkz. Sınar, H. (2013). ''Türk Hukukunda Nefret Suçlarına İlişkin Yasal Düzenleme Çalışmaları''. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*. Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan Özel Sayısı. C.19. S.2, s.1271-1300.

[114] Naidoo, K. (2017). ''The Historical Prosecution of Hate Crimes in The United States Of America''. *Fundamina A Journal of Legal History*. C.23. S.2, s.21-38.

İstatistik Kanunu'nun (Hate Crime Statistics Act) yürürlüğe girmesi ile sonuçlanmıştır.[115] Bu Kanunla nefret suçlarını tespit ve raporlama görevi FBI'a devredilmiş, bu kapsamda Ulusal Nefret Suçları Veri Toplama Programı (National Hate Crime Data Collection Program) oluşturulmuştur.[116] Bu şekilde 1990 yılından itibaren FBI bünyesinde ayrımcılık ve nefret suçlarına ilişkin raporlama yapılmaya başlanmıştır. Bu raporlardan 2018 yılı verilere göre, yıl boyunca gerçekleşen 7120 nefret suçundan 1196 adetinin cinsel yönelim nedeniyle işlendiği görülmektedir.[117] Bu düzenlemelere rağmen nefret suçlarındaki artış, çeşitli tartışmaları beraberinde getirmiş, 1998 yılında Matthew Shepard isimli Afrika kökenli bir vatandaşın etnik aidiyeti nedeniyle, James Byrd Junior isimli bir üniversite öğrencisinin ise cinsel yönelimi (gay) nedeniyle öldürülmesi sonrası federal düzeyde yeni bir düzenleme yapılması için çalışmalar başlamıştır. Kongre düzeyinde on yıl kadar süren tartışmalar sonrası ülke genelinde uygulanmak üzere 2009 tarihli Nefret Suçlarını Koruma Kanunu kabul edilmiştir. Bu Kanun ırk, renk, din, etnik köken yanında, cinsiyet, cinsel yönelim, engelli olma nedeniyle işlenen suçların federal düzeyde soruşturulması için çeşitli hükümler getirmiştir.[118] Bu düzenleme ile ayrımcılık (nefret) suçlarının soruşturulması ve kovuşturulması için etkili öngörülmüş, eyaletlerdeki farklı uygulamaların yeknesaklaştırılması amaçlanmıştır.[119]

Görüldüğü üzere, dünyada farklı cinsel yönelim nedeniyle işlenen ayrımcılık (nefret) suçlarına ilişkin ilk yasal düzenlemelerin ABD'de ortaya çıktığı görülmektedir.[120] Bu durum, ABD'nin tarihi ve sosyo-kültürel yapısı ile yakından ilişkili olup, dünyanın çeşitli ülkelerinden gelen göçmenler tarafından kurulan ülkenin farklı ırk, renk, din, etnik kökenden oluşan bireylerin bulunması, ayrımcılık(nefret) davranışların oluşmasına zemin hazırlamaktadır. Tarihsel olarak, ABD'de köleliğin kaldırılması sonrasında özellikle siyah ırk mensuplarına uygulanan ayrımcı fiiller azalma gösterse de bu tür sorunların sık sık kamuoyunun gündeminde geldiği görülmektedir.

Yukarıda değinilen Amerika Birleşik Devletleri yanında, Avustralya, Kanada, Yeni Zelanda, Belçika, Fransa, İspanya ve İngiltere cinsel yönelim nedeniyle nefret suçlarına yönelik yasal düzenlemeler yapan ülkeler olarak karşımıza çıkmaktadır. Avustralya, 1991 yılında kabul edilen Ayrımcılık Kanunu sonrası, 2016 yılında Ceza Kanunu'nun (Criminal Code) 750. maddesi ile cinsel yönelim nedeniyle işlenen bazı fiilleri suç olarak düzenlemiştir.[121] Benzer şekilde Kanada Ceza Kanunu'nun (Canadian Criminal Code) 718. maddesi ile diğer nefret suçları gibi cinsel yönelim nedeniyle işlenen bazı fiiller için cezanın ağırlaştırılması sistemi benimsenmiştir. Yeni Zelanda 2002 tarihli Ceza Kanunu'nun (Sentencing Act 2002) 9. maddesi ile cinsel yönelimi bazı

[115] Günümüzde ABD'de 47 eyalette nefret suçları ile ilgili özel düzenleme bulunmaktadır. Bkz. Sınar, s.1271 vd.
[116] Ayrıntılı bilgi için bkz. https://www.fbi.gov/services/cjis/ucr/hate-crime. (e.t.21.05.2021)
[117] Bkz. https://ucr.fbi.gov/hate-crime/2018/topic-pages/tables/table-1.xls. (e.t.21.05.2021)
[118] Naidoo, s.33.
[119] Sınar, s.1276.
[120] Sınar, s.1272.
[121] http://eprints.gla.ac.uk/147020/1/147020.pdf. (e.t.21.05.2021)

fiiller için ağırlaştırıcı bir neden olarak düzenlemiştir.[122] İngiltere'de de cinsel yönelim nedeniyle işlenen nefret suçlarında ceza artırımı sisteminin benimsendiğini görülmektedir.[123]

Karşılaştırmalı hukuk açısından farklı cinsel yönelimlerin yasaklanma gerekçelerine, bu yöndeki kabul ve uygulamalara da kısaca değinmek gerekir. Yukarıda kısmen bahsedildiği üzere, bazı ülkeler farklı cinsel yönelimleri ve buna ilişkin talepleri hukuki sistemlerine dahil etmediği gibi, bazıları bu tür yönelimleri uzun bir süredir suç olarak düzenlemektedir. Bu kapsamda, dünyada halen yetmiş altı ülkenin eşcinsel ve diğer farklı cinsel yönelimleri suç olarak düzenlediği ve çeşitli cezalar öngördüğü[124], bu ülkelerden İran, Moritanya, Suudi Arabistan, Sudan ve Yemen ile Nijerya ve Somali'nin bazı bölgelerinde eşcinsel ilişkilerin ölüm cezası ile cezalandırıldığını görülmektedir.[125] Bu kabul ve pratiğin tarihi, sosyal ve kültürel birçok nedeni olmakla birlikte en önemli sebebin dini kural ve uygulamalar olduğu görülmektedir.[126] Bu kapsamda, ilahi dinler açısından konuya bakıldığında; İslam, Hristiyanlık ve Musevilik (Yahudilik) dinlerindeki yaygın anlayışın farklı cinsel yönelimleri onaylamadığı ve günah olarak gördüğü göze çarpmaktadır.[127] İslam dinine göre, insan, kadın ve erkek olmak üzere iki ayrı cinste çift olarak yaratılmış, insan neslinin varlığı ve devamı da cinsiyet farklılığına ve bunun sonuçlarına bağlanmıştır. İslam dininin kutsal kitabı olan Kur'an-ı Kerim'de pek çok yerde insanların dişi ve erkek şeklinde, yani iki cinsiyette yaratıldığı vurgulanmış, bu iki cinsten farklı veya her ikisinin özelliğini taşıyan bir üçüncü insan cinsiyetin varlığından bahsedilmemiştir.[128] İnsanların genel yaratılışları konusundaki anlayış bu temelde olmakla beraber, farklı cinsel yönelimlerin toplumsal yaşamda varlığı; *hünsa*, *muhannes*, *müteraccile* ve *sihak* gibi bazı kavram ve farklı uygulamaları ortaya

[122] http://eprints.gla.ac.uk/147020/1/147020.pdf. (e.t.21.05.2021)
[123] Öner, M.Z. (2016). ''İngiltere Hukukunda Nefret Suçları''. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. S.116, s.86 vd.
[124] Örnek olarak, eşcinselliğin suç sayıldığı ülkeler ve cezalar: Afganistan; uzun dönem hapis cezası, Cezayir; para cezası ve 3 yıla kadar hapis cezası, Bangladeş; para cezası ve 10 yıla kadar hapis cezası, Kamerun, para cezası ve 5 yıla kadar hapis cezası, Etiyopya; 1 yıldan 10 yıla kadar hapis cezası, Gana; 5 ile 25 yıl arasında değişen hapis cezası, İran; ölüm cezası, Kenya; 14 ile 21 yıl arasında değişen hapis cezası, Kiribati; 14 yıla kadar hapis cezası, Kuveyt; 7 yıla kadar hapis cezası, Lübnan; 1 yıla kadar hapis cezası, Libya; 5 yıla kadar hapis cezası, Malavi; 14 yıla kadar hapis ve dayak cezası, Malezya; 20 yıla kadar hapis ve olası kırbaç cezası, Nijerya; erkekler için ölüm cezası, kadınlar için kırbaç ve/veya hapis cezası, Pakistan; 2 yıl ile 10 yıl arası hapis cezası, Arabistan; sürgün, kırbaç veya halk tarafından taşlanarak ölüm cezası, Senegal; para cezası ve 1 ile 5 yıl arası hapis cezası, Sudan; para cezası ve 10 yıla kadar hapis cezası, Birleşik Arap Emirlikleri; çeşitli cezaların yanı sıra muhtemel ölüm cezası, Özbekistan; erkekler için 3 yıla kadar hapis cezası, Yemen; 7 yıla kadar hapis cezası. Bkz. Yıldız, s.78 vd.
[125] Bkz. https://ilga.org/wp-content/uploads/2016/02/AHRC2923-English.pdf. (e.t.21.05.2021)
[126] Yıldız, s.78 vd.
[127] Museviliğin kutsal kitabı Tevrat'ta "Kadınla olduğu gibi erkekle yatma, bu tiksindiricidir." ifadesi ile eşcinselliğin yasaklandığı, benzer şekilde eşcinselliğin Hristiyanlık açısından da günah olarak görüldüğü yönünde ayrıntılı bilgi için bkz. Dondurucu, Z.B. (2018). ''Eşcinsellik Temelli Nefret Söylemi İçeren İletilerin Twitter'da İncelenmesi''. *Erciyes İletişim Dergisi*. C.5. S.4, s.513-534.
[128] "Ey insanlar! Doğrusu biz sizi bir erkekle bir dişiden yarattık." el-Hucurât 49/13. "Şurası muhakkak ki (rahime) atıldığında nutfeden, erkek ve dişiden ibaret olan iki çifti O yarattı." en-Necm 53/45-46. "Ondan, erkek, dişi iki cins yaratmıştı." el-Kıyame 75/39. "Ey insanlar, sizi bir tek nefisten yaratan ve ondan eşini yaratıp ikisinden birçok erkekler ve kadınlar üreten Rabbinizden korkun..." en-Nisâ 4/1. "Allah sizi (önce) topraktan, sonra meniden yarattı. Sonra sizi çiftler (erkek-dişi) kıldı." el-Fâtır 35/11. Ayrıntılı bilgi için bkz. Özay, H. (2016). ''İslâm Hukuku Açısından Cinsiyet Değiştirme''. *Gaziosmanpaşa Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*. C.4. S.1, s.5 vd.

çıkarmıştır. Bu kapsamda, hünsâlar, çeşitli sebeplerle normal olanın dışında anatomik cinsiyeti belirsiz kişiler için kullanılmış ve tarihsel olarak farklı fıkhi hükümlere tabi tutulmuştur.[129] Muhannese, anatomik olarak erkek olmasına rağmen kadın gibi giyinen ve davranan (efemine) erkekleri ifade etmek için kullanılmış, anatomik olarak kadın olmasına rağmen bir erkek gibi konuşan, davranan, yürüyen ve giyinen kadınlara da müteraccile denilmiştir.[130] İslam dini açısından cinsî ihtiyaçlarını tabii ve meşru çerçevede karşılamayan insanlar için Lût Peygamber'in kavmi için söylenen livâta ve lûtî kavramları kullanıldığı da görülmektedir.[131] Bu kapsamda erkekler arası eşcinsel ilişki için (gey) livâta, kadınlar arası eşcinsel ilişki (lezbiyenlik) için "sihâk (sahk, müsâhaka) kavramları kullanılmış, livâta ve sihâkın Lût Peygamberin kavminde yaygın olduğu hususu hemen hemen bütün kaynaklarda ayrıntılı olarak yer almıştır.[132] Farklı cinsel yönelimler bağlamında, cinsiyet değiştirme konusuna bakıldığında, yaygın görüşün cinsiyet değiştirmenin günah ve suç olduğu, zira Allah'ın değişmeyen bir yaratılış kanunu olduğu, bu nedenle insanların kendi heva ve isteklerine göre hareket edemeyeceği, dolayısıyla anatomik olarak hastalık düzeyinde olmadan cinsiyet değiştirmenin mümkün olmadığı yönündedir.[133] Bu nedenlerle İslam dininin yaygın olduğu ülkelerin birçoğunda farklı cinsel yönelimlerin hukuken kabul görmediği, çağdaş Batılı ülkelerin aksine evlilik gibi bazı hakları tanımak bir yana, farklı cinsel yönelimlere ilişkin davranışları suç olarak düzenleme eğiliminde olduğu görülmektedir. Buna karşın farklı cinsel yönelimlerin, sosyo-kültürel, biyolojik ve anatomik bir farklılık olduğu, dolayısıyla bu tercih ve özel hayat sorunu olduğu, Lût Peygamber kıssasında dışlanan hususun baskı, zulüm ve zorbalık olduğu ile zenginlikten şımarmışların kendi cinsel eğilimlerini gençlere dayattığı, kınanan ve lanetlenen hususun bu olduğu ifade edilmiş, farklı cinsel yönelimlerin serbest bırakılması yönünde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.[134]

[129] Günümüzde bu kavramların karşılığı olarak başka kavramlarının kullanıldığı, İslam hukukçularının hünsâyı; müşkil ve gayr-i müşkil şeklinde iki kısma ayırdığı, gayr-i müşkil hünsânın, her iki cinse ait cinsiyet özellikleri taşımakla birlikte erkek veya kadınlık özelliği açık olanları, yani kolayca erkek veya kadın olduğu anlaşılan kişiler için kullanıldığı, müşkil hünsânın ise her iki cinsiyet organına birlikte sahip olan fakat organların birinin diğerine baskınlık arz etmemesi nedeniyle kadın veya erkek olduğuna kolayca hükmedilemeyen veya hiçbir cinsel organa sahip olmayıp sadece idrar yapabilen bir organa sahip olanları ifade etmek için kullanıldığı ifade edilmiştir. Bkz. Özay, s.6 vd.

[130] Özay, s.7 vd.

[131] Tarihsel olarak, eşcinsel ilişki, kötülüğü, çirkinliği, değersizliği ifade eden "seyyiet", "fahişe" ve "habâis" olarak tanımlamış, nefis ve beden düşkünlüğü olarak yorumlanmış, neslin devamına engel olduğu gibi gerekçelerle yasaklanmıştır. Bu yasak ve hukuki değerlendirmesi konusunda bkz. Şahin, N.Z. (2015). 'İslam Hukuku ve İnsan Hakları Bağlamında Eşcinsellik Sorunu''. *Ekev Akademi Dergisi.* S.62, s.507 vd.; Köse, Ü. (2017). ''Eşcinsellik ve İslâm Ceza Hukukundaki Durumu''. *Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi*. S.52, s.383-404.

[132] https://islamansiklopedisi.org.tr/sihak. (e.t.21.05.2021).; Özay, s.10.

[133] Maiza, A. (2017). İslam Ceza Hukuku Hükümleri ile Pozitif Ceza Hukuk Sistemlerinin Çatışması: İslam Ceza Hukuku ve Beşerî Hukukta Cinsiyet Değiştirme Hükümleri. Çev. Osman Güman, s.661 vd. http://isamveri.org/pdfdrg/D261485/2017/2017_AISSAM.pdf (e.t.21.05.2021).; Şii alimlerinden bazılarına göre, cinsiyet değiştirmenin dine uygun olduğuna dair bilgi için bkz. Özay, s.24.

[134] Batı ülkelerinde yaşayıp farklı cinsel yönelimde olanların müslüman kimlikleriyle kurduğu organizasyonlar ile İslam'ın eşcinselliği yasaklamadığını ve heteroseksüel olmayan cinsel yönelimlere izin verdiğini düşünen yazar ve akademisyenler için bkz. Özay, s.1vd.

3- Analiz ve Öneriler

Yukarıda açıklandığı üzere, günümüz modern hukuk sistemleri, ayrımcılık yasağını temel bir hak olarak görmekte gerek uluslararası gerekse ulusal düzeyde çeşitli düzenlemeler yaparak ayrımcılığı ortadan kaldırmaya çalışmaktadır. Bu kapsamda, birçok ülke farklı cinsel yönelim nedeniyle ayrımcılığa tabi tutulan bireylere tanınan hakların kapsamını genişletmekte, hatta bu bireylerin maruz kaldığı bazı davranışları ceza hukuku alanına dahil etmektedir. Bu şekilde, ayrımcılık içeren bazı fiiller yeni bir suç olarak düzenlenmekte veya mevcut suçlarda cezayı ağırlaştırıcı bir sebep olarak kabul edilmektedir. Öte yandan sayısı azımsanmayacak birçok ülke tarihi, sosyal, dini veya kültürel nedenlere farklı cinsel yönelimleri hukuken tanımadığı gibi, bazı davranışları suç olarak düzenlemektedir.[135]

Ülkemizde, cinsel yönelimin ayrımcılık suçu kapsamında düzenlenmesine yönelik talepler, TCK'nın hazırlık aşamasında, kanunlaşma sürecinde ve değişiklik tasarılarında gündeme gelmiş, ancak bugüne kadar kanunlaşamamıştır.

Yukarıda değinildiği üzere, ceza hukukumuzda ayrımcılık suçu, ilk olarak 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'da düzenleme altına alınmıştır. Bu bağlamda ayrımcılık nedeni olan 'cinsel yönelim' ifadesi, Kanun Taslağı'nın ayrımcılık suçunu düzenleyen 124. maddesi kapsamına dahil edilmiş, ancak TBMM Adalet Komisyonu tarafından Tasarıdan çıkarılmıştır. Bu tartışmaların devam ettiği süreçte, 2009 yılında Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kurulu Kanun Tasarısı Taslağı hazırlanmıştır. Taslağın 3. maddesinde 'cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, etnik köken, cinsel kimlik, felsefi ve siyasi görüş, sosyal statü, … ve benzeri temellere dayalı ayrımcılık yasaktır' düzenlemesine yer verilmiş, ancak Taslakta yer alan 'cinsel kimlik' ibaresi sonradan kaldırılmıştır. Son olarak 2014 yılında, TCK'nın 122. maddesi yeniden düzenleyen 6529 sayılı Kanun'un 15. maddesi ile ayrımcılık suçunun başlığına ve içeriğine "nefret" ibaresi eklenmiş, ancak bu aşamada da 'cinsel yönelim' nedeniyle ayrımcılık suç kapsamına alınmamıştır.[136] 6529 sayılı Kanun, TCK'nın 122. maddesinde yer alan 've benzeri sebeplerle ayırım yapılarak' ifadesini madde metninden çıkarmış, bu değişiklikle birlikte cinsel yönelim nedeniyle gerçekleşen ayrımcı fiillerin suç olarak görülmesi imkânı kalmamıştır.

Yargıtay, TCK'nın 122. maddesinin 6529 sayılı Kanun ile değiştirilmesi sonrasında verdiği bir kararında, kanunda sadece sayılan nedenlerle seçimlik ve bağlı hareketlerin suç olarak düzenlendiğini, bunun dışındaki nedenlerin suç kapsamına girmeyeceğine karar vermiştir.[137]

---

[135] Bkz. Yıldız, s.78-79.

[136] Özbek, s.145.; "Kanun koyucu, 122. maddede gösterilen ve ayırımcılık yasağı kapsamına alan sebeplerin tümünü objektif olarak dikkate almış, bu sebepler arasında ayırıma gitmemiş veya sadece bazılarından dolayı kişi hürriyetini koruma yolunu seçmemiştir.''. Bkz. Şen Ersan, Nefret ve Ayırımcılık (2).

[137] Yargıtay 18. Ceza Dairesi'nin 30.03.2016 tarih ve 2015/26353 E., 2016/6373 K. sayılı ilamında "TCK 122. maddesinde ırk, devlet, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefrete dayalı ayrımcılığı suç saymıştır. Yasa koyucu burada açık bir şekilde on koruma grubu belirlemiş ve bu on koruma gurubuna yönelik seçimlik ve bağlı hareketleri suç olarak düzenlenmiştir. Suç ve Cezada Kanunilik İlkesi gereği bu on koruma grubu dışındaki bir gruba nefret saikiyle de olsa ayrımcılık yapılması durumunda veya bu

Yargıtay, bir başka kararında, TCK'nın 122. maddesindeki suçunu açıklarken, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı tarafından ve öğretide yapılan nefret suçu tanımlarında cinsel yönelimin de nefret suçları kapsamında ele alındığına, ancak TCK' da bu anlamda bir nefret suçu düzenlenmediğine açıkça vurgu yapmaktadır.[138]

Bir görüş, 6529 sayılı Kanun'un 15. maddesi ile TCK'nın 122. maddesinde yapılan değişikliğin Anayasa'nın 90. maddesine aykırı olduğunu ileri sürülmüştür.[139] Bu görüşe göre yapılan değişiklik ayrımcılık yasağını etkisiz hale getirmiş, daha önce ayrımcılık yasağı ile ilgili olarak imzalanan ve onaylanan uluslararası sözleşme hükümleri hiçe sayılmıştır.

Cinsel yönelimlerin suç ve ceza siyasetine dahil edilip edilmeyeceği tartışmalarına ilişkin olarak, TCK'nın 122. maddesinin 'ayrımcılık' olan başlığının 2014 yılında yapılan değişikle 'nefret ve ayrımcılık' olarak düzenlenmesine kısaca değinmek gerekmektedir. Yukarıda kısaca değinildiği üzere, birçok çağdaş Batılı ülkede, ayrımcılık (nefret) suçlarına ilişkin yasalaştırma faaliyetinin tarihsel olarak ırk, etnik köken, din ve inanç ile bağlantılı olarak ortaya çıktığı, daha sonra engellilik, yaş, cinsiyet ve cinsel yönelim gibi nedenlerin bu kapsama alındığı görülmektedir.[140] Bu bağlamda, özellikle 1960 ve 1970'li yıllardan itibaren siyah ırk mensuplarına, kadınlara ve cinsel yönelimleri farklı olanlara (önyargı, düşmanlık ve nefret gibi nedenlerle) karşı işlenen suçlardaki artış ile birlikte 'nefret suçu' kavramı büyük gelişme göstermiştir.[141] Nefret (ayrımcılık) suçları, mağdura ilişkin bir aidiyet olgusundan kaynaklanan olumsuz bir düşünce, önyargı veya düşmanlık, özetle 'nefret' saik ve kastı işlenmesi yönüyle diğer suçlardan farklı olarak değerlendirilmektedir. Bu modern tarihsel gelişime karşın, Türk kanun koyucusu, 2014 yılında yapılan değişikle TCK'nın 122. maddesinin başlığını 'nefret ve ayrımcılık' değiştirmesine

on koruma grubuna karşı maddede belirtilen dört farklı seçimlik hareket dışında bir eylemle ayrımcılık yapılması halinde de ayrımcılık suçu oluşmayacaktır.'' denilmektedir.

[138] Yargıtay 18. Ceza Dairesi bu hususu 01.10.2019 tarih ve 2018/1978 E., 2019/13554 K. sayılı kararında ''Nefret suçu: Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı'nın (AGİT) tanımına göre; Mağdurun mülkün yada işlenen bir suçun hedefinin, gerçek veya hissedilen ırk, ulusal ya da etnik köken, dil, renk, din, cinsiyet, yaş, zihinsel yada fiziksel engellilik, cinsel yönelim veya diğer benzer faktörlere dayalı olarak benzer özellikler taşıyan bir grupla gerçek ya da öyle algılanan bağı, bağlılığı, aidiyeti, desteği ya da üyeliği nedeniyle seçildiği, kişilere veya mala karşı suçları da kapsayacak şekilde işlenen her türlü suçtur. Nefret suçunun oluşması için, failin ön yargı saiki ile hareket ederek Ceza Kanununda suç olarak düzenlenen eylemi kişi veya gruba karşı aidiyeti nedeniyle işlenmesi gerekir. (Asuman Aytekin Nefret suçu Kavramı ve Türk Ceza Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi İstanbul 2012 s.107) Yani nefret suçundan söz edebilmek için öncelikle işlenen fiilin Ceza Kanununda bağımsız bir suç olarak düzenlenmesi gerekir. TCK'da bu anlamda bir nefret suçu düzenlenmemiştir.'' şeklinde açıklamıştır.

[139] Bu görüş, Anayasanın 90. maddesine göre usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınacağını, dolayısıyla değişikliğin Anayasa'ya aykırı olduğunu dile getirmektedir. Bkz.Sezer, O. (2016). ''5237 Sayılı "Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesindeki Son Düzenlemeler Bağlamında Engellilik Nedeniyle Yapılan Ayrımcılığa Yönelik Değerlendirmelerimiz''. *Ankara Barosu Dergisi*. S.3, s.533 vd.

[140] Öner, s.86 vd.

[141] Bleich, E. (2007). ''Hate Crime Policy in Western Europe Responding to Racist Violence in Britain, Germany, and France''. *American Behavioral Scientist*. C.51. S.2, s.149-165.

karşın 'cinsel yönelimi' kapsama almamış, madde metnine de 'nefret nedeniyle' ifadesi eklenmiştir.

2014 yılında yapılan değişikle TCK'nın 122. maddesine 'nefret nedeniyle' işlenme ibaresinin eklenmesi bir yönüyle olumlu olarak değerlendirilmesine karşın eleştiriye de uğramıştır. İstanbul Barosu, 17.06.2020 tarihli yazılı açıklamasında ''*Suçun farklılıklara duyulan nefret nedeniyle işlenip işlenmediğinin ispatı oldukça güçtür. Çünkü 'nefret' soyut bir kavramdır ve soyut bir kavramın ispatı çok zordur. Bu sebeple TCK .nun 122. maddesi aslında işlenemez bir suçu tanımlamaktadır…2014'de yapılan bu değişiklikten sonra kanuna eklenen 'nefret' ibaresi nedeniyle savcılar suç duyurularını dikkate almamakta, dava açılsa da "engellemenin sayılan farklılıklara duyulan nefret nedeniyle işlendiği" ispat edilemediği için mahkemeler çoğunlukla beraat kararı vermektedir…Ayrımcılığın önlenmesinde ceza kanunlarının tek başına yeterli olmayacağı vurgulansa da, ceza davası dışında caydırıcı mekanizmaların olmaması nedeniyle bu maddeye işlerlik kazandırılması ayrımcılığa uğrayan bireyleri korumak bakımından çok önemlidir. Cinsel yönelimi, etnik kökeni, sendika ya da farklı sebeplerle ayrımcılığa maruz kalan bireyler için TCK mad.122'den başvurulduğunda, maddede sayılmadığı için nedensellik noktasında sıkıntı yaşanmaktadır. Sadece sayılan sınırlı farklılıklara duyulan nefret nedeniyle ayrımcılığa uğrayan bireylerin madde korumasına alınması Anayasa'nın eşitlik maddesine aykırılık teşkil etmektedir.*'' şeklinde eleştiride bulunarak maddeye eklenen 'nefret' saikinin uygulamada ciddi sorunlara yol açtığını ifade etmektedir. Gerçekten, 2018 ve 2019 yılı suç istatistik verilerine bakıldığında TCK'nın 122. maddesi ile ilgili soruşturma ve dava sayısının çok az olduğu görülmektedir.[142]

Daha önce değinildiği üzere, bir kısım görüşler, cinsel yönelim dahil olmak üzere, TCK'nın 122. madde metninin 'her ne şekilde olursa olsun kişiler arasında ayrımcılık yapılması' şeklinde düzenlemesini veya kapsamının genişletilmesini, bunun ayrımcılık suçundan beklenen faydayı sağlayacağını dile getirmektedir.[143] Bir başka görüş, madde metninden çıkarılan 've benzeri sebeplerle ayırım yapılarak' gibi ifadelerin suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olduğunu, yoruma açık ve keyfi uygulamalara sebebiyet verebileceğini, bu nedenle ayrımcılık yasağının ceza hukukunun konusu olmaktan tamamen çıkarılması yönündedir. [144] Bu görüş, mukayeseli hukukta ayrımcılık yasağının büyük oranda ceza hukuku dışındaki düzenlemelerle sağlandığını, dolayısıyla suç olmaktan çıkarmanın ayrımcılık yasağının etkinliğini artıracağını ileri

[142]Adli sicil istatistiklerine göre, 2018 yılında 122. madde nedeniyle 205 soruşturma dosyasından 23 adeti için kamu davası açılmış ve 7 adet mahkûmiyet kararı (para cezası) verilmiş, 2019 yılında ise 213 soruşturma dosyasından 31 adetinde kamu davası açılmış ancak mahkûmiyet kararı verilmemiştir. Bkz. https://adlisicil.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/adalet-istatistikleri-yayin-arsivi. (e.t.21.05.2021)

[143] Bkz. Karan, s.171.

[144] ''..nefret suçlarına ilişkin olarak yasal düzenleme anlamında ilk ve en cesur adımların atıldığı ABD'de dahi, nefret suçlarına ilişkin spesifik düzenleme getirmiş olan 47 eyaletten sadece 11 tanesinde cinsel yönelim bir nefret saiki olarak kabul edilmiş olup; cinsiyet kimliğini ise birlikte bir nefret saiki olarak benimseyen bir başka yasal düzenlemeye tarafımızdan ulaşılamamıştır…'' Naklen Sınar, s.1272.

sürmektedir.[145] Öte yandan, bazı Batılı ülkelerde olduğu gibi, nefret ve ayrımcılık suçunun; işkence, kötü muamele, hakaret, şiddet ve yaralama gibi bütün suçlara uygulanacak genel bir ceza normu veya ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmesinin ayrımcılıkla mücadele açısından daha yararlı olacağı dile getirilmiştir.[146]

Kanaatimizce, ayrımcılık yasağının tam olarak pratiğe geçirilmesinde, hukuk düzeni yanında toplumdaki gelişmişlik seviyesinin, yani eğitim ve sosyo kültürel düzeyinin büyük rolü bulunmamaktadır. Çağdaş Batılı ülkelerde benimsendiği üzere, ayrımcılık sorununun ortadan kaldırılmasında, ceza hukuku araçlarının katkısı da yadsınamaz bir gerçektir.

Ülkemiz, ceza hukuku bağlamında yeni bir kavram olan ayrımcılık veya nefret suçuna ilişkin düzenlemeleri, mukayeseli hukuka göre daha geç kabul etmektedir. Zira bu suçlar uluslararası düzeyde uzun bir süredir gündemde olup, birçok ülkede çok önceden kabul görmüştür. Farklı cinsel yönelimlerin, diğer ayrımcılık (nefret) nedenleri gibi suç kapsamına alınıp alınmayacağı, suç ve ceza siyasetini belirleyen kanun koyucunun takdirinde olmakla beraber, TCK'nın 122. maddesinde günümüz Batılı modern hukuk sistemlerinde benimsenen özgürlükçü anlayışın gerisinde olduğu ortadadır. Ayrımcılık (nefret) suçunun kapsamının yeniden belirlenmesi, bu kapsamda müstakil bir suç veya cezayı ağırlaştırıcı bir neden olarak düzenlenmesi sorunun hukuk tekniği boyutunu ilgilendirmekle beraber, burada dikkate alınması gereken husus, temel bir hak olan eşitlik ilkesi kapsamında ayrımcılığın önlenmesi, dolayısıyla sosyal yaşamda farklı yaşam tarzı ve tercihlerin korunması, özetle toplumsal düzen ve barışın sağlanmasıdır.

Karşılaştırmalı hukuk veriler bir önceki başlıkta irdelenmiş olup, farklı cinsel yönelimlerin ceza hukuku kapsamına alınması konusunda tarihi, dini, sosyal, kültürel ve ekonomik koşullar yanında toplumun bütün kesimlerinin hassasiyetlerin değerlendirilmesi kanun koyucunun takdirindedir.

[145] ''Bu tür geniş ayırımcılığı suç sayan ceza yasalarına ihtiyaç var mı veya yasağı genişletmek doğru mu? Şu an için bizde bu genişlikte ayırımcılığa ilişkin ceza yasalarına gerek olmadığı, hukuki yarar olarak "eşitlik" ilkesinin diğer hukuk dallarında yeterli koruma gördüğü ve "nefret" gibi sert bir kavramı dikkate almadan da ayırımcılık fiililerini suç saymanın ceza sorumluluğu alanını aşırı genişleteceği, her ne kadar bu tür suçların toplumu birleştirmeye ve birlikte yaşamaya yönlendirdiği düşünülse de, buna ilişkin Ceza Hukuku müdahalesinin zorlamadan öte işe yaramayacağı söylenebilir.'' Naklen Şen, Nefret ve Ayırımcılık (1). Yazar, bir başka yerde bu suça olan ihtiyaca değinmektedir: ''Ülkemizde nefret ve buna bağlı ayırımcılık sorunun olmadığı söylense de, özellikle son yıllarda sınır komşularımızda yaşanan iç savaşlar ve beraberinde bize de sirayet eden yansımalar ile milliyetçilik, din ve mezhep eksenli ayrışmalar nedeniyle TCK m.122'den daha güçlü ceza normlarına ihtiyaç olduğu ileri sürülebilir. Ancak ceza normunu koymak yetmez, esas olan onun tavizsiz uygulanması ve bu yolla toplumda oluşabilecek nefret ve ayrışmaların önüne geçilmesinin hedeflenmesidir. Belirtmeliyiz ki, TCK m.122 gibi düzenlemelerin gerekliliğine olan toplumsal inanç henüz tesis edilememiştir.''. Naklen Şen, Nefret ve Ayırımcılık (2).

[146] ''Nefret ve ayırımcılık başlığı altında Türk Ceza Kanunu'nda bir suç tipi düzenleniyorsa; madde içeriğinin, yalnızca bireyler arasında hukuk kurallarının izin vermediği ayırımların düzenlenmesinden ziyade, 122. maddede yer alan farklılıklardan duyulan nefretten dolayı kişilere karşı eziyet, işkence, kötü muamele, hakaret eden, şiddet veya saldırıda bulunan, kişileri aşağılayan, toplumdan dışlayan, taciz eden veya öldüren kişilerin cezalandırılma mekanizmasını öngörmesi beklenmektedir. Örneğin, sırf kadın veya erkek olduğu için bir kimseyi öldüren ya da işkence uygulayan kişiye yaptırım uygulanmasını öngören yasal düzenlenme bulunmamaktadır. Yapılması gereken; ya hepsinin cezai yaptırımını "nefret ve ayırımcılık" suçu kapsamında bir arada toplamak, ya da her bir suç tipi bünyesinde nitelikli veya ağırlaştırıcı hal sebebi olarak düzenlemektir.'' Naklen Şen, Nefret ve Ayırımcılık (2).

Bununla birlikte üyesi olmak istediğimiz Avrupa Birliği ülkeleriyle ABD dahil çağdaş Batılı devletlerde insan hakları, eşitlik ve ayrımcılık yasağının modern gelişimi dikkate alındığında, farklı cinsel yönelimleri ceza hukuku alanında da koruma yönünde tercihte bulunulduğunu görmekteyiz.

Bu noktada, belirtmek gerekir ki; ayrımcılık (nefret) nedenleri olan dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerin ceza hukuku anlamında kapsamının ve içeriğinin tespiti yanında yorumunun oldukça zor olduğu, bu kavramların ceza kanunlarında yer almasının muğlak ve kanunilik ilkesine aykırı olacağı yönündeki eleştirilerde haklılık payı bulunmaktadır. Ancak bu eleştiri ve sorunlar, ayrımcılık yasağının bir boyutunu ilgilendirmekte olup, modern ve gelişmiş bir toplumda farklı yaşam tarzları ve tercihlerin korunması, bu kapsamda toplumsal barışı tehdit etme tehlikesi olan fiillerin önüne geçilmesi sorunun esasını oluşturmaktadır.

Tarihsel ve dini nedenlerle toplumumuzun büyük bir kesimi tarafından eleştirilen ve kabul görmeyen farklı cinsel yönelimlerin, hukuk düzeni içindeki yerinin demokratik toplum yaşamına göre belirlenmesi zorunluluktur. Toplumun bazı kesimlerince kabul görmeyen farklı hayat tarzları ve tercihlerin korunması, bu şekilde toplumsal barışın sağlanması modern demokratik devletlerin amaçlarından biri olup, bunun hangi siyasi ve hukuksal araçlarla sağlanacağı, ceza hukukunun devreye girip girmeyeceği yasama organının belirleyeceği suç ve ceza siyasetinin önemli bir sorunudur. Ceza hukukunun birçok kavramında olduğu gibi, eleştiri konusu yapılan ‘nefret’ ve ‘cinsel yönelim’ kavramının içeriği, yorumu ve kapsamının belirlenmesi konusunda, toplum kesimlerinin hassasiyetlerinin gözetilmesi yanında, hukuki güvenlik ilkesini zedelememek şartıyla, hukuk sistemine, karşılaştırmalı hukuk verilerine, seçkin hukukçuların görüşleri ve elbette hukuku uygulayacak olan hakimlerin sağduyulu yaklaşımına güvenmek doğru bir tercih olacak ve sorunları çözmeye yardımcı olabilecektir.

Son olarak kanunlar ne kadar mükemmel olursa olsun, uygulamanın sonucu belirlediği gerçeği göz ardı edilmemelidir. Hangi nedenden kaynaklanırsa kaynaklansın, ayrımcılık, geçmişten günümüze devam eden toplumsal sorun olup, toplum halinde yaşayan bireylerin bu konudaki hassasiyet ve tutumları her şeyden önce gelmektedir.

Sonuç

Günümüzde farklı cinsel yönelimi olan kişi veya gruplar, uzun bir süredir toplumsal yaşamda var olan ayrımcılığın kaldırılmasını, bu tercihlerine saygı duyulmasını, kendilerine karşı gerçekleşen ayrımcı davranış ve saldırılara karşı hukuki korunma talep etmektedir.

Dünyada, cinsel yönelim ve bu konudaki taleplerin hukuki kapsamı ve sınırları konusunda farklı uygulamalar bulunmakla birlikte, modern hukuk pratiğinin özgürlükçü bir anlayışı benimsediği görülmektedir. Bu taleplerin bir kısmının hukuk düzeninin bir parçası olan ceza hukuku alanına ilişkin olduğunda tereddüt bulunmamaktadır. Bu kapsamda, modern ülkelerde eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına aykırı davranışların suç olarak düzenlenmesi eğilimi ülkemizi de etkilemiş,

2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesi ile bir kısım ayrımcılık filleri, bağımsız bir suç tipi düzenlenmiştir. 2014 yılında yapılan değişiklikle suçun başlığı 'nefret ve ayrımcılık' olarak değiştirilmiş, ancak sınırlı sayıda hareket suç kapsamına alınmış, daha önce yürürlükte olan "her ne şekilde olursa olsun kişiler arasında" şeklindeki ifade ise belirsiz ve kanunilik ilkesine aykırı olduğu yönündeki eleştiriler sonrası yürürlükten kaldırılmıştır. Bu değişiklikle suç kapsamının sınırlarının daraltılması bazı tartışmaları beraberinde getirmiştir.

Dünyadaki gelişmelere paralel olarak, ülkemizde cinsel yönelimleri farklı olanlara karşı gerçekleştirilen ayrımcı davranışların suç kapsamına alınıp alınmayacağı konusu uzun süredir tartışılmaktadır. Bu talepler, TCK'nın 122. maddesinin hazırlık aşaması, tasarı çalışmaları ve değişiklik teklifleri sırasında gündeme gelmiş, ancak cinsel yönelim nedeniyle işlenen ayrımcı fiiller suç kapsamına alınmamıştır. Son olarak yapılması düşünülen reform çalışmalarında bu konu yeniden gündeme alınmış durumdadır.

Diğer ayrımcılık nedenlerinde olduğu gibi cinsel yönelim nedeniyle gerçekleşen ayrımcı uygulamaların önlenmesi bireylerin, toplumun ve devletin bütününü ilgilendirmek olup, hukuk düzeninin bir parçası olan ceza hukuku araçlarının bu alandaki sorunları çözmede yararlı olacağı birçok Batılı ülkede kabul görmektedir. Cinsel yönelimin suç kapsamına alınıp alınmayacağı, suç ve ceza siyasetini tespit eden kanun koyucunun takdirinde olmakla beraber, mevcut düzenlemenin günümüz modern hukuk sistemlerinde benimsenen özgürlükçü anlayışın gerisinde olduğu haklı olarak eleştirilere neden olmaktadır. Kanaatimizce nefret ve ayrımcılık suçunun düzenlendiği TCK'nın 122. maddesi bugünkü haliyle oldukça sınırlı bir düzenleme olup, seçimlik hareketleri de yetersizdir. Karşılaştırmalı hukuk verileri yanında, modern hukuk sistemlerinin bu konudaki düzenlemeleri esas alınarak, nefret ve ayrımcılık suçunun; adam öldürme, işkence, kötü muamele, hakaret, şiddet ve yaralama gibi suçları kapsayacak şekilde bağımsız bir ceza normu veya ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmesinin suçla mücadele ve ayrımcılığı önleme açısından daha yararlı olacağını söylemek gerekir. Hukuk tekniğini ilgilendiren sorunlar yanında, dikkate alınması gereken önceliğin, temel bir hak olan eşitlik ve ayrımcılık yasağının tam olarak hayata geçirilmesi, demokratik bir toplumda farklı hayat tarzı ve tercihlerin korunarak toplumsal düzen ve barışın sağlanması olduğunu belirtmek istiyoruz.

Kaynakça

Akkaş, İ. (2019). ‘‘Cinsiyet ve Toplumsal Cinsiyet Kavramları Çerçevesinde Ortaya Çıkan Toplumsal Cinsiyet Ayrımcılığı’’. *EKEV Akademi Dergisi*. Özel Sayı, s.97-118.

Aksoy İpekçioğlu, P. (2009). Suça Teşebbüs. Ankara.

Alacakaptan, U. (1970). Suçun Unsurları. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s.40.

Alçık, M. (2019). “Türk Anayasa Mahkemesinin Trans Bireylere İlişkin Cinsiyet Değişikliği Kararları Üzerine Bir Değerlendirme”. *DEÜHFD*. Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan. C. 21. Özel Sayı, s.1875-1906.

Altun, M. (2010). Ayrımcılık Suçu. (TCK. Md. 122). İzmir: Dokuzeylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

Argun, F.N. (1995). “Sendikal Hak ve Özgürlüklerin Hukuki Niteliği”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi,* s.5-23.

Arslan Öncü, G. (2011). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı. İstanbul.

Arslantürk, M. (2014). Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar. Ankara.

Artuk, M.A. vd. (2006). 5237 Sayılı Yeni TCK.'ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler I. Ankara: Yeniden Gözden Geçirilmiş 2. Bası.

Artuk, M.A. vd. (2007). Ceza Hukuku Özel Hükümler. Ankara: 8. Bası.

Artuk, M.E. (2006). ‘‘Cinsel Taciz Suçu (TCK. m.105)’’. *Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi*. S.4, s.29-44.

Aydın, D. (2006). ‘‘Suça Teşebbüs’’. *AÜHFD,* C.55, S.l, s.85-114.

Aydın, D. (2009). Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak. Ankara.

Aydın, N. (2019). “Sosyal Medya Aracılığıyla Hakaret Suçu İşlenmesi”. İstanbul: Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

Bakım, S. (2016). ‘‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Kararları Çerçevesinde Cinsiyet Ayrımcılığı’’, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*. C.22. S.3, s.3191-3218.

Başar, K. (2004). “Lezbiyen ve Geylere Yönelik Psikiyatrik Tedavi Girişimleri: Etik Sorunlar”, Lezbiyen ve Geylerin Sorunları ve Toplumsal Barış İçin Çözüm Arayışları. Kaos GL Sempozyumu. Ankara: Ayrıntı Basımevi, s.107-116.

Bayraktar, K. (1977). Suç İşlemeğe Tahrik Cürmü. İstanbul.

Bleich, E. (2007). ‘‘Hate Crime Policy in Western Europe Responding to Racist Violence in Britain, Germany, and France’’. *American Behavioral Scientist*. C.51. S.2, s.149-165.

Boyar, O. (2013). Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Etki. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa. Ed. Sibel İnceoğlu. İstanbul: Beta Yayınları.

Centel, N. (1997). “Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması”. *Prof. Dr. Kenan Tunçomağ’a Armağan*. İstanbul, s.59-70.

Centel, T. (2005). "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Çalışma Yaşamına İlişkin Düzenlemeler". *Çimento İşveren Dergisi*. C.19, S.5, s.1-17.
Demirbaş, T. (2009). Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara: 6. Bası.
Demirbaş, T. (2017). ''Nefret Söylemi ve Nefret Suçları''. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan. C.19, Özel Sayı, s.2693-2701.
Doğmuş, S. (2018). ''Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin X - Türkiye Kararı (Başvuru No: 24626/09) Hakkında Bir Değerlendirme''. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C. 20. S.1, s.351-396.
Dondurucu, Z.B. (2018). ''Eşcinsellik Temelli Nefret Söylemi İçeren İletilerin Twitter'da İncelenmesi''. *Erciyes İletişim Dergisi*. C.5. S.4, s.513-534.
Erem, F. (1946). ''Suça İştirak''. *AÜHFD.* C.3, S.1, s.61-107.
Erman, S. (1989). Hakaret ve Sövme Suçları. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Fen Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi.
Erol, C. (1974). "Sosyal Sınıfları Düşmanlığa Tahrik Suçu (TCK. m. 312)". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. C.XXXX, S.1-4, s.97-130.
Ersan, A. (2014). "Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, s.77-106.
Gözler K. Eşitlik İlkesi. http://www.anayasa.gen.tr/esitlik.htm. (e.t.21.05.2021)
Gümüş, A. T. (2015). Devletin Pozitif Yükümlülükleri Ekseninde Özel Hayata Saygı Hakkı (AİHS Uygulaması Çerçevesinde Bir İnceleme). Ankara: Adalet Yayınevi.
Hafızoğulları, Z. ve Özen, M. (2010). Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara: US-A Yayıncılık.
Hakeri, H. (2020). Ceza Hukuku Genel Hükümler. Temel Bilgiler. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
Heinze, E. (1995). Sexual Orientation : A Human Right - An Essay on International Human Rights Law, Londra: Martinus Nijhoff Publishers.
İçel, K. (1972). Suçların İçtimaı. İstanbul.
İnceoğlu, S. (2006). ''Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı''. *Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi*. S.4, s.45-61.
İspir, Z. (2016). ''Bir İnsan Hakları Sorunu Olarak Cinsiyete Dayalı Ekonomik Ayrımcılık''. *Ankara Barosu Dergisi*. S.3, s.165-197
Kapani, M. (2013). Kamu Hürriyetleri. Ankara: Yetkin Yayınları. 7. Baskı.
Karadağ, N. (2007). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku Kapsamında Cinsel Azınlık Hakları. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
Karan, U. (2007). ''Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği''. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. S.73. s.146-173.
Karan, U. (2013). Evlenme ve Aile Kurma Hakkı. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa. Ed. Sibel İnceoğlu. İstanbul: Beta Yayınları.

Köse, Ü. (2017). ‘‘Eşcinsellik ve İslâm Ceza Hukukundaki Durumu’’. *Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi*. S.52, s.383-404.
Maiza, A. (2017). İslam Ceza Hukuku Hükümleri ile Pozitif Ceza Hukuk Sistemlerinin Çatışması: İslam Ceza Hukuku ve Beşerî Hukukta Cinsiyet Değiştirme Hükümleri. Çev. Osman Güman.
Naidoo, K. (2017). ‘‘The Historical Prosecution of Hate Crimes in The United States Of America’’. *Fundamina A Journal of Legal History*. C.23. S.2, s.21-38.
Öner, M.Z. (2016). ‘‘İngiltere Hukukunda Nefret Suçları’’. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. S.116, s.85-112.
Özay, H. (2016). ‘‘İslâm Hukuku Açısından Cinsiyet Değiştirme’’. *Gaziosmanpaşa Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*. C.4. S.1, s.1-36.
Özbek, Ç. (2017). “Ayrımcılıkla Mücadelenin Kamusallığı: LGBT, Hareket ve Örgütlülük”. *Toplum ve Demokrasi Dergisi*. C.11 S.24, s.141-165.
Özbudun, E. (2009). Türk Anayasa Hukuku. Ankara: Yetkin Yayıncılık.
Özgenç, İ. (1996). Suça İştirakin Hukukî Esası. İstanbul.
Öztan, B. Ve Will, M.R. (1993). “Hukukun Sebebiyet Verdiği Bir Acı - Transseksüellerin Hukuki Durumu”. *AÜHFD*. C. XLIII. S. 1- 4, s.223-268.
Sabuncu, Y. (2014). Anayasaya Giriş. Ankara: İmaj Yayınları.
Sezer, O. (2016). ‘‘5237 Sayılı “Türk Ceza Kanunu’nun 122. Maddesindeki Son Düzenlemeler Bağlamında Engellilik Nedeniyle Yapılan Ayrımcılığa Yönelik Değerlendirmelerimiz’’. *Ankara Barosu Dergisi*. S.3, s.534-544.
Sınar, H. (2013). ‘‘Türk Hukukunda Nefret Suçlarına İlişkin Yasal Düzenleme Çalışmaları’’. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*. Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan Özel Sayısı. C.19. S.2, s.1271-1300.
Soyaslan, D. (1994). Teşebbüs Suçu. Ankara.
Soyaslan, D. (2018). Ceza Hukuku Özel Hükümler. Ankara: 12. Baskı.
Soyer, S. (2006). “İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali ile Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçları Üzerine Bazı Düşünceler”. *Hukuki Perspektifler Dergisi*. S.7, s.99-108.
Soysal, M. (1968). Anayasaya Giriş, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yayınları, 1. Baskı.
Sözüer, A. (1994). Suça Teşebbüs. İstanbul.
Şahin, N.Z. (2015). ‘İslam Hukuku ve İnsan Hakları Bağlamında Eşcinsellik Sorunu’’. *Ekev Akademi Dergisi.* S.62, s.507-530.
Tanör, B. (1994). Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu. İstanbul.
Toroslu, N. (2018). Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara: Savaş Yayınevi, s.99-104.
Tüzüner, Ö. (2014). “Yargıtay Hukuk Dairelerinin Eşcinsellik Hakkında Tutumu”. *Güncel Hukuk Dergisi*. S.3, s.56-59.
Vatandaş, C. (2007). ‘‘Toplumsal Cinsiyet ve Cinsiyet Rollerinin Algılanışı’’. *İstanbul Üniversitesi Sosyoloji Konferansları Dergisi,* s.29-56.

Yalçın Sancar, T. (2008). "Çocuk İstismarı ve Türk Ceza Kanunu". *Güncel Hukuk Dergisi*. S.4, s.12-17.
Yarsuvat, D. (2007). "Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 117. ve 118. maddelerinde Yer Alan İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali, Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçları". *Sicil İş Hukuku Dergisi*. S.7, s.141-145.
Yenidünya, A.C. (2006). ''5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Ayırımcılık Suçu''. *Çalışma ve Toplum. Ekonomi ve Hukuk Dergisi*. S.4, s.97-115.
Yıldız, S. (2018). ''Pembe Turizm Üzerine Genel Bir Değerlendirme''. *Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi*. C.5. S.7, s.75-90.
Yüksel, M. (2006). ''Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Evlenme Hakkı''. *Terazi Hukuk Dergisi*. C.1. S.2, s.99-109.

İnternet Kaynakları

http://eprints.gla.ac.uk/147020/1/147020.pdf. (e.t.21.05.2021)
http://eprints.gla.ac.uk/147020/1/147020.pdf. (e.t.21.05.2021)
http://isamveri.org/pdfdrg/D261485/2017/2017_AISSAM.pdf (e.t.21.05.2021)
https://adlisicil.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/adalet-istatistikleri-yayin-arsivi. (e.t.21.05.2021)
https://ilga.org/wp-content/uploads/2016/02/AHRC2923-English.pdf. (e.t.21.05.2021)
https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/content/31-avrupa-konseyi-diger-belgeler/. (e.t.21.05.2021)
https://islamansiklopedisi.org.tr/sihak. (e.t.21.05.2021)
https://sozluk.gov.tr/. (e.t.21.05.2021).
https://ucr.fbi.gov/hate-crime/2018/topic-pages/tables/table-1.xls. (e.t.21.05.2021)
https://www.corteidh.or.cr/tablas/28382.pdf (e.t.21.05.2021).
https://www.fbi.gov/services/cjis/ucr/hate-crime. (e.t.21.05.2021)
https://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1867947-nefret-ve-ayirimcilik-suclari-2. (e.t.21.05.2021).
https://www.ohchr.org/documents/publications/livingfreeandequal.pdf. (e.t.21.05.2021)

ULUSLARARASI
HUKUK
SEMPOZYUMU
International Symposium on Law

ÜCRETİNİN ÖDENMEMESİ NEDENİYLE İŞÇİNİN İŞ GÖRMEKTEN KAÇINMA HAKKI

Dr. Nazlı Elbir

Ankara Barosu

ORCID NO: 0000-0001-7167-7949

Öz

Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olan iş sözleşmesinde, işçinin temel borcu iş görme edimini yerine getirmektir. Bunun karşılığında işverenin de ücret ödeme borcu bulunmaktadır. Ücret, sadece işverenin iş sözleşmesinden kaynaklanan temel borcu değil ancak aynı zamanda, iş sözleşmesinin asli unsurlarındandır. Dahası ücret, Anayasa'nın 55. maddesinde "emeğin karşılığı" olarak tanımlanarak ücrette adalet sağlanmasına sosyal haklar altında yer verilmiştir. Bu doğrultuda iş mevzuatında da ücreti koruyucu pek çok emredici düzenleme öngörülmüştür. Bu düzenlemelerden, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesi ile, hak kazandığı ücreti ödenmesi gereken tarihten itibaren yirmi gün içinde ve mücbir bir sebep bulunmadığı halde ödenmeyen işçinin iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabileceği öngörülmüştür. Bu çalışmada öncelikle, işçinin söz konusu hakkını kullanabilmesinin koşulları ele alınacaktır. Bu bağlamda, işçinin iş görmekten kaçınması hakkının doğumuna sebep olabilecek ödenmeyen ücret kavramının kapsamı, bu hakkın doğumu için esas alınacak sürenin hesabında dikkate alınacak hususlar ve mücbir sebep kavramı açıklanacaktır. Daha sonra, işçinin bu hakkı kullanmasının sonuçları, özellikle de işçinin iş sözleşmesinden doğan diğer borçları ile haklarına ve tarafların fesih haklarına etkisi ortaya konacaktır.

Anahtar Kelimeler: Ücret, İşveren Temerrüdü, İş Görme Borcunu Yerine Getirmekten Kaçınma, Mücbir Sebep.

GİRİŞ

4857 sayılı İş Kanunu'nun[1] 8. maddesinde iş sözleşmesi "bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, *diğer tarafın da (işveren) ücret ödemeyi üstlenmesinden* oluşan" sözleşme olarak tanımlanmıştır. Buna göre iş sözleşmesinin "iş görme", "bağımlılık" ve "ücret" unsurlarından

[1] RG. 10.06.2003/25134.

oluşan bir sözleşme olduğu kabul edilmektedir[2]. Ayrıca, tarafların iş sözleşmesinden temel borçları, işçi bakımından "iş görme", işveren bakımında ise "ücret ödeme" borçlarıdır[3].

Ücret, çoğunlukla işçinin ve hatta ailesinin tek veya en önemli geçim kaynağı olması nedeniyle *sosyal* bir niteliğe sahiptir[4]. Nitekim, Anayasa'nın[5] 55. maddesinde, "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" kapsamında, emeğe ve Devlet'in ücrette adaletin sağlanması konusunda yükümlüğü bulunduğuna vurgu yapılmıştır. Ücretin bu önemi doğrultusunda Devlet, emredici hükümlerle ücreti düzenlemiş ve güvence altına almıştır[6].

İşçinin elinde, işverene karşı, ücretinin ödenmesi konusunda "baskı aracı" olarak kullanabileceği bir hak[7] niteliğindeki ücretin ödenmesinde gecikme nedeniyle iş görmekten kaçınma hakkı, ücret bakımından bir çeşit koruma sağlamaktadır. Nitekim, ücretin ödenmemesi halinde iş görmekten kaçınma hakkı, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün ("ILO") 95 Numaralı Ücretlerin Korunması Sözleşmesi'nde[8] düzenlenen tedbirlerden biri olmasa da 4857 sayılı Kanun'un sistematiği ve ücretin ödenmesine yönelik baskı aracı oluşturma niteliği göz önünde bulundurulduğunda ücret konusunda bir güvence sağlamaya yönelik olduğu görülmektedir. Bu hak, hukukumuzda, 2003 senesinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesiyle açık bir yasal düzenlemeye kavuşturulmuştur. Aşağıda öncelikle bu haktan yararlanma şartları ele alınacak, akabinde de bu hakkın niteliğine ilişkin açıklamalar yapılacaktır. Son olarak, bu verilen bilgiler ve yapılan değerlendirmeler ışığında bu hakkın kullanılmasının etkileri incelenecektir.

I. İŞ KANUNU'NUN 34. MADDESİ UYARINCA İŞÇİNİN İŞ GÖRMEKTEN KAÇINMA HAKKININ KOŞULLARI

4857 sayılı Kanun hazırlanırken, Bilim Komisyonu tarafından öngörülen haliyle 34. maddede işçinin ücretinin ödenmesinin gecikmesinin üzerinden on gün geçtikten sonra iş görmekten kaçınabileceği yönündeki düzenlemenin gerekçesi şu şekilde açıklanmıştır: *"Karşılıklı bir borç ilişkisi kuran iş sözleşmesinden kaynaklanan ücret ödeme borcunu, işverenin zamanında ödemediği veya ödeyemediği durumlarda, ücretini alamayan işçi ödeme tarihinden itibaren on gün geçtikten sonra işi bırakma hakkına sahip olması gerekir. On günlük süre, iyi niyetli işverenin, sürekli bir ilişkisi içinde geçici olarak ödeme zorluğu içinde olabileceği düşünülerek getirilmiş ve işçilerin en kısa bir gecikmede hemen işi bırakmaları olasılığı ve bu yoldan ortaya çıkabilecek olumsuzluklar önlenmeye çalışılmıştır. Bu süre geçtikten sonra işçinin çalışmaya*

[2] Süzek, S. (2020). İş hukuku. İstanbul: Beta Yayınları, s. 223; Çelik N., Caniklioğlu, N. ve Canbolat, T. (2020). İş hukuku dersleri. İstanbul: Beta Yayınları, s. 176-185.
[3] Süzek, s. 361.
[4] Süzek, s. 361.
[5] RG. 09.11.1982/17863 (Mükerrer).
[6] Süzek, s. 361; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 335; Çenberci, M. (1976). İş Kanunu şerhi. Ankara: Sevinç Matbaası s. 502-503.
[7] Erkanlı Başbüyük B. (2020). İşçinin iş görmekten kaçınma hakkı. Ankara: Seçkin Yayınları, s. 48; Çil Ş. (2021). İş hukuku Yargıtay ilke kararları (2019-2020 Yılları). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 1049.
[8] ILO, Protection of Wages Convention, 1949, No. 95.

zorlanmasının ise Anayasa ile güvence altına alınan angarya yasağına aykırılık oluşturacağı düşünülmüştür. […] ve işçileri çalışmadıkları sürece ücrete hak kazanmaları sağlanmıştır"[9]. Meclis Komisyonu'nda kabul edilen haliyle ise maddede işçinin iş görmekten kaçınma hakkını, ücret ödemesinin gecikmesinden itibaren yirmi gün geçtikten sonra kullanabileceği öngörülmüş ve bu sürede işçilerin ücrete hak kazanacaklarına yönelik ifade kaldırılmıştır.

Öncelikle, 34. maddede açıkça yer almasa bile, bu hakkın da her hak gibi *"dürüstlük kuralına uygun"* biçimde kullanılması gerektiği açıktır. İş görmekten kaçınma hakkının dürüstlük kuralına uygun biçimde kullanıldığının kabulü için işverene zarar verecek biçimde -örneğin başka işçilerin işlerini yapmalarına engel olacak veya işverenin bir önlem alması gerekecekse bu önlemi alabilmesi için uygun süre verilmeden- uygulanmaması gerekir. Kaldı ki bu durum, aşağıda ele alınacağı üzere, iş görmekten kaçınan işçinin sadakat borcunun bu sürede de devam ettiği dikkate alındığında, bu borcunun da bir gereğidir[10]. Kanaatimizce, işçinin bu hakkını kullanırken işvereni önceden bilgilendirip bilgilendirmemesi gerekliliği de bu çerçevede değerlendirilerek sonuca gidilmelidir[11]. Yine, bu hakkın işin tamamen bırakılması yerine yavaşlatılması şeklinde kullanılamayacağı yönündeki öğretinin baskın görüşü de kanımızca, dürüstlük kuralına uygun bir değerlendirmedir[12].

34. madde düzenlenen iş görmekten kaçınma hakkının kullanılması ile ilgili önemli bir husus da maddede *"kişisel kararlarına dayanarak iş görme borcunu yerine getirmemeleri sayısal olarak toplu bir nitelik kazansa dahi grev olarak nitelendirilemeyeceği"* ifadesine yer verilmiş olmasıdır. Ancak şüphesiz, böyle bir durum meydana geldiğinde, iş görmekten topluca kaçınan işçilerin bu kararlarının bireysel nitelik taşıyıp taşımadığının tespiti ve ispatı güç olacaktır[13].

34. madde uyarınca işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanabilmesi üç koşulun birlikte sağlanmasına bağlıdır: İşçinin ücreti, ödeme tarihinin üzerinden yirmi gün geçtiği halde hâlâ ödenmemiş olmalı ve bu durum bir mücbir sebepten kaynaklanmamalıdır.

[9] TÜRK-İŞ (2010). 4857 sayılı İş Kanunu ve gerekçesi. Ankara: TÜRK-İŞ, s. 101.
[10] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Erkanlı Başbüyük, s. 94 vd; Sur, M. (2005). İşçinin çalışmaktan kaçınma hakkı. Prof. Dr. A. Can Tuncay'a Armağan. İstanbul: Legal Yayıncılık, s. 400; Yener, M.Z. (2020). İş sözleşmesinde iş görme ve ücret ödeme borçlarında temerrüt. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 172-173.
[11] Göktaş, işverenin bu hak kullanılmadan önce işçi tarafından mutlaka bilgilendirilmesi gerektiğini zira bu durumun ödemezlik def'i oluşturduğunu, bir def'inin de kullanılabilmesi için ileri sürülmesi gerektiğini belirtmişse de (Göktaş, S. (2008). Türk iş hukukunda işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 100-101) aşağıda açıklayacağımız nedenlerle bu durumun bir ödemezlik def'i hali olduğu görüşüne katılamıyoruz.
[12] Göktaş, s. 103; Narmanlıoğlu Ü. (2010). Kanuni süresi içinde ücreti ödenmeyen işçinin iş görmekten kaçınabilme hakkı (imkanı). Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C12 (Özel Sayı), s. 622; Soyer, M.P. (2011). İşçinin iş görmekten kaçınma hakkı -Koşulları, kullanılması ve hukuki sonuçları-. S. Başterzi (ed.) Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan C. I. İstanbul: Ankara Üniversitesi Yayınları, s. 665; Erkanlı Başbüyük, s. 151. Buna karşılık, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2019 senesinde vermiş olduğu bir kararda, ücreti ödenmeyen işçinin, yurtdışında yapılan bir fuara işveren adına katılmamayı tercih etmesinin bu hakkın bir uygulaması olduğunu kabul etmiştir (Çil, s. 1048 ve burada, dn. 732'de künyesi verilen karar) ki bu durum Soyer'in "yalnızca bölünebilir edimler için kısmen ifanın mümkün olduğu, hizmet ediminin bölünebilir olmadığı" görüşü (s. 665) kapsamında değerlendirilerek hizmet ediminin istisnai biçimde bölünebilir olduğu bir hal olarak kabul edilebilir.
[13] Erkanlı Başbüyük, s. 90.

1. İşçinin Ücretinin Ödenmemesi

Ücret, İş Kanunu'nun 32. maddesinde *"bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar"* şeklinde tanımlanmıştır. 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun ("TBK")[14] 401. maddesinde ise ücretin değil ancak, işverenin işçiye ücret ödeme borcunun tanımı *"(işverenin) işçiye sözleşmede veya toplu iş sözleşmesinde belirlenen; sözleşmeden hüküm bulunmayan hallerde ise, asgari ücretten az olmamak üzere emsal ücreti ödeme"* yükümlülüğü olarak yapılmıştır. Anayasa'nın 55. maddesinde ise *"ücret emeğin karşılığıdır"* düzenlemesi yer almaktadır. Son olarak, ILO'nun 95 No.lu Sözleşmesi'nin 1. maddesinde de sözleşmedeki anlamıyla ücretin *"yazılı veya sözlü bir iş sözleşmesi gereğince bir işveren tarafından bir işçiye, yapılan veya yapılacak olan bir iş ya da görülen veya görülecek olan bir hizmet için her ne ad altında ve hangi hesaplama şekline göre olursa olsun ödenmesi gereken ve nakdi değeri olup karşılıklı anlaşma veya ulusal mevzuatla belirlenen bedel veya kazançlar"* olduğu ifade edilmiştir. Bütün bu düzenlemelerden yola çıkılarak ücretin, bir iş sözleşmesine göre yapılan bir işin karşılığı olarak işçiye ödenmesi zorunlu olan nakdi bir bedel olduğu şeklinde tanımlanması da mümkündür. Bu bağlamda, "temel/çıplak/dar (genel) anlamda ücret" mutlaka nakit (para) olarak ödenmesi ve asgari ücretin altında kalmaması gereken ücrettir.

"İş Kanunu'nun 32. maddesinde ücret tanımlandıktan sonra *"ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkak"*ın ödenmesiyle ilgili esaslara yer verilmiştir. Buradaki *"prim, ikramiye ve her türlü istihkak"* ifadesi, ücret eklerini kapsamaktadır. Ücret ekleri, temel ücretten farklı biçimde, nakdi olabileceği gibi nakdi değeri bulunan ayni bir ödeme şeklinde de olabilir. Temel ücrete bu ücret eklerinin dahil edilmiş hali de "giydirilmiş/geniş anlamda ücret" olarak adlandırılır. Yargıtay da geniş anlamda ücreti ve ücret eklerini şu şekilde açıklamaktadır:

- "Geniş anlamda ücret ise, asıl ücretle birlikte fazla çalışma, hafta tatili, ulusal bayram genel tatil ücreti, prim, ikramiye yanında yeme-içme, giyim, ısıtma ve aydınlatma, barındırma şeklinde çeşitli ayni ödemeler gibi asıl ücrete yapılan ilaveleri de kapsamaktadır. İşçinin asıl ücretinin yanında geçimini sağlamak üzere kanun, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi uyarınca hak kazandığı tüm menfaatler de ücretin eklerini oluştururlar. Para veya parayla ölçülmesi mümkün tüm ödemeler de kural olarak asıl ücretin tamamlayıcısıdır. Ancak aynı zamanda bu ödemelerin asıl ücreti oluşturması da söz konusu olabilir."[15]
- "Yasada ücretin ekleri düzenlenmemiş olsa da, 5754 sayılı yasayla değişik 32. madde ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her türlü ödemelerin banka hesabına yatırılması öngörülmüş olmakla ücretin eki niteliğindeki ödemelerin bir kısmı İş Kanununda ifadesini bulmuştur.

[14] RG. 04.02.2011/27836.
[15] Y9HD, E. 2009/13882, K. 2011/14451, 12.05.2011, Çalışma ve Toplum, (32), 375-376.

İşçinin mal veya hizmet üretiminde daha istekli hale gelmesi ve başarısının artması için işverence ödül niteliğinde verilen ek ödeme prim olarak adlandırılabilir."[16]

İş Kanunu'nun 34. maddesinde işçinin ücretinin ödenmemesi nedeniyle iş görmekten kaçınma hakkı bulunduğu düzenlenmiş olmakla birlikte buradaki ücret kavramına "ücret eklerinin" de dahil olup olmadığına ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak 32. maddede birlikte ele alındıkları dikkate alındığında, ücret ekleri de temel (çıplak) ücretle aynı kurallara tabidir[17]. Dolayısıyla sadece temel (çıplak) ücretin değil, ücret eklerinin ödenmemesi de 34. madde kapsamında değerlendirilmelidir[18]. Kaldı ki, geniş anlamda ücretin ödenmemesi, İş Kanunu'nun 24. maddesi uyarınca işçiye iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı da vermektedir. Bu husus Yargıtay tarafından da açıkça ifade edilmiştir:

- "Ücreti ödenmeyen işçinin alacağı konusunda takibe geçmesi ya da ücreti ödeninceye kadar iş görme edimini yerine getirmekten kaçınması, iş ilişkisinin devamında bazı sorunlara yol açabilir. Bu bakımdan, işverenle bir çekişme içine girmek istemeyen işçinin, haklı nedene dayanarak iş sözleşmesini feshetme hakkı da bulunmaktadır. Ücretin hiç ya da bir kısmının ödenmemiş olması bu konuda önemsizdir. Ücretin ödenmediğinden söz edebilmek için işçinin yasa ya da sözleşme ile belirlenen ücret ödenme döneminin gelmiş olması ve işçinin bu ücrete hak kazanması gerekir (... 9.HD. 18.1.2010 gün, 2008/14546 E, 2010/193 K.).4857 sayılı İş Kanununun 24 üncü maddesinin (II) numaralı bendinin (e) alt bendinde sözü edilen ücret, geniş anlamda ücret olarak değerlendirilmelidir. İkramiye, prim, yakacak yardımı, giyecek yardımı, fazla mesai, hafta tatili, genel tatil gibi alacakların ödenmemesi durumunda da işçinin haklı fesih imkânı bulunmaktadır (... 9. HD. 16.7.2008 gün 2007/22062 E, 2008/16398 K.). İşçinin ücretinin işverenin içine düştüğü ödeme güçlüğü nedeniyle ödenememiş olmasının sonuca bir etkisi yoktur. İşçinin, ücretinin bir kısmını Yasanın 33üncü maddesinde öngörülen ücret garanti fonundan alabilecek olması da işçinin fesih hakkını ortadan kaldırmaz. Bireysel veya toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan aynî yardımların yerine getirilmemesi de (erzak ve kömür yardımı gibi) bu madde kapsamında değerlendirilmeli ve işçinin "haklı fesih" hakkı bulunduğu kabul edilmelidir."[19]

Dolayısıyla, fazlanın içinde azın da olduğundan yola çıkılarak, geniş anlamda ücretin ödenmemesinin işçiye fesih hakkı verdiği dikkate alındığında, aynı nedenin, fesihten çok daha

[16] Y9HD, E. 2009/8001, K. 2011/12171, 21.04.2011, Çalışma ve Toplum, (32), 360-361.
[17] Aynı yönde, Çenberci, 1976, s. 505: *"Ücret ekleri, ücret kavramı içinde oldukları için, kanunda gösterilen haller ve kendi bünyelerinden doğan durumlar ayrık (=müstesna) olmak üzere, asıl ücrete ilişkin esaslara bağlıdırlar"*.
[18] Aynı yönde, Süzek, s. 382; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 358; Göktaş, s. 78-79; Soyer, s. 660-661; Uçum, M. (2003). Yeni İş Kanunu seminer notları. İstanbul: Legal Yayıncılık, s. 61; Yener, s. 168-169. Karş. Akyiğit, E. (2005). Ücreti geciken işçinin çalışmaktan kaçınması. Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C2(5), s. 18.
[19] Y9HD, E. 2017/19856, K. 2017/6459, 13.04.2017, www.karartek.com.tr.

hafif sonuçları olan iş görmekten kaçınma hakkı vermeyeceği düşünülemez. Nitekim Yargıtay kararları da bu yöndedir:

- "Primlerin gününde ödenmemesi halinde işçinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24/II (e) bendi uyarınca iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmesi mümkündür. Yine prim ödemelerinin 20 gün ve daha fazla süreyle ödenmemiş olması halinde işçinin aynı yasanın 34. maddesine göre iş görmekten kaçınma hakkı söz konusu olur."[20]
- "İkramiyelerin ödenip ödenmediği hususu, iş görmekten kaçınma hakkının doğumu ile doğrudan bağlantılıdır. Bu nedenle, anılan ikramiyelerin ödenip ödenmediği, ödenmiş ise tarihi kuşkuya yer vermeyecek şekilde kavuşturulmalı; davacının eyleminin İş Kanunu'nun 34. maddesi kapsamında kalıp kalmadığı dolayısıyla geçerli bir nedene dayanıp dayanmadığı belirlenerek sonucuna göre bir karar verilmelidir."[21]

Fazla çalışma, ulusal bayram ve genel tatil ("UBGT") ile hafta tatili ücretlerinin 34. maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceği yönünde bir görüş[22] mevcuttur. Ancak kanaatimizce, anılan maddede böyle bir ayrım yapılmadığı ve ücret eklerinde konusunda Süzek'in de ifade ettiği[23] gibi maddenin amacının *"genellikle başka geçim kaynağı olmayan işçinin ücretinin gerektiğinde çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması suretiyle, zamanında (en geç yirmi gün içinde) ve eksiksiz ödenmesini sağlamak"* olduğu ve *"ücretin bölünerek sadece bir kısmının ödenmesinin bu amaca uygun düşmeyeceği"* dikkate alındığında, fazla çalışma, UBGT ve hafta tatili ücretlerinin ödenmesinde gecikme yaşanması halinde de 34. maddeye başvurulabileceği kabul edilmelidir. Kaldı ki Yargıtay'ın yukarıda yer verilen kararında[24] açıkça belirtildiği üzere geniş anlamda ücret asıl ücretle birlikte fazla çalışma, hafta tatili ve UBGT ücretlerini de kapsamaktadır.

2. Ücretin Ödenme Tarihinden İtibaren Yirmi Gün Geçmesine Rağmen Ödenmemesi

İş Kanunu'nun 32. maddesinde ücretin en geç ayda bir ödeneceği ve bu sürenin bireysel veya toplu iş sözleşmeleriyle bir haftaya kadar indirilebileceği öngörülmüştür (f. 5). Bu kural, 34. maddedeki iş görmekten kaçınma hakkına başvurabilmek için aranan yirmi günlük sürenin belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır. Zira iş görmekten kaçınma hakkının doğumu için ücretin ödenmesi gereken tarihte ödenmemesi yeterli olmayıp, bu tarihten itibaren yirmi gün geçmiş olmasına rağmen hâlâ ödenmemiş olmalıdır.

[20] Y9HD, E. 2008/17234, K. 2010/3921, 18.02.2010, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2010, 7(26), 784-787.
[21] Y9HD, E. 2007/19022, K. 2007/31935, 30.10.2007, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2008, 5(17), 210-211.
[22] Çil, s. 1047. Aksi yönde: Göktaş, s. 80-81.
[23] Süzek, s. 382.
[24] Dn. 11'de künyesi verilen karar.

Bu koşulun gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti bakımından, iş sözleşmesinde ücretin ödeme zamanıyla ilgili bir hüküm bulunup bulunmaması önem taşımaktadır. Şöyle ki, işçinin ücreti periyodik olarak (belli aralıklarla)[25] ve yukarıda da belirtildiği üzere, 32. maddedeki kural gereği en geç ayda bir en erken de haftada bir ödenmelidir. Ayrıca, TBK m. 406'da da İş Kanunu'ndakine benzer biçimde, *"aksine âdet olmadıkça, işçiye ücreti her ayın sonunda ödenir. Ancak, hizmet sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesiyle daha kısa ödeme süreleri belirlenebilir"* düzenlemesi yer almaktadır. O halde işçiyle işveren, ücretin ödenme zamanını, bir haftayla bir ay arasında kalmak kaydıyla, uygun gördükleri şekilde belirleyebileceklerdir.

Yirmi günlük süre *asgari* olup bu süre içinde iş görmekten kaçınma hakkı kullanılmaz ancak ücret hâlâ ödenmemiş olursa, *ödeme yapılmadığı sürece* işçi bu hakkını kullanabilir[26]. Ayrıca, bu süreye ilişkin hükmün mutlak emredici mi nispi emredici mi olduğu da öğretide ele alınmış ve çoğunluk görüşü, sürenin, tarafların anlaşmasıyla, işçi lehine azaltılabileceği yönünde olmuştur[27]. Yine öğretide, zamanaşımın borcu değil ancak sadece borcu talep hakkını ortadan kaldırdığı, borca bağlı uyuşmazlık yargıya intikal ettiğinde hâkim tarafından res'en gözetilemeyen bir def'i olduğu göz önünde bulundurulduğunda, zamanaşımına uğramış ücret alacakları nedeniyle bile iş görmekten kaçınma hakkının kullanılabileceği belirtilmiştir[28].

3. Ücretin Ödenmemesinin Mücbir Sebebe Dayanmaması

İş Kanunu'nun 34. maddesine göre ücretinin gününde ödenmemesi nedeniyle işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmesinin son koşulu da bu gecikmenin mücbir bir sebepten kaynaklanmamasıdır. Hukukumuzda mücbir sebep kavramının yasal bir tanımı bulunmamakla birlikte "dıştan kaynaklanan (dışsal/harici) ve borcun ihlal edilmesini kaçınılmaz kılan olay" olarak açıklanmaktadır[29].

Ekonomik nedenler kural olarak işverenin sorumluluğundaki işletme rizikosu kapsamında değerlendirilerek 34. madde anlamında bir mücbir sebep olarak kabul edilmese de öğretide; ülke genelinde ekonomik krizin mücbir sebep sayılabileceği[30] ileri sürülmüşse de kısa süreli veya anlık değil ama geniş zamana yayılan olayların –"işverenin yaptığı işlerin karşılığını alamaması, bankada parasının bloke olması, ekonomik kriz"- mücbir sebep sayılmaması gerektiği görüşü isabetli olarak baskın çıkmaktadır[31].

[25] Süzek, s. 378.
[26] Süzek, s. 383; Soyer, s. 663; Engin, M. (2003). Yeni İş Kanunu tasarısı ve işçinin iş görmekten kaçınma hakkı. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C5(1), s. 83; Erkanlı Başbüyük, s. 122-123; Göktaş, s. 84-85; Günay, C.İ. (2006). Ücretin gününde ödenmemesinin hukuki sonuçları. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı. Ankara: TŞOF Matbaası.s. 471.
[27] Göktaş, s. 86; Soyer, s. 661; Akyiğit, s. 20; Erkanlı Başbüyük, s. 123.
[28] Göktaş, s. 83; Erkanlı Başbüyük, s. 120-121.
[29] Oğuzman, K. ve Öz, T. (2019). Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 431.
[30] Yener, s. 171.
[31] Çil, s. 1046; Erkanlı Başbüyük, s. 129; Süzek, s. 383; Göktaş, s. 93-95; Narmanlıoğlu, s. 618.

II. ÜCRETİN ÖDENMEMESİ NEDENİYLE İŞ GÖRMEKTEN KAÇINMA HAKKININ HUKUKİ TEMELİ

İşçinin iş görmekten kaçınma hakkı, ilk olarak 4857 sayılı İş Kanunu'nda ve daha sonra, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda[32] ve iki duruma özel olarak açıkça düzenlenmiştir: 4857 sayılı Kanun'un 34. maddesinde, çalışmamızın konusunu oluşturan, ücretinin ödenmemesi nedeniyle iş görmekten kaçınma hakkının yanında, yine ilk olarak 4857 sayılı Kanun'da yer verilen ama daha sonra 6331 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle burada (13. maddede) düzenlenen işyerinde ciddi ve yakın tehlikeyle karşı karşıya kalma halinde çalışmaktan kaçınma hakkı bulunmaktadır. İş Kanunu'nda 34. madde ile açık bir düzenlemeye sahip değilken, iş görme borcunu ifa etmesine rağmen ücreti ödenmeyen işçinin iş görmeye devam etmeye zorunlu olup olmadığı hususunda Yargıtay, işçinin, ücret ödemesinin gecikmesi nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkı bulunmadığı ve böyle bir davranışın, iş görme ve sadakat borçlarına aykırılık teşkil edeceği, kanun dışı grev sayılabileceği görüşünü benimsemiştir[33]. Ancak, 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle söz konusu hak açıkça tanınmış ve dahası bu hakkın işçilerin bireysel kararlarıyla kullanılması toplu nitelik kazansa bile grev sayılmayacağı belirtilmiştir.

34. maddede, yukarıda da ifade edildiği üzere, Bilim Komisyonu taslağında düzenlenmiş bulunan, iş görmekten kaçınan işçinin bu süredeki ücrete hak kazanacakları hükmüne yer verilmemiş olması nedeniyle bu husus halen tartışmalıdır. Bu konuya açıklık getirilmesi için de ücretin ödenmemesi nedeniyle iş görmekten kaçınma hakkının hukuki niteliğini ortaya koymakta fayda vardır. Dahası, 4857 sayılı Kanun kapsamı dışındaki (Basın-İş Kanunu[34], Deniz-İş Kanunu[35] ve TBK kapsamındaki) iş ilişkileri bakımından böyle bir hak açıkça öngörülmediğinden, bu iş ilişkilerine göre çalışan işçilerin de söz konusu haktan yararlanıp yararlanamayacaklarının tespiti için ücret ödenmemesi halinde iş görmekten kaçınmanın hukuki temelleri açıklanmalıdır.

1. İş Sözleşmesinin Askıya Alınması

İş sözleşmesinin askıya alındığı bazı hallere yer verilmişse de (4857 s. Kanun m. 24/III, m. 25/I, III, IV vb.), genel olarak iş sözleşmesinin hangi koşullar gerçekleştiğinde askıda sayılacağı yasalarda açıkça tanımlanmamıştır. Bununla birlikte, iş görme borcunun ifası veya bunu (ifayı) kabul, sözleşme kurulduktan sonra, tarafların kusurundan kaynaklanmaksızın ve geçici bir süre (dürüstlük kuralına göre beklenilmesi gereken süre) için imkânsızlaştığı takdirde askı halinin kendiliğinden ortaya çıkabileceği, ayrıca tarafların da emredici hükümlere aykırı olmamak kaydıyla, iş sözleşmesinin askıya alınmasını kararlaştırabileceği kabul edilmektedir[36]. Askı hali

[32] RG. 30.06.2012/28339.
[33] 4857 sayılı Kanun'dan önceki dönemde işçinin ücretinin ödenmemesi nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkin Yargıtay ve öğretinin görüşleri konusunda ayrıntılı bilgi için Erkanlı Başbüyük, s. 63 ve burada dn. 178-179-180-181'de atıf yapılan yazarlar ve kararlar.
[34] Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun, No. 5953, RG. 20.06.1952/8140.
[35] Deniz İş Kanunu, No. 854, RG. 29.04.1967/12586.
[36] Süzek, s. 496 vd.

gerçekleştiğinde kural olarak, tarafların iş sözleşmesinden doğan asli edim borçlarını askı süresi boyunca ifa etme yükümlülükleri ortadan kalkar. Dahası, yine bu süre boyunca iş sözleşmesi süreli fesih bildirimiyle sona erdirilmek istenirse, askı hali ortadan kalkana kadar bildirim süreleri işlemeyecektir (TBK m. 432, f. son).

Ücretin ödenmesinin gecikmesi nedeniyle işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanması, iş sözleşmesinin askıya alınması haliyle birtakım benzerlikler göstermektedir[37]: Hem askıya alınma hem de iş görmekten kaçınma hakkının kullanılması durumlarında, işçi iş görme borcunu ifa etmemekle birlikte bu durum hukuka aykırılık oluşturmamaktadır. Yine askı halinde olduğu gibi iş görmekten kaçınma hakkı kullanılırken de işçinin geçici bir süre için, asli edim borcu olan işi ifa yükümlülüğü ortadan kalkarken, sadakat yükümlülüğü devam etmektedir. Son olarak, her iki durum da iş sözleşmesini ayakta tutmaya hizmet etmektedir. Zira askı süresi boyunca iş sözleşmesinin bu duruma (askı durumuna) yol açan nedenlerle feshedilmesi mümkün olmadığı gibi, iş görmekten kaçınma hakkının kullanılması da işveren bakımından bir fesih nedeni oluşturmamaktadır ve işçinin de (ücretinin ödenememesi nedeniyle) sözleşmeyi feshetmek *yerine* tercih edebileceği bir seçenektir. Bununla birlikte, işçinin ücretinin ödenmemesi nedeniyle iş görme edimini ifa etmemesi, geçici ve kusursuz ifa/ifayı kabul imkânsızlığından kaynaklanmadığı gibi tarafların anlaşması veya kanun gereği uygulanan bir durum da olmayıp yasal bir hakkın işçinin bireysel kararıyla kullanılmasının sonucudur. Dolayısıyla, işçinin ücretinin ödenmemesi nedeniyle iş görmekten kaçınma hakkını kullandığı durumlarda iş sözleşmesinin askıda olduğunun kabulü kanımızca mümkün değildir[38].

2. Ödemezlik Def'i

34. maddenin gerekçesinde de iş görme edimini ifa ettiği halde, bunun karşılığını oluşturan ücretinin ödenmesi geciken işçiye (bu gecikmeyi takiben) iş görmekten kaçınma hakkının tanınmış olması "ilkesel açıdan Borçlar Kanunu'nun 81 inci maddesindeki düzenleme ile uyum sağlandığı" şeklinde açıklanmıştır. O tarihte (2003 senesi) yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun[39] 81. maddesi "ifanın tarzı" başlığını taşımakta olup, TBK'nın "ifada sıra"yı düzenleyen 97. maddesinin karşılığıdır.

TBK m. 97 uyarınca, *"karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin ifası isteminde bulunan bir tarafın sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine göre daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça, kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerekir"*. İş sözleşmesi karşılıklı borç doğuran bir sözleşme olmasına karşın, TBK m. 97'deki genel hükümde öngörülenden farklı olarak tarafların iş görme ve ücret ödeme borçlarını aynı anda yerine getirmeleri gerekmez. Kural olarak işverenin işçiye peşin olarak ücretini ödemesi söz konusu değildir; ücret, iş görme ediminin ifasından sonra ödenir[40], bunun yasal istisnasını Basın-İş Kanunu'nun 14. maddesi oluşturur. Ayrıca, taraflar da

[37] Ayrıntılı bilgi için bkz. Göktaş, s. 106 vd.
[38] Aynı yönde; Göktaş, s. 110.
[39] RG. 08.05.1926/366.
[40] Süzek, s. 378; Narmanlıoğlu, s. 610; Akyiğit, s. 16; Oğuzman ve Öz, s. 366.

ücretin peşin olarak ödeneceğini kararlaştırabilirler: "4857 sayılı İş Kanunu'na göre ücret en geç ayda bir ödenir (m. 32/5). İş Hukuku mevzuatımızda Basın-İş Kanunu'nun 14. maddesi hariç, ücretin peşin ödeneceğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle ücret çalışılan ayı takip eden ay başında muaccel hale gelmektedir. Muacceliyet, alacaklının borçludan borçlanılan edimi talep ve dava edebilme yetkisidir."[41]

Öğretide de yaygın biçimde işçinin ücretinin gecikmesi nedeniyle iş görmekten kaçınma hakkını kullanmasının ödemezlik def'ine dayandığı görüşü mevcuttur[42]. Zira bu görüşe göre; iş sözleşmesinin *süreklilik arz ettiği* dikkate alındığında, işçinin yukarıda açıklandığı üzere, önce ifa yükümlülüğü bulunması nedeniyle ödemezlik def'inden yararlanamayacağının kabulünün Anayasa m. 18'deki "angarya yasağı"na aykırılık oluşturacağı ifade edilmektedir[43].

3. İşverenin Alacaklı Temerrüdü

İşverenin (alacaklı) temerrüdünü düzenleyen TBK m. 408 hükmü işverenin *"işgörme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse veya edimi kabulde temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olup, işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemeyeceğini"* öngörmüştür.

Öğretide, işinin ücretinin ödenmemesi nedeniyle iş görmekten kaçınma hakkını kullanmasının işverenin alacaklı temerrüdüne ilişkin anılan madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönündeki bizim de katıldığımız görüş[44] bu durumu şu şekilde açıklamaktadır: Tarafların borçlarını sürekli olarak yerine getirmekle yükümlü oldukları -ani edimli değil sürekli borç ilişkisi meydana getiren- bir sözleşme olan iş sözleşmesinde, iş görme borcunu ifa eden işçiye bunun karşılığında ödemesi gereken ücreti ödemeyen işverenin, işçinin bir sonraki dönemde iş görme borcunu ifa etmesi için gerekli hazırlık fiillerini yerine getirmemiştir[45]. Bu şekilde bir hazırlık fiilinin yerine getirilmemesinin de iş sözleşmesinin sürekliliğine zarar verdiği ve dolayısıyla, TBK m. 408'deki *"işverenin işgörme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellemesi"* hali kapsamında değerlendirilmesi gerektiği söylenebilir.

[41] Y22HD, E. 28063, K. 28555, 18.12.2012, Çimento İşveren Dergisi, Temmuz 2013, 59 (Taşkent, s. 393'ten naklen).
[42] Narmanlıoğlu, s. 612; Soyer, s. 657; Sur, s. 399-400; Güzel, s. 142-143; Günay, s. 479-480. Ayrıca bkz.; Oğuzman ve Öz, s. 366.
[43] Göktaş, s. 45-46; Engin, s. 79.
[44] Süzek, s. 386; Erkanlı Başbüyük, s. 74 vd. Ayrıca Güzel de söz konusu hakkın kullanılmasının ödemezlik def'ine dayandığını kabul etmekle birlikte, "[…] BK m. 81'de genel olarak düzenlenmiş bulunan ödemezlik def'inin iş sözleşmesi açısından özel bir uygulama alanını düzenleyen İşK. m. 34/I hükmü ile işverenin temerrüdüne ilişkin hükümler arasında neden-sonuç ilişkisi kurmak" gerektiğini ifade etmiştir (s. 142).
[45] Süzek, s. 386; Erkanlı Başbüyük, s. 79.

III. ÜCRETİN ÖDENMEMESİ NEDENİYLE İŞ GÖRMEKTEN KAÇINMA HAKKININ KULLANILMASININ SONUÇLARI

1. İşçinin İş Sözleşmesinden Doğan Borçlarına Etkisi

Ücretinin gününde ödenmemesi nedeniyle iş görme edimini ifa etmeyen işçinin iş sözleşmesi devam etmekte, sadece iş görme borcunu yerine getirmemesi hukuka uygun kabul edilmektedir. Ancak bu süreçte işçinin nasıl davranması gerektiği, iş görme borcu dışındaki borçları ve hakları konusunda özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Her şeyden önce, yukarıda da vurguladığımız üzere, işçinin bu süreçte dürüstlük kuralına uygun davranması gerekir. Bu gereklilik de işçinin iş sözleşmesinden doğan diğer borçları ve haklarının çerçevesinin çizilmesinde dikkate alınmalıdır. Öncelikle, iş görmekten kaçınma hakkına başvurulması, başka bir ifadeyle işçinin geçici bir süre için de olsa iş görme ediminin bulunmaması, işçinin sadakat borcunu ortadan kaldırmaz. Ayrıca, bu süre boyunca iş görme borcu bulunmasa da işyerinde, ücreti ödendiği takdirde hemen bu borcunu ifaya hazır durumda bekliyor olması[46] veya işveren istediği takdirde işyerinde bulunması gerektiği[47] ileri sürülmüştür. Buna karşılık, kanaatimizce de Kanun'da açıkça böyle bir düzenleme yapılmadığına göre, yine dürüstlük kuralına aykırı davranmamak kaydıyla -örneğin bu süreçte başka bir işveren nezdinde iş görme edimi ifa etmemekle birlikte- işçinin işyerinde bulunma yükümlülüğü bulunduğunun kabulü mümkün değildir[48].

2. İşverenin İş Sözleşmesinden Doğan Borçlarına Etkisi

İşçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullandığı sürede bu borcun karşılığını oluşturan ücret ödeme borcu devam etmekte midir? Ücretinin ödenmemesi nedeniyle iş görmekten kaçınma hakkını kullanan işçinin ücrete hak kazanıp kazanmayacağı konusunda, 34. maddede bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Halbuki, Bilim Komisyonu tarafında hazırlanan taslak metinde ücretinin ödenmemesi nedeniyle iş görmekten kaçınan işçilerin bu süre boyunca (çalışmamalarına rağmen) ücrete hak kazanacakları düzenlenmişti. Ancak, ilgili metin yasalaşırken, 34. maddeden bu hüküm çıkarılmıştır.

Yargıtay 2005 tarihli kararında[49] işçinin bu sürede ücrete hak kazanmayacağını öngörmüştür. Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir[50]. Zira gerek içi lehine yorum ilkesi gerek iş sözleşmesinden doğan ücret ödeme borcunu yerine getirmeyen işvereni bu borcu ifaya zorlama amacı taşıyan bir hakkın kullanılması halinde işverenin ücret ödemeyeceğini kabul etmenin dürüstlük kuralı ve ilgili hükmün amacıyla örtüşmeyeceği dikkate alındığında, böyle bir yasal hakka dayanarak iş görme borcunu ifa etmeyen işçinin ücrete hak kazanacağı kabul edilmelidir.

[46] Uçum, s. 62.
[47] Soyer, s. 670.
[48] Aynı yönde: Narmanlıoğlu, s. 623; Erkanlı Başbüyük, s. 152; Akyiğit, s. 23; Göktaş, s. 104.
[49] Y9HD, E. 2004/13259, K. 2005/3782, 10.02.2005, Güzel, s. 124. Ayrıca bkz. Çil, s. 1050.
[50] Aynı yönde: Süzek, s. 386-387; Erkanlı Başbüyük, s. 162-163; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 359; Sur, s. 402; Uçum, s. 63; Engin, s. 79; Narmanlıoğlu, s. 625 vd.; Yener, s. 176-178. Aksi yönde; Göktaş, s. 120 vd.; Soyer, s. 678-679; Günay, s. 486-487.

Dahası, yukarıda açıkladığımız üzere, aksinin kabulü Anayasa'da yer alan angarya yasağıyla da örtüşmeyecektir. Kaldı ki, yine yukarıda yer verdiğimiz ve katıldığımız, iş görmekten kaçınma hakkının doğumunda ücreti ödemeyen işverenin alacaklı temerrüdüne düştüğü görüşü esas alındığında da TBK m. 408'de açıkça işverenin *"işçiye ücretini ödemekle yükümlü olduğu"* öngörüldüğünden, işçinin bu durumda ücrete hak kazanması gerektiği açıktır[51].

İşçinin iş görmekten kaçındığı sürede işverenin gözetme borcu da devam etmektedir. Hatta kanımızca, bu hakkını kullanan işçi yerine başkasını çalıştıramayacağı veya başka işçi alamayacağı hükmü de bu yükümlülük kapsamında değerlendirilmelidir.

3. Tarafların Fesih Haklarına Etkisi

İş görmekten kaçınma hakkının kullanılmasının işverenin fesih hakkına etkisi İş Kanunu'nda düzenlenmiştir. 34. maddede de açıkça belirtildiği üzere, iş görmekten kaçınma hakkını kullanan işçilerin iş sözleşmeleri bu nedenle (çalışmaktan kaçındıkları için) feshedilemez (f. 2).

- "Davacı, iş sözleşmesinin davalılardan ...'nce sebep bildirilmeksizin feshedildiğini iddia etmiştir. Mahkemece; davacı asilin 10.12.2013 tarihli celsedeki beyanında, "davalı tarafça net 1.800,00 TL. ücret belirlenmesi üzerine fesih iradesi olmaksızın 3 gün işe gitmediği ve işyerinde de devamsızlık nedeni ile iş akdine son verildiğini beyan etmiş olmakla" işverence yapılan feshin haklı nedene dayandığı gerekçesiyle kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin reddine karar verilmiştir. Dosya içeriğine göre; davacı için sabit bir ücret belirlenmediği, parça parça ödeme yapıldığı, sabit ücretin miktarının tayini hususunda tarafların iradesinin uyuşmadığı ve davacının 17.754,57 TL. ücretinin ödenmediği anlaşılmaktadır. Davacı isticvabında bu sebepleri belirterek fesih iradesi olmaksızın 3 gün işe gitmediğini beyan etmiştir. Mahkemenin de kabulünde olduğu üzere; işveren feshi devamsızlık nedenine dayalı gerçekleştirilmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34üncü maddesi kapsamında; iş görmekten kaçınma hakkını kullanan işçilerin iş sözleşmesinin salt bu sebepten feshedilemeyeceği amir hüküm olarak düzenlemiştir. Buna göre; ücretleri ödenmeyen ve bu nedenle iş görme edimini yerine getirmeyen davacı işçinin iş sözleşmesinin işverence feshi haklı nedene dayanmamaktadır."[52]

İş Kanunu'nun 34. maddesindeki önemli bir kural da "(maddede belirtilen) nedenle *kişisel kararlarına dayanarak* iş görme borcunu yerine getirmemeleri *sayısal olarak toplu bir nitelik kazansa dahi grev olarak nitelendirilemez*" hükmüdür. Öyleyse, iş görmekten kaçınma hakkını

[51] Hakkın niteliğinin ödemezlik def'i ile işverenin (alacaklı) temerrüdüne dayandırılmasının, bu hak kullanıldığı takdirde ücrete hak kazanılıp kazanılmayacağı hususunda yaratacağı farklı sonuçlar hakkında bkz. Akyiğit, s. 24-25.
[52] Y9HD, E. 2014/32757, K. 2016/9946, 19.04.2016, www.karartek.com.tr.

aynı işyerindeki birden fazla işçinin kullanmaları yasa dışı grev olarak kabul edilerek işverene fesih hakkı vermeyecektir.

İşçilerin, ücretlerinin ödenmemesi halinde 34. maddedeki iş görmekten kaçınma hakkı yerine, 24. maddenin II. bendinin e alt bendi uyarınca iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme hakları da bulunmaktadır. Daha önce de belirttiğimiz gibi iş görmekten kaçınma hakkı, bu anlamda, fesih yerine tercih edilerek iş sözleşmesinin ayakta tutulmasına da hizmet eden bir işleve de sahiptir. Ancak işçinin fesih hakkı yerine iş görmekten kaçınma hakkına başvurması, fesih hakkını kaybettiği, artık ücretinin ödenmemesi nedeniyle iş sözleşmesini ihbar süresi vermeksizin feshedemeyeceği anlamına da gelmez. Bununla birlikte, ücret ödemesi geciken işçinin *derhal* haklı nedenle iş sözleşmesini feshetmesinin mümkün olup olmadığı sorusu gündeme gelebilir. Şöyle ki, yukarda da yer verilen 34. maddenin gerekçesinde, hakkın doğumu için aranan sürenin sürekli bir ilişki doğuran iş sözleşmesinde ücret ödeme borcunu kısa bir süre için ödemekte geciken iyiniyetli işverenin korunması amacıyla getirildiği belirtilmiştir. Dolayısıyla, en ufak bir gecikme yaşandığında iş görmekten kaçınma hakkının işçiler tarafından kötüye kullanılmasının engellenmesi hedeflenmiştir[53]. Ancak, dürüstlük kuralı gereği işverenin kısa süreli bir gecikmesinde işçiye iş görmekten kaçınma hakkı tanınmamış, belli bir süre önkoşul olarak tanımlanmışsa da işçinin haklı nedenle fesih hakkının doğması bakımından böyle bir süre öngörülmemiştir. Dolayısıyla, ücretin ödenmesinde bir günlük gecikme yaşandığında dahi işçi henüz iş görmekten kaçınma hakkına bile sahip değilken, bundan daha ağır sonuçlar doğuran derhal fesih hakkına sahip sayılabilecek midir? Öğretide, böyle bir durumda, derhal fesih hakkının dürüstlük kuralına uygun kullanılması gerektiği belirtilmiştir[54]: Ücret ödemelerinin düzenli yapıldığı bir işyerinde kısa süreli veya ücretin az bir miktarında gecikme olması halinde işçinin iş sözleşmesini derhal feshetmesi hakkın kötüye kullanılmasını teşkil edebileceği gibi, ücretin ödemesinin sadece gecikmediği ancak hiç ya da uzun süre ödenmeyeceği, dolayısıyla iş görmekten kaçınma hakkının kullanılmasının dahi fayda etmeyeceğinin anlaşıldığı durumlarda işçinin derhal fesih hakkını kullanması dürüstlük kuralına aykırı olmayacaktır.

SONUÇ

Ücretin işçiler bakımından taşıdığı önem ve emeğin karşılığı olduğu dikkate alındığında, 1475 sayılı Kanun döneminde varlığı ve dolayısıyla uygulanması tartışmalı olan ücretin ödenmemesi (gecikmesi) nedeniyle iş görmekten kaçınma hakkının 4857 sayılı Kanun'la açıkça bir yasal temele kavuşturulmuş olması şüphesiz olumlu bir gelişmedir. Ancak uygulamada, hem işverenlerin işçilerin ücretlerini düzenli ve eksiksiz olarak ödemelerini sağlayacak bir baskı aracı olarak kullanılabilecek hem de işçinin ücreti ödenmemesi nedeniyle doğrudan iş sözleşmesini feshetme yoluna başvurmasına alternatif bir çözüm olarak iş sözleşmesinin devamlılığına hizmet edebilecek bu kuruma uygulamada yeterince rastlanmamaktadır.

[53] Soyer, s. 661-662.
[54] Erkanlı Başbüyük, s. 109; Süzek, s. 712-713; Günay, s. 41; Göktaş, s. 77; Uçum, s. 62.

Kanımızca, söz konusu bu hakkın etkinliğinin arttırılmasının önündeki en önemli engel, bu hak kullanıldığı takdirde işçinin çalışmadığı döneme ait ücrete hak kazanıp kazanmayacağı sorunudur. Bu sorunun çözülmesi için de iş görmekten kaçınma hakkının hukuki temelinin ortaya konması önem kazanmakta ve hatta, Soyer tarafından da ifade edildiği gibi bu doğrultuda bir değişikliğin yapılmasında fayda bulunmaktadır[55].

KAYNAKÇA

Akyiğit, E. (2005). Ücreti geciken işçinin çalışmaktan kaçınması. Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C2(5), 15-26.

Çelik, N., Caniklioğlu, N. ve Canbolat, T. (2020). İş hukuku dersleri. İstanbul: Beta Yayınları.

Çenberci, M. (1976). İş Kanunu şerhi. Ankara: Sevinç Matbaası.

Çil, Ş. (2021). İş hukuku Yargıtay ilke kararları (2019-2020 Yılları). Ankara: Yetkin Yayınları.

Engin, M. (2003). Yeni İş Kanunu tasarısı ve işçinin iş görmekten kaçınma hakkı. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C5(1), 77-94.

Erkanlı Başbüyük, B. (2020). İşçinin iş görmekten kaçınma hakkı. Ankara: Seçkin Yayınları.

Göktaş, S. (2008). Türk iş hukukunda işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı. Ankara: Yetkin Yayınları.

Günay, C.İ. (2006). Ücretin gününde ödenmemesinin hukuki sonuçları. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı (s. 459-490). Ankara: TŞOF Matbaası.

Güzel, A. (2005). Karar incelemesi. Çalışma ve Toplum, (5), 123-146.

Narmanlıoğlu, Ü. (2010). Kanuni süresi içinde ücreti ödenmeyen işçinin iş görmekten kaçınabilme hakkı (imkanı). Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C12 (Özel Sayı), 607-633.

Oğuzman, K. ve Öz, T. (2019). Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Soyer, M.P. (2011). İşçinin iş görmekten kaçınma hakkı -Koşulları, kullanılması ve hukuki sonuçları-. S. Başterzi (ed.) Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan C. I (s. 657-689). İstanbul: Ankara Üniversitesi Yayınları.

Sur, M. (2005). İşçinin çalışmaktan kaçınma hakkı. Prof. Dr. A. Can Tuncay'a Armağan (s. 395-414). İstanbul: Legal Yayıncılık.

Süzek, S. (2020). İş hukuku. İstanbul: Beta Yayınları.

[55] Soyer, s. 678-679.

Taşkent, S. (2020). Açıklamalı-içtihatlı 4857 sayılı İş Kanunu. İstanbul: Beta Yayınları.

TÜRK-İŞ (2010). 4857 sayılı İş Kanunu ve gerekçesi. Ankara: TÜRK-İŞ.

Uçum, M. (2003). Yeni İş Kanunu seminer notları. İstanbul: Legal Yayıncılık.

Yener, M.Z. (2020). İş sözleşmesinde iş görme ve ücret ödeme borçlarında temerrüt. Ankara: Yetkin Yayınları.

ULUSLARARASI
HUKUK
SEMPOZYUMU
International Symposium on Law

KAMU GÖREVLİSİ SAĞLIK MESLEĞİ MENSUBU TARAFINDAN İŞLENEN RESMİ BELGEDE SAHTECİLİK SUÇU

(Türk Ceza Kanunu m.204/2)

Dr. Tülay KİTAPÇIOĞLU YÜKSEL

İstanbul Şehir Üniversitesi

ORCID NO: 0000-0001-6631-1109

Öz

Bu çalışma ile suçun kanuni tanımında yer alan sahtecilik fiillerinin kamu görevlisi sağlık mesleği mensupları tarafından gerçekleştiriliş biçimlerinin somutlaştırılarak ortaya konulması, gerçeğe aykırı belge düzenleme fiilinin ayırt edici özelliğinin olup olmadığının belirlenmesi amaçlanmaktadır. Ayrıca kamu görevlisi tarafından işlenebilen resmi belgede sahtecilik suçunun bir özgü suç olması dolayısıyla bu suçun hukuki neticelerinin özel bir önemi bulunmaktadır. Faillik ve şeriklik türlerine göre ve suça iştirak eden kişinin kamu görevlisi sağlık mesleği mensubu olup olmamasına göre önerdiğimiz formülasyon çerçevesinde iştirake ilişkin bilhassa tartışmalı hususlar tespit edilerek çözüm üretilmesi amaçlanmaktadır.

Çalışmamızda kamu görevlisi sağlık mesleği mensubu tarafından işlenen resmi belgede sahtecilik suçunun normatif karşılığı olan TCK m.204/2, suç inceleme yöntemine göre incelenmiştir. Esas olarak Türk doktrini ve yargı kararları ele alınmıştır. Karşılaştırmaya gerek görülen hususlarda ise Alm. CK'da yer alan düzenlemeye, Alman doktrinindeki görüşlere ve yargı kararlarına yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler : Resmi belgede sahtecilik suçu, özgü suç, iştirak, kamu görevlisi, sağlık mesleği mensupları, rapor, reçete, belge, resmi belge, sahte belge.

CRIME OF FORGERY OF OFFICIAL DOCUMENT COMMITTED BY A PUBLIC OFFICIAL HEALTH PROFESSIONAL

(Turkish Penal Code Article 204/2)

Abstract

With this study, it is aimed to embody reveal the way in how the forgery acts, which are included in the legal definition of the crime, are carried out by the public official health professional and determine whether there is a distinguishing feature of the act of contrary to facts draw up a document. In addition, due to the crime of forgery of official documents that can be committed by a public official is a specific offence, the legal consequences of this crime have special importance. According to the types of principal and secondary participant and whether the person participating in the crime is a public official or not, within the frame of the formulation we propose, it is aimed to find solutions by determining particularly controversial issues regarding participation.

In our study, TCK m.204/2, which is the normative equivalent of the crime of forgery of official document committed by a public official health professional has been examined according to the crime investigation method. Mainly Turkish doctrine and judicial decisions are discussed. In matters that require comparison, the regulation in StGB, the views in the German doctrine and the judicial decisions are included.

Keywords : crime of forgery of official documents, spesific offences, participation, public official, health professional, report, prescription, document, official document, forged document.

GİRİŞ

Sahtecilik suçları, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu[1]'nun Özel Hükümler başlıklı ikinci kitabının *"Topluma Karşı Suçlar"* başlıklı üçüncü kısmının *"Kamu Güvenine Karşı Suçlar"* başlıklı

[1] 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 12.10.2004 tarih ve 25611 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

dördüncü bölümünde 197-212. maddelerinde, belgede sahtecilik suçları da 204. madde ve devamında düzenlenmiştir.

Uygulamada sağlık mesleği mensupları tarafından gerçekleştirilen belgede sahtecilik fiillerine sıklıkla rastlanmaktadır. Somut olarak hatır için düzenlenen raporlar ile sahte reçete düzenlenmesine sıklıkla rastlanmaktadır[2]. Bunların dışında sağlık mesleği mensupları tarafından başkaca pek çok sebep ve şekilde sahtecilik fiillerinin gerçekleştiği görülmektedir.

Sağlık mesleği mensuplarının gerçekleştirdikleri belgede sahtecilik fiillerinden dolayı ceza sorumlulukları, kamu görevlisi olup olmamalarına göre ayrılarak incelenmelidir. Kamu görevlisi olmayan sağlık mesleği mensuplarının sahtecilik fiilleri ile ilgili olarak TCK m.210/2 hükmü uygulanmaktadır. Kamu görevlisinin görevini yaptığı sırada ve görevi dolayısıyla düzenlediği belgeler resmi belge olduğu için kamu görevlisi sağlık mesleği mensubu tarafından sahte yahut gerçeğe aykırı olarak düzenlenen belgeler, resmi belgede sahtecilik hükümlerine *(TCK m.204/2)* tabidir[3]. Çalışmamızda, kamu görevlisi sağlık mesleği mensupları tarafından işlenen resmi belgede sahtecilik suçuna ilişkin olarak TCK m.204/2 hükmü incelenecektir.

Çalışmada kamu görevlisi sağlık mesleği mensubu tarafından işlenen resmi belgede sahtecilik suçu bakımından önem taşıyan kavramlar, suç ile korunan hukuki değer, suçun unsurları, suçun özel görünüş biçimleri, ispat, soruşturma usulü ve yaptırım konuları, problemli kısımlar ve tartışmalı hususlar ön plana çıkarılarak ve bu hususlara ilişkin olarak çözüm önerilerimize yer verilmek suretiyle incelenecektir.

[2] Ali İhsan Erdağ, "Tıp Ceza Hukukunda Belgede Sahtecilik Suçu (Sağlık Mesleği Mensupları Tarafından İşlenebilecek Olan Belgede Sahtecilik Suçu)", **V. Türk-Alman Ceza Hukuku Sempozyumu**, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2008, s.534-564, s.557-559.

[3] Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku Temel Bilgiler**, 2. Baskı, Ankara, 2009, s.516; Durmuş Tezcan, Mustafa Erdem Ruhan, Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 8. Baskı, Ankara, 2012, s.688; Ali Üstüner, "**Resmi Belgede Sahtecilik Suçu"**, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır, 2013, s.35; Nilgün Şener, **"Resmi Belgelerde Sahtecilik Suçu"**, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale, 2009, s.41.

I. TANIMLAR VE SUÇ İLE KORUNAN HUKUKİ DEĞER

A. Tanımlar

Kamu görevlisi sağlık mesleği mensubu tarafından işlenen resmi belgede sahtecilik suçunun incelenmesi kapsamında, belge, resmi belge, sahtecilik ve kamu görevlisi tanımları ele alınmalıdır.

Belge, *"bir gerçeğe tanıklık eden yazı, fotoğraf, resim, film vb., vesika, doküman"* anlamına gelmektedir[4]. TCK'da belgenin tanımına yer verilmemiş olmakla birlikte m.204'ün gerekçesinde belge, *"eski dilimizdeki evrak kelimesi karşılığında kullanılmakta olup, yazılı kağıt anlamına gelmektedir"* şeklinde tanımlanmaktadır. Yine madde gerekçesinde, bir belgeden söz edilebilmesi için kağıt üzerindeki yazının içeriğinin anlaşılabilir bir içeriğe sahip olması, irade beyanını ihtiva etmesi, yazının belli kişi veya kişilere izafe edilebilir olması, hukuki bir kıymet taşıması, hukuki bir hüküm ifade etmesi, hukuki bir sonuç doğurmaya elverişli olması gerektiği ifade edilmiştir. Doktrinde ise belge, hukuki açıdan önem arz eden, düzenleyen kişinin belirli bir beyanını içeren ve olayları nakleden yazı olarak tanımlanmaktadır[5]. Daha genişli kapsamlı olan bir tanıma göre de, belgenin hukuken anlamlı bir içeriği bulunan ve düzenleyicisi belli olan[6] ya da hukuken önem taşıyan ve belli bir kişi tarafından yapılan açıklamanın ispatı açısından cisimleştirilen yazılı kağıt olarak tanımlandığı görülmektedir[7]. Yargıtay'a göre belge, *"hukuki bir sonuç doğurmaya veyahut bir durumu belli veya ispat etmeye yarayan yazılar"*dır[8]. O halde belgenin unsurlarını, yazılı olması, anlaşılabilir irade beyanı içermesi, hukuki öneminin olması, hukuki sonuç doğurmaya elverişli olması, düzenleyeninin belli olması ve beyanı somutlaştırması olarak ifade edebiliriz.

[4] https://sozluk.gov.tr/ (E.T.: 17.03.2021).
[5] Hakeri, **Tıp Hukuku Temel Bilgiler**, s.516; Üstüner, **a.g.e.**, s.12.
Tezcan/Erdem/Önok'a göre belge, hukuki açıdan önem taşıyan ve onu meydana getiren kişinin delil amacıyla belirli bir beyanını içeren yazı parçasıdır (Tezcan/Erdem/Önok, **a.g.e.**, s.680). Benzer yönde tanımlar için bkz: Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, 2. Baskı, Ankara, 2008, s.2984, 2985; Erdağ, **a.g.m.**, s.549).
Yaşar/Gökcan/Artuç'a göre, belgenin hukuki bir değerinin olması ve delil niteliği taşıması yönünden düzenleyenin belli olması gereklidir (Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, Ankara, 2010, Cilt IV, s.5622).
Çiçek'e göre, belgenin yazılı olması, bir iradeyi açık bir şekilde ortaya koyması, taşınabilir kayıt ortamında bulunması, düzenleyicisinin belli olması gerekmektedir (Niyazi Çiçek, "Hukuksal Geçerlilik Bakımından Resmi Belgelerin Biçimsel Özellikleri", **Amme İdare Dergisi**, Cilt:40, Sayı:4, Aralık 2007, s.133-153, s.136-138, https://docplayer.biz.tr/1410474-Hukuksal-gecerlilik-bakimindan-resmi-belgelerin-bicimsel-ozellikleri.html, E.T: 17.03.2021).
[6] Tezcan/Erdem/Önok, **a.g.e.**, s.682; Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s.5622; Erdağ, **a.g.m.**, s.549; Hasan Tahsin Gökcan, "Resmi Belgede Sahtecilik Suçu", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:67, Sayı:3, 2009, s.93-126, s.96.
[7] Mahmut Koca, İlhan Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s.673.
[8] Yargıtay CGK., 04.04.1983 tarih ve 6-13/155 K. sayılı karar (Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku**, 5. Baskı, Ankara, 2012, s.781).

Resmi belge ise, kamu görevlisi tarafından ve görev gereği mevzuatta öngörülen usule göre düzenlenen belgedir[9]. Resmi belge, TCK m.204'ün gerekçesinde tanımlanmıştır. Bu tanıma göre resmi belge, bir kamu görevlisi tarafından görevi gereği düzenlenen yazıyı ifade etmektedir. Resmi belgenin hukuki sonuç doğuracak nitelikte olması gerekmektedir[10]. Doktrinde de resmi belgenin kamu görevlisi tarafından düzenlenme ve görev gereği düzenlenme olmak üzere iki unsurunun olduğu ifade edilmektedir[11].

Sahte, *"bir şeyin aslına benzetilerek yapılan, düzme, düzmece"* anlamına gelmektedir[12]. Sahtecilik, bir şeyi olduğundan başka veya gerçekmiş göstermektir[13]. Sahtecilik suçunun oluşması için sahte olarak düzenlenen, başkalarını aldatacak şekilde değiştirilen, kullanılan, bozulan, yok edilen veya gizlenen bir belgenin olması gereklidir. TCK m.204'ün gerekçesine göre, sahtelikten söz edebilmek için düzenlenen belgenin gerçek bir belge olduğu konusunda kişiyi aldatıcı nitelikte olması gerekir. Özel bir incelemeye tabi tutulmadıkça gerçek olmadığı anlaşılamayan belge, sahte belge olarak kabul edilmelidir.

Kamu görevlisi, TCK'nın *"Tanımlar"* başlıklı 6 ncı maddesinin 1 nci fıkrasının (c) bendinde tanımlanmıştır. Bu tanıma göre, *"Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi,"* anlaşılmalıdır.

B. Korunan Hukuki Değer

Belgede sahtecilik suçları, 5237 sayılı TCK'da *"Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar"* başlığı altında ve 765 sayılı TCK'da da *"Ammenin İtimadı Aleyhinde Cürümler"* arasında düzenlenmiştir.

[9] Hasan Tahsin Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, Ankara, 2013, s.688; Tezcan/Erdem/Önok, **a.g.e.**, s.684; Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s.5629; Parlar/Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.2986; Halide Savaş, "Sağlık Mesleği Mensubunun Gerçeğe Aykırı Belge Düzenlemesi Eyleminde Ceza ve Tazminat Sorumluluğu Boyutlarının Doktrin ve Uygulama Açısından Değerlendirilmesi", **Sağlık Hukuku Digestası**, Yıl:1, Sayı:1, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2009, s.277-325, s.301; Gökcan, "**Resmi Belgede Sahtecilik Suçu"**, s.100, s.101; Çiçek, **a.g.m.**, s.140; Üstüner, **a.g.e.**, s.21; Şener, **a.g.e.**, s.19.

[10] Yargıtay 11.CD., 19.09.2011 tarih ve 13322/20093 K. sayılı karar https://kararara ma.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/, E.T.: 20.05.2021).

[11] Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.677.

[12] https://sozluk.gov.tr/ (E.T: 17.03.2021).

[13] Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s.5617; Gökcan, "**Resmi Belgede Sahtecilik Suçu"**, s.93; Üstüner, **a.g.e.**, s.6.

Belgede sahtecilik suçları ile korunan hukuki değer, resmi belgelerin gerçekliğine ilişkin toplumun duyduğu güven, kamu güvenidir[14]. Bu suçlar ile belgeye dayalı olarak ortaya çıkan hukuki ilişkinin geçerli olduğuna yönelik güven korunmaktadır[15]. Burada kamuya ait bir yarar söz konusu olduğu için ilgilinin rızası hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz[16].

Alman doktrininde de belgede sahtecilik suçu ile delilerin güvenilirliğinin korunduğu ifade edilmektedir[17].

II. SUÇUN UNSURLARI

A. Suçun Maddi Unsurları

1. Konu

Suçun konusu, sahte resmi belgedir[18]. Belgenin sahte olmasından anlaşılması gereken, belgenin içeriğinin sahte olması, gerçek olmayan bir olayın gerçekmiş gibi gösterilerek ya da gerçeğe aykırı olarak belge düzenlenmesidir yahut gerçek bir belge üzerinde değişiklik yapılmasıdır.

Kamu görevlisi sağlık mesleği mensubunun görevi ile ilgili düzenlediği çeşitli belgeler olmaktadır. Bu belgeler, ölüm raporu, sağlık raporu, hastalık raporu, hamilelik belgesi, doğum raporu, alkol veya uyuşturucu madde tüketimine ilişkin rapor[19], epikriz raporu, reçete, soybağı tespitine yönelik tıbbi rapor, akıl sağlığına yönelik rapor gibidir. Bu belgeler, kamu görevlileri tarafından görevlerinin gereği olarak düzenlendiği için resmi belge niteliğindedir.

Sağlık raporu, bir kimsenin halihazırdaki, geçmişteki veya gelecekteki beden veya ruh sağlık durumunu gösterir belgedir. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atların Tarzı İcrasına Dair

[14] Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.672. Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s.688; Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s.5619; M. Emin Artuk, Ahmet Gökcen, A. Caner Yenidünya, **TCK Şerhi - Özel Hükümler Madde 132-234**, 4. Cilt, Ankara, 2009, s.4091; Parlar/Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.2984; Gökcan, "**Resmi Belgede Sahtecilik Suçu"**, s.94; Şener, **a.g.e.**, s.23; Gökhan Güler, **"Resmi Belgede Sahtecilik Suçu"**, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2018, s.47.
"Belgede sahtekarlık ... suçunun hukuki konusu kamunun güveni olup, suçun oluşması için genel kast ve zarar olasılığı yeterlidir." Yargıtay 11.CD., 05.03.2008 tarih ve 1232/1298 K. sayılı karar (Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s.5620).
[15] Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.672.
[16] Tezcan/Erdem/Önok, **a.g.e.**, s.688.
[17] Rudolf Rengier, **Strafrecht Besonderer Teil II**, 14. Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2013, § 33, s.292, kn.1.
[18] Tekrar olmaması adına *"Tanımlar"* başlığı altında belge ve resmi belge ilgili olarak yaptığımız açıklamalara atıf yapmakla yetiniyoruz.
[19] Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.783; Erdağ, **a.g.m.**, s.549.

Kanun[20]'un 13. maddesine göre; *"Bir şahsın ahvali bedeniye ve akliyesi hakkında rapor tanzimine münhasıran bu kanunla icrayı sanata salahiyeti olan tabipler mezundur. Türkiye'de icrayı sanat salahiyetini haiz olmayan tabiplerin raporları muteber olamaz"*. Bu hükme göre, kanun hükmü gereğince tıp mesleğini icra eden doktorlar tarafından düzenlenen raporlar geçerli ve kanuna uygun niteliktedir. Memurların Hastalık Raporlarını Verecek Hekim ve Sağlık Kurulları Hakkında Yönetmelik m.2/2'ye göre, *"Resmi ve özel hekim bulunamaması ve hastanın tıbbi sebeplerle veya ulaşım şartlarının elverişsizliği yüzünden hekim veya sağlık kurulu olan bir yere gönderilememesi halinde, sağlık memuru, hemşire ve ebeler memurun hasta olduğunu ve bir hekim tarafından muayene edilmesinde zaruret bulunduğunu gösteren hastalık belgesi düzenler"*.

Sağlık raporunda, doğal vakalara ilişkin objektif bulgular ile doktor tarafından bu bulguların değerlendirilmesi ve çıkarılan sonuçlar yer alır[21]. Sağlık raporunun sahte olmasından, tespitlerin, bulguların, raporun fiili esaslarının gerçekle veya tıp biliminin esaslarıyla uyuşmuyor olması anlaşılmalıdır[22]. Raporun sahte olmasından içeriğinin gerçeğe aykırı olması anlaşılmalıdır.

Epikriz raporu, hastanın ne şikayet ile başvurduğu, hastalığı, teşhisi, kullanılan ilaçlar, yapılan tahliller ve tedavisi ile ilgili tüm bilgiler ile ameliyat yapıldıysa bu süreçte uygulanan tüm işlem, ilaç, tanı ve tetkikleri içermektedir. Doktorun hukuki yahut cezai sorumluluktan kaçmak ya da başka bir amaç ile epikriz raporunu gerçeğe uygun bir şekilde düzenlememesi halinde resmi belgede sahtecilik suçu kapsamında sorumluluğu olacaktır.

Sağlık raporlarının dışında suça konu olabilecek bir diğer belge, reçetedir. 1219 Sayılı Kanun Ek m.13'e göre, *"Tabipler ve diş tabipleri dışındaki sağlık meslek mensupları hastalıklarla ilgili doğrudan teşhiste bulunarak tedavi planlayamaz ve reçete yazamaz"*. Aile Hekimliği Uygulama Yönetmeliği[23] m.28/4 hükmüne göre; *"Birinci basamakta resmi reçete yazılması ve kişilerin sağlık durumuyla ilgili rapor tanziminde aile hekimi yetkilidir. Ancak olağanüstü durumlar, acil durumlar ile toplum sağlığını tehdit eden ve koruyucu amaçlı ilaç kullanımını (kemoproflaksi) gerektiren bulaşıcı ve salgın hastalık hallerinde özel durum belirtilmek suretiyle toplum sağlığı merkezi*

[20] 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atların Tarzı İcrasına Dair Kanun, 14.04.1928 tarih ve 863 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.
[21] Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.783.
[22] Erdağ, **a.g.m.**, s.542.
[23] Aile Hekimliği Uygulama Yönetmeliği, 25.01.2013 tarih ve 28539 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

hekimleri de resmi reçete düzenleyebilirler. Bu durumda ilgili aile hekimi en kısa sürede bilgilendirilir".

Resmi belgede sahtecilik suçu kapsamında soybağının tespitine yönelik olarak düzenlenen tıbbi raporlar ile ceza yargılamasına ilişkin olarak failin akıl sağlığına yönelik olarak düzenlenen tıbbi raporların da önemi bulunmaktadır[24]. Soybağının tespitine yönelik tıbbi raporun anne baba olmaya yani garantör olmaya bağlanan yükümlülükleri doğurması bakımından önemi bulunmaktadır. Ceza yargılaması kapsamında akıl sağlığına yönelik düzenlenen raporun ise failin kusurluluğu bakımından önemli sonuçları bulunmaktadır. Çünkü akıl hastalığı, kusurluluğu etkileyen sebeplerden birisidir. TCK m.32'de de akıl hastalığının boyutuna göre kusurluluğu kaldıran ya da azaltan bir sebep olduğu düzenlenmiştir. Kişinin suç teşkil eden fiili işlediği sırada akıl hastası olup olmadığı, akıl hastalığı var ise hangi akıl hastalığının bulunduğu ve bu hastalığın kişinin davranışlarına etkisi, psikiyatri alanında uzman doktorlar tarafından araştırılarak rapor düzenlenmelidir.

2. Mağdur ve Suçtan Zarar Gören

Resmi belgede sahtecilik suçu, topluma karşı işlenen suçlar arasında yer aldığından ve kamu güvenine karşı işlenen suçlar kapsamında olduğundan suçun mağduru toplumu oluşturan herkestir[25]. Bu suçun sonucunda doğrudan doğruya belli bir kişi mağdur olmuş ise, bu kişinin de suçun mağduru olarak kabul edilmesi gerekir[26]. Suçtan dolayı haksızlığa uğrayan kimseler de suçtan zarar görenlerdir[27].

3. Fail

Resmi belgede sahtecilik suçunun temel şeklinin düzenlendiği 204.maddenin ilk fıkrasına göre fail herkes olabilir iken, suçun nitelikli şeklinin düzenlendiği 2.fıkrasına göre fail yalnızca kamu görevlisi olabilir. Suçun temel şeklinde normun uygun muhatap alanı sınırlamaya tabi tutulmamışken suçun nitelikli şeklinde faillik alanı sınırlandırılmıştır. Maddenin ikinci fıkrasına

[24] Rahime Erbaş, "Kamu Görevlisi Olmayan Sağlık Mesleği Mensuplarının Gerçeğe Aykırı Belge Düzenlemesi Suçu (TCK m.210/2)", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt:71, Sayı:1, 2013, s.331-352, s.331.
[25] Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.681; Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s.5621; Gökcan, "**Resmi Belgede Sahtecilik Suçu"**, s.95.
[26] Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.681.
[27] Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s.5621; Gökcan, "**Resmi Belgede Sahtecilik Suçu"**, s.95.

göre suçun faili, görevi gereği resmi belge düzenlemeye yetkili kamu görevlisidir. Örneğin, sağlık raporları sadece doktorlar tarafından düzenlendiğinden sağlık raporları açısından suçun faili sadece kamu görevlisi doktorlardır[28].

Birinci fıkrada düzenlenen suçun temel şeklinden farklı olarak suçun nitelikli şeklinin sadece kamu görevlisi tarafından işlenebilmesinin yanı sıra suçun konusunu oluşturan belgenin kamu görevlisinin görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu belge olması da gereklidir[29]. Bu bağlamda, resmi belgede sahteciliğin kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilmesine rağmen, kamu görevlisinin görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu bir belgenin olmaması halinde bu fıkra hükmü uygulanmaz. Bu halde, herkes tarafından işlenebilen resmi belgede sahtecilik suçu *(TCK m.204/1)* oluşur[30]. Örneğin, kamu görevlisi doktorun çalıştığı hastanenin muhasebe evraklarında sahtecilik yapması halinde suçun konusunu görevi gereği düzenlemeye yetkili olmadığı belge oluşturduğundan TCK m.204/1'den dolayı sorumluluğu söz konusu olmalıdır. Yargıtay tarafından verilen bir kararda da, doktorun düzenlediği reçetelerin görevi gereği düzenlemeye yetkili olması özelliği belirleyici unsur olarak kabul edilmiştir[31]. Kamu görevlisinin görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu belgeyi sahte olarak düzenlemekten sorumlu tutulabilmesi için düzenlenen belgenin resmi olarak gerekli olan tüm şekli unsurları ihtiva etmesi gerekir. Örneğin, paraf, mühür, evrak numarası gibi şekli unsurların tam olması gerekir[32].

Özgü suçu geniş anlamda ve dar anlamda olarak iki farklı perspektifle inceleyebiliriz. Geniş anlamda özgü suç, suçun kanuni tanımında faillik alanının herhangi bir suretle sınırlandırıldığı suçtur; dar anlamda özgü suç ise özgü suçun faillik alanının daraltılması şekillerine göre her bir yöntem kapsamı ile sınırlı olarak özgü suçun kabul edilmesidir. Faillik alanında yapılan sınırlandırma işlemi o suç tipini, özgü suç grubunun içerisine dahil eder. Düşüncemize göre özgü

[28] Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.784.
[29] Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.681; Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s.5643; Artuk/Gökcen/Yenidünya, **TCK Şerhi-Özel Hükümler Madde 132-234**, s.4133; Parlar/Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.2990; Erdağ, **a.g.m.**, s.538; Gökcan, "**Resmi Belgede Sahtecilik Suçu"**, s.110; Şener, **a.g.e.**, s.57.
[30] Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s.5644; Artuk/Gökcen/Yenidünya, **TCK Şerhi-Özel Hükümler Madde 132-234**, s.4133; Parlar/Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.2990; Erdağ, **a.g.m.**, s.538; Gökcan, "**Resmi Belgede Sahtecilik Suçu"**, s.110; Üstüner, **a.g.e.**, s.38.
[31] *"Tanzim edilen doktor reçetelerinin sanık tarafından görevi nedeniyle tanzim edilmiş ve adı geçenlerin de hasta olmadığının bilirkişi raporu ile saptanmış olması karşısında, sanığın bunlara yönelik eyleminin ayrıca resmi belgede sahtecilik suçunu oluşturduğu …"* (Yargıtay 6. CD., 20.03.2000 tarih ve 1399/1569 K. sayılı karar (Hakeri, **Tıp Hukuku Temel Bilgiler**, s.516).
[32] Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.688.

suç, suçun kanuni tanımında failin herhangi bir kişi olarak öngörülmediği, haksızlığın özel olarak belirlendiği ve tipik hale getirildiği, ceza tehdidinin ve cezalandırılabilirliğin özel olarak kararlaştırıldığı ve buna tipiklikte yer verildiği, failin belirli bir yükümlülüğünün *(özel yükümlülük)* ya da özelliğinin *(özel nitelik, durum, ilişki)* öngörüldüğü, bu yöntemlerle faillik alanının sınırlandırıldığı suçlardır[33]. Çalışmamızın konusunu oluşturan resmi belgede sahtecilik suçunun nitelikli şeklinde faillik alanı faile ilişkin bir özellik öngörülmek suretiyle sınırlandırıldığı için bu suç bir özgü suçtur.

Özgü suçun daha iyi anlaşılması ve sınırlarının belirlenmesi açısından görünüm şekillerinin sınıflandırılması gerektiği düşüncesindeyiz. Bu bağlamda, resmi belgede sahtecilik suçunu failin özelliğinin suçun temel şeklinde ya da nitelikli şeklinde olmasına göre *(gerçek – gerçek olmayan)*, failin fiili durumu, belirli bir tabii ya da hukuki niteliği haiz olmasına veyahut belirli bir ilişki içerisinde olmasına göre, suç tipinde failin özelliğinin açık ya da kapalı olarak belirlenmesine göre *(açık – zımni)* ve failin özel yükümlülüğünün ceza hukukundan ya da ceza hukuku dışından kaynaklanmasına göre ayrım yaparak inceleyeceğiz[34].

Suçun temel şekli herkes tarafından işlenebilirken, nitelikli şekli belli özelliği haiz fail tarafından gerçekleştirilebiliyorsa bu tür suçlara gerçek olmayan *(görünüşte)* özgü suç denilmektedir[35]. Düşüncemize göre, gerçek olmayan özgü suçların ortak özelliği, suçun temel şeklinin herkes

[33] Tülay Kitapçıoğlu Yüksel, **"Özgü Suç"**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul, 2021, s.60, 61.
[34] Özgü suçun sınıflandırılmasına ilişkin detaylı bilgiler için bkz: Kitapçıoğlu Yüksel, **a.g.e.**, s.142, 143.
[35] Frank Zieschang, **Laufhütte/Rissing van Saan/Tiedemann Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, 12. neu bearbeitete Auflage, De Gruyter Recht, Berlin, 2009, s.25, kn.38; Bernd Heinrich, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Kohlhammer GmbH, Stuttgart, 2016, s.61, kn.175; Dennis Bock, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Springer-Verlag, Berlin, 2018, s.40; Hans Heinrich Jescheck, **Lehrbuch des Strafrecht Allegemeiner Teil**, 5. Auflage, Duncker & Humblot GmbH, Berlin, 5. Auflage, 1996, s.275; Volker Krey, Robert Esser, **Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Verlag W. Kohlhammer GmbH, Stuttgart, 2012, s.93, kn.229; Johannes Wessels, Werner Beulke, Helmut Satzger, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 47. Auflage, C.F. Müller GmbH, Heidelberg, 2017, s.14, kn.54; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökcen, Mehmet Emin Alşahin, Kerim Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s.292; Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 218; Mustafa Özen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s.232; Hamide Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011, s.136, 137; İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.206; Mahmut Koca, İlhan Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.115; Meral Ekici Şahin, "İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:64, Sayı:3, 2015, s.663; Beril Taşkın, "**Suça İştirakte Bağlılık Kuralı"**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Istanbul, 2014, s.138; Berrin Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s.364.

tarafından işlenebilen genel suç olmasına rağmen, nitelikli şeklinin belirli özelliği haiz fail tarafından gerçekleştirilebilen özgü suç olmasıdır. Resmi belgede sahtecilik suçu *(TCK m.204/2)*, suçun temel şekli herkes tarafından işlenebilir iken, nitelikli şekli sadece belli kişiler tarafından işlenebildiğinden gerçek olmayan özgü suçtur.

İkinci olarak, idare hukukundan kaynaklanan kamu görevlisi sıfatı failin hukuki niteliğine ilişkindir. Resmi belgede sahtecilik suçunun kamu görevlisi tarafından işlenmesinin daha ağır cezayı gerektiren nitelik hali, failin belirli hukuki niteliği haiz olmasının öngörüldüğü özgü suça karşılık gelmektedir. Ayrıca, TCK m.204/2'de yer alan resmi belgede sahtecilik suçunun nitelikli halinde kamu görevlisine ilişkin olarak ifade edilen *"görevi gereği düzenlemeye yetkili"* olması özelliği, fiili bir durumdur.

Üçüncü olarak, suçun kanuni tanımında failin özelliğinin tartışmaya mahal bırakmayacak kadar açık bir şekilde belirtildiği suçları *"açık özgü suç"*lar olarak adlandırdığımızdan dolayı bu suç, suçun nitelikli şeklinde faile ilişkin özellik açık bir şekilde belirlendiği için açık özgü suçtur.

Son olarak, resmi belgede sahtecilik suçunda failin kamu hizmetinden kaynaklanan yükümlülüğünün bulunduğunu kabul ettiğimizde bu suç, ceza hukuku dışından kaynaklanan bir özel yükümlülüğün öngörüldüğü özgü suç kapsamına girmektedir. Ceza hukuku dışından kaynaklanan yükümlülükler, idare hukukundan kaynaklanabilir. Kamu görevi ile görevlendirilen kişi, bu görev dolayısıyla kamu hukuku yükümlülüğü altına girmektedir[36].

Özgü suçun hukuki neticeleri iştirak ile ilgili olarak ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple faillik ve şeriklik konularına ilişkin problemler ve çözüm önerilerine iştirak kısmında yer verilecektir.

4. Fiiller

a. Genel Olarak

5237 sayılı TCK m.204/2'ye göre, *"Görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu resmi bir belgeyi sahte olarak düzenleyen, gerçek bir belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren, gerçeğe aykırı*

[36] İzzet Özgenç, "Kamu Görevi, Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak (Karar İncelemesi)", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:4, Sayı:1-2, s.329-348, s.334.

olarak belge düzenleyen veya sahte resmi belgeyi kullanan kamu görevlisi üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır"[37].

Maddenin ikinci fıkrasında, resmi belgede sahtecilik suçunun temel şeklinin kamu görevlisi tarafından işlenmesi suçun daha ağır cezayı gerektiren şekli olarak düzenlenmiştir. Bu suçun seçimlik hareketleri, resmi belgeyi sahte olarak düzenlemek, gerçek bir resmi belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştirmek, gerçeğe aykırı belge düzenlemek veya sahte resmi belgeyi kullanmaktır. Suç formu, seçimlik hareketli bir suç olarak düzenlenmiştir. Birden fazla seçimlik hareketin gerçekleştirilmesi halinde de tek suç oluşur ancak bu husus, cezanın belirlenmesinde dikkate alınır.

Suç, sırf hareket suçu olduğu için eylemin gerçekleşmesi ile suç tamamlanmış olmaktadır. Suçun oluşması için somut bir zararın doğması şart olmayıp, zarar tehlikesine yol açılması ya da sahtecilikten menfaat elde edilmesi gerekli değildir[38].

Alm. CK'da sağlık mesleği mensupları tarafından işlenebilecek sahtecilik suçları, Alm. CK § 267'de yer alan *"belgede sahtecilik"* suçu ve Alm. CK § 278'de yer alan *"gerçeği yansıtmayan sağlık raporu düzenleme"* suçudur. Sağlık mesleği mensuplarının gerçeğe aykırı rapor düzenlemesi, Alm. CK § 278'de özel bir suç olarak ihdas edilmiştir. Alm. CK § 267'de yer alan fiiller, gerçeğe aykırı belge düzenlemek, gerçek bir belgede değişiklik yapmak ya da gerçeğe aykırı veya sahte belgeyi kullanmaktır.

[37] TCK m.204'ün gerekçesinin maddenin 2.fıkrasına ilişkin kısmına göre; *"Maddenin ikinci fıkrasında, resmi belgede sahtecilik suçunun kamu görevlisi tarafından işlenmesi ayrı bir suç olarak tanımlanmaktadır. Birinci fıkrada tanımlanan suçtan farklı olarak, bu suçun kamu görevlisi tarafından işlenmesinin yanı sıra, suçun konusunu oluşturan belgenin kamu görevlisinin görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu resmî bir belge olması gerekir. Bu bakımdan, resmi belgede sahteciliğin kamu görevlisi tarafından yapılmasına rağmen, düzenlenen sahte resmi belgenin kamu görevlisinin görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu bir belge olmaması hâlinde, bu fıkra hükmü uygulanamaz.*
Söz konusu suçu oluşturan hareketler, birinci fıkrada tanımlanan suçu oluşturan seçimlik hareketlerden ibarettir. Ancak, bu bağlamda özellikle belirtilmelidir ki, kamu görevlisinin gerçeğe aykırı olarak bir olayı kendi huzurunda gerçekleşmiş gibi, bir beyanı kendi huzurunda yapılmış gibi göstererek belge düzenlemesi hâlinde, bu fıkra hükmünde tanımlanan suç oluşur".

[38] Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.682.
Sahtecilik suçunun oluşması bakımından zarar olasılığı yeterli görülmektedir. Bkz: Yargıtay CGK., 08.06.2004 tarih ve 6-94/32 K. sayılı karar; Yargıtay CGK., 01.04.2003 tarih ve 6-12/76 K. sayılı karar (Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s. 689); Şener, **a.g.e.**, s.25.
*Soyaslan'*a göre ise, belgede sahtecilik suçu haksız kazanç veya zararın gerçekleşmesi ile tamamlanır (Doğan Soyaslan, "Hekimlerin Ceza Hukuku Yönünden Sorumluluğu", **Sağlık Hukuku Digestası**, Yıl:1, Sayı:1, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2009, s.119-137, s.134).

Sağlık raporlarında yapılan sahtecilik fiillerine ilişkin olarak Alm. CK. § 277'de *"sağlık raporlarında sahtecilik"* başlığı altında sahip olmadığı sağlık mesleği ünvanını kullanarak bu kişiler adına yahut kendisinin ya da diğer bir kişinin sağlık durumu hakkında rapor düzenleyen, gerçek bir raporu değiştiren ve böyle bir belgeyi makamları yahut sigorta şirketlerini aldatmak amacı ile kullanan kişinin cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Böylece bu fiiller özel olarak düzenlenmiştir. Bu suçun cezası olarak ise bir yıla kadar hapis ya da adli para cezası öngörülmüştür.

Tüm dünyayı etkisi altına alan Covid-19 salgınının yaşandığı bu dönemde Almanya'da aşı kartında sahtecilik yapıldığı görülmekte ve toplum sağlığını etkileyen böyle bir konuda yapılan sahtecilik fiilerine karşılık öngörülen cezanın yetersiz olduğu ve bu sebeple yeni bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu tartışılmaktadır. Aşı kartı uygulamasıyla birlikte sahtecilik suçlarında da artış görülmüştür. Aşı kartının belge niteliğinde mi olduğu yoksa sağlık raporu olarak mı kabul edilmesi gerektiği de belirsizdir. Bu halde Alm. CK § 277'nin mi yoksa § 267'nin mi uygulanması gerektiği de tartışmalıdır[39]. Alm. CK'da sağlık raporlarındaki sahtecilik ayrı suç olarak ihdas edildiği için bu tartışmalar ortaya çıkmaktadır. § 267'de 5 yıla kadar ceza öngörülürken § 277'de bir yıla kadar ceza öngörülmektedir.

Bu konuda *"Halkı Enfeksiyondan Koruma Kanunu"* § 75a hükmüne göre, Corona virüsüne karşı uygulanan aşıya dair gerçeğe aykırı olarak düzenlenen belgenin hukuki ilişkilerde aldatmak amacıyla kullanılması bir yıla kadar hapis ya da adli para cezası ile cezalandırılır. § 74'e göre ise, hukuki ilişkilerde aldatmak amacıyla Corona virüs aşısına ilişkin belgenin bilerek gerçeğe aykırı şekilde düzenlenmesi iki yıla kadar hapis ya da adli para cezası ile cezalandırılır.

b. Resmi Belgeyi Sahte Olarak Düzenlemek

Suçun kanuni tanımında yer alan fiillerden ilki, resmi belgeyi sahte olarak düzenlemektir. Madde gerekçesinde, bu seçimlik hareketle resmi belgenin esasında mevcut olmamasına rağmen, mevcutmuş gibi sahte olarak üretildiği ifade edilmektedir. Kamu görevlisinin sahte resmi belge düzenlediğinden söz edebilmek için gerçek belgeyi düzenlemeye yetkili makama ait ünvan ve şekiller ile belgeyi imzalamaya yetkili memurun imzasının belgede olması gereklidir. Bu

[39] Tartışmalar için bkz: https://www.stuttgarter-nachrichten.de/inhalt.rechtsexperte-im-interview-falscher-impfausweis-nicht-immer-strafbar.6bdcd1b7-42d8-4d59-b082-1ee3e32e38a1.html ; https://www.tagesschau.de/inland/gefaelschte-impfpaesse-103.html (E.T: 27.06.2021)

unsurlarda eksiklik olması halinde, ortada bir resmi belge olmadığından resmi belgenin düzenlendiğinden de söz edilemez. Örneğin; bir sağlık ocağında görevli olan doktor tarafından düzenlenen rapor, daire ile ilgisini kurmayı gerektiren başlık ve kayıt numarası olmadan verilmiş ise suçun tipikliğinden söz edilemez[40]. Resmi bir belgenin düzenleyeni olarak gözüken kişinin eseri olmadığı hallerde resmi bir belgenin sahte olarak düzenlendiği kabul edilmektedir[41].

c. Gerçek Bir Resmi Belgeyi Başkalarını Aldatacak Şekilde Değiştirmek

Suçun kanuni tanımında yer alan fiillerden ikincisi, gerçek bir resmi belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştirmektir. Madde gerekçesinde, esasında mevcut olan resmi belge üzerinde silmek ya da ilave yapmak suretiyle değişiklik yapılması ve resmi belgede sahtecilik suçundan söz edebilmek için yapılan değişikliğin aldatıcı nitelikte olması gerektiği ifade edilmektedir. Doktrin ve içtihatlarda savunulan görüşe göre, suça konu belgenin aldatma kabiliyetinin bulunup bulunmadığına mahkeme karar verilmelidir[42]. Sahteciliğin aldatmaya uygun oluşu, objektif olarak yapılan değerlendirmeye göre belirlenmelidir[43]. Doktrinde bir görüşe göre, aldatma kabiliyetinin sadece *"değiştirme"* fiili bakımından değil, aynı zamanda *"düzenleme"* açısından da aranması gereklidir[44].

Resmi belgenin düzenlenmesinden sonra bu belgenin içerik ve anlamını değiştirecek nitelikte yapılan işlemler bu kapsamda değerlendirilir. Örneğin, hastanın ilgili makamlara doktoru şikayeti üzerine gerekli belgelerin istendiği doktor tarafından daha evvel düzenlenen epikriz raporunun

---

[40] Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s.688, 689; Gökcan, "**Resmi Belgede Sahtecilik Suçu"**, s.106.
Ayrıca bkz. Yargıtay 6.CD., 30.09.2003 tarih ve 16581/6189 K. sayılı karar (Çiçek, **a.g.m.**, s.146); Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s.5645; Artuk/Gökcen/Yenidünya, **TCK Şerhi-Özel Hükümler Madde 132-234**, s.4136; Üstüner, **a.g.e.**, s.40; Şener, **a.g.e.**, s.61.

[41] Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.684.

[42] Parlar/Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.2986.
"... belgelerde sahtecilik suçlarında aldatma yeteneğinin bulunup bulunmadığının takdir ve tayinin mahkemeye ait olduğu gözetilerek ..." Yargıtay 11.CD., 25.04.2012, 297/6497 K. sayılı karar (Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s.696).
Benzer yönde kararlar için bkz: Yargıtay 6. CD., 14.03.2006 tarih ve 3840-2497 K. sayılı karar (Parlar/Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.2986; Yargıtay 6.CD., 20.03.2006 tarih ve 5889/2785 K. sayılı karar (Gökcan, "**Resmi Belgede Sahtecilik Suçu"**, s.105).

[43] Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.683.

[44] Tezcan/Erdem/Önok, **a.g.e.**, s.689, 690; Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s.5636; Parlar/Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.2989; Üstüner, **a.g.e.**, s.40.
Koca/Üzülmez'e göre, sahteciliğin aldatmaya uygun oluşu, belgede sahtecilik suçlarının tüm seçimlik hareketleri bakımından gereklidir (Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.683).

değiştirilmesi gibi. Düzenlenen resmi belgede sehven isim, tarih gibi hususlarda yanlışlık olmuş ise bunlar değiştirilebilir, ancak yapılan bu değişikliğin paraf edilip mühürlenmesi gerekmektedir[45]. Belgenin tarihinde oynama da belgede değişiklik olarak kabul edilir[46]. Örneğin, hastalık raporunda yer alan istirahat süresinin, tarihlerin daha sonradan hastanın isteği üzerine doktor tarafından değiştirilmesi gibi.

d. Gerçeğe Aykırı Belge Düzenlemek

Suçun kanuni tanımında yer alan fiillerden üçüncüsü, gerçeğe aykırı belge düzenlemektir. Herkes tarafından işlenebilen resmi belgede sahtecilik suçunun temel şeklinde yer almayıp, sadece kamu görevlileri tarafından işlenebilen suçun nitelikli şeklinde yer alan bir fiildir. "*Resmi bir belgeyi sahte olarak düzenlemek"* ve *"gerçeğe aykırı belge düzenlemek"* fiilleri içerik itibariyle birbirlerinden farklıdır. Gerçeğe aykırı belge düzenlenmesi fiili, sadece kamu görevlisi tarafından işlenen resmi belgede sahtecilik suçu bakımından söz konusu olabilecektir. Bu yönü ile TCK m.204/1'de yer alan seçimlik hareketten farklıdır[47]. Belgenin sahte olarak düzenlenmesinde, gerçek bir belgeye ilişkin unsurlar taklit edilerek sahte belge üretilmektedir ki, bu fiil nitelik olarak *"maddi sahtecilik"*tir. *"Gerçeğe aykırı belge düzenlemek"* fiilinde ise fail, düzenlemeye yetkili olduğu bir belgeyi içerik olarak gerçeğe aykırı biçimde yapmakta olduğundan bu fiile, *"içerik sahteciliği"* de denilmektedir[48]. Düşüncemize göre, TCK m.210/2'de özellikle gerçeğe aykırı belge düzenleme fiiline yer verilmesi de sahte belge düzenleme ile gerçeğe aykırı belge düzenlemenin birbirinden farklı içeriği haiz olduğunu ortaya koymaktadır.

Kamu görevlisi, olayı gerçekleştiğinden farklı bir şekilde ya da irade beyanını aslından farklı bir şekilde belgelendirirse gerçeğe aykırı belge düzenlemiş olur[49]. Yargıtay tarafından verilen bir

[45] Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s.5636; Artuk/Gökcen/Yenidünya, **TCK Şerhi-Özel Hükümler Madde 132-234**, s.4136; Gökcan, "**Resmi Belgede Sahtecilik Suçu"**, s.105.
[46] Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.689.
[47] Artuk/Gökcen/Yenidünya, **TCK Şerhi- Özel Hükümler Madde 132-234**, s.4135; Parlar/Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.2991; Üstüner, **a.g.e.**, s.39.
[48] Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s. 689; Tezcan/Erdem/Önok, **a.g.e.**, s.691; Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s.5645; Parlar/Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.2991; Gökcan, "**Resmi Belgede Sahtecilik Suçu"**, s.106, 107; Şener, **a.g.e.**, s.69).
Aksi yönde bir görüşe göre ise, bir belgede gerek gerçeğe aykırı bir şekilde olmamış bir olay olmuş gibi gösterildiğinde gerekse de gerçekleşen bir olay olduğundan farklı şekilde belgelendirildiğinde sahte belge üretilmiş olduğundan m.204/2'de gerçeğe aykırı belge düzenlemesi şeklinde ayrı bir seçimlik harekete yer verilmesi gereksizdir (Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.692).
[49] Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.691.

kararda, sanık doktorun fiilen hastanede yatmayan ve ameliyat olmayan hasta hakkında yatarak ameliyat olmuş gibi hasta giriş, tıbbi muayene ve müşahade evrakları ile hasta çıkış belgesi düzenlendiğinin anlaşıldığı ve belgeler resmi nitelikte olduğundan resmi belgede sahtecilik suçunun oluştuğu kabul edilmiştir[50]. Yargıtay tarafından verilen bir başka kararda da, sanık doktorların hastane kayıtlarına girişlerini yaptıkları gerçekte varolmayan hastalar ile tedavi için hastaneye gelen vatandaşlara gerçekte yapılmayan çeşitli cerrahi müdahaleleri yapmış gibi göstererek performans puanlarını artırmaları resmi belgede sahtecilik suçu kapsamında değerlendirilmiştir[51].

Ölüm belgesinde ölüm sebebinin gerçekte olduğundan başka bir şekilde gösterilmesi de kamu görevlisi sağlık mesleği mensupları tarafından gerçeğe aykırı belge düzenlenmesine örnek olarak verilebilir.

Gerçekte kişi hasta olmamasına rağmen, hastalık raporu verilmesinin yanı sıra istirahat için gereken süreden daha uzun süreli rapor verilmesi halinde de gerçeğe aykırı belge düzenlenmesi söz konusu olur.

Kolluk görevlileri tarafından işkence edilmiş bir kişiye işkence olmamış gibi rapor verilmesi de gerçeğe aykırı belge düzenlenmesine örnektir.

Uygulamada karşılaşılan meselelerden birisi de, hastanın randevu almamasına ve muayene olmamasına rağmen reçete düzenlenmesidir. Bu konuya ilişkin olarak Yargıtay'ın iki farklı yönde kararları bulunmaktadır. İlkine göre, Yargıtay bu yöndeki fiilleri görevi kötüye kullanma suçu kapsamında kabul etmektedir. Bu yönde verdiği bir kararda, resmi sağlık kuruluşlarında doktor olarak görev yapan sanıkların, hastaları görmeden ilaç yazarak reçete düzenlemesi şeklindeki fiilleri, *"görevi kötüye kullanma"* suçu olarak kabul edilmiştir[52]. İkincisine göre ise, Yargıtay bu yöndeki fiilleri resmi belgede sahtecilik suçu kapsamında kabul etmektedir. Yargıtay'ın ağırlıklı

[50] Yargıtay 6. CD., 28.09.1995 tarih ve 9055/9214 K. sayılı karar (Hakeri, **Tıp Hukuku Temel Bilgiler**, s.516).
[51] Yargıtay 15.CD., 04.07.2018 tarih ve 2018/2516 E., 2018/5035 K. sayılı karar (https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/, E.T: 27.06.2021).
[52] *"Sanığın hastayı görmeden reçete düzenlemek biçimindeki eylemiyle 765 sayılı yasanın 240.maddesinde yazılı görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu işlediği gözetilerek, 5237 sayılı yasanın 257.maddesinde kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olma ya da kişileri haksız kazanç sağlama öğelerinin aranması karşısında, reçetenin ilgili kurumda işlem görüp görmediği ve suçun tamamlanıp tamamlanmadığı tartışılıp sonucuna göre karar verilmelidir"* şeklinde içtihat edilmiştir (Yargıtay 4. CD., 20.09.2006 tarih ve 7907/14229 K. sayılı karar, Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.782).

olarak bu yönde karar verdiği görülmektedir. Bu yönde verdiği bir kararda, sağlık ocağında doktor olarak görev yapan sanığın hastaları görmeden, muayene etmeden farklı tarihlerde elli sekiz adet reçete düzenlemesi şeklindeki fiilleri, *"içerik sahteciliği"* kapsamında kabul edilerek *"resmi belgede sahtecilik suçu"* olarak nitelendirilmiştir[53].

Frankfurt Eyalet Yüksek Mahkemesi tarafından verilen bir karara göre, hastanın telefondaki ifadelerine dayanarak rapor veren doktorun belgede sahtecilik suçunu işlediği kabul edilmiştir. Mahkeme'ye göre bu durumda, hastanın fiziksel olarak muayene edilmediğinin raporda belirtilmesi gerektiği ifade edilmiştir[54].

Düşüncemize göre bu durumda, doktorun resmi belgede sahtecilik suçundan dolayı sorumluluğu gündeme gelmelidir. Hasta muayene edilmeden rapor yahut reçete düzenlenmemesi gereklidir. Doktorun hastayı görmeden, muayene etmeden rapor düzenlemesi halinde bahse konu belge, gerçeğe aykırı belge niteliğinde olur. Ancak hasta hastaneye gidemeyecek durumdaysa veya başkaca bir zaruri sebep bulunmaktaysa ve doktorun muayene etmeden görüş bildirmesi mümkün

[53] Yargıtay 11. CD., 10.05.2012 tarih ve 5145/8265 K. sayılı karar (Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s.694).
Benzer yönde başka bir kararda, *"... acil servisinde doktor olarak görev yapan sanıkların menfaat ve çıkar sağlamak amacıyla gerçeğe aykırı hasta reçeteleri düzenlemek ve görevi kötüye kullanmak suçunu işledikleri iddia olunmasına göre; eylemlerin sübuta ermesi halinde bir bütün olarak suç tarihinde yürürlükte olan 765 sayılı TCK' nın 339 (5237 sayılı TCK'nın 204/2) maddesinde yazılı "memurun resmi belgede sahteciliği" suçunu oluşturup oluşturmayacağına ilişkin delilleri takdir ve değerlendirme görevinin üst dereceli ağır ceza mahkemesine ait olduğu gözetilerek, görevsizlik kararı verilmesi gerekirken duruşmaya devamla yazılı şekilde hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir"* (Yargıtay 11. CD., 01.02.2012 tarih ve 2009/6280 E., 2012/830 K. sayılı karar (Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s.703).
Benzer yönde başka bir kararda da, *"Sanığın Haydarpaşa Numune Hastanesinde doktor olarak görev yaptığı sırada tedavi gören Emekli Sandığına bağlı hastalardan Emine, Güler ve Mehmet'in sağlık reçetelerinin birinci sayfalarını ele geçirerek, adı geçen kişilerin hiç almadıkları halde ikişer tane işitme cihazı aldıklarına ilişkin reçeteleri sahte olarak düzenlediği, Saim, Bayram, Fatma, Çevriye, Sevim, Salih ve Hasan isimli hastaların muayenesini yaptıktan sonra, bu kişilerin reçetelerinin birinci sayfalarını alarak, birer tane işitme cihazı yazdığını, resmi işlemleri de kendisinin yapacağını bildirerek, işitme cihazlarını almaları için eşi Hatice'nin sahibi olduğu Duyum İşitme Firmasına gönderip, birer tane işitme cihazı almalarını sağladığı halde, reçeteleri ikişer tane işitme cihazı verilmiş gibi sahte olarak düzenleyerek eşi Hatice'nin Emekli Sandığı'ndan ikişer tane cihaz bedeli tahsil etmesini sağlaması biçimindeki eylemlerinin ayrıca resmi belgede sahtecilik suçlarını oluşturduğu gözetilmeden, yazılı biçimde uygulama yapılması, yasaya aykırıdır"* (Yargıtay 6. CD., 19.04.2006 tarih ve 7720/3974 K. sayılı karar, Hakan, **Tıp Hukuku**, s.782).
Ayrıca benzer yöndeki diğer kararlar için bkz: Yargıtay 11.CD., 26.04.2012 tarih ve 3761/6880 K. sayılı karar (Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s.695); Yargıtay 11.CD., 27.03.2012 tarih ve 2745/4247 K. sayılı karar (Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s.696, 697); Yargıtay 15.CD., 04.07.2018 tarih ve 2018/2516 E., 2018/5035 K. sayılı karar; Yargıtay 15.CD., 30.03.2021 tarih ve 2019/6069 E., 2021/3816 K. sayılı karar; Yargıtay 15.CD., 14.03.2019 tarih ve 2017/14755 E., 2019/2173 K. sayılı karar ; Yargıtay 21.CD., 05.04.2017 tarih ve 2015/8922 E., 2017/1736 K. sayılı karar (https://kararara ma.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/, E.T: 27.06.2021).
[54] OLG Franfurt, NJW 1977, 2129 (Zieschang, **a.g.e.**, s.215, kn.8).

ise durumun mahiyeti ifade edilerek düzenlenen raporun gerçeğe aykırı olmayacağı düşüncesindeyiz.

Son zamanlarda tüm dünyayı etkisi altına alan Covid-19 salgınından dolayı pek çok hastanede poliklinikler geçici olarak kapatılabilmekte ve acil müdahale gerektirmeyen durumlarda fiziken muayene olmak yerine online ya da telefon ile görüşme yapılmasına yönelik uygulama gerçekleştirilebilmektedir. Bu halde doktorun reçete yazması ya da rapor düzenlemesinin hukuka uygunluğu üzerinde durmakta fayda bulunmaktadır. Düşüncemize göre, hastanın fiziken muayene olmasının salgından dolayı tehlikeliliği faydasından daha yüksek ise, doktor hasta ile uzaktan görüşme sağlayarak fiziken muayene edilmesinin gerekli olup olmadığına karar vermelidir. Doktor, eğer fiziken muayenenin gerekli olmadığı kanaatindeyse hasta ile online ya da telefon yoluyla görüşme sağlayabilir ve gerekli olan reçete ya da raporu bu şekilde düzenleyebilir. Ancak görüşmenin gerçekleşme şeklinin de doktor tarafından düzenlenen raporda ifade edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Alman içtihatlarında da, istisnai durumlarda doktor hastanın durumu hakkında başka bir yolla güvenilir bilgi elde etmişse, fiziki muayene veya kişisel görüşmenin gereksiz olabileceği ifade edilmektedir[55].

Diş hekimleri bakımından bu suçun işleniş biçimleri, reçete, rapor ya da tedavi belgelerinin gerçeğe aykırı olarak düzenlenmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Örneğin, yapılmayan protezlerin yapılmış gibi gösterilmesi yahut daha önce çekilmiş dişlerin kendisi tarafından çekilmiş gibi gösterilmesi gibi hallerde resmi belgede sahtecilik suçu oluşmaktadır[56].

Aile Hekimleri Kanunu m.5/3'e göre, aile hekimlerinin kullandığı basılı veya elektronik ortamda tutulan kayıtlar ve belgeler resmi belge niteliğindedir. Doktrinde bir görüşe göre, güvenli elektronik imza ile imzalanmamış verilerin bütünlüğünün korunmasının sorunlu olduğu ve resmi belge niteliğinin tanınmasının uygun olmadığı ifade edilmiştir[57]. Bir başka görüşe göre, elektronik belgelerin de belgede sahtecilik suçlarının konusunu oluşturacağı kabul edilmektedir. Bu görüşe

[55] OLG Düsseldorf, MDR 1957, 372; OLG Frankfurt/M. StV 2006, 471, 472 (Zieschang, **a.g.e.**, s.215, kn.8).
[56] Hakan Hakeri, "Diş Hekimlerinin Yasal Sorumlulukları", **Sağlık Hukuku Digestası**, Yıl:1, Sayı:1, Ankara Barosu Yayınları, 2009, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, s.19-27, s.27.
[57] Arif Gözel, "Belgede Sahtecilik Suçlarının Konusu Olarak Belge ve Elektronik Belge", **S.D.Ü Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:5, Sayı:1, 2015, s.143-201, s.197.

göre, yazılılık, içerik ve düzenleyenin belli olması unsurlarını taşıyan bir elektronik belge, belgede sahtecilik suçunun konusunu oluşturabilir[58].

Doktorun düzenlediği belgenin muhteviyatı itibariyle gerçeklerle bağdaşıp bağdaşmadığı değerlendirilirken teşhislerinin ve bu teşhise dayalı olarak düzenledikleri belgelerin subjektif kanaati ifade ettiği, başka bir doktor tarafından başka şekilde değerlendirilebileceği ve hastanın durumunun zaman içinde değişmiş olabileceği gibi hususlar nazara alınmalıdır[59]. Düşüncemize göre doktorun fiilinin resmi belgede sahtecilik suçunu oluşturup oluşturmayacağının belirlenmesinde esas alınması gereken kriter, doktorun hasta ile ilgili kanaatini ve bu kanaate dayalı olarak belirlediği teşhisi, devamında da tedaviyi gerçeğe uygun olarak belgelendirmiş olmasıdır. Doktorun düzenlediği raporda hatalı teşhis ya da hatalı tedavi olduğu iddiası, resmi belgede sahtecilik suçu kapsamında değil, doktorun tıbbi müdahalelerinden kaynaklanan sorumluluğu kapsamında ele alınmalıdır.

e. Sahte Resmi Belgeyi Kullanmak

Suçun kanuni tanımında yer alan fiillerden dördüncüsü, sahte resmi belgeyi kullanmaktır. Belgenin kullanılmasından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin olarak TCK'nın 207. maddesinin gerekçesinde, *"kullanmadan maksat, bu sahte belgenin herhangi bir hukuki ilişkide veya herhangi bir hukuki işlem tesisinde dikkate alınmasını sağlamaya çalışmaktır"* denilmiştir. TCK m.204'ün gerekçesinde de, kullanılan sahte belgenin kişinin kendisi ya da başkası tarafından düzenlenmiş olmasının öneminin olmadığı ifade edilmektedir.

Kullanma eyleminin de, görevle bağlantılı olarak icra edilmesi gerekir. Örneğin, kamu görevlisi sağlık mesleği mensubunun sahte olarak düzenlendiğini bildiği belgeyi kullanması halinde TCK m.204/2 kapsamında sorumluluğu söz konusu olur. Doktrinde bir görüşe göre örneğin, eczacının sahte ilaç küpürü ve fatura düzenleyip getirdiğini bilen tahakkuk memurunun bu sahte belgeleri kullanması halinde eczacının TCK m.204/1, kamu görevlisinin ise TCK m.204/2 kapsamında

[58] Murat Volkan Dülger, "Belgede Sahtecilik Suçlarının Konusu Olarak Elektronik Belge", **Belgede Sahtecilik ve Vergi Suçları Sempozyumu 21-24 Ekim 2019**, Yargıtay Başkanlığı/TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara, 2020, s.155-182, s.175.
[59] Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.787.

sorumlu olması gereklidir[60]. Düşüncemize göre ise, eczacının gerçeğe aykırı düzenlediği belgeden dolayı TCK m.210/2 kapsamında sorumluluğu olmalıdır.

B. Suçun Manevi Unsurları

Resmi belgede sahtecilik suçunun manevi unsuru kasttır. Suçun kanuni tanımında özel bir amaç ya da saik aranmamıştır.

Kamu görevlisi sağlık mesleği mensubunun belgeyi sahte olarak düzenlemesi, düzenlediği belgenin sahte olduğunu bilmesi gerekmektedir[61]. Suç, doğrudan veya olası kast ile işlenebilir[62]. Örneğin, kamu görevlisi doktorun hastanın aldatıcı ve çelişkili açıklamalarının olduğunu dosyasındaki raporlardan anlamasına rağmen bu beyanlar doğrultusunda rapor düzenlemesi gibi.

Sağlık mesleği mensubu, kendisine veya bir başkasına hukuka aykırı maddi menfaat sağlamak veya haklı bir hedefi gerçekleştirmek gibi amaçlar ile bu suçu işleyebilir, ancak bu amaçların suçun oluşması bakımından bir önemi bulunmamaktadır[63]. Doktorun hastasına zarar vermek yahut hastasından menfaat elde etmek gibi amaçlarının olmasının suçun oluşumu yönünden önemi bulunmamaktadır.

Bu suçun oluşması bakımından TCK'da özel kast aranmazken, Alm. CK. § 267'de yer alan *"belgede sahtecilik"* suçunda kastın yanında hukuki ilişkilerde aldatmak amacıyla hareket etme suçun manevi unsuru olarak öngörülmüştür. Alman doktrin ve içtihatlarında kabul edilen ağırlıklı görüşe göre, hareketin bilinmesi yani ikinci dereceden doğrudan kast yeterlidir; bu anlamda amaca yönelik istek yani birinci dereceden doğrudan kast gerekli değildir[64]. Burada aldatma iradesi maddi koşuluna bağlı olmaksızın tipikliğin özel bir subjektif unsuru söz konusudur[65].

Sağlık mesleği mensubu belge düzenlerken hasta tarafından sunulan belgenin sahte olduğunu bilmiyor ise, hata söz konusu olur ve sorumlu olmaz. Hataya sevk eden arka plandaki kişinin ise

[60] Gökcan, "**Resmi Belgede Sahtecilik Suçu"**, s.112.
[61] Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.787; Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s. 689; Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s.5663; Parlar/Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.2991; Üstüner, **a.g.e.**, s.46; Şener, **a.g.e.**, s.27.
[62] Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.695; Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s.5663; Parlar/Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.2992; Gökcan, **"Resmi Belgede Sahtecilik Suçu"**, s.121; Üstüner, **a.g.e.**, s.46.
[63] Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.785.
[64] BGH NStZ 1999, 619; BayObLG NJW 1998, 2917 (Rengier, **a.g.e.**, § 33, s.306, kn.39).
[65] Rengier, **a.g.e.**, § 33, s.306, kn.39.

dolaylı fail olarak sorumlu tutulup tutulamayağı yahut ne şekilde sorumlu olacağı iştirak kısmında değerlendirilecektir.

C. Suçun Nitelikli Halleri

Resmi belgede sahtecilik suçunun kamu görevlisi tarafından işlenmesi suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerinden biridir *(TCK m.204/2)*.

Suçun bir diğer nitelikli hali, TCK m.204/3'de yer almaktadır. Bu hükme göre, "*Resmi belgenin, kanun hükmü gereği sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli olan belge niteliğinde olması halinde, verilecek ceza yarısı oranında artırılır"*. Bu hüküm ile resmi belgede sahtecilik suçunun konu bakımından daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsuru düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, kanun hükmü gereği sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli olan bir resmi belgede sahtecilik suçu işlendiğinde, bu hal daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Bu nitelikli hal, madde gerekçesinde ifade edildiği üzere belgede sahtecilik ile delil teorisi arasındaki ilişki göz önüne alınarak daha üstün ispat gücüne sahip belgenin daha fazla korunması ihtiyacını karşılamaktadır. Belirsizliğin olmaması adına da belgenin böyle bir güce sahip olup olmadığının saptanması için kanunlarda bu hususu belirten bir hükmün bulunması gerekliliği kabul edilmiştir.

Resmi belgeleri *"sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli belgeler"* ve "*aksi sabit oluncaya kadar geçerli belgeler"* olarak ikiye ayırmak mümkündür. İlamlar ile düzenleme şeklindeki noter belgeleri, duruşma tutanakları, sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli olan belgelere; yetkili memurların görev ve yetkileri çerçevesinde düzenledikleri belgeler ise, aksi sabit oluncaya kadar geçerli belgelere örnek olarak gösterilebilir[66]. Doktrinde bir görüşe göre, doktor tarafından düzenlenen rapor, sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli belge niteliğindedir[67]. Düşüncemize göre ise, doktorlar tarafından düzenlenen belgeler, HMK m.204/2 kapsamında *"diğer yetkili memurların görevleri içinde usulüne uygun olarak düzenledikleri belgeler"* olduğundan aksi sabit oluncaya kadar geçerli belge kapsamında kabul edilmelidir.

[66] Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.678; Üstüner, **a.g.e.**, s.22.
6100 sayılı HMK m.204'e göre,
"(1) İlamlar ile düzenleme şeklindeki noter senetleri, sahteliği ispat olunmadıkça kesin delil sayılırlar.
(2) İlgililerin beyanına dayanılarak noterlerin tasdik ettikleri senetlerle diğer yetkili memurların görevleri içinde usulüne uygun olarak düzenledikleri belgeler, aksi ispatlanıncaya kadar kesin delil sayılırlar".
[67] Ziynet Özçelik, Ümit Biçer, **Türk Ceza Kanunu Hekimler ve Sağlık Ortamına İlişkin Maddeleri Yorum, Öneri ve Eleştiriler**, Ankara, 2005, s.82 (http://www.ttb.org.tr/kutuphane/tck.pdf, E.T: 20.03.2021).

Resmi belgede sahtecilik suçunun daha ağır cezayı gerektiren bir başka nitelikli hali, Terörle Mücadele Kanunu m.4'de düzenlenmiştir. Bu hükümde, terör amacıyla işlenen suçlar arasında resmi belgede sahtecilik suçu da sayıldığından koşulların gerçekleşmesi halinde TCK m.204'de belirtilen temel ceza yarı oranında artırılmalıdır *(3713 sayılı TMK m.4/1/a; m.5/1)*.

Resmi belgede sahtecilik suçunun daha az cezayı gerektiren nitelikli hali ise, TCK m.211'de düzenlenmiştir. Bu hükme göre, *"Bir hukuki ilişkiye dayanan alacağın ispatı veya gerçek bir durumun belgelenmesi amacıyla belgede sahtecilik suçunun işlenmesi halinde, verilecek ceza, yarısı oranında indirilir"*. Kanunkoyucu, bir hukuki ilişkiye dayanan alacağını ispatlayabilmek için ya da gerçek bir durumu belgelemek için işlenen sahteciliklerin haksızlık muhteviyatının diğer belgede sahteciliklere göre daha az olduğu kanaati ile daha az cezayı gerektiren bu nitelikli hali kabul etmiştir[68]. Eğer doktor kendisine yapılan haksız bir suçlama karşısında gerçeği ortaya koymak amacıyla sahte belge düzenlerse bu halden faydalanabilecektir.

Alm. CK. § 267/III/4'de kamu görevlisi sıfatıyla sahip olduğu yetki ya da mevkiin kötüye kullanılması suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali olarak kabul edilmiştir.

III. KUSURLULUK İNCELEMESİ, SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİNİN İNCELENMESİ, İSPAT, SORUŞTURMA USULÜ VE YAPTIRIM

A. Kusurluluk

Resmi belgede sahtecilik suçu bakımından kusurluluğa ilişkin olarak genel prensipler geçerlidir. Bu suçun zorunluluk hali içerisinde işlenebileceği kabul edilmektedir[69]. Yargıtay annesini acil olarak hastaneye getiren ve vize tarihinin geçmiş olması dolayısıyla tedavi yaptıramayacağını öğrenen kişinin vize tarihinde değişiklik yapmasına ilişkin fiilini, suç teşkil edebileceğini düşünmeden yaptığı gerekçesi ile resmi belgede sahtecilik suçu olarak kabul etmemiştir[70]. Esasen bu olayın zorunluluk hali kapsamında değerlendirilmesi gerekirdi[71]. Karara konu olayda, TCK m.25/2'de yer alan zorunluluk halinin koşulları gerçekleşmiştir. Zorunluluk hali kapsamında başka bir örnek ise, doktorun hastayı muayene etmesi neticesinde hastasının cinsel ilişkiye girdiğini tespit

[68] Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.697.
[69] Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.678.
[70] Yargıtay 6.CD., 02.03.2006 tarih ve 2005/6248 E., 2006/2907 K. sayılı karar (Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.697).
[71] Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.698.

etmesine rağmen hastasını ağır ve muhakkak bir töre cinayetinden korumak amacıyla raporda aksini beyan etmesi halidir[72].

Zorlayıcı cebir veya tehdit uygulanarak belgede sahtecilik fiilinin işletildiği hallerde de kusurluluğun etkilendiği ve cebir veya tehdit uygulayan kişinin fail olduğu kabul edilmelidir. Çünkü TCK m.28'e göre, cebir, şiddet, korkutma ya da tehdit uygulayan kişi fail olarak kabul edilir. Bu hükme göre cebir ya da tehdit altındaki doktor fail olarak sorumlu olmayacaktır. Örneğin, bir kişinin doktora cebir uygulayarak sahte hastalık raporu düzenletmesi halinde doktorun iradesi etkilendiği için doktorun ceza sorumluluğu olmamakla birlikte cebri uygulayan kişinin ceza sorumluluğu suçun özgü suç olması yönüyle önem arz etmekte ve bu konuya ilişkin detaylı bilgiler iştirak kısmında yer almaktadır.

B. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

1. Teşebbüs

Resmi belgede sahtecilik suçunun oluşması için belgenin kullanılıp kullanılmaması önemli değildir. Suç, sırf hareket suçudur ve seçimlik hareketlerden birisinin gerçekleştirilmesi ile tamamlanmış olur. Seçimlik hareketlerden birisi gerçekleştirilirken elde olmayan sebeplerle fiil tamamlanamaz ise teşebbüs söz konusu olur.

Resmi belgede sahtecilik suçu, teşebbüse elverişlidir. İcra hareketlerinin failin iradesi dışında tamamlanamaması halinde teşebbüs hükümleri uygulanır[73]. Örneğin, doktorun sahte belge düzenlerken denetlemenin olacağını öğrenmesi ve düzenlemeyi tamamlayamaması halinde suç teşebbüs aşamasında kalmış olur.

Doktrinde suçun sahte belgenin düzenlenmesi ile mi yoksa ilgili merciye verilmesi ile mi tamamlandığı hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, sadece belgenin düzenlemesi yeterli olmayıp, suçun tamamlanması için belgenin verilmesinin de aranması gerekmektedir[74]. Benzer yönde bir görüşe göre de, düzenleme fiilinden, belgeyi sadece hazırlamak değil, aynı zamanda vermek de

[72] Erbaş, **a.g.m.**, s.348.
[73] Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s. 690; Tezcan/Erdem/Önok, **a.g.e.**, s.692; Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s.5666; Gökcan, **"Resmi Belgede Sahtecilik Suçu"**, s.123.
Bu suça teşebbüsün mümkün olmadığı görüşü için bkz: Parlar/Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.2993; Üstüner, **a.g.e.**, s.53.
[74] Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.786.

anlaşılmalıdır[75]. Bir görüşe göre de, mevzuat gereği belgenin ibrazının yeterli olmayıp ilgilinin hakimiyet alanına girmesinin gerektiği hallerde fiil bu aşamaya ulaşmadığında teşebbüsten söz edilmesi gerekmektedir[76]. Ancak aksi yöndeki görüşe göre, suçun tamamlandığı an, maddede sayılan seçimlik hareketlerden birinin gerçekleştirildiği andır. Suçun oluşması için ayrıca belgenin kullanılması veya zarar doğması gerekli değildir[77].

Düşüncemize göre, suçun kanuni tanımında belgenin sahte olarak düzenlenmesi, gerçek bir belgenin başkalarını aldatacak şekilde değiştirilmesi, gerçeğe aykırı olarak belge düzenlenmesi veya sahte resmi belgenin kullanılması fiilleri tanımlanmış olup ayrıca belgenin ilgili merciye verilmesi şeklinde bir unsura yer verilmediğinden suçun kanuni tanımında yer alan bu seçimlik hareketlerden birisinin gerçekleştirilmesi suçun oluşumu bakımından yeterlidir.

Düzenlenen sahte belgenin kullanılması halinin temadi etmesi durumunda, ilk kullanma anında suçun tamamlanmış olduğu ve resmi belgede sahteciliğin bir defa işlenmiş olduğu kabul edilir ve zamanaşımı tarihi de buna göre hesaplanır[78]. Birden fazla seçimlik hareketin gerçekleştirilmesi cezanın belirlenmesi bakımından önem taşır.

2. İştirak

a. Genel Açıklamalar

Kamu görevlisi doktor tarafından işlenen resmi belgede sahtecilik suçu, TCK m.204/2 kapsamında sadece belli kişiler tarafından işlenebilen bir suç olduğu için özgü suçtur. Özgü suçun en önemli hukuki neticeleri iştirak ile ilgili olarak ortaya çıkmaktadır.

Özgü suçlarda sadece suçun kanuni tanımında yer alan özel niteliği haiz kişi fail olarak sorumlu olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise, azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur *(TCK m.40/2)*. Yargıtay tarafından verilen kararlarda, özel niteliği haiz olmayan kişinin özgü suça iştirakının neticesi olarak azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu olduğu

[75] Erdağ, **a.g.m.**, s.544.
[76] Gökcan, **"Resmi Belgede Sahtecilik Suçu"**, s.112.
[77] Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s. 689; Tezcan/Erdem/Önok, **a.g.e.**, s.690; Şener, **a.g.e.**, s.66; Savaş, **a.g.m.**, s.297.
[78] Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s. 690; Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s.5646; Parlar/Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.2990; Şener, **a.g.e.**, s.70.

kabul edilmektedir[79]. Esasen bu yerleşmiş içtihadın yasal dayanağı, TCK m.40/2'dir. Bu anlamda mevcut yasal düzenleme ile içtihat uyuşmaktadır.

Düşüncemize göre özgü suçun faili, suçun kanuni tanımında yer alan muhatap alanı içerisinde bulunan ve tipiklikte öngörülen özel haksızlığı, özel cezalandırılabilirliği ve faile ilişkin belirli bir özelliği *(nitelik, durum, koşul ya da ilişki)* ya da yükümlülüğü haiz olan kişiyi ifade etmektedir[80]. Resmi belgede sahtecilik suçunun nitelikli şeklinde *(TCK m.204/2)*, suçun kanuni tanımında sadece kamu görevlilerinin işleyebileceği öngörüldüğünden sadece bu niteliği haiz kişi fail olarak sorumlu olabilir. Ancak şüphesiz ki iştirakın pek çok farklı tezahürü ile karşılaşmak mümkündür. Bu sebeplerle kamu görevlisi sağlık mesleği mensubunun resmi belgede sahtecilik suçundan fail ya da şerik olarak cezai sorumluluğunun nasıl belirleneceği faillik ve şeriklik türlerine göre oluşturduğumuz formülasyona göre ayrı ayrı incelenecektir.

b. Kamu Görevlisi Sağlık Mesleği Mensubunun Resmi Belgede Sahtecilik Suçundan Müstakil Fail ya da Müşterek Fail Olarak Ceza Sorumluluğu

Özgü suçlarda suçun kanuni tanımındaki özelliği taşıyan kişi yani *"intraneus"*, fiili tek başına işlemekteyse müstakil fail olarak ya da diğer kişiler birlikte fiil üzerinde hakimiyet kurmak suretiyle işlemesi halinde müşterek fail olarak sorumlu olur[81].

Özgü suç müstakil fail olarak sadece *"intraneus"* tarafından işlenirse, genel kurallara göre sorumluluğu belirlenir. *"Intraneus"*un özgü suçlardan müstakil fail olarak sorumlu olması bakımından genel suçlar ile arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Dolayısıyla kamu görevlisi

[79] *"... sanık İdris'in ise Belediye'de yazı işleri müdürü olarak görev yaptığı, bu sıfatı itibari ile encümen üyesi olduğu ancak satışın kendisine yapıldığına ilişkin encümen kararına alt kısımdaki notta belirtildiği üzere 5393 sayılı Yasanın 35.maddesi gereğince katılmadığı, bu fiilin görevi ile ilgili olmadığı, özel faillik niteliği taşıyan ve diğer kamu görevlilerinin işlediği özgü suçtan TCK'nın 40/2 maddesi kapsamında azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabileceği, …"* (Yargıtay 5.CD., 24.02.2014 tarih ve 14276/1997 K. sayılı karar, Otacı, Öztekin, Özaydın, **a.g.e.**, s.614).
Benzer yönde kararlar için bkz: Yargıtay 5.CD., 05.06.2015 tarih ve 5329/12132 K. sayılı karar, Otacı, Öztekin, Özaydın, **a.g.e.**, s.628; Yargıtay 7.CD., 2015/188 E., 2019/33785 K. sayılı karar (https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/, Çevrimiçi, 30.10.2019).

[80] Kitapçıoğlu Yüksel, **a.g.e.**, s.239.

[81] Kitapçıoğlu Yüksel, **a.g.e.**, s.240.
Çalışma kapsamında kullanılan *"intraneus"* ve *"extraneus"* kavramlarının izahında lüzum bulunmaktadır. Özgü suçun kapsamı içerisinde *(innenseiter)* yer alan ve kanunda öngörülen özel niteliği haiz olası fail, *"intraneus"* olarak adlandırılır; bu alanın dışında kalan *(außenseiter)* ve yükümlülük altında olmayan, özel faillik vasfı taşımayan kişiler de *"extraneus"* olarak adlandırılır (Eberhard Schmidhäuser, **Strafrecht AT**, J.C.B Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1982, s.104, kn.90; Julia A. Martin, **Sonderdelikte im Umweltstrafrecht**, V & R, Osnabrück, 2006, s.19).

sağlık mesleği mensubu, resmi belgede sahtecilik suçunun nitelikli şeklinin *"intraneus"*u olduğundan bu suçtan müstakil fail olarak sorumlu tutulabilir.

Resmi belgede sahtecilik suçunun birden fazla kişi tarafından işlenmesi durumunda, müşterek fail olarak sorumlu olunup olunamayacağı incelenmelidir. Müşterek fail olabilmek için gerekli olan faillik niteliklerini kişinin taşıması gerekir. Bu nedenle sadece belirli bir sınıfa üye olan kişiler, özgü suçtan dolayı müşterek fail olarak sorumlu olabilmek için uygun süje konumunda görünürler[82]. Suçun kanuni tanımında fail için öngörülen özel nitelik ya da özel yükümlülük durumu eksik olan kişi müşterek fail olamaz. Özgü suç ile öngörülen niteliği haiz olmayan kişiler, yalnızca azmettiren ya da yardım eden olarak özgü suça iştirak edebilirler[83]. Müşterek fail olarak sorumlulukta birkaç farklı durum ayrı ayrı incelenmelidir.

İlk durum, özgü suçu birden fazla *"intraneus"*un fiil üzerinde birlikte hakimiyet kurarak birlikte işlemeleri halidir. Bu durum, herhangi bir özellik arz etmez, her bir kamu görevlisi özgü suçtan müşterek fail olarak cezalandırılır. İkinci durum, özgü suçu *"intraneus"* ile *"extraneus"*un birlikte işlemesi halidir. Bu durumda, *"intraneus"*un özgü suçtan müşterek fail olarak cezalandırılmasında tartışmalı bir husus bulunmamaktadır. Üçüncü durum, tartışmalı kısmı oluşturmaktadır. Özgü suça iştirak edenlerin özgü suçun gerektirdiği özel süje niteliğini haiz olup olmadığı ve böylece özgü yükümlülüğü haiz olan diğer kişiler ile birlikte müşterek fail olarak suça iştirak edip edemeyecekleri ya da genel sınırlama koşulları içerisinde sadece şerik olup olamayacaklarıdır[84]. Yani *"extraneus"*un *"intraneus"* tarafından işlenen özgü suça müşterek fail olarak iştirak edip edememesi özellik arz etmektedir. Suçun birden fazla iştirak eden ile birlikte icra edilmesi halinde, iştirak eden diğer kişilerin sorumluluğu, müşterek failliğin hukuki fonksiyonu dikkate alındığında doğru cevaplandırılabilir. Bu fonksiyon, genel veya özgü suç tipinin kanuni şekline değil, haksızlık teşkil eden eylemin kendisine ilişkindir[85]. Örneğin, hastanın yahut kamu görevlisi olmayan bir doktorun kamu görevlisi olan doktor tarafından işlenen resmi belgede sahtecilik suçuna müşterek fail olarak iştirak edip edememesi özellik arz etmektedir. Bu durumda, kamu görevlisi doktor, resmi belgede sahtecilik suçunun nitelikli şeklinden; hasta, resmi belgede sahtecilik suçunun temel

[82] Johannes, Nagler, **Die Teilnahme Am Sonderverbrechen**, Verlag von Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1903, s.78, 79.
[83] Jürgen Baumann, Ulrich Weber, Wolfgang Mitsch, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 11. neubearbeitete Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Biefeld, 2003, s.692, kn.91.
[84] Baumann/Weber/Mitsch, **a.g.e.**, s.673, kn.14; Langer, **Die Sonderstraftat**, s.391.
[85] Langer, **Die Sonderstraftat**, s.391.

şeklinden; kamu görevlisi olmayan doktor ise TCK m.210/2 çerçevesinde fail olarak cezalandırılır[86].

c. Kamu Görevlisi Sağlık Mesleği Mensubunun Resmi Belgede Sahtecilik Suçundan Dolaylı Fail Olarak Ceza Sorumluluğu

Resmi belgede sahtecilik suçunda iştirake ilişkin olarak tartışmalı meseleler çoğunlukla dolaylı faillik ile ilişkili olarak ortaya çıkmaktadır. Özgü suçta dolaylı faillik ile ilgili olarak Türk doktrininde sınırlı incelemelerin bulunması da, bu konudaki soruların çözümüne yönelik yetersizliği ortaya koymaktadır. Bu kısımda inceleyeceğimiz husus, resmi belgede sahtecilik suçunda kamu görevlisi sağlık mesleği mensubunun *"extraneus"*u özgü suçun işlenişinde araç olarak kullanması halinde ceza sorumluluğunun nasıl belirlenmesi gerektiğine ilişkindir. Bu halde, ön plandaki kişi, *"extraneus"*, arka plandaki kişi *"intraneus"*tur. Örneğin, kamu görevlisi sağlık mesleği mensubunun düzenlemek ile görevli olduğu bir resmi belgeyi bir başka şahsa düzenletmesi hali gibi. Bu durumda, kamu görevlisi resmi belgede sahtecilik suçundan dolaylı fail olarak sorumlu olabilecek midir?

Düşüncemize göre, bu değerlendirme yapılırken dolaylı faillik kurumu ve özgü suça iştirak kurumunun koşulları birlikte göz önünde bulundurulmalıdır. Öncelikle dolaylı failliğin koşulları bakımından değerlendirme yapılmalıdır. Genel anlamda dolaylı faillliğin koşullarında aranan ön

---

86 *"Serbest doktorluk yapan sanık A.R.S'ın özel muayehanesinde muayene edilen hastaları görmeyip muayene etmeden kullanmaları gereken ilaçları Buca 1 ve 2 no'lu Sağlık Ocaklarında memur statüsünde doktor olarak çalışan sanık T.A.'a nöbetçi olduğu sırada resmi işlemleri yaptırarak ve bazen de ilaç alacak gücü olmayan hastaların yakınlarının sağlık karnelerine yazdırmak sureiyle düzenlettiği reçetelerin bedellerinin diğer eczacı sanıklar tarafından tahsil edilerek sanık T.A.'ın suçuna iştirak ettiklerinden bahisle açılan davada, atılı suçun sübutu kabul edilen sanık T.A. ile sanık A.R.S'ın birlikte hareket ettiklerinde kuşku bulunmamakla birlikte eczacı olan diğer sanıklar H.T.T., M.G. ile Ö.Ş.'in doktor olan diğer sanıklarla fikir ve eylem birliği içerisinde hareket edip etmedikleri yönündeki iddianın tüm delillerle birlikte mahkemesince değerlendirilerek sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının tayini ve sübutu halinde de eylemlerinin memurun resmi belgede sahtecilik suçunu oluşturacağının gözetilmesi gerekirken TCK'nın 204/1.maddesinde öngörülen suça tabi olduğundan bahisle aynı yasanın 66/1-e maddesi uyarınca asli zamanaşımı nedeniyle kamu davasının düşürülmesine karar verilmesi ..."* Yargıtay 11. CD., 22.12.2010 tarih ve 969/14806 K. sayılı karar
Düşüncemize göre, bahse konu Yargıtay kararında suça iştirak eden kişilerin cezai sorumluluklarının belirlenmesinde doğru bir sistematik inceleme yapılmamıştır. Öncelikle suça iştirak eden kişilerin, resmi belgede sahtecilik suçu bakımından *"intraneus"* mu yoksa *"extraneus"* mu oldukları belirlenmelidir. İkinci olarak, fiil üzerinde hakimiyet kurup kurmadıkları hususu incelenmelidir. Son olarak ise, fiil üzerinde hakimiyet kuran *"intraneus"*un *(karara konu olaya göre kamu görevlisi doktorun)* TCK m.204/2'den özgü suçtan fail olarak sorumlu tutulması, fiil üzerinde hakimiyet kuran *"extraneus"*un *(karara konu olaya göre kamu görevlisi olmayan doktor ile eczacının)* ise TCK m.210/2'den sorumlu tutulması yönünde karar verilmelidir. Kamu görevlisi olmayan doktor ve eczacının fiillerinin haksız menfaat elde etme veya kamunun ya da kişilerin zararına sonuç doğurucu nitelik taşıması söz konusu ise, TCK m.204/1'den sorumlu tutulmasına yönelik karar verilmelidir.

plandaki kişinin fiilinin tipe uygun olmaması koşulu, aracın *"extraneus"* olması dolayısıyla karşılanmaktadır. Çünkü faile ilişkin özel nitelik, tipiklik unsurları içerisinde yer almaktadır ve bu koşulun sağlanmaması fiilin tipe uygun olmama koşulunu sağlamaktadır. Dolaylı failliğin diğer koşulların da varlığı halinde *"intraneus"*un dolaylı faillikten sorumluluğu söz konusu olmalıdır. İkinci olarak dolaylı failliğin özgü suçlarda mümkün olup olmaması yönünden değerlendirme yapılmalıdır. Esasen dolaylı faillikte ön plandaki kişinin fiili, arka plandaki kişinin yani dolaylı failin fiil üzerinde kurduğu hakimiyet ile gerçekleşir. Bu sebeple de dolaylı fail, fiili bizzat kendisi icra etmese dahi sorumlu tutulmaktadır. Özgü suçlarda dolaylı failliğin bu esasından ayrılmak için bir neden bulunmamaktadır. *"Intraneus"*un özgü suçtan dolaylı fail olarak sorumluluğu, TCK m.40/2'de yer alan düzenleme ile de uyuşmaktadır. Çünkü bu düzenlemede, ancak *"intraneus"*un fail olabileceği ifade edilmiş ve dolaylı faillik de bir faillik türü olduğundan bu koşulu karşılamaktadır[87].

Bu kapsamda, çalışmamızın konusunu oluşturan kamu görevlisi sağlık mesleği mensubu, resmi belgede sahtecilik suçunun *"intraneus"*u olduğundan resmi belgeyi cebir ya da tehdit ile yahut hataya düşürerek özel hastanede çalışan bir doktora veya bir eczacıya düzenletmesi halinde resmi belgede sahtecilik suçunun nitelikli şeklinden dolaylı fail olarak sorumlu olabilecektir.

d. Kamu Görevlisi Sağlık Mesleği Mensubunu Araç Olarak Kullanarak Resmi Belgede Sahtecilik Suçunu İşleten Kişinin Dolaylı Fail Olarak Ceza Sorumluluğu

Bu başlık altında tartışacağımız husus, resmi belgede sahtecilik suçunda *"extraneus"*un kamu görevlisi sağlık mesleği mensubunun fiili üzerinde hakimiyet kurması ve dolayısıyla *"intraneus"*u araç olarak kullanması halinde resmi belgede sahtecilik suçundan dolaylı fail olarak sorumlu olup olamayacağı meselesidir. Bu halde, arka plandaki kişi *"extraneus"* ve ön plandaki kişi *"intraneus"*tur.

Örneğin, bir kişi doktoru hataya düşürerek gerçeğe aykırı sağlık raporu düzenlemesine sebep olmuş ise, bu kişi dolaylı fail olarak cezalandırılabilir mi? Yahut bir kişi doktoru silahla tehdit ederek sahte rapor düzenletmişse bu kişinin ceza sorumluluğu nasıl belirlenmelidir? Yahut örneğin, kronik bir hastalığı olmamasına rağmen bu hastalığın olduğuna ilişkin sahte belgeler düzenleyerek bu

[87] Kitapçıoğlu Yüksel, **a.g.e.**, s.255, 256.

belgeleri doktora veren böylelikle kronik hastalığına ilişkin kamu görevlisi doktora rapor hazırlatan kişi resmi belgede sahtecilik suçundan dolaylı fail olarak sorumlu olabilir mi?

*"Extraneus"*un özgü suçtan dolaylı fail olarak sorumlu olmayacağını kabul etmekle birlikte ceza sorumluluğunun belirlenmesine ilişkin değerlendirmede, iki aşamalı bir yol izlenmesini önermekteyiz. İlk olarak, gerçek ve gerçek olmayan özgü suç bakımından ayrım yapılması gerektiği düşüncesindeyiz. Bu anlamda öncelikle olaya konu suçun gerçek özgü suç mu yoksa gerçek olmayan özgü suç mu olduğu belirlenmelidir. Bu husus saptandıktan sonra *"intraneus"*un kasten hareket edip etmediği tespit edilmeli ve bu şekilde değerlendirilme yapılmalıdır[88].

Çalışmamıza konu olan suç, gerçek olmayan özgü suçtur. Gerçek özgü suçtan farklı olarak gerçek olmayan özgü suçta, *"intraneus"*un kasten hareket edip etmemesine göre ayrım yapılmasına gerek olmaksızın *"extraneus"*un özel faillik niteliğini haiz olmadığından bu suçtan sorumlu tutulamayacağını, ancak suçun herkes tarafından işlenebilen temel şeklinden dolayı sorumlu olacağını düşünmekteyiz. Bu halde, bir hasta doktoru verdiği bilgiler ile hataya düşürerek resmi belgede sahtecilik suçunu işlemesine sebep olursa yahut doktora cebir, tehdit uygulamak suretiyle iradesi üzerinde hakimiyet kurarak sahte belge düzenletirse resmi belgede sahtecilik suçunun nitelikli şeklinden dolaylı fail olarak sorumlu olamaz. Ancak resmi belgede sahtecilik suçunun temel şeklinden fail olarak sorumlu olur.

"Extraneus", resmi belgede sahtecilik suçunun temel şeklinden fail olarak sorumlu tutulabilmekle birlikte burada belgenin *"gerçeğe aykırı"* olarak düzenlenmesi halinde, tipiklikle ilgili bir sorun da karşımıza çıkmaktadır. Belge, mahiyeti itibariyle gerçeğe aykırı olarak düzenlenmişse bu halde fiil, TCK m.204/2'de yer alan ve bununla birlikte TCK m.204/1'de yer almayan *"gerçeğe aykırı olarak belge düzenleme"* fiilidir. *"Extraneus"*un TCK m.204/1'den sorumlu olması, gerçek olmayan özgü suçlarda dolaylı failin suçun temel şeklinden sorumlu tutulması anlayışımız ile bağdaşmasına rağmen, resmi belgede sahtecilik suçu bakımından fiilin tipik olmaması sorununu da beraberinde getirmektedir. Bu halde düşüncemize göre, olan hukuk *(de lege lata)* bakımından doktorun hataya düşürülmesi halinde *"extraneus"*un TCK m.206'da yer alan *"resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan"* suçundan sorumlu olması gereklidir. Olması gereken hukuk *(de lege ferenda)* bakımından ise, kamu görevlisinin hataya düşürülmesi fiilinde TCK m.206 ile sorun çözülürken

[88] Kitapçıoğlu Yüksel, **a.g.e.**, s.278.

kamu görevlisine cebir yahut tehdit uygulamak suretiyle gerçeğe aykırı belge düzenletilmesi fiilinde cezalandırma boşluğu olduğundan ve bu durum da cezalandırma bakımından adaletsizliğe yol açtığından ayrı bir suç ihdas edilmesine ihtiyaç bulunmaktadır. Kamu görevlisinin iradesi üzerinde hakimiyet kurmak suretiyle resmi belgenin gerçeğe aykırı olarak düzenlenmesinin sağlanması veya böyle bir belgenin kullanılması fiillerinin daha geniş bir anlatımla resmi belgede sahtecilik suçunun dolaylı faillik yoluyla işlenmesinin ayrı bir suç olarak ihdas edilmesini önermekteyiz. Alm. CK. § 271'de de benzer şekilde resmi belgede sahtecilik suçunun dolaylı faillik yolu ile işlenmesi *"resmi belgeleri dolaylı olarak gerçek dışı düzenleme"* başlığı ile ayrı bir suç olarak düzenlemiştir[89].

Doktrinde farklı yönde bir görüşe göre ise, bu halde hasta dolaylı fail olarak sorumlu olur[90].

Kullanılan sahte belgelerin yanı sıra hazırlatılan sahte belgeden dolayı da resmi belgede sahtecilik suçundan sorumluluk gündeme gelmelidir[91]. Yargıtay tarafından verilen bir kararda da, hem düzenleyip kullandıkları sahte belgeden dolayı hem de sahte belge kullanılarak kamu görevlisine düzenlettikleri gerçeğe aykırı resmi belgeden dolayı ayrı ayrı müşterek fail olarak sorumlu tutulmaları gerektiği ifade edilmiştir[92]. Düşüncemize göre, bu gibi durumlarda sahte belgenin düzenlenmesi ve kamu görevlisini hataya düşürerek gerçeğe aykırı belge düzenletilmesi iki ayrı fiil olarak kabul edilmelidir. Hastanın sahte belge düzenlemesi, TCK m.204/1'den fail olarak sorumlu olmasını gerektirir. Doktoru hataya düşürerek gerçeğe aykırı belge düzenletilmesi halinde ise yukarıda ifade ettiğimiz prensip ve görüşlerden ayrılmak için bir sebep bulunmamaktadır.

Alm. CK. § 271'de resmi belgede sahtecilik suçunun dolaylı faillik yolu ile işlenmesi, *"resmi belgeleri dolaylı olarak gerçek dışı düzenleme"* başlığı ile ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir. Böylece bir kimsenin resmi bir belgenin gerçeğe aykırı olarak düzenlenmesini, kayda geçirilmesini sağlaması suç olarak ihdas edilmiştir. Paragrafın ikinci fıkrasında da, bu şekilde düzenlenen gerçeğe aykırı belgenin hukuki ilişkiler sırasında aldatma amacı ile kullanılmasının da aynı şekilde cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Bu suç, özgü suçlarda dolaylı faillik durumunu özel olarak

[89] Kitapçıoğlu Yüksel, **a.g.e.**, s.274.
[90] Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.785; Erdağ, **a.g.m.**, s.551.
[91] Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.699.
[92] Yargıtay 6.CD., 2803.2006 tarih ve 2004/6995 E., 2006/3045 K. sayılı karar (Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.699).

düzenlemektedir ve bu suçlarda genel kurallara göre dolaylı faillik mümkün değildir[93]. Alm. CK § 25/1/c.2 uyarınca genel kurallara göre suç süjesinde elverişlilik eksik ise, ceza kanunun özel kısmında kanunda düzenlenen münferit özgü suçlar tesis edilerek cezai sorumluluktaki boşluklar kapatılmıştır[94].

Alm. CK § 348'de *"görev başında sahte belge düzenleme"* başlığı altında kamu görevlisi tarafından gerçeğe aykırı belge düzenlenmesi suç olarak ihdas edilmiştir. Alman doktrininde bir görüşe göre, Alm. CK § 271 ve § 348 birlikte incelenmelidir. § 271'in formüle ediliş biçimi başarılı görülmemektedir. Bu sebeple bu hükmü anlamaya § 348'den başlanılması gerektiği ifade edilmektedir. Bu aynı zamanda suç inceleme bakımından da geçerlidir, çünkü § 271 esas olarak § 348'in dolaylı faillikle işlenmesini kapsamaktadır. § 348 gerçek görev suçudur[95]. § 348'in faili sadece kamu görevlisi olabilir. Kamu görevlisi olmayan kişiler failin özel niteliğinin eksik olması sebebiyle § 348'in doğrudan ya da müşterek faili olarak sorumlu olamazlar, sadece azmettiren yahut yardım eden olarak ceza sorumlulukları söz konusu olabilir. § 348 bağımsız bir suç olduğu için kamu görevlisi niteliğini haiz olmayanlar bakımından § 28/1 uygulama alanı bulacaktır[96]. § 271'de yer alan suç ise, 348/1'deki tipikliğin objektif unsurlarını kamu görevlisinin gerçekleştirmesine kasten sebep olan kişi tarafından işlenir[97].

e. Kamu Görevlisi Sağlık Mesleği Mensubunun Resmi Belgede Sahtecilik Suçundan Şerik Olarak Ceza Sorumluluğu

Kamu görevlisi sağlık mesleği mensubu, resmi belgede sahtecilik suçunun nitelikli şeklinin *"intraneus"*u olduğu için her durumda fail olarak kabul edilmesi doğru bir yaklaşım değildir. *"Intraneus"*un özgü suçtan dolayı tek sorumluluk şekli faillik değildir, suça şerik *(azmettiren ya da yardım eden)* olarak katılması da mümkündür. *"Intraneus"*un fiili hakimiyet kurmadığı, özel tipik haksızlığı gerçekleştirmediği hallerde fail olarak sorumlu tutulması mümkün değildir. Kabul ettiğimiz anlayışa göre, kişinin suçun kanuni tanımında öngörülen faillik özelliğini taşıması, başkaca inceleme yapılmaksızın onun fail olarak sorumlu tutulması neticesini doğurmaz. Bu

[93] Baumann/Weber/Mitsch, **a.g.e.**, s.701, kn.123.
[94] Jörg Weddig, **Mittelbare Täterschaft und Versuchsbeginn bei der Giftfalle**, Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main, 2008, s.20.
[95] Rengier, **a.g.e.**, s.322, § 37, kn.3.
[96] Rengier, **a.g.e.**, s.322, § 37, kn.4.
[97] Rengier, **a.g.e.**, s.323, § 37, kn.11.

anlamda öncelikle failin *"intraneus"* mu yoksa *"extraneus"* mu olduğu tespit edilmeli ve sonrasında fiil üzerinde hakimiyet kurup kurmamasına ve suça katkısının ölçüsüne, niteliğine göre fail ya da şerik olarak sorumluluğu tespit edilmelidir. Örneğin, kamu görevlisi doktorun bir başka doktoru gerçeğe aykırı belge düzenlemeye azmettirmesi yahut gerçeğe aykırı rapor düzenlemesi hususunda yardım etmesi gibi.

*"Intraneus"*un özgü suçtan şerik olarak sorumluluğu incelenirken, gerçek özgü suç ve gerçek olmayan özgü suç arasında ayrım yapılmalıdır. Gerçek olmayan özgü suçlarda, TCK'da kabul edilen bağlılık kuralı anlayışına göre, *"intraneus"* şerik, failin işlediği suçtan şerik olarak sorumlu tutulması gerektiğinden failin işlediği suç belirlenmelidir. Bu halde *"intraneus"* şerik, fail *"intraneus"* ise, suçun nitelikli şeklinden sorumlu olur iken, fail *"extraneus"* ise, suçun temel şeklinden sorumlu olmalıdır. Çalışmamızın konusunu oluşturan resmi belgede sahtecilik suçunda sağlık mesleği mensubu azmettiren ya da yardım eden olarak suça iştirak etmişse ne şekilde sorumlu olacağı bağlılık kuralından dolayı failin kamu görevlisi olup olmadığına göre değişmektedir. Resmi belgede sahtecilik suçuna şerik olarak iştirak eden kamu görevlisi sağlık mesleği mensubu, fail de kamu görevlisi ise TCK m.204/2'de yer alan suçun nitelikli şeklinden, fail kamu görevlisi değilse TCK m.204/1'de yer alan suçun temel şeklinden sorumlu olmalıdır.

f. Kamu Görevlisi Sağlık Mesleği Mensubu Tarafından İşlenen Resmi Belgede Sahtecilik Suçuna İştirak Eden *"Extraneus"*un Ceza Sorumluluğu

"Extraneus", özgü suçun uygun muhatap alanı dışında kaldığı için bu haksızlık tipini gerçekleştirememek ile birlikte özgü suça katkı sunabilir. Dolayısıyla normun öngördüğü faillik alanı dışındaki kişi, suça katkı sunmama yükümlülüğü sebebi ile şerik olarak sorumlu olur.

TCK m.40/2'ye göre, suçun kanuni tanımında fail için öngörülen niteliği haiz olmamakla birlikte özgü suça iştirak eden kişiler, şerik *(azmettiren ya da yardım eden)* olarak sorumlu olurlar. Bu düzenlemeye göre özgü suçlarda "*extraneus"*, fiili hakimiyet kurmuş olsa dahi işlenen suçtan şerik olarak cezalandırılabilir. Ancak işlediği fiil başkaca bir suçu oluşturuyorsa failliğin şerikliğe önceliği ilkesi gereğince bu suçtan fail olarak cezalandırılabileceği de göz önünde bulundurulmalıdır.

Düşüncemize göre, resmi belgede sahtecilik suçuna iştirak eden kişinin kamu görevlisi olmaması halinde özel niteliği haiz olmadığı için şerik olarak sorumlu tutulması gerektiğine ilişkin kati

yaklaşım doğru değildir. Öncelikle bu suçun gerçek olmayan özgü suç olduğu göz önünde bulundurularak değerlendirme yapılmalıdır. İkinci olarak, *"extraneus"*un suça iştirak biçimi belirlenmelidir; fiili hakimiyet mi kurduğu yoksa azmettiren yahut yardım eden olarak mı iştirak ettiği saptanmalıdır. TCK m.204/2'de yer alan resmi belgede sahtecilik suçunun nitelikli şekline azmettiren ya da yardım eden olarak iştirak eden bir hasta yahut özel hastanede çalışan doktor, bu suçtan şerik olarak cezalandırılır. Eğer hasta yahut özel hastanede çalışan doktor, fiil üzerinde kamu görevlisi doktor ile birlikte hakimiyet kurmuş ise bu takdirde, TCK m.204/2'den şerik olarak ve TCK m.204/1'de yer alan resmi belgede sahtecilik suçunun temel şeklinden fail olarak sorumlu olur. Neticede failliğin şerikliğe önceliği ilkesi gereğince TCK m.204/1'den fail olarak sorumlu olur.

3. İçtima

Seçimlik hareketlerden birisinin yapılması ile suç oluşur, ancak birden fazla seçimlik hareketin aynı fail tarafından icra edilmesi halinde de eylemin tek olduğu kabul edilmelidir. Seçimlik hareketler aynı belge ile ilgili olarak gerçekleştirilirse hukuki anlamda tek fiil söz konusu olur[98].

Sahte belgenin farklı yerlerde kullanılması halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir[99]. Yargıtay'ın kabulüne göre, aynı anda birden fazla sahte belge düzenlenmesi

[98] Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.700.

[99] Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s. 690; Tezcan/Erdem/Önok, **a.g.e.**, s.693. Örneğin; nüfus idaresinden sahte kimlik belgesi düzenletip, bu belge ile noterde imza sirküleri, muhtardan ikamet belgesi, kurumundan ücret bordrosu elde ederek aynı belgeler ile bankadan kredi alma eylemleri zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasını gerektirir. Bkz: Yargıtay 11. CD., 07.05.2008 tarih ve 2162/4612 K. sayılı karar (Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s. 690).
"... gerçeğin kuşkuya yer vermeyecek şekilde belirlenmesi bakımından öncelikle katılan kurum müfettişlerince düzenlenen soruşturma raporları ve diğer belgelerin asılları veya onaylı suretlerinin getirtilmesi, haklarında reçete düzenlenen hastaların, konukevi çalışanlarının ve sanık Orhan'ı Konukevine götürdüğü belirtilen Gürkan'ın tanık olarak beyanlarının alınması, olay tarihinde hastalarda söz konusu rahatsızlığın bulunup bulunmadığının araştırılması ve eylemin sübutu halinde suç tarihinde yürürlükte olan 765 sayılı TCK'nın 339, 80. (5237 sayılı TCK'nın 204/2, 43/1.) maddelerinde yazılı zincirleme şekilde "memurun resmi belgede sahteciliği" suçundan hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden eksik incelemeyle ve suç vasfında yanılgıya düşülerek eylemin görevi ihmal suçu kapsamında kaldığından bahisle düşme kararı verilmesi, yasaya aykırıdır" Yargıtay 11.CD., 26.04.2012 tarih ve 3761/6880 K. sayılı karar (Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s.695).
"... hastaları görüp muayene etmeden ve karne içeriğine uygun ilaçlar yanında başka ilaçlar da ekleyerek toplam 11 adet reçete düzenlediği, sanık Kıvanç C..'in bu şekilde düzenlettirdiği reçeteleri faturalandırıp katılan kuruma ibraz edip bedellerini tahsil ettiği anlaşılmasına göre adı geçen sanıkların eylemlerinin iştirak halinde 765 sayılı TCK'nın 339/1, 80 (5237 sayılı TCK'nın 204/2, 43/1.) maddelerinde öngörülen "zincirleme olarak görevli memurun resmi belgede sahteciliği" suçunu oluşturduğu gözetilmeyerek isabetsiz gerekçe ile yazılı şekilde sanıkların "görevi kötüye kullanmak ve bu suça azmettirmek" suçundan mahkumiyetlerine karar verilmesi yasaya aykırıdır" Yargıtay 11.CD., 19.01.2012 tarih 2009/14593 E., 2012/576 K. sayılı karar (Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s.704.

durumununda bir suç oluşacağından bu halde zincirleme suç hükümleri uygulanmayacaktır; zincirleme suç hükümlerinin uygulanması için belgelerin farklı zamanlarda düzenlenmiş olması gerekmektedir[100]. Bu anlayışa göre, değişik zamanlarda sahte belge düzenlenmişse, zincirleme suç hükümlerinin uygulanması kabul edilmektedir[101]. Doktrinde aksi yöndeki görüşe göre ise, düzenlenen sahte belgenin sayısının birden fazla olduğu hallerde tek fiilin varlığından ve tek suçun oluştuğundan söz edilemeyeceği, Yargıtay'ın aynı anda birden fazla belge düzenlendiği hallerde değişik zamanlarda işlenme koşulunun gerçekleşmemesi sebebiyle tek suçun oluştuğuna yönelik kabulü doğru değildir[102]. Örneğin, bir kişinin bir yıl boyunca ücretsiz ilaç almasını sağlamak amacıyla her ay reçete düzenleyen doktor hakkında zincirleme suç hükümleri uygulanmalıdır. Bu halde doktor hakkında bir suç işleme kararıyla değişik zamanlarda aynı suçun birden fazla kez işlenmesi sebebiyle bir cezaya hükmedilecek ve bu ceza artırılacaktır[103].

TCK m.212'ye göre; *"Sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur"*. Bu hükümde gerçek içtima kuralına yer verilmiştir. Örneğin; sahte belge ile dolandırıcılık suçunun işlenmesi halinde fail hem sahtecilik hem de dolandırıcılık suçundan, zimmet suçunun işlenmesi halinde hem zimmet hem de resmi belgede sahtecilik suçlarından ayrı ayrı sorumlu olur[104]. Çoğunlukla Yargıtay kararlarında da resmi belgede sahtecilik suçu ile beraber kamu kurum ve

[100] *"... 5237 sayılı TCK'nın 43.maddesinde, 765 sayılı Yasanın 80.maddesinden farklı olarak "değişik zamanlarda" denilmesi karşısında; aynı anda işlenen fillerde zincirleme suça ilişkin hükümlerin uygulanma olanağı bulunmadığı, tek bir resmi belgede sahtecilik suçundan hüküm kurulması gerektiği, sanığın aşamalarda değişiklik göstermeyen savunması ve yakalama tutanağını içeriğine göre, suça konu belgelerin sanık tarafından aynı anda işlenen eylemlerde zincirleme suça ilişkin hükümlerin uygulanma olanağı bulunmadığı gözetilmeden, koşulları oluşmayan 5237 sayılı TCK'nın 43.maddesi uygulanarak fazla ceza tayin edilmesi; yasaya aykırıdır"* Yargıtay 11.CD., 12.01.2012 tarih ve 2009/13257 E., 2012/292 K. sayılı karar (Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s.703). Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s.5669. Bkz:Yargıtay 11.CD., 16.04.2008 tarih ve 2967/2853 K. sayılı karar Tezcan/Erdem/Önok, **a.g.e.**, s.694; Üstüner, **a.g.e.**, s.57.

[101] *"... 5237 sayılı TCK'nın 43.maddesinin uygulanabilmesi için 'bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi' gerektiği, aksi halde suçun, aynı anda bir kişiye karşı birden fazla işlenmesi halinde zincirleme suçun da gerçekleşmeyeceği cihetle, keşide tarihleri farklı olan çeklerin aynı anda mı yoksa farklı tarihlerde mi sanık İ. tarafından kullanıldığı kuşkuya yer bırakmayacak şekilde belirlendikten sonra zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağının tartışılması gerektiğinin gözetilmemesi, ..."* (Yargıtay 11.CD., 18.09.2014 tarih ve 12495/15252 K. sayılı karar, Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.703).

[102] Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.704.

[103] Erbaş, **a.g.m.**, s.349.

[104] Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s.690; Tezcan/Erdem/Önok, **a.g.e.**, s.693; Parlar/Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.2993; Üstüner, **a.g.e.**, s.58.

kuruluşların zararına dolandırıcılık suçunun da işlendiği görülmektedir[105]. Suçun oluşumu bakımından menfaat sağlanmasının önemi bulunmamaktadır. Ancak kamu görevlisi sağlık mesleği mensubunun menfaat karşılığında sahte belge düzenlemesi halinde koşulları varsa hem rüşvet suçundan hem de resmi belgede sahtecilik suçundan dolayı sorumluluğu olabilecektir[106].

C. İspat

Sağlık mesleği mensubu tarafından işlenen resmi belgede sahtecilik suçunda ispat, önemli ve zor bir konudur. Hatalı objektif değerlendirmeye, yanlış teşhise mi dayandığı yoksa gerçeğe aykırılığın bilerek mi gerçekleştirildiğinin belirlenmesi çoğu zaman güç olmaktadır.

Yargıtay sahteliğin ispatı bakımından ayrıntılı araştırma yapılması gerektiğini içtihat etmektedir. Bu kararlarda olayın özelliğine göre, hastaların dinlenmesini, hastaların düzenlenen reçetelerde yer alan ilaçları kullanıp kullanmadıklarının, muayene kaydının olmamasına rağmen reçete düzenlenip düzenlenmediğinin araştırılmasını, hastalığa ilişkin belgeler incelenerek reçete ile karşılaştırılma yapılmasını, reçete ile hastalığın ilgisinin bulunup bulunmadığının ve fazladan ilaç yazılıp yazılmadığının, nerede ve ne zaman muayene olduklarının, hastaların yaşlı ve bakıma muhtaç kişiler olup olmadıklarının belirlenmesini, bilirkişi incelemesi yapılmasının gerekliliğini ifade etmektedir[107].

[105] Yargıtay 15.CD., 05.12.2019 tarih ve 2019/6068 E., 2019/14327 K. Sayılı karar; Yargıtay 15.CD., 25.03.2021 tarih ve 2020/10869 E., 2021/3601 K. sayılı karar; Yargıtay 15.CD., 24.12.2020 tarih ve 2018/748 E., 2020/12926 K. sayılı karar; Yargıtay 15.CD., 15.12.2020 tarih ve 2019/8770 E., 2020/12171 K. sayılı karar; Yargıtay 15.CD., 03.12.2020 tarih ve 2017/30863 E., 2020/11752 K. sayılı karar (https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/, E.T.: 27.06.2021).

[106] Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.785.

[107] Yargıtay CGK., 14.06.2005 tarih ve 6-38/63 K. sayılı karar (Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.791); Yargıtay 11. CD. 02.07.2012 tarih ve 2011/5903 E., 2012/13014 K. sayılı karar (Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s. 691).
Benzer yönde kararlar için bkz: Yargıtay 11.CD., 20.06.2012 tarih ve 6608/11972 K. sayılı karar (Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s. 692, 693); Yargıtay 11.CD, 14.03.2012 tarih ve 2009/18183 E., 2012/3547 K. sayılı karar (Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s. 699); Yargıtay 11.CD., 07.03.2012 tarih ve 1076/3046 K. sayılı karar (Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s. 700); Yargıtay 11.CD., 15.02.2012 tarih ve 2008/13963 E., 2012/1578 K. sayılı karar (Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s.701); Yargıtay 11.CD., 22.02.2012 tarih ve 2010/1602 E., 2012/1995 K. sayılı karar (Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s.702); Yargıtay 11.CD., 05.12.2011 tarih ve 2007/6694 E., 2011/22769 K. sayılı karar (Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s.705); Yargıtay CGK., 16.10.2007 tarih ve 6-43/206 K. sayılı karar (Artuk/Gökcen/Yenidünya, **TCK Şerhi-Özel Hükümler Madde 132-234**, s.4178); Yargıtay 11.CD., 22.03.2007 tarih ve 2003-2021 K. sayılı karar (Parlar/Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.3004).

Yargıtay tarafından verilen bir kararda, doktor ve eczacının sanık olduğu bir yargılamada sanıkların sağlık ocağına hiç gitmeyen kişiler hakkında reçete düzenledikleri, reçetelerde fazla ilaç yazıp yazılı ilaçların tamamını teslim etmedikleri halde ilaç bedellerini SGK'dan tahsil ettikleri ve yazılması gereken dozdan çok daha yüksek dozda ilaç yazdıkları iddiaları karşısında sanık savunmaları, tanık beyanları ve ilaçların dozlarının hastaya özgü ayarlandığı, dozların her zamankinden farklı ve yüksek dozda olabileceğine yönelik bilirkişi raporu çerçevesinde suçu işlediklerine dair somut delil elde edilemediğinden beraat hükmünün onanmasına karar verilmiştir[108]. Bir başka kararda da, tansiyon ve böbrek hastasına ilişkin sahteliği iddia edilen ve muayene sonucunda düzenlenen ilaçların diyaliz tedavisinde kullanılan ilaçlar ile tansiyon ilaçları olduğuna yönelik beyan ve nefroloji uzmanı ile biyokimya uzmanı bilirkişiler tarafından düzenlenen raporda reçetelerde yazılan ilaçların diyaliz hastalarında rutin kullanıldığına yönelik rapor karşısında mahkumiyete yeterli delil bulunamadığı içtihat edilmiştir[109].

Yargıtay tarafından verilen kararlarda eksik araştırma ve incelemeden dolayı bozma kararının verildiğine sıklıkla rastlamaktayız. Bir kararda, aldatma kabiliyetinin bulunup bulunmadığının araştırılmadığı, suça konu ilaç raporlarında ne şekilde bir sahteciliğin yapıldığının belirlenmediği ifade edilmiş ve rapor altında imza ve kaşesi bulunan doktorun tanık sıfatıyla ifadesinin alınması, imza ve yazı örneklerinin karşılaştırılması, hastaların adı geçen doktora muayenen olup olmadıklarının araştırılması, tanısı konulan hastalıkların kendilerinde bulunup bulunmadığının belirlenmesi gibi pek çok hususa değinilmiştir[110]. Bir başka kararda da, sanığın kendisine ibraz edilen sahte ilaç kullanım muafiyet raporlarının gerçekliği konusunda gerekli özeni göstermeme, hastaları görmeden ve muayene etmeden reçete düzenleme şeklindeki eylemlerin zincirleme şekilde görevi ihmal suçunu oluşturup oluşturmadığının tartışılmaması, eksik inceleme ve araştırma sonucunda sanık hakkında kamu görevlisinin resmi belgede sahteciliği suçundan mahkumiyet kurulması hukuka aykırı görülmüştür[111].

[108] Yargıtay 15. CD., 25.03.2021 tarih ve 2019/15575 E., 2021/3532 K. Sayılı karar (https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/, E.T.: 27.06.2021).
[109] Yargıtay 15. CD., 23.12.2020 tarih ve 2017/29989 E., 2020/12819 K. Sayılı karar (https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/, E.T.: 27.06.2021).
[110] Yargıtay 15.CD., 19.01.2021 tarih ve 2019/5258 E., 2021/443 K. Sayılı karar (https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/, E.T.: 27.06.2021).
[111] Yargıtay 11.CD., 02.03.2020 tarih ve 2017/13956 E., 2020/1976 K. Sayılı karar (https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/, E.T.: 27.06.2021).

Sağlık mesleği mensubu tarafından düzenlenen reçete yahut rapor gibi belgelerin sahte olup olmadığının araştırılmasında ilgili belgenin düzenlediği tarihteki hastanın gerçek durumuna ilişkin veri ve belgeler ile karşılaştırma yapılması önem arz etmektedir. Bu karşılaştırmada başka bir doktor tarafından düzenlenen reçete yahut rapor var ise bu belgelerden, yine başka bir doktor tarafından muayene edilmiş ise muayene sonunda düzenlenen tanı ya da tetkike ilişkin belgeden yahut doktorun tanık olarak ifadesinden, hastanın o dönemdeki sağlık durumuna ilişkin tüm kayıtlarından faydalanılmasını önermekteyiz. Hastanın durumu zamanla değişebileceğinden yargılamaya konu tarihlerdeki raporların karşılaştırılması gerekmektedir. Bu karşılaştırmada doktorların objektif olarak görüş ayrılığı olan hususlara da dikkat edilmesi, böyle bir durum var ise bu halde resmi belgede sahtecilik suçu kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği düşüncesindeyiz.

D. Soruşturma Usulü ve Yaptırım

Resmi belgede sahtecilik suçu, şikayete tabi olmayıp, re'sen soruşturulur.

Resmi belge düzenlemeye yetkili kamu görevlisinin gerçeğe aykırı belge düzenlemesine veya resmi belgede değişiklik yapmasına ilişkin eylemler görev ile bağlantılı olarak işlendiğinden 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanır[112]. Yargıtay tarafından verilen kararlarda da, doktorun kamu görevlisi olması halinde 4483 sayılı kanun hükümleri gereğince soruşturma izni verilip verilmediğinin araştırılması ve neticesine göre hukuki durumlarının değerlendirilmesi gerektiği içtihat edilmektedir[113]. Böylece sağlık mesleği mensubunun kamu görevlisi olup olmamasına göre ayrım yapılmakta; kamu görevlisi ise soruşturma izni gerekli olmakta, kamu görevlisi değilse soruşturma iznine gerek olmamaktadır.

TCK m.204/1'de yer alan resmi belgede sahtecilik suçunun temel şekli asliye ceza mahkemelerinin, m.204/2'de yer alan suçun nitelikli şekli ise ağır ceza mahkemelerinin görev alanına girmektedir. 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev

[112] Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s. 691; Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s.5670; Artuk/Gökcen/Yenidünya, **TCK Şerhi- Özel Hükümler Madde 132-234**, s.4141; Parlar/Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.2993; Erdağ, **a.g.m.**, s.555.

[113] Yargıtay 11. CD. 21.03.2012 tarih ve 2008/20278 E., 2012/3957 K. sayılı karar (Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s. 697).
Benzer yönde karar için bkz: Yargıtay 11.CD., 21.03.2012 tarih ve 2012/3591 E., 2012/3961 K. sayılı karar (Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s.697); Yargıtay 11.CD., 08.10.2007 tarih ve 1794-6416 K. sayılı karar (Parlar/Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s.2997).

ve Yetkileri Hakkında Kanun m.12/1'de, resmi belgede sahtecilik suçu *(TCK m.204/2)* ile ilgili olarak ağır ceza mahkemelerinin görevli olduğu ifade edilmiştir.

TCK m.204/1'de suçun temel şeklinin cezası, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası olarak öngörülmüştür. TCK m.204/2'de suçun nitelikli şeklinin cezası ise, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası olarak öngörülmüştür. TCK m.204/3'de yer alan suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halinin uygulanmasında verilecek ceza, yarı oranında artırılır. TCK m.211'de yer alan suçun daha az cezayı gerektiren nitelik halinin uygulanmasında ise ceza, yarı oranında indirilir.

SONUÇ

Resmi belgede sahtecilik suçunun sağlık mesleği mensupları tarafından işlenmesinin pek çok açıdan önemi bulunmaktadır. Çalışmamızda bu suçun bilhassa kamu görevlisi sağlık mesleği mensubu tarafından işlenmesi esas olarak alınmış ve suç inceleme yöntemine göre incelenmiştir. Problemli hususların tespit edilerek tartışılması ve çözüm önerisi sunulması amaçlanmıştır.

Son zamanlarda uygulamada sıklıkla hatır ilişkileri veya başkaca sebeplerle sağlık mesleği mensupları tarafından gerçeğe aykırı belge düzenlendiği görülmektedir. Toplumda sağlık mesleği mensuplarınca düzenlenen raporlara, belgelere duyulan güvenin korunmasının amaçlandığı bu suçun işlenmesi ile bu belgelerin gerçeği yansıttığına ilişkin güven zedelenmektedir.

Bu suçun konusunu oluşturan belgeler farklı şekillerde karşımıza çıkabilir. Bu belgeler, ölüm raporu, sağlık raporu, hastalık raporu, hamilelik belgesi, doğum raporu, alkol veya uyuşturucu madde tüketimine ilişkin rapor, epikriz raporu, reçete, soybağı tespitine yönelik tıbbi rapor, akıl sağlığına yönelik rapor olabilir.

Kamu görevlisi tarafından işlenebilen resmi belgede sahtecilik suçu, suçun kanuni tanımında faillik alanı sınırlandırıldığı için özgü suçtur ve bu sınırlandırma işlemi suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli şeklinde yapıldığı için gerçek olmayan özgü suçtur. Çalışmamız kapsamında bu suç, özgü suçun sınıflandırılması hususunda önerdiğimiz yöntem çerçevesinde incelemeye tabi tutulmuştur.

Kamu görevlisi tarafından işlenebilen resmi belgede sahtecilik suçunda yer alan fiiller ayrı ayrı ele alınmış ve bilhassa sağlık mesleği mensupları tarafından işleniş biçimleri somutlaştırılmaya çalışılmıştır. Gerçeğe aykırı belge düzenleme kapsamında, uygulamada sıklıkla karşılaşılması dolayısıyla hastanın randevu almamasına ve muayene olmamasına rağmen reçete düzenlenmesi

üzerinde durulmuştur. Bu konuya yönelik Türk ve Alman yargı kararlarındaki bakış açısı ayrı ayrı incelenmiştir.

Son zamanlarda tüm dünyayı etkisi altına alan Covid-19 salgınından dolayı pek çok hastanede acil müdahale gerektirmeyen durumlarda fiziken muayene olmak yerine online ya da telefon ile görüşme yapılmasına yönelik uygulama gerçekleştirilmektedir. Bu halde doktorun reçete yazması ya da rapor düzenlemesinin hukukiliği üzerinde durmakta fayda bulunmaktadır. Düşüncemize göre, hastanın fiziken muayene olmasının salgından dolayı tehlikeliliği faydasından daha yüksek ise, doktor hasta ile uzaktan görüşme sağlayarak fiziken muayene edilmesinin gerekli olup olmadığına karar vermelidir. Doktor, eğer fiziken muayenenin gerekli olmadığı kanaatindeyse hasta ile online ya da telefon yoluyla görüşme sağlayabilir ve gerekli olan reçete ya da raporu bu şekilde düzenleyebilir. Ancak görüşmenin gerçekleşme şeklinin de doktor tarafından belgede ifade edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

Resmi belgede sahtecilik suçunun nitelikli şeklinde *(TCK m.204/2)*, suçun sadece kamu görevlilerinin işleyebileceği öngörüldüğünden sadece bu niteliği haiz kişi fail olarak sorumlu olabilir. Ancak şüphesiz ki iştirakın pek çok farklı tezahürü ile karşılaşmak mümkündür. Bu sebeplerle kamu görevlisi sağlık mesleği mensubunun resmi belgede sahtecilik suçundan fail ya da şerik olarak cezai sorumluluğunun nasıl belirleneceği faillik ve şeriklik türlerine göre oluşturduğumuz formülasyona göre ayrı ayrı incelenmiştir.

Kamu görevlisi sağlık mesleği mensubunun resmi belgede sahtecilik suçundan müstakil fail olarak sorumlu olması bakımından bir özellik bulunmamaktadır. Resmi belgede sahtecilik suçunun birden fazla kişi tarafından işlenmesi durumunda, müşterek fail olarak sorumlu olunup olunamayacağı incelenmeye değerdir. Suçun birden fazla iştirak eden ile birlikte icra edilmesi halinde, iştirak eden diğer kişilerin sorumluluğu, müşterek failliğin hukuki fonksiyonu dikkate alındığında doğru cevaplandırılabilir. Bu fonksiyon, genel veya özgü suç tipinin kanuni şekline değil, haksızlık teşkil eden eylemin kendisine ilişkindir. Örneğin, hastanın yahut kamu görevlisi olmayan bir doktorun kamu görevlisi olan doktor tarafından işlenen resmi belgede sahtecilik suçuna müşterek fail olarak iştirak edip edememesi özellik arz etmektedir. Bu durumda, kamu görevlisi doktor resmi belgede sahtecilik suçunun nitelikli şeklinden *(TCK m.204/2)*, kamu görevlisi olmayan doktor yahut hasta ise, resmi belgede sahtecilik suçunun temel şeklinden fail olarak cezalandırılır.

Resmi belgede sahtecilik suçunda iştirake ilişkin olarak tartışmalı meseleler çoğunlukla dolaylı faillik ile ilişkili olarak ortaya çıkmaktadır. Resmi belgede sahtecilik suçunda kamu görevlisi sağlık mesleği mensubunun *"extraneus"*u özgü suçun işlenişinde araç olarak kullanması halinde ceza sorumluluğunun nasıl belirlenmesi gerektiği incelenmiştir. Örneğin, kamu görevlisi sağlık mesleği mensubunun düzenlemek ile görevli olduğu bir resmi belgeyi bir başka şahsa düzenletmesi hali gibi. Bu durumda, kamu görevlisi resmi belgede sahtecilik suçundan dolaylı fail olarak sorumlu olabilecek midir? Düşüncemize göre, bu değerlendirme yapılırken dolaylı faillik kurumu ve özgü suça iştirak kurumunun koşulları birlikte göz önünde bulundurulmalıdır. Öncelikle dolaylı failliğin koşulları bakımından değerlendirme yapılmalıdır. Genel anlamda dolaylı failliğin koşullarında aranan ön plandaki kişinin fiilinin tipe uygun olmaması koşulu, aracın *"extraneus"* olması dolayısıyla karşılanmaktadır. İkinci olarak dolaylı failliğin özgü suçlarda mümkün olup olmaması yönünden değerlendirme yapılmalıdır. Esasen dolaylı faillikte ön plandaki kişinin fiili, arka plandaki kişinin yani dolaylı failin fiil üzerinde kurduğu hakimiyet ile gerçekleşir. Bu sebeple de dolaylı fail, fiili bizzat kendisi icra etmese dahi sorumlu tutulmaktadır. Bu kapsamda, çalışmamızın konusunu oluşturan kamu görevlisi sağlık mesleği mensubu, resmi belgede sahtecilik suçunun *"intraneus"*u olduğundan resmi belgeyi özel hastanede çalışan bir doktora yahut bir eczacıya düzenletmesi halinde resmi belgede sahtecilik suçunun nitelikli şeklinden dolaylı fail olarak sorumlu olabilecektir.

Tartıştığımız bir diğer husus, resmi belgede sahtecilik suçunda *"extraneus"*un kamu görevlisi sağlık mesleği mensubunun fiili üzerinde hakimiyet kurması ve dolayısıyla *"intraneus"*u araç olarak kullanması halinde resmi belgede sahtecilik suçundan dolaylı fail olarak sorumlu olup olamayacağı meselesidir. Bu halde, arka plandaki kişi *"extraneus"* ve ön plandaki kişi *"intraneus"*tur. Örneğin, bir kişi doktoru hataya düşürerek gerçeğe aykırı sağlık raporu düzenlemesine sebep olmuş ise, bu kişi dolaylı fail olarak cezalandırılabilir mi? Yahut bir kişi doktoru silahla tehdit ederek rapor düzenletmişse bu kişinin ceza sorumluluğu nasıl belirlenmelidir? Çalışmamıza konu olan suç, gerçek olmayan özgü suçtur. Gerçek özgü suçtan farklı olarak gerçek olmayan özgü suçta, *"intraneus"*un kasten hareket edip etmesine göre ayrım yapılmasına gerek olmaksızın *"extraneus"*un özel faillik niteliğini haiz olmadığından bu suçtan sorumlu tutulamayacağını, ancak suçun herkes tarafından işlenebilen temel şeklinden dolayı sorumlu olacağını düşünmekteyiz. Bu halde, bir hasta doktoru verdiği bilgiler ile hataya düşürerek

resmi belgede sahtecilik suçunu işletirse yahut doktora cebir, tehdit uygulamak suretiyle iradesi üzerinde hakimiyet kurarak sahte belge düzenletirse resmi belgede sahtecilik suçunun nitelikli şeklinden dolaylı fail olarak sorumlu olamaz. Ancak resmi belgede sahtecilik suçunun temel şeklinden fail olarak sorumlu olur.

"Extraneus", resmi belgede sahtecilik suçunun temel şeklinden fail olarak sorumlu tutulabilmekle birlikte burada belgenin *"gerçeğe aykırı"* olarak düzenlenmesi halinde, tipiklikle ilgili bir sorun da karşımıza çıkmaktadır. Belge, mahiyeti itibariyle gerçeğe aykırı olarak düzenlenmişse bu halde fiil, TCK m.204/2'de yer alan ve bununla birlikte TCK m.204/1'de yer almayan *"gerçeğe aykırı olarak belge düzenleme"* fiilidir. *"Extraneus"*un TCK m.204/1'den sorumlu olması, gerçek olmayan özgü suçlarda dolaylı failin suçun temel şeklinden sorumlu tutulması anlayışımız ile bağdaşmasına rağmen, resmi belgede sahtecilik suçu bakımından fiilin tipik olmaması sorununu da beraberinde getirmektedir. Bu halde düşüncemize göre, olan hukuk *(de lege lata)* bakımından doktorun hataya düşürülmesi halinde *"extraneus"*un TCK m.206'da yer alan *"resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan"* suçundan sorumlu olması gereklidir. Olması gereken hukuk *(de lege ferenda)* bakımından ise, kamu görevlisinin hataya düşürülmesi fiilinde TCK m.206 ile sorun çözülürken kamu görevlisine cebir yahut tehdit uygulamak suretiyle gerçeğe aykırı belge düzenletilmesi fiilinde cezalandırma boşluğu olduğundan ve bu durum da cezalandırma bakımından adaletsizliğe yol açtığından ayrı bir suç ihdas edilmesine ihtiyaç bulunmaktadır. Kamu görevlisinin iradesi üzerinde hakimiyet kurmak suretiyle resmi belgenin gerçeğe aykırı olarak düzenlenmesinin sağlanması veya böyle bir belgenin kullanılması fiillerinin daha geniş bir anlatımla resmi belgede sahtecilik suçunun dolaylı faillik yoluyla işlenmesinin ayrı bir suç olarak ihdas edilmesini önermekteyiz.

Çalışmamızın konusunu oluşturan resmi belgede sahtecilik suçunda sağlık mesleği mensubu azmettiren ya da yardım eden olarak suça iştirak etmişse ne şekilde sorumlu olacağı bağlılık kuralından dolayı failin kamu görevlisi olup olmadığına göre değişmektedir. Resmi belgede sahtecilik suçuna şerik olarak iştirak eden kamu görevlisi sağlık mesleği mensubu, fail de kamu görevlisi ise, TCK m.204/2'de yer alan suçun nitelikli şeklinden; fail kamu görevlisi değilse, TCK m.204/1'de yer alan suçun temel şeklinden sorumlu olmalıdır.

Çalışmamız kapsamında kamu görevlisi olmayan kişinin resmi belgede sahtecilik suçundan ceza sorumluluğunun nasıl belirlenmesi gerektiği de incelenmiştir. Düşüncemize göre, resmi belgede sahtecilik suçuna iştirak eden kişinin kamu görevlisi olmaması durumunda özel niteliği haiz olmadığı için şerik olarak sorumlu tutulması gerektiğine ilişkin kati yaklaşım doğru değildir. Öncelikle bu suçun gerçek olmayan özgü suç olduğu göz önünde bulundurularak değerlendirme yapılması gerekir. İkinci olarak, *"extraneus"*un suça iştirak biçimi belirlenmelidir; fiili hakimiyet mi kurduğu, yoksa azmettiren yahut yardım eden olarak mı iştirak ettiği saptanmalıdır. TCK m.204/2'de yer alan resmi belgede sahtecilik suçunun nitelikli şekline azmettiren ya da yardım eden olarak iştirak eden bir hasta yahut özel hastanede çalışan doktor, bu suçtan şerik olarak cezalandırılır. Eğer hasta yahut özel hastanede çalışan doktor, fiil üzerinde kamu görevlisi doktor ile birlikte hakimiyet kurmuş ise bu takdirde, TCK m.204/2'den şerik olarak ve TCK m.204/1'de yer alan resmi belgede sahtecilik suçunun temel şeklinden fail olarak sorumlu olur. Neticede failliğin şerikliğe önceliği ilkesi gereğince TCK m.204/1'den fail olarak sorumlu olur.

Bu suçlarda belgenin sahte olup olmadığına ilişkin ispat meselesi de önem taşımaktadır. Sağlık mesleği mensubu tarafından düzenlenen reçete yahut rapor gibi belgelerin sahte olup olmadığının araştırılmasında ilgili belgenin düzenlediği tarihteki hastanın gerçek durumuna ilişkin veri ve belgeler ile karşılaştırma yapılması önem arz etmektedir. Bu karşılaştırmada başka bir doktor tarafından düzenlenen reçete yahut rapor var ise bu belgelerden, yine başka bir doktor tarafından muayene edilmiş ise muayene sonunda düzenlenen tanı ya da tetkike ilişkin belgelerden yahut hasta hakkında bilgi sahibi olan doktorun tanık olarak ifadesinden, hastanın o döneme ilişkin sağlık durumuna ilişkin tüm kayıtlarından faydalanılmasını önermekteyiz.

KAYNAKÇA

Akbulut, Berrin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

Artuk, M. Emin/Gökcen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner, **TCK Şerhi-Özel Hükümler Madde 132-234**, 4. Cilt, Ankara, 2009.

Artuk, M. Emin/Gökcen, Ahmet/Alşahin, M. Emin/Çakır, Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 11. neubearbeitete Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Biefeld, 2003.

Bock, Dennis, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Springer-Verlag, Berlin, 2018.

Çiçek, Niyazi, "Hukuksal Geçerlilik Bakımından Resmi Belgelerin Biçimsel Özellikleri", **Amme İdare Dergisi**, Cilt:40, Sayı:4, Aralık 2007 (http://www.todaie.edu.tr/resimler/ekler/1719e3b060b0dc3_ek.pdf?dergi=Amme%20Idaresi%20Dergisi).

Dülger, Murat Volkan, "Belgede Sahtecilik Suçlarının Konusu Olarak Elektronik Belge", **Belgede Sahtecilik ve Vergi Suçları Sempozyumu 21-24 Ekim 2019**, Yargıtay Başkanlığı/TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara, 2020, s.155-182.

Ekici Şahin, Meral, "İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:64, Sayı:3, 2015.

Erdağ, Ali İhsan, "Tıp Ceza Hukukunda Belgede Sahtecilik Suçu (Sağlık Mesleği Mensupları Tarafından İşlenebilecek Olan Belgede Sahtecilik Suçu)", **V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu,** Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2008, s.534-564.

Erbaş Rahime, "Kamu Görevlisi Olmayan Sağlık Mesleği Mensuplarının Gerçeğe Aykırı Belge Düzenlemesi Suçu (TCK m.210/2)", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt:71, Sayı:1, 2013, s.331-352.

Gökcan, Hasan Tahsin, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, Ankara, 2013.

Gökcan, Hasan Tahsin, **"**Resmi Belgede Sahtecilik Suçu", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:67, Sayı:3, 2009, s.93-126.

Gözel, Arif, "Belgede Sahtecilik Suçlarının Konusu Olarak Belge ve Elektronik Belge", **S.D.Ü Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:5, Sayı:1, 2015, s.143-201.

Güler, Gökhan, **"Resmi Belgede Sahtecilik Suçu"**, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2018.

Hakeri, Hakan, **Tıp Hukuku Temel Bilgiler**, 2. Baskı, Ankara, 2009.

Hakeri, Hakan, **Tıp Hukuku**, 5. Baskı, Ankara, 2012.

Hakeri, Hakan, "Diş Hekimlerinin Yasal Sorumlulukları", **Sağlık Hukuku Digestası**, Yıl:1, Sayı:1, Ankara Barosu Yayınları, 2009, s.19-27.

Heinrich, Bernd**, Strafrecht Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Kohlhammer GmbH, Stuttgart, 2016.

Jescheck, Hans Heinrich, **Lehrbuch des Strafrecht Allegemeiner Teil**, 5. Auflage, Duncker & Humblot GmbH, Berlin, 5. Auflage, 1996.

Kitapçıoğlu Yüksel, Tülay, **"Özgü Suç"**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul, 2021.

Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

Krey, Volker/Esser, Robert, **Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Verlag W. Kohlhammer GmbH, Stuttgart, 2012.

Martin, Julia A., **Sonderdelikte im Umweltstrafrecht**, V & R, Osnabrück, 2006.

Nagler, Johannes, **Die Teilnahme Am Sonderverbrechen**, Verlag von Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1903.

Özbek, Veli Özer/Kanbur, Mehmet, Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.

Özçelik, Ziynet/Biçer, Ümit, **Türk Ceza Kanunu Hekimler ve Sağlık Ortamına İlişkin Maddeleri Yorum, Öneri ve Eleştiriler**, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, Ankara, 2005 (http://www.ttb.org.tr/kutuphane/tck.pdf).

Özen, Mustafa, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

Özgenç, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

Özgenç, İzzet, "Kamu Görevi, Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak (Karar İncelemesi)", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:4, Sayı:1-2, s.329-348.

Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, 2. Baskı, Ankara, 2008.

Rengier, Rudolf**, Strafrecht Besonderer Teil II**, 14. Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2013.

Schmidhäuser, Eberhard, **Strafrecht AT**, J.C.B Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1982.

Soyaslan, Doğan, "Hekimlerin Ceza Hukuku Yönünden Sorumluluğu", **Sağlık Hukuku Digestası**, Yıl:1, Sayı:1, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2009, s.119-137.

Savaş, Halide, "Sağlık Mesleği Mensubunun Gerçeğe Aykırı Belge Düzenlemesi Eyleminde Ceza ve Tazminat Sorumluluğu Boyutlarının Doktrin ve Uygulama Açısından Değerlendirilmesi", **Sağlık Hukuku Digestası**, Yıl:1, Sayı:1, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2009, s.277-325.

Şener, Nilgün, "**Resmi Belgelerde Sahtecilik Suçu"**, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale, 2009.

Taşkın, Beril, "**Suça İştirakte Bağlılık Kuralı"**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Istanbul, 2014.

Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 8. Baskı, Ankara, 2012.

Üstüner, Ali, **"Resmi Belgede Sahtecilik Suçu"**, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır, 2013.

Wessels, Johannes/Beulke, Werner/Satzger, Helmut **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 47. Auflage, C.F. Müller GmbH, Heidelberg, 2017.

Weddig, Jörg, **Mittelbare Täterschaft und Versuchsbeginn bei der Giftfalle**, Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main, 2008.

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

Zafer, Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011.

Zieschang, Frank, **Laufhütte/Rissing van Saan/Tiedemann Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, 12. neu bearbeitete Auflage, De Gruyter Recht, Berlin, 2009.

İnternet Kaynakları

https://karararama.yargitay.gov.tr

https://sozluk.gov.tr/

CEZA HUKUKUNUN METALAŞMASI OLARAK UZLAŞTIRMA KURUMU

Dr. Uğur Arslan
ORCID NO: 0000-0002-3987-8465

Öz

Ceza hukukunda uzlaştırma kavramı Türkiye'ye 2005 yılında 5237 sayılı Kanun'la girse de Anglosakson ve Kıta Avrupası hukukunda kökeni daha eskiye dayanmaktadır. Uzlaştırma birçok ülkede neredeyse bütün suçları kapsamakta iken Türkiye'de kapsamı kısıtlı olarak belirlenmiştir. Ceza yasalarında uzlaştırma kurumuna yer verilmesine geçerli sebep üretmek zor değildir. Zira uzayan yargı süreçleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi uluslararası insan hakları denetim mekanizmalarının makul sürede yargılanma hakkı kapsamında vermiş olduğu mahkûmiyet kararları, süjelere ilişkin sebepler, muhakeme ekonomisi, mağdurun zararının kısa yoldan telafi edilmesi gibi gerekçeler ile kurum birçok ülkenin yasalarına girmiş ve alanını da ilk devreye girdiği zamanla oranla da genişletmiştir. Benzer biçimde, Türkiye'de de Ceza Muhakemesi Kanunu'nda 2006 yılında yapılan düzenleme ile uzlaştırmaya yer verilmiştir. Uzlaştırma kurumunun kavramsal temeli bakımından izdüşümünü Rekabetin Korunması Kanunu, Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, Vergi Usul Kanunu, Çek Kanunu ve Çocuk Koruma Kanunu gibi mevzuatta da görmek mümkündür. Öğretide uzlaştırma müessesesi, kapitalizmin icadı olduğu, devleti arabuluculuğa soyundurduğu ve devletin egemenlik hakkı bağlamında cezalandırma yetkisini özelleştirdiği gibi hususlarda eleştirilmektedir. Bu çalışmada hedef olarak uzlaştırmanın tarihsel ve kavramsal kökeni, tanımı, teorik alt yapısı ve kuruma yöneltilen eleştiriler belirlendiği için uzlaştırma kavramının şekli yönü, şartları, unsurları çalışmanın kapsamı dışında tutulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Uzlaştırma, Usul Ekonomisi, Onarıcı Adalet, Alternatif Yöntemler

RECONCILLIATION AS A COMMERCIALIZATION OF CRIMINAL LAW

Abstract

The concept of reconciliation in the context of criminal law in 2005 to Turkey in 5237 with the Law gorse in the Anglo-Saxon and Continental European law is based on an older origin. Reconciliation covers almost all crimes, while in many countries are organized as limited in Turkey. It is not difficult to produce a valid reason to explain the inclusion of the mediation body in criminal laws. Because, due to prolonged judicial processes and the convictions given by the European Court of Human Rights within the scope of the right to trial within a reasonable time, the reasons for the subjects, the reasoning economy, the institution has entered the laws of many countries and has expanded its field compared to the first time it came into play. Similarly, in Turkey, in the Code of Criminal Procedure given to compromise with the arrangements made in 2006, also not in the institution's only criminal legislation such as the Law on Protection of Competition Collective Bargaining Law, Tax Law, Law of Checks has been shown and find its place in the legislation such as the Child Protection Act. It has been criticized on such issues as that the institution of

reconciliation is the invention of capitalism, that it undermines the state to mediation, and that it commercialize the state's power to punish in the context of the right to sovereignty. We will try to examine the historical origin, definition, and theoretical background of consensus within the framework of the criticisms made in our study. Since the purpose of this study is to deal with the ideological and theoretical aspects of compromise, the form of compromise will not be entered into.

Keywords: Reconciliation, Procedural Economics, Restorative Justice, Alternative Methods

Giriş

Klasik ceza adaleti sisteminde cezalandırmanın amacı ile ilgili olarak klasik kefaret görüşü, faydacı görüş, adalet teorisi, özel-genel önleme teorileri ve karma teori temel olarak kabul edilen teorilerdir. Kefaret düşüncesine göre, fail suç teşkil eden eyleminin karşılığını ödemek zorunda olduğundan cezalandırmanın kendisi bizatihi amaçtır. Failin kusuru ve günahından arınması ancak ceza uygulanması ile telafi edilebilir. Faydacı düşünceye göre ise failin cezalandırması amaç değil araçtır. Cezanın tatbiki fayda sağlıyorsa uygulanmalıdır. Özel önleme failin gelecekte bir daha suç işlememesi için sosyalleşmesini, genel önleme ise suçtan toplumun korunmasını esas almaktadır.[1] Fakat toplumsal hayatın gelişmesi ve karmaşıklığının artması, suç olarak düzenlenen fillerin sayısın da artması devletleri artık yargı dışı çözümler aramaya zorlamaktadır.[2] Çalışmamızın konusu olan uzlaştırma ceza hukukunun klasik bastırıcı ve önleyici adalet anlayışından ziyade iş birliğine dayanan onarıcı adalet anlayışının esas alındığı bir yapıyı/sistemi ifade etmektedir.[3] Bu meyanda klasik ceza adaleti sisteminde suçlunun yakalanarak yargılanıp cezalandırılması, maddi gerçeğin tespiti, cezanın infazı esas iken uzlaştırma kurumunda onarıcı ve denkleştirici adalet anlayışı öne çıkmaktadır.[4]

Onarıcı adalet anlayışı, klasik ceza hukuku yaklaşımında yer alan suça ve faile verilecek asıl tepkinin ceza olması anlayışından uzaklaşmayı ifade etmektedir. Yani suç-yaptırım ilişkisinde yaptırımın yerine zarar gören mağdurun zararının telafi edilmesi öncelik olarak belirlenmiştir.[5] Uzlaştırmanın şeklî gerekçesi olarak muhakeme ekonomisi ilkesi çerçevesinde ceza muhakemesinin hızlandırılması, kısaltılması ve basitleştirilmesi bu bağlamda uzlaşma ile ceza hukukunu *ultima ratio* yani son çare olarak devreye sokulması gösterilmektedir.[6]

[1] CENTEL, Nur, " Cezanın Amacı ve Belirlenmesi", Prof. Dr. T. T. Yüce'ye Armağan, İzmir 2001, s. 337 vd.

[2] KETİZMEN, Muammer, "Uzlaşmanın Sirayet Etmezliği İlkesinin Sonucu Ol ark Mağdurun Yargılanacak Kişiyi Seçebilme Yetkisi", *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, s.3

[3] ÖZBEK Mustafa, Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaştırma, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005, s.290

[4] ŞENTÜRK, s. 2.

[5] KETİZMEN, s. 3.

[6] ZAFER, s. 727.

Uyuşmazlıklarda alternatif yöntemler veyahut ceza hukukunu ilgilendiren boyutuyla uzlaştırma kurumu XX. yüzyılın ikinci yarısından itibaren önce Kuzey Amerika kıtasında yüzyılın son çeyreğinde ise Avrupa coğrafyasında gelişen ve günden güne etkisini artıran bir kurumdur. Uzlaştırma sistemi sadece ceza hukukunda değil farklı hukuk alanlarında da çeşitli isimlerle boy göstermektedir. Nitekim uzlaştırma kurumu sadece CMK'da değil, İcra İflas Kanunu, Çek Kanunu, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Patent Haklarının Korunması Hakkındaki KHK, Vergi Usul Kanunu, İş Kanunu, Toplu İş Sözleşmesi Kanunu gibi mevzuatta da yer aldığı ya da bu kanunlardaki takibi şikâyete tabi olan suçlarda uzlaşamaya gidilebildiği görülmektedir.[7]

Sistemin, ortaya çıkmasındaki güçlü ve makul gerekçelerin etkisiyle toplumda ekseriyle kabullenildiği görülmektedir. Nitekim uzun ve karmaşık yargı süreçleriyle ortaya çıkan mağduriyetler karşısında uzlaştırma sistemi gerçekten de pratikliğiyle birçok ihtiyaca cevap veriyor gibi gözükmektedir. Bu nedenle doktrinde sisteme yönelik olumsuz eleştiriler çok nadir olup ekseriyetle sistemin olumlu yönlerine vurgu yapıldığı görülmektedir.

Mülki sınırları içerisinde işlenen suçlarda kişileri yargılama ve cezalandırma yetkisi devletlerin egemenlik alametlerinden birisidir. Uzlaştırma sistemi ile devletin bahse konu yetkisinden, sınırlı da olsa, feragat ettiği görülmektedir. İşte bu nedenle uzlaştırmanın devletin yargılama yetkisinin özelleştirilmesi demek olduğu neo-liberal politikalar kapsamında büyüyen devasa küresel şirketlerin devletlere yön verdikleri, hukukun sermayenin istediğine göre şekillendiği ve kanun yapıcıların birer figürden ibaret olduğu, serbest piyasayı yavaşlatan/engelleyen yargısal prosedürlerden kurtulmak için uzlaştırma, arabuluculuk tahkim gibi kurumların hayata geçirildiği yönünde eleştiriler mevcuttur. İşte biz de bu çalışmamızda ceza hukukunda uzlaştırma kurumunun oraya çıkışının arka planını ve kuruma yöneltilen olumsuz eleştirileri ele alacağız.

I. Tarihsel Köken

1970'li yıllarda kapitalizm en büyük krizlerinden birisini yaşarken krizden çıkış yolu olarak Keynesyen politikalardan vazgeçilmesi, piyasaya devlet müdahalelerinin azaltılması ve devletin ekonomik/sosyal yaşama daha az karışacak şekilde küçültülmesi fikrî ileri sürülmüştür. "*Neo-Liberal politikalar"* ismi verilen bu yeni düzende ekonominin serbest piyasa ilkelerine göre yeniden düzenlenmesi, para politikalarının hayata geçirilmesi, kamunun küçültülmesi/özelleştirilmesi, sosyal yardıma ayrılan bütçe paylarında kesintiler yapılması, yabancı sermayeye yönelik engellerin kaldırılması, uluslararası rekabete uygun olarak çalışanların ücretlerinde azaltmaya gidilmesi, devletin sağlık, eğitim ve refaha dönük harcamalarını kısması gibi eylemler hayata geçirilmeye başlanmıştır. Bu meyanda 1980'li yıllarda kadar Türkiye dışa kapalı, ithal ikameci bir ekonomik modeli benimseyen, cari açığı dengelemek için döviz kontrolü uygulayan bir ülke olmasına rağmen dünyadaki ekonomik dalgalanmalardan Türkiye de nasibini almış 1970'li yılların sonunda, döviz darboğazı, kıtlık, gibi problemlerle uğraşmak durumunda kalmıştır. Bu darboğazdan çıkmak için neo-liberal politikalara Türkiye'de de başvurulmuş (24 Ocak Kararları) bu kapsamda Türk parası devalüe edilmiş ve dalgalanmaya bırakılmış, ithal ikameci anlayıştan vazgeçilerek ithalat serbestleştirilmiş, döviz yasağı kaldırılmış, faiz oranları

[7] CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta İstanbul, 2008, s. 452.

yükseltilmiş ve serbest bırakılmış, ekonomide devletin ağırlığı azaltılmış ve KİT mallarına zam yapılmış, yabancı sermayenin önündeki engeller kaldırılmış ve yabancı bankaların Türkiye'de şube açmaları yasal hale gelmiştir.

Neo-Liberal politikalarla piyasa ekonomisinin önem kazanması devletin ekonomiye daha az müdahalesi ile başlayan süreç hukukta da dönüşüme neden olmuştur. Önce Avrupa Ekonomik Topluluğu, müteakiben AB gibi yapıların ortaya çıkması ve küreselleşme gibi olgular emeğin, sermayenin ve malların evvelkine oranla dolaşımını büyük ölçüde artırmış bu gelişmeler hukukta da değişim ve dönüşüm ihtiyacını beraberinde getirmiştir. Özel hukukun kamu hukuku karşısında baskın hale gelmesi, sözleşme özgürlüğünün yüceltilmesi, yasama faaliyetlerinin sermeyenin taleplerine göre şekillenmesi, piyasa dostu hukuksal mekanizmaların hayata geçmesi, kamu personel rejiminin kadrolu sistemden sözleşmeli sisteme evrilmesi, kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleri ile özel firmalara ihale edilmesi, ekonomik büyümeye engel olan hukuki süreçlerin kırtasiyecilik ve bürokrasi bahanesi ile ortadan kaldırılması, adalete daha iyi erişim ve yargı reformu başlıkları altında yapılan hukuksal reformalar bu meyandadır. Bütün bu gelişmelerin Türk ceza hukukuna yansıması uzlaştırma, arabuluculuk, ön ödeme kurumları hayata geçirilmesi ile olmuştur. Artık hukuk da bahse konu hıza ayak uydurmak zorundadır. Geleneksel muhakeme usulleri sermayenin ihtiyacını karşılamaktan uzak olduğu için daha seri, hızlı bürokrasinin ve kırtasiyeciliğin asgariye indirildiği usullere ihtiyaç vardır. İşte bütün bu gelişmeler çeşitli isimler adı altında hukuk sistemine yeni ve farklı usullerin ithali ile giderilmeye çalışılmıştır. Uzlaştırma, arabuluculuk ve tahkim gibi gelişmeler bu kapsamda düşünülebilir.

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi sermayenin dolaşımı arttıkça alternatif yöntemlere ilgi artmakta, Kuzey Amerika'da son derece yaygın olan bu yöntemler hızla Avrupa'da da yayılmaktadır.[89] Dünya Bankası ve AB gibi yapılar alternatif yöntemlerin yaygınlaşması için ciddi miktarlarda fon ayırarak gelişmekte olan ülkeleri desteklemektedirler.

Nitekim Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 17 Eylül 1987 tarihli R (87) 18 sayılı Tavsiye Kararı'nda üye ülkelerin ceza yargılamalarını hızlandırmaları ve basitleştirmeleri tavsiyesinde bulunmuştur. Benzer biçimde Avusturya, Belçika, Bulgaristan, Kıbrıs, Çek Cumhuriyeti, Fransa, Almanya, Yunanistan, Macaristan, İrlanda, İtalya, Liechtenstein, Norveç, Slovenya, İspanya ve Türkiye'den üyelerin oluşturduğu Ceza Hukukunda Uzlaştırma Hakkında Uzmanlar Komitesinin üye ülkelerde arabuluculuğun yasal yapısı, politikası ve uygulamasıyla ilgili olarak ayrıntılı raporu 1995 yılında Ceza Sorunları Hakkında Avrupa Komitesi toplantısında kabul edilmiş ve aynı yıl Bakanlar Komitesinin toplantısında da onaylanmıştır. Uzmanlar Komitesinin raporları baz alınarak 1999 yılında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi ceza hukukunda arabuluculuğun faydaları hakkında tavsiye kararı yayımlamıştır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 15 Eylül 1999'da R(99) 19 sayılı Ceza Uyuşmazlıklarında Uzlaştırma Tavsiye Kararı'na göre, mağdur-fail uzlaştırmasının mağdur ve failin özgür iradeleriyle kabul etmeleri halinde tarafsız 3. bir kişinin yardımıyla ortaya

[8] Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin, Mağdurlara Yardım ve Mağdurluğun Önlenmesi Hakkındaki R (87) 21 sayılı kararı

[9] ÖZBEK, s. 311.

çıkan sorunların çözümüne aktif olarak katıldıkları bir süreç olduğunu ifade etmiştir. [10] Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi R R (85)11[11], (87) 18[12], R (87) 21, R (92) 16[13], (92) 17[14], R (95) 12[15] ve nihayet R (99) 19 sayılı kararları ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi sözleşmeye taraf olan devletlerin, arabuluculuğun kurumsallaşmasını ve kullanılmasını teşvik etmelerini gerekli kılan 13. maddesi bu kabildendir.

II. Kavram

TDK Güncel Türkçe Sözlük'e göre uzlaşma; "uzlaşmak durumu, uyuşma, uzlaşı, uzlaşım, mutabakat, konsensüs" olarak tarif edilmiştir.[16] Alternatif bir çözüm yöntemi olarak uzlaştırma, fail ile mağdurun anlaşması sonucunda ceza yargılaması faaliyetinin yapılmaması ya da başlamış olan yargılamanın bu nedenle sona erdirilmesi anlamını taşır. CMK anlamında uzlaştırma; failin toplumla bütünleşmesi, toplumsal barışın sağlanması, failin cezaevinden uzak tutulması, mağdurun zararının giderilmesi gibi amaçlarla belirli suçlar için, kanunda öngörülen koşullara uygun biçimde, tarafsız bir 3. kişinin yardımıyla suç teşkil eden eylem sonucunda ortaya çıkan sorumluluğun fail tarafından üstlenilmesi olarak tarif edilebilir.

Sistem, sadece ceza yargılamalarında değil, özel hukuk ilişkilerinde de tahkim, feragat, sulh gibi isimlerle farklı veçhelerde ve farklı farklı mevzuata girmiş bulunmaktadır. Ceza hukukundaki ön ödeme, şikâyetten vazgeçme gibi kurumların da bir nevi uzlaşma olduğu belirtilmiştir.[17] Müessesinin kökeninde, öç alma hakkını kullanma durumunda bulunan kişi veya gruba belirli bir mal vererek bu hakkı kullanmaktan vazgeçirmek ve böylece ortaya çıkan savaş haline barışla son vermek maksadı olduğu ifade edilmektedir.[18]

Alman ceza hukukçusu *Eser*, uzlaşma müessesini, sanığın menfaatine uygun olarak ceza hukukunun özelleşmesi şeklinde tanımlamıştır. Diğer bir tanım olarak uzlaşma, iddia, müdafaa ve yargıcın belirli menfaatler karşılığında anlaşarak muhakemeyi sona erdirmeleridir.[19]

---

[10] ÖZBEK, s. 290.

[11] Bakanlar Komitesinin R (85) 11 sayılı, "Ceza Hukukunda Mağdurun Durumu" Başlıklı Kararı

[12] Bakanlar Komitesinin R (87) 18 sayılı, "Ceza Adaletinin Sadeleştirilmesi" Başlıklı Kararı

[13] Bakanlar Komitesinin, Toplumsal Müeyyidelere ve Tedbirlere İlişkin Avrupa Kuralları Hakkındaki R (92) 16 Sayılı Kararı

[14] Bakanlar Komitesinin, Hüküm Vermede Tutarlılıkla İlgili R (92) 17 Sayılı Kararı

[15] Bakanlar Komitesinin R (95) 12 sayılı, "Ceza Adaletinin Yönetimi" Başlıklı Kararı

[16] TDK Güncel Türkçe Sözlük, https://sozluk.gov.tr/, (E.T.:24.02.2021)

[17] ÇETİN, Soner H., "Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma", *TBB Dergisi*, S. 82, 2009, s. 6 vd.

[18] ERSOY, Uğur, "Ceza Hukukunda Uzlaşma", *Hukuk Gündemi Dergisi*, Ağustos, 2005, Sayı. 2, s.1 vd.

[19] ZAFER, Hamide, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Özelleşme Eğilimi: Uzlaşma", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Ergun ÖNEN Armağanı İstanbul, 2003, s. 727.

"*Ceza yargılaması yolundan çıkarma"*[20] olarak da tarif edilen ve bir ceza muhakemesi şartı olan uzlaşmanın yaygınlaşmasına neden olan etmenler olarak; usul ekonomisi, suç politikası mülahazaları, mağduriyetlerin giderilmesi, uluslararası hukuk[21] ve ulusal mevzuatlardaki gelişmeler sayılabilir. Mağdur ile ilgili endişeler, faillerin tekrar topluma uyumlu birey haline getirilmelerini amaçlayan görüşler ve suçtan doğan zararların tazmini görüşlerinin bir araya gelmesi sonucunda uzlaşma sisteminin ortaya çıktığı kabul edilmektedir.[22]

III. Türkiye'de Uzlaştırma Kurumunun Yaygınlaşması

Neoliberal politikalarla birlikte devletin iktisadi hayatta sadece düzenleyici bir rol alması, sadece rutin ekonomik faaliyetlerin değil, altyapı yatırımlarının dahi özel sektör tarafından piyasa ekonomisi dinamikleri içerisinde gerçekleştirilmesi fikri gitgide taraftar kazanmaya başlayan bir düşünce olmuştur. Bu kapsamda 1999 yılında yapılan bir Anayasa değişikliği ile özel hukuk sözleşmesi olarak imtiyaz sözleşmelerinde uluslararası tahkime yer verilmesinin önü açılmıştır. Başka bir söyleyişle, kamu hizmetinin özel sektör eliyle gerçekleştirilmesi anlamına gelen (Yap-İşlet-Devret gibi) imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar idari yargı yerine, bir özel hukuk müessesesi olan uluslararası tahkimin çözüm mercii olarak belirlenmesi alternatif çözüm yöntemlerinin ilk örnekleri arasında gösterilebilir.[23] Keza, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 47 nci maddesinin kenar başlığı, "E. Devletleştirme ve özelleştirme" şeklinde değiştirilmiş ve bu maddeye ikinci fıkrasından sonra gelmek üzere şu fıkralar eklenmiştir:

"Devletin, kamu iktisadî teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir. Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabileceği veya devredilebileceği kanunla belirlenir."

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin, ceza hukukunda arabuluculukla ilgili asıl açıklamaları Suçla İlgili Sorunlar Hakkında Avrupa Komitesinin verdiği yetkiye dayanarak kurulan Ceza Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Hakkında Uzmanlar Komitesi tarafından hazırlanan ve Bakanlar Komitesince 15 Eylül 1999 tarihinde kabul edilen R (99) 19

[20] YENİSEY, Feridun-NUHOĞLU, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara, 2015, s. 836.

[21] Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Suç Mağdurlarına Tazminat Ödenmesi Hakkında 27 sayılı Tavsiye Kararı; Şiddet Suçu Mağdurlarının Zararlarının Tazmin Edilmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi, 28 Haziran 1985 Tarihli Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Hukuki Durumunun İyileştirilmesine İlişkin 11 Sayılı Tavsiye Kararı; 1987 Tarihli Mağdura Yardım Edilmesi ve Mağduriyetin Önlenmesi Hakkında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 21 Sayılı Kararı; Ceza Muhakemesinde Mağdurun Konumuna İlişkin 15 Mart 2001 Tarihli Konsey Çerçeve Kararı.

[22] ŞENTÜRK, Candide, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2009, s. 2.

[23] ÇAL, Sedat, "Anayasa Değişikliği Sonrasında Kamu Hizmeti Kavramının İrdelenmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002, s. 164 vd.

sayılı Tavsiye Kararı ile şekillenmiştir.[24] Tavsiye Kararı kapsamında önce 5237 sayılı TCK'da (madde 73/8) bu hüküm yürürlükten kaldırılınca Ceza Muhakemesi Kanunu madde 253'te 5560 sayılı Kanun ile 2006 yılında yapılan düzenleme ile uzlaştırma sistemine yer verildiği görülmektedir. 2007 yılında Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik de yürürlüğe girmiştir.

Dünya Bankası, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği gibi uluslararası kuruluşlar Türkiye gibi gelişmekte olan ülkelerde "*yargı reformu*" başlığı altında parasal sübvanseler sağlayarak yargısal uyuşmazlıklarda alternatif çözüm yollarının hayata geçirilmesini desteklemektedirler. Söz gelimi, AB'nin *Türkiye Adalete Daha İyi Erişim Projesi* bu kabildendir. 2018 *AB Türkiye İlerleme Raporu*'nda mevzuatın AB standartlarıyla uyumlu olması gerektiğinin altı çizilmiştir. Türkiye'deki çeşitli STK'ların da yayımlamış oldukları raporlar da bahse konu uluslararası metinlerle paralellik arz etmektedir. Mesela Türkiye Ekonomik ve Sosyal Etüdler Vakfı (TESEV)'nın 2015 yılında yayımlamış olduğu *Adalete Erişim İçin Yerelden Öneriler* başlıklı raporda uzlaştırma kurumunun hızlı çözüm, maddi yükü hafifletme, iş yükünü azaltma gibi pozitif yönleri olduğunun altı çizilmiştir.[25] Adalet Bakanlığı 2019 yılı Yargı Reformu Strateji Belgesinde de uzlaştırma kurumu için benzer ifadelere yer verilmiştir;

"Benzer şekilde ceza yargılamasında uzlaşma kurumu da, sistemin iyi işleyişine önemli katkılar yapmıştır. Yapılan kanun değişikliği sayesinde 2017 yılından itibaren uzlaştırma ile sonuçlandırılan dosya sayılarında dikkate değer bir artış yaşanmıştır"

"Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin ceza muhakemesindeki başlıca uygulaması, uzlaşma kurumudur. Bu kurumun sistemdeki yeri, kapsam ve usule ilişkin düzenlemelerle zaman içerisinde genişletilmiştir. Uzlaşma kurumunun yaygın biçimde uygulanması bu dönemde de öncelikler arasında yer alacaktır. Uzlaştırmacı eğitiminin etkinliğinin artırılması ve kamuoyunda uzlaşma

[24] "*Bakanlar Komitesi, Avrupa Konseyi yasasının 15.b maddesi uyarınca, Üye ülkelerde ceza meselelerinde esnek, kapsamlı, sorun çözücü, katılım seçeneğinin geleneksel ceza muhakemesini tamamlayıcı ya da ceza muhakemesine alternatif olduğu arabuluculuğun kullanımındaki gelişmelere dikkat çekerek, Mağdur ve failin ve ceza muhakemesine katılan topluluklar kadar ceza muhakemesinden taraf olarak etkilenebilecek olan diğer kişilerin, ceza soruşturmasına aktif kişisel katılımının artırılmasının gerektiğini göz önüne alarak, Mağdurların, mağduriyetlerinin sonuçlarına değinmeleri, faille iletişim kurmaları ve kendilerinden özür dilenmesi ve kendilerine tazminat ödenmesiyle ilgili olarak daha çok söz hakkına sahip oldukları konusundaki meşru menfaatlerini kabul ederek, Faillerin sorumluluk duygularının teşvik edilmesinin ve onlara, topluma yeniden uyum sağlayıp ıslah olabilecekleri şekilde, hatalarını düzeltmeleri için pratik fırsatlar sunmanın önemini dikkate alarak, Arabuluculuğun, suçun önlenmesinde, işlenmesinde ve suçun ortaya çıkardığı uyuşmazlığın çözülmesinde, bireyin ve toplumun önemli olan işlevinin değerini artırabileceğini, böylece daha yapıcı ve daha az baskıcı ceza adaleti sonuçlarını teşvik edeceğini kabul ederek, Arabuluculuğun özel hünerler gerektirdiğini ve uygulama kanunlarını ve güvenilir bir eğitimi zorunlu kıldığını kabul ederek, Ceza meselelerinde arabuluculuk hakkında sivil toplum örgütleri ve mahallî topluluklarca yapılması mümkün olan önemli katkıyı ve kamusal ve özel kuruluşların çabalarının birleştirilmesi ve düzenlenmesinin gerektiğini göz önüne alarak, insan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesinin gereklerine saygı duyarak, Üye ülkelerin hükûmetlerine, ceza meselelerinde arabuluculuğun geliştirilmesinde, bu tavsiye kararının ekinde açıklanan ilkeleri dikkate alması ve bu metne mümkün olan en kapsamlı uygulamayı kazandırması tavsiye olunur."* (AKBK R (99) 19 sayılı tavsiye kararı)

[25] https://www.tesev.org.tr/wp-content/uploads/rapor_Adalete_Erisim_Icin_Yerelden_Oneriler.pdf, (E.T.:10.03.2021)

kültürünün yaygınlaşmasına yönelik çalışmalar yapılması da sistemin daha sağlıklı yürütülmesine hizmet edecektir."

"Uzlaştırma dışında, kovuşturma öncesi eleme yöntemlerinden olan ön ödeme ve kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumlarının da etkili bir şekilde uygulanması önem taşımaktadır. Belge kapsamında ön ödeme ve kamu davasının açılmasının ertelenmesi müesseselerinin kapsamının genişletilmesi öngörülmüştür."

"Çocuklara özgü uzlaştırma ve kamu davasının açılmasının ertelenmesi61 modeli geliştirilmesi, suça sürüklenen çocukların davalarının öncelikli görülmesinin sağlanması bu konuda öngörülen diğer hedeflerdir".[26]

2019 yılı Yargı Reformu Strateji Belgesinde de "*Amaç* 9" başlığı altında "*Hedef 9.1*" olarak alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin yaygınlaştırılması kapsamında; ceza uyuşmazlıklarında alternatif çözüm yöntemlerinin yaygınlaştırılacağı, "*Faaliyetler*" başlığı altında ise uzlaştırma öngören hükümlerin kapsamı genişletileceği, suça sürüklenen çocuklara özgü uzlaştırma modeli geliştirileceği, uzlaştırma bürolarının kapasitelerinin ve uzlaşmanın önemine ilişkin toplumsal farkındalığın artırılacağı belirtilmiştir.

Siyaset, Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Vakfı (SETA) 2019 tarihli "*Türk Yargı Adaletinde Reform Perspektifi ve Politikalar"* başlıklı raporunda küresel çağda giderek karmaşıklaşan toplumsal yapılar ve ekonomik ilişkileri demografik çeşitlilik ve artan nüfus, teknolojik gelişmeler ve sosyolojik dönüşümler ve benzeri sair etkenlerin uyuşmazlıkların çeşitlenerek artış göstermesine yol açtığı, yerleşik hukuk düzenlerinin öngörmüş olduğu geleneksel yargılama yöntemlerinin dışında alternatif çözüm yolları arayışının bütün dünyada ortaya çıktığı, taraf uyuşmazlıklarının adliyelere taşınmadan ya da mahkeme önüne getirilmeden sulh yoluyla ve tarafların uzlaşısıyla çözüme kavuşturulmasını öngören alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, arabuluculuk, uzlaşma, tahkim ve hakem heyetleri gibi uygulamaların taraflar arasında birtakım yeni ihtilafların doğmasını da engelleyecek ve toplumda uzlaşı kültürünün gelişmesine katkı sağlayacağı ifade edilmiştir.

Benzer biçimde, Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığının 11. Kalkınma Planı (2019-2023) nda uluslararası doğrudan yatırımların artırılması başlığı altında yatırım uyuşmazlıklarının çözümlenmesi için uluslararası "*tahkim", "sulh", "uzlaşma*", *"arabuluculuk"* gibi uyuşmazlık çözüm yollarının kullanımının artırılacağı ve çocuk adalet sisteminin onarıcı adalet yaklaşımıyla yeniden yapılandırılacağı, çocuklara özgü uzlaştırma usullerinin geliştirileceği ifade edilmiştir. [27]

[26] https://sgb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/23122019162931YRS_TR.pdf, (E.T.:10.03.2021)

[27] https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2019/07/OnbirinciKalkinmaPlani.pdf, (E.T.:10.03.2021)

IV. Sonuç ve Eleştiriler

Kapitalizmin kronik ekonomik krizleriyle 1960'lı yıllardaki güçlü devlet imgesi 1990'lı yıllarda artık büsbütün değişmiştir. Her şeye kadir devlet imgesi gitgide çözülerek devlet bundan böyle artık bir arabulucu kimliğine bürünmüş, artık bazı işlevleri özel kesimlere havale etmeye başlamıştır. Bu anlayış devletin daha önce üstlendiği mal ve hizmet üretiminin büyük kısmının özel sektöre devredilmesine dayanır.[28] Keza XXI. yüzyılın başlarında da aynı anlayış etkisini devam ettirmiş, devlet hakkındaki söylemlerde gerileme ve düşüş gözlemlenmiştir. Geçirgen sınırlar, devlet dışı aktörlerin yükselişi, uluslararası insan hakları kavramının yükselişi karşısında devletler "*ölümü bekleyen dinozorlar"* olarak değerlendirilmiş ve küreselleşme ile birlikte ulus devletin sonunun geldiği düşüncesi bazı çevrelerce savunulmuştur.[29]

Kapitalizm sadece ekonomik boyutlu bir oluşum değil, siyasal, sosyo-kültürel, ekolojik, teknolojik ve ideolojik boyutlara sahip bir süreçtir. Sistem kendi ekonomik ve sosyal düzenini kurarken bunu güvenceye almak adına hukuku en önemli enstrümanlardan birisi olarak görmüş ve bu nedenle de kendisine en uygun olan sistemin koruması ve himayesi altında gelişimini sağlamıştır. Günümüzde ekonomik olarak devletlerden güçlü, piyasa değeri 1 trilyon doları bulan ve dünyanın birçok ülkesinden ekonomik olarak büyük olan devasa şirketler söz konusudur. Güçlü sermaye grupları serbest piyasanın önünde engel gibi duran yargısal süreçlerde de söz sahibi olmak istemekte bu alandaki egemen devletlerin mutlak yetkilerini tartışmaya açmaktadırlar. Uzlaştırma, arabuluculuk ve tahkim gibi yargısal özelleştirme anlamına gelebilecek kavramların ortaya çıkışı ve yaygınlaşması da bu kapsamda değerlendirilebilir.

Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, kimi çevrelerde uzlaştırma kurumunun klasik ceza adaleti sisteminde devletin ceza verebilme yetkisinde özelleştirmeye gidilmesi olarak görülmektedir. Bu düşünceye göre, uzlaştırma sistemi Batı kapitalizminin sonuçlarından birisidir. Nitekim Liberal görüşün minimal devlet anlayışı şeklindeki ideolojik düşüncesi sadece uzlaştırma olarak değil cezaevlerinin özel sektöre devri şeklinde bile gündeme gelmektedir.[30]

Uzlaştırmanın temeli olan Anglosakson sitemindeki pazarlık anlayışı bazı bilim çevrelerinde maddi gerçeği bulma gibi muhakeme hukukunun temel prensiplerini zedeleyeceği hususunda kaygı uyandırmaktadır.[31] Bazı yazarlarca uzlaşma kurumunun anayasa, kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti ve adil yargılanma hakkı ilkeleriyle bağdaşmadığı, ayrıca kanunilik, hâkimlik teminatı, doğrudan doğruyalık, kamu davasının mecburiliği, aleniyet, gerçeğin araştırılması, resen araştırma, hâkimin

[28] ABANOZ, Buket, Ceza İnfaz Kurumlarında Özelleştirmenin Çok Boyutlu Değerlendirilmesi ve Türkiye'de Uygulanabilirliği, V. Türkiye Lisansüstü Çalışmaları Kongresi Bildiriler Kitabı-I, s. 43, http://www.tlck.org.tr/wp-content/uploads/2016/10/TLCK.5.1.B003.pdf, (E.T.:10.01.2021)

[29] ARSLAN, Uğur, *Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk Suçları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 171.

[30] ŞAHİN, Mehmet/GÖRKEM, Hilal, Kamusal Hizmet Olarak Cezaevi Hizmetlerinin Özelleştirilmesi Ve Türkiye'de Özel Sektör Cezaevlerinin Uygulanabilirliği, Celal Bayar Üniversitesi İİBF Dergisi, S.2, 2007, s.20 vd.

[31] Nitekim Anglo -Amerikan sisteminde kişisel veriler de mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmektedir.

tarafsızlığı, sözlülük, masumiyet karinesi, kusurla orantılı ceza ilkelerini ihlal ettiği ifade edilmiştir.[32]

Alternatif yöntemlerin toplumsal kabulünde ciddi hiçbir direncin oluşmadığı halbuki bu yöntemlerin parası olanın adaleti sağlayacağı bir sistemi getirdiği, yargının sermayeye boyun eğmesi, devletin egemenlik hakkının büyük şirketler karşısında aşınması gibi sonuçları göz ardı ettiği şeklinde eleştiriler yöneltilmiştir. Üstelik bu yöntemler başlangıçta gönüllü etiketi ile pazarlandığı halde sonrasında zorunluluğa dönüşmüştür.[33]

Alternatif çözüm yöntemlerinin genelde olumlu yönlerinin ön plana çıkarıldığı bunda adli sisteme yönelik eleştiri olarak getirilen olumsuzlukların ve toplumsal memnuniyetsizliklerin uzlaştırma gibi pratik yöntemlerle ortadan kalkacağı algısının etkili olduğu gözlemlenmektedir. Bu yüzden de uzun ve karmaşık yargısal süreçlerle ortaya çıkan mağduriyetleri elemine etme sloganıyla ortaya çıkan uzlaştırma sistemi gerçekten de pratikliğiyle birçok ihtiyaca cevap veriyor gibi gözükmektedir. Nitekim uzlaştırma kurumunun yıldan yıla genişleyerek etkisini artırması da bu düşünceyi doğrulamaktadır. Bu nedenle doktrinde sisteme yönelik olumsuz eleştiriler çok minimal kalmakta ekseriyetle sistemin olumu yönlerine vurgu yapılmaktadır.

Kanaatimizce ön ödeme, uzlaştırma, kamu davasının açılmasının ertelenmesi ve seri muhakeme usulü gibi klasik ceza muhakemesine alternatif olarak geliştirilen ve tatbik olunan kuralların toptancı bir anlayışla olumsuzlamak doğru olmayan bir yaklaşımdır. Aslında temel sorun, uzlaşmanın şekli haliyle ilgili değil, bu kurumun muhakeme hukukunun temel prensipleriyle ne derece bağdaştığı sorunudur. yargının yapısal sorunlarının alternatif yöntemlerle aşılamayacağı daha ziyade hukuk devleti anlayışı çerçevesinde atılacak adımlarla çözülmesi gerektiği unutulmamalıdır. Yukarıda ayrıntılı olarak izah ettiğimiz üzere, uzlaştırma gibi yöntemler her ne kadar neo-liberal politikaların bir yansıması olarak ceza hukukuna nüfuz eden "*yabancılar"* olarak görülmekte iseler de bunları külliyen kötü olarak nitelendirmek ve "*istemezük"* tavrıyla karşı çıkmak arzu edilen bir yöntem değildir. Hukuk devleti, şüpheden sanık yararlanır ilkesi, masumiyet karinesi, davasız yargılama olmaz, doğal hâkim ilkesi, kovuşturma mecburiyeti ilkesi ve aleniyet ilkesi gibi hukuk devletinin temeli olan ilkelere halel getirmeden bahse konu sistemlerin mevcut yapıya uyumunu sağlamak elzemdir. Salt pratik faydalar için bahse konu ilkelerden taviz vermek kabul edilecek bir yöntem olmamalıdır. [34]

[32] ÖZ/BOZDOĞAN, s.339; ERSOY, s.2.

[33] YÜCEKAYA, Burak, "Hukukun Piyasalaşma Uğrağı Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ve Arabuluculuk Kurumu", Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2021, s. 79, 109.

[34] YAŞAR, Ercan, "Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü", *Adalet Dergisi*, Cilt 0, Sayı 65, 2020, s. 257.

Kaynakça

ABANOZ, Buket, Ceza İnfaz Kurumlarında Özelleştirmenin Çok Boyutlu Değerlendirilmesi ve Türkiye'de Uygulanabilirliği, v. Türkiye Lisansüstü Çalışmaları Kongresi Bildiriler Kitabı-I, http://www.tlck.org.tr/wp-content/uploads/2016/10/TLCK.5.1.B003.pdf, (E.T.:10.01.2021)

ARSLAN, Uğur, *Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk Suçları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta İstanbul, 2008.

CENTEL, Nur, " Cezanın Amacı ve Belirlenmesi", Prof. Dr. T.T. Yüce'ye Armağan, İzmir 2001.

ÇAL, Sedat, "Anayasa Değişikliği Sonrasında Kamu Hizmeti Kavramının İrdelenmesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002.

ÇELİK, Fikret / USTA Sefa, Liberal Düşünür Hayek'in Özgürlük Düşüncesi ve Bu Perspektiften Yerel Yönetimlere Bakışı, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Yıl: 2011/2, Sayı:14, http://dergipark.gov.tr/download/article-file/215790, (E.T.:10.01.2021)

ÇETİN, Soner H., Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma, TBB Dergisi, S. 82, 2009, http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2009-82-516, (E.T.:10.01.2021)

ERSOY, Uğur, Ceza Hukukunda Uzlaşma, Hukuk Gündemi Dergisi, Ağustos, 2005, Sayı:2, http://www.ankarabarosu.org.tr/siteler/2012yayin/dergi/hukuk-gundemi-dergisi/hgd2005.html, (E.T.:10.01.2021)

GÜRİZ, Adnan, Kapitalizm ve Hukuk, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg10/adnanguriz.pdf, (E.T.:10.01.2021)

KETİZMEN, Muammer, "Uzlaşmanın Sirayet Etmezliği İlkesinin Sonucu Olarak Mağdurun Yargılanacak Kişiyi Seçebilme Yetkisi", *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012.

ÖZBEK, Mustafa, Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaştırma, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005, http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/272/2468.pdf, (E.T.:10.01.2021)

ŞAHİN, Mehmet/GÖRKEM, Hilal, Kamusal Hizmet Olarak Cezaevi Hizmetlerinin Özelleştirilmesi ve Türkiye'de Özel Sektör Cezaevlerinin Uygulanabilirliği, Celal Bayar Üniversitesi İİBF Dergisi, S. 2, 2007.

TAYYAR, Ayşegül/ÇETİN, Birol, Liberal İktisadi Düşüncede Devlet, C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt 14, Sayı 1, 2013, http://dergipark.ulakbim.gov.tr/yonveek/article/view/5000069178, (E.T.:10.01.2021)

ŞENTÜRK, Candide, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2009.

YAŞAR, Ercan, "Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü", Adalet Dergisi, Cilt 0, Sayı 65, 2020.

YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara, 2015.

YÜCEKAYA, Burak, "Hukukun Piyasalaşma Uğrağı Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ve Arabuluculuk Kurumu", Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2021.

ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukukunda Özelleşme Eğilimi: Uzlaşma, Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul, 2003.

İDARİ YARGI KARARLARININ UYGULANMASINDA HUKUKİ İMKÂNSIZLIK İDDİASI

Av. Dr. Yakup GÖNEN (Emekli Öğretim Üyesi)

ORCID NO: 0000-0002-2330-0116

Öz

İdarenin faaliyetlerinin yargısal denetime açık olması hukuk devleti ilkesinin temel gereklerinden birisidir. Bu denetimin bir anlam ifade edebilmesi için, idarenin, yargı mercileri tarafından verilen kararlara uygun hareket etmesi gerekir. 1982 Anayasası'nın "Mahkemelerin bağımsızlığı" başlıklı 138'inci maddesi; "yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez" demek suretiyle bu konuyu hüküm altına almıştır. Nitekim 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu (m.28): "Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez" demek suretiyle bu zorunluluğa dikkat çekmiştir. Anayasa Mahkemesi yargı organları tarafından verilen kararların gereğinin idare tarafından yerine getirilmemesinin mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmesi sonucunu doğurduğuna hükmetmektedir. Bununla birlikte bazı hallerde, idarenin mahkeme kararlarının gereğini yerine getirmemesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir. "Hukuki imkânsızlık" ve "fiili imkânsızlık" halleri olarak adlandırılan bu durumların idarenin, mahkeme kararının gereğini yerine getirmemesindeki hukuka aykırılığı ortadan kaldırdığı kabul edilmektedir. Uygulamada idare, ortada gerçekten bir imkânsızlık olmamasına rağmen bu gerekçenin arkasına sığınabilmekte ve yargı organları tarafından verilen kararların gereğini yerine getirmeme şeklinde bir tutum içerisine girebilmektedir. İdare tarafından benimsenen bu tarz bir tutum hem yargı organları tarafından verilen kararların gereğinin yerine getirilmesi gerekliliği kuralının etrafından dolaşılmasına hem de "hukuki" ve "fiili imkânsızlık" terimlerinin bir paravan olarak kullanılmasına sebep olmaktadır. Yargı kararlarını yerine getirmemenin hukuki gerekçesini/bahanesini oluşturan "hukuki

imkânsızlık" halinin sınırlarının net bir şekilde tespit edilmesi gerekmektedir. Çalışmamızda, "hukuki imkânsızlık" kurumu, yargısal içtihatlar ve doktrindeki görüşler ışığında, hukuk devleti ilkesi ve temel haklar boyutuyla ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Hukuki İmkansızlık, Hukuk Devleti, İdare Hukuku

GİRİŞ

Kamu gücü kullanma yetkisi ile donatılmış olan idare tarafından gerçekleştirilen işlem ve eylemlerin yargısal denetime tabi tutulması, günümüzde hukuk devleti ilkesinin zorunlu bir unsuru kabul edilmektedir. Nitekim 2'nci maddesinde Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin bir hukuk devleti olduğunu ifade eden 1982 Anayasası da 125'inci maddesinde "*(i)darenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır*" düzenlemesine yer vererek hukuk devleti ilkesinin bu unsurunu anayasal teminat altına almıştır.

İdarenin eylem ve işlemlerinin yargısal denetime tabi olması, vatandaşların hukuki güvenliğini sağlamak bakımından her ne kadar önemli bir olgu olsa da bu denetimin vatandaşlar bakımından bir anlam ifade etmesi, idarenin yargı organı tarafından verilen karara uyma zorunluluğunun olmasına bağlıdır. Yargı organının yürütme organı hakkında vermiş olduğu kararların "*tavsiye*" niteliğinde ve yargı kararını uygulayıp uygulamama noktasında ilgili idarenin bir takdir yetkisi olduğunun kabul edildiği bir düzende, idareler karşısında vatandaşların hukuki güvenliğinden bahsedilemeyeceği açıktır. Nitekim bu esastan hareketle 1982 Anayasası'nın "*Mahkemelerin bağımsızlığı*" başlıklı 138'inci maddesi; "*yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez*" düzenlemesini hüküm altına almıştır. Aynı şekilde 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) "*Kararların sonuçları*" başlıklı 28'inci maddesi de "*Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez*" hükmü ile yargı organları tarafından verilen kararların gereğinin idare tarafından yerine getirilmesini bir zorunluluk olarak kabul etmiştir. Bu hukuki düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, idarenin yargı organı tarafından verilen bir karar karşısında

bu kararı uygulayıp uygulamama noktasında herhangi bir takdir yetkisi yoktur; idare yargı organı tarafından verilen kararın gereğini yerine getirmek zorundadır. İdarenin yargı organı tarafından verilen bir kararın gereğini yerine getirmemesi ağır hizmet kusuru olarak kabul edilmekte ve mahkeme kararının uygulanmaması dolayısı ile meydana gelen zararın tazmin edilmesini gerektirmektedir.[1] Zira İYUK'un 28'inci maddesinin yukarıda ifade ettiğimiz hükmünün devamında; "*Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerine göre işlem tesis edilmeyen veya eylemde bulunulmayan hallerde idare aleyhine Danıştay ve ilgili idari mahkemede maddi ve manevi tazminat davası açılabi(leceği)*" düzenlenmiştir.

Yargı organları tarafından verilen kararların gereğinin ilgili idareler tarafından yerine getirilmesi zorunluluğu her ne kadar anayasal ve yasal düzenlemelerle hüküm altına alınmış olsa da bu zorunluluğun mutlak bir zorunluluk[2] olmadığı, "*hukuki imkânsızlık*"[3] olarak adlandırılan durumun varlığı halinde, idarenin yargı organı tarafından verilen kararların gereğini yerine getirmeyebileceği ve bu durumun bir hukuka aykırılık teşkil etmeyeceği doktrin ve yargı organları tarafından kabul edilmektedir. İmkânsızlık hâli her ne kadar istisnai bir durum olarak kabul edilse de uygulamada, idarelerin imkânsızlık hâlini gerekçe göstererek mahkeme kararlarını uygulamaktan kaçınmaya çalışmaları sıkça karşılaşılan bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. İdarelerin bu tutumu, mahkeme kararının gereğinin yerine getirilmemesini hukuka aykırı olmaktan çıkaran gerçek manada imkânsızlık hâlinin sınırlarının çizilmesini gerektirmektedir. Zira ortada gerçek manada bir imkânsızlık olmamasına rağmen idarelerin hukuki imkânsızlığı gerekçe göstererek bir mahkeme kararının gereğini yerine getirmemesi, idarenin faaliyetlerinin yargısal denetiminin içinin boşalmasına ve hukuk devleti ilkesinin zayıflamasına yol açmaktadır. Hukuk devleti ile olan bu sıkı ilişkisinden dolayı çalışmamızda hukuki imkânsızlık kurumunun bir incelemesi yapılarak bir çerçeve çizilmeye çalışılacaktır. Bu bağlamda çalışmamızda öncelikli olarak mahkeme kararlarının

[1] "*Davacının memuriyet intibakına ilişkin yargı kararını 6 ayı aşkın süre sonra uygulayan idarenin, olayda **ağır hizmet kusuru** nedeniyle tazmin sorumluluğu bulunmaktadır*." D5D, 11.10.2002, E.1999/2053, K.2002/3798. ÖZBEY, idarenin yargı kararlarını uygulamamasının 1947 yılından beri doktrin ve yargı kararlarında istikrarlı bir şekilde ağır hizmet kusuru olarak nitelendirildiğini aktarmaktadır. Özbey, Ö. (2009). İdari yargı kararlarının uygulanmamasından doğan hukuki ve cezai sorumluluk. Ankara Barosu Dergisi, Y.67, S.4, s.48.

[2] "*İdari yargı yerlerince verilen kararların yerine getirilmesi zorunluluğunun, infazın imkân dahilinde olması halinde söz konusu olduğu söylenebilir.*" Özdemir, H. E. (2006). İdari yargı organları tarafından verilen yürütmenin durdurulması kararlarının uygulanması ve hukuki imkânsızlık hali. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.90.

[3] Doktrin ve yargı kararlarında yargı kararının uygulanma zorunluluğunun istisnası olarak kabul edilen imkânsızlık durumu "*hukuki imkânsızlık*" ve "*fiili imkânsızlık*" olarak ikiye ayrılmaktadır. Çalışmada sadece hukuki imkânsızlık incelenecek olup fiili imkânsızlık çalışmanın kapsamı dışında tutulmuştur.

idareler tarafından uygulanmamasına ilişkin genel bir değerlendirme yapıldıktan sonra mahkeme kararlarının uygulanma zorunluluğunun istisnalarından birisi olarak kabul edilen hukuki imkânsızlık müessesesi incelenmeye çalışılacaktır. Yukarıda da ifade edildiği üzere meselenin hukuk devleti ilkesi ile doğrudan ilişkisi bulunmaktadır. Mahkeme kararlarının uygulanması zorunluluğu, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce (AİHM) adil yargılanma hakkının alt unsurlarından olan mahkemeye erişim hakkı bağlamında değerlendirilmektedir. Çalışmada yeri geldiğince Anayasa Mahkemesi ve AİHM'in de konu ile alakalı vermiş olduğu kararlara da değinilmeye çalışılacaktır.

1. Mahkeme Kararlarının Uygulanmasına İlişkin Genel Açıklamalar

Giriş bölümünde de ifade edildiği üzere yargı organı tarafından verilen kararların ilgili idarelerce uygulamak zorunda olduğuna ilişkin hükümlere hem 1982 Anayasası hem de İYUK'ta açıkça yer verilmiştir. Esasında bir hukuk devletinde idari yargı kararlarının ilgili idareler tarafından uygulanmaması diye bir sorunun olmaması ve idari yargı kararlarının uygulanması gerektiğinin yasal düzenlemelerle ayrıca belirtilmesine lüzum olmaması gerekmektedir.[4] Çünkü yargısal denetimin zorunlu olup idarenin yargısal denetim neticesinde verilen karara uymak zorunda olmaması; "*herkese meşru araç ve yollarla yargı makamları önünde hakkını arama özgürlüğü verdiğini iddia edip de 'siz bu özgürlüğü kullanın ama yargının, özgürlüğünüzü kullanmanız sonucu verdiği kararları uygulayıp uygulamamak idarenin keyfine kalmıştır'*"[5] demek anlamına geleceğinden kabul edilmesi mümkün değildir. Bundan dolayı 1982 Anayasası ve İYUK'ta idarenin yargı kararlarına göre gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur olduğuna dair bu açık düzenlemeler olmasaydı bile yargı kararlarının uygulanmak zorunda olduğu tartışmasız olacaktı.[6] Bununla birlikte ülkemizde idarelerin yargısal denetimden olabildiğince kaçmak gibi bir eğilime sahip olduğuve meselenin sıklıkla sorun oluşturma potansiyeline sahip olduğu da bir gerçektir.İşte bu sebepten dolayı ülkemizde mahkemeler tarafından verilen kararların uygulanmak zorunda olduğu açık bir şekilde hem anayasal hem de yasal düzenlemelerle hüküm altına alınmıştır.Ancak bütün bu düzenlemelere rağmen ilgili idarelerin yine de farklı adlar altında

[4] Özbey. a.g.m., s.46.
[5] Erdem. J.G. (2005). İptal kararlarının uygulanmaması ve bundan doğan tazminat davaları. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (İdare Hukuku) Anabilim Dalı, Ankara, s.33.
[6] Keskin, B. (2009). İdari yargı kararlarının uygulanmasında hukuki ve fiili imkânsızlık. Terazi Hukuk Dergisi, S.38, s.44.

yargı organları tarafından verilen kararları uygulamadığı görülmektedir. Yargı organı tarafından verilen kararların ilgili idareler tarafından uygulanmaması durumu çok farklı şekillerde olabilmektedir. Doktrinde; geriye yürür uygulamama, hiç uygulamama, değiştirerek uygulama/aynen uygulamama, eksik uygulama, yanlış uygulama ve şeklen (biçimsel uygulama) hallerinin idari yargı kararlarının uygulanmamasına örnek durumlar olduğu ifade edilmektedir[7]. Bu noktada idarenin yargı kararlarını uygulamamaktan kaynaklanan sorumluluğu gündeme gelmektedir. İYUK'un idari yargı yerlerince verilen kararların gereklerinin ilgili idareler tarafından yerine getirilmesi zorunluluğunu düzenleyen 28'inci maddesinin devamında yer alan düzenlemeye göre; "*Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemeleri kararlarına göre işlem tesis edilmeyen veya eylemde bulunulmayan hallerde idare aleyhine Danıştay ve ilgili idari mahkemede maddi ve manevi tazminat davası açılabilir. Mahkeme kararlarının süresi içinde kamu görevlilerince yerine getirilmemesi hâlinde tazminat davası ancak ilgili idare aleyhine açılabilir.*"

İdari yargı kararının ilgili idare tarafından uygulanmamasından kaynaklanan zararlara karşı açılacak davalar ile alakalı üzerinde durulması gereken en önemli husus, bu davaların sadece ilgili idare aleyhine açılabileceğidir. 2014 yılında İYUK'un 28'inci maddesinde yapılan değişiklik ile birlikte"*(...) idare aleyhine dava açabileceği gibi, kararı yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine de tazminat davası açılabilir*" hükmü değiştirilmiş ve tazminat davalarının ancak ilgili idare aleyhine açılabileceği hüküm altına alınmıştır.[8] Dolayısıyla yargı kararını uygulamayan kamu görevlisi aleyhine doğrudan tazminat davası açılabilmesi artık mümkün değildir.[9] Konu ile alakalı üzerinde durulması gereken ikinci husus ise idari yargı kararının uygulanmamasından kaynaklanan zararlara karşı açılacak davanın idari yargı yerlerinde açılması gerektiğidir.

Yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar çerçevesinde özetle; yargı organı tarafından verilen bir kararın gereğinin idareler tarafından gecikmesizin yerine getirilmesi gerektiği, kararın gereğinin yerine getirilmemesi durumunda idarenin ağır hizmet kusuru işleyeceği, idarenin tazmin sorumluluğunun ortaya çıkacağı ve bu zarar dolayısı ile idari yargı kararını uygulamayan kamu

[7] Özbey. A.g.m., s.48.
[8] İfade etmek gerekir ki 2014 yılında gerçekleştirilen değişiklikten önceki dönemde, idari yargı kararını uygulamayan kamu görevlisi aleyhine de dava açılabileceğini düzenleyen hükmün anayasaya aykırılığı gündeme getirilmiş ancak Anayasa Mahkemesi söz konusu düzenlemenin anayasaya aykırılık teşkil etmediğine karar vermiştir. AYM, 11.12.2012, E.2012/22, K.2012/133.
[9] Deniz, B. (2021). İdarenin sorumluluğunu doğuran hizmet kusuru ve hizmet kusuru-kişisel kusur ayrımı" TBB Dergisi, 153, s.217.

görevlisine karşı doğrudan tazminat davası açılamayıp davanın ilgili idareye karşı açılabileceği, idareye karşı açılacak olan bu davanın idari yargı kolunda açılması gerektiği ifade edilebilir.

Bu noktada Anayasa Mahkemesi'nin konuya bakış açısının incelenmesi de yerinde olacaktır. Anayasa Mahkemesi, mahkeme kararlarının gereğinin idareler tarafından yerine getirilmemesi meselesini adil yargılanma hakkının alt unsurlarından olan "*mahkemeye erişim hakkı*" kapsamında değerlendirmektedir. Bir bireysel başvuru kararında Anayasa Mahkemesi yargı kararlarının uygulanmaması ve mahkemeye erişim hakkı arasındaki ilişkiye dair şu açıklamaları yapmıştır: "*Adil yargılanma hakkının unsurlarından biri de mahkemeye erişim hakkıdır. Mahkemeye erişim hakkı, bir uyuşmazlığı mahkeme önüne götürme ve aynı zamanda mahkemece verilen kararın uygulanmasını isteme haklarını da kapsar. Mahkeme kararlarının uygulanması, yargılamanın dışında olmakla birlikte onu tamamlayan ve yargılamanın sonuç doğurmasını sağlayan bir unsurdur. Karar uygulanmazsa yargılamanın da bir anlamı olmayacaktır. Bu nedenle yargı kararlarının uygulanması 'mahkemeye erişim hakkı' kapsamında değerlendirilmektedir. Buna göre, yargılama sonucunda mahkemenin bir karar vermiş olması yeterli değildir; ayrıca bu kararın etkili bir şekilde uygulanması da gerekir. Hukuk sisteminde, nihai mahkeme kararlarını, taraflardan birinin aleyhine sonuç doğuracak şekilde, uygulanamaz hale getiren düzenlemeler bulunması veya mahkeme kararlarının icrasının herhangi bir şekilde engellenmesi hallerinde, 'mahkemeye erişim hakkı' da anlamını yitirecektir.*"[10] Anayasa Mahkemesi konu ile alakalı bir başka kararında ise şu açıklamaları yapmıştır: "*Anayasa'nın 36. ve 138. Maddeleri uyarınca yargı kararlarının ilgili kamu otoritelerince zamanında yerine getirilmediği bir devlette bireylerin yargı kararıyla kendilerine sağlanan hak ve özgürlükleri tam anlamıyla kullanabilmeleri mümkün değildir. Dolayısıyla devlet, yargı kararlarının zamanında yerine getirilmesini sağlayarak bireyler aleyhine oluşabilecek hak kayıplarını engellemekle, bu yolla bireylerin kamu otoritelerine ve hukuk sistemine olan güven ve saygılarını korumakla yükümlüdür. Bu sebeple hukuk devletinin bir gereği olarak bireylerin kamu otoritesi ve hukuk sistemine olan güven ve saygılarını koruma adına vazgeçilemez bir görev ifa eden yargının kararlarının zamanında yerine getirilmeyerek sonuçsuz bırakılması kabul edilemez. Sonuç olarak hukuk sisteminde nihai mahkeme kararlarını taraflardan birinin aleyhine sonuç doğuracak şekilde uygulanamaz hale getiren düzenlemeler bulunması veya*

[10] AYM, Başvuru No: 2012/144, K.02.10.2013.

mahkeme kararlarının icrasının herhangi bir şekilde engellenmesi hallerinde mahkemeye erişim hakkımın ihlal edildiği anlamına geleceği kabul edilmiştir."[11] Bu kararlarından da anlaşılacağı üzere Anayasa Mahkemesi, yargı organları tarafından verilen kararların ilgili idare tarafından uygulanması zorunluluğunu, mahkemeye erişim hakkının bir uzantısı olarak kabul etmektedir. Yüksek mahkemeye göre, yargı kararının uygulanmasının zorunlu olmadığı bir durumda ilgililerin mahkemeye erişim hakkına sahip olmasının da bir anlamı olmayacaktır. Bundan dolayı idari işlem veya eylem dolayısı ile hakkı veya menfaati ihlal edilen bir kişinin bu işlem ve eyleme karşı dava açabiliyor olması, mahkemeye erişim hakkının kullanılması bakımından tek başına bir anlam ifade etmemektedir, mahkemeye erişim hakkının kullanılmasının ilgililer bakımından bir anlam ifade edebilmesi için, yargılama sonucunda verilen kararın gereğinin ilgili idare tarafından yerine getirilmesi de gerekmektedir.

2. Yargı Kararlarının Uygulanma Zorunluluğu ve Hukuki İmkânsızlık

Yukarıda ifade edildiği üzere Anayasal ve yasal düzenlemeler, yargı organı tarafından verilen kararların ilgili idarelerce uygulanmak zorunda olduğunu açık bir şekilde hüküm altına almaktadır. Bununla birlikte doktrin ve yargı organları, yargı organları tarafından verilen kararların ilgili idarelerce uygulanma zorunluluğunun mutlak bir zorunluluk olmadığı, mahkeme kararlarının hukuki imkânsızlık gerekçesiyle uygulanamamasının hukuka aykırılığı ortadan kaldıracağı kabul edilmektedir. Bu bölümde hukuki imkânsızlık kavramı ile alakalı doktrin ve yargı organları tarafından yapılan tanımlamalara değinildikten sonra uygulamada hukuki imkânsızlık olarak kabul edilen durumlara ilişkin açıklamalar yapılmaya çalışılacaktır.

2.1. Tanım ve Kapsam

Öncelikli olarak ifade etmek gerekir ki idarenin yargısal kararları uygulamak zorunda olduğunu düzenleyen yasal düzenlemelerde hukuki imkânsızlık kavramının tanımı yapılmamıştır. Hukuki imkânsızlık kavramının ne anlama geldiği daha çok doktrin ve yargı kararları ile belirlenmiştir. ULER'e göre hukuki imkânsızlık; "*iptal kararının uygulanmasının başka bir hukuk kuralı tarafından engellenmesi*"dir.[12] YAYLA'ya göre ise; "*hukuki imkânsızlık, pozitif hukuk kurallarının*

[11] AYM, Başvuru No: 2015/14525, K.10.10.2019.
[12] Uler, Y. (1970). İdari yargıda iptal kararlarının sonuçları. Ankara: AÜHFY, s.99.

bir idari işlemin tesisini ya da uygulanmasını olanaksız hale getirmesidir."[13] ÖZDEMİR'e göre de "*hukuki imkansızlığın varlığını kabul etmek için, idarenin kararı uygulayabilmek için, işlem tesis etmesi veya eylemde bulunma olanağı olmamalı, kararın uygulanmasının önünde hukuki bir engel olmalıdır.*"[14]

Doktrindeki bu tanımlardan da anlaşılacağı üzere yargı kararının uygulanmaması bağlamında bir hukuki imkânsızlıktan bahsedilebilmesi için öncelikli olarak ilgili idarenin yargı kararını uygulama noktasında bir iradesinin olması, ancak hukuki bir durumun idarenin yargı kararını uygulama iradesini engellemesi gerekmektedir. Ancak böyle bir durumun varlığı halinde hukuki imkânsızlık olduğu ve yargı kararının uygulanamamasının hukuka aykırılık teşkil etmeyeceği ifade edilebilir. Dolayısıyla ilgili idarenin yargı kararını uygulama noktasında bir çabasının olmadığı hallerde hukuki imkânsızlıktan bahsetmek de mümkün olmayacaktır. Nitekim Danıştay da vermiş olduğu bir kararda, ilgili idarenin yargı kararını uygulama noktasında çabasının olmadığının söylenemeyeceğinden hareketle hukuki imkânsızlığın varlığına işaret etmiştir.[15] APAYDIN da "*dürüstlük kuralı*"nın imkânsızlık halinin tespitinde ölçüt olarak kullanılabileceğini, bir yargı kararının uygulanması dürüstlük kuralının aşılmasını gerektiriyorsa ortada bir imkânsızlık olduğundan bahsedilebileceğini ifade ederek AİHM'in de konu ile alakalı kararlarında dürüstlük ölçütünü kullandığını ve "*imkânsızlık*" ile "*aşırı güçlük*" hallerini ayrıştırarak idarenin yargı organı tarafından verilen bir kararı uygulama yönündeki iradesinin "*samimi*" olup olmadığını sorgulayarak aşırı güçlük teşkil eden durumları imkânsızlık gibi gerekçelendiren idarenin yaklaşımının samimiyetten uzak olduğuna karar verdiğini aktarmaktadır.[16] Dolayısı ile gerçek manada bir hukuki imkânsızlığın olduğu durumda yargı kararının "*uygulanmamasından*" değil, uygulanmak istenmesine rağmen "*uygulanamamasından*" bahsedilmesi gerekmektedir. Bu ön kabulün mefhum-u muhalifinden idarenin iyi niyetli olmadığı, yani yargı kararını uygulamak için değil de uygulamamak için bir çaba içinde olduğu durumlarda hukuki imkânsızlıktan

[13] Yayla, A. (2015). Fiili veya hukuki imkansızlığın idari işleme etkisi üzerine bir deneme, DEÜHFD, C.17, S.2, s.236.
[14] Özdemir. a.g.m., s.95.
[15] "*(...) devredilen personelin mağduriyetinin önlenmesi için Kurumun, gerek Bakanlıklar gerek Ulaştırma Bakanlığı ve gerekse PTT nezdinde her türlü girişimde bulunduğu anlaşılmış olup belirtilen durum karşısında, idare mahkemesince verilen ve davacının TRT kurumundaki görevine dönmesi sonucunu doğuran iptal kararının davalı idarece 'kasıtlı' olarak yerine getirilmediğinden söz edilmesine olanak bulunmadığı (...)*" D5D, 14.10.1996, E.1995/1287, K.1997/2084.
[16] Apaydın, B. (2017). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye'de imkânsızlık gerekçesiyle infaz edilemeyen idari yargı kararlarına ilişkin yaklaşımı: Cıngıllı Holding A.Ş.&Cıngıllıoğlu v. Türkiye ve Süzer&Eksen Holding A.Ş. v. Türkiye Davaları. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1-2, s.50

bahsedilmesinin mümkün olmadığının kabul edilmesi gerekmektedir. Yani özetle, idarenin aleyhine verilen bir yargı kararını uygulamamak için mücadele ettiği bir ortamda hukuki imkânsızlığın kabul edilmesi mümkün değildir. İdari yargı organları tarafından verilen bir kararın uygulanmaması amacıyla bahane olarak sunulan genel kurul toplantısının hukuki imkânsızlık olarak kabul edilemeyeceğinin ifade edildiği bir Danıştay kararında konu ile alakalı şu açıklamalar yapılmıştır: "*Belirtilen niteliğe sahip derneğin organlarının Bakanlar Kurulu kararıyla değiştirilmesine cevaz veren Dernekler Yasası hükümleri Anayasaya aykırı bulunarak Anayasa Mahkemesinin 13.07.2004 tarih ve E:2004/52, K:2004/94 sayılı kararıyla iptal edilmiş ve Dairemizin 28.07.2004 tarih ve E:2004/1675 sayılı kararıyla, Anayasa Mahkemesi kararı gerekçe alınarak davacının görevden alınmasına ilişkin Bakanlar Kurulu kararının yürütmesinin durdurulmasına, ardından da 27.06.2006 tarih ve E:2004/1675, K:2006/4637 sayılı kararıyla, iptaline karar verilmiştir.* ***Bu iptal kararı üzerine davalı idarelerin, Danıştay 10. Dairesinin anılan kararının gereğini yerine getirmeksizin usulsüz olağanüstü genel kurul toplanmasına göz yummak ve bu genel kurul gerekçe gösterilerek yargı kararının uygulanmasının imkânsız olduğu gerekçesiyle yargı kararını uygulamamak suretiyle ağır hizmet kusuru işledikleri ve bu nedenle davacının manevi zararının doğduğunun kabulü ile zararın tazmini gerektiği açıktır.***"[17] Danıştay'ın bu kararından da anlaşılacağı üzere, ilgili idarece yargı kararını uygulamaya yönelik bir çaba gösterilmeyip aksine yargı kararını uygulamamaya yönelik olarak bir takım kararların alınması, yargı kararının uygulanmasına yönelik iyi niyetli bir uğraşın varlığını ortadan kaldırmaktadır. Bu şekilde yargı kararının uygulanmasına yönelik iyiniyetli bir çabanın olmadığı durumlarda hukuki imkânsızlıktan bahsetmek ise mümkün değildir. Örneğin, yargı organı tarafından gerçekleştirilen denetim esnasında yürürlükte olan ve sonrasında değiştirilmeyen bir mevzuat hükmünün yargı kararının uygulanmamasında gerekçe olarak sunulmasının iyi niyetli bir çaba olduğundan bahsedilemez. İdarenin yargı kararını uygulamamaya yönelik böyle bir çaba içerisine girmesinin hukuki imkânsızlık olarak adlandırılması mümkün değildir. Zira idarenin yargı kararını uygulamamaya yönelik böyle bir gerekçe sunması, re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu idari yargıda, yargı mercilerini yetersizlik ya da bilgisizlik ile itham etmek anlamına geleceğinden, mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmesinden öte kuvvetler ayrılığı ve hukuk devleti ilkesinin de ihlal edilmesi sonucunu doğuracaktır. Bundan dolayı idarenin, yargısal denetim

[17] D.10.D., E.2004/13990, K.2007/739, K.T:27.02.2007.

gerçekleştirilirken yürürlükte olan bir mevzuat hükmünü gerekçe göstererek yargı kararını uygulamamasının ağır hizmet kusuru kapsamında olduğunun kabul edilmesi gerekir.

Bu noktada, idarenin yargı kararının uygulanması bağlamında dürüstlük kuralı kapsamında hareket ettiğinin söylenebilmesi için göstermesi gereken çabanın sınırlarının ne olduğu sorusunun da cevaplanması gerekmektedir. Meseleyi İYUK'un 28'inci maddesinde yer alan "*(kararların) icaplarına göre, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur*" hükmü uyarınca ele alan ÖZDEMİR'e göre; "*İdare Hukuku anlamında idarenin işlem tesis etmesi ve eylemde bulunması tek taraflı irade açıklamasıyla hukuk düzeninde değişiklik yaratması anlamına gelmektedir. O halde, bu maddede sözü edilen, idarenin mahkeme kararını yerine getirebilmek için re'sen işlem tesis etmesi veya eylemde bulunmasıdır. Dolayısıyla idarenin yargı organlarına başvurması ve dava açması, bu yükümlülük kapsamında değerlendirilmemelidir.*"[18] Gerçekten de idarenin yargı kararını uygulamaya yönelik olarak dürüstlük ölçütü kapsamında bir çaba içerisinde olduğundan bahsedebilmek için, kendisine kanunlarla tanınan yetkiler çerçevesinde işlem veya eylem tesis etme iradesinin varlığının gerekli ve yeterli olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Bunun ötesinde, yargı kararının uygulanmasının ilgili idarenin açacağı bir davaya bağlı olduğu durumlarda, sırf bu davanın açılmamış olmasından hareketle idarenin yargı kararını uygulama noktasında bir çabasının olmadığını kabul etmek isabetli olmayacaktır.

Yapmış olduğumuz bu açıklamalardan sonra, doktrin ve yargı kararlarında hukuki imkânsızlık olarak kabul edilen hallerin incelemesine geçmeden önce hukuki imkânsızlığın hangi tür idari davalar bakımından söz konusu olabileceğine de değinmek yerinde olacaktır. Bilindiği üzere idari yargıda "*iptal*" ve "*tam yargı*" olmak üzere iki dava türü vardır. Doktrinde hukuki imkânsızlık iddiasının sadece iptal davaları bakımından söz konusu olabileceği, konusu belli bir tazminat talebinin değerlendirilmesinden ibaret olan tam yargı davalarında devlet tüzel kişiliği temerrüde düşmediği sürece hukuki imkânsızlıktan bahsetmenin pek mümkün olamayacağı ifade edilmektedir.[19]

[18] Özdemir. a.g.m., s.93.

[19] Apaydın. a.g.m., s.48.Aynı yönde bkz: Gök, H. (2013). Danıştay kararlarından hareketle idari yargı kararlarının imkânsızlık nedeniyle uygulanamadığı haller. İÜHFM, C.LXXI, S.1, s.548. ÖZBEY de benzer şekilde uygulamada tam yargı davalarında verilen kararların yerine getirilmesinde çoğu kez büyük bir sorunla karşılaşılmadığını, tam yargı davalarında verilen kararların uygulanmaması nedeniyle açılan davalara pek rastlanılmadığını, uygulamada en çok sorunun, iptal davalarında verilen yürütmenin durdurulması kararları ile iptal kararlarının uygulanmasında yaşandığını

2.2. Doktrin ve Yargı Kararlarında Hukuki İmkânsızlık Olarak Kabul Edilen Haller

Çalışmanın bu bölümünde doktrin ve yargı kararlarında hukuki imkânsızlık olarak kabul edilen belli başlı hallerin kısa bir incelemesi yapılmaya çalışılacaktır. Ancak öncelikli olarak hukuki imkânsızlığa ilişkin her olaya uygulanabilecek bir formülün olmadığının, her somut olayın kendine özgü şartları özelinde hukuki imkânsızlık olup olmadığının tespit edilmesi gerektiğinin de ifade edilmesi gerekmektedir.[20]

2.2.1. İlgili Kişinin Kendi İsteği ile Yapılan İşlemler Dolayısıyla Meydana Gelen Hukuki İmkânsızlık

Uygulamada hukuki imkânsızlık halinin en belirgin uygulaması olarak kabul edilen durumun, ilgili kişinin iptal davası açtıktan sonra kendi isteği ile hakkında bir işlem tesis edilmesi ve bundan dolayı mahkeme kararının ilgili kişiye uygulanamaması hali olduğu ifade edilebilir. Uygulamada daha çok ilgili kişinin dava açtıktan sonra **kendi isteğiyle** emekliye ayrılması veya başka bir göreve atanması durumunda hukuki imkânsızlığın olduğu kabul edilmektedir. Konu ile alakalı vermiş olduğu bir kararda Danıştay şu açıklamaları yapmıştır: "*Hakkında verilmiş bulunan iptal veya yürütmenin durdurulması kararlarının yerine getirilmesi gerekli ise de davacı kamu görevlisi* ***kendi isteğiyle emekliye ayrılmak suretiyle*** *idareye yeni bir işlem tesis ettirmiş olduğundan, artık ortada* ***yerine getirilmesi gerekli bir yargı kararının varlığından söz etmeye hukuken olanak bulunmamaktadır.***"[21]

Anayasa Mahkemesi de konu ile alakalı vermiş olduğu bir bireysel başvuru kararında, başvurucunun idari dava açtıktan sonra kendi isteği ile emekli olduğundan hareketle mahkeme tarafından verilen iptal kararının uygulanma kabiliyetinden yoksun olduğunu ve bu durumun mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmesi sonucunu doğurmayacağını ifade etmiştir. Anayasa

ifade etmektedir. Yazara göre; "*idari yargı yerlerince verilen kararların infazı, adli yargı yerlerince verilen kararların infazından farklılık gösterir. Zira, idari yargı yerlerinde açılan ve 'idari' olarak adlandırılan davalarda bir taraf (davalı) sürekli şekilde 'idare'dir. İdarenin idari davalarda hem davalı olarak bulunması, hem de bu tür davalarda verilen kararların gereklerini yerine getirecek makam olması, uygulamada, adli yargı kararlarıyla ilgili olarak rastlanılmayan sorunlara neden olmaktadır.*" Özbey. a.g.m., s.47.

[20] "*Uygulamada ve öğretide de kabul edildiği gibi temel amaç yargı kararının gerekçesine uygun olarak uygulanması olmasına karşın, kimi özel durumlarda bu kararların uygulanmasında fiili ve hukuki imkânsızlık olabilir.* ***Doğaldır ki imkânsızlık durumunun var olup olmadığı her olayın özelliğine göre kendi içinde değerlendirilecektir.***" D.1.D., 04.04.1991, E.1991/54, K.1991/53.

[21] D.5.D., 02.02.1999, E.1998/2407, K.1999/222.

Mahkemesi'nin açıklamaları şu şekildedir: "*Başvuru konusu olayda başvurucu idari işlemin iptali ismiyle açtığı dava sonuçlanmadan 18/10/2006 tarihinde kendi isteğiyle emekliye ayrılmış, İdare Mahkemesinin 12/3/2009 tarihinde naklen atama işleminin iptaline karar vermesi üzerine idareye başvurarak kararın uygulanmasını istemiştir. İdare ise başvurucunun emekli olması nedeniyle mahkeme kararının uygulama kabiliyetinin bulunmadığını belirterek başvurucunun talebini reddetmiştir. Mahkeme kararı Danıştay'ın temyiz denetiminden geçerek 27/4/2011 tarihinde kesinleşmiştir. Naklen atama işleminin iptaline ilişkin mahkeme kararı verilmeden önce başvurucu emekli olduğundan iptal kararının, verildiği anda uygulama kabiliyetinden yoksun olduğu anlaşılmaktadır.*" [22]

Gerçekten de hukuka aykırı olduğu iddia edilen bir idari işleme karşı açılan iptal davasından sonra, dava açan kişinin kendi isteği ile hakkında yeni bir idari işlem tesis edilmesi ve tesis edilen bu yeni işlemin daha önce açılan davada verilen iptal kararının uygulanmasını imkânsız kılması durumunda, yargı kararının uygulanamaması dolayısı ile ilgili idarenin kusuru olmadığının ve bu durumun bir hukuka aykırılık teşkil etmediğinin kabul edilmesi gerekmektedir.

2.2.2. Süreli İdari İşlemlere Karşı Açılan Davalarda Hukuki İmkânsızlık

Uygulamada hukuki imkânsızlık halinin ortaya çıktığı en belirgin durumlardan bir diğeri de dava açılan idari işlemin süresinin dolmasıdır. Belli bir süre dolduktan sonra sona eren idari işlemlere karşı açılan davalarda, işlemin süresi dolduktan sonra verilen mahkeme kararlarının uygulanması hukuken mümkün değildir. Dolayısıyla böyle bir durumun varlığı halinde yargı kararının hukuki imkânsızlık dolayısı ile uygulanamadığının kabul edilmesi gerekmektedir. Konu ile alakalı vermiş olduğu bir kararında Danıştay şu açıklamaları yapmıştır: "*Mahkemeler tarafından yürütmenin durdurulmasına ve esasa ilişkin olarak verilen iptal veya yürütmenin durdurulması kararlarının uygulanması gereken süre içinde, dava konusu uyuşmazlığa ilişkin olarak meydana gelen hukuki veya fiili değişikliklerin, idarelerce kararın gereğinin yerine getirilmesinde göz önünde bulundurulabileceği de açıktır. İdari işlemi idarenin iradesi dışında sona erdiren en önemli sebeplerden biri, 'idari işlemin süresinin dolması' halidir. İdari işlemler esasen belli bir zaman dilimi için değil süre sınırı olmaksızın yürürlüğe konulurlar. Bununla birlikte bir idari işlem, kendisinin belirli bir süre için veya belirli bir tarihe kadar uygulanacağını öngörebilir. Böyle bir*

[22] AYM, Başvuru No: 2012/144, K.02.10.2013.

durumda öngörülen sürenin dolması veya öngörülen tarihe gelinmesi idari işlemi kendiliğinden yürürlükten kaldırır. Bir başka anlatımla sürenin dolması veya öngörülen tarihe gelinmesi idari işlemi geleceğe yönelik olarak ortadan kaldıracağı açıktır. Bu itibarla, dava konusu uyuşmazlıkta olduğu gibi, ***belirli sürelerle kadrolara yapılan atamalarda veya görevlendirmelerde, görevden alma işlemlerine karşı açılan davalarda, mahkemeler tarafından yürütmenin durdurulmasına ilişkin olarak verilen kararların uygulanması gereken süre içinde, atama yapılan kadroya ilişkin görev süresinin dolması durumunda, idarenin davacıyı, yürütmenin durdurulması kararının uygulanması bakımından, yürütmenin durdurulması kararının uygulanacağı tarihte uygulanabilecek görevlendirme süresi kalmadığından kadroya ataması zorunluluğu bulunmamaktadır. İdare tarafından, yargı kararlarının uygulanması ve gereğinin yerine getirilmesi, ilgilinin parasal hak kayıplarının bulunması durumunda bu hak kayıplarının giderilmesi suretiyle olacaktır.***"[23]

2.2.3. Anayasa Mahkemesi Tarafından Verilen İptal Kararı Dolayısı ile Meydana Gelen Hukuki İmkânsızlık

Uygulamada hukuki imkansızlığa yol açtığı kabul edilen durumlardan birisi de idareyi işlem yapmaya sevk eden yasal düzenlemenin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi dolayısıyla meydana gelen hukuki boşluktur. Bu gibi idarenin işlem yapmasının sebep unsurunu oluşturan yasal düzenlemelerin iptal edilmesi veya yasama organı tarafından kaldırılması dolayısı ile meydana gelen durum doktrinde hukuki imkânsızlık olarak kabul edilmektedir. Bu duruma ULUSOY şu olayı örnek olarak göstermektedir: "*Kemal Derviş Başbakan Yardımcısı olduğunda bir kanun çıkarılıyor, BDDK üyelerinin tamamı henüz süreleri dolmadan bu Kanuna göre görevden alınıyorlar yani görevleri son buluyor, yerlerine yeni kanuna göre yeni üyeler atanıyor. Bu Kanun daha sonra Anayasa Mahkemesi tarafından iptal ediliyor. Anayasa Mahkemesi bu Kanunu iptal ettikten sonra bu şekilde görev süresi sona ermeden kanun gereğince görevine son verilen iki BDDK üyesi idari yargıda iptal davası açıyorlar yeniden görevlerine dönebilmek için ve Danıştay 5. Dairesi iptal kararı veriyor ve kararda da 'Bu kimselerin kalan süreyi tamamlamak için görevlerine iade edilmesinin zorunlu olduğu' yönünde bir ifade var. Fakat burada idare bu kararı nasıl uygulayacağını bilemiyor çünkü BDDK üyelikleri, kanunla belli ve hepsine de daha sonradan*

[23] D.8.D., E.2014/10360, K.2015/1223, K.T. 25.02.2015.

yeni üyeler atanmış durumda, dolayısıyla boş üyelik yok. Peki, nasıl uygulayacak?"[24] YAYLA, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ile oluşan bu yasal boşluk dolayısı ile hukuki imkânsızlık halinin ortaya çıktığını ifade etmektedir: "*Bir kanun hükmüne dayanılarak bazı kişiler görevlerinden alınarak yerine yeni atamalar yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi bu kanunu iptal etmiş ve görevden alınan kişilerin idari yargı yerine başvuruları lehlerine sonuçlanmıştır. İdare, yargı kararını uygulamak zorundadır, ancak AYM'nin iptal kararları geriye yürümediği için kanuna dayanılarak yapılan atamalar da hukuka uygundur. Sonuç olarak ortada bir hukuki imkânsızlık vardır. İşte böyle bir durumda yargı kararının uygulanamamasını hukuka uygun kabul etmek mümkündür.*"[25]

2.2.4. Kazanılmış Hak ve Hukuki İmkânsızlık

Doktrinde ve yargı kararlarında mahkeme kararlarının uygulanmamasını hukuka aykırı olmaktan çıkaran hallerden birisinin de kazanılmış hak kurumu olduğu kabul edilmektedir. Danıştay 6. Dairesi vermiş olduğu bir kararda, yargı kararı ile iptal edilmeden önce imar planına dayanılarak inşa edilen yapının yargı kararının uygulanması sonucunda tesis edilen yeni imar planına aykırı hale gelmesi nedeniyle alınan yıkım kararının kazanılmış hakkın oluşması nedeniyle hukuka aykırı hale geleceğine hükmetmiştir.[26] Bu örnekte yargı kararının uygulanması, yeni imar planına aykırı hale gelen yapının yıkılmasını gerektirirken, iptal edilen imar planına göre yapılan yapı için artık kazanılmış hak söz konusu olduğundan bu durum mahkeme kararının gereğinin yerine getirilmesi bakımından hukuki imkansızlık olarak kabul edilebilir.

2.2.5. Farklı Hukuk Kurallarının Çatışması Dolayısıyla Hukuki İmkânsızlık Söz Konusu Olabilir Mi?

Doktrinde hukuki imkânsızlık haline örnek olarak aynı konuya ilişkin farklı hukuk kurallarının varlığı da örnek gösterilmektedir.[27] Ancak kanımızca yargısal denetimi gerçekleştiren yargı organı tarafından dikkate alınmayan bir norm çatışması olduğu gerekçesiyle hukuki imkânsızlık olduğunun iddia edilmesi isabetli değildir. Zira aynı konuya ilişkin birbirleri ile çelişen normlar

[24] Ulusoy, A. (2012). Conseil d'Etat ve Danıştay içtihatlarında idari yargı kararının etki ve sonuçları. İdari yargı kararlarının hukuk düzenindeki etkileri ve uygulamadaki sorunlar sempozyumu. 19 Mart 2012, s.19.
[25] Yayla. a.g.m., s.241-242.
[26] D.6.D., 17.06.2005, E.2003/6692, K.2005/3650.
[27] Yayla. a.g.m., s.240 vd.

arasından hangisinin uygulanması gerektiği sorunu, **yorum kuralları** çerçevesinde çözüme kavuşturulabilecek bir sorundur. Bu noktada, mahkeme kararının gereğinin yerine getirilmesindeki **zorluk** ile **imkânsızlık** arasındaki sınırın çizilmesi son derece önemlidir. Yargı kararının gereğini gerçekten yerine getirmek isteyen idarenin, konuya ilişkin söz konusu yasal düzenlemelerin karışıklığı dolayısı ile meydana gelen zorluğu, hukuki imkânsızlık olarak tanımlamasını kabul etmek mümkün değildir. Böyle bir durumun kabul edilmesi durumunda, yargı kararının uygulanmamasının haklı bir gerekçesi olarak kabul edilen hukuki imkânsızlık kurumunun sınırlarının, ilgililerin temel hak ve hürriyetlerini tehdit edecek seviyede genişlemesine yol açacağının unutulmaması gerekir.

2.2.6. Görevden Alınan Kamu Görevlisinin Yerine Yeni Bir Kamu Görevlisinin Atanması Hukuki İmkânsızlık Yaratır Mı?

Hukuki imkansızlıkla alakalı üzerinde durulması gereken en önemli konulardan birisi de görevden alma işlemlerine karşı açılan iptal davalarında karşımıza çıkmaktadır. Acaba görevden alınan kamu görevlisinin yerine yeni birisinin atanması bu konuda bir hukuki imkânsızlığa yol açar mı? Konu ile alakalı ULUSOY'un açıklamaları şu şekildedir: "*Bir kamu görevlisine ilişkin görevden alma işlemi idari yargı tarafından iptal ediliyor. Bu iptal kararı nasıl uygulanacak? Bir genel müdür görevden alınmış, genel müdür bu görevden alınma kararına karşı iptal davası açmış, idari yargı bu görevden alma kararını iptal etmiş. Bu karar nasıl uygulanacak? O genel müdürlüğün görevden alındığı genel müdürlük makamı bu arada dolmuş olabilir, başka biri atanmış olabilir. O atanan kimse o görevden alınarak mı uygulanacak, yoksa o kimse (eğer varsa tabii) müktesebine yani, kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir genel müdürlük kadrosuna da atanabilir mi? Genel müdürlük olmasa da başka bir göreve atanarak uygulanabilir mi? Bu konudaki içtihat aşağı yukarı sabit diyebiliriz. Burada, bizim Danıştayımız da yine aynı şekilde Fransız Conseil d'Etat'ısı da o görevde bulunanın görevden alınması ve iptal davası lehine olanın o göreve atanması şeklinde uygulanacağını öngörüyor. Burada, uygulamaya göre farklı ihtimaller olabilir ama temel prensip bu.*"[28] Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere görevden alınan bir kişinin yerine yeni birisinin atanması, görevden alma işlemine karşı açılan davada verilen iptal kararının gereğinin yerine getirilmesine engel hukuki imkânsızlık olarak kabul edilmemektedir.

[28] Ulusoy, a.g.b., s.17.

3. Yargı Kararının Hukuki İmkânsızlık Dolayısı ile Uygulanamamasının Sonuçları

Yukarıda da ifade edildiği üzere hukuki imkânsızlık, yargı kararının uygulanmamasını hukuka aykırı olmaktan çıkarmakta, ilgili idarenin hukuk kuralları içerisinde kalmasına sebep olmaktadır. Ancak yargı kararının uygulanmamasının hukuka aykırı olmaması, lehine karar verilen ilgilinin yargı kararının uygulanmaması dolayısı ile zarara uğramayacağı anlamına da gelmemektedir. Bir yargı kararı her ne kadar hukuki imkânsızlık dolayısı ile uygulanamasa da bu uygulayamama dolayısıyla ilgili kişinin zarara uğraması her zaman imkân dahilindedir. İşte ilgili kişinin bu şekilde zarara uğraması durumunda, yargı kararını hukuki imkânsızlık dolayısı ile uygulayamayan idarenin sorumlu olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir.

Öncelikli olarak ifade etmek gerekir ki ortada gerçek manada bir hukuki imkânsızlığın varlığı mahkeme kararının uygulanmamasını her ne kadar hukuka aykırı olmaktan çıkarsa da kararı uygulamak zorunda olan idarenin hukuki sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Yani hukuki imkânsızlık, yargı kararının uygulanması bağlamında ilgili idareyi infaz yükümlülüğünden kurtarsa da imkânsızlık sebebiyle ilgilinin uğradığı zarar dolayısı ile maddi ve manevi tazmin sorumluluğu devam etmektedir.[29] Yukarıda da ifade edildiği üzere ortada hiçbir gerekçe olmaksızın idarenin bir yargı kararını uygulamaması doktrin ve yargı kararlarında istikrarlı bir şekilde "*ağır hizmet kusuru*" olarak kabul edilmektedir. Hukuki imkânsızlık halinin varlığında ise Danıştay, mahkeme kararını uygulamak zorunda olan ama hukuki imkânsızlık dolayısı ile uygulayamayan idarenin "*kusursuz sorumluluk*" ilkeleri kapsamında sorumluluğunun devam ettiğini ifade etmektedir. Danıştay'ın vermiş olduğu bir kararda konu ile alakalı açıklamaları şu şekildedir: "*İdarenin yargı kararlarının gereği olarak idari işlem tesis etmesine ya da eylemde bulunmasına mâni olan hukuki bir engelin bulunması durumunda hukuki imkansızlığın; yerine getirilmesi gereken bir idari yargı kararının gereklerine göre tesis edilmesi gereken işlemin konusunun kalmaması ya da eylemde bulunmaya maddi bir engelin çıkmış olması durumunda ise fiili imkânsızlığın mevcut olduğu kabul edilebilir. Fakat her halükârda kendi işlemi veya eylemi nedeniyle bir zarara sebebiyet veren idarenin, oluşan zararı ödemekle yükümlü olduğu gerçeği değişmemektedir.* ***İdarenin eylem veya işlemleri dolayısıyla ortaya çıkan zararlara ilişkin sorumluluğunun tespiti açısından, sorumluluğun türünün belirlenmesi taşımaktadır. Hukuki ve fiili imkânsızlık nedeniyle yargı kararının***

[29] Apaydın. a.g.m., s.55.

uygulanmaması durumunda, kişilerin gördüğü zararda, idarenin ya da kamu görevlisinin kusuru olmasa da idarenin sorumlu tutulmasını ifade eden kusursuz sorumluluğu çerçevesinde tazmin yükümlülüğünün doğduğu anlaşılmaktadır. Bu sorumluluk türünde idarenin davranışı ile uğranılan zarar arasında nedensellik bağının kanıtlanması yeterli olup, idarenin davranışının kusurlu olması aranmamaktadır."[30]

Doktrinde; mahkeme kararlarının icrasının mutlak bir hak olmadığı, hukuki imkânsızlık gibi sebeplerle mahkeme kararının icra edilememesinin sırf bu sebeple mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmesi sonucunu doğurmadığı, fakat mahkeme kararının icra edilmesi hukuken veya fiilen imkânsızsa, kararın uygulanmaması sebebiyle ortaya çıkan durumun ilgili idare tarafından tazmin edilmesi gerektiği, bu zararın telafi edilmemesi durumunda mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmiş olacağı ifade edilmektedir.[31] AİHM de konu ile alakalı aynı görüşü benimsemektedir. *Cıngıllıoğlu Holding A.Ş. ve Cıngıllıoğlu V. Türkiye* kararında konuyu inceleyen yüksek mahkeme, başvurucunun hâkim hissedarı olduğu bankaya idare tarafından el konulduğunu, başvurucunun bu karara karşı dava açtığını, dava sonucunun başvurucunun lehine kesinleştiğini fakat talep etmesine rağmen idari makamların söz konusu kararı uygulamadığını; adil yargılanma hakkının tesis edilebilmesi için mahkeme kararlarının uygulanması gerektiğini, başvurucu lehine kesin hükmün yetkili organlarca uygulanmadığını, kararın uygulanmasında fiili veya hukuki imkansızlık olursa, akit devlet tarafından uygulanmama sebebiyle ortaya çıkan durumun telafi edilmesi gerektiğini, her ne kadar kararın uygulanmasının hukuken veya fiilen imkansız olduğu ileri sürülse de uygulanamama sebebiyle ortaya çıkan durumun telafi edici önlemlerle giderilmediğini, bu sebeple de mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.[32]

Hem Danıştay hem de AİHM içtihatlarına göre; hukuki imkânsızlık dolayısı yargı kararının uygulanamamasından kaynaklanan zararlara karşı açılan davalarda ispat külfeti idareye aittir. İdare, imkânsızlık nedeniyle de olsa, her durumda kararı uygulamak için samimi bir çaba içinde olduğunu ancak buna rağmen hukuki engellerin aşılamaz olduğunu ispatlamak zorundadır. AİHM'e göre; yargı kararını hukuki imkânsızlık dolayısı ile uygulayamadığını iddia eden idare, ilgiliye en uygun

[30] D.13.D., E.2015/3343, K.2016/4642, 30.12.2016.
[31] Çayan. G. (2016). Gökhan Çayan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi kararları ışığında mahkemeye erişim hakkı. TAAD, Y.7, S.28, s.264.
[32] Çayan. a.g.m., 264.

alternatifi önermek suretiyle söz konusu karara uyma iradesinde olduğunu açıkça ortaya koymak zorundadır. En uygun alternatifin ne olduğu her olaya göre değişkenlik gösterse de AİHM, çoğu durumda ilgilinin yargı kararının uygulanamaması dolayısı ile uğramış olduğu zararın tamamıyla tazmini yoluna gidilmesini mümkün görmektedir.[33]

Yargı kararlarının hukuki imkânsızlık dolayısı ile uygulanamamasından kaynaklanan zararlar ile alakalı üzerinde durulması gereken noktalardan birisi de İYUK'un 28'inci maddesinin 3 ve 4'üncü fıkralarında yer alan düzenlemelerin ilgililer bakımından ne anlam ifade ettiğidir. Yukarıda da ifade edildiği üzere İYUK bu düzenlemeler ile ister hukuki imkânsızlık gerekçesi ile isterse de bir başka sebeple olsun yargı kararının uygulanmaması dolayısı ile zarara uğrayanların ilgili idareye karşı idari yargı yerlerinde tazminat davası açabileceğini hüküm altına almıştır. Bu noktada tespit edilmesi gereken husus şudur: Zarara uğrayan kişinin Anayasa Mahkemesi ve AİHM'de dava açabilmesi için İYUK'un 28'inci maddesinde düzenlenen iç hukuk yolunu tüketmesi gerekmekte midir? Yoksa ilgili kişi yargı kararının uygulanmaması dolayısı ile uğramış olduğu zarara karşı Anayasa Mahkemesi'ne doğrudan bireysel başvuru talebinde bulunabilir mi? Bilindiği üzere, bir kişinin Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunabilmesi için öncelikli olarak iç hukuk yollarını tüketmiş olması gerekmektedir. İç hukuk yolları tüketilmeden yapılan bireysel başvurular Anayasa Mahkemesi tarafından "*kabul edilemez*" bulunarak reddedilmektedir. Bu noktada İYUK'un 28'inci maddesindeki düzenlemenin, mahkeme kararlarının uygulanmaması dolayısı ile zarara uğrayanlar bakımından tüketilmesi gereken bir iç hukuk yolu olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir.

Konu ile alakalı vermiş olduğu kararlar incelendiğinde hem Anayasa Mahkemesi hem de AİHM'in yargı organları tarafından verilen kararların ilgili idare tarafından uygulanmaması dolayısı ile meydana gelen hak ihlallerine karşı yapılan başvurularda, İYUK'un 28'inci maddesindeki zarara uğrayan kişinin yargı kararını uygulamayan idare aleyhine tazminat davası açabileceğine dair düzenlemeyi tüketilmesi gereken iç hukuk yolu olarak kabul etmediği görülmektedir. Anayasa Mahkemesi, bir bireysel başvuru kararında konu ile alakalı şu açıklamaları yapmıştır: "*Kural olarak mahkeme kararlarının uygulanması, ilam zamanaşımı dolmadığı sürece, her zaman talep edilebilir. Bu yöndeki bir talebe rağmen mahkeme kararı uygulanmamışsa olumsuz kamu gücü*

[33] Apaydın. a.g.m., s.56.

işleminden kaynaklanan bir süregelen ihlalden söz edilebilir. Bu durumda başvurucu mahkeme kararının uygulanması talebini müteakiben makul bir süre bekledikten sonra Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunabilir."[34]AİHM de konu ile alakalı vermiş olduğu kararlarda Anayasa Mahkemesi uygulamasına benzer biçimde İYUK'un 28'inci maddesinde yer alan düzenlemenin tüketilmesi gereken iç hukuk yolu olmadığını ifade etmektedir.[35] AİHM ve Anayasa Mahkemesi'nin konu ile alakalı vermiş olduğu bu kararlardan hareketle, lehine verilen bir yargı kararının hukuki imkânsızlık dolayısı ile uygulanamamasından dolayı zarara uğrayan bir kişinin önünde başvurabileceği iki yol olduğu söylenebilir. Bunlardan birincisi İYUK'un 28'inci maddesinde öngörülen tazminat davası açma imkânıdır. Buna göre ilgili kişi, hukuki imkânsızlık sebebiyle mahkeme kararını uygulayamayan idareye karşı idari yargıda doğrudan tazminat davası açabilecektir. Mahkeme kararının uygulanmaması dolayısıyla zarara uğrayan ilgilinin başvurabileceği ikinci yol ise doğrudan Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunabileceğidir. Kanımızca Anayasa Mahkemesi'nin, yargı kararının uygulanmaması dolayısı ile zarara uğrayan bir kişinin bireysel başvuruda bulunabilmesi için İYUK'un 28'inci maddesinde öngörülen tazminat davası açma yolunu tüketmesi şartını aramaması, ilgili kişinin etkisiz olduğunu gördüğü bir yargı yolunu yeniden tüketmek zorunda kalmaması bakımından isabetlidir.

SONUÇ

İdarenin gerçekleştirmiş olduğu işlem ve eylemlerin hukuka uygun olup olmadığının yargı organları tarafından denetlenmesi, hukuk devleti ilkesinin zorunlu bir unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır. Yargı organları tarafından gerçekleştirilen bu denetimin ilgililer bakımından bir anlam ifade edebilmesi, yargılama neticesinde verilen kararın ilgili idareler tarafından uygulanması şartına bağlıdır. İdarenin, yargı organı tarafından verilen bir kararı uygulayıp uygulamama veya değiştirerek uygulama noktasında bir takdir yetkisine sahip olduğunun varsayılması, yargısal denetimin içinin boşalmasına ve anlamsızlaşmasına yol açacaktır. Bu nedenle hem 1982 Anayasası hem de İYUK, yargı organları tarafından verilen kararların ilgili idareler tarafından uygulanmak zorunda olduğuna dair açık düzenlemelere yer vermiştir. Bununla birlikte yargı kararlarının ilgili

[34] AYM, Başvuru No: 2012/144, K.02.10.2013.
[35] AİHM'in hem *Cıngıllıoğlu Holding A.Ş. ve Cıngıllıoğlu v. Türkiye* hem de *Süzer&Eksen Holding A.Ş. v. Türkiye* kararlarında Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti'nin İYUK'un 28'inci maddesinde öngörülen iç hukuk yolunun tüketilmediği itirazını kabul etmediği ile ayrıntılı bilgi için bkz: Apaydın. a.g.m., s.58.

idareler tarafından uygulanma zorunluluğunun mutlak bir zorunluluk olmadığının uygulamada kabul edildiği görülmektedir. Hukuki imkânsızlık, yargı kararlarının uygulanmamasının istisnalarından birisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Ortada gerçek manada bir hukuki imkânsızlığın varlığı halinde ilgili idare, istemesine rağmen yargı kararının gereğini yerine getirememektedir. Bundan dolayı hukuki imkânsızlık, yargı kararının uygulanmamasını hukuka aykırı olmaktan çıkaran istisnai bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak hukuki imkânsızlığın hukuka aykırılığı ortadan kaldırması, ilgili idarenin hukuki imkânsızlık dolayısı ile uygulayamadığı yargı kararının ilgilisinin uğramış olduğu zarardan sorumlu olmadığı anlamına da gelmemektedir. İdare her ne kadar yargı kararını hukuki imkânsızlık sebebiyle uygulayamasa da uygulayamama dolayısı ile meydana gelen zararı telafi etme yönünde bir çaba içinde olmak zorundadır. Yargı kararının ilgili idarelerce uygulanmaması, AİHM ve Anayasa Mahkemesi'ne göre mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Ancak yargı kararının hukuki imkânsızlık dolayısı ile uygulanamadığı haller tek başına mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmesi anlamına gelmemektedir. Diğer taraftan, yargı kararının hukuki imkânsızlık dolayısı ile uygulanamadığı hallerin mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmesi sonucunu doğurmaması için, yargı kararının muhatabı olan idarenin uygulayamama dolayısı ile meydana gelen zararın telafi edilmesi yönünde samimi bir çabasının olması gerekmektedir. Hem yargı kararının hukuki imkânsızlık dolayısı ile uygulanmadığı hem de bu uygulayamama dolayısı ile meydana gelen zararların telafi edilmesi yönünde bir çabanın olmadığı durumlar mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmesi sonucunu doğuracaktır.

KAYNAKÇA

Apaydın, B. (2017). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye'de imkânsızlık gerekçesiyle infaz edilemeyen idari yargı kararlarına ilişkin yaklaşımı: Cıngıllı Holding A.Ş.&Cıngıllıoğlu v. Türkiye ve Süzer&Eksen Holding A.Ş. v. Türkiye Davaları. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1-2, 45-67.

Çayan. G. (2016). Gökhan Çayan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi kararları ışığında mahkemeye erişim hakkı. TAAD, Y.7, S.28, 235-271.

Deniz, B. (2021). İdarenin sorumluluğunu doğuran hizmet kusuru ve hizmet kusuru-kişisel kusur ayrımı" TBB Dergisi, 153, 187-234.

Erdem. J.G. (2005). İptal kararlarının uygulanmaması ve bundan doğan tazminat davaları. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (İdare Hukuku) Anabilim Dalı, Ankara.

Gök, H. (2013). Danıştay kararlarından hareketle idari yargı kararlarının imkânsızlık nedeniyle uygulanamadığı haller. İÜHFM, C.LXXI, S.1, 547-558.

Keskin, B. (2009). İdari yargı kararlarının uygulanmasında hukuki ve fiili imkânsızlık. Terazi Hukuk Dergisi, S.38, 41-54.

Özbey, Ö. (2009). İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Ankara Barosu Dergisi, Y.67, S.4, 45-63.

Özdemir, H. E. (2006). İdari Yargı Organları Tarafından Verilen Yürütmenin Durdurulması Kararlarının Uygulanması ve Hukuki İmkansızlık Hali, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 85-96.

Uler, Y. (1970). İdari yargıda iptal kararlarının sonuçları. Ankara: AÜHFY.

Ulusoy, A. (2012). Conseil d'Etat ve Danıştay içtihatlarında idari yargı kararının etki ve sonuçları. İdari yargı kararlarının hukuk düzenindeki etkileri ve uygulamadaki sorunlar sempozyumu. 19 Mart 2012, 14-23.

DANIŞTAY KARARLARI IŞIĞINDA TÜRK İDARİ YARGI HUKUKUNDA YORUM

Çağla DIRBALI ÖZTÜRK[1]

Kocaeli Üniversitesi

ORCID NO: 0000-0003-0100-5375

Öz

Belirlilik ilkesi uyarınca yoruma açık ifadeler içermemesi gereğine rağmen kanun, her zaman beklenen açıklık ve anlaşılırlıkta bulunmayabilir. Yahut somut olay, yasadaki tüm koşullar ile ilk elden uyumlanmayabilir. Bu durum, somut olayla ilişkili normatif kuralın hakim tarafından değerlendirilmesini gerekli kılar. Bu anlamda olaya uygulanacak hukuk normunun değerlendirilmesi belirli bir metodoloji gerektirmektedir. Yorum somut olaya uygulanacak hukukun seçiminde mecburi bir faaliyet olarak karşımıza çıkmaktadır. Yasa uygulayıcıları, yorum yaparken bilimsel görüşler ve yargısal içtihatlardan faydalanmaktadır. Özellikle yargısal içtihatlar ile şekillenmiş günümüz idari yargılama hukukunda belirli bazı idari işlem türleri yönünden farklı yorumlama argümanları kullanılmış, bazı yorum teknikleri ise bu usulden dışlanmıştır. Ayrıca idari yargının kendine münhasır dava türleri, bu davalar özelinde idari işlem ve eylemler yönünden yorum faaliyetinin farklı bir biçimde değerlendirilmesini gerekli kılmıştır. Bu çalışmada hukukta yorum faaliyetine dair temel esaslar incelendikten sonra, yorumun Türk İdari Yargı Hukuku'ndaki pratiği Danıştay kararları ışığında irdelenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Yargısal Yorum, Yorum Yöntemleri, Metodoloji, Danıştay Yorumu

THE INTERPRETATION ON TURKISH ADMINISTRATIVE PROCEDURE LAW IN THE LIGHT OF THE COUNCIL OF STATE DECISIONS

Abstract

Although the principle of certainty, should not contain expressions open to interpretation, the law may not always have the expected clarity and comprehensibility. Or the concrete event may not find a first-hand consistent response with all the conditions in the law. This situation necessitates

[1] Doktora Öğrencisi, Kocaeli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku ABD.
E-posta: cagla.dirbali@hotmail.com; ORCID No: 0000-0003-0100-5375.

the evaluation of the normative rule related to the concrete event by the judge. In this sense, the evaluation of the legal norm to be applied to the event requires a certain methodology. Interpretation appears as a compulsory activity in the choice of law to be applied to the concrete case. Jurist makes use of scientific opinions and judicial jurisprudence when interpreting. Different interpretation arguments are used in terms of certain types of administrative proceedings in today's administrative jurisdiction law, which is shaped especially by judicial case law, and some interpretation arguments are excluded from this procedure. In addition, it has made it necessary to evaluate the interpretation activity differently in terms of administrative acts and actions, specific to administrative jurisdiction cases. In this study, after examining the basic principles of interpretation activity in law, the practice of the interpretation in Turkish Administrative Jurisdiction Law has been tried to be examined in the light of the decisions of the Council of State.

Keywords: Judicial Interpretation, Interpretation Methods, Methodology, Council of Interpretations

GİRİŞ

Mahkeme, taraflarca veya re'sen mahkeme önüne gelen bir uyuşmazlığın olaya uygulanacak hukuk kurallarına uygunluğunu araştırmak ve incelemek zorundadır. İnceleme sonucunda vicdani kanaate uygun bir karar verme durumunda bulunduğundan, idarenin eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğunun denetimini yapabilmek için bunların mevzuata uyarlığını araştırmak ve tespit etmek durumundadır.[2]

Belirlilik ilkesi uyarınca yoruma açık ifadeler içermemesi gereğine rağmen,[3] kanun her zaman istenilen açıklık ve anlaşılırlıkta bulunmayabilir veya somut olay yasadaki tüm koşulları sağlamayabilir. Bu durum, somut olayla ilişkili normatif kuralın hakim tarafından değerlendirilmesini gerekli kılar. Bu anlamda olaya uygulanacak hukuk normunun değerlendirilmesi belirli bir metodoloji gerektirmektedir.

Bu çalışmada hukukta yorum faaliyetine dair temel esaslar incelendikten sonra yorumun Türk İdari Yargı Hukukundaki pratiği irdelenmeye çalışılmıştır. Çalışmanın son bölümünde ise, Alman Hukukunda yorum metodunun geçmişte ve günümüzde uygulanışına dair araştırmalar yer almaktadır.

[2] Lale Burcu Önüt, Oğuz Sancakdar, Eser Us vd.(2017), İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Ankara: Seçkin, s. 94.
[3] Önüt/Sancakdar/Us, a.g.e. s. 513.

1. HUKUKTA YORUM

1.1. YORUMUN GEREKLİLİĞİ

Kanunların genel, soyut ve objektif oluşu ve her somut olayın bir özellik gösterdiği göz önünde bulundurulacak olursa, normların somut olaya uygulanabilmesi için yorum faaliyeti yapılması bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Kanunu yorumlama gereği açısından farklı yargı koluna mensup hakimler arasında bir farklılık mevcut değildir. Burada fark, yorum kabiliyetinin derinliği bakımından mevcut olmaktadır. [4]

Danıştay, hukuk kurallarının her daim açık ve anlaşılır olması mümkün olmaması gerekçesiyle, idari yargı hakimi için yorum faaliyetini kaçınılmaz olarak değerlendirmektedir.[5] İdarenin tüm faaliyetlerini tek bir metin altında toplamanın zorluğu, hakim önündeki uyuşmazlığa ilişkin tüm ayrıntıların mevzuatta belirtilmesinin imkansızlığı nedeniyle idari yargıda gerek uyuşmazlıkların çözümü ile gerekse kanun boşluklarının doldurulması yoluyla içtihat önemli bir işlev sahibi olmuştur.[6] Bu sebeple hakimin idari yargıda hakimin hukuk yargılamasına oranla daha geniş bir yetki sahibi olduğu söylenebilir.

1.2. Yorum Türleri

Hukukta yorum biçimsel bakımdan üç kategoride değerlendirilir.[7]

Yasama Yorumu: Yasama yorumu yorum kanunları ve yorumlayıcı hükümler olmak üzere iki türlü ele alınmaktadır. Yorum kanunları genel kanun çıkarma yoluyla yapılan, emredici unsur ve mantık unsurunu ihtiva eden, mevcut bir kanunun anlam yönünden aydınlatılması maksadıyla yapılan yorum türüdür.[8] Yorum faaliyetinin emredici unsur içeremeyeceğinden hareketle, yorum kanunları, 1961 Anayasası ile uygulamadan kaldırılmıştır. Bunun sebebi, yargının faaliyet alanına giren bir mesele olan yorum hakkında, bu işlevi yasamanın üstlenmesinin, bağımsız mahkemelerin teşrii bir yorum ile sınırlandırılması anlamına gelmesidir.. Eğer eğer çıkarılan kanunun içeriğine yönelik değerlendirmelerinde, mahkemelerin normu uygulamasına dair gözlemlerinden metinde bir eksiklik veya mahiyetinin anlaşılamamasına dair bir tespit söz konusu oluyor ise, kanun değiştirilmesi yoluna gidilmelidir.[9] Yorumlayıcı hükümler ise; yorum kanunlarından şekil itibariyle ayrılmaktadır. Sonradan çıkarılan bir kanun ile önceki kanun maddesinin değiştirilmesi şeklinde değil, fakat bir kanunun bazı maddeleri aynı kanun içerisinde mevcut diğer maddeler hakkında açıklayıcı nitelikte olduğu durumlarda söz konusu olur.[10]

[4] Faruk Erem (1976), Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt: I, Ankara: Sevinç Matbaası, 11. Bası, s. 90.
[5] Danıştay 13. Daire Başkanlığı, 2018/3833 E., 2019/481 K.
[6] Ender Ethem Atay (2018), İdare Hukuku, Ankara: Seçkin, s. 40.
[7] Sulhi Dönmezer, Sahir Erman (1973), Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt I, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 5. Bası, s. 184.
[8] Erem, a.g.e., s. 89.
[9] Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 184.
[10] Erem, a.g.e. s. 89.

Yargı yorumu: Görülmekte olan bir dava sırasında hakimin yalnızca o davaya münhasır olmak üzere ilgili norma anlam verme faaliyetidir. Burada yorumun belirli bir dava özelinde gerçekleşmesi diğer yorum türlerinden ayırt edici bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır.[11]

Bilimsel Yorum: Bir normun hukuk ilmi açısından yorumlanmasıdır. Bilimsel yorum, özel bir yorum türü olarak yargı yorumuna yardımcı niteliktedir. Bu sebeple normların uygulanışında dolaylı bir etkisi mevcuttur.[12] Bir yandan mevzuatın yorumunu yaparak hukuk uygulayıcılarına yol gösterirken, öte yandan mevcut hükümlerin eleştirisini de yapmak suretiyle hukuk kurallarının oluşum sürecine de katkı sağlamış olunmaktadır.[13]

Maddi veya niteliği yönünden yorum türleri ise dört çeşittir.[14]

Açıklayıcı Yorum: Normun içerisinde kullanılan kelime ve kavramların anlamlarının, koyucunun amacını ortaya koymak niyetiyle yorumlanmasıdır. Kanun metinlerinin ortaya koyduğu anlamın tespitine dair daraltıcı ve genişletici yorumların da bu kategoride değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir.[15]

Genişletici Yorum: Hukuk normunun kısıtlı ifadesi karşısında, norma kanundaki lafzı aşan bir anlam verilmesidir. Bu anlamın kanun koyucunun iradesinin ötesine geçilmesi ile yeni bir hukuk kuralı ortaya konulması şeklinde genişletilmesi ise, kıyastır. Bu bağlamda kıyas ve genişletici yorum birbirinden farklıdır. Zira kıyas ile kanun koyucunun iradesinin ötesinde hukuk yaratılması söz konusu olmaktadır. Genişletici yorum kanun koyucunun gerçek iradesine dayandığı için yorumlanan hukuk metnine aykırı olamaz.[16]

Geliştirmeci Yorum: Bir normu yorumlarken, normun ortaya konuluş zamanının şartları değil, fakat metinlerin uygulandığı zamanın şartlarına göre değerlendirilmesidir. Örneğin basın yolu ile işlenen bir suçun internetin icadından önce düzenlenmesi durumunda, bunların internet yolu ile gerçekleştirilenleri de kapsaması şeklindeki bir yorum geliştirmeci yorum olarak değerlendirilir.[17]

Düzeltici Yorum: Yanlış veya hatalı olduğu düşünülen bir normun anlam ve içeriğinin düzeltilmek suretiyle somut olaya uygulanmasıdır. Bu yorum türü, hukuk uygulayıcısının objektif iradesinin, değer yargıları ve merhamet duygusu gibi hususların etkin olabileceği düşüncesiyle kamu hukukunun bir çok dalında uygulama alanı bulmamaktadır.[18]

1.3. Yorum Kavramına Tarihsel Yaklaşım

[11] Erem, a.g.e. s. 89.
[12] Erem, a.g.e. s. 88.
[13] Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya (2017), Türk İdare Hukuku, Ankara: Seçkin, s. 88.
[14] Dönmezer/Erman a.g.e. s. 190.
[15] Dönmezer/Erman a.g.e. s. 190.
[16] Dönmezer/Erman, a.g.e. s. 191.
[17] Dönmezer/Erman, a.g.e. s. 190.
[18] Dönmezer/Erman, a.g.e. s. 192.

Hukukun somut olaya uygulanması sırasında hangi yorum metodunun uygulanacağı pozitif hukukun ele aldığı konulardan biridir. [19] Burada çağdaş hukuk pratiğinde geliştirilen; kavramlar içtihadı, menfaatler içtihadı, amaççı içtihat pratiklerine kısaca değinmek gerekmektedir.

Tarihçi hukuk okulu tarafından geliştirilen kavramlar içtihadı yöntemine göre; normun özünde hukuken korunan menfaati dikkate alarak yorum yapmak gerekir. Zira hukukun varlık sebebi, yarışan menfaatler ve çıkar çatışmaları hakkında karar vermek olduğundan yasanın diline ve yasa koyucunun sübjektif iradesine bağlı kalmamalıdır. Fakat, anlamını tayin edilmeye çalışılan norma ancak hukuk bilimin geliştirdiği kavramlar ile yaklaşılmalıdır.[20]

Almanya'da, tarihçi hukuk okuluna bir tepki olarak, hukuk normunu yoğunlukla kavramlar üzerinden ve kavramlara gereğinden fazla anlam atfederek değerlendirdiği, böylece hukuk normunun aşırı irdelenmesi sonucu hukuki sonuca varma, asıl amaca ulaşma konusunda yetersiz kalındığı yönündeki eleştiriler ile serbest hukuk okulu ortaya çıkmıştır. Bu akıma göre, dogmatik hukukun, zamanla gelişen ve değişen sosyo-ekonomik ihtiyaçlar karşısında dinamizmini yitirmesi nedeniyle, hakimin başka bir yolla hukuk normunu yorumlaması gerektiği olmuştur. Bu yolun ne olacağı, serbest hukuk ile hukuki sonuca varma ile hukukun objektifliği arasındaki dengenin ne olacağı soruları ise hukuk sosyolojisinin gündemini uzunca bir süre meşgul etmiş sorular arasındadır.[21]

Teleolojik (amaççı-fonksiyonel) yorum anlayışına göre; hukukun amacı, toplumun hayat şartlarını garanti altına almak olduğundan sırf bilimsel kavramlar ile yetinemez. Bu akım sayesinde hukukun mahiyetinden ziyade toplum ile münasebetine önem verme ve sosyolojik bir yönelim seyri gözlemlenmeye başlanmıştır.[22] Fakat bu akım etkisinde sıkça başvurulan somut adalet, uyuşmazlığın mahiyeti, eşyanın tabiatı gibi kavramlar ve ortaya çıktığı dönem itibariyle ahlaki, politik eğilimler arasında süregiden bir çekişmenin mevcut olması nedeniyle bu anlayış eleştirilere maruz kalmıştır.[23]

Son olarak Amerikan realizmine de kısaca değinecek olunursa; bu akımı savunanlar, İngiliz ve Amerikan hukuk geleneğini de yansıtır bir biçimde, hakimin yargılama faaliyetini gerçekleştirirken hukuk yarattığını, hukukun mahkemelerin hak ve ödevleri tayin konusunda ortaya koyduğu kurallar olduğunu belirterek yasama faaliyetini göz ardı etmektedir. Yasama faaliyeti ancak hukukun kaynağı olarak değerlendirilebilir.[24] Fakat henüz yargısal yoruma tabi tutulmamış bir norm hukuk olarak kabul edilemez. Neyin hukuk olduğu belirlemek konusunda ancak yargı makamı yetki sahibidir. Hakim yorum yaparken kanun koyucunun amacını da göz

[19] Adnan Güriz (2015), Hukuk Felsefesi, Ankara: Siyasal Kitabevi, 11. Bası, s. 47-49.
[20] Altan Heper (2014), "Yasaya Sadakatin Farklı Bir Okuması: Philipp Heck", İÜHFM, Cilt: 72, Sayı: 1, s. 334.
[21] Hamide Topçuoğlu (1969), Hukuk Sosyolojisi Cilt: I, İstanbul: Cezaevi Matbaası, 3. Bası, s. 35-36.
[22] Topçuoğlu, a.g.e. s. 32,33.
[23] Güriz, a.g.e., s. 55,56.
[24] Ülker Gürkan (1967), Hukuki Realizm Akımı, Ankara: Sevinç Matbaası, s. 26., https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/10332/hukuki%20realizm%20ak%C4%B1m%C4%B1.pdf?sequence=1&isAllowed=y (Erişim Tarihi: 18.01.2021).

önünde bulundurmak durumunda değildir, gereken hallerde bu amacı yorum yoluyla doldurmak kaydıyla teşrii bir faaliyet gerçekleştirir yani hukuk yaratır.[25] Realistler gerek hukuku hakimlerin yargılama faaliyeti olarak tanımlaması gerek ise normu tek bir anlamı varmış gibi değerlendirmeleri yönlerinden eleştirilmişlerdir.[26]

1.4. Yorum Yöntemleri

Yorum bilimin öncülerinden ve tarihçi hukuk ekolünden Savigny, günümüze değin kullanılagelen lafzi, tarihsel, sistematik ve mantıksal yorum metodlarını Roma Hukuku'ndan gelen objektif metotlar olarak belirtmiştir. Günümüzde Larenz'in sınıflandırmasına göre bu dört yorum metodunda mantıksal yorum yerine amaçsal yorum tercih edilmektedir.

Savigny'ye göre; yargıç hukuk yaratma yetkisine sahip bulunmadığından yasa metnine sıkı sıkıya bağlı kalarak bu dört yorum metodunu uygulayabilir. Somut olaya uygulanabilecek uygun bir yasa metni bulunmadığı durumlarda ise, yargıcın somut dava dosyası özelinde tarihsel bir yaklaşım ve genel hukuk ilkeleri üzerinden bir yorum tarzı belirlemesi ve bu yaklaşım ile karar vermesi gerektiğini savunmaktadır.[27] Bu sebeple yargıç, belirtilen dört yorum metodunu olaya etkin bir biçimde uygulayabilecek şekilde yorum yapabilmeli ve yasa metninin koşulları ve içeriğini anlayabilmek için yeterli tarihsel donanıma sahip olmalıdır. Böylece yorum faaliyeti, tarihsel ve sistematik bir yaklaşım ve hukukun bireyi koruyan işlevi ile birleşerek pozitivizm, idealizm ve formalizmi de benimseyen bir yaklaşım ile gerçekleştirilmelidir.[28]

Lafzi (Gramatik) Yorum: Bir hukuk normunun anlatmak istediği düşünceyi kavramların kelime anlamları üzerine düşünmeksizin yorum yapma olanağı bulunmamaktadır. Yorumlanacak normun kelime anlamları, cümle içindeki yerleri, cümlenin gramer kurallarına göre yapısı ele alınır. Yoruma lafzi yorum ile başlamak doğru sonuca varmak için başlangıç şartı olarak kabul edilmekle birlikte, kanunun arkasındaki 'ratio legis'i de araştırıp anlamak, sadece kavramlar ile bağlı kalmamak gerekir.[29]

Tarihsel Yorum: Kanun koyucunun iradesinin ne yönde teşekkül ettiğini tespit etmek, normun yapılış süreçlerini de bilmeyi gerektirir. Bu yöntemde ilgili normun ortaya çıkmasında etkili olan bütün süreçler , kanun tasarıları, tasarının görüşülme aşamalarındaki tartışmalar, örnek teşkil etmiş olan başkaca normlar, normun hangi sosyo-ekonomik, politik bir zeminde ortaya konulduğu hususları da yorum yaparken dikkate alınmalıdır.[30]

---

[25] Gürkan, a.g.e. s. 15.
[26] Gürkan, a.g.e. s. 15.
[27] Onati, Ali Acar, "Friedrich Karl Von Savigny'nin Hukuk Anlayışı", s. 81., https://hukukfelsefesivesosyolojisi.files.wordpress.com/2014/04/friedrich-karl-von-savignynin-hukuk-anlayc4b1c59fc4b12.pdf (Erişim Tarihi: 09.01.2021).
[28] Kasım Akbaş (2016), "Friedrich Carl Von Savigny: Tarihsel Hukuk Okulu Geleneği", İÜHFM, Cilt: 74, Sayı: 1, s. 63.
[29] Vecdi Aral (2007), Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 184, 185.
[30] Aral, a.g.e. s. 186.

Sistematik yorum: Bu yöntem, hukuk normlarının mantıki bir bütünlük içerisinde bulunduğu varsayımına dayanılır. Bu sebeple, hukuk normuna ilişkin tekil yorumlardan ziyade pozitif hukukun bütününün tutarlı bir biçimde değerlendirilmesi önerilir.[31]

Amaçsal (Teleolojik-Gai) Yorum: Amaçsal yorum yöntemine göre; hukuk normundan çıkarılabilecek anlam (ratio legis) veya değerlendirmelerin tespit edilmesi gerekmektedir. Bu yorum yöntemi özellikle özel hukuk alanında uygulanmaktadır. Örneğin, ceza hukukundaki kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi, uygulanacak yaptırım yönünden kanun hükmünün esas alınmasını ifade etmekte olup, hukuk uygulayıcısının yasanın salt lafzı ile bağlı olduğu anlamına gelmektedir.[32]

Kavramsal Yorum: Alman Tarihçi hukuk okulu tarafından ortaya konulan bu yöntem hukukun yöneldiği sosyal amaç ile ilgilenmeksizin, yalnızca hukuki kavram ve terminolojiye değer verme ve hukuk normunu bu kavramlar üzerinden yorumlama şeklinde uygulanmaktadır.[33]

Psikolojik Yorum: Yorum, Schleiermacher tarafından bir anlama, anlamlandırma sanatı olarak tanımlanmıştır.[34] Dil bağlamıyla sınırlanan, metindeki sözcüklerin anlamları, yan anlamları, sözcükler arası ilişki hatta yazarın diğer metinleri ile bağlantısına değin giden lafzi yorumla beraber metnin derinliğine inme anlamına gelen diğer bir yorum türü ise psikolojik yorumdur. Schleiermacher yorumun, metnin kendisi ve yorumlayan arasında, lafzi yorum ile psikolojik yorumun bir arada olduğu "hermenütik döngü" denilen bir süreç içerisinde olduğunu belirtir.[35]

1.5. Yorum Araçları

Evleviyet (Argumentum A Fortiori): Kapsamı geniş olan bir normun aynı zamanda kapsamı daha dar olan kuralı da içermesi veya daha hafif bir olay için ortaya konulmuş olan normdan daha ağır bir olay için sonuç çıkartılmasıdır.[36] Örneğin, bir kimsenin hayvanı bir başkasının taşınmazına zarar verdiği takdirde, taşınmaz sahibinin o hayvanı öldürme hakkı söz konusu ise, zararı önlemek için hapsedebilme hakkı evleviyetle vardır.

Zıtlık (Argumentum E Contrario): Kıyas yolu ile metnin yorumlanmasının özel bir türüdür. Normun hukuki sonuçlarına bakılarak, bunun dışında kalan hallerde normun aksi karşılığının geçerli olduğu sonucu çıkartılır.[37] Örneğin, yasada bir hakkın sahibi olanlar tahdidi şekilde sayılmış ise, mefhumun muhalifinden diğer kimselerin hak sahibi olmadığı anlaşılır.

---

[31] Kemal Gözler (1998), Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu, Ankara: US-A Yayıncılık, s. 169.
[32] Aral, a.g.e. s. 184, 185.
[33] Gözler, a.g.e. s. 170.
[34] Atilla Erdemli (2013), "Friedrich Daniel Ernst Schleiermacher Felsefe Tarihçisi Gözüyle Bir Tanıtma", Felsefe Arkivi, s. 266.
[35] Erdemli, a.g.m. s. 268.
[36] Aral, a.g.e. s. 204.
[37] Aleksander Peczenik (2009), On Law And Reason, Sweden: Springer, s. 322.

Ayrıca hukuksal yorum faaliyetinde, "*Ayrıştırıp çözümleme (analiz), birleştirme (sentez), karşılaştırma (comparison), örnekseme (analoji), sınıflandırma (classification), soyutlama (abstraction), genelleme (generalisation), somutlama (concretisation), özelleştirme (specialisation), tümden gelim (deduction), tüme varım (induction), ilke çıkarsama, varsayım üretme, ilksav/belit (aksiyom) yaratma*"[38] yöntemleri de tekrarlı bir şekilde başvurulan yorum araçlarıdır.

2. TÜRK İDARİ YARGI HUKUKUNDA YORUM

2.1. YORUM YETKİSİNİN SINIRLARI

Anayasa m. 138/1' e göre, "*Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler".* Bu madde hakimin, uygun hukukun bulunması ve karar konusundaki bağımsızlığını vurgularken, aynı zamanda uygun hukukun tespitinde dikkate alınacak normatif sıralamayı da anayasa, kanunlar ve hukukun genel ilkeleri olarak belirtmektedir.

Madde, öncelikle genel hukuk ilkelerini olaya uygulamak yönünden anayasa ve kanunlar ile örtüşen bir denklemin seçilmesi anlamına da geldiğinden, hukuk genel ilkelerinin uygulanması için başvurulan genel ilkeye anayasal veya kanuni bir dayanak seçilmesi için yapılan amaçsal yorumun anayasal dayanağını oluşturur.

Madde metninde aslında geniş anlamda yorum faaliyeti olarak değerlendirebileceğimiz vicdani kanaat, karara esas oluşturabilecek bir diğer unsur olarak belirtilmiştir. Hakimin karar aşamasında dikkate alacağı normatif sıralama anayasa, kanun ve hukuk genel ilkeleri olarak belirtilmesi, hakimin vicdani kanaatine göre karar vermesinin hakimin yorum faaliyetindeki tek dayanak noktası olmadığı, uygulanacak hukukun seçiminde hiyerarşik olarak son aşamada yer aldığı ve vicdani kanaatini belirli bir sınırlılık içerisinde kullanabileceği sonucunu da ortaya koymaktadır.[39]

Hukukun genel ilkelerinin; öncelikle hukuk normları hakimin 'hukuk devletinin maddi koşulları' olan ve anayasa tarafından güvence altına alınmış; insan onuru, adalet, eşitlik ve özgürlük temelinde yorumlanması gerekir. Anayasa m. 10 eşitlik ilkesine aykırı yorum yapılamayacağını belirtmektedir.

Yorumun hukuk devletinin şekli unsurlarından olan; temel hak ve hürriyetler güvencesi, kuvvetler ayrılığı, yargı organının tarafsızlığı, hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri, kanuni idare ilkesi ile de ilgili olduğu söylenebilir. Nitekim yargısal yorumun yetki sınırlarının ne olduğu ve meşruluğuna dair tartışmalarda karşıt tezlerin bu ilkeler gerekçe gösterilerek temellendirildiği görülmektedir.

[38] Rona Serozan (2013), "Hukukta Yöntem Methodology in Law" ,Journal of Yasar University, Cilt: 8 (Özel) , s. 2433, https://dergipark.org.tr/tr/pub/jyasar/issue/19146/203217 (Erişim Tarihi: 09.01.2021).
[39] Bertil Emrah Oder (2015), Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, İstanbul: Beta, 1. Bası, s. 119.

Kural olarak idari yargı rejiminde kıyas kabul edilmemektedir.[40] Genişletici yorum konusunda ise, kişi haklarının zarar göreceği bir yorum yaklaşımı hukuka aykırı olacaktır. Zira hiç bir anayasal hüküm bireylere Anayasal güvence altına alına hakların anayasada belirtilenden daha geniş bir biçimde sınırlandırılmasını veya kaldırılmasını amaçlar şekilde yorumlanamaz.[41]

Normların yorumunda kullanılan yöntemin tutarlı, adil ve hukuki güvenlik ilkesine uygun olması gerekmektedir. Bu açıdan yorum faaliyetinin metoda uygunluğu yargıcın karar vermesi için en önemli sağlama ve denetleme yollarından biridir.[42]

2.2. İdari İşlemin Unsurlarında Yorum

Sebep Unsuru: Yargısal yorum faaliyetinin konusunu normatif değerlendirme oluşturduğundan burada maddi vakıaya ilişkin iddiaların doğruluğunun, gerçekliğinin tespit ve değerlendirmesinden ziyade, asıl olarak hakimin maddi ve hukuki sebepleri değerlendirmesi "yargısal yorum" un konusu ile ilişkilidir.

Takdir yetkisi dahilinde bulunan hallerin somut olaydaki mevcudiyetinin tespiti, bağlı yetkideki kadar kesin bir biçimde belirlenebilir olmadığından takdir yetkisi ile kurulan işlemler yargısal yoruma ihtiyaç duyar. Örneğin; yasada sebebi idareye bırakılan ve kanunda genel sağlık, genel güvenlik, kamu yararı, görülen lüzum gibi şekillerde ifade edilen sebepler ile kurulan işlemlerin denetiminde, bu hallerin gerçekten iptal konusu işlem hakkında somutlaşıp somutlaşmadığının tespiti, idarenin takdirinde bulunan bir idari işlemin maddi sebebine yönelik değerlendirmeyi gerektirir.

Maddi sebebin yorumlanmasına başka bir örnek te sebep ikamesi yönteminin uygulanmasıdır. Hakimin bir iptal davasında idare tarafından ortaya konulan hukuka aykırı sebep yerine, ilgili idari işlem kurulurken mevcut olan başka bir maddi sebebi tespit ile sebep ikamesi yoluna gitmesi ve beklenen iptal kararı yerine iptal davasını reddetmesi, idari işlemin dayandığı maddi sebebi değiştirecek ölçüde bir yorum faaliyetidir.

Hukuki sebebe yönelik değerlendirmede ise, yasal temelin ikamesi yöntemi örnek gösterilebilir. İdarenin işleme esas aldığı norm değil, hakimin kendiliğinden tespit ettiği başka bir normun yorumlanmak suretiyle idari işleme uygun görülüp iptal isteminin reddi kararına esas teşkil etmesi söz konusu olmaktadır. İdari işlemin hukuki sebebi olarak gösterilen normatif dayanak yerine maddi vakıa ile örtüşen başka bir norm, idari işlemi hukuka uygun kılmakta ve iptal kararının önüne geçilmektedir.

Her iki durum da re'sen araştırma ilkesi bağlamında idari yargı hakiminin yetkisi dahilindedir[43] ve maddi vakıanın kendisinin, varlığının, doğruluğunun tespit ve değerlendirmesinin ötesinde, idari işlemin maddi ve hukuki sebeplerinin hakim tarafından yorumlanması niteliğindedir.

[40] Önüt/Sancakdar/Us, a.g.e.. s. 97.
[41] Önüt/Sancakdar/Us, a.g.e.. s. 54.
[42] Serozan, a.g.m., s. 2424.
[43] Ramazan Çağlayan (2019), İdari Yargılama Hukuku, Ankara: Seçkin, 11. Bası, s.503, 505.

Dolayısıyla idari yargı hakiminin idari işlemin sebebi yönünden hukuka uygunluk denetimi sırasında sahip olduğu bir takım yetkiler yorum faaliyeti olarak nitelendirilebilir.

Fakat yargı merciin, dava konusu işlemi, sırf hukuki sonuçları itibariyle daha elverişli veya elverişsiz olduğu için hukuki gerekçeyi değiştirerek yorumlaması bu kapsamda hukuka aykırı bir yorumlama olup; İYUK m. 2/2 de yer alan "*İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı"* olması ve yerindelik denetimi yasağı nedeniyle hakimin yargı yetkisinin dışında yer alır.

Konu Unsuru: İdari işlemin konu unsurunun mevzuata uygunluğu gerekmektedir. İdare mevzuat tarafından yasaklanmış bir konuda işlem yapma karar alma yetkisine sahip değildir.[44] Dolayısıyla mevzuatın kapsamadığı bir konuyu, uygulama alanı genişletilerek veya normun dahil etmediği hukuk süjeleri bakımından da uygulamak adına, hakimin kıyas veya genişletici yorum yapması hukuka aykırılık teşkil edecektir.

Maksat Unsuru: İdari yargı hakimi tarafından maksat unsuru yönünden yapılacak olan değerlendirmede mevzuatı yorumlamak suretiyle ilgili idari işlemin kamu yararı amacıyla ortaya konulup konulmadığını değerlendirir.[45]

İdarenin işlem kurma yönündeki idesi, saiki olan maksat unsurunun tespiti yönünden yapılacak değerlendirmede, idarenin işlem kurmaya yönelik iradesinin kamu yararına yönelip yönelmediğinin tespiti de bir yorum faaliyetidir.[46]

İdareye genel kamu yararı maksadı dışında işlem kurabilme imkanının verildiği özel maksat hallerinin ise; mevzuattan kaynaklı olabileceği gibi hakimin yorum faaliyeti sonucunda da ortaya konabileceği belirtilmektedir.[47] Bazı hallerde ise, idari işlemin maksadının, dayandığı normatif düzenlemede saklı olduğu ve düzenlemenin ruhundan kaynakladığı kabul edilir. Böyle durumlarda yargı organının amaca uygun yorum yaparak maksat unsurunu değerlendirmesi gerekmektedir.[48]

Yetki ve Şekil Unsurları: İdari yargı hakiminin bir iptal davasında idari işlemi yetki ve şekil unsurları yönünden değerlendirdiği durumlarda, yetki ve şekil unsurlarının kamu düzeninden olması nedeniyle dar yoruma tabi kılınması gerektiği kabul edilmektedir.[49]

Buna mukabil yasada yetki unsurunun nasıl kullanılacağının belirtilmediği, ilgili yetki kuralının yorumlanmasını gerektirecek haller de mevcuttur. Bu durumda saklı yetkiden söz edilmektedir.[50] Saklı yetkinin geniş yorumlanması idarenin yetki alanının gereğinden fazla genişletilmesi ve

[44] Akyılmaz/Sezginer/Kaya, a.g.e. s. 451.
[45] Akyılmaz/Sezginer/Kaya, a.g.e. s. 456.
[46] Önüt/Sancakdar/Us, a.g.e. s. 303.
[47] Akyılmaz/Sezginer/Kaya, a.g.e., s. 469.
[48] Akyılmaz/Sezginer/Kaya, a.g.e., s. 4671.
[49] Atay, a.g.e. s. 114, 238.
[50] Tekin Akıllıoğlu (1978), "Saklı Yetki Kavramı", Amme İdaresi Dergisi, Cilt:11, Sayı:3, s. 73.

birey hak ve özgürlüklerine hukuka aykırı müdahale yolunun kolaylaştırılması ile sonuçlanabilir. Bu sebeple saklı yetki hallerinin amaca uygun yorum yöntemi ile değerlendirilmesi gerekmektedir.[51]

2.3. Danıştay'ın Yargısal Yorum Yaklaşımı

Danıştay kararlarında yorumun bir anlama anlamlandırma faaliyeti olarak; lafzi, sistematik, tarihsel ve amaçsal yorum yöntemleri kullanılmak suretiyle gerçekleştirileceği belirtilir.[52] Kararlarda her somut olaydaki uyuşmazlığın niteliğine göre bir yöntem seçildiğini gözlemlemekteyiz. Örneğin, bazı hallerde kanunun lafzı ve özü itibariyle değerlendirilmesi gereğinden bahsedilirken,[53] bazı hallerde lafzi yorum yolunu tercih etmenin somut olayda hukuka aykırı sonuçlar doğuracağı ifade edilmektedir. Lafzen yorumun uygun düşmeyeceğinden bahsedilen durumlarda, somut olay özelinde, ya lafzen yorumun somut olaya uygulanmasının hakkaniyet gereği mümkün olmadığı[54] veya salt lafzi yorumun tek başına uygulanmaması gerektiği bunun yanında ilgili normun başkaca yorum yöntemleri de dikkate alınarak değerlendirme yapılması gerektiği[55] yönünde kararlar verilmiştir. İkinci durum için normun sadece lafzına göre hüküm kurulmasının yeterli olmadığı, kanun koyucunun bu normdan maksadının ne olduğunun da değerlendirilerek amaçsal yorum yönteminin de uygulanarak mevzu hukukun bütünsel olarak değerlendirilmesi gereği ortaya konulmuştur.

Danıştay'ın "*Kanun maddelerinde yer alan düzenlemelerin tek başına değil kanunun tümü göz önünde tutularak yorumlanması gerekir. Bu nedenle, bir kuralın anlamı, kuralın kanunda yer aldığı kısım ve bölümler, diğer kurallarla ilişkisi, kanunun plan ve sistematiği içerisindeki konumu dikkate alınarak belirlenmelidir"* şeklindeki kararı ile sistematik yoruma önem verdiği görülmektedir.[56]

Amaçsal yorum yöntemi uygularken, normun anlamına, ilgili düzenlemenin amacına veya temel argümanına, o normun ortaya konuluş nedenine göre değerlendirme yapılmıştır. [57] Bir kararda "*yasa yapıcının bilerek ve isteyerek böyle bir eşitsizliğe cevaz vermesi düşünülemez. Böyle düşünmüyorsak, amaçsal yoruma gidilerek…*"[58] karar verilmesi gerektiği, yasa koyucunun amacının tespit edilerek amaçsal yorumun geniş anlamda uygulanması gerektiği yönünde karar verilmiştir.

Doktrinde bir görüş, mevzuatın yorumlanmasında tereddüt halinde, hukuk metninin bireyi korumaya dönük olarak duruma göre dar veya geniş yoruma tabi kılınabileceği belirtilmektedir.[59]

[51] Akyılmaz/Sezginer/Kaya, a.g.e. s. 422.
[52] Danıştay 13. Daire Başkanlığı, 2018/3833 E., 2019/481 K.
[53] Danıştay 14. Daire Başkanlığı, 2016/7694 E., 2017/1078 K.
[54] Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 2020/19 E., 2020/44 K., Danıştay 5. Dairesi 2009/2272 E., 2011/8025 K.
[55] Danıştay 13. Daire Başkanlığı, 2018/3736 E., 2019/298 K.
[56] Danıştay 13. Daire Başkanlığı, 2016/4413 E., 2017/358 K.
[57] Danıştay 13. Daire Başkanlığı, 2016/4413 E., 2017/358 K.
[58] Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 1993/68 E., 1993/66 K.
[59] Önüt/Sancakdar/Us, a.g.e. s. 108, 519.

Örneğin bazı hallerde disiplin yaptırımlarına yönelik memuru koruma amacıyla daraltıcı yorum yapılırken, ortaya çıkan zarardan idarenin sorumlu tutulması konusunun geniş yoruma tabi kılınması gerekir. [60] Nitekim yargı kararlarında da bireyi korumaya yönelik bu yaklaşımın yer bulduğunu gözlemlemekteyiz.

Çeşitli düzenleme türleri yönünden Danıştay'ın yorum yaklaşımları şu şekilde değerlendirilebilir:

- İstisna Düzenlemeleri: İstisna düzenlemeleri kanunun koyucunun hakim durumun dışında bazı durumlara özel olmak şartıyla ortaya koyduğu düzenlemelerdir. Bu türdeki düzenlemeler hakim tarafından ancak dar yoruma tabi kılınabilir.[61] Örneğin kanunda tahdidi sebep olarak düzenlenen bir düzenleme hakkında kıyas veya genişletici yorum ile bu sebeplerin çoğaltılması söz konusu olmamaktadır.[62]
- Temel Hak ve Özgürlükleri Kısıtlayıcı Tedbirlere Yönelik Düzenlemeler: Hukuk devletinin niteliği gereği, kamu yararını korumak amacıyla üstün kamu gücüne sahip kılınmış idarenin hukuka aykırı işlemleri hakkında bireylerin hak ve özgürlükleri korunur. Bu durum ancak, idarenin eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğunun denetimi ile sağlanabilir. Temel hak ve özgürlüklere idarenin yasal bir dayanağı olmaksızın, salt kamu gücünü kullanarak müdahale etmesi hukuk devletinde kabul edilemez. Kanun ile bu konular hakkında getirilen sınırlamaların ise dar yoruma tabi kılınması gerekmektedir.[63]

  Hakimin önüne gelen maddi vakıaya ilişkin doğrudan uygulanacak bir hukuk kuralının bulunmadığı hallerde ortaya çıkan kanun boşluğu durumunda da; hukuki durumun kişilere tanınan hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı şekilde değerlendirme yapılarak bu eksikliğin giderilmeye çalışılması hukuka aykırı kabul edilmektedir.[64]
- İdari tedbire yönelik düzenlemeler: İdarenin kanuniliği ilkesi gereğince, idari tedbirlere yönelik düzenlemelerin ancak dar yoruma tabi kılınabilir, bunlar hakkında genişletici yorumun mümkün değildir.[65] Kanunun düzenlediği çerçevenin dışına çıkılarak, "bağdaştığı ölçüde" anlayışı ile hareket edilmesi hukuka aykırı kabul edilmiştir.[66]
- Yaptırım içeren düzenlemeler: Kanunilik ilkesi gereği, hangi eylemlerin idari yönden yaptırım gerektirdiğinin kanunda açıkça belirtilmesi gerektiği, ilgili kuralın uygulanacağı somut olayın gerçek ve kesin olması gerekmektedir. Yaptırım içeren düzenlemeler yönünden kanunda açıkça düzenleme yapılmadıkça genişletici yorum veya kıyas argümanı kullanılamamaktadır. Danıştay, suçta ve cezada kanunilik prensibinin vergi ve idari cezalar

[60] Önüt/Sancakdar/Us, a.g.e. s. 751.
[61] Danıştay 13. Daire Başkanlığı, 2020/444 E., 2020/653 K., Danıştay 9. Daire Başkanlığı, 2009/3992 E., 2012/7621 K.
[62] Danıştay 2. Daire Başkanlığı 2020/251 E., 2020/2721 K.
[63] Danıştay 8. Daire Başkanlığı, 1997/1959 E., 1998/4563 K, Danıştay 13. Daire Başkanlığı, 2012/731 E., 2013/687 K.
[64] Danıştay 8. Daire Başkanlığı, 2010/8752 E., 2012/467 K.
[65] Danıştay 13. Daire Başkanlığı, 2016/3493 E., 2016/4367 K.
[66] Danıştay 5. Daire Başkanlığı, 2008/6283 E., 2009/3946 K.

için de geçerli olduğu ve ceza yaptırımı içeren hükümler hakkında varsayım, genişletici yorum veya kıyas yoluyla yasada düzenlenen başka bir düzenlemeden devşirme hüküm tahsis edilemeyeceği görüşündedir.[67]

- Yükümlendirici Düzenlemeler: İdare hukukunda kişiler, vergi, resim, harç vb. yükümlendirici işlemler yönünden kanunda açıkça düzenlenmedikçe kıyas yolu ile sorumluluk altına alınamazlar. Danıştay konuya ilişkin bir kararında; verginin kanuniliği prensibi gereğince, açıkça vergilendirmeye tabi kılınmamış bir durum veya eylemin kıyas yolu ile vergiye tabi kılınmasını hukuka aykırı olarak değerlendirmiştir.[68]
- Yetki kuralları: Danıştay bir kararında; Anayasa'da belirtilen, idarenin kuruluş ve görevleri ile bir bütün olarak kanun ile teşekkülü hükmündeki "görev" ibaresinin yetki kurallarını da içermesi sebebiyle yetki kurallarının genişletici yoruma tabi kılınamayacağı yönünde bir karar vermiştir.[69] Ayrıca ve idare hukukunda yetkisizliğin kural yetkinin istisna olması prensibi de yetki kurallarının dar yorumlanmasını gerekli kılar.

Yetki kuralları yönünden evleviyet argümanının uygulandığı bazı kararlar söz konusu olmaktadır. Örneğin; "*ihaleyi iptal etme veya düzeltici işlem belirleme gibi geniş yetkileri bulunan kurumun başvuru üzerine karar verilmesine yer olmadığı şeklinde usuli bir karar almaya evleviyetle sahip olduğu*" yönünde bir karar verilmiştir.[70]

- Usule ilişkin düzenlemeler: Usule ilişkin kurallar yönünden kıyas yoluyla başka yargı kollarının usule ilişkin hükümlerinin idari yargılamada kullanılmasının kabul edilemeyeceği yönünde kararları mevcuttur.[71] Yalnız burada yasanın benzer bir ikameyi kendisinin düzenlemesi durumunda kıyastan değil, atıf (yollama)'dan söz etmek gerekir.[72] Mesela bazı hallerde medeni usul kanunu hükümleri uygulanır deniliyorsa, yasa atfı nedeniyle hukuka aykırılık oluşmayacaktır.

Usule ilişkin kararlarda da evleviyet argümanının çeşitli şekillerde kullanıldığını görmekteyiz. Örneğin; bir kararda *"istinaf kanun yolunda yapılamayacağı öngörülen müdahalenin evleviyetle temyiz kanun yolunda da yapılamayacağı"*[73] şeklinde bir hüküm ortaya konulmuştur.

[67] Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 2019/1422 E., 2020/1004 K., Danıştay 15. Daire Başkanlığı 2016/3739 E., 2016/3484 K., Danıştay 13. Daire Başkanlığı 2016/3493 E., 2016/4367 K., Danıştay 13. Daire Başkanlığı, 2014/3758 E., 2020/1623 K.

[68] Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 2019/885 E., 2020/992 K., Danıştay 9. Daire Başkanlığı, 2010/10365 E., 2011/283 K.

[69] Danıştay 13. Daire Başkanlığı, 2020/444 E., 2020/653 K.

[70] Danıştay 13. Daire Başkanlığı, 2014/198 E., 2014/1058 K.

[71] Danıştay 1. Daire Başkanlığı, 2011/1663 E., 2011/1949 K., Danıştay 13. Daire Başkanlığı 2018/3524 E., 2020/1206 K., Danıştay 13. Daire Başkanlığı, 2018/3210 E., 2020/1211 K.

[72] Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 2013/1799 E., 2015/3187 K.

[73] Danıştay 13. Daire Başkanlığı, 2016/3920 E., 2016/3782 K.

2.4. Yorum Konusuna Karşılaştırmalı Yaklaşım: Almanya Örneği

Almanya 16. yüzyıldan itibaren uygulamanın dogmatik hukuk düşüncesinin etkisinde kalmıştır. Öyle ki Mahkemelerin karar sürecinde hukuk fakültelerinden görüş almaları rutin bir hale gelmiştir. Böyle bir ortamda geliştirilen kavramlar içtihadi yöntem Almanya'da bir dönem için hakim yöntem olarak kullanılmıştır. [74]

Kavramlar içtihadının hakime sağladığı sınırlılık ve katı hukuk düzenine bir tepki olarak geliştirilen serbest hukuk ve menfaatler içtihadı yaklaşımları kanun boşluğu bulunmayan nötr bir hukuk düzeni iddiasını köreltmiştir. I. Dünya savaşı sonrası sosyal ihtiyaçlar ve hakların eşitlenmesi gerekleri ile menfaatler içtihadı ve sistematik yorum daha çok kabul görmeye başlamıştır.[75]

Alman hukukunda da günümüzde kabul edilen lafzi, tarihsel, sistematik ve amaçsal yorum yöntemleri baskın yöntemler olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu yöntemler arasında da 1950' ler sonrası yükselen, yasa koyucunun anayasal iradesine bağlı kalma düşüncesi nedeniyle amaçsal yorum ön plana çıkmış olsa da sonrasında kanunların Anayasaya uygun olması gereği nedeniyle kurulmuş etkin bir anayasa mahkemesinin varlığı yargı erkinin güçlendirmiş ve yasamanın ratio legisi yerine mahkemenin sistematik (objektif) yorumu nispeten daha baskın hale gelmiştir.[76] Avrupa insan hakları mahkemesi kararlarında da yerelde kullanılan yorum yöntemlerinden ziyade amaçsal yorumun nispeten daha çok tercih edildiğini görmekteyiz.[77]

Alman Federal Mahkemesi'nin de lafzi yorumu öncelikle tercih edip uyguladığı pek çok kararına rağmen, amaçsal yoruma daha fazla eğilim gösterdiği kararlarında açıkça gözlemlenmektedir.[78] Fakat bu olgu amaçsal yorum yöntemi dışında kalan diğer üç yöntem ile arasında bir hiyerarşinin mevcut olduğu anlamına gelmemektedir.

Alman pozitif hukukunda yorum yetkisine dair doğrudan bir düzenleme bulunmadığından yorum teorisi öğreti ve yargı kararları doğrultusunda ele alınmaktadır. Yorum üzerine yapılan tartışmalar genellikle hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkeleri temelinde ilerlemektedir. Bu tartışmalardan biri, hakim kararının objektif kriterlere göre, bilimsel bir zeminde kurgulanabilir olup olmadığı veya dönemin konjonktürel durumuna, hukukçuların o döneme mahsus yargılarına göre mi temellendirildiği sorusudur. Diğeri ise, genişletici ve daraltıcı yorum faaliyetinde bulunması, yasa

[74] Hager, Günter. (2009), Rechtsmethoden in Europa. Tübingen: Mohr SiebeckHager s. 31' den aktaran; Koray Güven, "Hukuk Çevreleri Ayrımında Alman Hukukunun Yeri ve Temel Özellikleri", s. 872, 873.
[75] Melin, Patrick. (2005). Gesetzesauslegung in den USA und in Deutschland,
Tübingen: Mohr Siebeck, s. 226' den aktaran, Koray Güven, "Hukuk Çevreleri Ayrımında Alman Hukukunun Yeri ve Temel Özellikleri", s. 874.
[76] Patrick, a.g.e. s. 877.
[77] ECHR, What are the limits to the evolutive interpretation of the Convention, https://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2011_ENG.pdf (Erişim Tarihi: 09.01.2021).
[78] Günter, a.g.e. s. 878.

koyucunun iradesi ile yargı arasındaki sınırın zorlanacağı, bu sınırın kesin olmayışının muhtemel risklerine yönelik olmuştur.[79]

Modern hukukta bu dört klasik yorum yöntemi dışında alman hukukuna özgü bir takım yöntemler de geliştirilmiştir:[80]

-"Sonuç Tahlili" (Folgeanalyze) ismi verilen yöntemde hakim, yorum faaliyeti sonucunda verdiği kararın dava tarafları, davanın sonucundan etkilenebilecek üçüncü kişiler, kararın ortaya çıkaracağı muhtemel sonuçlar üzerinden de sonuca yönelik çok yönlü bir inceleme yapmaktadır.

-Dürig tarafından ortaya konulan ve Alman Federal Anayasa Mahkemesi tarafından içtihatlar yoluyla da kabul edilen "Dolaylı Yatay Etki" (mittelbare Drittwirkung) öğretisine göre ise; tüm kanunlar anayasal ilkeler göz önünde bulundurularak yorumlanmalıdır.

-1970'li yıllarda geliştirilen "deneysel sosyoloji" öğretisinin etkisi ile kararın yalnızca tarafları değil ortaya çıkardığı sosyal etki ve kamusal alandaki tepkinin de dikkate alınarak yorumlanması gerektiği fikri de Almanya'da modern yorum yöntemleri arasında değerlendirilmektedir.

- Hakimin karşılaştırmalı hukuku da göz önünde bulundurarak yorum yapması fikri de öne sürülmüş fakat, hakimin bağlı olmadığı başkaca hukuk sitemlerinin karşılaştırmasını yaparak hüküm kurması anlayışı uygulamada kabul görmemiştir. bulamamıştır.

SONUÇ

Yorum somut olaya uygulanacak hukukun seçiminde mecburi bir faaliyet olarak karşımıza çıkmaktadır. Yasa uygulayıcıları, yorum yaparken bilimsel görüşler ve yargısal içtihatlardan faydalanmaktadır. Özellikle yargısal içtihatlar ile şekillenmiş günümüz idari yargılama hukukunda belirli bazı idari işlem türleri yönünden farklı yorumlama argümanları kullanılmış, bazı yorum teknikleri ise bu usulden dışlanmıştır. Ayrıca idari yargının kendine münhasır dava türleri, bu davalar özelinde idari işlem ve eylemler yönünden yorum faaliyetinin farklı bir biçimde değerlendirilmesini gerekli kılmıştır.

Danıştay kararlarında; kişilere yükümlülük getiren, hakları sınırlandıran, istisnai nev'iden hükümlerin genellikle dar yoruma tabi kılındığı, idare karşısında bireyi koruyucu nitelikteki hükümlerin kişiler lehine geniş yoruma tabi kılındığı gözlemlenmektedir. Usule, kamu düzenine ilişkin kurallar bakımından da dar yoruma bağlı kalındığını görmekteyiz. Modern hukukta kullanılan dört yorum türünün Danıştay tarafından, somut olayın özelliğine göre kullanıldığını, fakat bütünsel bir yaklaşım sağlaması nedeniyle sistematik yoruma ayrıca önem verildiğini gözlemlemekteyiz.

[79] Altan Heper (2012), "Almanya'da Hukukta Yorum Üzerine Bazı Düşünceler", Ankara Barosu Dergisi, s. 75.
[80] Patrick, a.g.e. s. 878,879.

KAYNAKÇA

Akbaş, K. (2016). Friedrich Carl Von Savigny: Tarihsel Hukuk Okulu Geleneği, İÜHFM, 74(1).

Akıllıoğlu, T. (1978). "Saklı Yetki Kavramı". Amme İdaresi Dergisi. 11(3).

Akyılmaz, B./ Sezginer, M./ Kaya, C. (2017). Türk İdare Hukuku. Ankara:Seçkin.

Aral, V. (2007). Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine. İstanbul: Filiz Kitabevi.

Atay, E. E. (2018). İdare Hukuku. Ankara: Seçkin.

Çağlayan, R. (2019). İdari Yargılama Hukuku. Ankara: Seçkin, 11. Baskı.

Dönmezer, S./ Erman, S. (1973). Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt I. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası. 5. Bası.

ECHR, "What are the limits to the evolutive interpretation of the Convention?"

https://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2011_ENG.pdf (Erişim Tarihi: 09.01.2021).

Erem, F. (1976). Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt: I. Ankara: Sevinç Matbaası, 11. Basım.

Erdemli, A. (2013). "Friedrich Daniel Ernst Schleiermacher Felsefe Tarihçisi Gözüyle Bir Tanıtma", Felsefe Arkivi.

Gözler, K. (1998). Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu. Ankara: US-A Yayıncılık.

Günter, H. (2009). Rechtsmethoden in Europa. Tübingen: Mohr SiebeckHager' den aktaran;

Güriz, A. (2015). Hukuk Felsefesi. Ankara: Siyasal Kitabevi, 11. Basım.

22

Güven, K., "Hukuk Çevreleri Ayrımında Alman Hukukunun Yeri ve Temel Özellikleri".

Heper, A. (2014). "Yasaya Sadakatin Farklı Bir Okuması: Philipp Heck", İÜHFM, 72(1).

Heper, A. (2012). "Almanya'da Hukukta Yorum Üzerine Bazı Düşünceler", Ankara Barosu Dergisi, s. 75.

Oder, B. E. (2015). Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, İstanbul: Beta, 1. Bası.

Onati, A. A., "Friedrich Karl Von Savigny'nin Hukuk Anlayışı", s. 81., https://hukukfelsefesivesosyolojisi.files.wordpress.com/2014/04/friedrich-karl-vonsavignynin-hukuk-anlayc4b1c59fc4b12.pdf (Erişim Tarihi)09.01.2021.

Önüt, L. B. / Sancakdar, O. /Us, E. vd.(2017). İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Ankara: Seçkin.

Patrick, M. (2005). Gesetzesauslegung in den USA und in Deutschland. Tübingen: Mohr Siebeck, s. 226' den aktaran, Koray Güven, "Hukuk Çevreleri Ayrımında Alman Hukukunun Yeri ve Temel Özellikleri".

Peczenik, A. (2009). On Law And Reason, Sweden: Springer.

Serozan, R. (2013), "Hukukta Yöntem Methodology in Law" ,Journal of Yasar University, 8(Özel).

Topçuoğlu, H. (1969), Hukuk Sosyolojisi Cilt: I, İstanbul: Cezaevi Matbaası, 3. Basım.

Ülker, G. (1967). Hukuki Realizm Akımı. Ankara: Sevinç Matbaası.

Danıştay Kararları

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 2019/885 E., 2020/992 K.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 2013/1799 E., 2015/3187 K.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 2020/19 E., 2020/44 K.

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 1993/68 E., 1993/66 K.

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 1993/68 E., 1993/66 K.

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 2019/1422 E., 2020/1004 K.

Danıştay 1. Daire Başkanlığı, 2011/1663 E., 2011/1949 K.

Danıştay 2. Daire Başkanlığı 2020/251 E., 2020/2721 K.

Danıştay 5. Daire Başkanlığı, 2008/6283 E., 2009/3946 K.

Danıştay 5. Dairesi 2009/2272 E., 2011/8025 K.

Danıştay 8. Daire Başkanlığı, 1997/1959 E., 1998/4563 K

Danıştay 8. Daire Başkanlığı, 2010/8752 E., 2012/467 K.

Danıştay 9. Daire Başkanlığı, 2009/3992 E., 2012/7621 K.

Danıştay 9. Daire Başkanlığı, 2010/10365 E., 2011/283 K

Danıştay 13. Daire Başkanlığı , 2018/3833 E. , 2019/481 K.

Danıştay 13. Daire Başkanlığı, 2018/3833 E., 2019/481 K.

Danıştay 13. Daire Başkanlığı, 2018/3736 E., 2019/298 K.

Danıştay 13. Daire Başkanlığı, 2016/4413 E., 2017/358 K.

Danıştay 13. Daire Başkanlığı, 2016/4413 E., 2017/358 K.

Danıştay 13. Daire Başkanlığı, 2020/444 E., 2020/653 K.

Danıştay 13. Daire Başkanlığı, 2012/731 E., 2013/687 K.

Danıştay 13. Daire Başkanlığı, 2016/3493 E., 2016/4367 K.

Danıştay 13. Daire Başkanlığı 2016/3493 E., 2016/4367 K.

Danıştay 13. Daire Başkanlığı, 2014/3758 E., 2020/1623 K.

Danıştay 13. Daire Başkanlığı, 2020/444 E., 2020/653 K.

Danıştay 13. Daire Başkanlığı, 2014/198 E., 2014/1058 K.
Danıştay 13. Daire Başkanlığı 2018/3524 E., 2020/1206 K.
Danıştay 13. Daire Başkanlığı, 2018/3210 E., 2020/1211 K.
Danıştay 13. Daire Başkanlığı, 2016/3920 E., 2016/3782 K.
Danıştay 14. Daire Başkanlığı, 2016/7694 E., 2017/1078 K.
Danıştay 15. Daire Başkanlığı 2016/3739 E., 2016/3484 K.

ULUSLARARASI
HUKUK
SEMPOZYUMU
International Symposium on Law

BÜTÇE HAKKININ ANAYASALCILIK İLKESİ VE 2017 ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Işılay Koyun

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ORCID NO: 0000-0003-1543-7398

Öz

Yürütme organının harcadığı paranın denetimi parlamentoların görevlerindendir. Parlamentonun bu konudaki yetkisi yürütmenin elindeki gücün dengelenmesi açısından işlevsel olup anayasalcılık ilkesi bakımından da önem arz eder. Anayasalcılık ilkesinin unsurlarından kuvvetler ayrılığı devlete ait olan yasama, yürütme ve yargı erklerinin farklı organlarca yerine getirilmesi esasına dayanır. Yasama, yürütme ve yargı erklerinin birbirleri üzerindeki dengeleme ve denetleme faaliyetleri sayesinde gücün tek elde toplanmasının önüne geçilir. Gücün devlet erkleri arasında dağıtılması ve kullanılan gücün dengede tutulması bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması açısından önemlidir. Yasama ve yürütme organı arasındaki denge unsurlarından biri parlamentoların bütçeyi denetleme yetkisi yani bütçe hakkıdır. Çalışmamızın birinci bölümünde anayasalcılık kavramından bahsedilerek unsurları açıklanacaktır. İkinci bölümde; bütçe hakkı ve gelişimi somutlaştırılacak, hukuk devletlerinde bütçenin parlamento tarafından denetlenmesinin yasama yürütme ilişkileri bakımından taşıdığı önem ortaya konulacaktır. Üçüncü bölümde; 1982 Anayasasının bütçe denetimine ilişkin 2017 değişikliklerinden önceki ve sonraki hükümleri karşılaştırılacak, değişikliklerin içerdiği risklere işaret edilecektir. Son olarak, bölümlerde anlatılanlar değerlendirilerek yapılan değişikliklerin olası sonuçları tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Anayasalcılık, Kuvvetler Ayrılığı, Bütçe Hakkı, 2017 Anayasa Değişikliği, Dengeleme ve Denetleme

GİRİŞ

10 Aralık 2016 tarihinde Adalet ve Kalkınma Partisinden 316 milletvekili "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi"ni Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına sunmuştu. Genel Kurulda yapılan oylama sonucunda 339 kabul 142 ret oyu ile kabul edildi.[1] Cumhurbaşkanı tarafından onaylanmasının ardından da halk oylamasına sunuldu. 16 Nisan 2017 tarihinde yapılan halk oylaması %51.18 "Evet" %48.82 "Hayır" sonucu ile

[1]Türkiye Büyük Millet Meclisi 26. Dönem 2. Yasama Yılı Tutanak Dergisi, 32. Cilt, 63. Birleşim, s.856. https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d26/c032/tbmm26032063.pdf adresinden erişildi.(ET: 24.06.2021).

tamamlandı.[2] Sürecin sonunda 1982 Anayasasının on sekiz maddesinde değişiklik öngören teklif ile Anayasa değiştirildi.

1982 Anayasasının yürürlüğe girdiği tarihten itibaren geçirdiği değişikliklerin on dokuzuncusu olan 2017 değişiklikleri beraberinde yeni bir hükümet sistemini getirmiştir. "Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi" olarak adlandırılan yeni hükümet sistemi yürütmeyi yasama ve yargı karşısında güçlendirmiştir. Anayasalcılığın en önemli unsurlarından olan kuvvetler ayrılığı ile bağdaşmayan birçok düzenlemeyi içinde barındıran bu sistem, yürütme yetkisini Cumhurbaşkanının elinde toplayarak Başbakan ve Bakanlar Kurulunu devreden çıkarmış; tek başlı bir yürütme organı tasarlamıştır.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi, dengeleme ve denetleme mekanizmalarına yeterince yer vermediği yönünde eleştirilmektedir. 1982 Anayasasının orjinal hali saf parlamenter sistemin ayırt edici özelliğinin aksine sembolik yerine icrai yetkileri olan bir Cumhurbaşkanı yaratmaktadır. 1980 sonrası dönemde asli kurucu iktidar yürütme organını, yürütme organı içinde de Cumhurbaşkanlığı makamını güçlendirmeyi tercih etmiştir. 2017 değişikliklerinin bu durumu perçinlediği, devletin erklerinden birini diğerleri karşısında orantısız şekilde yetkilendirdiği anlaşılabilmektedir. Teklifin genel gerekçesinde; *"parlamenter sistemin sorun üretme ve kriz yaratma potansiyeli nedeni ile yönetimde etkililik ve istikrar adına bu değişikliğin yapılmasının bir ihtiyaç olduğu"* belirtilmiş, sistemdeki olası tıkanmaların Cumhurbaşkanı ve parlamento seçimlerinin aynı anda yenilenmesi önerisi ile çözülebileceği öne sürülmüştür.[3] Bu öneriden iki makamın seçimlerinin birlikte yenilenmesinin bir çeşit dengeleme denetleme unsuru olarak düşünüldüğü sonucuna varılabilmekteyse de düzenlemenin anayasalcılık ve kuvvetler ayrılığı açısından başlı başına yeterli olup olmadığı hususu tartışmaya açıktır.

Açıklamalarımızda arka planından ve devlet erklerine olan etkisinden kısaca bahsettiğimiz 2017 değişiklikleri, yürütme organını dolayısıyla da Cumhurbaşkanını birden fazla alanda güçlendirmiş ve yetkilerini genişletmiştir. Bu başlıkların tamamını incelemek ise çalışmamız açısından mümkün değildir. Bu nedenle konumuzu bütçenin parlamento tarafından denetlenmesinin anayasalcılık ilkeleri bakımından değerlendirilmesi ile sınırlandırmaktayız. Birinci ve ikinci bölümde incelememizin dayandığı teorik altyapı oluşturulacak, ardından Anayasanın konuyla ilgili değişen hükümleri tartışılacaktır.

I. ANAYASALCILIK İLKESİ

Anayasalcılık en kısa tanımı ile çoğunluk iktidarını sınırlandırmaktır.[4] Başka bir tanımla ise anayasalcılık; devlet yetkilerinin hukuken sınırlandırılmasının mümkün olduğunu ve bu

[2] 27 Nisan 2017 Tarihli ve 30050 Sayılı Resmî Gazete - Mükerrer, Yüksek Seçim Kurulu'nun 663 sayılı kararı.

[3] Anayasa değişikliği teklifinin gerekçesi için bkz. https://www2.tbmm.gov.tr/d26/2/2-1504.pdf (ET: 24.06.2021).

[4] **Özbudun, E.** (2015). Anayasalcılık ve demokrasi. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s.3. Bu noktada kavramsal bir farklılığa da işaret etmek gerekir. "Anayasacılık" ile "Anayasalcılık *(constitutionalism)*" birbiri ile aynı şeyi ifade eden kavramlar gibi görünmekte ve doktrinde birbiri yerine kullanılmaktaysa da gerçek durum böyle değildir. "Constitutionalism" Türkçeye çevrildiğinde tam karşılığının "Anayasalcılık" olduğunu belirten Özbudun'a göre anayasalcılık; *"sadece bir anayasanın yapımını veya varlığını değil, temel amacı devlet iktidarını sınırlandırarak birey*

sınırlandırmanın gerekliliğini savunan bir düşüncedir.[5] Çoğunluk iktidarı çeşitli fren ve denge mekanizmaları kullanılarak sınırlandırılır. Bu açıdan anayasal devletin sınırlı devlete eşdeğer olduğundan söz etmek mümkündür.[6] Anayasalcılık bu bağlamda değerlendirildiğinde sınırlı bir devleti, dolayısıyla bireylerin hak ve özgürlüklerini koruma altına alan bir anlayışı da yansıtır. Bireylerin hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınması sadece devlet-birey ilişkilerinde değil, devletin kendi iç işleyişinde yapılacak sınırlandırma ve denetimlerle de sağlanmaktadır. Öyle ki devlet iktidarının organlar arasında bölüştürülmesi halinde bütün güç tek bir elde toplanmaz. Bu sayede de iktidarın tek yerde toplanarak yıkıcı olma potansiyeli törpülenmiş olur.[7] Bunun sonucunda da hak ve özgürlükler hukuk kurallarıyla sınırlandırılmış bir devlette kendilerine yaşam alanı bulurlar.

Bahsettiğimiz bu durum anayasalcılığın iki unsurundan biri olan kuvvetler ayrılığına işaret etmektedir. Anayasalcılık; kuvvetler ayrılığı ve hukuk devleti olmak üzere iki unsurdan oluşur.[8] Bu iki unsur birbirlerini tamamlayan nitelik arz eder. Kuvvetler ayrılığında siyasi iktidarın devlet organları arasında paylaştırılması yani bölünmüş bir iktidar söz konusu iken hukuk devletinde de sınırları Anayasa ve daha kapsamlı olarak hukukla belirlenmiş bir iktidar ifade edilmektedir.[9] Hukuk devleti *"vatandaşlarına hukuk güvenliği sağlayan devlet"*tir.[10] Hukuk güvenliği ise temel hakların Anayasada sayılması, yasaların Anayasaya uygunluğunun ve yönetimin yasalara bağlılığının sağlanması, yargıyı bağımsız kılacak mekanizmaların geliştirilmesi ve bu mekanizmaların Anayasal güvencelere kavuşturulması, en önemlisi de Anayasanın bir bütün olarak yorumlanmasını kapsamaktadır. İlkeler teker teker değil, bir bütün halinde yorumlandığında hukuk güvenliği ilkesi gerçek anlamıyla sağlanmış olur.[11] Bu açıdan

hürriyetlerini korumak olan daha nitelikli bir anayasa anlayışını yansıtmaktadır." (**Özbudun, E.** s.3). Bizim çalışmamız kapsamında kullanacağımız terim anayasalcılık ifadesidir. Sınırlı iktidarı ifade eden terimin "Anayasalcılık" olduğunu savunan başka bir çalışma için bkz. **Gönenç, L.** (2008). Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan. S. Yazıcı, K. Gözler, E. Göztepe (Der.). Ortaçağ anayasacılığı (s. 267- 291). Ankara: Yetkin Yayınları. Gönenç, bu ayrımı yapmakta ancak sınırlı iktidar ifadesi için literatürde yerleşen terimin "Anayasacılık" olduğuna işaret ederek bu kavram üzerinden ilerlemeyi tercih etmektedir.

[5]**Waluchow, W.** (2018). Constitutionalism. The Stanford Encyclopedia of Philosophy. https://plato.stanford.edu/entries/constitutionalism/ adresinden erişildi. (ET: 24.06.2021).

[6]**Özbudun, E.** Anayasalcılık ve demokrasi, s. 5.

[7]**Gönenç, L.** (2014). Siyasi iktidarın dengelenmesi denetlenmesi ve yargı. Ankara: Adalet Yayınevi, s.36.

[8]**Gönenç, L.** (2008). Ortaçağ anayasacılığı, s. 268.

[9]Mümtaz Soysal, devletin içinde gücün tek bir elde toplanmasını önlemek ve devlet yetkisi kullananların birbirlerini karşılıklı olarak denetlemelerini sağlamak, yani sınırlı iktidar düşüncesini hayata geçirmek amacıyla ortaya çıkan tüm hareketlerin, hukuk devleti ilkesini gerçekleştirme çabalarıyla arasında büyük bir yakınlık hatta aynılık olduğunu belirtmektedir. **Soysal, M.** (2011). Anayasaya giriş. Ankara: İmge Kitabevi, s. 241. Bu bağlamda da anayasalcılık ve hukuk devleti ilkelerinin birbiri ile bağlantısını tespit etmemiz mümkündür.

[10]**Soysal, M.** (1987). 100 soruda anayasanın anlamı. İstanbul: Gerçek Yayınevi, s. 89. Soysal başka bir eserinde hukuk devletini polis devletinin karşıtı olarak da tanımlamaktadır. Yazara göre, polis devleti, vatandaşlarının tüm haklarına karışmak ve toplum refahı için her türlü tedbiri almak olarak ortaya çıkarken hukuk devletinde hukuk güveni söz konusudur. Sınırsız yetkili devlet gücüne keyfilik de eklendiğinde yönetilenlere hukuki güvenliği sağlayamayan ve zorbalığa başvuran rejimlerin bu şekilde anılması kaçınılmaz olmuştur. Bahsi geçen eser için bkz. **Soysal, M.** (2011). Anayasaya giriş. Ankara: İmge Kitabevi, s. 238.

[11]**ibid.** s.89.

değerlendirildiğinde kuvvetler ayrılığı ve hukuk devleti ilkelerinin birbirlerini desteklediği sonucuna ulaşılabilir. Çalışmamız kapsamında ise kuvvetler ayrılığı esas alınarak tartışmalar bu doğrultuda yürütülmeye çalışılacaktır.

a) Kuvvetler Ayrılığını Nasıl Tanımlayabiliriz? Kavramdan Ne Anlaşılmalı?

Feyzioğlu'na göre kuvvetler ayrılığı; *"kamu iktidarının birbirinden tamamıyla ayrı ve bağımsız kısımlara bölünerek bu kısımların başka ellere tevdi olunması"* şeklinde tanımlanabilir.[12] Burada incelememiz gereken ilk unsur "kuvvet" ifadesidir. Kuvvetler ayrılığı denildiğinde sanki birden fazla kuvvet mevcutmuş gibi anlaşılabilmektedir. Ancak bu yaklaşım yerinde değildir. Şöyle ki; devlet iktidarı bir bütündür. Yasama, yürütme ve yargı organları yapmış oldukları işlemler ile devlet iradesini oluştururlar. Başka bir anlatımla her bir organ devlete ait tek iktidarın bir parçasını kullanır. Ancak yaptıkları işler ayrıdır. Örneğin yasama organı yasama fonksiyonunu, yargı organı yargı fonksiyonunu yerine getirir. Bunu yaparken de devlete ait yasama erkini kullanmış olur. Yasama, yürütme, yargı fonksiyonları ise bir bütün olarak devlet bünyesindedir. Bu bağlamda değerlendirildiğinde söz konusu durumda fonksiyonlar ayrılığı olduğundan bahsedilebilir.[13] Dolayısıyla kuvvetler ayrılığı ifadesinden esasen devlet fonksiyonlarının birbirinden farklı organlarca yerine getirilmesini anlamak gereklidir. Sınırlanmış ve bölünmüş iktidar farklı fonksiyonların farklı organlar aracılığı ile yürütülmesi anlamına gelir.

Kuvvetler ayrılığı başka bir haliyle; yasama yürütme ve yargı işlerinden oluşan hükümet işlemlerinin her birinin ayrı birer organ tarafından yerine getirilmesini anlatmaktadır. husus, işlevlerin veya bu işlevleri yerine getirmek için görev alan kişilerin birbiri ile çakışmamasıdır.[14] Örneklendirmek gerekirse; yasama organı sadece yasa yapmakla uğraşacak, yasama organında görev almış birisi herhangi bir şekilde yürütme veya yargı organında görevlendirilemeyecektir. İşlevin ve kişinin çakışmaması ile anlatılmak istenen budur.

Konuya ilişkin açıklamalarımız göz önüne alındığında kuvvetler ayrılığı doktrininin iki şekilde yorumlandığını tespit etmemiz mümkündür: Saf kuvvetler ayrılığı ve dengeleme denetleme mekanizmaları ile bir araya getirilmiş kuvvetler ayrılığı.

Saf kuvvetler ayrılığının özü yukarıda da bahsettiğimiz her erkin kendi alanında kalması, kimsenin birbirinin alanına müdahale etmemesi, birinde görevli olanın diğerinde görevlendirilememesinden ibarettir. Bir kişinin yalnızca bir erkte görev alabilmesinin nedeni ise, bu kişinin birden fazla erkte görevlendirilerek güç konsantrasyonu yaratmasının önüne geçilmek istenmesi olarak açıklanmaktadır.[15] Yani kişi yürütme organı içinde görevliyse orada kalacak, yasamada veya yargıda görevlendirilmeyecek, böylelikle devlet erkinin tek bir kişinin elinde olması engellenecektir. Ancak saf kuvvetler ayrılığının doğasında olan bu denli keskin ayrımlar, günümüzde oldukça karmaşık hale gelmiş devlet sisteminde uygulanabilmesini mümkün kılmamaktadır.

[12] **Feyzioğlu, T.** (2015). Kuvvetlerin ayrılığı nazariyesi. Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C(II), s. 50.

[13] **Özbudun, E.** (2016). Türk anayasa hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları, s.193.

[14] **Wheare, K. C.** (1966). Modern anayasalar (M. Turhan, çev.). İstanbul: Değişim Yayınları, s. 33.

[15] **Vile, M. J. C.** (1998). Constitutionalism and the separation of powers. Indianapolis: Liberty Fund, s.14.

Peki söz konusu keskinlik nasıl törpülenmelidir? Saf kuvvetler ayrılığının içerdiği sakıncalar ortadan kaldırılabilir mi? Bu soruların cevabı dengeleme ve denetleme mekanizmaları ile bir araya getirilmiş kuvvetler ayrılığı teorisini yaratmıştır. Kuvvetler ayrılığı yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarının kendilerine tanınmış alanda işlem ve eylemlerde bulunmalarını gerektirir ancak bu durum keskin bir bağımsızlık olarak yorumlanamaz. Bu şekilde bir yorum hukuk devleti ilkesi ile de bağdaşmaz. Çünkü hukuk devleti ilkesi gereğince devletin işlem ve eylemleri denetime tabii tutulmalıdır. İşte tam bu noktada "denetleme ve dengeleme *(checks and balances)* mekanizmaları" devreye girmektedir. Buna göre; kuvvetler ayrılığının uygulanışında her organın kendi alanında tam bağımsız ve egemen olması düşünülemez. Bu durumda devlet karşıt yönlerden eşit kuvvetlerle çekilen bir cisim gibi hareketsiz kalır yani iş göremez olur.[16] İlke; yasama, yürütme ve yargı erklerinin kendi alanlarında işlem yapması ancak birinin adım atarken diğerinin atacağı adımı hesaplaması gerekeceği şeklinde yorumlanmalıdır.[17] Demokratik olarak nitelendirilen sistemler dengeleme ve denetleme mekanizmalarına sahiptir. Dolayısıyla organlar işlem ve eylemlerini hayata geçirirken birbirlerini gözeterek hareket ederler. Öyle ki devlet fonksiyonlarının yasama, yürütme ve yargı olarak ayrılıp her birinin ayrı organlara verilmesinin amacı; bu organlar arasında bir denge sağlayarak birinin diğeri üzerinde hakimiyet kurmasının önüne geçmek ve bu fonksiyonların birbirini denetlemesine imkan vermektir.[18] Günümüzde de kuvvetler ayrılığı denildiğinde anlaşılan dengeleme ve denetleme mekanizmalarını içeren bir sistemdir.

Tarihsel gelişimi içinde kuvvetler ayrılığı teorisi sözü geçen ayrıma zaman içinde ulaşmıştır. Kavramı iyice somutlaştırabilmek adına bu yaklaşımlara değinmekte fayda görmekteyiz.

b) Tarihsel Gelişim Süreci ile Kuvvetler Ayrılığına Bakış

Tarihsel bakımından incelendiği haliyle tanımlanırsa kuvvetler ayrılığı mutlak monarşilere karşı yöneltilen ve baskı yönetimlerine karşı kişi hürriyetlerini korumaya çalışan düşünce sistemi olarak nitelendirilebilir.[19] Konuya ilişkin değerlendireceğimiz isimleri ise kuvvetler ayrılığı doktrininin temellerini oluşturmaları nedeniyle Aristo, John Locke ve Montesquieu olarak sınırlandırmayı uygun bulmaktayız.

Aristo düşüncelerinde kuvvetler ayrılığı konusunda ilk emarelere rastlayacağımız isimdir. Aristo hükümeti üç bölüm halinde incelemektedir. İlk bölüm görüşür ve karar verir, ikincisi yürütür, üçüncüsü ise yargılama faaliyetini yerine getirir.[20] Bu bakış açısı ile en iyi hükümet sisteminin her fonksiyonun ayrı bir organa verilmesi ile gerçekleşeceğini öne süren Aristo'ya göre; üç erk arasındaki ilişkiler iyi düzenlenirse devletten söz edilebilecektir.[21] Bölümler hakkındaki değerlendirmeleri göz önünde tutulduğunda yasama, yürütme ve yargı erklerinin nüvelerinin bu

[16] **Özbudun, E.** Türk anayasa hukuku, s.192.

[17] **Gönenç, L.** Siyasi iktidarın dengelenmesi denetlenmesi ve yargı, s.37.

[18] **Akyılmaz, B.** (1995). Tarihi gelişim içinde ve özellikle Montesquieu'de kuvvetler ayrılığı. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.44.

[19] **Teziç, E.** (2014). Anayasa hukuku. İstanbul: Beta Yayınevi, s.470.

[20] **Akyılmaz, B.** s.45.

[21] **Teziç, E.** s.471.

çağlarda karşımıza çıktığı görülmektedir. Fakat icra edilen fonksiyonlar alışıldığı şekliyle isimlendirilmemiştir.

John Locke devlet fonksiyonlarını yasama, yürütme ve federatif olarak tasnif etmektedir.[22] Locke'a göre yasama ve yürütme ayrı ellerde olmalıdır, teoride yasama ve yürütmenin ayrılığı öncelenirken yargı organının bağımsız bir erk olarak vurgulanmaması dikkate değerdir.[23] Kanunları yapan kişi aynı zamanda uygulayan kişi ise kanunları kendilerine uygulamayabilir ya da kanunları kendilerine uygularken özel çıkarlarına uydurabilir. Bu nedenle yasamanın haricinde sürekli faaliyet halinde olacak ve kanunların uygulanmasında görev alacak ayrı bir yürütme kuvveti gereklidir. Ancak yargı yasamaya bağımlı bir faaliyet olarak tanımlamıştır.[24] Bilindiği gibi yargı fonksiyonu her koşulda bağımsızdır. Yasama ve yürütme arasındaki ayrım çizgisi silikleşebilir -örneğin saf parlamenter sistem- ancak bir devletin demokratik olarak tanımlanması yargının bağımsız olması koşuluna bağlıdır. Locke bu değerlendirme ile modern kuvvetler ayrılığı teorisinden ayrışmaktadır.

Montesquieu kuvvetler ayrılığını en net şekilde açıklayan düşünürdür. Çünkü devlet fonksiyonlarının farklı organlarca yerine getirilmesi düşüncesine ek olarak kişi hürriyetlerinin korunmasını da kuvvetler ayrılığının sağlayacağı dengeye bağlamıştır.[25] Fikrimizce bu yaklaşım oldukça isabetlidir. Çünkü daha evvel de belirttiğimiz gibi kuvvetler ayrılığının uygulanmadığı bir sistemde oluşacak güç konsantrasyonu hak ve özgürlükler açısından potansiyel bir tehdit oluşturacaktır. Ancak kuvvetler ayrılığı ve dolayısıyla dengeleme denetlemenin uygulama alanı bulduğu sistemler hak ve özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesine imkan sağlayacaktır.

Montesquieu'ya göre devletin geniş faaliyetleri arasından en önemlileri aynı organda toplanırsa ortaya büyük bir tehlike çıkar. Devletin sahip olduğu iktidar parçalanmalı ve bu parçalar öyle dizayn edilmelidir ki bir kuvvet diğerini durdursun ve denge durumu oluşsun.[26] Bu durumu *"Ezeli bir deney ile sabittir ki kuvvet sahibi herkes bunu kötüye kullanma eğilimindedir. Birtakım kayıtlamalarla karşılaşıncaya kadar bu kuvveti kullanır. İktidarın kötüye kullanılmaması için eşyanın tabiatı gereği kuvvetin kuvveti durdurması gerekir."* şeklinde ifade etmektedir.[27] Ancak burada eleştirilen husus, kuvvetin kuvveti durdurması halinde ilerlemenin mümkün olmayacağı yönündedir. Gerçekten de dengeleme ve denetleme amacı güdülmeden salt olarak diğer bir erki durdurma amacı içeren mekanizmalar bir süre sonra devleti işleyemez hale getirecek, daha ileri düzeyde de hak ve özgürlükleri ciddi anlamda aşındıracaktır.[28]

Montesquieu yasamayı devletler hukukuna ve medeni hukuka bağlı konuları düzenleyen kuvvet; yürütmeyi savaşa veya barışa karar veren, elçiler gönderen, genel anlamda güvenliği sağlayan

[22]**Özkan Duvan, A.** (2019). Devlet teorisinde kuvvetler ayrılığının doğuşu: Locke ve Montesquieu. Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 1, s. 40.

[23]**ibid.** s.42.

[24]**Teziç, E.** s.471.

[25]**ibid.** s.472.

[26]**Akyılmaz, B.** s.50.

[27]**Teziç, E.** s.473.

[28]**Feyzioğlu, T.** s.55, **Özbudun, E.** Türk anayasa hukuku, s.192.

kuvvet; yargıyı ise suçluları cezalandıran veya bireyler arasındaki uyuşmazlıkları çözen kuvvet olarak tanımlamaktadır. Burada dikkat çeken husus yargının da ayrı bir kuvvet olarak tanınmış bulunmasıdır. Ona göre; *"yargı kuvveti yasama ve yürütmeden ayrılmadıysa hürriyetten asla söz edilemez."*[29] Zaten Montesquieu'nun günümüzdeki anlamıyla kuvvetler ayrılığının temelini attığının kabulünün altında da bu neden yatmaktadır. Bununla birlikte düşünür yargı kuvvetini siyasi bir faaliyet olmaması nedeniyle görünmez olarak nitelendirmekte, fikirlerinin genelinde ise açık bir kavram olarak kuvvetler ayrılığı ifadesine yer vermemektedir.[30]

Kuvvetler ayrılığı tarihte çeşitli dönemlerde çeşitli şekillerde yorumlanmış ve günümüzdeki haline ulaşmıştır. Kuvvetler ayrılığı ilkesinde belirleyici olan yasama ve yürütme arasındaki ilişkilerdir. Bir hükümet sisteminin tanımlanması ve nitelendirilmesinde yasama organı ve yürütme organı arasındaki ilişkilere, bu organlara tanınan yetkilere bakılır. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi yargı her koşulda bağımsızdır bu nedenle de ayrı bir inceleme konusudur. Biz çalışmamızın bir sonraki bölümünde; 1982 Anayasasının kabulünden bu yana yapılan değişikliklerde hükümet sisteminin niteliğinin değişip değişmediğini belirlemeye çalışacak, ortaya koyacağımız çerçeve içinde de kuvvetler ayrılığını değerlendireceğiz.

c) 1982 Anayasasında Hükümet Sistemleri ve Kuvvetler Ayrılığı Açısından Değerlendirilmesi

1982 Anayasası kabul edilen ilk haliyle klasik parlamenter sistemin özelliklerinden farklı bir şekilde tasarlanmıştır. Bu farkın temel nedeni ise yürütme organının iki unsurundan biri olan Cumhurbaşkanının yetkilerden kaynaklanmaktadır. Klasik parlamenter sistemde devlet başkanı icrai yetkilere sahip değildir, kullandığı yetkiler sembolik nitelik taşımaktadır. Anayasanın 8.maddesi yürütme yetkisi ve görevini Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu arasında paylaştırmış, 101. maddede Cumhurbaşkanı seçiminin Türkiye Büyük Millet Meclisince yapılacağını hükme bağlamış, devamı maddelerde ise Cumhurbaşkanı tarafsız ve sorumsuz bir devlet başkanı olarak düzenlemiştir. Öte taraftan Cumhurbaşkanının görev ve yetkilerini belirten 104. maddeye bakıldığında ise klasik parlamenter sistemden uzaklaşıldığı görülebilmektedir. Bu görev ve yetkiler her ne kadar Cumhurbaşkanının tarafsız devlet başkanı olma niteliğinden kaynaklanıyor olsa da parlamenter sistemdeki devlet başkanının sembolik yetkilerinden oldukça fazladır. Bu açıdan 1982 Anayasasının tasarladığı hükümet sistemi geçmiş yıllardan beri süregelen bir tartışma konusu olmuş, tartışmanın ekseni parlamenter sistem, başkanlı parlamenter sistem ve başkanlık sistemi arasında gidip gelmiştir.

Hükümet sistemleri temel olarak kuvvetler birliğine dayanan sistemler ve kuvvetler ayrılığına dayanan sistemler olarak ikiye ayrılmaktadır. Kuvvetler birliğine dayalı sistemler de kuvvetlerin yürütmede veya yasamada birleşmesine göre farklılık göstermekte; kuvvetlerin yürütmede birleştiği sistemler mutlak monarşi ve diktatörlük, kuvvetlerin yasamada birleştiği sistemler ise meclis hükümeti olarak adlandırılmaktadır.[31] Kuvvetler ayrılığına dayanan sistemler de yumuşak (ılımlı) kuvvetler ayrılığı ve sert kuvvetler ayrılığı olarak iki şekilde uygulanabilmektedir.

[29] **Teziç, E.** s.472-473.

[30] **ibid.** s.473.

[31] **ibid.** s.477.

Yumuşak kuvvetler ayrılığının tipik örneği saf parlamenter sistemlerdir. Sert kuvvetler ayrılığı denilince ise akla saf başkanlık sistemi gelmektedir. ABD'de olduğu gibi saf başkanlık sisteminde yasama ve yürütme birbirinden kesin anayasal sınırlarla ayrılmış, her organ kendisine ayrılan alan içinde hareket etmektedir.[32] Bu noktada kastedilenin her organın birbirinden bağımsız hareket etmesi olmadığının, sert kuvvetler ayrılığı mevcutken dahi dengeleme ve denetleme sisteminin var olduğunun ve kuvvetler ayrılığı ister yumuşak ister sert uygulansın iktidarın sınırlanması sonucunu doğurduğunun altını tekrar çizmeyi önemli bulmaktayız.

Britanya'da ortaya çıkan ve zaman içinde evrilerek gelişme gösteren saf parlamenter sistem; yürütmenin yasama içinden çıktığı ve ona karşı siyaseten sorumlu olduğu, yürütmenin de devlet başkanı ve bakanlar kurulu olmak üzere iki başlı bir yapıya sahip olduğu hükümet sistemini ifade etmektedir.[33] Sartori'ye göre parlamenter sistemler adlarını parlamentonun egemen oluşu ilkesinden almaktadır. Dolayısıyla parlamenter sistemler hükümet ve parlamento arasında bir kuvvetler ayrımına izin vermezler, bunların tümü yasama ve yürütme arasındaki kuvvetler paylaşımına dayanır.[34] Sartori bunu belirtmekle beraber, kuvvetler paylaşımının parlamento ve hükümet arasında gerçek karşılıklı bağımlılığı yaratmayacağı tespitini de yapmaktadır. Parlamenter sistemlerde parlamentoyu fesih yetkisi parlamentonun hükümet üzerindeki denetim yetkisi ile eş tutulamaz. İlki zaman zaman ortaya çıkar, çoğu zaman devlet başkanının yetkisindedir ancak diğer denetim süreklilik arz eder.[35] Dolayısıyla parlamenter sistemde yasama organının etkisinin daha baskın olduğu sonucuna ulaşılabilmektedir.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi saf parlamenter sistemin özü yumuşak kuvvetler ayrılığıdır. Klasik parlamenter sistem fikri her ne kadar parlamentonun üstünlüğü fikrine dayalı olarak gelişse de zaman içinde yürütmenin de etkisi artmaya başlamıştır. Saf parlamenter sistemde yürütme parlamentonun içinden çıkmaktadır, dolayısıyla yasama ve yürütme organları neredeyse kaynaşmış halde bulunmaktadır. Hele ki parlamento çoğunluğu tek bir siyasi partinin elindeyse her iki organın da iktidar partisinin kontrolünde olacağını söylemek yanlış olmayacaktır.[36] Bununla birlikte bahsi geçen durumun gerçekleşmesi halinde yasama organının yürütme karşısında işlevsiz kalacağından da söz edilemez. Şöyle ki yasama organı yürütmeyi denetleyecek ve onun icrai gücünü dengeleyecek anayasal araçlarla donatılmıştır. Soru, meclis araştırması, gensoru, meclis soruşturması, genel görüşme örnek olarak verilebilir. Öte taraftan bu araçların muhalefet tarafından kullanılacağı veya çoğunluğa sahip iktidar partisi tarafından kullanılmasının tercih edilmeyeceği sonucuna ulaşmak da pekala mümkündür.[37]

[32] **Gönenç, L.** (2010). Siyasi iktidarın denetlenmesi, dengelenmesi ve anayasalar. TEPAV Anayasa Çalışma Metinleri, s.8.https://www.tepav.org.tr/upload/files/1280236405-1.Siyasi_Iktidarin_Denetlenmesi_Dengelenmesi_ve_Anayasalar.pdf adresinden erişildi. (ET: 24.06.2021).

[33] **Özsoy Boyunsuz, Ş.** (2014). Başkanlı parlamenter sistem: cumhurbaşkanının halk tarafından seçildiği parlamenter hükümet modeli ve Türkiye için tavsiye edilebilirliği. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 13.

[34] **Sartori, G.** (1997). Karşılaştırmalı anayasa mühendisliği: yapılar, özendiriciler ve sonuçlar üzerine bir inceleme (Prof. Dr. E.Özbudun, çev.). Ankara: Yetkin Yayınları, s.137.

[35] **ibid.** s.156.

[36] **Özsoy Boyunsuz, Ş.** s.15.

[37] **Gönenç, L.** Siyasi iktidarın denetlenmesi, dengelenmesi ve anayasalar, s.9.

Parlamentonun hükümeti denetleme araçları 2017 değişikliğinden önce madde 98 ve devamında düzenlenmekteydi. Bununla birlikte hükümetin kurulamaması şartına bağlı olarak devlet başkanının parlamentoyu fesih yetkisi de mevcuttu. Yani yasama ve yürütme organları gerekli şartların oluşması halinde birbirlerinin hukuki varlıklarına son verebilmekteydiler. Bu hükümler göz önüne alındığında anayasal tasarımın parlamenter sisteme yönelik olduğu tespiti yapılabilir. Ancak Cumhurbaşkanının görev ve yetkilerini düzenleyen 104. madde hükmü incelendiğinde Anayasanın devlet başkanına klasik parlamenter sistemin sınırlarını aşacak yetkiler tanıdığı görülmektedir. 1982 Anayasası yürütmeyi, yürütme içerisinde de Cumhurbaşkanını güçlendiren; ona icrai yetkiler sunan bir anlayış benimsemiştir. Bu durumu Bülent Tanör, *"Cumhurbaşkanının yetkilerindeki yeni durumun parlamentonun aleyhinde sonuç doğurması veya parlamentonun yetkilerinin azaltılması karşılığında gerçekleştirildiği"* şeklinde yorumlamaktadır.[38] Ergun Özbudun, klasik parlamenter sistemden uzaklaşmanın altını çizerek Anayasanın öngördüğü sistemi "zayıflatılmış parlamentarizm" olarak isimlendirmektedir.[39]

1982 Anayasasında 2007 yılında yapılan değişiklik ile Cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmesi esasının benimsenmesi hükümet sisteminin niteliği konusundaki tartışmaları tekrar gündeme getirmiştir. Saf parlamenter sistemin ayırt edici unsurlarından olan devlet başkanını parlamentonun seçmesi kuralının ortadan kalkması ile doktrinde bazı yazarlar hükümet sisteminin başkanlı parlamenter sisteme dönüştüğünü savunmuş, bazıları ise yarı başkanlık sisteminin unsurlarını taşıdığını ileri sürmüşlerdir. Başkanlı parlamenter sistem; halk tarafından seçilmiş bir devlet başkanının varlığında, bu başkanın önemli anayasal yetkilere sahip olmadığı ya da anayasal olarak sembolik konumda bulunduğu, bunun yanı sıra parlamentoya karşı siyasal sorumluluğu bulunan bir bakanlar kurulunun da var olduğu hükümet sistemidir.[40] Örneğin; Bulgaristan ve İrlanda Cumhuriyeti başkanlı parlamenter sistemin uygulandığı ülkelerdir.[41] Fransa'nın tipik örneğini teşkil ettiği yarı başkanlık sistemi ise devlet başkanının doğrudan doğruya halk tarafından seçildiği ve oldukça geniş anayasal yetkilerinin bulunduğu bir sistemdir. Başka bir deyişle yarı başkanlık sisteminde devlet başkanı hiç değilse parlamento içinden ve parlamento tarafından seçilmemiş olmalıdır.[42] Bununla birlikte yarı başkanlık sistemi parlamentonun güvenine tabii bir başbakan ve bakanlar kurulu da içerir. İkisi beraber değerlendirildiğinde yarı başkanlık sisteminin başkanlık sistemi ve parlamenter sistemin bazı unsurlarını birleştiren melez bir sistem olduğu sonucuna varılabilmektedir.[43]

Görüldüğü üzere devlet başkanının doğrudan halk tarafından seçilmesi başkanlı parlamenter sistem ve yarı başkanlık sistemi açısından ortak bir unsurdur. Ancak esas farklılık devlet

[38] **Tanör, B.** (1994). İki anayasa: 1961- 1982. İstanbul: Beta Yayınları, s.116.

[39] **Özbudun, E.** (2012). Presidentialism vs. parliamentarism in Turkey. Policy Brief 01, s. 3. https://www.files.ethz.ch/isn/151197/GTE_PB_01.pdf adresinden erişildi. (ET: 24. 06. 2021).

[40] **Özsoy Boyunsuz, Ş.** s.94.

[41] **Gönenç, L.** ve **Kontacı, A.E.** (2019). 2017 tarihli anayasa değişiklikleri sonrasında yasama yürütme ilişkileri. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 145, s.62.

[42] **Sartori, G.** s. 161.

[43] **Yazıcı, S.** (2017). Başkanlık ve yarı- başkanlık sistemleri: Türkiye için bir değerlendirme. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s.92.

başkanının anayasal yetkilerinde ortaya çıkmaktadır. Yarı başkanlık sisteminde devlet başkanının yetkilerinin tek başına kullanabileceği önemli yetkiler olması gerekir. Öte taraftan önem teşkil eden bir başka nokta da bu yetkilerin o ülkenin anayasal kültüründe kullanılabilme kapasitesidir. Devlet başkanı tek başına önemli yetkiler kullanma potansiyeline sahip olsa da o toplumun siyasi yapısı gereği söz konusu yetkileri kullanması güç veya imkansız ise sistem uygulamada parlamenter sistem gibi işlemektedir.[44] Doktrinde 1982 Anayasasının öngördüğü hükümet sisteminin 2007 değişikliğinin ardından yarı başkanlık sistemine dönüştüğü yönündeki görüşlere katılmamakla beraber, bu değişikliğin ardından hükümet sisteminin başkanlı parlamenter sisteme evrildiği düşüncesindeyiz. Bu görüşümüze dayanak olarak; 1982 Anayasasının 121 ve 122. maddeleri uyarınca Cumhurbaşkanının yalnızca olağanüstü hallerde bakanlar kuruluna başkanlık edebilmesini, 116. madde doğrultusunda parlamento seçimlerini yenileyebilmesinin sıkı şartlara bağlanmasını gösterebiliriz.[45] 1982 Anayasası yetkisiz devlet başkanı sınırının dışına çıksa da fiiliyatta yarı başkanlık olarak nitelendirilebilecek bir sistem de yaratmamaktadır. Cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçiliyor oluşu da sistemi bu yönde adlandırmak için tarafımızca da yeterli görülmemektedir.[46]

Başkanlı parlamenter sistemde devlet başkanı kendisine tanınan yetkilerle siyasi iktidara ortak olabilir, bu halde yine çeşitli dengeleme ve denetleme mekanizmaları kullanılabilmektedir. Parlamentonun siyasi ve cezai denetimi, ombudsman, anayasa yargısı bu mekanizmalardan birkaçıdır.[47]

Çalışmamızın bu bölümü açısından inceleyeceğimiz son hükümet sistemi saf başkanlık sistemidir. 2017 Anayasa değişikliği sürecinde Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi ile eşdeğer olarak tartışılan saf başkanlık sistemi, en tipik örneği Amerika olan ve yasama yürütme ilişkileri bakımından sert kuvvetler ayrılığı olarak adlandırılan hükümet sistemidir. Bu sistemde yasama organına ek olarak devlet başkanı da doğrudan halk tarafından seçilmektedir. Yürütme sadece devlet başkanından oluşmaktadır, yani tek başlı bir yürütme söz konusudur. Yasama ve yürütme organları da birbirlerinin hukuki varlıklarına son vermeden kendi görev alanlarında sabit görev süreleri boyunca faaliyetlerini sürdürmektedir. Bu sistemde devlet başkanı geniş anayasal yetkilerle donatılmıştır.[48] Ancak bu durum saf başkanlık sisteminin dengeleme ve denetleme mekanizmasından yoksun olduğu anlamına da gelmez. Özellikle Amerika'da başkan yasama organına karşı veto yetkisine sahipken; yasama organı da başkana karşı vetolarını geçersiz kılma, başkanı suçlandırma sürecini *(impeachment)* başlatma, bütçeyi onaylama veya reddetme gibi

[44] **ibid.** s.92.

[45] Bu konuda yetkin bir değerlendirme için bkz. **YAZICI, S.** Başkanlık ve yarı- başkanlık sistemleri: Türkiye için bir değerlendirme, s.140-141 vd.

[46] Özsoy Boyunsuz başkanlı parlamenter sistemi, Cumhurbaşkanının halk tarafından seçildiği ancak siyasi iktidara ortak olmadığı sistemler olarak da tanımlamaktadır. Boyunsuz'a göre başkanlı parlamenter sistemde seçilmiş Cumhurbaşkanını bu açıdan güçsüzleştirecek siyasi ve kurumsal tercihler de olmalıdır. **Özsoy Boyunsuz, Ş.** s. 294. Fikrimizce 1982 Anayasasının yukarıda da bahsettiğimiz yürütme içinde Cumhurbaşkanını güçlendirme tercihi ve özgü yapısı göz önüne alınarak başkanlı parlamenter sistem olarak nitelendirmeye daha uygun olduğu sonucuna varılabilir.

[47] **ibid.** s. 295- 296.

[48] **Gönenç, L. ve Kontacı, A.E.** s.59.

yetkilere sahiptir.[49] Tüm bunlar sert kuvvetler ayrılığında denge ve denetimi sağlayan unsurlardır. Söz konusu mekanizmalar saf başkanlık sisteminde gerek duyulduğunda etkin olarak işletilebilmektedir.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi ise en büyük eleştirilerinden birini dengeleme ve denetleme mekanizmalarının yetersizliği gerekçesiyle almaktadır. Yasama yürütme ilişkileri yönünden kuvvetler ayrılığı ile bağdaşmayan ve iki organ arasındaki ilişkiler değerlendirildiğinde süper başkanlık sistemi[50]ne benzer düzenlemeleri anımsatan Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin kriz yaratma potansiyeli üzerinde düşünmeye değerdir. Saf başkanlık sistemi de dahil olmak üzere, yasamanın yürütme üzerinde etkili olarak kullanabildiği anayasal bir denetim enstrümanı olan bütçeyi denetim yetkisi son değişiklikle beraber yürütme lehine düzenlenmiştir. Bu durum sözünü ettiğimiz eleştirilerin yersiz olmadığını gözler önüne sermektedir.

II. BÜTÇE

a) Bütçe Hakkı ve Gelişimi

Bütçe; devletin izleyen yıldaki gider ve gelirlerinin tahmin edildiği ve bu gider ve gelirlerin yapılması ve toplanması için yürütme organına yetkinin verildiği bir kavramı ifade etmektedir.[51] 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinde bütçe; *"belirli bir dönemdeki gelir ve gider tahminleri ile bunların uygulanmasına ilişkin hususları gösteren ve usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan belge"* olarak tanımlanmaktadır. Tanımdan da anlaşılacağı üzere bütçe, devletin mali yönüne ilişkin bir kavramdır. Ve çeşitli bütçe türlerinin varlığından söz etmek mümkündür. Ancak biz tartışmalarımızı Cumhurbaşkanlığı, Bakanlıklar ve yüksek yargı organlarını kapsayan genel bütçe üzerinden yürütmeyi planlamaktayız. Çünkü genel bütçe tüm toplumu ilgilendirirken diğer bütçe türleri sınırlı bazı hizmetler ile ilişkilendirilmektedirler.[52] Hiç kuşkusuz ki sınırlı da olsa her türlü hizmet toplumu ilgilendirmektedir çünkü harcamalar toplum tarafından finanse edilmektedir. Ancak bu daha detaylı bir çalışmaya konu edilebilir. Bizim incelememizin ana sorunsalı açısından bu yönde bir sınırlandırma makul olacaktır.

Siyasal iktidar, seçim sürecinde yapmayı taahhüt ettiği şeyleri hayata geçirebilmek için mali kaynağa ihtiyaç duyar. Bu mali kaynak kamunun gelir ve giderlerinden karşılanacağı için de hükümet yaptığı veya yapacağı harcamaların planlamasını göstermek, deyim yerindeyse hesabını vermek zorundadır.

[49] **Gönenç, L.** Siyasi iktidarın denetlenmesi, dengelenmesi ve anayasalar, s.9.

[50] Konuya ilişkin bir inceleme örneği için bkz. **Dursun, H.** (2006). Süper başkanlık ya da başkancı parlamenter sistem: Weimar Almanyası ile Rusya Federasyonu örnekleri ve çıkartılacak dersler. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 67, s. 230-284.

[51] **Bilici, N. ve Bilici, A.** (2015). Kamu maliyesi. Ankara: Savaş Yayınevi, s. 63.

[52] **ibid.** s. 63.

Parlamentoların tarihsel gelişimine paralel olarak halkın siyasal iktidarın mali yetkisini sınırlandırma çabası "bütçe hakkı" olarak kavramsallaştırılmıştır.[53] Bütçe hakkı sayesinde parlamento, yürütmenin vergi toplamasına ve harcama yapmasına izin vermektedir. Bütçe hakkının da çeşitli aşamaları vardır. Bunlar; bütçenin hazırlanması, müzakeresi ve tasdikidir.[54] Çağan'a göre kamu maliyesinin kontrolü; *"hesapların belli ölçülere göre denetlenmesi ve teftişi"* olarak tanımlayabileceğimiz dar anlamıyla değil, bu saydıklarımıza ek olarak *"mali araçların belli politikalarla yönlendirilmesini, nitelik ve miktar olarak sınırlandırılmasını"* da kapsayan geniş anlamı ile kullanılmalıdır.[55] Bu bağlamda değerlendirildiğinde bütçe hakkının yasamanın yürütmenin gücünü sınırlandıran ve dengeleyen anayasal bir araç olduğu sonucuna ulaşılabilir. Bütçe sürecinin öncesi ve sonrasıyla toplumun her kesiminin bilgisi dahilinde yürütülmesi gerekir. İdeal parlamento kompozisyonunun toplumun küçük bir kopyası olduğu yani toplumun tüm kesimlerinin parlamentoda temsil şansı bulabildiği varsayımında, bütçe sürecinin parlamentonun denetim ve gözetimi altında yürütülmesinin önemi bir kez daha anlaşılmaktadır.

Tarihsel köken olarak kamu maliyesinin kontrolü düşüncesi, demokratik olmayan yürütmenin vatandaşlara yüklediği vergiyi ve kamu harcamalarını sınırlandırma amaçlarına dayanmaktadır. Parlamentolar halkın bütçeyi kontrol gereksinimi sonucu doğmuş ve ilk yetkisini bu alanda kazanmıştır.[56] Magna Carta'ya kadar bütçe hakkı kapsamına giren tüm kararlar hükümdarlar tarafından verilmiştir.[57] İngiltere bu açıdan diğer ülkelere örnek teşkil etmektedir. 1215 yılında Kral Yurtsuz John zamanında ilan edilen Magna Carta ile, otokratik bir yapıya sahip ve hükümdarın istediği gibi vergi koyabildiği ülkede hükümdarın vergi toplama yetkisi hukuken sınırlandırılmış ve "Kanunsuz vergi olmaz." ilkesi benimsenerek vergilemenin hukuki altyapısının oluşturulması sağlanmıştır. Bu belge sayesinde vergiler Avam Kamarası'nın onayına bağlanmıştır.[58]

Magna Carta'yı 1688 Bill of Rights takip etmiştir. Bill of Rights vergi toplanmasını hükümdarın yetkisinden tamamen çıkarmış, vergi alınmasını ve gider yapılmasını halkın temsilcilerinden oluşan parlamentonun yürütmeye izin ve yetki vermesine bağlamıştır. Yürütme ancak bu izin ve yetki ile vergi toplayabilecektir.[59] Bill of Rights ile hükümdarın yetkilerini sınırlandırmayı amaçlayan anlayış gelenekselleştirilmeye çalışılmış, yürütmenin parlamentonun onayı olmaksızın

[53] **Yılmaz, H. H. ve Biçer, M.** (2010). Parlamentonun bütçe hakkını etkin kullanımının yeni bütçe sistemi çerçevesinde değerlendirilmesi. Maliye Dergisi, 158, s. 202.

[54] **Aksoy, Ş.** (1993). Kamu bütçesi. İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 15.

[55] **Çağan, N.** (1985). Anayasa çerçevesinde kamu maliyesinin parlamenter kontrolü. Anayasa Yargısı Dergisi, C(II), s. 200.

[56] **ibid.** s. 199.

[57] **Canbay, T. ve Çetin Gerger, G.** (2012). Batı'da bütçe hakkının gelişiminin toplumsal yapının değişimi üzerindeki etkileri. Mali Sosyoloji Üzerine Denemeler (Ed. A. Kemal Çelebi). Ankara: Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayınları, s. 163.

[58] **ibid.** s. 165- 166. Magna Carta'nın vergi toplama yetkisine sınır getiren 12. maddesi ise şöyledir: *"Kendimiz için kurtuluş akçesi, büyük oğlumuzun şövalye olması ve yalnızca bir kere büyük kızımızın evlenmesi sebepleriyle toplananlar dışında krallığımızda genel onaylama olmadan hiçbir vergi veya yardım toplanamayacaktır. Bu sebeplerle de ancak makul bir yardım toplanabilir."*

[59] **Bilici, N. ve Bilici, A.** s.62.

vergiye ilişkin adım atılmasının önüne geçilmek istenmiştir. Bu açıdan değerlendirildiğinde vergileme konusunda parlamento artık hükümdarın iktidarına ortaktır. Öte taraftan parlamentonun onayı olmaksızın konulan vergilerin geçersiz olacağı ve halk tarafından bu vergilere direnilebileceğinin kabulü de getirilen bir başka yeniliktir.[60] Dolayısıyla hükümdar bütçe hakkı konusunda artık sınırlı bir iktidara sahiptir.

1783'te Amerikan Bağımsızlık Savaşı sonunda vergi koyma ve harcama yapma yetkisinin parlamentoya verilmesi ve 1789 Fransız İhtilali'nin ardından Anayasaya "bütçe hakkının halkın temsilcilerine ait olduğu" hükmünün girmesi takip eden gelişmelerdir.[61] Öyle ki Amerika'nın bağımsızlık mücadelesinin ilk kıvılcımları bütçe hakkına yönelik isyanlara kadar götürülebilmektedir. Ağır ve temsilsiz vergilere karşı başlatılan isyan hareketleri sonucunda vergileme ve bütçe hakları Amerikan koloni meclislerine devredilmiştir.[62] Fransız İhtilali'nin ardından ilan edilen Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nde vergi koyma hakkının meclise ait olduğu açık şekilde yazılmıştır.[63] İhtilalin ardından yürürlüğe konan tüm Anayasalarda da buna benzer hükümler yer almıştır. Napolyon'un iktidarı döneminde sekteye uğrayan bütçe hakkına ilişkin gelişmeler, yenileme ve onarım döneminde yavaş yavaş hayata geçmiştir.[64]

Türkiye'de ise bütçe hakkının 1876 Kanuni Esasi ile kabul edildiğini ve padişahın yetkilerini Meclisi Umumi ile paylaştığını söylemek mümkündür. Bu konudaki esas adım ise II. Meşrutiyet döneminde atılmıştır. Klasik bütçe uygulaması ilk olarak bu dönemde hayata geçirilmiştir ancak devletin halihazırdaki borçları düzgün bir bütçe uygulamasını engellemiştir. Modern anlamda bütçe düzenlemelerinin ilk örneğine ise Cumhuriyet döneminde 1924 Anayasasında yer verilmiştir. 1924 Anayasası "Vergilerin ancak kanunla belirleneceği" hükmünü içermektedir.[65] Parlamento bütçe hakkı konusunda geniş yetkilerle donatılmış, diğer bütçe türleri hakkında da bu dönemde kanuni düzenlemeler yapılmıştır.

Görüldüğü üzere bütçe hakkı tarih içinde aşama aşama ilerlemiştir. Halkın kendisini temsil etmesi için seçtiği parlamento, halkın temsilcisi sıfatı ile ondan toplanan paraların harcanması konusunda denetim ve izin mercii olmuştur. Bu durum temsili demokrasinin gelişimi ile paralellik göstermektedir. Hiç kuşkusuz ki mutlak iktidarın hüküm sürdüğü Ortaçağ'da her şeyin tek bir kişinin kararı ile gerçekleştiriliyor oluşu etkisini mali konularda da göstermiş, kralların ve imparatorların keyfi olarak tahsil ettiği vergilerin denetimini ve kontrolünü yapmak imkansız kılınmıştır. Ancak halkın yönetimde söz sahibi olması ve kendini temsil ettirmeye başlamasıyla ekonomik konularda da söz hakkı doğmuş, hesap sorma mekanizması ise çok yerinde bir tercihle

[60] **Canbay, T. ve Çetin Gerger, G.** s. 166- 167.

[61] **Yılmaz, H.H. ve Biçer, M.** s. 202.

[62] **Canbay, T. ve Çetin Gerger, G.** s. 170- 171.

[63] Bildirinin 13. maddesine göre: *"Kamu gücünün devamını sağlamak ve idarenin masraflarını karşılamak için herkesin bir vergi vermesi kaçınılmazdır. Vergi tüm yurttaşlar arasından olanakları oranında eşit olarak dağıtılır."* 14. maddeye göre ise: *"Tüm yurttaşların bizzat veya temsilcileri aracılığıyla verginin gerekliliğini belirlemeye, vergilemeyi serbestçe kabul etmeye, vergi gelirlerinin kullanılmasını gözlemeye ve verginin miktarını, matrahını, tahakkuk biçim ve süresini belirlemeye hakları vardır."*

[64] **ibid.** s. 169- 170.

[65] **Bilici, N. ve Bilici, A.** s.62- 63.

parlamentolar olmuştur. Demokratik bir devlette parlamento bütçenin hazırlık aşamasından, harcamanın en baştaki haliyle eşleştirilerek denetlenmesine kadar tüm süreçte aktif rol almaktadır. Bunu bütçe ve kesinhesap kanunlarını onaylayarak gerçekleştirmektedir.

Kuvvetler ayrılığı açısından değerlendirildiğinde yasamanın yürütmeyi denetimi ve kullanılan gücün dengelemesi açısından bütçe hakkı çok önemli bir araçtır. Çünkü yürütme faaliyetlerini gerçekleştirebilmek için ihtiyaç duyduğu finansmanı alabilmek adına parlamentoyu ikna etmek, onunla bir uzlaşıya varmak durumundadır. Bu ikna süreci içinde yürütülen tartışmalar ve parlamentoda gerçekleştirilen oturumlar şeffaflık, yurttaşların bilgi alma hakkı, yatay ve dikey hesap verebilirlik açısından önemlidir.

III. 2017 DEĞİŞİKLİKLERİ SONRASINDA BÜTÇE HAKKI

1982 Anayasasında 2017 değişikliğinden önce bütçeye ilişkin düzenlemeler 161. ve 164. maddeler arasında yer almaktaydı. Değişikliğin ardından konuya ilişkin tüm hükümler 161. madde içine yerleştirilmiştir. Bununla birlikte Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkilerini düzenleyen 87. maddede; bütçe ve kesinhesap kanun tekliflerini görüşmek ve kabul etmek de sayılmaktadır.

Değişiklik öncesinde Anayasanın 162. maddesi uyarınca bütçe tasarısı Bakanlar Kurulu tarafından hazırlanıp Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulmaktaydı. Değişiklikle beraber 161. maddeye göre; Cumhurbaşkanı bütçe kanun teklifini mali yılbaşından en az yetmiş beş gün önce Türkiye Büyük Millet Meclisine sunar. Maddenin bu kısmı hükümet sisteminin niteliği ile uyumlu hale getirilmiştir. Yürütme organının tek başlı hale gelmesi nedeniyle daha önceden Bakanlar Kurulu tarafından sunulan bütçe, değişiklikle beraber Cumhurbaşkanı tarafından hazırlanmaktadır. Yürütmenin Cumhurbaşkanı tarafından temsil ediliyor oluşu nedeniyle yapılan bu değişiklik, bütçenin kanun tasarısı olarak değil kanun teklifi olarak sunulacağını da öngörmektedir.

Belirttiğimiz gibi Anayasanın değiştirilme sürecinde yeni hükümet sistemi saf başkanlık sistemi ile karşılaştırmalara konu edilmiştir. Kısaca belirtmek gerekirse; saf başkanlık sisteminin uygulandığı Amerika'da yıllık bütçe Başkan adına Bütçe Yönetim Ofisi tarafından hazırlanmaktadır. Ardından bütçe Başkan tarafından Kongreye bir öneri olarak yollanmakta ve iki organ arasında bütçeye yönelik görüşmeler başlatılmaktadır. Uzlaşıya varılması halinde bütçe Kongre tarafından kabul edilerek Başkanın imzası ile uygulamaya konulmaktadır.[66] Bütçe teklifi Kongreye bir Kongre üyesi tarafından sunulmaktadır, Başkan yalnızca bir öneri getirmektedir. Mevcut sistemimizde Cumhurbaşkanının hiçbir aracı olmadan doğrudan bütçe teklifini sunabiliyor oluşu sert kuvvetler ayrılığına aykırılık teşkil etmekte[67], saf başkanlık sisteminin özellikleri ile de bağdaşmamaktadır. Bu nedenle yapılan benzetmelerin bu açıdan değerlendirildiğinde uygun düşmediği söylenebilir. ABD Anayasasına göre bütçe sürecinde Kongrenin yetkileri Başkana göre daha fazladır. Bütçe onaylanmadığı sürece olağanüstü bir durumun da mevcut olmaması halinde federal hükümet faaliyetlerini sürdürememektedir. Örneğin; 1995'te Clinton'ın ara seçimlerde çoğunluğu kaybetmesi nedeniyle yirmi bir gün süren

[66] **Atatüre, S.** (2017). Amerika Birleşik Devletleri'nin siyasi yapısı: on üç koloniden küresel güce Amerika. İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 159.

[67] **Esen, S.** (2016). 2016 Anayasa değişiklik teklifinin değerlendirilmesi. Ankara Barosu Dergisi, 4, s.57.

kapanma yaşanmıştır. Önceki başkan Trump döneminde 2018'de gerçekleşen otuz dört günlük kapanma ise Amerika tarihinin en uzun kapanmasıdır.[68] Clinton döneminde bütçe sürecindeki tıkanıklık aşılamamış, kamu kurumları hizmet verememiştir. Kamu çalışanları bütçede uzlaşı sağlanana kadar evlerine gönderilmiş, vergi daireleri çalışamamış, ulusal parklar ve müzeler kapatılmış, Irak ve Afganistan'daki ordu personeline maaşları ödenememiştir.[69]

Geçmişte yaşanan bu örnek ABD'de bütçe sürecinde Kongre ve Başkanın uzlaşısının ne kadar önemli olduğunu ortaya koymaktadır. "Government Shutdown" olarak adlandırılan bu durumun gerçekleşmesi halinde devlet kilitlenmekte ve hizmet vermeyi durdurmaktadır. Kongre, Başkana veya hazırladığı bütçeye güvenmiyorsa başka bir deyişle hükümetin bütçesi hakkında ikna olamadıysa yürütme üzerindeki bu dengeleme ve denetleme silahını etkili şekilde kullanabilmektedir. Söz konusu olumsuzluğun yaşanmaması için Başkan da Kongre de birbirleriyle bir şekilde uzlaşmak durumunda, gerekirse tavizler vermek mecburiyetinde kalmaktadır.

2017 Anayasa değişikliği ile bütçenin kabulüne yönelik getirilen 161. maddenin 4. fıkrası düzenlemesine göre ise; bütçe kanununun süresinde yürürlüğe konulamaması halinde geçici bütçe kanunu çıkarılır. Geçici bütçe kanununun da çıkarılamaması durumunda yeni bütçe kanunu kabul edilinceye kadar bir önceki yılın bütçesi yeniden değerleme oranına göre artırılarak uygulanır. Değişiklik teklifinin gerekçesinde bu durumun; *"kuvvetler ayrılığı ilkesinin korunması ve yürütmede istikrarın devamı için gerekli olduğu, bütçenin süresinde yasalaşamaması nedeniyle yaşanabilecek sistem tıkanıklıklarının önüne geçilmesinin amaçlanması"* şeklinde ifade edildiğini görmek mümkündür.[70] Bu noktada söz konusu düzenlemenin tam bu nedenle eleştirilmesi gerekmektedir. Parlamento bütçeyi kabul etmediğinde ve geçici bütçe kanunu da çıkarılamadığında Cumhurbaşkanının bir önceki yılın bütçesini yeniden değerleme oranı ile kullanabilmesi parlamentonun onayı olmaksızın harcama yapabilmesi anlamına gelmektedir.[71] Başka bir deyişle bu düzenleme sayesinde Cumhurbaşkanı "parlamentoya rağmen" para harcayabilecek, icraatlarını sürdürebilecektir.[72] Fikrimizce değişiklik, gerekçesinde savunulduğu üzere kuvvetler ayrılığını koruma amacı gütmemekte; aksine yasamanın yürütmeyi denetimde kullanacağı önemli araçlardan birini işlevsizleştirmektedir. Yürütme organı, yani Cumhurbaşkanı, bütçenin onayı konusunda parlamento ile uzlaşma yolunu tercih etmeyebilecek; bu durumda da kamu maliyesinin kontrolünün sağlanmasında zorluklar yaşanabilecektir. Sistem tıkanıklığının

[68]The New York Times. (2019). The government shutdown is the longest ever. Here's the history. https://www.nytimes.com/interactive/2019/01/09/us/politics/longest-government-shutdown.html adresinden erişildi. (ET: 28.06.2021). TIME. (2019). This is now the longest government shutdown in U.S. history. https://time.com/5499397/shutdown-longest-history/ adresinden erişildi. (ET: 28.06.2021).

[69]**Karahanoğulları, Y.** (2011). ABD'nin federal bütçe süreci. Maliye Dergisi, 160, s. 283.

[70]Anayasa değişikliği teklifinin gerekçesi için bkz. https://www2.tbmm.gov.tr/d26/2/2-1504.pdf (ET: 24.06.2021).

[71]**Esen, S.** s. 57. , **Yazıcı, S.** (2017). Constitutional amendments of 2017: transition to presidentialism in Turkey. https://www.nyulawglobal.org/globalex/2017_Turkey_Constitution_Amendments.html#TheWeakeningofParliament adresinden erişildi. (ET: 22.06.2021).

[72]**Gönenç, L.** (2018). Uygulamada cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi. TEPAV Politika Notu, s.6. https://www.tepav.org.tr/upload/files/1526884486-7.Uygulamada_Cumhurbaskanligi_Hukumet_Sistemi.pdf adresinden erişildi. (ET: 22.06.2021).

yaşanmaması bir organı diğeri karşısında bu denli güçlendirerek veya denetim mekanizmalarını körelterek değil, uzlaşmacı bir siyasi kültürün yerleşmesi ile aşılabilir.

Venedik Komisyonu'nun Anayasa değişikliğine ilişkin hazırlamış olduğu raporda ilgili düzenleme *"TBMM'nin Cumhurbaşkanı üzerindeki önemli bir denetim mekanizmasından mahrum kalması"* olarak nitelendirilmektedir. Aynı raporda bütçenin onaylanmaması halinde parlamentonun kendisini feshederek Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin de yenilenmesine neden olabileceği ancak bu "nükleer seçenek" de mecliste görüşüleceğinden gerçekçi bir aygıt olarak değerlendirilmesinin zor olduğu yer almaktadır.[73] Biz de parlamento çoğunluğunun Cumhurbaşkanı ile aynı dünya görüşünden olması ihtimalinde bu yolun işleyebileceğini düşünmemekteyiz. Kanaatimizce fesih gibi ciddi bir mekanizmanın işletilmesine gerek kalmadan kamu harcamalarının kontrolünün sağlanabilmesi şeffaflık ve hesap verebilirlik açısından modern hukuk devletinin gereğidir.

Parlamentonun bütçeyi onaylaması Anayasa Mahkemesi tarafından *"güvenoyu sonucunu doğuran bir çeşit siyasi denetim yolu"* olarak nitelendirilmektedir. Yüksek Mahkeme 1961 Anayasası döneminde soyut norm denetimi yolu ile vermiş olduğu bir kararında[74] *"...Demokratik geleneklerde bütçesi red olunan hükümetler bunu güvensizlik ve çekilme sebebi saymaktadırlar. ..."* demekle parlamento onayının önemini bir kez daha vurgulamaktadır. Parlamento halkın temsilcisi sıfatıyla güvendiği yürütmeye para harcama yetkisi verecek, bu da yasamanın yürütmeye güvenoyu vermesi olarak yorumlanacaktır.

Saydığımız sebepler nedeniyle bütçeye ilişkin hükümde en problemli gördüğümüz 161. maddenin 4. fıkrasına katılmamaktayız. Cumhurbaşkanının her ne olursa olsun kamu kaynaklarını kullanabileceğini bilmesi mevcut yetkileri de göz önüne alındığında güç konsantrasyonu oluşmasına yol açabilir. Kısıtlanmaksızın para harcayabileceğini bilen yürütme organı, kendisini kimseyle uzlaşmak zorunda hissetmez ve bunun sonucunda tekil bir yönetim anlayışı ortaya çıkabilir. Saydığımız bu olasılıklar hukuk devleti açısından sakıncalıdır.

161. maddenin son fıkrasında öngörülen "kesinhesap kanun teklifinin yeni yıl bütçe kanunu teklifi ile birlikte görüşülüp karara bağlanacağı" hükmü de tartışılmaktadır. Merkezi yönetimin bir yıl boyunca yapmış olduğu harcamaların bütçe kanununa uygun olup olmadığının parlamento tarafından denetimi anlamına gelen kesinhesap kanun teklifinin yeni yıl bütçesi ile birlikte görüşülmesi, harcamaların denetiminin sağlıklı olarak yapılamayacağı düşüncesi ile eleştirilmektedir.[75] Bununla birlikte parlamentonun önceki yılın bütçesine ait kesinhesap kanununu kabul etmemesi halinde, önceki yılın bütçesini yeniden değerleme ile kullanılmaya

[73] **Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu).** (2017). Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 21 Ocak 2017 tarihinde kabul edilen ve 16 Nisan 2017 tarihinde referanduma sunulacak olan anayasa değişikliği teklifi hakkında 875/ 2017 nolu görüş, s.22. https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2017/11/01/CDL-AD(2017)005_TR.pdf adresinden erişilmiştir. (ET: 22.06.2021).

[74] Anayasa Mahkemesi'nin *E: 1974/ 26 K: 1974/ 48 K.T.: 21. 11. 1974 Resmi Gazete Tarih/ Sayı: 29.1.1975 / 15133* sayılı kararı. http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/f301dd90-d146-4915-ab17-86deca09733c?excludeGerekce=False&wordsOnly=False adresinden erişildi. (ET: 22.06.2021).

[75] **Esen, S.** s.58.

devam edilip edilemeyeceği de başka bir sorudur.[1] İşaret edilen iki husus da son derece önemlidir. İlk olarak kesinhesap ve bütçe görüşmelerinin beraber yürütülmesinin hassas bir incelemeyi zorlaştıracağını, ikinci olarak da kesinhesap kanunu kabul edilmemiş bir bütçenin parlamento nazarında meşru sayılamayacağını ve bu nedenle yeniden değerleme ile kullanılması halinde kafalarda soru işaretleri yaratabileceğini düşünmekteyiz.

Bahse konu düzenlemelere ek olarak, bütçenin parlamentoda görüşülmesinin en önemli ayağı olan Plan ve Bütçe Komisyonunun üye sayısında da değişikliğe gidilmiştir. Anayasa ile düzenlenmiş tek komisyon olan Plan ve Bütçe Komisyonu, değişiklik öncesinde iktidar partisinin milletvekillerinin çoğunluğa sahip olduğu üye kompozisyonuna sahipti. Buna göre kırk üyeli komisyonda en az yirmi beş üye iktidar grubuna aitti. Değişikliğin ardından Plan ve Bütçe Komisyonunun üye sayısı ve dağılımının parlamentodaki diğer komisyonların üye dağılımını belirleyen İçtüzük hükümlerine göre yapılması kararlaştırılmıştır. [2]

SONUÇ

Yürüttüğümüz tartışmalarda görülebileceği üzere 2017 Anayasa değişikliği yürütme ve yasama arasındaki dengeleri yürütme lehine değiştirmiş, yürütme organının tek temsilcisi Cumhurbaşkanlığı makamına çeşitli icrai yetkiler vermiştir. Söz konusu yetkiler 1982 Anayasasının ilk halinde de saf parlamenter sistemle uyuşmayacak kadar yetkili konumdaki Cumhurbaşkanını daha da güçlendirmiş, yasama organının yürütme üzerindeki dengeleme ve denetleme mekanizmalarını bu doğrultuda yeniden düzenlemiştir. Parlamentonun bütçe hakkı üzerindeki hakimiyetinin hukuken zayıflatılması değişiklik yapılan konulardan biridir.

Anayasalar ve anayasa değişikliklerinin kuşkusuz ki siyasal bir boyutu da bulunmaktadır. Ancak meselenin bu yönü başka bir tartışmanın konusudur. Çalışmamız bütçe hakkına ilişkin 2017 değişikliklerinin siyasal değerlendirmesini yapmak amacı gütmemiş, değişikliğin anayasalcılık ilkesi bununla bağlantılı olarak kuvvetler ayrılığı ile anayasa hukuku açısından incelenmesini amaçlamıştır. İncelememizin sonucunda ulaştığımız nokta ise 161. maddenin yeni halinin dengeleme ve denetleme mekanizmasına uygun olmadığı, anayasalcılık ilkesinin öngördüğü bireylerin haklarının güvence altına alındığı sınırlı devlet mantığı ile uyuşmadığıdır. Hükümet sisteminin niteliği açısından ABD ve saf başkanlık sistemi ile karşılaştırılsa da saf başkanlık sistemi sert kuvvetler ayrılığı ve dengeleme denetleme yönünden Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminden ayrılmaktadır. ABD'de bütçe hakkı yönünden yasamanın Başkana karşı etkin şekilde kullanabildiği denetim yetkisinin TBMM için geçerli olduğunu söylemek mümkün değildir. Yürütmenin şeffaflığı ve hesap verebilirlik modern demokrasinin olmazsa olmaz ilkelerindendir. Parlamentonun kendisine hesap verememiş bir hükümete bütçe vermemesi de temsil ettiği halkın parasının harcanmasının kontrolü anlamına gelmekte, değişiklikle beraber TBMM'nin bu

[1] **Gönenç, L.** Uygulamada cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi, s. 6.

[2] **Biçer, M.** (2017). Bütçe hakkı bağlamında 16 nisan anayasa değişikliği ve bu değişikliklerin bütçenin yasama sürecinde etkisi. Anayasa Değişikliği Sonrası Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü Paneli- Hacettepe Üniversitesi, s.16.
https://www.academia.edu/40382862/B%C3%9CT%C3%87E_HAKKI_BA%C4%9ELAMINDA_16_N%C4%B0SAN_ANAYASA_DE%C4%9E%C4%B0%C5%9E%C4%B0KL%C4%B0%C4%9E%C4%B0_VE_BU_DE%C4%9E%C4%B0%C5%9E%C4%B0KL%C4%B0KLER%C4%B0N_B%C3%9CT%C3%87EN%C4%B0N_YASAMA_S%C3%9CREC%C4%B0NDE_ETK%C4%B0S%C4%B0 adresinden erişildi. (ET: 22.06.2021).

konudaki yetkisinin zayıflatılması ilerleyen dönemlerde oluşabilecek problemlere zemin hazırlamaktadır.

Anayasalar uzun dönemler yaşaması ve sık sık değiştirilmemesi istenen önemli metinlerdir. Bu nedenledir ki kanunlar gibi kolay değiştirilemezler. Anayasaların tasarımı, bir hüküm kaleme alınırken olası sonuçların test edilmesi ve ortaya çıkma ihtimali olan problemler için uygun çözümler öngörülmesi gerekliliğini ifade eden "anayasa mühendisliği"[3] doğrultusunda yapılmalıdır.[4] Anayasaya eklenen ya da çıkarılan hükümlerin sadece değişikliğe uğrayan maddeyi değil, Anayasayı bir bütün olarak etkilediği hatırda tutulmalıdır. Biz 1982 Anayasasının mevcut hali ile anayasa mühendisliğine uygun olmadığını düşünmekte ve değişikliğin gerekçesinde savunulan hukuki argümanlarla bağlantısını kuramamaktayız. Siyasi iktidarı neredeyse tamamen yürütme organına tevdii eden ve buna karşın yasamayı güçsüzleştiren hükümler fikrimizce anayasalcılık ilkesiyle ve çoğulcu demokrasiyle uygun düşmemektedir.

KAYNAKÇA

Anayasa değişikliği teklifinin gerekçesi için bkz. https://www2.tbmm.gov.tr/d26/2/2-1504.pdf (ET: 24.06.2021).

Anayasa Mahkemesi'nin *E: 1974/ 26 K: 1974/ 48 K.T.: 21. 11. 1974 Resmi Gazete Tarih/ Sayı: 29.1.1975 / 15133* sayılı kararı. http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/f301dd90-d146-4915-ab17-86deca09733c?excludeGerekce=False&wordsOnly=False adresinden erişildi. (ET: 22.06.2021).

Aksoy, Ş. (1993). Kamu bütçesi. İstanbul: Filiz Kitabevi.

Akyılmaz, B. (1995). Tarihi gelişim içinde ve özellikle Montesquieu'de kuvvetler ayrılığı. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 43- 60.

Atatüre, S. (2017). Amerika Birleşik Devletleri'nin siyasi yapısı: on üç koloniden küresel güce Amerika. İstanbul: Beta Yayıncılık.

Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu). (2017). Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 21 Ocak 2017 tarihinde kabul edilen ve 16 Nisan 2017 tarihinde referanduma sunulacak olan anayasa değişikliği teklifi hakkında 875/ 2017 nolu görüş. https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2017/11/01/CDL-AD(2017)005_TR.pdf adresinden erişildi. (ET: 22.06.2021).

[3] **Sartori, G.** s. 251 vd.

[4] **Gönenç, L. ve Kontacı, A.E.** s. 77.

Biçer, M. (2017). Bütçe hakkı bağlamında 16 nisan anayasa değişikliği ve bu değişikliklerin bütçenin yasama sürecinde etkisi. Anayasa Değişikliği Sonrası Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü Paneli- Hacettepe Üniversitesi. https://www.academia.edu/40382862/B%C3%9CT%C3%87E_HAKKI_BA%C4%9ELAMINDA_16_N%C4%B0SAN_ANAYASA_DE%C4%9E%C4%B0%C5%9E%C4%B0KL%C4%B0%C4%9E%C4%B0_VE_BU_DE%C4%9E%C4%B0%C5%9E%C4%B0KL%C4%B0KLER%C4%B0N_B%C3%9CT%C3%87EN%C4%B0N_YASAMA_S%C3%9CREC%C4%B0NDE_ETK%C4%B0S%C4%B0 adresinden erişildi. (ET: 22.06.2021).

Bilici, N. ve Bilici, A. (2015). Kamu maliyesi. Ankara: Savaş Yayınevi.

Canbay, T. ve Çetin Gerger, G. (2012). Batı'da bütçe hakkının gelişiminin toplumsal yapının değişimi üzerindeki etkileri. Mali Sosyoloji Üzerine Denemeler (Ed. A. Kemal Çelebi). Ankara: Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayınları, s. 159- 194.

Çağan, N. (1985). Anayasa çerçevesinde kamu maliyesinin parlamenter kontrolü. Anayasa Yargısı Dergisi, C(II), s. 199- 224.

Dursun, H. (2006). Süper başkanlık ya da başkancı parlamenter sistem: Weimar Almanyası ile Rusya Federasyonu örnekleri ve çıkartılacak dersler. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 67, s. 230-284.

Özkan Duvan, A. (2019). Devlet teorisinde kuvvetler ayrılığının doğuşu: Locke ve Montesquieu. Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 1, s. 35- 60.

Esen, S. (2016). 2016 Anayasa değişiklik teklifinin değerlendirilmesi. Ankara Barosu Dergisi, 4, s.45-73.

Feyzioğlu, T. (2015). Kuvvetlerin ayrılığı nazariyesi. Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C(II), s. 50- 60.

Gönenç, L. (2008). Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan. S. Yazıcı, K. Gözler, E. Göztepe (Der.). Ortaçağ anayasacılığı (s. 267- 291). Ankara: Yetkin Yayınları.

Gönenç, L. (2010). Siyasi iktidarın denetlenmesi, dengelenmesi ve anayasalar. TEPAV Anayasa Çalışma Metinleri, s.8.https://www.tepav.org.tr/upload/files/1280236405-1.Siyasi_Iktidarin_Denetlenmesi_Dengelenmesi_ve_Anayasalar.pdf adresinden erişildi. (ET: 24.06.2021).

Gönenç, L. (2014). Siyasi iktidarın dengelenmesi denetlenmesi ve yargı. Ankara: Adalet Yayınevi.

Gönenç, L. (2018). Uygulamada cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi. TEPAV Politika Notu. https://www.tepav.org.tr/upload/files/1526884486-7.Uygulamada_Cumhurbaskanligi_Hukumet_Sistemi.pdf adresinden erişildi. (ET: 22.06.2021).

Gönenç, L. ve **Kontacı, A.E.** (2019). 2017 tarihli anayasa değişiklikleri sonrasında yasama yürütme ilişkileri. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 145, s. 53-79.

Karahanoğulları, Y. (2011). ABD'nin federal bütçe süreci. Maliye Dergisi, 160, s. 269- 288.

Özbudun, E. (2012). Presidentialism vs. parliamentarism in Turkey. Policy Brief 01. https://www.files.ethz.ch/isn/151197/GTE_PB_01.pdf adresinden erişildi. (ET: 24. 06. 2021).

Özbudun, E. (2015). Anayasalcılık ve demokrasi. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.

Özbudun, E. (2016). Türk anayasa hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları.

Özsoy Boyunsuz, Ş. (2014). Başkanlı parlamenter sistem: cumhurbaşkanının halk tarafından seçildiği parlamenter hükümet modeli ve Türkiye için tavsiye edilebilirliği. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

27 Nisan 2017 Tarihli ve 30050 Sayılı Resmî Gazete - Mükerrer, Yüksek Seçim Kurulu'nun 663 sayılı kararı.

Sartori, G. (1997). Karşılaştırmalı anayasa mühendisliği: yapılar, özendiriciler ve sonuçlar üzerine bir inceleme (Prof. Dr. E.Özbudun, çev.). Ankara: Yetkin Yayınları.

Soysal, M. (1987). 100 soruda anayasanın anlamı. İstanbul: Gerçek Yayınevi.

Soysal, M. (2011). Anayasaya giriş. Ankara: İmge Kitabevi.

Tanör, B. (1994). İki anayasa: 1961- 1982. İstanbul: Beta Yayınları.

Teziç, E. (2014). Anayasa hukuku. İstanbul: Beta Yayınevi.

The New York Times. (2019). The government shutdown is the longest ever. Here's the history. https://www.nytimes.com/interactive/2019/01/09/us/politics/longest-government-shutdown.html adresinden erişildi. (ET: 28.06.2021).

TIME. (2019). This is now the longest government shutdown in U.S. history. https://time.com/5499397/shutdown-longest-history/ adresinden erişildi. (ET: 28.06.2021).

Türkiye Büyük Millet Meclisi 26. Dönem 2. Yasama Yılı Tutanak Dergisi, 32. Cilt, 63. Birleşim.https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d26/c032/tbmm26032063.pdf adresinden erişildi. (ET: 24.06.2021).

Vile, M. J. C. (1998). Constitutionalism and the separation of powers. Indianapolis: Liberty Fund.

Waluchow, W. (2018). Constitutionalism. The Stanford Encyclopedia of Philosophy. https://plato.stanford.edu/entries/constitutionalism/ adresinden erişildi. (ET: 24.06.2021).

Wheare, K. C. (1966). Modern anayasalar (M. Turhan, çev.). İstanbul: Değişim Yayınları.

Yazıcı, S. (2017). Constitutional amendments of 2017: transition to presidentialism in Turkey. https://www.nyulawglobal.org/globalex/2017_Turkey_Constitution_Amendments.html#TheWeakeningofParliament adresinden erişildi. (ET: 22.06.2021).

Yazıcı, S. (2017). Başkanlık ve yarı- başkanlık sistemleri: Türkiye için bir değerlendirme. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.

Yılmaz, H. H. ve Biçer, M. (2010). Parlamentonun bütçe hakkını etkin kullanımının yeni bütçe sistemi çerçevesinde değerlendirilmesi. Maliye Dergisi, 158, s. 201- 225.

ULUSLARARASI HUKUK AÇISINDAN SİBER SALDIRILARA KARŞI MEŞRU MÜDAFAA HAKKI

Mehmet AKYÜZ[1]

Kocaeli Üniversitesi

ORCID NO: 0000-0001-7121-6413

Öz

Teknolojinin gelişmesi ile ortaya çıkan siber uzayda gerçekleşen siber saldırılar, klasik anlamdaki silahlı saldırılara göre daha ucuz ve daha hızlı olup daha fazla zarar verebilmektedir. Devletler artık kara, deniz ve hava sınırlarında kendilerini korusalar da siber uzayda kendilerini korumaları neredeyse imkânsız bir haldedir. Uluslararası hukuk kuralları siber saldırılara karşı tartışılacak hale gelmiştir. Bu tartışmada farklı görüşler mevcuttur; Bazı araştırmacılara göre, "Siber savaşa gerektiğinden fazla önem verildiğini, gerçekleşecek bir siber saldırının, savaş nedeni olamayacağını, devlet kaynaklı politik bir siber saldırının, savaş kadar eski olan sabotaj, casusluk ya da tahrip amaçlı bir saldırı ile aynı sonucu doğurmayacağını ve meşru müdafaa hakkının kullanılamayacağını savunmaktadırlar. Diğer görüşe göre siber saldırıya uğrayan devlet tarafından Birleşmiş Milletler (BM) Antlaşması'nın 51. maddesindeki meşru müdafaa hakkının kullanabileceğini savunmaktadırlar. Siber saldırı konusuyla ilgili bu çalışmada uluslararası hukuktaki bu görüş ayrılığı, bağlamında siber saldırılara karşı meşru müdafaa hakkı incelenecektir. Öncelikle konunun anlaşılabilmesi için teknolojinin gelişimine bakılacak daha sonra "siber uzay", "siber saldırı" ve "siber savaş" kavramları üzerinde durulup Uluslararası Hukukta siber dünyayla ilgili yapılan Tallinn El Kitapçığı incelenecektir. Bu amaç doğrultusunda Birleşmiş Milletler Antlaşmasının 2(4). Maddesindeki kuvvet kullanma yasağına ve istisnalarına değinilip istisnalarından biri olan Antlaşmanın 51. Maddesindeki meşru müdafaa hakkından ve şartlarından bahsedilerek devletlere karşı yapılan siber saldırılarda meşru müdafaa hakkının nasıl doğacağına yorumlar yapılacak ve birtakım kriterler oluşturulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Siber Saldırı, Siber Savaş, Siber Uzay, Uluslararası Hukuk, Meşru Müdafaa Hakkı, Kuvvet Kullanımı

[1]Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuk Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi

IN TERMS OF INTERNATIONAL LAW LEGITMATE RIGHT TO DEFENSE AGAINIST CYBER ATTACKS

Abstract

Cyber-attacks in cyberspace, which emerged with the development of technology, are cheaper and faster than conventional armed attacks and can cause more damage. Although the thief now protects at the land, sea and air borders, jewel guards in cyberspace are infinitely impossible. International law rules have become to be discussed against attacks. There are different views in this discussion; According to the researchers, they argue that "cyber warfare is given more importance than necessary, a cyber-attack cannot be a war, a political cyber-attack for the state will not be the same as a sabotage, espionage or destructive attack that is as old as war, and the right of self-defense cannot be used. According to the view, they argue that the cyber-attacked state can use the right of self-defense in Article 51 of the United Nations (UN) Treaty. The right of self-defense against cyber-attacks will be discussed. The concepts of "and" cyber warfare "will be emphasized and the Tallinn Handbook on the world in International Law will be examined. This aim is to refer to the prohibition and exceptions in Article 2 (4) of the United Nations Treaty, and the right to self-defense in Article 51 of the Treaty. By mentioning the reasons and conditions, comments will be made on how the right of self-defense will arise in cyber-attacks carried out according to the states and some criteria will be established.

Keywords: Cyber Attack, Cyber Warfare, Cyber Space, International Law, Right to Legitimate Defense, Use of Force

GİRİŞ

Siber saldırı kavramı yeni inceleme alanlarından biri olarak kabul edilmektedir. Bu kavramın ortaya çıkışı 20.yy. ortalarında internetin, bilgisayarın ortaya çıkması ve teknolojinin gelişimiyle ilintilidir. İnternet ve bilgisayarlar günümüzde gelişmiş ülkelerin hepsinde neredeyse kritik bütün işlerde aracı olarak kullanılmaktadır. Bu kritik alanlar; savunma, sanayi, telekomünikasyon, bankacılık, ulaşım vb. alanlar olarak sayılabilir. Artık ülkeler bütün önemli işlerinde internete bağımlı hale gelmiştir. Ülkelerin gelişmişlik seviyesi kullandığı alt yapı, internet ağı, teknoloji ve yapay zekâsıyla ölçülmektedir. Bu yüzden teknoloji, ülkelerin her alandaki gücünün en önemli göstergesi haline gelmiştir. Çok hızlı bir şekilde gelişen internet ağı ve yapay teknoloji tüm dünyayı bunları kullanmaya muhtaç bırakmıştır. Devletler için bu kadar önemli konuma gelen internet ağları. 21.yüzyılda, klasik saldırı yöntemlerinin de değişmesine yol açmıştır. Eskisi gibi konvansiyonel silahlı saldırılar, Ortadoğu gibi terörün ve etnik çatışmaların yoğun olduğu bölgelerde kalmıştır. Gelişmiş ülkeler için artık konvansiyonel silahlı saldırılar tehdit edebilecek düzeyde olmamaktadır. Bu yeni durumdan dolayı gelişmiş devletlerin savunma ve saldırı amaçlı

yaptıkları yöntemler de değişmiştir. Bu değişim siber saldırı ve siber savaş kavramlarının ortaya çıkmasına yol açmıştır.

Bu yeni yöntemler gelişmiş ülkeler için büyük tehlike oluşturmaktadır. Gelişmiş ülkelere karşı konvansiyonel silahı saldırılarla gerçekleşen eylemlere göre siber saldırılar daha fazla zarar vermektedir. Bu tarz bir ülkenin teknolojik alt yapısına, bankacılık sistemine, ulaşım alt yapısına yapılacak bir saldırı çok büyük yıkım ve ekonomik kayıplara hatta can kayıplarına yol açmaktadır. Örnek olarak bir ülkenin sürücüsüz metro hattına yapılacak bir saldırı veyahut trafik ışıklarına yapılacak saldırıda binlerce kayıp yaşanabilir. Teknolojinin yaygınlaşmasıyla beraber bu saldırıları yapmak için çok büyük güçlere veya devletlere ihtiyaç yoktur kişiler bile tek başlarına bu saldırıları yapabilmektedirler. Artık klasikleşmiş saldırı yöntemlerinin değişmesi teknolojinin ilerlemesi bunun akabinde yeni saldırı yöntemlerinin doğması sebebiyle Uluslararası hukuk kuralları bu saldırılara karşı tartışılacak hale gelmiştir. Bu tartışmada farklı görüşler mevcuttur; Bazı araştırmacılara göre; "Siber savaşa gerektiğinden fazla önem verildiğini, gerçekleşecek bir siber saldırının, savaş nedeni olamayacağını, devlet kaynaklı politik bir siber saldırının, savaş kadar eski olan sabotaj, casusluk ya da tahrip amaçlı bir saldırı ile aynı sonucu doğurmayacağını ve konvansiyonel anlamda silahlı kuvvet kullanılmayacağını savunmaktadırlar."[2]"Buna karşın, bugüne kadar yaşanan Estonya, Gürcistan ve İran'a karşı yapılan saldırılar siber savaşın ciddiyetini ortaya koymakta, uluslararası hukuk ve savaş hukuku açısından konu değerlendirilmekte, düşman devlet veya devlet güdümlü alt gruplar tarafından gerçekleştirilecek bir siber saldırı durumunda, saldırıya uğrayan devlet tarafından Birleşmiş Milletler (BM) Antlaşması'nın 51. maddesindeki meşru müdafaa hakkının kullanılması gerektiğine dair görüşler de mevcuttur."[3] Uluslararası hukukta "siber saldırılara karşı meşru müdafaa hakkının" ele alınacağı, bu çalışmada gerçekleşecek bir siber saldırının, konvansiyonel anlamda bir silahlı saldırıyla aynı etki yaratacağı ve bu bağlamda Birleşmiş Milletler (BM) Antlaşması'nın 51. maddesindeki meşru müdafaa hakkının kullanımının doğacağını bir takım kriterle ortaya koymayı amaçlamaktadır.

1. TEKNOLOJİNİN GELİŞİMİ

Çalışmanın bu bölümünde teknolojinin gelişiminden bahsedilip bu gelişim sonrası ortaya çıkan siber uzay, siber saldırı, siber savaş kavramları üzerinde durulmaktadır.

1.1. TEKNOLOJİ

Teknoloji ve yapay zekâ günümüzün en hızlı gelişen alanlarıdır. Bu alanlara her gün yeni özellikler eklenmektedir. Teknolojinin gelişimi, hızlılığı ve kolaylığının getirmiş olduğu konfor devletler ve toplumlar tarafından teknolojinin kullanılma nedeni olmuştur. Artık devletler neredeyse bütün işlemlerinde ve önemli alanlarda teknolojiyi kullanır olmuşlardır. Bu sayede işlemler daha hızlı ilerleyebilmekte bürokraside işler daha hızlı olmakta devletler kendi halklarına daha kolay erişim sağlayabilmektedir. Teknolojinin getirmiş olduğu rahatlıkla ve gelişmişlikle beraber birçok sorunda ortaya çıkmıştır. Teknolojinin çıkarmış olduğu en büyük sorunlardan biri veri ve güvenlik meselesidir.

[2]Thomas Rich, "CyberWarwill not Take Place in", Strategic Studies, V.35, I.1, 2012, s.5-32;
[3] Mehmet Yayla "Uluslararası Hukukta Siber Saldırılara Karşı Kuvvet Kullanma." TBB Dergisi, (107), 2012, s.201

Facebook, Google gibi veri devleri toplumlar tarafında kullanıldıkça toplumlara ait verileri çekmeye başlamıştır. Bu tür veriler insanlara bedava hizmet verip ardından da ilgiyi çekip bu ilgiyi reklamcılara satmaktadırlar. Orta vadede bu veri istifi, ilkin reklam endüstrisinin kendisini mağdur edip son derece farklı iş kollarının önünü açmaktadır. Yeni iş kolları otoriteyi insanlardan alıp algoritmalara devretmeye dayanmaktadır. Buna neyin satın alacağımızı seçme ve onu satın alma otoritesi de dâhildir. Algoritmalar ürünleri bizim adımıza seçip almaya başladığında geleneksel reklam endüstrisi iflas etme riskiyle karşı karşıyadır. Google gibi devler artık kendisine her şeyi sorabileceğimiz ve dünyanın en doğru cevabını alabileceğimiz aşamaya gelmek istemektedir. "Merhaba Google, bana en uygun eş adayı kim söyler misin?" diye sorabildiğimizde cevap verecek aşamaya gelebilecektir.

Bu kadar değerli bilgilerin, özel yaşamın, hatta sağlık verilerinin, veri devlerinin elinde oluşu bu çağın en büyük sorunlarındandır. Bu da insanları birer düşünceleri, duyguları, hisleri olan varlıktan çıkartıp sadece veri düzenine katkı sağlayan işlevsiz bir varlık haline getirmektedir. Örnek olarak insan artık hisleri doğrultusunda ilerleyemez birinden hoşlanacağı zaman veya bir araba alacağı zaman onu deneyimlemeden direk Google'a sorar bu durumda insanı insan yapan hayvanlardan ayıran düşünce özelliğinin yok oluşuna yol açabilecek ve insanlar bu duruma karşı koymakta zorlanacaktır. Günümüzde insanlar en önemli mahremlerini yani kişisel verilerini ücretsiz mesajlaşma hizmetleri ve Youtube gibi uygulamaları kullanma karşılığında teslim etmekten son derece memnun olduğu gözükmektedir. Özellikle de bu aşamada tüm tercihlerini, mesajlarını, hatta sağlık ve fiziksel varlıklarını bu ağın içerisine bıraktılarsa bu durum daha fazla yaşanmaktadır. İnsanlar veri akışını kesmeye kalkışırsa, bunun her defasında daha zor olduğunu fark edeceklerdir.

İnsanlarla makineler, bu ağın dışına çıkan bir insan hayatta kalmasına olanak bırakmayacak kadar iç içe geçmiş olabilir. Daha doğmadan bu ağa bağlanılacağı için hayatın ilerleyen aşamalarında ayrılmaya kalkılacak olursa okullar öğrenci olarak okula almayı, ulaşım araçları hizmet vermeyi, sağlık hizmetleri bakmayı reddedebilir. Whatsapp uygulaması bir sözleşme sunup eğer veriler verilmezse hizmet vermeyi bırakabilir. Biyometrik sensörler aracılığıyla beden ve beyinden toplanan veriler akıllı makinelere akıp durdukça, şirketlerin ve devletlerin kişileri iyice tanıması, yönlendirmesi ve onların adına tercihler yapması kolaylaşmaktadır. Daha da önemlisi, tüm beden ve beyinlerin özünde yatan mekanizmayı çözebilir ve bu sayede yaşamı tasarlama gücü kazanabilirler. Bu durum sonucunda da dijital diktatörlükler ortaya çıkmaktadır.

Harari (2018), verinin öneminden "*Toprak mülkiyetini düzenlemek konusunda binlerce yıllık deneyimimiz var. Bir alanın etrafına çit çekip kapıya nöbetçi dikerek giren çıkanı nasıl kontrol edebileceğimizi biliyoruz. Son iki yüzyılda sanayi mülkiyetini düzenleyebileceğimizi gayet iyi öğrendik. Ama veri mülkiyeti konusundan fazla deneyimimiz yok ve toprak ve makinelerden farklı olarak hem her yerde olduğu hem de hiçbir yerde durmadığı, ışık hızıyla yer değiştirebildiği ve istenebildiği kadar kopyalanabildiği için veri mülkiyetini düzenlemek yapısal olarak çok daha çetrefilli bir iş*"[4] şeklinde bahsetmiştir. Verileri kopyalamanın bu kadar kolay olduğu herkesin sırrının ve özel yaşamanın kolayca öğrenebildiği bu düzende devletler için artık bunları saklamak çok büyük sorun haline gelmiştir.

[4]Noah Yuval Harari, 21.Yüzyıl İçin 21 Ders,1.Baskı, İstanbul, Kolektif Yayınları, 2018, s.84,85,86.

Teknolojinin bu kadar artılarının yanında bu kadarda kırılgan yapısının olması içerisinde en mahrem bilgilerin olması rakip devletler, rakip firmalar tarafından yeni saldırı yöntemlerinin ortaya çıkışına neden olmuştur. Bu saldırı yöntemlerinin günümüzde en bilineni ise siber saldırılardır. Bir ülkede yaşayan herkesin sevdiği şeyleri, fiziksel özelliklerini bilmek en basit siyasi olarak kullanabilecek çok büyük bir malzemedir. Teknolojinin bu kadar hızlı gelişimi ve etkilerin çok büyük oluşu ülkeleri bu alanlarda çalışma yapmaya yöneltmiştir. Bunlardan ilki ve önemlisi olan "NATO Siber Savunma Mükemmeliyet Merkezi" Tallinn'de kurulmuştur. Daha sonra uzman akademisyenlerin birleşmesi ile yazılan Tallinn El Kitabı uluslararası hukukta siber savaşın yerini ve NATO müttefiklerinin bu konuda uygulayabileceği kuralları kapsamaktadır."

1.2. SİBER UZAY

Teknoloji, internet, yapay zekâ ve bilişimin gelişmesiyle birlikte dünyada artık yeni bir alan oluşmuştur. Bu alana siber uzay denilmektedir. Siber uzayın tanımına bakacak olursak. Siber Uzay'ın çeşitli şekillerde tanımları yapılmıştır. "Amerikalı yazar William Gibson (2016) Burning Chrome adlı çalışmasında, yazarın tasarladığı karakterler için şifre maksadıyla çağrışım yapan anlamsız bir terim olarak kullanmıştır. Çoğunlukla interneti ifade etmek için kullanılan siber uzay çok sayıda sayısal etkileşim ve iletişim yöntemini de kapsamaktadır."[5]

Beyaz Saray tarafından yapılmış olan tanıma göre ise: "Siber alan kritik altyapılarımızın çalışmasını sağlayan birbirine bağlı yüzbinlerce bilgisayar, sunucu, yönlendirici, anahtar ve fiber kablolardan oluşur."[6] ABD Savunma Bakanlığı tarafından yapılan tanıma göre siber uzay: "İnternet, iletişim ağları, bilgisayar sistemleri, gömülü işlemci ve kontrol birimlerini içeren bilgi teknolojileri altyapılarından meydana gelen birbirine bağlı ağların oluşturduğu bilgi ortamındaki küresel alanı kapsamaktadır."[7] NATO tarafından yapılan tanıma göre: "Bilgisayar ve bilgisayar ağlarının ortaya çıkardığı; insanlar ve bilgisayarların bir arada bulunduğu ve çevrimiçi faaliyetlerin tüm yönlerini içeren sayısal bir dünyadır."[8]

1.3. SİBER SALDIRI

Dünyada teknolojinin bu kadar gelişmişliği bütün önemli alanlarda kullanılması ve üzerinde çokça durduğumuz veri meselesi ülkeler için bir güvenlik sorunu ortaya çıkarmıştır. Güvenlik sorunun ana etkeni ise bunlara karşı yapılacak saldırılarda alınacak önlemlerin bilinememesi ve her geçen gün bu alanın yenilenmesi ve her gün yeni bir sorun ortaya çıkmasıdır. Son zamanlarda Whatsapp uygulamasının kişilerin veri akışı konusunda sözleşme dayatması kabul edenlerin bilgilerini kopyalaması başka şirketler satması ve kabul etmeyenleri de uygulamadan atması devletleri bu tür uygulamalara karşı önlem almaya mecbur kılmıştır. Ayrıca bir diğer örnek olan ABD seçimleri sonrası Donald Trump'ın Twitter tarafından hesaplarının askıya alınması sonucu Trump'ın açıklama yapamaz hale gelmesi siber dünyanın aslında ne kadar önemli olduğunu ve

[5] William Gibson, Neuromancer Altı Kırk Beş Basın Yayın.

[6] White House, "The National Strategy to Secure Cyber space", 2003

[7] US DoD, "Department of Defense Dictionary of Military and Associated Terms", 2010.

[8] "NATO Cyber Concept" , 2011.

ne kadar insanlarla iç içe geçmiş olduğunu göstermektedir. Bu güvenlik sorunu ve siber dünyanın insanlarla bu kadar içli dışlı olma sorunu diğer devletlerin ve grupların iştahını kabartarak siber saldırı kavramının ortaya çıkmasına yol açmıştır. Siber saldırının çok yeni oluşu ve tam olarak üzerinde ortak bir kanıya varılamaması nedeniyle çok farklı tanımlar ortaya çıkmıştır. Bu tanımlardan bazıları: "ABD Ulusal Araştırma Konseyi Bilgisayar Bilimler ve Telekomünikasyon Kurulu (Computer Science and Telecommunications Board of the National Research Council) Bilim Uzmanı Herbert Lin'e göre, düşmanın bilgisayar sistemlerini ve ağlarını veya bu sistem ve ağlarda bulunan ya da bunlardan geçen bilgiyi ve/veya programları değiştirmek, bozmak, yanıltmak, geriletmek veya ortadan kaldırmak için yapılan kasıtlı hareket ve harekâtlardır."[9]

"Siber saldırı, saldırganlar tarafından bilgi sistemlerinin çalışılamaz hale getirilmesi, bilgi sistemlerinin güvenliğinin veya güvenirliğinin riske atılması, bozulması veya çalınması şeklinde ifade edilmektedir."[10] Siber saldırı kavramıyla ilgili bu ortaya çıkan tanımlardan anlaşılacağı üzere bir bilgisayardan başka bir bilgisayarın işletim sistemini bozmak onun çalışmasını engellemektir. Buna birçok örnek verilebilir; en basit düzeyinde kalabalık bir cadde üzerinde aynı anda tüm ışıkları yeşile çevirmek, havada uçan uçakları aynı anda yere düşürmek, acil hatların çalışmasını engellemek, bir ülkenin borsa sistemini bozmak, bir ülkedeki baraj kapaklarını sonuna kadar açıp o bölgenin su basmasına sebep olmak bir siber saldırıdır. Siber saldırı olayının etkilerinin hem çok büyük hem çok küçük düzeyde etkiler ortaya çıkarması tanımında uzlaşıya varılamamasının en büyük nedenidir. Siber dünyadaki en büyük soru ise şudur: Her bir bilgisayar sistemine karşı yapılacak saldırıları siber saldırı kabul edebilecek miyiz? Teknolojinin ışık hızında her saniye ilerleyişi buna cevap verebilmeyi zorlaşmaktadır. Siber saldırılarının hangisinin gerçek anlamda siber bir saldırı olduğunun anlaşılabilmesi için bu saldırıların klasik anlamda hava, kara ve deniz yollarıyla yapılan saldırılardan ayırt edilmesi gerekmektedir.

"Siber saldırılarda genellikle farklı araçlar kullanılmaktadır. Siber saldırıda kinetik güç (yumruk, kılıç, bomba, silah vb.) kullanmak yerine, dijital araçlar (bir çeşit bilgisayar hareketi) kullanılır. Bu nokta önemlidir çünkü bir siber saldırı geleneksel saldırıların olağan fiziği ile sınırlı değildir. Siber uzayda bir saldırı, coğrafya ve siyasi sınırla kısıtlanmadan gerçek manada ışık hızıyla hareket edebilmektedir. Fizikten bağımsız olması, aynı zamanda, aynı anda birçok yerde olabileceği anlamına gelen birden çok hedefi bir kerede aynı saldırının vurması anlamına da gelmektedir."[11]

1.4. SİBER SAVAŞ

Siber savaş kavramı tıpkı siber saldırı kavramında olduğu gibi üzerinde ortak bir kanıya varılmış tanımı yoktur. Tanımı olmamasının sebepleri ise siber saldırı ile aynıdır. Yeni olması, bu alanın çok hızlı ilerlemesi ve her gün kendine yeni özellikler eklemesidir. Günümüzde birkaç saldırı hariç çok fazla siber savaş yaşanmamaktadır. Ancak gelecekte yaşanacak savaşlarda en önemlilerinden biri olacağı da yadsınamaz bir gerçektir. Artık fiziki anlamda konvansiyonel silahlı saldırılar git gide azalmaktadır. Coğrafya tanımı ortadan kalkmıştır ülkeler için kara, deniz,

[9]Herbert S. Lin, "Offensive Cyber Operations and the Use of Force", Journal of National Security Law&Policy, c.4, sayı.63 (2010), s.63
[10]Canlı Mustafa, "Siber Güvenlik", Ankara Siyasal ve Ekonomik Araştırmalar Merkezi Raporu, Ankara, 2013, s.8.
[11]Sınger Peter / FrıedmanWarren Allan, Siber Güvenlik ve Siber Savaş, Buzdağı Yayınevi, Ankara, 2015, s.10

havadan gelecek saldırılar yerine siber uzaydan gelecek saldırılar daha büyük tehlike teşkil etmektedir.

Siber savaşla ilgili bugüne kadar yapılmış tanımlar ise şu şekildedir: "2001 CRS Kongre Raporu'nda siber savaş; düşmanın aynı eylemi yapabilme yeteneğini inkâr ederek, siber uzaydaki bilgi ve bilgisayar ağlarına saldırının veya ağları savunmanın çok çeşitli unsurlarını ifade etmek için kullanılmaktadır."[12] "Politik ve askeri hedefleri desteklemek için barış, kriz ve savaş dönemlerinde hasımın sahip olduğu bilgi altyapısı, sistem ve süreçlerinin işlevselliğini engellemek, imha etmek, bozmak ve kendi çıkarlarımız için kullanmak amacıyla yapılan hareketlerle; düşmanın bu faaliyetimize karşı önlem almasını engelleyecek ve benzeri harekâtına karşı koyacak tedbirler ve süreçlerin tamamıdır." [13] "Teknolojik çağda, siber savaşı cazip hale getiren birtakım avantajlarının olmasıdır. Siber savaşı cazip hale getiren avantajları şu şekilde sıralamak mümkündür; siber savaşın ucuz maliyetli olması, tanınma veya bulunma olasılığının düşük olması, sınır tanımaması yani istediği anda istediği mekâna rahatlıkla ulaşması, beklenmedik anda ve beklenmedik şekilde saldırıda bulunabilinmesi, böylelikle karşı tarafa savunma imkânı vermemesi ve bunu yaparken de risk faktörünün çok düşük olması, ayrıca etki alanı geniş olurken istenmediği sürece can kaybının çok az olmasıdır.

Bu konu açılacak olursa günümüzde yaşanabilecek fiziki saldırılı savaşlara en milliyetçi devletler dahi yanaşmak istememektedir. Çünkü bu dönemde fiziki silahlı saldırılar devletlere cazip gelmektedir. I.Dünya Savaşı dönemin devletlerine kazançlı gelmekteydi. Savaşın kazanıldığı an hem ekonomik anlamda hem de siyasi anlam güç elde edeceklerinin farkındalardı. 1914 I.Dünya Savaşı'ndan günümüz 2021 yılına ne tür bir değişiklik oldu da artık devletler fiziki saldırılı savaşlar istemiyorlar. Bununla ilgili en önemli etken şudur: Eski zamanlarda ekonomik olarak kazanç sağlatabilecek şeyler genellikle maddi şeylerdi. Bir ülke fethedildiği zaman gıda ambarlarına, değerli madenlerine ve halkın kendisine el koyup çalıştırılarak kazançlar elde edilebiliyordu. Günümüzün en süper aktörü olan ABD dahi bu güce gelmesini Kaliforniya'daki altın madenlerine Texas'ın sığır çiftliklerine yaptıkları saldırılar sonucu elde etmiştir. Günümüzün en önemli ekonomik kazanç sağlayan şeyleri ne altın madenleri ne petrol kuyuları ne de tarlalardır. Artık günümüzde en önemli ekonomik kazanç sağlayan şeyler Elon Musk'ı dünyanın en zengin adamı yapan TESLA şirketidir. Mark Zuckenberg'i dünyanın en konuşulan adamı yapan Facebook şirketidir. Jeff Bezos'u milyarder yapan Amazondur. Yani artık ekonomik kazanç sağlayan şeyler altın madenlerinde değil Silikon Vadisindedir. Bu servetler fiziken saldırılarak elde edilemez. Çünkü Silikon Vadisinin altında bir altın madeni yoktur teknoloji vardır. Bu büyük ekonomik değişim devletlerin savaşlara bakış açısını değiştirmektedir.

İran, ABD'ye fiziken saldırıp çok az bir kazanç elde edebilir ancak yapacağı bir siber saldırı ile çok daha fazla zarar verebilir. ABD zamanında Irak'ta tozu dumana katarken Irak ABD'ye zarar verebilecek bir misilleme yapma ihtimali bile yoktu. Hem sınırsal mesafeler hem fiziki imkânsızlık bunu ihtimal dışı kılmaktaydı. Ancak şu an ABD'nin Irağa yapacağı en ufak bir saldırıda Irak devleti misilleme olarak bir siber savaş açarsa savaş dakikalar içerisinde Bağdat'tan Silikon Vadisine, New York'a taşınabilir. New York'da aynı anda tüm ışıkları yeşile çevirmek bile ABD'nin Irağa vermiş olduğu zararın binlerce katını verebilir. Yukarıda sayılan etmenler

[12] Steven A. Hildreth, CyberfareWarfare 11, CongressionalResearch Service Report ForCongress No. RL30735, 19 Haziran 2001, s.1, http://www.fas.org/irp/crs/ RL30735.pdf.
[13]Çalışma Grubu 4, E-Devlet Uygulamalarında Güvenlik ve Güvenilirlik Yaklaşımları, Türkiye Bilişim Derneği, s.5

siber savaşın neden cazip olduğunu neden geleceğin savaşı olacağını ortaya koymaktadır. Daha önce devletlerin gerçekleştirdiği siber savaşlarına örnek 2007 Estonya ve 2008 Gürcistan Savaşlarının etkilerde bunu kanıtlamaktadır."[14]

2. ULUSLARARASI HUKUK AÇISINDAN SİBER SALDIRI

Bu bölümde siber saldırılara karşı mevcut uluslararası hukuk kurallarının nasıl uygulanacağı kapsamında önce NATO'nun hazırlamış olduğu Tallinn El Kitabı incelenecek, ardından BM Antlaşması'nın "siber saldırılara" karşı uygulanabilmesi bakımından "kuvvet kullanma" hakkı kapsamında "BM Antlaşması'nın 2(4)." Maddesinden bahsedilip, ardından "kuvvet kullanma" hakkının istisnalarından olan meşru müdafaa hakkı şartlarıyla birlikte incelenip siber saldırıların BM antlaşmasına göre meşru müdafaa hakkı kapsamında olup olmadığı irdelenmektedir.

2.1. ULUSLARARASI HUKUK VE SİBER SALDIRI

"Günümüz uluslararası sisteminde herhangi bir silahlı güç kullanımının hukuki açıdan kabul edilebilir sayılması için belli başlı nitelikleri taşıması ve konuyla ilgili uluslararası hukuk kurallarına uyması gerekmektedir. Hukuki açıdan kabul edilmediği takdirde fiiller haksız sayılmaktadır. Günümüzde uluslararası hukukta kuvvet kullanmayı düzenleyen en temel kural BM Antlaşması'dır."[15]

"Uluslararası hukukta, kuvvet kullanma hakkı (jus ad bellum) ile kuvvete başvurulduğunda uyulması gereken çatışma kuralları (jus in bello) arasında bir ayrım yapılmaktadır. Buna göre, silahlı çatışma hukuku kurallarının uygulanmasının, bu hakka sahip olunup olunmadığı sorunundan tamamen bağımsız olduğu kabul edilmektedir."[16]

"Savaş hukuku incelenirken de kuvvet kullanılmasının hukuka uygun olup olmadığı hususu ile silahlı kuvvet kullanılması sırasında seçilen hedef, araç ve yöntemlerin hukuka uygunluğu hususunun birbirinden ayrı düşünülmesi ve incelenmesi gerekmektedir. Siber saldırı durumunda devletlerin buna karşılık verme hakkı, kuvvete başvurma hakkına ilişkin (jus ad bellum) kuralların incelenmesini gerekli kılmaktadır."[17]

"Gelişen teknolojinin ve siber silahların imkân ve kabiliyetleri, BM Antlaşması'nın 51. maddesinde de yer alan silahlı saldırı kavramının değil aynı zamanda silahlı kuvvet kullanma kavramının da evrimleşmekte olduğunu göstermektedir. Gerçekten, BM hazırlayanların, silahlı kuvvet kullanma konusunda akıllarında olan husus, hiç şüphesiz konvansiyonel nitelikte silahlarla askeri kuvvet kullanılmasıdır. Ancak, bilgi çağında artık konvansiyonel askeri kuvvet kullanma kavramı pek fazla anlam ifade etmemeye başlamıştır. Artık devletlerin birbirlerine karşı fiziki saldırılarda çok aza inmiştir. Artık siber saldırılar konvansiyonel nitelikteki saldırılara göre daha fazla zarar vermektedir. Nitekim konvansiyonel silahlarla gerçekleştirilmeyen Estonya ve Gürcistan saldırılarının geride bıraktığı zarar dikkate değerdir."[18]

[14]Hatice Kübra Ecemiş Yılmaz, "Birleşmiş Milletler Antlaşması, Kuzey Atlantik Antlaşması Ve Uluslararası Hukuk Açısından Siber Saldırıların Tanımlanması Sorunu" , Uluslararası Sosyal ve Beşeri Bilimler Araştırma Dergisi, Cilt 6 , Sayı 38, (2019), s.1646.
[15]Doğru, Murat, "Siber Harekatın Uluslararası Hukuk Çerçevesinde Analizi" 106.pdf (ab.org.tr)
[16]Sadi Çaycı, Silahlı Kuvvetlerin Kullanılması, Genelkurmay Basımevi, Ankara,1995, s.3
[17] Yayla, a.g.m, s.202,203.
[18] Yayla, a.g.m, s.202,203.

Devletlerin "siber saldırılara" karşı karşıya kalacağı durumlarda "meşru müdafaa hakkını" kullanabileceği ABD gibi teknolojik anlamda güçlü devletler tarafından desteklenilmektedir. ABD gibi Avrupa Birliği (AB) gibi ülkeler "siber saldırılara karşı meşru müdafaa hakkının" kullanabileceğini söyleme nedeni ise bu tür ülkelerin teknolojik seviyelerini çok artırmaları sonucunda tehlikeye açık bir hale gelmesidir. Örnek olarak çok küçük teknolojik alt yapısı olmayan bir ülkeye karşı yapılacak saldırı ancak silahla karadan, denizden veya havadan yapılabilir. Bu ülkeyi siber saldırılar, siber sorunlar ve siber savaş kavramları etkilemez ancak büyük devletleri etkilemektedir. Bu yüzden gelişmiş ülkelerde siber saldırılara karşı meşru müdafaa hakkına destek vermektedir.

2.1.1. Tallin El Kitapçığı

"NATO Siber Savunma Mükemmeliyet Merkezi, Uluslararası Bağımsız Uzmanlar Grubuna Siber Savaşa Uygulanacak Hukuk Hakkında Tallinn El Kitabı hazırlaması davetinde bulunmuş ve söz konusu grup, mevcut uluslararası hukuk normlarının, siber savaş haline ne ölçüde uygulanacağına ilişkin üç yıl süren çalışmalarını tamamlamıştır Tallinn El Kitabı, savaşa girmenin haklı nedenleri (jus ad bellum), savaş sırasında uyulması gereken kurallar (jus in bello), devletlerin ulusal politikalarının bir aracı olarak kuvvete başvurmak konusunu düzenleyen uluslararası hukuk, silahlı kuvvetlerin yönetimini düzenleyen uluslararası hukuk (savaş hukuku, silahlı çatışma hukuku, uluslararası insanlık hukuku da dâhil) konularını içermektedir. El Kitabı, bağımsız uzman grubunun görüşlerinden ibaret olup, resmi bir nitelik taşımamakta, Siber Savunma Mükemmeliyet Merkezinin, destekçi ülkelerinin veya NATO'nun görüşlerini de temsil etmemektedir. El kitabı, Cambridge Üniversitesi tarafından 2013 yılının Mart ayında yayınlanmıştır."[19]

Tallinn El Kitapçığında siber saldırılara karşı alınabilecek önlemlerle ilgili maddelere baktığımızda şunları görmekteyizdir:

"Kural 8

Bir Devletten Yönlendirilmiş Siber Operasyonlar; Bir devlette yerleşik siber altyapı aracılığıyla yönlendirilmiş siber operasyon, bu devlete siber operasyon atfetmek için yeterli delil teşkil etmemektedir.

Kural 9

Karşı Tedbirler; Uluslararası yanlış eylemlerden zarar görmüş bir Devlet, sorumlu devlete karşı, siber karşı tedbirler dahil olmak üzere orantılı karşı tedbirlere başvurabilir.

Kural 10

Tehdit ve güç kullanımının yasaklanması; Bir devletin sınırsal egemenliğine veya siyasi bağımsızlığına karşı tehdit ve güç kullanımını oluşturan veya Birleşmiş Milletler'in amaçları ile uyumlu olmayan diğer hallerde, Siber operasyon, kanunsuzdur.

Kural 11

[19]İlhami ,Fahri. SİBER SAVAŞA UYGULANACAK HUKUK HAKKINDA TALLİNN EL KİTABI - PDF Free Download (docplayer.biz.tr)

Kuvvet kullanımı tanımı; Bir siber operasyonun derecesi ve etkileri, siber olmayan operasyonla karşılaştırıldığında kuvvet kullanımı seviyesine yükseliyorsa, o siber operasyon kuvvet kullanımını oluşturur.

Kural 13

Silahlı saldırıya karşı meşru müdafaa; Silahlı saldırı seviyesine yükselen bir siber operasyonun hedefi olan bir devlet, asıl hakkı olan meşru müdafaa hakkını kullanabilir. Bir siber operasyonun silahlı saldırı oluşturup oluşturmadığı derecesine ve etkisine bağlıdır."[20]

"BM Antlaşması'nın 51.maddesinde" kuvvet kullanımlarına karşı "meşru müdafaa hakkının" ancak silahlı saldırı zamanında olacağını söylemektedir. Ancak silahlı saldırı kavramını ise tam anlamıyla açıklamamıştır. Bu belirsizlikten dolayı siber saldırıları silahlı saldırı sayabilecek mi sorunu ortaya çıkmıştır. Siber saldırılarda en önemli kılavuz olan Tallinn El Kitapçığında bu soruya açıkça cevap vermektedir. Tallinn El Kitapçığına göre bir ülkeye karşı yapılacak siber operasyon kanunsuzdur. Devletler bu saldırılara karşı orantılı tedbir alabilir. Ayrıca kitapçığın kuvvet kullanımıyla ilgili yapmış olduğu tanımda siber operasyonun birer silahlı saldırı olup olamayacağıyla ilgilide derecesine ve etkisine bağlı olduğunu söylemektedir. Birleşmiş Milletler Sözleşmesi hangi eylemlerin kuvvet kullanımı ortaya çıkaracağı konusunda ortaya bir tanım koymamıştır. Hangi eylemlerin kuvvet kullanımı seviyesinde sayılacağı konusunda ancak yorumlamalar yaparak ulaşılabilir. Geçmişte yaşanan Stuxnet ve Aramco siber saldırılarıda göstermektedir ki siber saldırılar fiziki bir silahlı saldırıya göre devletlere daha fazla zarar verebilmektedir. Sadece basit bir hamleyle yapılacak siber saldırıda daha fazla can kaybı daha çok ekonomik kayıp olabilmektedir.

Tallinn Kitapçığında ele alınan bu durumda da siber operasyonun tam anlamıyla kuvvet kullanımı sayılması için bakmamız gereken kriterler vardır. "Bunlar devletlerin kuvvet kullanımına ilişkin değerlendirme yapmasını etkileyen sertlik derecesi, aciliyet, doğrudan kişi veya objeleri etkilemesi, etkilerin ölçülebilirliği, askeri özellik, devlet müdahalesi, varsayıma dayanan yasallık etkenleri gibi bazı resmi olmayan yasal kriterler de bulunmaktadır. Madde 13'e göre ise siber operasyona maruz kalan devlet meşru müdafaa hakkını kullanabilir. Ancak meşru müdafaa hakkını kullanırken belli şartların yerine gelmesi gerekmektedir. Meşru müdafaa hakkının uygulaması, gereklilik, orantılılık, yakınlık ve acillik gereklilikleri ile bağlıdır (Kural 14-15). Aynı şekilde, silahlı saldırının olduğu veya olmakta olduğuna ve saldırganın kimliğine ilişkin de makul bir tespitin yapılması gerekmektedir. Bu tahminin önceden yapılması (exante) gerekmekte olup, olayın gerçekleşmesinden sonra (ex post facto) olmaması gerekmektedir."[21]

"Kural 14

Gereklilik ve Orantılılık; Bir devlet tarafından üstlenilen siber operasyonla ilgili güç kullanımının, Devletin meşru müdafaa hakkının kullanılmasında gerekli ve orantılı olması zorunludur.

Kural 15

[20] Tallinn Manual by NATO CCD COE - issuu

[21] SİBER SAVAŞA UYGULANACAK HUKUK HAKKINDA TALLİNN EL KİTABI - PDF FreeDownload (docplayer.biz.tr) -İlhami Fahri

Yakınlık ve Acillik; Meşru müdafaada kuvvet kullanma hakkı, siber silahlı saldırı gerçekleşirse veya gerçekleşmesi yakın ise ortaya çıkmaktadır. Aciliyet gerektiren hallerde ise, daha ileri düzeyde kuvvet kullanma hakkına konu olur."

NATO'nun hazırlamış olduğu Tallinn El kitapçığında anlaşılacağı üzere siber saldırılara ve operasyonlara karşı alınabilecek önlemler konusunda çok önemli bir kılavuzdur. Siber savaş bölümünde bahsetmiş olduğumuz geleceğin en önemli savaşları olacak bu savaşlarla ilgili yapılan ilk çalışmalardan biridir bu kitapçık. Teknoloji alanında dünyamızda hızlı gelişim olmuştur ancak bu hızlı gelişim karşısında hukuk kuralları kendini geliştirmemiştir. BM Antlaşması'nın yazıldığı dönemdeki veya NATO'nun kurulduğu dönemdeki gibi artık konvansiyonel silahlı saldırı kalmamıştır. Silahlı saldırı kavramı evrimleşerek anlam ve kabuk değiştirmiştir. Bu değişim karşısında uluslararası hukuk kuralarının yetersizliğinden dolayı yeni yeni çalışmalar yapılmaya başlanmıştır. Bu çalışmalar öncelikle var olan kuralların yorumlanmasıyla başlanmıştır. Örnek olarak "BM Antlaşması'nın 51.maddesinde yer alan silahlı saldırı kavramının" tanımı yapılmaya çalışılmış bu tanıma siber saldırılarda katılmaya çalışılmıştır.

NATO ise 2007 yılında üyesi olan Estonya karşı gerçekleşen siber saldırı sonucu NATO Siber Savunma Mükemmeliyet Merkezini Tallinn de kurmuştur. Ardından yukarıda tanımını yapıp açıkladığımız uzman akademisyenlerine Tallinn El Kitabını yazdırmıştır. Bu kitapçıkta yukarıda saydığımız maddelerde de anlaşılacağı üzere Uluslararası Hukukta siber savaşın yerini tanımlamaya çalışmış. Siber operasyonlarda ne zaman kuvvet kullanımı olacağını devletlerin ne tür cevaplar verebileceğini açıklamaya çalışmıştır. Müttefiklerinin uygulayacağı kuralları kapsamaktadır. Bu kitapçık belli bir yaptırımı olmadığından siber saldırıyla ilgili sorunlara cevap verebilecek kılavuz olmaktan öteye gidememektir. Halen daha Uluslararası Hukukta daha geçerli ve şartların objektif şekilde koyulduğu düzenlemelere ihtiyaç vardır.

2.2. BM ANTLAŞMASI KUVVET KULLANIM HAKKI VE İSTİSNALARI

Günümüzde uluslararası hukukta kuvvet kullanmayı düzenleyen en temel kural BM Antlaşması'dır.

2.2.1. BM Antlaşması Kuvvet Kullanım Hakkı

"BM Antlaşması, uluslararası görüşmeler çerçevesinde BM konferanslarıyla hazırlanmıştır. Diğer uluslararası sözleşmelerde olduğu gibi BM Antlaşması, imza koyan bütün taraf devletleri bağlayıcı niteliğe haizdir. Antlaşma, uluslararası ilişkilerde kuvvet kullanılmasını ve kuvvet kullanma (jus ad bellum) tehdidinde bulunulmasını açıkça yasaklamaktadır."[22] Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 2(4). Maddesine göre*: "Teşkilatın üyeleri, milletlerarası münasebetlerinde gerek bir başka devletin toprak bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlığına karşı, gerekse Birleşmiş Milletlerin amaçları ile telif edilemeyecek herhangi bir surette, tehdide veya kuvvet kullanılmasına başvurmaktan kaçınırlar"*

"Bu, geleneksel uluslararası hukuk kuralı olan, başka devletlerin iç işlerine karışılmasının yasaklandığı "müdahale yasağı" (non-intervention) kuralı ile tamamlanmaktadır."[23]

[22]Yayla, a.g.m, s.203.
[23]Manila Declaration on thePeacefulSettlement of International Disputes, G.A. Res.

2.2.2. Kuvvet Kullanım Hakkı İstisnaları

"BM Antlaşması ile kuvvet kullanma yasağının istisnalarına da yer verilmiştir. Bunlar, meşru müdafaa ve Güvenlik Konseyi kararı ile kuvvet kullanmadır. Devletlere bir hak olarak tanınan meşru müdafaa, sadece silahlı saldırının gerçekleşmesi durumunda kullanılabilir. Uluslararası barış ve güvenliğin tehlikeye düşmesi durumunda ise Güvenlik Konseyi, BM Antlaşması'nın VII. bölümü ile kendisine verilen yetkiyi kullanarak, devletlere kuvvet kullanma yetkisi verebilir."[24]

2.3. BM ANTLAŞMASI MADDE 51 MEŞRU MÜDAFAA HAKKI

Kuvvet kullanma hakkının istisnalarından biri olan meşru müdafaa hakkı devletlere kendilerine karşı gelebilecek silahlı saldırılara karşı tepki hakkı vermektedir. Bu hakta devletlerin güvenliğini sağlar. "BM Antlaşmasının 51.maddesine göre; *"Bu antlaşmanın hiçbir hükmü, Birleşmiş Milletler üyelerinden birinin silahlı bir saldırıya hedef olması halinde, Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin korunması için gerekli önemleri alıncaya kadar, bu üyenin doğal olan ya da müşterek meşru müdafaa hakkına halel getiremez. Üyelerin bu meşru müdafaa hakkını kullanırken aldıkları önlemler hemen Güvenlik Konseyi'ne bildirilir ve Konsey'in iş bu antlaşma gereğince uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için gerekli göreceği biçimde her an hareket etme yetki ve görevini hiçbir biçimde etkilemez."*

2.3.1 Meşru Müdafaa Hakkının Şartları

Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın "51.maddesine göre meşru müdafaa hakkını" kullanabilmek için Birleşmiş Milletler devletlere birtakım şartlar getirmiştir. Bu şartları ele alacak olursak. En önemli şartımız devlete karşı yönelmiş bir silahlı saldırı olması gerekliliğidir. İkinci şartımız alınacak tedbirlerin Güvenlik Konseyi'ne hemen bildirilmesidir. Bu şartları ele alacak olursak: Birleşmiş Milletler silahlı saldırı kavramıyla ilgili tam anlamıyla bir tanım ortaya koymamıştır. Bu durum konumuzla da ilintili olarak hangi eylemlerin silahlı saldırı sayılabileceği sorununu ortaya çıkarmaktadır. Bununla ilgili "BM Genel Kurulu'nun" "14 Aralık 1974 tarih ve A/3314 sayılı" "Saldırının Tanımı" kararında yer alan madde bu konuya açıklık getirmeye çalışmaktadır. *"A- Bir Devletin silahlı kuvvetlerinin diğer bir devleti istila etmesi veya ona hücum etmesi veya ne kadar geçici olursa olsun, böyle bir istiladan veya hücumdan ileri gelen herhangi bir askeri işgal veya kuvvet yoluyla başka bir Devletin ülkesinin veya bir bölümünün ilhaki;*

B- Bir devletin silahlı kuvvetlerinin, başka bir Devletin ülkesini bombardıman etmesi veya bir Devletin diğer bir devletin ülkesine karşı herhangi bir şekilde silah kullanması;

C- Bir Devletin liman veya kıyılarının diğer bir Devletin silahlı kuvvetleri tarafından abluka altına alınması;

D- Bir Devletin silahlı kuvvetleriyle başka bir Devletin kara, deniz veya hava kuvvetlerine veya deniz veya hava filolarına saldırması;

E- Bir Devletin başka bir Devlette sonuncusuyla yapılan bir anlaşmaya göre bulunan silahlı kuvvetlerinin o anlaşmada öngörülen hükümlere aykırı bir şekilde kullanılması veya bu silahlı kuvvetlerinin varlığının bu ülkede anlaşmanın sona ermesinden sonra da sürdürülmesi;

[24] Altıner, Sümeyra (2009). "Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma Yasağı". Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Çankaya.

F- Ülkesini başka bir Devletin emrine veren bir Devletin, ülkesinin o Devlet tarafından üçüncü bir Devlete karşı saldırı amacıyla kullanılmasına izin vermesi;

G- Bir Devlet tarafından veya bir Devlet adına diğer bir devlete karşı yukarıda listesi verilen fiillere varan veya o ölçekte olan silahlı kuvvet fiillerini icra eden silahlı çetelerin, grupların, gayri nizami askerlerin veya paralı askerlerin gönderilmesi veya bu gibi fiillere önemli ölçüde karışılması (müdahil olunması)"[25]

"Silahlı saldırı unsurunun bir diğer boyutuna göre ise hukuken meşru müdafaa sayılacak olan müdahalenin silahlı saldırıyı ve saldırganı (armed attacker) hedef alması gerekmektedir."[26] "Bir güç kullanımının silahlı saldırı seviyesine vardığı durumlarda, meşru müdafaa hakkının kullanılması için gereklilik (necessity) ve orantılılık (proportionality)"[27] Şartlarını sağlaması gerekmektedir. Bu şartlar sağlansa bile uluslarası hukuk kuralları meşru müdafaa hakkının kullanımına hemen izin vermemektedir. Son olarak devlet meşru müdafaa da bulunabilmesi için bunun son çare olması gerekir yani karşı saldırı olarak elindeki tüm hukuki argümanları kullanmalı eğer yine de çözüm bulamazsa meşru müdafaa hakkını kullanabilir. "Söz konusu tartışma siber saldırı (cyber-attack), bilgisayar ağı saldırısı (computer network attack) gibi kavramlar ve bunların 51. Maddedeki silahlı saldırı unsuru altında değerlendirilip değerlendirilemeyecekleri noktasında gerçekleşmektedir. Hukukun uluslararası alanda güce başvurmayı, planlanabilir siber stratejileri hesaba katmadan düzenlediği görüşü buradaki temel sorulardan birini ifade etmektedir."[28]

2.3.2. Siber Saldırı Silahlı Saldırı Sayılır mı?

Birleşmiş Milletler Antlaşmasındaki klasik anlamdaki silahlı saldırıyla ilgili yapılan tanımları ele alacak olursak Antlaşmanın imzalandığı 1945 tarihinde siber dünya daha oluşmamıştı. Bu nedenden ötürü ise o dönemin silahlı saldırı kavramı yalnızca konvansiyonel bir silahlı saldırı düzeyinde kalmıştır. Dünyanın gelişmişliği ve teknolojinin ilerlemesiyle antlaşma artık bugünün olaylarına cevap verebilecek düzeyde değildir. Giriş kısmında belirtildiği üzere siber saldırıyla ilgili farklı görüşler mevcuttur. Bazıları siber saldırıların konvansiyonel anlamda yapılacak saldırılar kadar büyük etki yaratmayacağı basit bir saldırı seviyesinde kalacağı bu yüzden Birleşmiş Milletler Antlaşması Madde 51'de geçen "silahlı saldırı" kavramının içerisine giremeyeceği görüşündeler ancak bugüne kadar yapılan siber saldırılar ve gelecekte olacak saldırılar gösteriyor ki artık siber saldırılar konvansiyonel anlamda yapılacak saldırılara göre daha fazla zarar verebilmektedir.

"Exeter Üniversitesi Uluslararası Hukuk kürsüsünden akademisyen Michael N Schmitt silahlı saldırılar kuvvet kullanımıdır, ancak tüm kuvvet kullanımları silahlı saldırı değildir. Bundan ötürü

[25] Aslan Gündüz, Milletlerarası Hukuk, İstanbul: Beta Yayınları, 2015, s.141.
[26] Mary Ellen O'Connel, "AmericanExceptionalismAndThe International Law Of SelfDefense", Denver Journal Of International LawAndPolicy, Issue 1, Fall 2012, s. 45.
[27] Graham H. Todd, 'Armed Attack in Cyberspace: DeterringAsymmetricWarfareWith an Asymmetric Definition', Vol.64, CyberLaw Edition, TheAir Force LawReview, 2009, s. 98
[28] SeanWatts, "Low-IntensityComputer Network Attack And Self-Defense", International LawStudies Series, US Naval WarCollege, Vol. 87, 2011, s. 75.

siber kuvvet kullanımına maruz kalan devlet, meşru müdafaa hakkını kullanamaz çünkü ortada silahlar kadar zarar veren bir saldırı yoktur."[29]

"NATO tarafından yazılan Tallinn Kılavuzu'na göre ise 11 numaralı kural siber eylemleri kuvvet kullanımı açısından değerlendirmektedir."[30] "Buna göre, bir siber harekât, ölçüsü ve etkileri bakımından değerlendirilecek ve eğer siber olmayan (konvansiyonel) bir başka eylemle kıyaslanabilecek seviyede ise kuvvet kullanımı olarak sayılabilecektir. Bir devletin toprak bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlığına yönelik bir kuvvet kullanımı veya tehdit içeren bir siber harekât, hukuka aykırı olarak kabul edilecektir."[31]

"Ölçü ve etki'nin değerlendirilmesinde kullanılacak altı temel unsur ifade edilmektedir. Bunlar; 'şiddet ölçüsü, yakınlık, doğrudanlık, yayılabilirlik, ölçülebilirlik, askeri karakter, devlet müdahalesi ve muhtemel meşruiyet'dir."[32] "Bu bilgiler ışığında, siber kuvvet kullanımını, fiziksel bir zarara sebep olan ve genellikle bilgisayar sistemlerini geçici surette kullanılmaz hale getiren eylemler olarak tanımlayabiliriz. Bunlar, ölçü ve etkileri açısından casusluk faaliyetleri veya geçici sistem aksaklıkları düzeyini aşan ve fiziksel zarara sebebiyet veren eylemlerdir. Yalnızca casusluk amacına hizmet eden ya da DDoS saldırılar neticesinde maddi hasar oluşturmaksızın, bilgisayar sistemlerinde geçici aksaklıklara sebep olan eylemler kuvvet kullanımı olarak değerlendirilmemektedir."[33]

2.3.3. Siber Saldırılarda İsnat Edilebilirlik Sorunu

"Bir devletin uluslararası haksız bir fiilden dolayı sorumlu tutulabilmesi ve saldırıya uğrayan devletin meşru müdafaa hakkını ya da görmüş olduğu zarardan ötürü yargı yollarına başvurabilmesi için, saldırının saldırıyı gerçekleştiren devlete isnat edilebilmesi gerekmektedir. Bu kural esas olarak Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun hazırladığı Uluslararası Haksız Bir Fiilden Ötürü Devletin Uluslararası Sorumluluğu Üzerine Taslak Maddeler'in ilk maddesinde düzenlenmiş olup, uluslararası teamül hukukunun bir parçası olmuştur."[34] Siber dünyada meydana gelen bir siber saldırıda saldırının nereden gelmiş olduğunu bulma konusunda yapılacak araştırma ve soruşturma sırasında zorluklar mevcuttur. "Özellikle internet ortamının sınır ve mesafe tanımayan nitelikte olması sebebiyle faillerin bulunmasında zorluk olması, fail bulunsa dahi devletler arasında farklı usul uygulamaları bulunması suçun kovuşturulmasını çoğu zaman olanaksız kılmaktadır. Suçun işlendiği zamanın ve yerin tespitinde de zorluklar yaşandığı gibi, mahkemelerin yargı yetkisi problemi ayrıca çözülmeye muhtaç kalmıştır."[35] İnternet üzerinden yapılacak bir saldırı yapan kişi, kurum, kuruluş veya devleti bulmak oldukça zordur. Örnek olarak

[29]Schmitt, M.N., Cyber Operations In International Law, TheUse Of Force, Collective Security, Self DefenceandArmedConflict, 2010

[30] Tallinn Manual On The International LawApplicableToCyberWarfare, The International Group of Experts at theInvitation of The NATO CooperativeCyberDefenceCentre of Excellence, 2013, s. 47

[31] Tallinn Manual, s.45.

[32] Şener Çelik, 'Stuxnet Saldırısı ve ABD'nin Siber Savaş Stratejisi: Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanmaktan Kaçınma İlkesi Çerçevesinde Bir Değerlendirme', Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Sayı: 1, 2013, s. 161.

[33]Cyberwarfareand International Law, s. 9

[34] Gümüşbaş, Ahmet, "Siber Savaş Hukukunda Meşru Müdafaa Hakkı ve İsnat Edilebilirlik: Stuxnet ve Aramco Saldırıları", Türk-Arap İlişkileri: Çok Boyutlu Güvenlik İnşası "Karşılıklı Bağımlılık İçin Sektörel ve Finansal Derinleşme" TASAM Yayınları Uluslararası İlişkiler Serisi, İstanbul, 2016, s.188.

[35] ÖZEL Cevat / AHİ M. Gökhan, "Bilişim Suçlarında Usul ve Sorumluluk Sistemi Üzerine Öneriler", http://www.turkhukuksitesi.com/makale_179.htm, E.T.13.10.2019.

VPN "Sanal özel ağ (Virtual private network,)", kullanılarak "Uzaktan erişim yoluyla farklı ağlara bağlanmayı sağlayan internet teknolojisi. VPN sanal bir ağ uzantısı oluşturduğu için, VPN kullanarak ağa bağlanan bir cihaz, fiziksel olarak bağlıymış gibi o ağ üzerinden veri alışverişinde bulunabilir. Kısacası Virtual Private Network (VPN), internet ya da başka bir açık ağ üzerinden özel bir ağa bağlanmayı sağlayan bir bağlantı çeşididir. VPN üzerinden bir ağa bağlanan kişi, o ağın fonksiyonel, güvenlik ve yönetim özelliklerini kullanmaya da devam eder." [36] Bunun gibi yöntemlerle veyahut başka bir ülkede bulunan siber bir orduya destek vererek bu saldırılar yapılabilir. Buradaki problem ise aktörün nasıl bulanacağı sorusudur. Örnek olarak Rusya ABD'ye yapacağı bir saldırıda saldırıyı İran üzerinden göstererek iki ülke arasında savaşa yol açabilir bu da çok vahim durumlar ortaya çıkarır. Ayrıca siber saldırı yöntemlerinin çok kolay, ucuz olup şahıslar tarafından gerçekleştirilebilmesi en büyük sorunlardan biridir.

"Bir siber saldırı karşısında, istenilen düzey ve isabet oranıyla tespit yapılabilmesi için gerekli kanıt miktarı ve niteliği birçok devlete hatta aynı devletin içindeki farklı kurumlara göre değişebilmektedir. Burada iyi anlaşılması gereken konu, teknik tespit ile söz konusu tespitin siyasi olarak deklere edilmesi arasında ciddi bir fark olduğudur. Özellikle başka bir devleti bir siber saldırıdan sorumlu tutmak düşünüldüğünden daha karışık bir olaydır. Hatta, saldırgan devlete böyle bir sorumluluk yükledikten sonra diplomatik retorik ötesine geçen bir adım atılmaması halinde, saldırıya uğrayan devletin caydırıcılık kapasitesinin zarar görmesi dahi olasıdır."[37]

2.3.4. Siber Saldırılara Karşı Meşru Müdafaa Hakkı

Siber saldırının silahlı saldırı olduğunu kabul edilen durumlarda, meşru müdafaa hakkının ortaya çıkacağına dair üç yaklaşım mevcuttur. Bunlar araç yaklaşımı, hedef yaklaşımı ve etki yaklaşımıdır.

"Araç bazlı yaklaşımda BM Genel Kurulu'nun 3314 sayılı kararın saldırı tanımı dikkate alınarak, siber saldırıların klasik silahlar grubuna girmemesi nedeniyle, silahlı saldırı kategorisine giremeyeceği ve meşru müdafaadan yararlanamayacağıdır. Hedef bazlı yaklaşımda, muhtemel zararlar dikkate alınacağı için meşru müdafaaya başvurmak için siber saldırılar silahlı saldırı olarak kabul edilecektir. Ancak, hedef bazlı yaklaşımda kilit nokta olarak kabul edilecek alt yapı sistemlerinin neler olduğunu tespit etmede tartışmalar ortaya çıkacaktır. Etki bazlı yaklaşıma göre, gerçekleşen siber saldırıların sonucunun yaratacağı etki oranı yoğun olursa, bu siber saldırı silahlı saldırı olarak kabul edilecek ve meşru müdafaa hakkı diğer koşullarında varlığı halinde uygulanabilecektir."[38]

Siber saldırılara karşı meşru müdafaa hakkını kullanabilmemiz için ortada sadece bir siber saldırının olması bu hakkı kullanmak için yetmemektedir. Siber saldırıları meşru müdafaa kapsamına almamız için belli kriterler gerekmektedir. Bu kriterle şu şekilde sıralanabilir:

-Siber saldırıların silahlı saldırı kadar etkisi olmalıdır. Tallinn El Kitabında da bu durumdan bahsedilmiştir. Tallinn El Kitapçığı Kural 13'te belirttiği üzere "*Silahlı saldırıya karşı meşru müdafaa silahlı saldırı seviyesine yükselen bir siber operasyonun hedefi olan bir devlet, asıl hakkı olan meşru müdafaa hakkını kullanabilir. Bir siber operasyonun silahlı saldırı*

[36] Sanal özel ağ - Vikipedi (wikipedia.org)
[37] Kasapoğlu Can, "Hayaletlerin İzlerini Sürmek: Uluslararası Nitelikteki Siber Saldırıların Soruşturulması", EDAM Siber Politikalar ve Dijital Demokrasi Yayınları, 2017/4, s.1.
[38] Yılmaz, a.g.m, s.1648.

oluşturup oluşturmadığı derecesine ve etkisine bağlıdır." Siber operasyonlar klasik silahlı operasyon seviyesine varmalıdır çünkü her gün her saniye binlerce siber saldırı olmaktadır her bir siber saldırıyı meşru müdafaa kapsamına alınacak olursa bu da işin içinden çıkılmaz bir hale sokar. Uluslarası Hukukta bir meşru müdafaa hakkı kullanmak için yapılan saldırının basit düzeyde kalmaması gerekir. Bu saldırı ciddi, etkili, ölçülebilir olmalı o ülkenin alt yapısına, ekonomisine, insanlarına zarar vermelidir.

-Siber saldırı yapanların tespiti yapılabilmelidir. Bir önceki konuda bahsettiğimiz üzere siber dünyada isnat edilebilirlik meselesi en zor meselelerden biridir. Tespit oldukça zor bir durumdur. VPN denilen yazılımlarla, birkaç farklı ülkeden organize yapılan veya başka bir ülke üzerinden yapılan saldırılar tespiti zorlaştırmaktadır. Meşru müdafaa hakkını kullanabilmek için tespitin yapılıp saldırıyı yapanla illiyet bağının kesin anlamda kurulması gerekmektedir.

- Son olarak ta meşru müdafaa hakkının genel şartlarından olan gereklilik ve orantılık yerine gelmelidir. Yapılan siber saldırıya karşı meşru müdafaa hakkı gerçekten de o devlet için gerekmelidir. Her siber saldırıda gereklilik yöntemi çalıştırılıp gereklilik şartı sağlanıyorsa cevap verilmelidir. Verilecek bu saldırı orantılı bir şekilde yapılmalıdır. Ayrıca son çare ilkesi gözetilmeli bütün hukuki argümanlar kullanıldıktan sonra meşru müdafaa hakkına çözüm yöntemi kalmazsa başvurulmalıdır.

Eğer bir siber saldırı klasik anlamda silahlı saldırı seviyesinde fiziki, ekonomik yıkımlara yol açıyorsa, bu saldırıyı yapan karşı tarafın tespiti doğru bir anlamda yapılıp illiyet bağı kurulduysa ve son olarak bu saldırıya karşı cevap gerekliyse orantılı bir şekilde siber saldırılara karşı meşru müdafaa hakkı kullanılabilir.

SONUÇ

Çok dinamik bir sürece sahip olan siber dünyada her an bir saldırı gerçekleşmektedir. Bu saldırılar devletleri çok zor durumlara sokmaktadır. Artık devletler kara, hava, deniz cephesinden çarpışmayı bırakıp siber uzayda çarpışmaya başlamışlardır. Geleceğinde en büyük savaşları olacak olan siber savaşlar günümüzün en çok tartışılan konularından biridir. Siber savaş ve saldırıların uluslararası hukukta yerine ilişkin sadece yorumlar yapılarak sonuçlara ulaşılabilir. Uluslararası Hukukun en önemli antlaşmalarından biri olan Birleşmiş Milletler Antlaşması 1945 yılında imzalandığı dönemde siber saldırı kavramı bile yoktu. Klasik anlamda silahlı saldırılar vardı. Halen daha o dönemin antlaşmasını kullandığımızdan ve sürecin çok dinamik olmasından bu antlaşma günümüzdeki olaylara cevap verememektedir. Tarihsel bir yorum yapılarak antlaşmanın yazıldığı dönemdeki silahlı saldırı kavramının koyulma amacına bakılacak olursa bu amacın devletleri korumak olduğu anlaşılabilmektedir. Artık siber saldırılarda devletlere zarar verdiği için bir silahlı saldırı sayılabilir. ABD ve Avrupa Birliği (AB) ülkeleri bu durumu kabullenmektedir. Çünkü siber saldırıda en büyük zararı görebilecek ülkeler olduklarından dolayı. Ancak her ülke kendi çıkarına uyan şekilde yorumlamaktadır. Bu durumda kesin bir çözüm bulmayı zorlaştırmaktadır.

Çözüm olarak bununla ilgili yapılan Tallinn El Kitabı gibi çalışmalar yapılıp kesin bir yaptırımı olan antlaşmalar ortaya çıkarılmalı veyahut geçerli anlaşmalar siber dünyaya göre evrimleşmelidir. Bu çalışmalarda da "siber saldırı" kavramının net bir tanımının yapılması, hangi düzeyde saldırıların siber saldırı sayılacağı, siber savaşın nasıl ortaya çıkacağı, isnat edilebilirlik meselesinde nasıl bir çözüm yolu bulunacağı, hangi durumlarda meşru müdafaa şartlarının siber

saldırı anlamında oluşacağının kesin çizgilerle belirtilmesi gerekmektedir. Konunun en başından beri bahsedildiği üzere siber dünyanın çok hızlı gelişmesi, yayılımının çok hızlı olması ve her an kendine yeni bir özellik eklemesi çalışma sürecini zorlaştırmaktadır.

KAYNAKÇA

1. Kitaplar

Başeren, S. (2003). Uluslararası hukukta devletlerin münferiden kuvvet kullanmalarının sınırları. Ankara: Ankara Üniversitesi Basım Evi.

Gibson, W. (2016). Neuromancer. Altı Kırk Beş Basın Yayın.

Gümüşbaş, A. (2016). Siber savaş hukukunda meşru müdafaa hakkı ve isnat edilebilirlik: stuxnet ve aramco saldırıları, Türk-Arap ilişkileri: çok boyutlu güvenlik inşası karşılıklı bağımlılık için sektörel ve finansal derinleşme. İstanbul: TASAM Yayınları Uluslararası İlişkiler Serisi.

Gündüz, A. (2015). Milletlerarası hukuk temel belgeler örnek kararlar. İstanbul: Beta Yayınları.

Harari, N. Y. (2018). 21.yüzyıl için 21 ders. İstanbul: Kolektif Yayınları.

Singer, P. ve Allan, F. W. (2015). Siber güvenlik ve siber savaş. Ankara: Buzdağı Yayınevi.

Taşdemir, F. (2006). Uluslararası terörizme karşı devletlerin kuvvete başvurma yetkisi, Ankara: USAK.

2. Makaleler, Bildiriler, Diğer Basılı Yayınlar

Brandon V. and Ryan Maness C.(2015). Cyber War Versus Cyber Realities: Cyber Conflict in the International System, Oxford University Press, 2015.

Bruno S. (1999). 'NATO, the UN and the Use of Force: Legal aspects, European Journal of International Law, Vol. 10.

Canlı, M. (2013). Siber güvenlik. Ankara Siyasal ve Ekonomik Araştırmalar Merkezi Raporu, Ankara, 8.

Çalışma Grubu 4, E-Devlet Uygulamalarında güvenlik ve güvenilirlik yaklaşımları, Türkiye Bilişim Derneği.

Çelik, Ş. (2013). Stuxnet Saldırısı ve ABD'nin siber savaş stratejisi: uluslararası hukukta kuvvet kullanmaktan kaçınma ilkesi çerçevesinde bir değerlendirme. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 1, s. 161.

Herbert, S. L. (2010). Offensive cyber operations and the use of force. Journal of National Security Law&Policy, 4/63, 63.

Johnson, A. P. (2002), Is it time for a treaty on information Warfare?. International Law Studies, 76, 439-455.

Kasapoğlu, C. (2017). Hayaletlerin izlerini sürmek: uluslararası nitelikteki siber saldırıların soruşturulması. EDAM Siber Politikalar ve Dijital Demokrasi Yayınları, 4, 1.

O'Connel, M.E. (2012). American exceptionalism and the ınternational law of self defense. Denver Journal Of International Law And Policy, Issue 1, s. 45.

Rich, T. (2012). Cyber War will not take place in. Strategic Studies, V.35, I.1, s.5-32.

Ronald D. (2011). Tracking the emerging arms race in cyber space. Bulletin of the Atomic Scientists.1-8.

Schmitt, M.N. (2010). Cyber operations in International law, The use of force, Collective Security, Self Defence and Armed Conflict.

Todd, G. H. (2009). Armed attack in cyberspace: deterring asymmetric warfare with an asymmetric definition', Vol.64, CyberLaw Edition, TheAir Force LawReview, s. 98

US DoD (2010). Department of Defense Dictionary of Military and Associated Terms.

Yayla, M. (2012). Uluslararası hukukta siber saldırılara karşı kuvvet kullanma. TBB Dergisi, 107, s.201.

Watts, S. (2011). Low-Intensity computer network attack and self defense", International law studies Series, US Naval War College, Vol. 87, s.75.

3. Tezler

Altıner, S. (2009). Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma Yasağı. Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Çankaya.

4. Elektronik Kaynaklar

BM Sözleşmesi. (1945). https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/3-30.pdf adresinden erişildi. (ET. 17.05.2021).

Doğru, M. Siber Harekatın Uluslararası Hukuk Çerçevesinde Analizi. 106.pdf (ab.org.tr)

Fahri, İ. (2019). Siber savaşa uygulanacak hukuk hakkında Tallinn el kitabı - PDF Free Download(docplayer.biz.tr) Tallinn Manual by NATO CCD COE - issuu

Manila Declaration. (1982). https://peacemaker.un.org/node/91 adresinden erişildi. (E.T. 20.06.2021).

NATO Cyber Concept . (2011). https://www.nato.int/nato_static/assets/pdf/pdf_2011_08/20110819_110819-policy-cyberdefence.pdf adresinden erişildi. (E.T. 01.06.2021).

Özel, C. ve Ahi, M. G. (2003). Bilişim Suçlarında Usul ve Sorumluluk Sistemi Üzerine Öneriler", http://www.turkhukuksitesi.com/makale_179.htm adresinden erişildi. (E.T.13.10.2019).

White House (2003). The National Strategy to Secure Cyber space. http://www.wired.com/threatlevel/2010/03/schmidt-cyberwar adresinden erişildi. (E. T. 10.11.2020).

VERGİ HUKUKUNDA KANUN YOLUNDAN VAZGEÇME

Mehmet Fuat Yıldırım[1]

Kocaeli Üniversitesi

ORCID NO: 0000-0003-3297-2683

Öz

Vergi hukukunda çeşitli gerekçelerle başvurulan yargı dışı çözüm mekanizmalarına 07.12.2019 tarihinde resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe konan 7194 sayılı kanunla; 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 379. maddesinin yeniden düzenlenmesi suretiyle bir yenisi eklenmiştir. Bu ekleme Kanun Yolundan Vazgeçme müessesesidir. Niteliği itibari ile diğer yargı dışı yollardan ayrılan bu müessese; mükellefin istinaf veya temyiz kanun yoluna başvurmaktan vazgeçmesine mukabil idarece vergi ve/veya cezalarda, belli oranlarda indirim yapılması esasına dayanmaktadır. Nispeten yeni bir mekanizma olan kanun yolundan vazgeçme müessesesi idare ile mükellef arasında sadece yargılama aşamasından önce mümkün olan idari çözüm ihtimalini yargılama aşamasında da mümkün kılması bakımından nazar-ı dikkate şayandır. Bu çalışmada Kanun Yolundan Vazgeçme müessesesi usul ve esaslarıyla incelenecek ve oluşması muhtemel sorunlara dikkat çekilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Kanun Yolundan Vazgeçme, İdari Çözüm Yolları, Verginin Yasallığı İlkesi, Suç Ve Cezaların Kanuniliği ilkesi

GİRİŞ

Kamu giderlerinin karşılanması amacıyla herkesten mali gücü nispetinde alınan vergiler anayasal bir yükümlülük niteliğinde olup mülkiyet hakkıyla yakından ilgilidir. Bu yükümlülüğün ifası sırasında vergi mükellefleri ile vergilendirmeye ilişkin işlemleri (Tarh, Tahakkuk, Tebliğ ve Tahsil) yürüten vergi idaresi arasında muhtelif nedenlerle uyuşmazlıklar meydana gelebilmektedir.

Hukuk Devleti olmanın bir gereği olarak idarenin her türlü eylem ve işleminde olduğu gibi vergilendirmeye ilişkin işlemlerde de yargısal denetime açık olduğundan vergi uyuşmazlıkları karşısında taraflar yargı yoluna başvurabilmektedir. Bununla birlikte gerek mahkemeler üzerinde iş yükünün ağırlığı gerekse yargılamanın uzun sürmesi halinde yaşanabilecek hak kayıpları

[1] Kocaeli Üniversitesi Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi (University of Kocaeli Public Law Graduate Student With Thesis)

dikkate alınarak bir hukuk politikası olarak vergi uyuşmazlıklarının henüz yargı yoluna başvurulmadan çözüme kavuşturulmasına yönelik idari çözüm mekanizmaları ihdas edilmiştir. Vergi hukukunda bu çözüm mekanizmalarına başvurup başvurmamak ilgilinin ihtiyarında olup bu mekanizmaların varlığı bizatihi yargıya başvurulmasına engel teşkil etmemektedir. 213 Sayılı Vergi Usul Kanununda düzenlenen ve yargı yoluna başvurmadan tüketilebilecek bu idari çözüm mekanizmalarına uzlaşma, cezada indirim, hata düzeltme ve izaha davet kurumları örnek gösterilebilir. Belirtildiği gibi idari çözüm mekanizmaları genel olarak vergi uyuşmazlıklarının yargıya taşınmadan çözümünü amaçlıyor olmasına rağmen Vergi Usul Kanununun 379. Maddesinin yeniden düzenlenmesi suretiyle getirilen "Kanun Yolundan Vazgeçme" kurumu niteliği itibariyle diğer çözüm mekanizmalarından ayrılmaktadır. Zira bu kurum yargı yoluna başvurulup bir mahkeme kararı alındıktan sonra kullanılabilmekte olup ve uyuşmazlığın yargılama süreci uzamadan çözülerek istinaf veya temyiz mercilerinin iş yükünün azaltılmasını amaçlamaktadır. Bu yönüyle yarı yargısal yarı idari nitelikte bir çözüm mekanizması olduğu söylenebilir.[2]

Uyuşmazlık çözüm metodu olarak Kanun yolundan vazgeçme; belli şartların sağlanması halinde mükellefin bir mahkeme kararına karşı başvurabilecek konumda olduğu kanun yolundan vazgeçmesi halinde kanunda belirtilen nispette vergi aslı ve/veya vergi cezasında indirim yapılmasının ifade etmektedir. Bu çalışmada vergi yargılamasında henüz yeni olarak nitelendirilecek bir konumda olan kanun yolundan vazgeçme müessesi genel olarak ele alınarak değerlendirmesi yapılacaktır.

KANUN YOLUNDAN VAZGEÇME MÜESSESESİ

1. GENEL OLARAK

Kanun yolu kavramı alt dereceli yargı mercilerince verilen kararların denetlenmesi amacıyla yüksek dereceli mahkemelere başvurulmasını ifade eder.[3] İdari yargılama hukukumuzda değer itibari ile belli eşiği aşan uyuşmazlıklar bakımından istinaf ve temyiz kanun yollarına başvuru imkânı bulunmaktadır. Vergi hukuku açısından kanun yolundan vazgeçme kavramı ise temelde vergilendirmeye ilişkin uyuşmazlıkların çözümü amacıyla yargı yoluna başvurulduktan sonra verilen karara karşı istinaf ve/veya temyiz kanun yoluna başvurma hakkından vazgeçildiği takdirde mükellefe belli şartlar dâhilinde vergi aslı ve/veya vergi cezasında belli oranlar nispetinde indirim yapılması esasına dayanmaktadır. Bu vesileyle uyuşmazlığın yargı süreci uzamadan çözümünü gaye edinen uyuşmazlık çözüm mekanizmasıdır.

Kanun yolundan vazgeçme; vergi uyuşmazlıklarının çözümünde yargının iş yükünü hafifletecek, dostane çözüm imkânı sunarak idarenin vatandaşla mücadeleci bir şekilde karşı karşıya kalmasını

[2] ŞENYÜZ, Doğan, "Uyuşmazlık Çözüm Yolu Olarak "Kanun Yolundan Vazgeçme" ve Benzer Müesseselerle Karşılaştırılması" Mali Hukuk Dergisi Cilt:16, Sayı:185 s.1171
[3] YILMAZ, Ejder. Hukuk Sözlüğü, Yenilenmiş 6. Baskı, Ankara Yetkin Yayınları, 2015,s.392

önleyecek nitelikte olan[4] "Yargı Dışı", "İdari" veya "Barışçıl" olarak isimlendirilen mekanizmalardan niteliği itibari ile farklılaşan bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira kanun yoluna başvuru hakkı doğuracak bir yargı kararına ihtiyaç duyması yönüyle yargısal; bu kararı esas alan bir idari başvuru üzerine sonuç doğurması yönüyle idari bir çözüm mekanizmasıdır. Bu nedenle kanun yolundan vazgeçmenin kendine özgü (suigeneris) bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu söylenebilir.[5]

Bu müessese daha önceden af kanunu olarak nitelendirilebilecek olan 6736 ve 7143 sayılı kanunlarda istisnai olarak düzenlenmiştir.[6] Ancak genellik ve devamlılık arz eder nitelikte bir düzenleme ilk kez 07.12.2019 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 7194 sayılı kanunla 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mülga durumdaki 379.maddesi yeniden düzenlenmesi suretiyle getirilmiştir.[7]

Bu müesseseye başvuran mükellefin vergi aslı ve/veya cezaları bakımından bazı indirimlerden yararlanıyor olması bir avantaj olarak nitelendirilebilse de idarenin eylem ve işlemlerini hukuka uygun olarak gerçekleştirmesi ihtimalini azalttığı yönünde görüşlerde bulunmaktadır.[8] Şöyle ki idarenin yaptığı işlemlerin yargı denetiminden geçmesi idareyi hukuka uygun düzenlemeler yapmaya zorlaması beklenecekken kanun yolundan vazgeçme müessesesi ile işlem istinaf veya temyiz denetiminden geçmeden yani idari işlemin hukuka uygunluğu tartışılmadan yargı süreci sonlandırılmaktadır. Bu durum yapılan indirimlerle anlık tatmin sağlanarak hukuka uygun işlem yapılmasına ilişkin yargısal erki egale etme girişimi olarak nitelendirilerek eleştirilere konu olmuştur.[9] Belirtmek gerekir ki yargı dışı çözüm yollarının temel amacı yargının iş yükünün azaltılmasıdır. Bu yönüyle bakıldığında hemen hemen her uyuşmazlık çözüm yolu yargı denetiminden kaçış olarak nitelendirilebilecektir. Ancak uygulama dikkate alındığında uyuşmazlıkları kısa sürede çözüme kavuşturma imkânı veren bu mekanizmalar yargı yolunun tamamlayıcısı niteliğindedir. Yani amacın yargı yolunun tüketilmesi değil uyuşmazlığın çözülmesi olduğu dikkate alınırsa kanun yolundan vazgeçme müessesesinin yargı denetiminden kaçış olduğu yönündeki eleştiri kanımca yerinde değildir.

2. TANIMI VE AMACI

Vergi Usul Kanununun 379. Maddesinin yeniden düzenlenmesi ile ihdas edilen "Kanun Yolundan Vazgeçme" müessesesi vergi mahkemesince verilen istinaf yolu açık kararlar ile bölge idare

[4] ÖZBEK, Mustafa(2005) "İdarî Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller" TBB Dergisi, Sayı 56, s.95
[5] ŞENYÜZ, a.g.m s.1171
[6] SARAÇOĞLU; Fatih/ KAHRAMAN, Birkan, "Kanun Yolundan Vazgeçme Müessesesinin Değerlendirilmesi", Malî Hukuk Dergisi, Cilt No: 15, Sayı No.: 180, 2019, s.2674
[7] AKINCI AŞÇI, Nuray (2020) "Vergi Hukukunda Kanun Yolundan Vazgeçme" Terazi Hukuk Dergisi Cilt:15, Sayı. 172, s. 2467
[8] SARAÇOĞLU/ KAHRAMAN a.g.m s.2671
[9] Nedim Türkmen, "Amaç Yargı Denetiminden Kaçmak mı Tahsilat mı?", Sözcü Gazetesi, 4.11.2019, https://www.sozcu.com.tr/2019/yazarlar/nedim-turkmen/amac-yargi-denetiminden-kacmak-mi-tahsilat-mi-5428325/, Erişim Tarihi: 18.12.2020.

mahkemesince verilen temyiz yolu açık kararlarda mükellefin kanun yoluna başvurma hakkından feragat etmesi buna mukabil idarenin belli oranlarda indirim yapması esasına dayanmaktadır. Gerekli şartlar altında başvuru yapan mükellefin vergi ve/veya cezasında indirim yapıldığı gibi bu indirim sonucunda ödenecek tutarın vadesinde ve gecikme faizi ile ödenmesi halinde %20 oranında bir indirim daha söz konusu olmaktadır.

Bu bağlamda kanun yolundan vazgeçme müessesi temelde "Mükellefin vergi mahkemesinin istinaf yolu açık kararları ile bölge idare mahkemelerinin temyiz yolu açık kararlarına karşı kanun yoluna başvurma hakkından feragat etmesi ve gerekli şartların sağlanması halinde; idarenin de uyuşmazlığı devam ettirmeyerek sonlandırması ve mükellefin feragati mukabilinde vergi ve/veya cezasında indirim yapması bu tutarın vadesinde ve gecikme faiziyle ödenmesi halinde %20 oranında ek indirim uygulanmasına ilişkin uyuşmazlık çözüm yolu." şeklinde tanımlanabilir.

Kanun yolundan vazgeçmeye ilişkin hükmün gerekçesi dikkate alındığında müessesesinin genel olarak vergi ihtilaflarının süratle çözümlenebilmesi ve yargı mercilerinin iş yüklerinin azaltılması gibi diğer yargı dışı çözüm yollarıyla benzer amaçlara ek olarak idare ile mükellefin her aşamada anlaşabilmesi amacına binaen getirildiği söylenebilir. Böylece yargı yolunun uzaması önlenerek muhtemel maddi külfet ve zaman kaybına mahal verilmemiş olacaktır.

3. KAPSAMI

Kanun yolundan vazgeçme müessesesinin kapsamı; Vergi türü bakımından, Tarhiyat türü bakımından, Cezanın türü bakımından, Kararın niteliği bakımından olmak üzere dört başlık altında incelenebilir

- Vergi Türü Bakımından

İlk olarak belirtilmelidir ki; VUK m 2'nin *"Gümrük idareleri tarafından alınan vergi ve resimler bu Kanuna tabi değildir."* Şeklinde ki amir hükmü gereğince VUK kapsamında bir çözüm yolu olarak kanun yolundan vazgeçme müessesesine gümrük vergilerine ilişkin uyuşmazlıklar bakımından başvurulamayacaktır.[10]

- Tarhiyat Türü Bakımından

Bakanlık tarafından 20.02.2020 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan 517 Sıra No.lu VUK Genel Tebliğinin "Amaç ve Kapsam" başlıklı 1. Maddesi uyarınca kanun yolundan vazgeçme müessesesine re'sen, ikmalen ve idarece yapılan vergi tarhiyatları ile vergi cezalarına ilişkin ihbarnamelere karşı açılan davalarda başvurulabilecektir. Bu durumda ihtirazı kayıtla verilen beyannameye dayalı olarak tahakkuk eden vergilere karşı açılan davalar ile şikâyet yoluyla

[10] ŞENYÜZ, a.g.m s. 1168

müracaatın reddi üzerine açılan davalar gibi ihbarnameye dayanmayan davalar için kanun yolundan vazgeçme müessesesinden faydalanılamamaktadır.[11]

- Cezanın türü bakımından

Uyuşmazlık çözüm yollarında kapsam mevzu bahis olduğunda ilk akla gelen sınırlandırmalardan biri VUK m.359 uyarınca kesilen cezalarına ilişkin uyuşmazlıklar için başvurulup başvurulamayacağıdır. Madde metni dikkate alındığında kaçakçılık suçuna ilişkin cezalara karşı açılan davalarda diğer şartların sağlanması halinde kanun yoluna başvurma müessesinden yararlanılabileceği görülmektedir.[12]

- Kararın niteliği bakımından

Mükellefin bir uyuşmazlıkta Kanun yolundan vazgeçme müessesesine başvurabilmesi uyuşmazlığa ilişkin karara karşı kanun yoluna başvuru hakkının olması halinde mümkündür yani kesinlik arz eden kararlar karşısında bu müessese bir çözüm yolu olarak karşımıza çıkmayacaktır. Belirtilmelidir ki kanun yolunun açık olması hususu karara konu davanın değerine ilişkin olduğu kadar niteliği itibariyle de kanun yoluna açık olmasını ifade etmektedir. Örneğin ilk inceleme üzerine verilen kararların bir kısmına karşı kanun yolu kapalı olduğu belirtilmiştir; bu nedenle bu kararlara karşı kanun yolundan vazgeçme müessesesi kullanılamayacaktır.

Bununla birlikte karara karşı kanun yolunun açık olması kanun yolundan vazgeçme müessesesi kapsamında olduğu anlamına gelmemektedir. Örneğin İYUK m. 15'te ilk inceleme üzerine verilen bazı kararlara karşı kanun yoluna başvurulabileceği belirtilmişse de bu hususlarda verilen kararlar kanun yolundan vazgeçme müessesesi kapsamında değerlendirilemeyecektir. Zira bu hususlarda verilen kararlar usule ilişkin olup bunlara karşı kanun yoluna başvurmaktan vazgeçilmesi m.379'un amacıyla örtüşmeyecektir.[13]

Aynı şekilde Danıştay dava dairelerinin ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktıkları davalar sonucunda verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabilse de 379. madde metninde *"...vergi mahkemesince verilen istinaf yolu açık kararlar ile bölge idare mahkemesince verilen temyiz yolu açık kararlarda..."* şeklinde ki açık ifadesinden bu kararların kanun yolundan vazgeçme kapsamı dışında tutulduğu anlaşılmaktadır.[14]

Kanun yolundan vazgeçme müessesesinin kapsamına ilişkin son istisna olarak Danıştay'ın bozma kararı üzerine verilen kararlar gösterilebilir. Bu kararlar madde metninde açık hüküm şeklinde kapsam dışı tutulmuştur. Bu sınırlandırmanın temelinde kanun yolundan vazgeçme müessesi ile

[11] YALÇIN, Şahin(2020). "Vergi İhtilaflarının Hızlı Çözümlenmesinde Yeni Bir Uygulama: Kanun Yolundan Vazgeçme" Vergi Sorunları Dergisi, Sayı:380 s.85
[12] YALÇIN, a.g.m s.84
[13] GAFFAR, Uğur Hakan(2020). "Kanun Yolundan Vazgeçme Müessesesi" Vergi Sorunları Dergisi, Sayı:379 s.125
[14] ŞENYÜZ, a.g.m s.1175

elde edilmek istenen amacın bu kararlar açısından elde edilmeyeceğine yönelik anlayışın yattığı söylenebilir.

4. BAŞVURU

Kanun yolundan vazgeçme müessesesine başvurma hakkı yalnızca mükellefe tanınan bir hak olup davalı idarenin kanun yoluna başvurmamış olması müesseseden faydalanmasına imkân tanımaz. Bu durum kanun yolundan vazgeçmeyi mükellef hakkı olarak nitelendirilebileceğini ortaya koymaktadır.[15] İdare yapılan başvuruyu yalnızca gerekli şartları sağlaması yönünden inceleyecektir. Şartların sağlanması halinde idarenin kanun yolundan vazgeçme müessesesinden yararlanması hususunda bir ihtiyar sahibi değildir. İdarenin bu hususdaki yetkisinin bağlı yetki olduğu söylenebilir.[16]

A. KOŞULLAR

1. VERGİ/CEZA İHBARNAMESİNE KARŞI SÜRESİ İÇİNDE DAVA AÇILMIŞ OLMASI

Vergi ödevine ilişkin uyuşmazlıklardan temeli kesin ve yürütülmesi zorunlu olan bir idari işleme dayananlara karşı vergi mahkemelerinde dava açmak mümkündür.(İYUK m14/3-d) Bu nitelikteki işlemlere vergi ve ceza ihbarnameleri, ödeme emri, tahakkuk fişi, düzeltme veya şikâyet başvurularının reddi örnek verilebilir.[17] Kanun yolundan vazgeçme müessesesi bu işlemlerden vergi veya ceza ihbarnameleri dışındakiler için uygulanamamaktadır. Ayrıca beyannameye dayalı tarhiyatlarda ihtirazı kayda binaen açılan davalar hususunda da kanun yolundan vazgeçmek mümkün olmayacaktır.(517 Sıra No.lu VUK Genel Tebliği madde 1) Açılan davanın VUK m 359 uyarıca yapılan işleme karşı olması tek başına kanun yolundan vazgeçme müessesesinden faydalanmaya engel değildir. Yani diğer şartlarında sağlanması halinde kaçakçılık suçuna ilişkin uyuşmazlıkları konu alan kararlar için de KYV yoluna gidilebilecektir.

Kanun yolundan vazgeçmenin şartlarından biri de ihbarnameye karşı açılan davanın süresinde açılmış olmasıdır.(VUK m 379) Bu süre vergi mahkemelerinde tebliğden itibaren 30 gündür. Bu nedenle davanın süresinde açılmadığı gerekçesi ile reddedilen davalarda karara karşı kanun yoluna başvurulabilecek olsa da kanun yolundan vazgeçme müessesesinden faydalanamayacaktır. Ancak süre yönünden ret kararına karşı kanun yoluna başvurulur ve buna binaen başvurulan merci davanın süresinde açıldığına karar verirse bu halde mahkemenin esasa ilişkin vereceği yeni karar için şartları sağlaması kaydıyla müesseseden faydalanmak mümkün olacaktır.

[15] ŞENYÜZ, a.g.m s. 1176
[16] GAFFAR, a.g.m s.124
[17] GAFFAR, a.g.m s.125 (Ayrıntılı bilgi için bakınız Selim Kaneti, Esra Ekmekci, Gülsen Güneş, Mahmut Kaşıkçı, Vergi Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019, s.479)

2. MAHKEMECE DAVANIN ESASINA İLİŞKİN BİR KARAR VERİLMİŞ OLMASI

Kanun yolundan vazgeçmek müessesesi başvurulabilecek bir kanun yolu olması halinde kullanılabilecektir. Ancak belirtilmelidir ki yalnızca kanun yoluna başvuru hakkının bulunması müesseseye başvurma imkânı vermesi bakımından yeterli değildir. Zira uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kanun yolundan vazgeçme müessesesi idare ile mükellef arasında bir ihtilafa ilişkin verilen bir karar olması halinde kullanılabilecektir. Bu karşılık mahkemenin esasa ilişkin olmayan yani uyuşmazlığın tarafları arasında bir ihtilaftan ziyade tarafların yaptığı usul işlemlerinin yasaya aykırı olmasından kaynaklanan kararlardır. Bu nitelikteki kararların bir kısmı zaten kanun yolunun açık olmadığı kararlardır. Ancak kanun yolunun açık olduğu usule ilişkin kararlar için de kanun yolundan vazgeçme müessesesinin işletilemeyeceği zira bu durumun müessesenin amacı ile bağdaşmayacağı nedeniyle kabul edilmelidir.[18]

3. VERİLEN KARARIN İSTİNAF VEYA TEMYİZE TABİ BİR KARAR OLMASI

Kanun metninde bu şartın varlığına delalet eden *"...vergi mahkemesince verilen istinaf yolu açık kararlar ile bölge idare mahkemesince verilen temyiz yolu açık kararlarda (Danıştay'ın bozma kararı üzerine verilen kararlar hariç)..."*ifadelerinin tam anlamıyla şartı karşılamadığı söylenebilir. Zira kapsam başlığı altında da belirtildiği gibi kendisine karşı kanun yolu başvurusu yapılabilen bazı kararlar için KYV müessesesine başvurulamamaktadır. Örneğin İYUK m 15 uyarınca ilk inceleme üzerine verilen kararların bir kısmına karşı kanun yoluna başvurma imkânı olmakla birlikte bu kararlar usule ilişkin olduğundan KYV müessesesi kapsamında kabul edilmemektedir.[19] Aynı şekilde Danıştay dava dairelerinin ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktıkları davalar temyizi kabil kararlar arasında yer alsa da hükümde açıkça vergi mahkemeleri ve bölge idare mahkemelerinin verdiği kararların sayılmış olması Danıştay'ın bu kararlarının KYV kapsamı dışında bırakıldığını ortaya koymaktadır.

İstinaf veya Temyiz yolunun açık olması temelde dava değeriyle de ilişkilidir.2020 yılı itibariyle vergi mahkemelerince bakılan davlarda konusu 7000 TL'yi aşmayanlar için verilen kararlar kesin nitelikte olup istinaf başvurusuna kapalıdır.(İYUK M 45) Bu nedenle bu kararlar için kanun yolundan vazgeçilmesi mümkün olmayacaktır. Aynı durum bölge idare mahkemelerinde görülmekte olan davalardan konusu 176.000 TL'yi aşmayanlar hakkında verilen kararlar içinde geçerlidir. Bunlara karşı temyiz yolu kapalı olduğundan KYV müessesesinden yararlanamayacaktır.

4. KANUN YOLUNDAN VAZGEÇME BAŞVURUSUNUN SÜRESİ İÇİNDE YAPILMIŞ OLMASI

KYV başvurusunun mahkemenin kararına karşı kanun yoluna gidilebilecek süre içinde yapılmış olması gerekmektedir. Bu süre istinaf kanun yolu için istinaf edilecek kararın tebliğinden itibaren

[18] GAFFAR, a.g.m s.125
[19] ŞENYÜZ, a.g.m s.1175

30 gündür.(İYUK m.45/1) Aynı şekilde temyiz kanun yolu başvuru süresi temyiz edilecek kararın tebliğinden itibaren 30 gündür.(İYUK m.46)

5. KANUN YOLUNDAN VAZGEÇİLDİĞİNE İLİŞKİN DİLEKÇENİN İLGİLİ VERGİ DAİRESİNE VERİLMESİ

Mükellefin başvuru süreci içinde kanun yoluna başvurmamış olması vergi hukuku anlamında kanun yolundan vazgeçme sonucunu doğurmayacaktır. Bu nedenle kanun yolundan vazgeçme müessesesinden yararlanmak isteyen mükellefin bu iradesini içeren dilekçeyle başvuru yapması gerekmektedir.[20] Genel olarak kanun yolundan feragatin sonuç doğurması kararı veren mahkemeye yöneltilmesi ile mümkünken[21] VUK m.379 uyarınca kanun yolundan feragat müessesesinin kullanılmasına ilişkin dilekçenin ilgili vergi dairesine yöneltilmesi aranmaktadır. Yani gerekli tüm şartları taşıyan bir dilekçenin mahkemeye verilmesi halinde KYV müessesesinden faydalanılamayacak bu nedenle basit bir usul hatası yargılamanın uzaması neticesini doğuracaktır. Bu hususta başvuru dilekçesinin ilgili vergi dairesine verilmesi ile mahkemeye verilmesinin aynı sonucu doğuracağına ilişkin kanuni bir düzenleme yapılması gerektiği görüşün[22] tercihe şayan olduğu kanaatindeyim. İlgili vergi dairesinin vergi/ceza ihbarnamesini tanzim eden vergi dairesi olduğu 517 sıra no.lu genel tebliğde belirtilmiştir.

Madde metninde geçen "…dava konusu vergi ve/veya vergi cezalarının tümü için kanun yolundan vazgeçildiğine …" ifadesi kısmi feragatin kanun yolundan vazgeçme müessesesi kapsamında olmadığına delalet etmektedir. Ancak usul hukuku açısından kısmi olarak kanun yolundan vazgeçmek isteyen mükellefin buna ilişkin iradesini mahkemeye yöneltmesinde ve buna bağlı olarak usul hukukuna ilişkin sonuçların doğmasında bir engel bulunmamaktadır.[23]

Mükellefin belirtilen şartları haiz olan kanun yolundan vazgeçme dilekçesini ilgili vergi dairesine vermesiyle başka bir işlem yapmasına gerek kalmaksızın vazgeçme dilekçesinin verildiği tarih itibariyle kanun yolundan vazgeçmiş sayılır ve buna ilişkin indirimlerden yararlanmaya hak kazanır. Bunu bir hak olarak nitelendirilmesinde idarenin bu hususstaki yetkisinin bağlı yetki olması nedeniyledir. Dilekçenin posta yoluyla gönderilmesine ilişkin m.379 da bir düzenleme bulunmamakla birlikte genelgede bu durum tanzim edilmiştir. Buna göre dilekçenin taahhütlü posta veya APS ile gönderilmesi hâlinde postaya verildiği tarih başvuru tarihi kabul edilecektir. Ancak dilekçenin adi posta ile gönderilmesi veya özel dağıtım şirketleri tarafından getirilmesi hâlinde ise vergi dairesinin kayıtlarına geçirildiği tarihin başvuru tarihi kabul edileceği düzenlenmiştir. Bu durum; başvurunun süreye tabi olduğu düşünüldüğünde postada yaşanacak sorunlar nedeniyle mükellefin KYV müessesinden faydalanamaması sonucunu doğurabilecektir. Ayrıca bu durumun mükellefler arasında eşitsizlik doğuracağını belirtmek yanlış olmayacaktır.

[20] AKINCI AŞÇI, agm. s. 2473
[21] GAFFAR a.g.m s. 128
[22] ŞENYÜZ, a.g.m s.1181
[23] GAFFAR a.g.m s.128

Bu bağlamda yaşanacak mağduriyeti önlemek amacıyla her iki ihtimalde de postaya veriliş tarihi esas alınması yerinde olacaktır.[24]

B. SONUÇLARI

1. TAHAKKUK EDECEK VERGİ VE/VEYA CEZALAR BAKIMINDAN;

Kanun yolundan vazgeçme müessesesi mükellefler yargı yolunu uzatmamaya teşvik etmek amacıyla kanun yolundan vazgeçilmesi halinde mükellef hakkında vergi ve /veya cezalarını belli oranlarda indirimli olarak tahakkuk edeceği öngörülmüştür. Hükümde oranlar belirlenirken öncelikle başvuru kapsamına göre ayrım yapılmıştır:

- Tek başına dava konusu edilmiş vergi asılları
- Müstenidi olan Vergi aslı ile birlikte dava konusu edilmiş vergi ziyaı cezaları,
- Müstenidi olan Vergi aslı dava edilmeyen vergi ziyaı cezaları,
- Kaçakçılık suçunda iştirak haline kesilen vergi ziyaı cezaları,
- Usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezaları

Uygulanacak oranlar belirlenirken ise kanun yolundan vazgeçilen kararda mahkemenin tasdik ettiği veya kaldırdığı miktarlar üzerinden değerlendirme yapılmıştır. Belirtmek gerekir ki vergi davalarında lafız itibariyle tasdik veya kaldırma şeklinde kararlar verilmemektedir. Bu kavramlarla ifade edilmek istenen mahkemece davanın kabulüne veya reddine karar verilmesidir.[25] Madde doğrultusunda tahakkuk edecek tutarlar şu şekildedir:

Vergi aslının tek başına dava edildiği veya vergi ziyaı cezası ile birlikte dava edildiği hallerde; Tasdik edilen (mahkemece reddine karar verilen) vergi aslının tamamı ile kaldırılan (mahkemece kabulüne karar verilen) vergi aslının % 60'ı tahakkuk eder. Vergi ziyaı cezası ise tasdik edilen tutarın %75'i tahakkuk edecek kaldırılan ceza ise tahakkuk etmeyecektir.

Vergi aslı dava edilmeyen vergi ziyaı cezaları, kaçakçılık fiiline iştirak nedeniyle kesilen vergi ziyaı cezaları, usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezaları dava edildiği hallerde ise: tasdik edilen ceza tutarının %75'i tahakkuk edecekken kaldırılan tutarın %25'i tahakkuk edecektir.[26]

Önceden de belirtildiği gibi vergi aslı ve/veya cezasının bu oranlarda tahakkuk etmesi için mükellefin şartları sağlayarak başvuru yapmak dışında ek bir işlem yapmasına gerek yoktur. Bu hususta kanun hükmü şu şekildedir: "*Vergi/ceza ihbarnamesine karşı süresinde açılan davalarda, vergi mahkemesince verilen istinaf yolu açık kararlar ile bölge idare mahkemesince verilen temyiz yolu açık kararlarda (Danıştayın bozma kararı üzerine verilen kararlar hariç);*

[24]GAFFAR a.g.m s.128
[25] YALÇIN, a.g.m s.86
[26] Bu şartlarda şunu söylemek yanlış olmaz eğer mükellefin bir vergi cezası varsa kazanma ihtimali olmasa dahi dava yoluna başvurduğunda mahkemece cezanın tamamı kabul edilse dahi kanun yolundan vazgeçerek cezanın %25 oranında eksik tahakkuk edilmesini sağlayacaktır. Bu durumun getireceği sorunlara ilerde değerlendirmeler başlığı altında değinilecektir.

1. Kaldırılan vergi tutarının %60'ı, tasdik edilen vergi tutarının tamamı ile tasdik edilen vergi tutarına ilişkin vergi ziyaı cezasının %75'i,

2. Bağlı olduğu vergi aslı dava konusu yapılmayan veya 359 uncu maddede yazılı fiillere iştirak nedeniyle kesilen vergi ziyaı cezaları ile usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezalarının kaldırılan tutarının %25'i ve tasdik edilen tutarının %75'i,

mükellef için geçerli olan kanun yoluna başvuru süresi içerisinde, dava konusu vergi ve/veya vergi cezalarının tümü için kanun yolundan vazgeçildiğine ilişkin dilekçenin ilgili vergi dairesine verilmesi şartıyla kanun yolundan vazgeçme dilekçesinin verildiği tarih itibarıyla başkaca bir işleme gerek kalmaksızın tahakkuk eder."(VUK m.379/1)

2. UYGULANACAK EK İNDİRİM BAKIMINDAN

Kanun yolundan vazgeçme müessesesinin mükellefe sağladığı menfaatler kapsamında sayılabilecek bir husus da tahakkuk eden vergi ve/veya ceza tutarının vadesinde ve gecikme faizi ile birlikte ödenmesi halinde tahakkuk eden tutar üzerinden yapılacak olan %20 oranındaki indirimdir. VUK m379/2 uyarınca kanun yolundan vazgeçme sonucunda tahakkuk eden vergi ve/veya cezalar için vade tarihi tahakkuk tarihinden itibaren bir aydır. Vadesinde ödenmemesi halinde kanun yolundan vazgeçmenin tahakkuk açısından sonuçları ortadan kalkmamaktadır. Bu halde ödenecek tutarın hesabında 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun hükümleri uygulanacaktır.(Genel Tebliğ m.7) Ayrıca hükümde *"Şu kadar ki, tasdik edilerek tahakkuk eden vergi tutarında indirim yapılmaz."* ifadeleri ile yapılacak indirimin kapsamına bir istisna getirilmiştir. Bu durumda indirim şunları kapsamaktadır:

- Kaldırılan vergi aslı için tahakkuk eden miktar,
- Tasdik edilen ceza için tahakkuk eden miktar,
- Kaldırılan vergi cezaları için tahakkuk eden miktar

Yapılacak indirimin ön şartlarından biride vergi ve/veya cezanın gecikme faizi ile birlikte ödenmesidir. Gecikme faizinin hesap usulü VUK m112/3-c kapsamında düzenlenmiştir. Bu bağlamda gecikme faizinde esas alınacak süre vergi kanunlarında belirtilen tarhiyatın ilgili bulunduğu döneme ilişkin normal vade tarihinden KYV dilekçesinin verildiği tarihe kadarki süredir. Geçen bu süreler için 6183 sayılı kanunda belirtilen gecikme zammına oranında gecikme faizi uygulanacaktır. Gecikme faizinin tahakkuk eden tutar üzerinden mi yoksa indirim sonucu kalan tutar üzerinden mi hesaplanacağı genel tebliğde açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre: gecikme faizi verginin indirimden sonra kalan %80'lik kısmı üzerinden hesaplanacaktır. Ayrıca tasdik edilen vergiler için indirim söz konusu olmadığından bunlara ilişkin gecikme faizi tahakkuk eden tutar üzerinden hesaplanacaktır.

Kanun yolundan vazgeçilen vergi ve/veya cezalara ilişkin tahakkuk etmesinden önce ödenmiş tutarların durumu genel tebliğde açıklığa kavuşturulmuştur. Bu bağlamda tahakkuktan önce

gecikme faizi ve gecikme zammı da dahil tutarlar kanun yolunda vazgeçme kapsamında ödenecek tutardan mahsup edilecektir. Bu mahsuba dayalı olarak yapılacak iadeler 6183 sayılı kanun kapsamında yapılacaktır.

3. YARGILAMA GİDERLERİ, AVUKATLIK ÜCRETLERİ VE FERİLERİ BAKIMINDAN

Kanun yolundan vazgeçme halinde yargı sürecine devam etmeme iradesini ortaya koyan mükellefe karşı idarenin uyuşmazlığı sürdürme imkânı olmayacaktır. Bu husus hükümde *"Kanun yolundan vazgeçilmesi hâlinde idarece de ihtilaf sürdürülmez."* ifadeleriyle yer almıştır. Kanun yoluna başvurulduğuna ilişkin dilekçe kendisine tevdi edilen idare bunu ilgili yargı merciine gönderecektir. Dilekçenin ilgili vergi dairesine verildiği tarih kanun yolundan vazgeçme tarihi kabul edilecek ve bu tarihten sonra yapılan istinaf veya temyiz başvuruları değerlendirmeye alınmayacaktır.

Bu şekilde yargılamanın bir aşamasında sona erdirilen uyuşmazlıklarda o aşamaya kadarki yargılama giderleri, avukatlık ücretleri ve ferilerinin durumu VUK m.379/5'te düzenlenmiştir. Bu halde taraflar karşılıklı olarak birbirlerinden yaptıkları yargılama giderleri ile avukatlık ücreti ve ferilerine ilişkin bir talepte bulunamayacakları gibi bu hususlara dayanan herhangi bir icra takibi de yapamayacaktır. Bu durumu öncelikle yargılama giderleri bakımından ele almak gerekirse; vergilendirmeye ilişkin işlemler idarece yapılmaktadır, bunlara ilişkin bir hukuka aykırılık olduğunu düşünen mükellefin dava açması gerekmektedir. Yani bir diğer deyişle idare yaptığı işlemle mükellefi yargı yoluna başvurmak zorunda bırakmaktadır. Böyle bir durumda kanun yolundan vazgeçmek suretiyle uyuşmazlık sona erdirildiği yargılama giderleri genellikle mükellef tarafından yapıldığından onun üstünde kalmaktadır. Kanaatimce bu durum hakkaniyetle bağdaşmamaktadır. Bu hususta yargılama giderlerinin mükelleften ya hiç alınmaması ya da en azından yarısının alınması KYV müessesinin kullanılmasını teşvik edilmiş olacak hem de hakkaniyete daha uygun olacaktır. Avukatlık ücreti ve ferileri açısından ele alacak olursak buna ilişkin düzenlemenin yerinde olmadığına yönelik haklı eleştiriler mevcuttur. Dava sonucunda talebi kabul görmeyen taraf karşı vekâlet ücretine mahkûm edilmektedir. Bu ücret Avukatlık Kanunu uyarınca avukata ait olup bu husus anayasa mahkemesinin kararıyla da perçinlenmiştir.[27](1136 sayılı kanun m.164/5) Kanun yolundan vazgeçme halinde avukatın hakkı olan karşı vekâlet ücretinden de feragat edilmesi sonucunun doğması ilgili yasa ve içtihatlarla öngörülmüş bir hakka gölge düşürdüğünden hatalıdır.[28]

C. UYGULAMA ÖRNEĞİ

Bu aşamada kanun yolundan vazgeçilmesinin sonucunda bir mükellefin ödemekle yükümlü tutulacağı vergi ve/veya cezaya ilişkin bir örnek vermek gerekirse:

[27] Anayasa Mahkemesi, T. 10.04.2019, E. 2017/154, K.2019/18
[28]GAFFAR, a.g.m s.132

Bir mükellefin vergi incelemesi sonucunda düzenlenen rapora binaen 200 000 TL resen KDV ve 200 000 TL vergi ziyaı cezası kesilmiş bu hususa ilişkin vergi/ceza ihbarnamesi tebliği edilmiştir. Mükellef bu ihbarnameye karşı süresinde yetkili vergi mahkemesi nezdinde dava açmış ve mahkeme davayı esastan incelemek suretiyle kısmen ret kısmen kabul kararı vermiştir. Bu karara göre mükellefe kesilen vergi aslının 100 00 TL'si için davanın kabulü ile 100 000 TL'si için davanın reddine; aynı şekilde kesilen 200 000 TL vergi ziyaı cezasının yarısı için davanın kabulü ile kalan yarısı için davanın reddine istinaf yolu açık olmak üzere karar vermiştir. Bu durum karşısında mükellef istinaf yoluna başvurmak suretiyle süreci uzatmaktan imtina ederek kanun yolundan vazgeçme müessesesini kullanmaya karar vermiş ve bu doğrultuda ilgili vergi idaresine, karara konu tüm vergi aslı ve cezaları için kanun yoluna başvurmaktan vazgeçtiğini belirten dilekçesini istinaf başvuru süresi içerisinde vermiştir. Başvurunun gerekli şartları haiz olduğunu tespit eden vergi idaresi başvuruyu kabul ederek tahakkuk edecek tutarı hesaplamıştır. Bu durumda;

- Vergi aslı bakımından:

  - Davanın kabul edilen kısmı yani mahkemece kaldırılan 100 000 TL'lik vergi aslının %60'ı olarak 60 000 TL tahakkuk edecektir.
  - Davanın reddedilen kısmı olan yani mahkemece tasdik edilen 100 000 TL'lik vergi aslının tamamı tahakkuk edecektir.

- Vergi ziyaı cezası bakımından:

  - Davada kabul edilen yani mahkemece kaldırılmasına karar verilen 100 000 TL'lik vergi ziyaı cezasının tamamı terkin edilecek.
  - Davada reddedilen yani mahkemece tasdik edilen 100 000'lik vergi ziyaı cezasının %75'i olarak 75 000 TL'si tahakkuk edecektir.

Sonuç olarak: hakkında 200 000 TL vergi aslı ve 200 000 TL vergi cezası kesilmiş olan mükellef hakkında; kanun yolundan vazgeçmesi halinde, mahkemenin verdiği karara binaen 235 000 TL vergi ve ceza tahakkuk edecektir.

Tahakkuk tarihi kanun yolundan vazgeçtiğine ilişkin dilekçeyi verdiği tarih olmak üzere madde hükmü uyarınca bu tarihten itibaren 1 ay içinde gecikme faizi ile birlikte ödenmesi gerekmektedir. Bu süre içerisinde tahakkuk eden vergi ve cezaların %80'ini hesaplanacak gecikme faizi ile birlikte ödemesi halinde mükellefin vergi ve ceza borcunda %20 indirim yapılacağı hükümde belirtilmiştir. Ancak mahkeme kararıyla tasdik edilen vergi aslı indirim dışında tutulmuştur. Bu halde indirimli olarak ödenecek tutar:

Tasdik edilen vergi aslının tamamı: 100 000 TL

Kaldırılan vergi aslının %80'i: 48 000 TL

Kaldırılan vergi ziyaı cezasının %80'i: 60 000 TL olmak üzere 208 000 TL ve bu tutar üzerinden hesaplanacak gecikme faizidir.

Mükellefin yalnızca vergi cezasını dava etmesi halinde tahakkuk oranları değişecektir. Örneğimiz üzerinden gidecek olursak mükellefin 200 000 liralık vergi ziyaı cezasını vergi aslından ayrı olarak davaya konu etmiş ve mahkemenin bu cezanın yarısını tasdik edip kalan yarısını kaldırdığını varsayalım. Bu halde ilk durumdan farklı olarak kaldırılan cezanın tamamı terkin dilmeyecek olup % 25'i yani 25 000 TL tahakkuk edecektir. Tasdik edilen ceza açısından bir fark olmayıp %75 oranında yani 75 000 TL tahakkuk edecektir. Bu halde tahakkuk edecek toplam ceza tutarı toplamda 100 000 TL olacak vadesinde ödenmesi halinde % 20 ödeneceğinden ödenecek tutar 80 000 TL ve buna bağlı olarak hesaplanacak gecikme zammı kadardır.

5. DEĞERLENDİRME

Kanun yolundan vazgeçilmesi halinde istinaf veya temyiz yoluna başvurulduğunda mahkemece bu başvurunun incelenmeyeceği düzenlenmiştir. Ancak bir an için yapılan başvurunun incelenerek hükme bağlandığı düşünüldüğünde bu halde nasıl hareket edileceğine ilişkin net bir düzenleme yoktur. Genel bir düzenleme olarak İYUK m.28'de mahkeme kararlarının idarece gecikmeksizin yerine getirilmesi gerektiğini öngörülmüştür. Bu düzenleme dikkate alındığında kanun yolundan vazgeçilmiş olmasına rağmen istinaf veya temyiz sonucunda verilen karara binaen idare veya mükellef aleyhine işlem tahsis edilmesi gerekecektir. Bu durumda kanun yolundan vazgeçildiğine ilişkin mükellef iradesi ile yargı kararı arasında kalınmaması adına uzlaşmada olduğu gibi kanun yolundan vazgeçilmesi durumunda kanun yolu başvurulmuş ve karar verilmiş olsa dahi bu kararın hükümsüz kalacağını öngören bir düzenleme öngörülmesi yerinde olacaktır.[29]

Kanun yolundan vazgeçmeyi tanzim eden VUK m.379 kanun yolundan vazgeçilmesi halinde dava konusu edilen vergi cezalarının(vergi ziyaı, usulsüzlük, özel usulsüzlük) mahkemece tasdik edilmesi halinde %75, kaldırılması halinde %25 oranında tahakkuk edeceğini öngörmüştür. Bu durum vergi cezasının hukuka uygunluğuna mahkemece karar verilmiş olmasına rağmen mükellefin daha az ödemesi anlamına gelmektedir. Ayrıca vadesinde ödeme halinde tahakkuk eden cezanın %80'i ödenecektir. Bu durum her ne kadar mükellef lehine olsa da kanaatimce genel olarak verginin yasallığı ilkesi; özel olarak suç ve cezaların kanuniliği ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Şöyle ki verginin kanuniliği ilkesi verginin konusu, istisnaları, mükellefi, matrahı, oranı ve indirimler gibi temel unsurlarının kanunla düzenlenmesi gerekliliğini ifade eder.[30] Suç ve cezaların kanuniliği ise suçların ve bunlara ilişkin cezaların kanunla düzenlenmesi gerektiğini ifade eder. Bu durumda vergi kanunları uyarınca kesilen ve hukuka uygunluğu, kesinleşmemiş olsa da mahkeme kararıyla tasdik edilen bir cezanın mükellefin başvurusu üzerine

[29] YALÇIN, a.g.m s.84
[30] EROĞLU, Onur(2013). "Vergi Ceza Hukuku Açısından Kanunîlik İlkesi",Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İİBF Dergisi Cilt:8, Sayı:3, s159

idarece daha az tahakkuk ettirilmesi kanunilik ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Ayrıca bu durum cezanın caydırıcılığını da ortadan kaldıracaktır. Son olarak bu durum kanun yolundan vazgeçme müessesesinin getiriliş amacına muhalefet etmektedir. Zira mükellef kesilen vergi cezasına karşı haksızda olsa dava yoluna gidip sonrasında kanun yolundan vazgeçerse her halde indirim yapılacağına güvenerek yargı yoluna hukuka aykırılık iddiası olmasa dahi başvurmak isteyecektir. Ki bu da yargının iş yükünün artmasına neden olacaktır. Aynı şekilde kanun yolundan vazgeçme hâlinde tasdik edilen vergi aslına oran uygulanmadan tahakkuk ettirilmesini bazı yazarlarca müessesenin daha çok tercihine engel olduğu gerekçesi ile eleştirilmiştir.[31] Kanaatimce bu görüş yerinde değildir zira tasdik edilen vergi aslı için de daha düşük bir tahakkuk oranı belirlenmesi mükellefleri her vergi için yargı yoluna itecek bu da yargı iş yükünü arttıracak, ayrıca kanunilik ilkesine de aykırıdır.

Ayrıca vekâlet ücreti ve yargılama giderlerine ilişkin madde hükmündeki düzenlemenin nakıs kaldığını görmekteyiz.[32] Bu hususlarda eleştirilerin dikkate alınarak düzenlemelerde değişiklik yapılması yerinde olacaktır.

SONUÇ

Kanun yolundan vazgeçme müessesesi, vergi yargılaması hukukunda; idare ve mükellefin yargılama sürecinde anlaşarak uyuşmazlığa son verilmesine ilişkin kendine özgü bir uyuşmazlık çözüm mekanizmasıdır. Mükellef vergi/ceza ihbarnamesine karşı verilen belli nitelikteki kararlara karşı kanun yoluna başvurmaktan vazgeçtiğine ilişkin dilekçeyi kanun yolu başvuru süresi içinde ilgili idareye vermesi halinde idare de uyuşmazlığı sürdürmeyecektir. Bu halde idare davaya konusu edilen unsurların mahkemece tasdik edilmiş veya kaldırılmış olmasına göre ihbarnamede belirlenmiş orandan daha azı tahakkuku etmektedir.

Genel olarak vergiye gönüllü uyum, idare mükellef uzlaşısı gibi amaçların bir tezahürü olarak ortaya çıkan kanun yolundan vazgeçme müessesesini tam manasıyla idari çözüm mekanizması olarak ele almak mümkün görülmemektedir. Daha ziyade karma bir yapıya sahip olan kanun yolundan vazgeçme müessesesi idarenin mükellefle yargılama başladıktan sonra yine mükellefin talebiyle anlaşarak uyuşmazlığı sonlandırabilmesine imkân tanımaktadır. Ancak bu müessesenin tek sonucu vergi asıl ve/veya cezalarında indirim yapmaktan ibaret olmamaktadır. Gerek yargılama giderleri gerek vekâlet ücretlerine ilişkin gerekse genel olarak kanunilik, caydırıcılık gibi ilkelere ilişkin sonuçlar bu müesseseye bağlı olarak ortaya çıkmaktadır.

Mevcut durum dikkate alındığında yargılamanın hızlanmasına ilişkin amacın sağlanmasında belli oranda başarılı olduğu söylenebilse de bazı alanlarda düzenlemenin nakıs kaldığı gözlemlenmektedir. Bunlara örnek olarak yargılama giderlerine ve avukatlık ücretlerine ilişkin karşılıklı talep yöneltilememesi suretiyle gerek mükellefin gerekse vekilinin mağdur edilmesi ve mahkemece tasdik edilse dahi vergi cezalarının indirimli tahakkuk ettirilmesi suretiyle cezaların

[31] YALÇIN, a.g.m s103
[32] Bu konudaki değerlendirmeler için bkz. 10. ve 11. Sayfalar.

caydırıcılığının ortadan kaldırılması ve dahi aynı nedenle kanunilik ilkesinin ihlal ediliyor olması verilebilir. Yürürlüğe giriş tarihi esas alındığında henüz yeni bir müessese olduğundan kanun yolundan vazgeçme müessesinin uygulamalar, yargı kararları[33] ve doktrin eleştirileri doğrultusunda gelişeceği öngörülebilir.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR

Yılmaz, E.(2015). Hukuk sözlüğü, yenilenmiş 6. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları,

Budak, A.C. ve Karaaslan V.(2018). Medeni usul hukuku, Adalet Yayınları..

MAKALELER

Zülfikar, H. (2012). Yapım eki gibi kullanılan bulunma durumu eki. Türk dili, CII(723), 208-219.

Akıncı Aşçı, N. (2020). "Vergi hukukunda kanun yolundan vazgeçme" Terazi hukuk dergisi Cilt:15, Sayı. 172, s. 2466-2477

Dursun, U. (2020)."İdare ile mükellef arasında yeni bir müessese: kanun yolundan vazgeçme" Vergi sorunları dergisi, Sayı:381 s.92-104

Eroğlu, O. (2013). "Vergi ceza hukuku açısından kanunîlik ilkesi" Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İİBF Dergisi Cilt:8, Sayı:3, 157- 179

Gaffar, U. H. (2020). "Kanun yolundan vazgeçme müessesesi" Vergi sorunları dergisi, Sayı:379 s.122-133

Saraçoğlu; F. Kahraman, B. (2019). "Kanun yolundan vazgeçme müessesesinin değerlendirilmesi", Malî hukuk dergisi, Cilt:15, Sayı: 180, s. 2671-2680.

Özbek, M.(2005) "İdarî uyuşmazlıkların çözümünde yargılama dışı usuller" TBB dergisi, Sayı 56, s.90-132

Şenyüz, D. (2020) "Uyuşmazlık çözüm yolu olarak "kanun yolundan vazgeçme" ve benzer müesseselerle karşılaştırılması" Mali hukuk dergisi Cilt:16, Sayı:185 s.1165-1198

Yalçın, Ş.(2020). "Vergi ihtilaflarının hızlı çözümlenmesinde yeni bir uygulama: kanun yolundan vazgeçme" Vergi sorunları dergisi, Sayı:380 s.83-88

MEVZUAT VE YARGI KARARLARI

Resmi Gazete (10.01.1961). 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu,10703

[33] Yaptığı kanun yolundan vazgeçme başvurusu reddedilen mükellef bu karara karşı yargı yoluna gidebilcektir.

Resmi Gazete (07.12.2019).7194 Sayılı Dijital Hizmet Vergisi ile Bazı Kanunlarda ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, 30971

Resmi Gazete (19.8.2016). 6736 Sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin Kanun, 29806

Resmi Gazete (11.5.2018). 7143 Sayılı Vergi Ve Diğer Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, 30425

Resmi Gazete (20.02.2020). 517 Sıra Numaralı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği, 31045

Anayasa Mahkemesi, T. 10.04.2019, E. 2017/154, K. 2019/18

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

Nedim Türkmen, "Amaç Yargı Denetiminden Kaçmak mı Tahsilat mı?", Sözcü Gazetesi, 4.11.2019, https://www.sozcu.com.tr/2019/yazarlar/nedim-turkmen/amac-yargi-denetiminden-kacmak-mi-tahsilat-mi-5428325/, Erişim Tarihi: 18.12.2020

ULUSLARARASI
HUKUK
SEMPOZYUMU
International Symposium on Law

MÜDAFİİ İLE GÖRÜŞME HAKKI VE KISITLANMASI[1]

Muhammet B. Akyüz[2]

Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi

ORCID NO: 0000-0001-9799-4731

Öz

Müdafiden yararlanma hakkı, adil yargılanma hakkı ve savunma hakkının bir gereği olarak ceza muhakemesinde şüpheli veya sanığa tanınmış bir haktır. Müdafiden yararlanma hakkının bir gereği olarak da şüpheli veya sanığın kural olarak muhakemenin her aşamasında bir müdafi ile görüşme ve yardımından yararlanma hakkı bulunmaktadır. Müdafi ile görüşme hakkının şüpheli veya sanığa tanınmasının temelinde savunma hakkından etkili bir şekilde faydalanmak ve savunmanın tam olarak yapılmasını sağlamak yatmaktadır. Müdafiden yararlanma hakkı da şüpheli veya sanığın müdafi ile görüşmesi ile başlayacaktır. İnceleme konumuz açısından serbest olan şüpheli veya sanığın müdafii ile görüşmesinde özellik arz eden bir durum yoktur. Önemli olan, yakalanan, gözaltına alınan veya tutuklanan şüpheli veya sanığın, müdafii ile ne şekilde görüşebileceğidir. Bu çalışmada da öncelikle serbest olmayan şüpheli veya sanığın, kolluk merkezinde ya da tutukevinde müdafi ile görüşme hakkı ele alınacak; sonrasında kovuşturma evresi kapsamında duruşma sırasında sanığın müdafi ile görüşmesi anlatılacaktır. Daha sonra ise müdafi ile serbest olmayan şüpheli veya sanığın müdafii ile görüşmesine getirilen kısıtlamalardan ve bu kısıtlamaların müdafiden yararlanma hakkını ihlal edip etmediğinden bahsedilecektir. Bu kısıtlamalardan ilki Ceza Muhakemesi Kanunu m. 154/2'de öngörülmüş olan ve belli suçlardan gözaltına alınmış olan şüphelilerin müdafi ile görüşme hakkının yirmidört saat süreyle kısıtlanmasını öngören düzenlemedir. İkinci kısıtlama ise, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 59.maddesi ile tutuklu olan şüpheli veya sanığın müdafii ile görüşme hakkına getirilen kısıtlamalardır. Çalışma kapsamında son olarak, kovuşturma evresinde duruşma sırasında müdafi ile görüşme hakkı incelenecektir. Zira müdafiden yararlanma hakkı ve bu kapsamda müdafi ile görüşme hakkı muhakemenin her aşamasında kullanılabilecek bir haktır. Bu noktada ilk olarak duruşmadaki oturma düzeninin müdafi ile görüşme hakkını engelleyip engellemediği değerlendirilecektir. İkinci olarak ise duruşmaya ses ve görüntü bilişim sistemi

[1] Bu çalışmada yapılan açıklamalar, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora programı çerçevesinde tarafımca hazırlanmış olan "Müdafiden Yararlanma Hakkı ve Kısıtlanması" başlıklı tezin üçüncü bölüm, I numaralı kısmının özetinden oluşmaktadır.

[2] Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, mbakyuzfsm.edu.tr.

yoluyla katılan sanığın müdafi ile görüşme hakkının kısıtlanıp kısıtlanmadığı incelenecek ve bazı çözüm önerileri sunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Adil Yargılanma Hakkı, Savunma Hakkı, Müdafiden Yararlanma Hakkı, Müdafi ile Görüşme Hakkı.

RİGHT TO COMMUNICATE WİTH DEFENSE COUNSEL AND İTS RESTRİCTİONS

Abstract

As a requirement of the right to benefit from the defense counsel, the suspect or the accused has the right to communicate with a defense counsel at every stage of the proceedings and to benefit from her/his assistance. The right to benefit from a defense counsel will start with the meeting of the suspect or the accused with the defense counsel. Within this paper, there is no significant debate with the communication of suspect/accused which are not at liberty with the defense counsel. The important thing is how the suspect or accused who has been caught, detained or arrested can communicate with her/his defense counsel. In this study, first of all, the right of communication of suspect/accused not at liberty with the defense counsel at law enforcement center or detention center will be discussed. After that, within the scope of the main proceedings, the meeting of the defendant with the defense counsel during the hearing will be explained. Then, it will be mentioned to the restrictions imposed on the suspect/accused not at liberty with the defense counsel and whether these restrictions violate the right to benefit from the defense counsel. The first of these restrictions is the regulation stipulated in Article 154/2 of the Code of Criminal Procedure, which stipulates the restriction of the right of detained suspects upon certain crimes to communicate with their defense counsel for a period of twenty-four hours. The second restriction, on the other hand, is the restrictions which regulated in the Article 59 of the Law on the Execution of Penalties and Security Measures which imposed on the arrested suspect or the accused's right to communicate with his / her defense counsel. Lastly, within the scope of the study, the right to communicate with the defense counsel during the trial in main proceedings.

Keywords: Right to a Fair Trial, Right to Defense, Right to Benefit From The Defense Counsel, Right to Communicate With a Defense Counsel.

I. Giriş

Ceza yargılamalarının adil bir biçimde gerçekleştirilmesi önem arz etmektedir. Adil yargılanma hakkının bir gereği olarak ise karşımıza suçlanan kişinin savunma hakkını gereği gibi ve etkili şekilde yapması çıkar. Bundan dolayı, savunma hakkı, yargılamayı adil kılmanın olmazsa olmaz şartıdır. Ancak suçlanan kişinin her zaman çoğunlukla karmaşık bir yapıyı ihtiva eden ceza yargılamasındaki teknik hukuk kurallarını bilmesi mümkün değildir. Suçlanan kişi, suçlandığı maddi vakaya ilişkin teknik olmayan bir savunmayı elbette yapabilir. Ancak, suçlandığı maddi olayın hukuk kuralları karşısındaki durumunu izah etmekte veya nitelendirmekte çoğu zaman yetersizdir. Bundan dolayı suçlanan kişiye, sadece kendini savunma hakkı vermek modern ceza

hukukunda yeterli olmayacaktır. Bunun yanında kişiye, teknik hukuk kurallarını ve yargılama prosedürlerini bilen bir hukukçu olan avukatın yardımının da garanti edilmiş olması gerekir. Ceza yargılamasında suçlanan kişiye hukuki yardımı sağlayan avukata müdafi denir.

Müdafiden yararlanma hakkı, hem çeşitli uluslararası sözleşmelerde hem de iç hukukumuzda açıkça tanınmış bir hak olmakla adil yargılanma hakkının ve savunma hakkının bir gereği olarak karşımıza çıkar. Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6/3-c'de bir suçla itham edilen bir kişinin, kendi kendini savunma hakkı olmasının yanında kendi seçtiği bir müdafiin hukuki yardımından da yararlanabileceği düzenlenmiştir. Türk hukuku bakımından ise, bu hak, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m. 149'da açık bir şekilde düzenlenmiştir. Müdafiden yararlanma hakkı kapsamında, müdafiin pek çok hak ve yetkisi bulunmakla beraber çalışmamızda sadece şüpheli veya sanığın müdafi ile görüşme hakkı ele alınmış ve bu hakka getirilmiş olan kısıtlama hallerine değinilmiştir. Zira, serbest olan bir şüpheli veya sanığın müdafi ile görüşmesinde özellik arz eden bir durum bulunmamaktadır. Önemli olan özgürlüğü ortadan kaldırılmış olan kişilerin, bir müdafi ile görüşüp onun hukuki yardımından nasıl yararlanabileceğidir.

Çalışmada öncelikle, soruşturma evresi kapsamında yakalanan, gözaltına alınan şüpheli ile tutuklanmış olan şüpheli veya sanığın müdafii ile görüşme hakkına ve bu hakka getriilen kısıtlamalara değinilmiştir. Daha sonra ise, kovuşturma evresinde duruşma sırasında müdafi ile görüşme hakkı ele alınmıştır. Bu kapsamda, mevcut duruşma düzeninin müdafi ile görüşme hakkını etkileyip etkilemediği sorgulanmıştır. Ayrıca duruşmaya SEGBİS aracılığıyla katılan sanığın müdafi ile görüşme hakkı ile ilgili olarak Türk Hukuku'ndaki uygulama, söz konusu hakkı sağlar nitelikte değildir. Bunun için de çalışmada bu duruma değinilmiş ve bazı çözüm önerileri sunulmuştur.

II. Soruşturma Evresinde Müdafi İle Görüşme

A. Müdafiin Yakalanan veya Gözaltına Alınan Şüpheli ile Görüşmesi

Yakalama ve gözaltına alma işlemlerinin uygulanması sırasındaki hassas durum itibariyle, şüphelinin bir müdafi yardımından yararlanması gerekliliği kendini göstermektedir. CMK m.149/3[3], CMK m. 154/1[4] ve YGİY m. 21[5] hükümleri göz önüne alındığında, şüphelinin bir müdafi ile görüşme hakkı bulunmaktadır ve bu hak engellenemez[6].

[3] "Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında avukatın, şüpheli veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukukî yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz." (CMK m.149/3).
[4] "*Şüpheli veya sanık, vekâletname aranmaksızın müdafii ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilir. Bu kişilerin müdafii ile yazışmaları denetime tâbi tutulamaz.*" (CMK m..154/1).
[5] "*Şüpheli veya sanık vekâletname aranmaksızın müdafi ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilir. Bu kişilerin müdafiî ile yazışmaları denetime tâbi tutulamaz.*" (YGİY m. 21)
[6] Ünver, Y. ve Hakeri, H. (2020). Ceza muhakemesi hukuku, Ankara: Adalet Yayınevi. s. 247-248.

Soruşturma evresinde müdafiin, şüpheli ile her zaman görüşülenleri başkalarının duyamayacağı bir şekilde görüşme yetkisi, şüphelinin de müdafii ile görüşme hakkı vardır[7]. Her zaman görüşme kavramı kullanıldığı için buna resmi tatiller ve mesai saatleri dışında görüşmeler de dahildir. Ayrıca, şüphelinin, müdafi ile görüşebilmesi açısından vekaletname zorunluluğu aranmamaktadır[8]. Bu bakımdan müdafi, şüpheli ile görüşebilmek için sadece avukatlık kimliğini ibraz etmek suretiyle görüşebilecektir. Diğer yandan savunmanın etkin hazırlanabilmesi açsından müdafi ile şüphelinin görüşmesinin mahremiyet sınırları açısından gerçekleştirilmesi önemlidir. Bundan dolayı, kolluk merkezlerinde özel görüşme odalarının oluşturulması gerekmektedir. Bu durum hem CMK hem de Yakalama, İfade Alma ve Gözaltına Alma Yönetmeliği (YGİY)'de düzenlenmiştir. CMK m. 154/1'de "*Şüpheli veya sanık…müdafii ile….konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilir.*" şeklinde; YGYİ m. 24/1'de ise, "*Her kolluk biriminde görüşme için uygun şartları haiz görüşme odası ayrılır.*" şeklinde bu durum açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca belirtilmelidir ki, şüpheli ile müdafiin görüşmesinin denetlenmesi bakımından mutlak denetim yasağı söz konusudur[9]. Müdafi ile şüphelinin görüşmesi hususunda bir önemli nokta da, şudur ki, eğer şüpheli tercüman olmadan müdafi ile görüşmesi mümkün olmayacaksa şüphelinin bir tercümandan faydalandırılması gerekmektedir[10].

B. Müdafiin Tutuklu Şüpheli/Sanıkla Görüşmesi

Tutuklama, henüz kesin bir hüküm olmadan kişi özgürlüğünü kısıtladığı için ceza muhakemesindeki en ağır koruma tedbiri olarak kabul edilebilir[11]. Şüpheli veya sanığın tutuklu olduğu sürede tutuklu kişinin, savunmasını hazırlaması epey bir güçleşmektedir. Dolayısıyla, tutuklu şüpheli veya sanığın, tutukevi veya cezaevinde bir müdafi ile görüşmesi savunmanın hazırlanması açısından hayati derecede önemi haizdir[12].

Tutuklu şüpheli veya sanık, bir tutukevinde veya cezaevinde kaldığından onun müdafii ile görüşmesi yakalanmış veya gözaltına alınmış bir kişinin müdafii ile görüşmesinden farklılı arz eder. Ayrıca belirtilmelidir ki, tutuklu olan kişi, hakkında henüz kesin hüküm tesis edilmediğinden hükümlü olan kişilerden de farklıdır[13]. Diğer deyişle, tutuklu olan kişi, hükümlü olan kişiye göre daha fazla hakka sahiptir. Dolayısıyla, tutuklunun müdafii ile görüşmesine getirilecek bir kısıtlama müdafiden yararlanma hakkı ve bu bağlamda savunma hakkına yönelik bir sınırlama teşkil edecektir[14].

[7] Bozdağ, A. (2014) Müdafi, Ankara: Adalet Yayınevi. s. 143.
[8] Kocaoğlu, S. S. (2017). Müdafi. Ankara: Seçkin Yayınevi. s. 220.
[9] Kocaoğlu, a.g.e., s. 360.
[10] Trechsel, S. (2005) Human rights in criminal proceedings. New York: Oxford University Press, 2005. s. 338-339.
[11] Sınar, H. (2016). Ceza muhakemesi hukukunda tutuklama. İstanbul: On İki Levha Yayınları. s. 81.
[12] Sınar, a.g.e. s. 365.
[13] Demirbaş, T. (2019). İnfaz hukuku, Ankara: Seçkin Yayınevi. s. 221.
[14] Yokuş Sevük, H. (2007) Tutuklu ve hükümlünün avukat ile görüşme hakkı. Hukuk ve adalet eleştirel hukuk dergisi. CIV(9). s. 74.

Hem CMK m. 154/1 gereği hem de Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m. 114/4 ve m. 114/5 gereğince de müdafi ile tutuklu şüpheli veya sanık ile görüşmelerde vekaletname aranmayacaktır[15]. Ayrıca, yakın bir tarihte Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük yerine yürürlüğe giren Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmelik (CİY) m. 139/5'te tutuklu şüpheli/sanığın müdafii ile görüşmesi aynı şekilde düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere göre belirtilmelidir ki, kural olarak, tutuklu şüpheli veya sanığın müdafii ile görüşmesine engel olunamaz; bu görüşmelere sayı ve süre yönünden kısıtlama konulamaz[16].

Müdafilerin, tutuklu şüpheli/sanık ile görüşmeleri esnasında bu görüşmelerin gizliliği söz konusudur. Bu açıdan tutukevlerinde veya diğer infaz kurumlarında görüşme için ayrı ve özel görüşme yerleri/odaları tesis edilmelidir. Yine, tutuklu şüpheli/sanığın müdafii ile görüşmesi kesinlikle dinlenemez veya görüşmede infaz kurumu görevlisi hazır bulunamaz. Ancak, müdafi ile tutuklu şüpheli/sanığın görüşmeleri uzaktan olacak şekilde ve görüşmenin duyulamayacağı bir yerden izlenebilir[17]. Bu durum bazı uluslararası kararlarda da belirtilmiştir. Nitekim "Herhangi Bir şekilde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması İçin Prensipler Bütünü"[18] m. 18/4'e göre, "*Tutulan veya hapsedilen bir kimsenin avukatıyla yaptığı görüşmeler bir kanun adamı tarafından gözle izlenebilir, ancak dinlenemez.*". Diğer bir kararlar bütünü de "Mahpusların Islahı için Asgari Standart Kurallar"dır[19]. Bu kuralların 93.maddesine göre, "*Tutukluların savunmalarını hazırlayabilmeleri için ücretsiz adli yardım almak üzere başvurmalarına, ve savunmaları konusunda görüşmek üzere avukatı tarafından ziyaret edilmelerine ve hazırladıkları gizli talimatları avukatlarına verebilmelerine imkan tanınır. Bu amaçlar için, tutuklunun istemesi halinde kendisine yazılı materyaller sağlanır. Mahpuslar ile avukatları arasındaki görüşmeler gözle izlenebilir, ancak polisin veya kurum personeli onları dinleyemez.*".

[15] "*(4) Tutuklu, savunması için istediği müdafii seçmek ve görevlendirmek hakkına sahiptir. Her dereceden kurum görevlileri bu hususta tutukluya tavsiyelerde bulunamaz.*"
"*(5) Tutuklunun müdafii ile olan haberleşmesine ve kurum düzeni çerçevesinde temas ve görüşmelerine hiçbir suretle engel olunamaz ve kısıtlamalar konulamaz. Bu kapsamda;*
a) Şüpheli veya sanık, vekâletname aranmaksızın müdafii ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilir. Bu kişilerin müdafii ile yazışmaları denetime tâbi tutulamaz.
b) Soruşturma evresinde, aynı anda en fazla üç avukat tutuklu ile görüşebilir. Avukatlar aynı anda birden fazla tutukluyla görüşemez."
[16] Yenisey, F. (1987). Uygulanan ve olması gereken ceza muhakemesi hukuku hazırlık soruşturması ve polis. İstanbul: Beta Yayıncılık. s. 49.
[17] Yokuş Sevük, a.g.m., s. 69-70.
[18] Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 9 Aralık 1988 tarihli ve 43/173 sayılı Kararıyla kabul edilmiştir. İlgili Prensipler için bkz. Ombudsman. (2021). https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/528b7--Herhangi-Bir-Bicimde-Tutulan-veya-Hapsedilen-Kisilerin-Korunmasi-Icin-Prensipler-Butunu.pdf adresinden erişildi (ET: 20.06.2021).
[19] 1955'te Cenevre'de toplanan Suçların Önlenmesi ve Suçluların Islahı üzerine Birinci Birleşmiş Milletler Konferansı tarafından kabul edilmiş, ve Ekonomik ve Sosyal Konsey tarafından 31 Temmuz 1957 tarihli ve 663 C (XXIV) sayılı ile 13 Mayıs 1977 tarihli ve 2076 (LXII) sayılı Kararlarıyla onaylanmıştır. İlgili kararlar için bkz. Ombudsman. (2021). https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/876b6--Mahpuslarin-Islahi-Icin-Asgari-Standart-Kurallar.pdf adresinden erişildi. (ET: 20.06.2021).

C. Müdafi ile Şüpheli/Sanığın Görüşme Hakkının Kısıtlanması

Yukarıdaki başlıklarda müdafi ile görüşme hakkının kapsamı açıklanmaya çalışılmıştır. Bu başlıkta ise, bu hakka getirilen kısıtlamalar incelenecektir. Müdafi ile görüşme hakkı öncelikle şüpheli veya sanığın savunmanın etkin bir şekilde hazırlanabilmesi için düzenlenen bir haktır. Ancak bu hakka soruşturma aşamasının gizli olmasının soruşturmayı daha etkin kılacağı veya özellikle terör suları başta olmak üzere belli suçlarla mücadele amacıyla pek çok kısıtlama getirilmesi söz konusu olmuştur.

Mevcut kısıtlamalardan ilki, CMK m. 154/2'de öngörülmüştür. Buna göre; a) Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümlerinde tanımlanan suçlardan[20], b) Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan ve c) Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçlarından dolayı gözaltında tutulan şüphelinin müdafi ile görüşme hakkı Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, hakim kararıyla yirmi dört saat süreyle kısıtlanabilir. Bu kısıtlamaya benzer bir düzenleme daha önce de terör suçları açısından kabul edilmiştir[21].TMK mülga m. 10/e'ye göre, gözaltına alınan şüphelinin, müdafii ile görüşmesi yirmi dört saat süreyle kısıtlanabilmekteydi. Ancak bu zaman zarfında şüphelinin ifadesi alınamamaktaydı. Bu kısıtlamanın yapılabilmesi için ise, cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim kararı gerekiyordu[22]. CMK m. 154/2'ye 03.10.2016 tarihli ve 676 sayılı KHK ile eklenen ve daha sonra 01.02.2018 tarih ve 7070 sayılı kanunla aynen kabul edilerek kanunlaşan düzenleme de yukarıda sayılan suçlardan gözaltında olan şüpheli/sanıkların müdafi ile görüşmelerinin yirmi dört saat süreyle kısıtlanabileceğini öngörmesi bakımından eski TMK mülga m.10/e düzenlemesi ile benzerlik göstermektedir. Ancak bu hüküm, 21/2/2014 tarih ve 6526 sayılı Kanunun 19. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Hüküm kaldırılmadan önce, hükmün devletin terörle mücadelede önemli bir düzenleme olduğu belirtilmekte ve şüphelinin de aralarında bulunduğu terör örgütlerine yönelik soruşturmanın devam ettiği ve müdafiin şüpheliden aldığı bilgileri diğer örgüt elemanlarına ulaştıracağı ve onların da kaçabileceği şüphesi ile bu düzenleme savunulmaktaydı[23].

Müdafiden yararlanma hakkı adil yargılanma hakkının bir gereği olduğu için bu hakka getirilecek bir kısıtlamanın ve konumuz açısından CMK m. 154/2 düzenlemesinin kanunla yapılmış olması tek başına bu düzenlemeyi hukuka uygun hale getirmeye yetmeyecektir. Bunun için kısıtlama getiren düzenlemenin ölçülü olup olmadığı ve yeterli usuli güvencelerin sağlanıp sağlanmadığının da değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim AİHM, kararlarında bu hususa vurgu yapmaktadır. Salduz v. Türkiye kararında, Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nde kovuşturulan suçlarda,

[20] Bu kısımda sayılan suçlar devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, milli savunmaya karşı suçlar ve devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk suçlarıdır.
[21] Taşkın, Ş. C. (2007). Müdafinin ve vekilin hukuki yardımı, sınırları ile uygulamada karşılaşılan sorunların AİHM içtihatları ışığında değerlendirilmesi. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (69). s. 230.
[22] Bozdağ, a.g.e. s. 144.
[23] Dülger, M. V. (2012). Ceza muhakemesi uygulamasında müdafinin konumu ve uygulamada karşılaşılan sorunlar, Ankara Barosu Dergisi, (4). s. 72; Ayrıca bu yaklaşımı savunan görüş için bkz. Kocaoğlu, a.g.e. s. 158.

şüphelinin gözaltına alındığında müdafie erişiminin kısıtlanmasını ve bu zaman zarfında alınan ifadelerin mahkumiyete esas alınmasını müdafiden yararlanma hakkının ihlali saymıştır[24]. Bu bakımdan Mahkeme Salduz v. Türkiye kararında müdafie erişimin ancak zorlayıcı sebeplerin varlığı halinde kısıtlanabileceğini ve yeterli güvencelerin sağlanması gerekliliği prensiplerini içtihat etmiştir[25]. Mahkeme'ya göre, zorlayıcı nedenler olmaksızın sistematik yasal bir hüküm müdafiden yararlanma hakkına getirilen kısıtlamayı tek başına meşru kılmayacaktır. Hatta bu şekilse sistematik bir kısıtlamaya dayanarak müdafiden yararlanma hakkının ihlal edilmesi doğrudan bir ihlal sebebidir[26]. Mahkeme bu belirlemeleri daha sonraki kararlarında da vurgulamıştır[27].

Ayrıca Mahkeme, Salduz v. Türkiye kararında belirttiği müdafiden yararlanma hakkının kısıtlanmasına ilişkin prensipleri İbrahim ve Diğerleri v. Birleşik Krallık kararında ayrıntılı bir şekilde açıklamıştır. Bundan dolayı, müdafi ile görüşme hakkına getirilen kısıtlamalar konusunda Mahkeme'nin getirdiği prensipler, doktrinde '*Salduz/İbrahim Testi*' olarak isimlendirilmiştir[28]. Ancak ifade edilmelidir ki, Salduz ve devamı içtihadı, sistematik yasal kısıtlamalara ilişkin iken İbrahim içtihadı olay-spesifik bir durumla ilgilidir. İki kararın ortak noktası, müdafiden yararlanma hakkına getirilecek kısıtlamalar için zorlayıcı nedenlerin aranmış olmasıdır. Farklılık ise, Salduz tipi durumlarda Mahkeme, zorlayıcı nedenlerin olmadığı durumlarda otomatik ihlal karinesi getirmişken, İbrahim tipi durumlarda zorlayıcı nedenler yoksa ihlalin olup olmadığına Mahkeme'nin genel adalet değerlendirmesi yaparak karar vermesidir. Buna göre, Mahkeme, İbrahim ve Diğerleri v. Birleşik Krallık kararında, Salduz kararlarının açıklamaya muhtaç olduğunu belirtmiş ve müdafiden yararlanma hakkına getirilen kısıtlama için ikili bir test yapmak gerektiğini ifade etmiştir. Buna göre ilk aşamada, somut olayda zorunlu sebeplerin varlığı aranacak; ikinci aşamada ise, müdafi ile görüşme hakkına getirilen sınırlamanın muhakemeyi bir bütün olarak adil olmaktan çıkarıp çıkarmadığı incelenecektir[29]. Zorunlu sebeplerden anlaşılması gereken olarak ise "*Eğer bir hükümet, bir davada cana, özgürlüğe veya fiziki bütünlüğe karşı ciddi olumsuz sonuçların ortaya çıkmasını önlemek amacıyla alınması gereken acil bir ihtiyacın varlığını ikna edici bir şekilde ispatlarsa, bu Sözleşmenin 6. maddesindeki amaçlar için gerekli olan hukuki tavsiye edinme (hakkını) kısıtlamayı gerektirebilecek zorunlu sebeplerin varlığı anlamına gelebilir.*" ifadelerinde bulunmuştur[30].

[24] Salduz v. Türkiye, Başvuru No: 36391/02, T: 27.11.2008.
[25] Çeliksoy, E. (2018) Polis karakolunda müdafi ile görüşme ve müdafiden yararlanma hakkının İbrahim ve Diğerleri/Birleşik Krallık Kararı ışığında değerlendirilmesi", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi. (35). s. 666.
[26] Salduz v. Türkiye, para. 55.
[27] Aynı yönde verilen ve önem arz eden bir diğer karar için bkz. Dayanan v. Türkiye, Başvuru No: 7377/03, T: 13.10.2009.
[28] Taner, F. G. (2019). Ceza muhakemesi hukukunda adil yargılanma hakkı bağlamında çelişme ve silahların eşitliği. Ankara: Seçkin Yayınevi. s. 191; Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, **Human Rights,** s. 474.
[29] Çeliksoy, İbrahim. s. 669.
[30] Çeliksoy, İbrahim. s. 669. Çeviri yazarın kendisine aittir.

Mahkeme, İbrahim ve Diğerleri kararında, CMK m.154/2'de öngörülen kısıtlamaya ilişkin olarak bize ışık tutacak diğer başka kriterlerden de söz etmektedir. Buna göre, müdafi ile görüşme hakkına getirilen kısıtlama, geçici olmalı ve sadece zorunlu sebeplerin etkisini azaltmak için makul bir süre için öngörülmelidir. Ayrıca, soruşturmayı yürüten adli organlar, zorlayıcı sebeplerin varlığını her somut olay açısından ayrı ayrı değerlendirmelidirler[31].

Mahkeme'nin diğer bir kararı olan Beuze kararında ise, Mahkeme, yine sistematik yasal bir kısıtlama olan somut olayda, başvurucunun soruşturma aşamasında ifade alma, sorgu ve diğer soruşturma işlemleri sırasında bir müdafiden yararlandırılmaması ve bu süreçte alınan ifadelerin hükme esas alınması olayında ihlal bulmasına rağmen gerekçesi itibariyle, olumsuz bir içtihada imza atmıştır[32]. Zira bu karara konu olan olayda, sistematik yasal bir kısıtlama söz konusu olmasına ve kısıtlamayı meşru kılacak zorlayıcı nedenler de olmamasına rağmen Mahkeme, Salduz içtihadını göz ardı ederek doğrudan ihlal kararı vermemiş; yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığı değerlendirmesi yaparak ihlal kararı vermiştir[33]. Bu gerekçe Salduz kazanımlarından bir geri adım olarak değerlendirilebilecektir.

Bu içtihatlar çerçevesinde CMK m. 154/2 kısıtlaması değerlendirildiğinde, geçicilik kriterinin yerine getirildiğinden bahsedilebilir. Ayrıca, görüşme hakkının Cumhuriyet savcısının talebi ve hakim kararı ile kısıtlanabilmesi de zorlayıcı sebeplerin her somut olay açısından ayrı ayrı değerlendirilmesi kriterini karşıladığı ifade edilebilir[34]. Diğer yandan ise, CMK m. 154/2 düzenlemesi, sadece AİHM'in zorlayıcı sebep olarak gördüğü durumlarda değil, maddede belirtilen suçların söz konusu olduğu her durumda başvurulabilecek kısıtlayıcı bir düzenlemedir. Oysa, zikredilen düzenlemede müdafi ile görüşme hakkını kısıtlamak için herhangi bir sebep gösterilmemiş takdir cumhuriyet savcısı ve hakime bırakılmıştır. AİHM'in, İbrahim ve Diğerleri kararında ifade ettiği gibi, sırf bilgi sızdırılması, sözleşmeyi kabul eden devletlerin müdafi ile görüşme hakkını kısıtlayıcı düzenlemeler öngörmesi için yeterli değildir[35]. Denilebilir ki, bu düzenleme tek başına sistematik bir kısıtlama teşkil etmemektedir. Ancak, uygulamada her somut olayda zorlayıcı nedenlerin varlığı araştırılmadan maddede belirtilen suçlardan gerçekleştirilen gözaltı işlemlerinde bu kısıtlamaya doğrudan başvurulursa artık bu düzenleme sistematik bir kısıtlamaya dönüşür. Bu durumda da Salduz içtihadı çerçevesinde doğrudan ihlali gerektirecektir. Ancak, Mahkeme, sonraki Beuze kararında sistematik yasal bir kısıtlama halinde zorlayıcı nedenler bulunmasa bile genel adalet değerlendirmesinde bulunacağını ifade ettiği için bu içtihada göre de CMK m. 154/2 düzenlemesi sistematik yasal bir kısıtlama kabul edilse bile

[31] Taner, a.g.e., s. 191.
[32] Beuze v. Belçika, Başvuru No: 71409/10, T: 09.11.2018.
[33] Çeliksoy, E. (2019). Soruşturma evresinde müdafiye erişim hakkının sistematik olarak kısıtlanması: AİHM'nin Beuze v. Belçika Kararının İncelenmesi. Terazi Hukuk Dergisi, C14(156). s. 1538.
[34] Çeliksoy, İbrahim, s. 678.
[35] Çeliksoy, İbrahim, s. 679.

yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığı değerlendirilecek ve buna göre belki de ihlal kararı dahi verilmeyebilecektir.

Bu kısıtlama yakın zamanda iptal talebiyle AYM'ye götürülmüş; AYM ise iptal istemini reddetmiştir[36]. AYM, sınırlı olarak yaptığı incelemede, "*Anayasa'nın 36. maddesinde, adil yargılanma hakkı kapsamında yer alan müdafi yardımından yararlanma hakkı için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının bulunduğu kabul edilmektedir. Öte yandan Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler ile devlete yüklenen ödevler özel sınırlama sebebi gösterilmemiş hak ve özgürlüklere sınır teşkil edebilir. Devletin terörle mücadele ederek kişilerin ve toplumun huzur ve güvenliğini sağlamasının ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılarak ceza adaletinin tesis edilmesinin de anayasal hükümler kapsamında devletin yerine getirmekle yükümlü olduğu ödevler kapsamında kaldığında tereddüt bulunmamaktadır. Bu yönüyle terör faaliyetlerinin önlenmesi ve ceza adaletinin sağlanması amacıyla adil yargılanma hakkı kapsamında yer alan müdafi yardımından yararlanma hakkına sınırlama getirilmesi mümkündür.*" İfadelerini kullanmaktadır. Buna göre, Mahkeme, adil yargılanma hakkının bir gereği olarak müdafiden yararlanma hakkının sınırlanması için herhangi bir özel sebebin öngörülmediğini ifade etmiştir[37]. Ancak, AYM'ye göre, bu durum hakkın sınırlanmasına engel teşkile etmeyecektir. Zira, Anayasanın diğer maddelerinde öngörülen sınırlama sebepleri bu hak açısından uygulanabilirdir. Netice itibariyle AYM, bu düzenlemeyi öngörülen kısıtlamanın keyfi bir biçimde kullanılmayacağı[38] ve hakim kararı ile başvurulabilecek bir düzenleme olmasından dolayı ölçülü olduğu[39] gerekçeleriyle Anayasa'ya aykırı bulmamış ve iptal talebini reddetmiştir.

Bu noktada yorum yapmak gerekirse, AYM, zorlayıcı nedenler kavramını açıkça kullanmamaktadır. Anlaşıldığı haliyle AYM, müdafiden yararlanma hakkının kısıtlanması sebeplerini geniş kapsamlı olarak ve soyut olarak kabul etmektedir. Dolayısıyla AYM'ye göre,

[36] Anayasa Mahkemesi Kararı-GK, E: 2018/73 K: 2019/65, T: 24.7.2019. https://www.lexpera.com.tr/ictihat/anayasa-mahkemesi/e-2018-73-k-2019-65-t-24-7-2019 adresinden erişildi. (ET: 21.06.2021); Düzenlemenin sadece "*…örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçları…*" ibaresi yönünden iptali talep edilmiştir. Dolayısıyla AYM, sadece bu ibare ile sınırlı olarak inceleme yapmıştır.

[37] Adı geçen karar, para. 51.

[38] "*Kuralda, gözaltına alınan kişinin yirmi dört saat süreyle müdafii ile görüşme hakkı sınırlandırılırken aynı zamanda bu süre boyunca şüphelinin ifadesinin alınması da yasaklanmıştır. Böylece şüphelilerin müdafilerinden hukuki yardım almaksızın ifade vermeleri önlenmiştir. Bu nedenle kuralla, soruşturmanın amacının tehlikeye düşmesinin önlenmesinin ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasının amaçlandığını anlaşılmakta; anılan tedbir de sınırlama aracının sanık veya şüpheli üzerinde amacı dışında keyfî biçimde kullanılmasını engellemektedir.*" Adı geçen karar, para.53.

[39] "*Öte yandan kural gereği gözaltındaki kişinin yirmi dört saat süreyle müdafii ile görüşmesinin yasaklanmasının ancak hâkim kararıyla mümkün olması, gözaltındaki kişinin yirmi dört saat süreyle müdafii ile görüştürülmemesini haklı kılacak olguların varlığını gerektirdiğinden söz konusu yasaklamanın gereksiz yere kullanılmasını önlemektedir. Bu itibarla kuralın müdafi yardımından yararlanma hakkına orantısız bir müdahale oluşturduğu, dolayısıyla ölçüsüz olduğu söylenemez.*" Adı geçen karar, para. 54.

sırf terörle mücadele bu hakka yönelik bir kısıtlama sebebi teşkil edebilecektir. Ancak AİHM içtihadına göre, salt belli suçlar bu hakkın kısıtlanabilmesi için yeterli olamaz; bunun yanında ayrıca, yukarıda ifade edildiği üzere zorlayıcı nedenlerin de bulunması gerektiğinden AYM'nin bu kabulünün yerinde olmadığı ifade edilmelidir.

Müdafi ile görüşme hakkına yönelik diğer bir kısıtlama, tutuklu şüpheli/sanıkların, müdafileri ile görüşmesine yönelik olarak 03.10.2016 tarihli ve 676 sayılı KHK ile getirilen ve daha sonra 01.02.2018 tarihli ve 7070 sayılı kanunla kanunlaşan kısıtlamadır. Buna göre, 03.10.2016 tarihli ve 676 sayılı KHK'nin 6. maddesiyle, CGTİHK m. 59'a (4) numaralı fıkradan sonra gelmek üzere (5), (6), (7), (8), (9), (10), (11) numaralı fıkralar eklenmiş ve mevcut (5) numaralı fıkra buna göre teselsül ettirilmiştir. CGTİHK m. 59, hükümlülerin avukatları ve noterle görüşme hakkını ve bunun sınırlarını düzenleyen bir hükümdür. Ancak, CGTİHK m. 116/1 gereği, uygun olduğu ölçüde tutuklular hakkında da uygulanmaktadır. Zaten inceleme konusu yaptığımız kısıtlamada da açıkça şüpheli veya sanık ifadeleri kullanılarak, hükümlü olmayan bir şüpheli/sanık hakkında da CGTİHK m. 59 hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiştir.

CGTİHK m. 59/10'a göre, "*Bu madde hükümleri 9 uncu maddenin üçüncü fıkrasına göre yüksek güvenlikli ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler ile beşinci fıkradaki suçlardan hükümlü olup, başka bir suçtan dolayı şüpheli veya sanık sıfatıyla avukatıyla görüşen hükümlüler hakkında da uygulanır.*". Söz konusu madde hükümleri, aynı maddenin 5. fıkrasında sayılan suçlardan hükümlü olup da başka bir suçtan dolayı hakkında soruşturma ve kovuşturma açılmış şüpheli/sanıklar[40] hakkında da uygulanacaktır.

Bu kısıtlamaların uygulanabilmesi için öncelikli olarak 59.maddenin 5.fıkrasında sayılan suçlardan hükümlü olan bir kişi söz konusu olmalıdır[41]. Daha sonra sayılan bu suçlardan hükümlü olan ve hakkında başka bir suçtan dolayı soruşturma ya da kovuşturma yürütülen şüpheli/sanıkların müdafi ile görüşmelerinin kısıtlanabilmesi için; a) toplumun ve ceza infaz kurumunun güvenliğinin tehlikeye düşürüldüğüne, b) terör örgütü veya diğer suç örgütlerinin yönlendirildiğine ve c) terör örgütlerine emir ve talimat verildiğine veya yorumları ile gizli, açık ya da şifreli mesajlar iletildiğine ilişkin bilgi, bulgu veya belge elde edilmiş olması gerekmektedir. Görüldüğü üzere terör ve örgüt suçları ile daha etkin mücadele etmek için getirilmiş olan bu hükmün uygulanabilmesi için bir defa basit şüphenin yeterli olmadığını ifade etmek gerekir.

[40] Bu noktada ifade edilmelidir ki, 59.maddenin 5.fıkrasında sayılan suçlardan hükümlü olup da başka suçlardan hakkında soruşturma veya kovuşturma açılmış kişiler söz konusu 'başka suç'tan dolayı tutuklanmış veya tutuklanmamış olabilirler. Zira, bir kimsenin, bir suçtan tutuklu veya hükümlü olması onun başka suç ya da suçlardan tutuklanmasını engellemez. Uygulamada; bir suçtan tutuklu olan kişilerin başka bir suçtan dolayı hakkında tutuklama şartları sağlanmış ve talep edildiği durumlarda, kişinin hakkında verilecek ikinci tutuklamanın gereksiz olduğu dolayısıyla tutuklama kararı verilmediği ifade edilmiştir. Ancak bu durum doktrinde eleştirilmiştir. Görüş ve eleştiri için bkz. Şen, E. Başka suçtan tutukluluk. https://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2016925-baska-suctan-tutukluluk adresinden erişildi. (ET: 21.06.2021).

[41] Bu suçlar; 1) TCK'nın 220.maddesinde yer alan örgüt suçları, 2) TCK'nın İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci bölümlerinde tanımlanan suçlar ve 3) Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardır.

Yukarıda sayılan eylemlerden bir veya birden fazlasının gerçekleştirildiğine dair ciddi bilgi, bulgu veya belgelerin ortada olması gerekir.

Bu eylemlerin gerçekleştiğine dair elde edilen bilgi, bulgu veya belgeler sonucunda m. 59/5 uyarınca getirilebilecek kısıtlamalar ise şunlardır: a) görüşmeler teknik cihazla sesli veya görüntülü olarak kaydedilebilir, b) müdafi ile yapılan görüşmeleri izlemek amacıyla görevli görüşmede hazır bulundurulabilir, c) müdafiin şüpheli/sanığa veya şüpheli/sanığın müdafiine verdiği belge veya belge örnekleri, dosyalar ve aralarındaki konuşmalara ilişkin tuttukları kayıtlara elkonulabilir ve görüşmelerin gün ve saatleri sınırlandırılabilir.

AYM''nin verdiği kararda[42] inceleme konumuz açısından önemli olan kısım ise, AYM'nin m. 59/10 düzenlemesini incelediği kısımdır. AYM, bu kısma ilişkin olan iptal talebini ikili bir şekilde inceleyerek m. 59/10 düzenlemesinin bir kısmının iptaline karar vermiştir. Buna göre AYM, m. 59/10.fıkrayı yine aynı maddenin 5.fıkrasındaki getirilen kısıtlamalar yönünden incelemiş[43] ve şüpheli/sanıkların müdafileri ile görüşme gün ve saatlerinin kısıtlanabilmesinin müdafiden yararlanma hakkına yönelik bir kısıtlama içerdiğini ancak bu kısıtlamanın meşru amaçlarla gerçekleştirildiğini[44], elverişli, gerekli ve orantılı olduğunu ve kısıtlamanın hakkın özüne dokunmadığını[45] ifade ederek iptal talebini bu yönden reddetmiştir. Dolayısıyla m. 59/5 kapsamındaki bir suçlardan hükümlü olup, başka bir suçtan dolayı şüpheli/sanık olanların müdafileri ile görüşme hakkı, gün ve saat yönünden sınırlandırılabilecektir. AYM aynı kararda,

[42] Anayasa Mahkemesi Kararı-GK, E: 2018/73 K: 2019/65, T: 24.7.2019 https://www.lexpera.com.tr/ictihat/anayasa-mahkemesi/e-2018-73-k-2019-65-t-24-7-2019 adresinden erişildi. (ET: 22.06.2021).

[43] "*Dava dilekçesinde kuralla anılan maddenin (5) numaralı fıkrasında öngörülen kural çerçevesinde avukatla görüşme hakkına getirilen kısıtlamaların Anayasa'ya aykırılığı ileri sürüldüğünden kural, söz konusu maddenin hükümlünün avukatla görüşmesinde uygulanacak kısıtlamaları düzenleyen (5) numaralı fıkrası yönünden incelenmiştir.*" Adı geçen karar, para. 112.

[44] "*Daha önce de belirtildiği üzere Anayasa'nın 36. maddesinde bu hak yönünden özel sınırlama sebeplerine yer verilmemiş ise de bu hakkın Anayasa'da güvence altına alınan diğer temel hak ve özgürlüklerin korunması veya Anayasa'nın diğer maddelerinde devlete bir görev olarak yüklenen millî güvenliğin, kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin korunması gibi nedenlerle sınırlandırılması mümkündür. Dava konusu kuralla da 5237 sayılı Kanun'un 220. maddesi kapsamındaki örgüt suçları ile devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, millî savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk suçundan hükümlü olup başka bir suçtan dolayı şüpheli veya sanık olanların avukatlarıyla görüşmesine bazı kısıtlamalar getirilmekte olup bu sınırlamayla ceza infaz kurumlarının güvenliğinin sağlanması, millî güvenlik, kamu düzeni ve kamu güvenliğine yönelik suçların önlenmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. Bu yönüyle kuralla getirilen sınırlamanın anayasal olarak meşru bir nedene dayanmadığı söylenemez. Ancak sınırlamanın meşru bir nedene dayalı olması yeterli olmayıp hakkın özüne dokunmaması ve ölçülü de olması gerekir.*" Adı geçen karar, para. 118.

[45] "*Hükümlü ile avukat arasındaki görüşmelerin gün ve saatlerinin kısıtlanması müdafi yardımından yararlanma hakkına sınırlama getirmekle birlikte müdafi yardımından yararlanma hakkı gözetilerek sanığın savunma hakkına zarar vermeyecek şekilde bu kısıtlamanın uygulanması mümkündür. Ayrıca ilgililerin kısıtlama kararının savunma hakkını etkisiz kılacak şekilde verildiği iddiasıyla mahkemeye itirazda bulunma, dolayısıyla bu tedbirin müdafi yardımından yararlanma hakkına uygun olarak uygulanmasını sağlama imkânları da bulunmaktadır. Bu itibarla hükümlü ile avukatın görüşmesinin gün ve saatlerinin kısıtlanmasının yukarıda açıklanan nedenlerle meşru bir amacının bulunduğu anlaşıldığından ve söz konusu tedbirin anılan amaca ulaşma bakımından elverişli, gerekli ve orantılı olmadığı söylenemeyeceğinden bu tedbirin müdafi yardımından yararlanma hakkına ölçüsüz bir sınırlama getirdiği ileri sürülemez.*" Adı geçen karar, para. 120.

m. 59/10 düzenlemesini beşinci fıkrada öngörülen diğer kısıtlamalar yönünden de incelemiş ve beşinci fıkrada öngörülen görüşmenin kaydedilmesi, görüşmede görevlinin hazır bulundurulması ile bilgi ve belgelere el konulması şeklindeki kısıtlamaların meşru bir amacının bulunduğunu, elverişli ve gerekli olduğunu ifade etmiştir[46]. Ancak, AYM, müdafiden yararlanma hakkı kapsamında, şüpheli/sanıkların müdafileri ile görüşme haklarının mahremiyet içinde gerçekleştirilmesi gerektiğini ve gün ve saat kısıtlamalarının dışında kalan diğer kısıtlamaların söz konusu mahremiyeti ortadan kaldırdığı ve savunma hakkının etkin kullanılabilmesi için yeterli güvencelerin de öngörülmediği gerekçesiyle, m. 59/10 düzenlemesini beşinci fıkranın saydığımız üç kısıtlama yönünden müdafiden yararlanma hakkını ihlal ettiğini ifade etmiş ve düzenlemenin iptaline karar vermiştir[47].

Sonuç olarak ifade edilebilir ki, AYM'nin verdiği bu karar önemli bir karar olmakla müdafi ile şüphelinin görüşmesinin mahremiyetini vurgulamaktadır. Buna göre, AYM, CGTİHK m. 59/5'teki suçlardan mahkum olmuş ve fakat başka bir suçtan da şüpheli veya sanık olanların müdafileri ile görüşmelerinin de gizli olduğunu belirtmiştir. Öyle ki, bu kişilerin de görüşmelerinin içeriği dinlenemeyecek, kaydedilemeyecek ve aralarındaki belgelere elkonulamayacaktır.

III. Kovuşturma Evresinde (Duruşmada) Müdafi ile Görüşme Hakkı
A. Duruşmadaki Oturma Düzeninin Müdafi ile Görüşme Hakkına Etkisi

Bu başlık altında duruşmada müdafi ile sanığın yan yana oturamamasının müdafi ile görüşme hakkını nasıl etkileyeceği irdelenmektedir. Hemen belirtilmelidir ki, duruşma düzeni açısından ideal olan müdafi ile sanığın yan yana oturmasının muhakkak sağlanmasıdır[48]. Zira CMK m. 154/1'e göre, müdafi ile görüşme hakkı sadece soruşturma evresinde değil muhakemenin her aşamasında kullanılabilecek bir haktır. Ayrıca, müdafi ile görüşme hakkı duruşma sırasında

[46] "Öte yandan şüpheli veya sanık ile avukatın *görüşmesinin kaydedilmesi*, *görüşmede görevlinin hazır bulundurulması* ile *bilgi ve belgelere elkonulması* şeklindeki kısıtlamaların anayasal bakımdan meşru bir amacının bulunduğu ve yapılan sınırlamanın anılan amaca ulaşma bakımından gerekli ve elverişli olduğu söylenebilir. Ancak getirilen sınırlamanın ölçülü olduğunun kabul edilebilmesi için elverişli ve gerekli olması yeterli olmayıp orantılı da olması da gerekmektedir." Adı geçen karar, para. 122.

[47] "*Belli koşullara bağlı da olsa şüpheli veya sanık ile avukatın görüşmesinin kaydedilmesi, görüşmede görevlinin hazır bulundurulması ile bilgi ve belgelere elkonulması şeklindeki kısıtlamalar doğrudan avukat ve müvekkil arasındaki mahremiyeti ortadan kaldıracak niteliktedir. Belirtilen durumlarda şüpheli veya sanığın avukatı ile mahrem bilgileri paylaşması, bilgi alışverişinde bulunması mümkün olmadığından avukatla görüşme hakkının bu şekilde sınırlanması özellikle savunma makamının özel olarak desteklenmesinin gerektiği hâllerde etkili bir savunma yapılabilmesi imkânını önemli ölçüde azaltabilir. Ayrıca kuralda avukat-müvekkil görüşmesinin gizliliği ortadan kaldırılırken şüpheli veya sanığın etkili bir hukuki yardım alabilmesi ve savunma hakkını etkili bir şekilde kullanması yönünde gerekli olan güvencelerin de öngörülmediği anlaşılmaktadır. Müdafi yardımından yararlanma, dolayısıyla savunma ve adil yargılanma hakkının hukuk devletindeki önemi dikkate alındığında kuralla getirilen sınırlamanın kişiye yüklediği külfetin aşırı ve orantısız olduğu, böylelikle şüpheli ve sanığın müdafii ile görüşmesinin kaydedilmesi, izlenmesi veya bilgi ve belgelere el konulmasının müdafi yardımından yararlanma hakkına ölçüsüz bir sınırlama getirdiği sonucuna ulaşılmıştır.*" Adı geçen karar, para. 123.

[48] Feyzioğlu, M. (2009). Savunma hakkına ilişkin iki soru: savunma hakkı kutsal mıdır? Duruşma salonunda müdafi ve sanık yan yana oturabilir mi?. Ankara Barosu Dergisi. (1). s. 24.

özellik arz edebilir. Çünkü, şüphelinin daha önce tasarlanan savunması duruşmadaki gidişata göre değiştirilmesi ihtiyacı ortaya çıkabilir. Özellikle, doğrudan soru sorma yetkisinin etkin bir şekilde kullanılabilmesi için sanıkla görüşmek gerekebilir. Dolayısıyla, duruşma düzeninin müdafi ile görüşme hakkını sınırlamaması gerekmektedir.

Bu konuda yakın tarihte verilmiş bir AYM bireysel başvuru kararı önem arz etmektedir. Başvuru, "*yargılamanın makul sürede sonuçlandırılmaması, duruşma salonunda müdafiden "fiziken" ayrı bir yerde savunma yapılması, mahkûmiyetin yargılama aşamasında sorgulanamayan bir kimsenin soruşturma evresindeki ifadelerine dayandırılması ve delillerin hatalı değerlendirilmesi nedenleriyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.*"[49]. Başvurucu, "*duruşma sırasında kendisinin salonun orta yerinde tutulduğunu, sanığın duruşma salonundaki yerinin geleneksel bir uygulamaya dayandığını ve hukuka aykırı olduğunu, böylelikle salonda teşhir edildiğini, avukatının yanında durmasına ve onunla görüşmesine imkân sağlanmadığını, bu sebeple kendisini yeterince savunamadığını belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.*"[50]. Başvuruyu silahların eşitliği ilkesi çerçevesinde incelediği bu kararında AYM, kabul edilemezlik kararı verdiği için duruşma düzeninin müdafi ile görüşme hakkına etkisine ilişkin somut görüşler bu kararda bulunmamaktadır.[51]. AYM gerekçe olarak ise, başvurucunun müdafi ile fiziken yan yana oturmamasının muhakemeyi nasıl adil olmaktan çıkardığının delillerinin başvuruda belirtilmemiş olmasını serdetmiştir[52]. Dolayısıyla AYM'ye göre, genel olarak yorum yapmak gerekirse duruşma esnasında, müdafi ile sanığın görüşememesi tek başına muhakemeyi adil olmaktan çıkarmaz. Ayrıca, AYM'nin bu durumun müdafiden yararlanma hakkını nasıl etkilediğini ve müdafiden yararlanma hakkı olumsuz yönde etkilenmişse bile bunun yargılamayı bir bütün olarak adil olmaktan çıkarıp çıkarmadığının her somut olayda değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılabilecektir.

[49] Larysa Ziabkina Başvurusu, Başvuru No: 2014/5142, T: 21.11.2017 https://www.lexpera.com.tr/ictihat/anayasa-mahkemesi/k-2014-5142-t-21-11-2017 adresinden erişildi. (ET: 22.06.202).

[50] Larysa Ziabkina Başvurusu, para. 30.

[51] "*Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucular tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (Tahir Canan, § 16). Bu itibarla başvurucunun bu başlık altındaki iddiaları Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkıkapsamındaki silahların eşitliği ilkesi çerçevesinde değerlendirilmiştir.*" Larysa Ziabkina Başvurusu, para. 31.

[52] "*Somut olayda başvurucunun duruşmadaki oturma düzeninde "fiziken" avukatından ayrı bir konumda olmasının, menfaatlerini savunduğu esnada kendisini nasıl dezavantajlı bir konuma getirdiği temellendirilmemiştir. Anılan iddia soyut ve genel ifadelerle dile getirilmiş, duruşma sırasında müdafi yardımından yararlanmak için başvurucunun ilk derece mahkemesinden talepte bulunup bulunmadığı, talepte bulunmuş ise bu talebinin mahkemece ne zaman ve hangi gerekçeyle reddedildiği, bunun bir bütün olarak yargılamanın adilliğini ne şekilde etkilediği hususlarında bir açıklamada bulunulmamış; bu itibarla başvurucu başlıktaki ihlal iddiasına ilişkin olarak delillerini sunma ve savunma hakkının hangi nedenle ihlal edildiğine ilişkin açıklamalarda bulunma yönündeki yükümlülüğünü yerine getirmemiştir.*" Larysa Ziabkina Başvurusu, para. 34.

AİHM'nin bu konudaki görüşlerini bulabileceğimiz bir kararı ise Urazov v. Rusya kararıdır[53]. AİHM, bu kararında sanığın duruşma salonundaki yerinin avukatı (müdafii) ile görüşmesini ve bu görüşmenin mahremiyetini etkileyip etkilemediğini sorgulamış ve başvurucu sanığın -başvuruda incelenen dava özelinde- bir metal kafeste kalmasının avukatıyla (müdafiiyle) görüşmesindeki mahremiyeti ortadan kaldırdığını ve müdafiden alınan hukuki yardımın etkililiğinin azaldığı gerekçesiyle müdafiden yararlanma hakkının ihlal edildiğine kanaat getirmiştir[54].

Kanaatimizce, bu hususta AİHM'nin verdiği karar önem arz etmektedir. Zira, müdafiden yararlanma hakkı kapsamında müdafi ile görüşme hakkı, sadece soruşturma aşamasında değil; kovuşturma aşamasında duruşma sırasında da kullanılabilecek bir haktır. Günümüzde mevcut duruşma düzenine bakıldığında ise, müdafi ile sanığın yan yana oturamadığı görülmektedir. Hatta, mahkemeler bu hususa ilişkin talepleri de genellikle reddetmektedir. Ancak, duruşma esnasında müdafi ile sanığın yan yana oturmasını engelleyecek bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Bundan dolayı, mevcut duruşma düzeninin müdafi ile görüşme hakkını engellediği ifade edilmelidir. Bu durumun düzeltilmesi müdafiden yararlanma hakkının tam olarak gerçekleştirilmesi bakımından önemli olacaktır.

B. Duruşmaya SEGBİS Yoluyla Katılan Sanığın Müdafi ile Görüşme Hakkı

Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi (SEGBİS), soruşturma ve kovuşturma aşamalarında Cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkemece dinlenilmesine gerek duyulan kişilerin, teknik bilişim sistemi kullanıarak dinlenilmesi, kayda alınması ce saklanmasına imkan sağlayna bir sistemdir[55]. Özellikle makul sürede yargılanma hakkı açısından olumlu faydaları olmakla birlikte SEGBİS uygulamasının kullanılması sırasında şüpheli veya sanığın haklarına ve özellikle savunma hakkına azami dikkatin gösterilmesi gerekmektedir[56]. Dikkat gösterilmesi haklardan birisi de müdafiden yararlanma hakkıdır.

Tutukluluk, hastalık gibi sebeplerle duruşmaya katılamayan veya katılmaması uygun görülen sanığın ses ve görüntü bilişim sistemi vasıtasıyla beyanları alınması mümkündür. Bu işlem esnasında müdafiin duruşma salonunda bulunması durumunda müdafi ile sanığın ne şekilde görüşeceği meselesi yine müdafi ile görüşme hakkı kapsamında değerlendirilmelidir. Buna göre, müdafi ile görüşme hakkı çerçevesinde sanığın SEGBİS yoluyla sorgusu yapılırken müdafi ile görüşmesi CMK m. 154/1 çerçevesinde sağlanmalı ve bu görüşme yine gizlilik içinde olmalıdır.

[53] Urazov v. Rusya, Başvuru No: 42147/05, T: 14.06.2016. Kararın orijinal metni için bkz. https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-163656%22]} adresinden erişildi (ET: 22.06.2021); Kararın ilgili bölümlerinin Türkçe çevirisi için bkz. Taner, a.g.e., s. 339-340.
[54] Taner, a.g.e., s. 340.
[55] Centel, N. ve Zafer, H. (2020). Ceza muhakemesi hukuku. İstanbul: Beta Yayınevi. s. 296.
[56] Çelikkaya, S. D. (2020). Türk ceza muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi (SEGBİS). Ankara: Adalet Yayınevi. s. 8.

Ancak uygulamada SEGBİS yoluyla duruşmaya katılan sanığın müdafi ile gizlilik içinde görüşmesi mümkün olmamaktadır.

Marcello Viola v. İtalya kararında[57], tutuklu olan sanığın üç defa duruşmaya getirilmeden video konferans yoluyla duruşmaya katılması sağlanmıştır[58]. Başvurucunun başvurusunu inceleyen AİHM, bu kararında, müdafiin sanığın yanında isterse hazır bulunabileceğini, ayrıca duruşmaya video konferans yoluyla katılan sanığın duruşma salonunda bulunan müdafii ile dışarıdan üçüncü kişilerin dinleyemeyeceği bir telefon hattı sayesinde gizlilik içinde görüşebileceğini belirtmiş; ve yeterli usuli güvenceler sağlandığı için müdafiden yararlanma hakkının ihlal edilmediğini ifade etmiştir[59].

AİHM'in video konferans hakkında verdiği diğer bir önemli karar da Sakhnovskiy v. Rusya kararıdır[60]. Bu kararda Mahkeme, müdafiden yararlanma hakkının ihlal edildiğini belirtmiştir. Mahkeme'nin bu kararında ihlal sonucuna ulaşmasının gerekçesi ise, müdafi ile başvurucu sanığın iletişimini ya da görüşmesine imkan sağlayan sistemin, devlet tarafından geliştirilmiş olduğu ve bunun da gizlilik konusunda güvence sağlamadığıdır[61]. Diğer yandan Mahkeme'ye göre, sanığa, duruşma salonunda ya da videokonferans yoluyla duruşmaya katıldığı yerde müdafiden yararlanma hakkı sağlanmamıştır[62].

Türk ceza muhakemesi sisteminde, maalesef, duruşmaya SEGBİS ile katılan sanığın duruşmada bulunan müdafi ile görüşebilmesi imkanı bulunmamaktadır. Bu durum sanığın müdafiden yaralanma hakkını kısıtlamakta ve ihlal etmektedir. Bunun çözümü, sanığa ve SEGBİS yoluyla ifadesi alınan tutuklu şüpheliye müdafi ile üçüncü kişilerin dinleyemeyeceği özel bir hattın kurulması ve müdafiin, SEGBİS yoluyla ifadesinin alındığı veya sorgusunun yapıldığı yere müdafi yollayabilmesi ya da kendisinin, şüpheli veya sanığın yanına gidip duruşmaya müdafi gönderebilme imkanlarının tanınmasıdır[63].

IV. Sonuç

Müdafiden yararlanma hakkı, adil yargılanma hakkının bir gereği olarak ceza muhakemesi sürecinde şüpheli veya sanığın savunmasını etkin bir şekilde hazırlayabilmesi amacıyla tanınmış bir haktır. Müdafiden yararlanma hakkı, içinde müdafi ile görüşme hakkını barındırmakla şüpheli veya sanığın ceza muhakemesi sürecinde müdafii ile görüşmesine kural olarak engel olunamayacaktır. Nitekim hem AİHS m. 6/3-c hem de iç hukukumuzda CMK m. 149 vd. maddeleri müdafi ile görüşme hakkını güvence altına almaktadır.

[57] Marcelo Viollo v. İtalya Kararı, Başvuru No: 77633/16, T: 05.10.2006.
[58] Yerdelen, E. (2019). Ceza muhakemesinde videokonferans yönteminin (SEGBİS) kullanımı. Çev: Yerdelen, E. Bilişim Hukuku Dergisi. 1(2). s. 279.
[59] Yerdelen, a.g.m. s. 279-281.
[60] Sakhnovskiy v. Rusya Kararı, Başvuru No: 21272/03, T: 02.11.2010.
[61] Taner, a.g.e. s. 342.
[62] Taner, a.g.e. s. 342.
[63] Dursun, G. (2016). Sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı ve bu kapsamda sesli ve görüntülü bilişim sistemin (SEGBİS) değerlendirilmesi. Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 11(143-144). s. 149.

Müdafi ile görüşme hakkı kapsamında soruşturma evresinde yakalanan, gözaltına alınan veya tutuklanan kişilerin bir müdafiin hukuki yardımından yararlanması veya yararlandırılması gerekmekte olup bu hakka getirilecek kısıtlamaların ise adil yargılanma hakkını zedeleyeceği ifade edilmelidir. Buna rağmen, bu hak mutlak bir hak olarak kabul edilmediği için, bu hakka çeşitli kısıtlamalar getirilmesi mümkün olmaktadır. AİHM içtihadına göre, zorlayıcı nedenlerin varlığı halinde müdafiden yararlanma hakkına ve dolayısıyla müdafi ile görüşme hakkına kısıtlama getirilmesi mümkün olabilmektedir. Ancak, zorlayıcı nedenler olmaksızın sistematik bir kısıtlama söz konusu olduğunda AİHM'nin ihlal kararı vermesi ihtimal dahilindedir. Yine AİHM son dönemlerde verdiği bazı kararlarda, zorlayıcı nedenler olmasa da sistematik bir kısıtlamanın varlığının doğrudan müdafiden yararlanma hakkını ihlal etmeyeceğini kabul etmiştir. Şüphesiz bu durum geri adım niteliğindedir. Buna göre, CMK m. 154/2'de öngörülen ve müdafi ile görüşme hakkına getirilen kısıtlamanın görünüşte sistematik bir kısıtlama olmadığı ifade edilmelidir. Ancak bu düzenleme, her somut olayda bireysel bir değerlendirme yapılmadan maddede öngörülen suçlarla ilgili olarak otomatik bir uygulamaya dönüşürse artık sistematik bir kısıtlamaya dönüşeceğinden AİHM nezdinde ihlal kararı verilmesi daha da kuvvet kazanacaktır. Bundan dolayı CMK m. 154/2 düzenlemesi uygulanırken mutlaka her somut olay özelinde bireysel bir değerlendirme yapılarak şüpheli ile müdafiinin görüşmesi eğer gerçekten bir zorlayıcı neden varsa kısıtlanmalıdır.

Müdafi ile görüşme hakkı, sadece soruşturma aşamasında değil; kovuşturma aşamasında da kullanılabilecek bir haktır. Bundan dolayı ülkemizde mevcut duruşma düzeninin müdafi ile görüşme hakkını engellemeyecek şekilde dizayn edilmiş olmadı gerekir. Ancak maalesef, durum böyle değildir. Nitekim, duruşma salonları müdafi ile sanığın görüşmesine imkan verecek şekilde dizayn edilmemiştir. Tabii bu durum sadece fiziki bir eksiklikten kaynaklanmamaktadır. Ayrıca ceza muhakemesine katılan süjelerin zihni engelleri de bu duruma sebebiyet vermektedir. Zira, duruşma sırasında müdafi ile sanığın görüşmesini engelleyecek bir hukuki düzenleme mevcut değildir. Buna rağmen, uygulamada kısmen aksi örnekleri görülse de hakim veya mahkeme başkanları müdafi ile sanığın yan yana oturmasını engellemektedir. Bu uygulamanın müdafi ile görüşme hakkına hizmet etmediği ve hatta engellediği ortadadır.

Son olarak, duruşmaya SEGBİS vasıtasıyla katılan sanığın da müdafi ile görüşme hakkı tesis edilmelidir. Buna göre, müdafi ile sanığın özel olarak görüşebileceği ve üçüncü kişilerce denetlenemeyen bir iletişim hattının kurulması müdafi ile görüşme hakkının saplanması açısından elzemdir. Ayrıca, sanığın SEGBİS ile duruşmaya katıldığı yerde bir müdafiin bulundurulması ve duruşma salonuna bir müdafi gönderebilmesi imkanı da tanınabilir. Aksi takdirde müdafiin duruşma salonunda bulunduğu ve sanığın da uzaktan bilişim sistemi vasıtasıyla duruşmaya bağlandığı durumlarda müdafi ile görüşme hakkına riayet edildiğinden bahsedilmesi güç olacaktır.

Kaynakça

Bozdağ, A. (2014) Müdafi, Ankara: Adalet Yayınevi.
Centel, N. ve Zafer, H. (2020). Ceza muhakemesi hukuku. İstanbul: Beta Yayınevi.

Çelikkaya, S. D. (2020). Türk ceza muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi (SEGBİS). Ankara: Adalet Yayınevi.
Çeliksoy, E. (2018) Polis karakolunda müdafi ile görüşme ve müdafiden yararlanma hakkının İbrahim ve Diğerleri/Birleşik Krallık Kararı ışığında değerlendirilmesi", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi. (35).
Çeliksoy, E. (2019). Soruşturma evresinde müdafiye erişim hakkının sistematik olarak kısıtlanması: AİHM'nin Beuze v. Belçika Kararının İncelenmesi. Terazi Hukuk Dergisi, C14(156).
Demirbaş, T. (2019). İnfaz hukuku, Ankara: Seçkin Yayınevi.
Dursun, G. (2016). Sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı ve bu kapsamda sesli ve görüntülü bilişim sistemin (SEGBİS) değerlendirilmesi. Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 11(143-144).
Dülger, M. V. (2012). Ceza muhakemesi uygulamasında müdafinin konumu ve uygulamada karşılaşılan sorunlar, Ankara Barosu Dergisi, (4).
Feyzioğlu, M. (2009). Savunma hakkına ilişkin iki soru: savunma hakkı kutsal mıdır? Duruşma salonunda müdafi ve sanık yan yana oturabilir mi?. Ankara Barosu Dergisi. (1).
Kocaoğlu, S. S. (2017). Müdafi. Ankara: Seçkin Yayınevi.
Lexpera. (2021). https://www.lexpera.com.tr/ictihat/anayasa-mahkemesi/e-2018-73-k-2019-65-t-24-7-2019 adresinden erişildi. (ET: 21.06.2021).
Ombudsman. (2021). https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/528b7--Herhangi-Bir-Bicimde-Tutulan-veya-Hapsedilen-Kisilerin-Korunmasi-Icin-Prensipler-Butunu.pdf adresinden erişildi (ET: 20.06.2021).
Sınar, H. (2016). Ceza muhakemesi hukukunda tutuklama. İstanbul: On İki Levha Yayınları.
Şen, E. Başka suçtan tutukluluk. https://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2016925-baska-suctan-tutukluluk adresinden erişildi. (ET: 21.06.2021).
Taner, F. G. (2019). Ceza muhakemesi hukukunda adil yargılanma hakkı bağlamında çelişme ve silahların eşitliği. Ankara: Seçkin Yayınevi.
Taşkın, Ş. C. (2007). Müdafinin ve vekilin hukuki yardımı, sınırları ile uygulamada karşılaşılan sorunların AİHM içtihatları ışığında değerlendirilmesi. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (69).
Trechsel, S. (2005) Human rights in criminal proceedings. New York: Oxford University Press.
Ünver, Y. ve Hakeri, H. (2020). Ceza muhakemesi hukuku, Ankara: Adalet Yayınevi.
Yenisey, F. (1987). Uygulanan ve olması gereken ceza muhakemesi hukuku hazırlık soruşturması ve polis. İstanbul: Beta Yayıncılık.
Yerdelen, E. (2019). Ceza muhakemesinde videokonferans yönteminin (SEGBİS) kullanımı. Çev: Yerdelen, E. Bilişim Hukuku Dergisi. 1(2).
Yokuş Sevük, H. (2007) Tutuklu ve hükümlünün avukat ile görüşme hakkı. Hukuk ve adalet eleştirel hukuk dergisi. CIV(9).

VERGİ YARGISINDA BİRLEŞTİRME KARARI VE YAŞANAN HUKUKİ SORUNLAR

Mustafa Balcı[1]
Samsun Bölge İdare Mahkemesi
ORCID NO: 0000-0002-6448-3377

Öz
Çalışmamızda; aynı maddi veya hukuki sebepten kaynaklanan veya biri hakkında verilecek kararın diğerini etkileyecek niteliğe sahip (sebep-sonuç ilişkisi bulunan) işlemlerin tek dava dilekçesine konu edilebilmesine ilişkin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Hakkında Kanun'un (İYUK) 5'inci maddesi düzenlemesinin *hukuki belirlilik ve kanuni hâkim ilkeleri yönünden* bir takım hukuki sakıncalarının bulunup bulunmadığı; Vergi yargısında Anayasa'nın 141'inci maddesi ve 2577 sayılı Kanun'un 5'inci maddesine dayanak gösterilerek *usul ekonomisi ve en az giderle yargılama yapılması ilkeleri kapsamında, davacısı ve sebebi (maddi veya hukuki) aynı olmakla beraber konusu farklı olan birden fazla işlem yönünden ayrı ayrı açılan davaların birleştirilerek* yargılamaya devam edilmesi uygulamasının yasal mevzuata uygun olup olmadığı; ayrı ayrı açılan davaların birleştirme kararı ile tek dava dosyasında birleştirilerek, yapılan yargılama sonucunda tek vekâlet ücretine mi yoksa birleştirilen dava sayısı kadar vekâlet ücretine mi hükmedilmesi gerektiği; Tarifenin seri davalara ilişkin vekâlet ücreti uygulamasının idari yargı için uygulanabilir olup olmadığı ve şekli olarak tek bir işlem görüntüsünde olan işleme karşı, içeriği unsurlar itibariyle ayrı ayrı idari işlem olarak kabul edilerek ayrı davalara konu yapılıp yapılamayacağı sorularına cevap bulmaya çalışacağız.

Anahtar Kelimeler: Vergi Yargısı- Birleştirme Kararları-Vekalet Ücreti

GİRİŞ
Çalışmaya geçmeden önce bir bilgiyi de paylaşmak istiyorum. Google doküman sayfasında[2] idari yargı hâkimlerimizin katılımıyla gerçekleştirilen ve 180 meslektaşımın katıldığı, iki kısa sorudan oluşan ankette**; *"vergi mahkemelerinin, Anayasanın 141. maddesi ve 2577 sayılı Kanun'un 5'inci md. kapsamında birleştirme kararı vermesi"*** hususunda; ***97 meslektaşımın (%54,2) "****evet*, doğru buluyorum", **82 *meslektaşımın* (% 45,8)** *"hayır, yanlış buluyorum"* şeklinde oy kullanması; anketin "***vergi mahkemesince, birden fazla davanın tek dava dosyasında birleştirilerek, yargılama sonunda tek bir vekâlet ücretine hükmedilmesi"*** hususunda; ***93 meslektaşımın (%51,7) "****evet*, doğru buluyorum", **87 *meslektaşımın* (% 48,3)** *"hayır, yanlış buluyorum"* şeklinde oy kullanması ve sonuçların birbirine çok yakın olması, idari yargı uygulamasında, konunun oldukça tartışmalı olduğunu da ortaya koymaktadır.

1. Her İdari İşlemin Ayrı Ayrı Dava Konusu Yapılması Kuralı ve İstisnası
2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu[3], Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare mahkemeleri ve vergi mahkemelerinin görevine giren *uyuşmazlıkların çözümünde uygulanan usul kanunu* olup, yazılı yargılama usulüne tabi olan idari yargılamanın ne suretle yapılacağı, mahkemelerin yargılama yaparken tabi olacağı kuralları içermektedir.

[1] **Samsun Bölge İdare Mahkemesi 2. Vergi Dava Dairesi Başkanı**
[2] https://docs.google.com/forms/d/1PP2fDZTIGnrbVMw_rrBr_DxAlfIAZNXOoT9iaLFqM5M/edit#responses
[3] **20.1.1982 tarih ve 17580 sayılı Resmi Gazete'de** yayımlanmıştır.

Diğer taraftan 2577 sayılı Kanun'un 31'inci maddesinde[4] İYUK'ta hüküm bulunmayan hususlarda; *hakimin davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin tespiti, yargılama giderleri, adli yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sukünunu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemler ile elektronik işlemlerde* Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür.

Kanun maddesinde 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na atıfta bulunulmuş ise de, *1 Ekim 2011'de yürürlüğe giren* 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK), 1086 sayılı Kanunu mülga etmiştir. Bu nedenle, maddede *atıf yapılan hususlar yönünden 6100 sayılı HMK hükümleri* uygulanacaktır.

Ayrıca, 2577 sayılı Kanun'un 31'inci maddesinin devamında; "*Bu Kanun ve yukarıdaki fıkra uyarınca Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa atıfta bulunulan haller saklı kalmak üzere, vergi uyuşmazlıklarının çözümünde Vergi Usul Kanununun ilgili hükümleri uygulanır."* hükmü yer almaktadır.

2577 sayılı Kanun'un "*İdari dava türleri ve idari yargı yetkisinin sınırı*:" başlıklı 2'nci maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendinde; "*İdarî işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan iptal davaları"* ifadelerine yer verilmiş, "*İdari davaların açılması*:" başlıklı 3'üncü maddesinde *dava dilekçesinde bulunması gereken hususlar* düzenlenmiştir.

"*Aynı dilekçe ile dava açılabilecek haller*:" başlıklı 5'inci maddesinde ise; "*Her idari işlem aleyhine ayrı ayrı dava açılır. Ancak, aralarında maddi veya hukuki yönden bağlılık yâda sebep-sonuç ilişkisi bulunan birden fazla işleme karşı bir dilekçe ile de dava açılabilir*." ifadelerine yer verilmiştir.

1982 yılında itiraz/temyiz komisyonlarının yerini vergi mahkemeleri ve idare mahkemeleri almış olup, 1982 yılında yürürlüğe giren 2575 sayılı Danıştay Kanunu öncesinde yürürlükte olan 521 sayılı Danıştay Kanunu'nun "*Aynı dilekçe ile dâva açılabilecek haller*" başlıklı 65'inci maddesinin[5], 2577 sayılı Kanun'a taşındığını söyleyebiliriz.

İYUK md. 5 düzenlemesinin ilk şeklinde "*sebep-sonuç ilişkisi*" koşulu yoktu. Ayrıca, "*maddi"* ve "*hukuki*" sözcükleri arasında "*veya*" bağlacı değil "*ve*" bağlacı vardı. Bu nedenle, maddi bakımdan bağlılık koşulu ile hukuki bakımdan bağlılık koşulunun birlikte var olması aranmaktaydı. Yeni düzenlemeye göre, aynı şahsı ilgilendiren birden fazla idari işleme karşı aynı dilekçe ile dava açılabilmesi için bu işlemler arasında yalnızca *maddi yönden bağlılık* veya yalnızca hukuki yönünden bağlılık ya da sebep-sonuç ilişkisinin bulunması yeterlidir[6].

---

[4] **2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Hakkında Kanun'un *31'inci maddesinde***; " *1. Bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; hakimin davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin tespiti, yargılama giderleri, adli yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sukünunu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemler ile elektronik işlemlerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır. (Ek cümle: 5/4/1990-3622/11 md.; Değişik:10/6/1994-4001/14 md.) Ancak, davanın ihbarı (...)(2) Danıştay, mahkeme veya hakim tarafından re'sen yapılır. (Ek cümle: 3/11/2016-6754/22 md.) Bilirkişiler, bilirkişilik bölge kurulları tarafından hazırlanan listelerden seçilir ve bilirkişiler hakkında Bilirkişilik Kanunu ve 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun ilgili hükümleri uygulanır.*

2. Bu Kanun ve yukarıdaki fıkra uyarınca Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa atıfta bulunulan haller saklı kalmak üzere, vergi uyuşmazlıklarının çözümünde Vergi Usul Kanununun ilgili hükümleri uygulanır." ifadeleri yer almaktadır.

[5] **31.12.1964 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 521 sayılı Danıştay Kanunu'nun *65'inci maddesinde***; "*Her idari i işlem veya yargı kararı aleyhine ayrı ayrı dâva açılır. Ancak aralarında maddi ve hukuki bakımdan bağlılık varsa, aynı şahsı ilgilendiren birden fazla işlem veya yargı kararı aleyhine bir dilekçe ile dâva açılabilir.*

Birden fazla şahsı ilgilendiren işlem veya yargı kararlarından dolayı müşterek dilekçe ile dâva açılabilmesi, hak veya menfaatte İştirak ve maddi ve hukuki sebeplerde birlik bulunmasına bağlıdır." ifadeleri yer almaktadır.

[6] Turgut **Candan**, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Adalet Yayınevi, 4.Baskı, Ankara, 2011, s. 270.

İYUK'un 3'üncü ve 5'inci maddeleri birlikte değerlendirildiğinde ***her idari işlem için ayrı ayrı*** dava açılmasının *kural olduğunu* söyleyebiliriz. Kanun koyucu bu kurala 5'inci maddenin 1'inci fıkrasında *işlemler yönünden*, 2'nci fıkrasında da *kişiler yönünden*[7] istisna getirmiştir.
İYUK'un 2'nci maddesinde; her idari işlemin *yetki, şekil, sebep, konu ve amaç yönlerinden* yargısal denetiminin yapılacağı öngörülmüş olup, *her idari işlemin ayrı ayrı yargılamaya tabi tutularak hukuka aykırılık ve uygunluk sebeplerinin daha iyi tartışılmasına imkân vermesi*, yargılamanın uzamaması, hak arama ve savunma hakkının kullanımını kolaylaştırması gibi pek çok faydaları da bulunduğu açıktır.
Kanun koyucu bu kurala biri işlemler diğeri kişiler yönünden iki istisna getirmiş ve işlemler yönünden; "*aralarında maddi veya hukuki yönden bağlılık ya da sebep-sonuç ilişkisi bulunan*" birden fazla işleme karşı bir dilekçe ile de dava açabilme imkânı tanınmıştır.
Kanun maddesine göre, kişi açısından hakkında tesis edilen birden fazla işlem arasında ***maddi veya hukuki yönden bağlılık bulunması*** durumunda, davacı bu işlemleri tek dava dilekçesine konu edebilecektir.
Örneğin; vergi incelemesi sonucunda *kayıt dışı hasılat bulunduğunun tespit edilmesi* halinde, kayıt dışı bırakılan kazanç yönünden gelir/kurumlar vergisi tarhiyatı, kayıt dışı hasılata ilişkin teslimden kaynaklanan katma değer vergisi tarhiyatı ile kayıt dışı hasılata ilişkin fatura düzenlenmemiş olması nedeniyle özel usulsüzlük cezası kesilmesi işlemleri ***aynı maddi olaya*** yani mükellefin kayıt dışı satışının bulunduğuna dayalı olup, davacı, bu işlemler hakkında ayrı ayrı dava konusu yapabileceği gibi İYUK md. 5 kapsamında aynı maddi olaydan kaynaklanan işlemler için tek dava dilekçesi ile dava konusu da yapabilecektir.
Kanun maddesine göre, kişi açısından hakkında tesis edilen birden fazla işlem arasında *hukuki yönden bağlılık bulunması* durumunda da davacı, tek dava dilekçesi ile dava konusu yapabilecektir. Örneğin; vergi incelemesi sonucunda mükellef hakkında özel tüketim vergisi ve 3065 sayılı Kanun'un 20 ve 24'üncü maddelerine istinaden ötv matrahı üzerinden yapılan katma değer vergisi tarhiyatlarına ilişkin olarak, katma değer vergisinin akıbeti özel tüketim vergisi hakkında verilecek karara bağlı olduğundan, iki tarhiyat işlemi arasında ***hukuki yönden bağlılık*** bulunduğundan, davacı bu işlemleri ayrı ayrı dava konusu yapabileceği gibi İYUK md. 5 kapsamında hukuki yönden bağlılık bulunan ötv ve kdv tarhiyatı işlemlerini tek dava dilekçesi ile dava konusu yapabilecektir

İşlemlerden birinin yapılması, diğerinin varlığına bağlı ise bu iki işlem arasında sebep-sonuç ilişkisi var demektir. Örneğin re'sen yapılan tarh işlemi ve bu işlemle tarh edilen vergiye bağlı olarak kesilen vergi ziyaı cezası işlemi arasında bu tür bir ilişki mevcuttur[8]. 3065 sayılı Kanun'un 20 ve 24'üncü maddelerine istinaden özel tüketim vergisi üzerinden tarh olunan katma değer vergisi ile özel tüketim vergisi tarhiyatları arasında *hukuki yönden bağlılık* bulunduğu gibi aynı zamanda "***sebep-sonuç ilişkisi"*** *de* bulunmaktadır. Davacı, bu işlemler hakkında ayrı ayrı dava açabileceği gibi İYUK md. 5 kapsamında aynı maddi olaydan kaynaklanan işlemleri tek bir dava dilekçesine konu da yapabilir.
Aynı dilekçe ile idari davaya konu edilen idari işlemlerin *ayrı ayrı dava edilmeleri halinde de idari yargı düzeninin* ve *aynı idari yargı yerinin görevine giriyor* olması gerekir[9].
Örneğin, *aralarında maddi veya hukuki yönden bağlılık yâda sebep-sonuç ilişkisi bulunan birden fazla işleme karşı* birinin idari yargı, diğerinin adli yargının görev alanına girmesi[10] veya davaların *bir*

[7] **2577 sayılı Kanun'un 5'inci maddesinin *5'inci maddesinin 2'nci fıkrasında*; "***2. Birden fazla şahsın müşterek dilekçe ile dava açabilmesi için davacıların hak veya menfaatlerinde iştirak bulunması ve davaya yol açan maddi olay veya hukuki sebeplerin aynı olması gerekir"*** ifadeleri yer almaktadır.
[8] **Candan**, s. 274.
[9] A. Şeref **Gözübüyük**, Yönetsel Yargı, 11. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 1997, s. 479; **Candan**, s. 277-278.
[10] *"Danıştay 15. Dairesince, 5510 sayılı Kanun uyarınca tesis edilen işleme anılan Kanunun 101. maddesi uyarınca İş Mahkemesinin görevli olduğu ve sözü edilen Kanunun uygulanmasını göstermek amacıyla çıkarılan Genel Sağlık Sigortası*

kısmının idare mahkemesi bir kısmının ise vergi mahkemesinin görev alanına girdiği durumlarda, *aralarında maddi veya hukuki yönden bağlılık yâda sebep-sonuç ilişkisi bulunsa dahi* bu işlemler tek dilekçe ile dava konusu edilemez.

Yıldırım/Üstün[11]; aynı dilekçe ile dava açabilmenin mümkün olabilmesi için işlemlerin yargısal denetiminin aynı kanun yoluna tabi olması gerektiği, 6545 sayılı Kanun öncesinde, tek hâkim ile görülen davalarda itiraz kanun yolu öngörülerek itiraz mercii olarak Bölge İdare Mahkemesinin, heyet/kurul halinde görülen davalarda ise temiz kanun yolu öngörülerek temyiz mercii olarak Danıştay'ın yetkili ve görevli kılındığı, tek hâkim tarafından karara bağlanması gereken işlemler ile heyet/kurul halinde karara bağlanması gereken işlemler açısından birlikte dava açılamayacağı; ancak 6545 sayılı kanun ile yapılan değişiklik sonrası itiraz/temyiz ayrımının ortadan kalkmış olması, tek hâkim veya kurul/heyet halinde ilk derece mahkemesi kararları için istinaf kanun yolunun öngörülmüş olduğu ve bu değişiklik sonrasında artık işlemlerin yargısal denetiminin farklı kanun yollarına tabi olmasından bahsedilemeyeceğinden ötürü, bu kriterin, artık aynı dilekçe ile dava açılabilmesi için aranan bir şart olduğunu söylemenin güç olduğu görüşündedir.

Candan ise[12], yargı kararlarından emsaller de sunarak, idari işlemlerin ayrı ayrı dava konusu edilmesi halinde, *bir kısmının kurul (başkan ve iki üyenin katılımı ile) halinde bir kısmının ise tek hâkim tarafından karara bağlanması gereken hallerde*[13], bu işlemlerin aynı dilekçe ile dava konusu edilemeyeceği görüşündedir.

Ancak, kanun maddesinde *tek hâkim ile karara bağlanacak davalar ile heyet halinde karara bağlanacak davaların tek dava dilekçesine konu edilemeyeceği yönünde bir düzenleme bulunmadığından tek hâkim/heyet veya istinafa/temyize tabi* ayrımı yapılmaksızın *aralarında maddi veya hukuki yönden bağlılık yâda sebep-sonuç ilişkisi bulunan işlemlerin tek dilekçe ile dava konusu yapılabileceği görüşündeyiz.* Nitekim bu yönde Danıştay kararı da bulunmaktadır[14].

kapsamında Gelir Tespiti, Tescil ve İzleme Sürecine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 14. maddesinin iptali istemine ilişkin kısmının ise, Danıştay'ın görevinde bulunduğu, adli ve idari yargı olmak üzere iki ayrı yargı düzeni içinde görülecek olan bu iki ayrı işleme karşı tek dilekçeyle dava açılmasına hukuki olanak bulunmamakta olup; her iki işleme karşı ayrı yargı düzenlerinde ayrı dilekçelerle dava açılması gerektiği, dava dilekçesinin 2577 sayılı Kanunun 5. maddesine uygun düzenlenmediğine karar verilmiştir." Hüseyin **Bilgin**, İdari Davalar ve Çözüm Yolları, Seçkin Yayıncılık, 2.Baskı, Ankara, 2020, s. 138.

[11] Turan **Yıldırım**/ Gül **Fiş Üstün,** Açıklamalı-Notlu İdari Yargılama Usulü Kanunu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s.124.

[12] **Candan**, s. 279.

[13] **2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri Ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu Ve Görevleri Hakkında Kanun** 7'nci maddesinde konusu 25.000-TL'yi aşmayan uyuşmazlıkların tek hâkim tarafından çözümleneceği, Kanunun 4577/4 md ile değişik Ek 1'inci maddesinde yer alan; "*Bu Kanunun tek hâkimle çözümlenecek davalara ilişkin 7 nci maddesindeki parasal sınırlar; her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, önceki yılda uygulanan parasal sınırların, o yıl için 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca Maliye Bakanlığınca her yıl tespit ve ilan edilen yeniden değerleme oranında artırılması suretiyle uygulanır. Bu şekilde belirlenen sınırların bin Türk lirasını aşmayan kısımları dikkate alınmaz"* hükmü uyarınca 2013 yılında 26.000-TL, 2014 yılında 28.000-TL, 2015 yılında 30.000-TL, 2016 yılında 31.000-TL, 2017 yılında 32.000-TL, 2018 yılında 36.000-TL, 2019 yılında 44.000-TL, 2020 yılında 53.000-TL, 2021 yılında 57.000-TL tutarın altındaki uyuşmazlıklar tek hakim tarafından karara bağlanacak uyuşmazlıklar olup, bu tutarın üzerindeki uyuşmazlıklar başkan ve iki üye hakimin katılacağı heyet/kurul tarafından karara bağlanmaktadır.

[14] Nitekim **Dan.VDDK. 23.1.2009 tarih ve E. 2008/850, K. 2009/7 sayılı kararı** ile onanan Denizli Vergi Mahkemesi kararında; "*2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 5'inci maddesinin 1'inci fıkrasına göre birden fazla işlemin aynı dilekçeyle davaya konu edilebilmesi için aralarında maddi veya hukuki yönden bağlılık ya da sebep-sonuç ilişkisi bulunmasının yeterli olduğunu ve maddede, aralarında maddi veya hukuki yönden bağlılık bulunan fakat birisi tek hakimin görevine giren işlemlerin aynı dilekçede dava konusu yapılamayacağına ilişkin hüküm bulunmadığından görev sınırının, dava konusu işlemlerin toplam değerine göre belirleneceği*" gerekçesiyle verilen ısrar kararı onanmıştır. (Karara UYAP üzerinden 23/12/2020 tarihinde ulaşılmıştır)

Böylece aralarında maddi veya hukuki yönden bağlılık yâda sebep-sonuç ilişkisi bulunan birden fazla işlemin ayrı ayrı dava açılması suretiyle bir kısmının istinaf yolu kapalı, bir kısmının istinaf aşamasında kesinleşmesi ve bir kısmının temyiz aşamasında kesinleşmesi gibi durumlar nedeniyle birbiriyle çelişkili ve kesinleşmiş kararların ortaya çıkmasına da engel olunmuş olacaktır.

Nitekim, İzmir Bölge İdare Mahkemesi Dördüncü İdari Dava Dairesinin bir kararında[15] ise; birden fazla işlem hakkında tek dilekçe ile dava açılmasının, davaların en hızlı ve en ekonomik bir biçimde sonuçlandırılması olarak tanımlanan "usul ekonomisi ilkesine ve tek hâkim kararı ile heyet halinde verilecek karar arasında farklılık doğmasını engellemesi nedeniyle ***adil yargılanma hakkına uygun düşeceğine*** vurgu yapılmıştır.

Gözübüyük[16], tek dilekçe ile birden çok idari işleme karşı dava açabilmek için aynı yargı yerinin görevli ve yetkili olmasının yetmeyeceği, *temyiz yerlerinin de aynı olması gerektiği* görüşündedir. Nitekim ***Danıştay Onuncu Dairesi'nce***[17] farklı dairelerin görevine giren uyuşmazlıkların tek dilekçeyle dava konusu yapılamayacağı gerekçesiyle, dava dilekçesinin reddine karar verilmiştir.

[15] **İzmir BİM. 4.İDD. 23.1.2009 tarih ve E. 2008/850, K. 2009/7 sayılı kararında;** "*Anayasa'nın 141 inci maddesinin son fıkrasında, davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasının, yargının görevi olduğu belirtilmiştir.*

Anayasa Mahkemesi; bu hükmün usul ekonomisinin Anayasal dayanağı olduğunu belirterek, bu kuralla, yargılama işlemlerinin hızlandırılarak davaların makul sürede sonuçlandırılması ve yargılama giderlerinin azaltılarak hak arama özgürlüğünün sınırlarının genişletilmesi amaçlandığını ifade etmiştir. O halde Anayasa'nın 141. maddesindeki "Usul Ekonomisi" basit anlamda sadece yargılama giderlerinin azaltılmasını amaçlamamaktadır. usul ekonomisi aynı zamanda kişilerin haklarını ararken ortaya çıkan veya çıkması muhtemel yüksek masrafları karşılayamayacak olması veya yüksek masraflarla karşılaşmak istememesi nedeniyle hak aramaktan vazgeçmesini de engellemeye çalışmaktadır. Bu yönüyle usul ekonomisinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6.maddesinde yer alan "adil yargılama ilkesi" ile de bağlantısı bulunmaktadır.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Usul Ekonomisi İlkesi başlıklı 30. maddesine göre; "Hakim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür."

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "Aynı dilekçe ile dava açılabilecek haller" başlıklı 5. maddesinin birinci fıkrasında "Her idari işlem aleyhine ayrı ayrı dava açılır. Ancak, aralarında maddi veya hukuki yönden bağlılık yada sebep-sonuç ilişkisi bulunan birden fazla işleme karşı bir dilekçe ile de dava açılabilir." kuralı getirilmiştir.

Yukarıda belirtilen Yasa hükümlerinin değerlendirilmesinden; aralarında maddi veya hukuki bağlılık bulunan veya sebep-sonuç ilişkisi bulunan işlemler hakkında tek bir dava dilekçesi ile dava açılabileceği anlaşılmaktadır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 5. maddesi ile birden fazla işleme karşı tek dilekçe ile dava açma imkanı tanınmış olup bu durum, usul ekonomisi gereği dava açmayı kolaylaştırarak, aralarında maddi veya hukuki bağ olan ya da sebep-sonuç ilişkisi olan işlemlerin birlikte değerlendirilmesini sağlamak suretiyle sağlıklı yargılama yapılmasına katkı yapmakta olduğu gibi; uyuşmazlık konusu tutar yönünden, 2577 sayılı Kanunun yukarıda anılan 5'inci maddesine sıkı sıkıya bağlılık; uygulamada da rastlanıldığı gibi, tek hakimce verilen kararlar ile heyetçe verilen kararların farklı olmasına neden olmaktadır.

Sonuç olarak da, kamu düzenini koruma adına, kamu düzenini ve hukuk güvenliğini sarsıcı bir görünüm ortaya çıkmaktadır ki bu durum, davaların en hızlı ve en ekonomik bir biçimde sonuçlandırılması olarak tanımlanan "usul ekonomisi"ne de olduğu kadar adil yargılanma hakkına da aykırılık teşkil etmektedir." ifadeleri yer almaktadır. (Karara UYAP üzerinden 23/12/2020 tarihinde ulaşılmıştır.)

[16] **Gözübüyük,** s. 480.

[17] **Dan. 10.D. 24.04.2013 tarih ve E. 2012/5000, K. 20139/3649 sayılı kararında;** "*Bu itibarla, davacı tarafından, "Özürlülük Ölçütü Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik" maddelerinin iptali istemiyle ilgili idarelere karşı Dairemiz esasına kayden ayrı dilekçeyle; "Sakatlık İndiriminde Yararlanacak Hizmet Erbabının Sakatlık Derecelerinin Tespit Şekli İle Uygulanması Hakkında Yönetmelik" maddelerinin iptali istemiyle Başbakanlığa karşı Dördüncü Daire esasına kayden ayrı dilekçeyle dava açılması gerekmektedir.*

Buna göre, farklı dava dairelerinin görevinde bulunan dava konusu düzenleyici işlemler arasında hukuki yönden bağlılık bulunmadığından, dava dilekçesi, 2577 sayılı Yasanın 5. maddesine uygun düzenlenmemiş olup; davanın, yukarıda belirtilen şekilde yenilenen dilekçelerle ilgili dava daireleri nezdinde açılması gerekmektedir." ifadeleri yer almaktadır. (Karara UYAP üzerinden 23/12/2020 tarihinde ulaşılmıştır.)

Ancak *gerek İstinaf Dairelerinin*[18] *gerekse Danıştay Dava Dairelerinin*[19] yasal mevzuat olarak birden fazla dairenin görev alanına giren davalar yönünden ***ortak heyet yapma imkânlarının bulunması nedeniyle,*** "*aralarında maddi veya hukuki yönden bağlılık ya da sebep-sonuç ilişkisi bulunan*" birden fazla işleme karşı, tek dilekçe ile dava açılabilmesi için işlemlerin istinaf veya temyiz dairelerinin aynı olması gerektiği şeklinde görüşe katılmıyoruz.

2. İYUK 5'inci Maddesinin Sakıncası; Kanuni Hâkim İlkesinin İhlali

Yukarıda belirttiğimiz üzere kanun koyucu 2577 sayılı Kanun'un 5'inci maddesinin 1'inci fıkrası şartlarını taşıyan birden fazla işlemin tek bir dava dilekçesine konu yapılabileceğini kabul etmiş olmakla beraber birazdan açıklamaya çalışacağımız bazı sakıncalı durumları zımnen görmezden gelmiş veya usul ekonomisini bu sakıncalara yeğlemiştir.

6545 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler sonrasında, 2577 sayılı Kanun'un, "İstinaf" başlıklı 45.maddesinin 1'inci bendi uyarınca, vergi mahkemelerinin tek hâkimli[20] veya heyet/kurul halinde verdiği kararlar, başka kanunlarda farklı bir kanun yolu öngörülmüş olsa dahi, mahkemenin bulunduğu yargı çevresindeki bölge idare mahkemesine, kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde istinaf kanun yoluna tabidir[21].

Bu kuralın istisnası; madde hükmü uyarınca konusu *beş bin Türk lirasını (*01.01.2021 tarihi itibariyle ***7.000-TL)***[22] geçmeyen vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemlere karşı açılan iptal davaları hakkında idare ve vergi mahkemelerince verilen kararlar kesin olup, bu kararlara karşı istinaf yoluna başvurulamaz.

Vergi mahkemelerinin istinaf yolu açık olan kararları Bölge İdare Mahkemesi Vergi Dava Daireleri[23] tarafından istinaf incelemesine tabi olup, 2577 sayılı Kanun'un "Temyiz" başlıklı 46.maddesinin birinci

[18] **2576 sayılı Kanun'un *"Dairelerin görevleri" başlıklı 3/D maddesinin 2'nci fıkrasında***; "2. (Ek: 20/7/2017-7035/3 md.) *İki dairenin görevine ilişkin davalar, ilgili dairenin isteği üzerine o dairelerin birlikte yapacakları toplantıda karara bağlanır. Bu toplantıya daire başkanlarından kıdemli olan katılır ve başkanlık eder." i*fadeleri yer almaktadır.

[19] **2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun Ek 1. Maddesinde**; "(Ek: 22/3/1990 - 3619/10 md.) *İki dava dairesinin görevine ilişkin davalar, ilgili dava dairesinin isteği üzerine o dava dairelerinin birlikte yapacakları toplantıda karara bağlanır. Bu toplantıya daire başkanlarından kıdemlisi başkanlık eder. Toplanma ve görüşme yeter sayısı dokuzdur. Kararlar oy çokluğuyla verilir*." ifadeleri yer almaktadır.

[20] **2576 sayılı sayılı Kanun'un**, "***Tek hakimle çözümlenecek davalar" başlıklı 7'nci maddesinin 2'nci bendinde***; (Değişik: 8.6.2000 - 4577/3. md.) "6 ncı maddenin (a) ve (b) bentlerinde belirtilen uyuşmazlıklardan kaynaklanan toplam değeri *yirmi beş bin* Türk Lirasını aşmayan davalar, vergi mahkemesi hâkimlerinden biri tarafından çözümlenir" hükmü yer almış, Ek 1'nci maddesinde ise (Ek: 24.2.1988 - 3410/4. md.; Değişik : 8.6.2000 - 4577/4 md.) "Bu Kanunun tek hakimle çözümlenecek davalara ilişkin 7'nci maddesindeki parasal sınırlar; her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, önceki yılda uygulanan parasal sınırların, o yıl için 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca Maliye Bakanlığınca her yıl tespit ve ilan edilen yeniden değerleme oranında artırılması suretiyle uygulanır. Bu şekilde belirlenen sınırların bin Türk lirasını aşmayan kısımları dikkate alınmaz" ifadesine yer verilmiş olup, tek hâkimle bakılacak davalarda sınır ***01.01.2021 itibariyle 57.000 TL*** (2017 yılı itibariyle 32.000-TL, 2018 yılı için 36.000-TL, 2019 yılında 44.000-TL, 2020 yılında 53.000-TL) olup, bu tutarı aşan uyuşmazlıklar mahkeme başkanı ve iki üyenin katılacağı heyet halinde karara bağlanır.

[21] **2577 sayılı Kanun'un *47'nci maddesinin 8'inci bendi uyarınca***, ivedi yargılama usulüne tabi olan davalarda istinaf yoluna başvurulamayacağı düzenlemesine yer verilmiştir. Kanunun "İvedi yargılama usulü" başlıklı 20/A maddesinde, vergi mahkemesinin veya Danıştay Vergi Dairesinin ilk derece sıfatıyla baktığı uyuşmazlıklara yer verilmediğinden, vergi uyuşmazlıklarında ivedi yargılama usulü geçerli değildir.

[22] 2577 sayılı Kanun'un Ek 1'nci Maddesinde (Ek: 5.4.1990-3622/26 md.; Değişik : 8/6/2000-4577/9 md.); "Bu Kanunda öngörülen parasal sınırlar; her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, önceki yılda uygulanan parasal sınırların, o yıl için 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca Maliye Bakanlığınca her yıl tespit ve ilan edilen yeniden değerleme oranında artırılması suretiyle uygulanır. Bu şekilde belirlenen sınırların *bin Türk lirasını aşmayan kısımları dikkate alınmaz*" ifadesi uyarınca yıllar içinde bu tutar değişebilmektedir (2017 yılı için 5.000-TL, 2018 yılı için 5.000-TL, 2019 yılı için 6.000-TL, 2020 yılı için 7.000-TL).

[23] **2576 sayılı Kanun'un *"Dairelerin görevleri" başlıklı 3/D maddesinin 1'inci bendinin (a) fıkrasında;*** (Ek: 18.6.2014-6545/7 md.); "1. Bölge idare mahkemesi dairelerinin görevleri şunlardır: a) İlk derece mahkemelerince verilen ve istinaf yolu açık olan nihai kararlara karşı yapılan istinaf başvurularını inceleyerek karara bağlamak" ifadesi yer almaktadır.

fıkrasında; (Değişik: 18/6/2014-6545/20 md.) Danıştay dava dairelerinin nihai kararları ile bölge idare mahkemelerinin maddede sayılan davalar hakkında verdikleri kararların, başka kanunlarda aksine hüküm bulunsa dahi Danıştay'da, kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde temyiz edilebileceği belirtilmiş, maddenin (b) fıkrasında ise, konusu *yüz bin Türk lirasını*[24] (01.01.2021 tarihi itibariyle **192.000-TL**) aşan vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemler hakkında açılan davalar ifadesine yer verilmiştir.

Yukarıda yer verilen 2577 sayılı Kanun'un ilgili maddeleri uyarınca 2021 yılı için **7.000-TL**'yi aşmayan uyuşmazlıklarda vergi mahkemesi hâkimince verilecek karar kesin olup istinaf yolu kapalıdır. Yine 2021 yılı için **192.000-TL'yi** aşmayan uyuşmazlıklarda Bölge İdare Mahkemesi Vergi Dava Dairesi tarafından istinaf incelemesi sonucunda verilen kararlar kesin olup, temyiz yolu kapalıdır.

Örneğin bir yılın 12 dönemi için vergi ziyaı cezalı tarh olunan katma değer vergisine karşı tek dilekçeyle davanın açıldığını ve dava dosyasının havale edildiği hâkimin davanın reddi yönünde oy kullandığını ve 2'ye karşı 1 oy çokluğu ile davanın kabul ile sonuçlandığını varsayalım. 12 döneme ilişkin salınan cezalı katma değer vergisi tarhiyatının her bir dönemi için ayrı ayrı dava açıldığını ve her bir dönemin tamamının veya bir kısmının tek hâkim sınırının altında kaldığını varsayalım. Bu varsayımda, tek dava dilekçesi ile dava konusu edilmesi halinde oy çokluğu ile davanın kabulü yönünde sonuçlanan uyuşmazlık, davanın hâkimi tarafından davanın reddi yönünde sonuçlandırılacaktır.

Hatta 12 ayrı dava dilekçesi ile davaya konu edilen işlemlerin 7.000-TL'nin altında kalması (2021 yılı için) durumunda istinaf yolu da kapalı olduğundan, davanın reddi yönünde uyuşmazlık kesinleşmiş olacaktır.

Örnekte görüldüğü üzere tek dilekçe ile dava konusu edildiğinde, davanın reddi yolunda karara bağlanacak uyuşmazlık, ayrı ayrı dava konusu edilmesi halinde aksi yönde, davanın kabulü yönünde karara bağlanmış olacak, hatta duruma göre verilen karar kesin olduğundan istinaf incelemesine de götürülemeyecektir. Bu örneğin aksi yönde yani, kurul halinde davanın reddi, tek hâkim tarafından kabul kararı verilmesi şeklinde de tecelli etmesi söz konusu olabilir.

2577 sayılı Kanun'un 5'inci maddesi kapsamında *aralarında maddi veya hukuki yönden bağlılık yâda sebep-sonuç ilişkisi bulunan* idari işlemlere karşı, davacı tarafın davasını *tek dilekçeyle veya ayrı ayrı dava dilekçeleri ile davaya konu etmesi hallerinde* ***dava sonucunun kabul iken ret veya dava ret ile sonuçlanacakken davanın kabulü şeklinde sonuçlanabilme ihtimalinin bulunması*** ve ***bu durumun davacının tercihine bağlı olarak ortaya çıkıyor olması***, hukuki güvenlik açısından son derece tehlikeli bir potansiyeli barındırmaktadır.

Diğer taraftan, ayrı ayrı dava konusu edilmeleri halinde 2021 yılı için 7.000-TLnin altında kalacak işlemler yönünden vergi mahkemesi hâkiminin vereceği karar ile kesinleşecek olan bir ihtilaf, 2577 sayılı Kanun'un 5'inci maddesi kapsamında birden fazla işlemin tek dilekçede dava konusu edilmesi suretiyle *istinaf yolu açık bir uyuşmazlığa dönüşecek olmasının* "*tabi hâkim ilkesine*" aykırılık teşkil edeceği düşüncesindeyiz.

Aynı durum ayrı ayrı dava konusu edilmesi halinde 2021 yılı için 192.000-TL'nin altında kalan ve bu haliyle *istinaf aşamasında* Bölge İdare Mahkemesi Vergi Dava Dairesinin vereceği karar ile *kesinleşecek uyuşmazlığın*, 2577 sayılı Kanun'un 5'inci maddesi kapsamında birden fazla işlemin tek dilekçede dava konusu edilmesi suretiyle *temyiz yolu açık bir uyuşmazlığa dönüşmüş olması* hali için de geçerlidir.

Bu açıklamalara karşılık olarak, yaşanacak bu muhtemel sonuçların davacının davasını tek dava dilekçesi ile veya ayrı ayrı dava açma yönündeki tercihi sebebiyle oluştuğu ve *davacının bu tercihinin*

[24] ***2577 sayılı Kanun'un Ek 1. Maddesi*** uyarınca Maliye Bakanlığınca her yıl tespit ve ilan edilen yeniden değerleme oranında artırılması sonucunda 01.01.2020 itibariyle temyiz sınırı 176.000-TL olmuştur (2017 yılı için 103.000-TL, 2018 yılı için 117.000-TL, 2019 yılında 144.000-TL, 01.01.2020 yılında 176.000-TL).

sonucuna katlanması gerektiği görüşü ileri sürülebilir. Bu eleştiriye verilecek cevap; davacının tek dava dilekçesi veya ayrı ayrı dava açma tercihi sebebiyle muhtemel karar sonucunun ve kanun yollarının değişmesi ***sadece davacı açısından sonuç doğurmamakta aynı şekilde davalı idare de davacının bu tercihinden etkilenmektedir***.

Yukarıda verilen örnekte olduğu gibi tek dava dilekçesi ile açılması halinde heyet olarak görülecek ve oy çokluğu ile davanın reddi şeklinde karar verilecek uyuşmazlığın ayrı ayrı tek hâkim olarak dosyanın kabulü yönünde karar verilmesi ve hatta 7.000-TLnin altında kalması nedeniyle kesinleşmesi ve istinaf incelemesine tabi olmaması genellikle davacılar yönünden geçerli olan *adil yargılanma hakkının, bu kez davalı idare yönünden ihlali sonucunu doğurup doğurmadığı* tartışmaya değer bir durumdur. Ve bu sürecin *belirleyici unsuru* mahkeme değil, *davacının birden fazla işlemi tek dava dilekçesiyle veya ayrı ayrı dava dilekçesiyle davaya konu etmesi tercihi* oluşturmaktadır.

1982 Anayasasının "*Kanuni hâkim güvencesi*" başlıklı 37'nci maddesinde; "*Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz"* ifadeleri yer almaktadır.

Kanuni hâkim güvencesi başlıklı madde, 1961 Anayasası'nda "tabii yargı yolu" başlığı altında düzenlenmiştir. Tabii yargı ilkesi, uyuşmazlığı yargılayacak olan mahkemenin o uyuşmazlığın doğmasından önce kanunen belli olmasıdır[25].

Kanuni hâkim ilkesi *özelikle fiil işlendikten sonra teşekkül ettirilen mahkemeler yönünden engelleyici bir kural olmakla beraber,* ***bu ilkeyi sadece olay anında mevcut olmayan mahkemenin sonradan teşekkül ettirilmesi ile sınırlı olmayıp, kanun yollarının da önceden belli edilmiş olmasını da kapsaması gerekir***[26].

Kanun koyucu 2577 sayılı Kanun'un 5'inci maddesi düzenlemesi ile Anayasa'nın 141'inci maddesinin 4'üncü fıkrasında yer alan "*davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasını"* amaçlamış olup, kanun maddesinin Anayasaya açıkça aykırılığını söylemek zor olmakla beraber, *davanın akıbetinin ve kanun yollarının davacının tercihine bağlı olarak değişebilme potansiyelinin bulunması*, söz konusu düzenlemenin Anayasanın 37'nci maddesinde öngörülen kanuni hâkim ilkesi ve Anayasanın 2'nci maddesinde öngörülen "hukuk devlet ilkesinin alt ilkelerinden hukuki güvenlik ilkesi" yönünden uygun olup olmadığı hususunun somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesine taşınmasında hukuki fayda olduğu görüşündeyiz.

Aynı maddi/hukuki sebepten kaynaklanan veya biri hakkında verilecek kararın diğerini etkileyecek nitelikte işlemelere karşı ayrı ayrı açılan davaların bir kısmının istinafa gelmeden kesinleşmesi, bir kısmının temyize gelmeksizin kesinleşmesi ve davalara ilişkin birbiriyle çelişen şekilde yargı sürecinin sonuçlanması nedeniyle adalet duygusunun zarar görmesi ve mağduriyetler yaşanması[27] mümkündür.

[25] Ergün **Özbudun**, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara, 1995, s. 95.

[26] "Birden fazla işlemin aynı dilekçe ile idari davaya konu edilebilmesi için ayrıca bu işlemlerin müstakilen davaya konu edilmeleri durumunda verilecek kararların kanun yollarının ve temiz mercilerin aynı olması da gerekmektedir." **Candan**, s.279.

[27] Örneğin aynı yılın 12 dönemine ilişkin katma değer vergisi tarhiyatlarına karşı açılan 12 ayrı davada mahkemece her davada kabul kararı verdiğini varsayalım, 1 ila 3 dönemlerine ilişkin kdv tarhiyatlarının istinaf sınırının altında kalması nedeniyle kabul şeklinde kesinleştiği, 4 ila 12 dönemine ilişkin kabul kararlarının istinaf edilmesi sonucunda istinaf dairesince kabul kararının kaldırılarak davanın reddine karar verildiğini, 4 ila 8 dönemlerine ilişkin kısımlarının temyiz sınırının altında kalması nedeniyle kesinleştiği ve diğer kısımlarının temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteminin kabul edilerek Danıştay Dairesince 9 ila 12 dönemlerine ilişkin ret kararının bozulduğunu ve İstinaf dairesince bozmaya uyularak davanın kabulüne karar verilmesi örneğinde aynı türden uyuşmazlığın zıt şekilde sonuçlanması gibi bir durumun ortaya çıkması her zaman mümkün olup, bu durumun mevcut yasal düzenlemelere göre düzeltilebilmesinin tek yolunun Anayasa Mahkemesine bireysel hak ihlali nedeniyle yapılacak bireysel başvuru

Bu tür sakıncaların bertaraf edilmesi hususunda ***çözüm yolu olarak***, 2577 sayılı Kanun'un 5'inci maddesi kapsamında bulunan işlemlerin ayrı ayrı dava konusu edilmeleri halinde, söz konusu *işlemlerden birinin temyize tabi olması durumunda tümünün temyize tabi olması* (*istinaf süreci tamamlandıktan sonra*); işlemlerden herhangi birinin temyize tabi olmadığı fakat, birinin istinafa tabi olması halinde *istinaf yolu kapalı olan işlemlere karşı açılan davaların da istinafa tabi olacağı yönünde* düzenleme yapılması, aynı sebepten kaynaklanan veya biri diğerini etkileyecek türden işlemlere ilişkin uyuşmazlıkların farklı şekilde sonuçlanmasını ve kesinleşmesini engelleyecektir.

3. Vergi Yargısında Birleştirme Kararı Uygulaması

2577 sayılı Kanun'un yukarıda açıklanan 5'inci maddesinde *aralarında maddi veya hukuki yönden bağlılık ya da sebep-sonuç ilişkisi bulunan* birden fazla işlemin tek dava dilekçesine konu edilebileceğini ifade etmiştik.

Aynı Kanunun 38 ila 42'nci maddelerinde[28] bağlantı davaların (*aynı maddi veya hukuki sebepten doğan ya da biri hakkında verilecek hüküm, diğerini etkileyecek nitelikte olan davalar*) birden fazla idare mahkemesi, vergi mahkemesi veya birinin Danıştay'da görülüyor olması hallerinde, *bağlantılı davaların aynı mahkeme tarafından karara bağlanarak*, çelişkili karar verilmesinin önüne geçilmesi amaçlanmış olup, *bağlantının bulunduğu durumlarda aynı mahkemede görülecek davalar bir dosyada birleştirilmemekte, mahkemenin farklı esaslarına kaydedilen birden fazla dava, aynı mahkeme tarafından karara bağlanmaktadır*.

Danıştay'da görülmekte olan bir dava ile vergi/idare mahkemesinde görülmekte olan bir dava arasında bağlantı kararının alınmasının tek koşulu, Danıştay'da görülen davanın, Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak gördüğü davalardan biri olmasıdır. Aksi halde Danıştay'da temyiz yolu ile incelenmekte olan bir dava ile vergi mahkemesinde görülmekte olan bir dava arasında bağlantıdan söz edilemez[29].

Görüldüğü üzere *2577 sayılı Kanunda*, farklı mahkemelerde görülen *aralarında maddi veya hukuki yönden bağlılık yâda sebep-sonuç ilişkisi bulunan işlemlere ilişkin davaların* (bağlantılı davalar) aynı mahkeme tarafından karara bağlanması konusu düzenlenmesine karşın, ***aynı mahkemede açılmış olup, aralarında maddi veya hukuki yönden bağlılık yâda sebep-sonuç ilişkisi bulunan işlemlere ilişkin davaların esas kaydının kapatılıp bir dosya ile birleştirilerek, yargılamanın tek dosya üzerinden yapılması ile ilgili açık bir düzenleme bulunmamaktadır.***

Dava dosyalarının birleştirilmesi müessesesi 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 166'ncı maddesinde düzenlenmiş olup; aynı yargı çevresinde yer alan aynı düzey ve sıfattaki hukuk

sonrası hak ihlali kararının alınması durumunda yargılamanın yenilenmesi yolu olup, sürecin zorluğu ve zaman alacağı açıkça ortadadır.

[28] **2577 sayılı Kanun'un** 38 ila 42'nci maddelerinde birbiriyle bağlantılı davaların aynı mahkeme tarafından karara bağlanarak, çelişkili karar verilmesinin önüne geçilmesi amacıyla, bağlantılı davaların taraflardan birinin istemi veya mahkemece re'sen bağlantının bulunduğuna karar verildiği durumlarda veya mahkemece bağlantının bulunmadığına ilişkin kararına karşı 15 gün içinde yapacakları itiraz üzerine, aynı yargı çevresindeki mahkemeler için o yer bölge idare mahkemesi; ayrı bölge idare mahkemesinin yargı çevresindeki idare veya vergi mahkemelerinin görevlerine giren uyuşmazlıklara ilişkin Danıştay'ın ilgili Dairesi (Danıştay Başkanlık Kurulunun 29/12/2016 tarih ve 2016/72 sayılı kararıyla; uyuşmazlığın esasını çözümlemekle görevli idari/vergi dava dairesince) bağlantının bulunup bulunmadığına ve bağlantının bulunduğuna karar verilmesi halinde, dava dosyalarına hangi idare veya vergi mahkemesinin bakacağına karar verileceği, ayrıca, bağlantılı davalardan birinin Danıştay'da açılmış ve çözümlenmesi Danıştay'ın görevine giren bir uyuşmazlıkla ilgili ise, davaların tümünün Danıştay'a gönderileceği öngörülmüştür.

[29] Hasan **Oral**, Vergi Mahkemelerinde "Vekalet Ücreti" Özelinde Yaşanan Bazı Tartışmalı Uygulamalar, Ankara Barosu Dergisi 2011/3, s.173, https://dergipark.org.tr/tr/pub/abd/issue/33792/374229 (erişim tarihi 27.12.2020).

mahkemelerinde açılmış ve aralarında *bağlantı*[30] bulunan birden fazla dava, taraflardan birinin istemi veya mahkemece re'sen, ikinci açılan davaya bakan mahkemece ilk açılan dava ile birleştirilmesine karar verilebileceği öngörülmüştür.

2577 sayılı Kanun'un 31'inci maddesinde, maddede sayılan hallerde 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun[31] (HMK) hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüş olup, atıf yapılan hususlar arasında "***davaların birleştirilmesi***" yer almamaktadır. Bu nedenle HMK'da yer alan davaların birleştirilmesi hükümlerinin idari yargıda uygulanması mümkün görünmemektedir.

Vergi yargısı kararları incelendiğinde *birçok kararda*[32]*;* İYUK'ta davaların birleştirilmesi konusunda düzenleme bulunmadığı gibi aynı Kanun'un 31'inci maddesinde HMK'ya atıf yapılan hususlar arasında davaların birleştirilmesinin yer almadığı ve ***idari yargılamada birleştirme kararı verilemeyeceği*** ifade edilmiştir.

Candan[33]; 2577 sayılı Kanun'un 38 vd. maddeleri ile 5'inci maddesinin birlikte değerlendirildiğinde, *aralarında maddi veya hukuki yönden bağlılık ya da sebep-sonuç ilişkisi bulunan* birden fazla işleme karşı açılacak davalar yönünden, kanun koyucunun mahkemelere sadece "bağlantı" konusunda yetki tanıdığı, ***davaların birleştirilmesi hususunda mahkemeye tanınmış bir yetkinin bulunmadığı,*** davacının 5'inci madde kapsamında, idari işlemlere karşı tek dilekçe ile davasını açabileceği gibi ayrı ayrı da davasını açabileceği, *davacının bu konuda seçimlik hakka sahip olduğu* ve tercihini ayrı ayrı dava açma şeklinde kullanan davacının ayrı ayrı açtığı davaların, idari mahkemelerce birleştirilmesine karar verilemeyeceği görüşündedir.

---

[30] ***6100 sayılı Kanun'un 116'ncı maddesinin 4'üncü bendinde*** "(4) Davaların aynı veya birbirine benzer sebeplerden doğması ya da biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte bulunması durumunda, bağlantı var sayılır." ifadesi yer almaktadır

[31] Kanun maddesinde 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na atıfta bulunulmuş ise de, 1 Ekim 2011'de yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 1086 sayılı Kanunu mülga etmiştir.

[32]**Ankara Bölge İdare Mahkemesi 1. Vergi Dava Dairesi'nin 11/04/2018 tarih ve E: 2017/1832, K: 2018/555 sayılı kararında**; "*Bu durumda; idari yargılama usulünde ayrı ayrı açılan davaların birleştirebileceği yönünde bir hüküm bulunmadığı gibi 2577 sayılı Yasa'nın 31. maddesi ile Hukuk Muhakemeleri Kanuna gönderme yapılan konular arasında davaların birleştirilmesi hususunun da yer almaması nedeniyle, bu konuda Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin doğrudan uygulanmasına olanak bulunmamaktadır. Kanunda açıkça tanımlanmayan bir yargılama usulü uygulanmak suretiyle, davaların birleştirilerek karara bağlanmasında hukuka uyarlık bulunmamaktadır*." ifadeleri yer almaktadır.

Ankara BİM. 4.İDD. 03.05.2017 tarih ve E. 2016/558, K. 2017/1142 sayılı kararında; ""*2577 sayılı Kanununun yukarıda bahsedilen 31. maddesinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na gönderme yapılan konular arasında "davaların birleştirilmesi" müessesesi yer almadığından, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 166. maddesinin idari davalarda uygulanabilmesi yasal olarak olanaklı bulunmadığı gibi, 2577 sayılı Kanunun 38. maddesinde de bağlantılı davaların bileştirilebileceğine dair bir hükme yer verilmediğinden, Mahkemece ayrı ayrı açılan davaların birleştirilmesinde usule uyarlık bulunmamakla birlikte…"* ifadeleri yer almaktadır.

Ankara BİM. 2.Kurul 24.12.2015 tarih ve E. 2015/4395, K. 2015/7596 sayılı kararında; "*Bu durumda; idari yargılama usulünde ayrı ayrı açılan davaların birleştirebileceği yönünde bir hüküm bulunmaması, 2577 sayılı Yasa'nın 31. maddesi ile Hukuk Muhakemeleri Kanununa gönderme yapılan konular arasında davaların birleştirilmesi hususunun yer almaması nedeniyle bu konuda Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin doğrudan uygulanmasına olanak bulunmaması ve 2577 sayılı Yasa'nın 5/1. maddesi hükmünün olaya uygulanma kabiliyetinin de bulunmaması karşısında, ayrı ayrı açılan davaların birleştirilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır."* ifadeleri yer almaktadır.

İzmir BİM. 1.Kurul 17.05.2016 tarih ve E. 2016/1354, K. 2016/1363 sayılı kararında; "*Öncelikle belirtilmesi gereken husus; idari yargıda birleştirme usulünün bulunmadığı gibi, bağlantılı olduğu öne sürülen dosyalardan İzmir 3.İdare Mahkemesinin E:2015/1161 ve E:2016/498 sayılı dosyalarının, aynı Mahkemenin esasına kayden görülmekte olan davalar olduğu hususudur. Bağlantının amacının farklı mahkemelerde görülmekte olan davaların aynı mahkemede toplanarak birlikte görülmesinin sağlanması olduğu dikkate alındığında…*" ifadeleri yer almaktadır. (Kararlara UYAP üzerinden 26/12/2020 tarihinde ulaşılmıştır.)

[33] Turgut **Candan**, İdari Yargılama Usulüyle İlgili Sorulara Yanıtlar, 03.01.2021, https://turgutcandan.com/ (erişim tarihi 03.01.2021).

Candan[34] ayrıca, İYUK'ta bu konuda boşluk bulunmadığı, Kanun koyucunun, davacıları, aynı dilekçe ile dava konusunda zorlamadığını, böyle durumlarda, yasa boşluğundan söz edilebilmesi için, yasada, seçimin davacı tarafından ayrı dava açılması yönünde kullanılması halinde, yargı yerince, ne yapılacağı konusunda hüküm bulunmaması gerektiği, oysa; seçim hakkının, açıklanan şekilde kullanılması halinde, kararların sonuçları ve ayrı emek ve zaman harcama yönünden doğacak sakıncaları gidermek için, Kanun koyucu, "bağlantı" müessesesini öngördüğü, yani; Kanun koyucunun, konu ile ilgili boşluk bırakmadığını ve seçim hakkının, ayrı dava açılması yönünde kullanılması halinde, yargı yerince yapılacak işlemi belli ettiğini (bağlantı) dolayısıyla, boşluk bulunmadığı ve Kanunda konu ile ilgili boşluk iddiasının, maddeler arasında açıklanan ilişkinin kurulamamasından kaynaklanan, bir yorum eksikliği olduğu görüşündedir.

2577 sayılı Kanun'un bağlantıyı düzenleyen 38 vd . maddeleri ile tek dava dilekçesi ile dava açmayı düzenleyen 5'inci maddenin (ilk haliyle dahil) aynı zamanda kabul edilip yürürlüğe giren iki madde olduğu hususu da göz önüne alındığında, kanun koyucunun *aralarında maddi veya hukuki yönden bağlılık ya da sebep-sonuç ilişkisi bulunan* birden fazla işleme karşı ayrı ayrı açılacak davalara ilişkin olarak *davaların farklı mahkemelerce karara bağlanmasını sakıncalı bulduğundan bağlantı müessesesi ile bu tür davalara tek bir mahkemenin karara bağlanması* hususunda iradesini açıkça ortaya koymuşken, bu tür davaların ayrı ayrı açılabileceği gibi tek dava dilekçesiyle dava konusu yapılabileceğini öngören 5'inci maddede *bu koşulların bulunması durumunda mahkemece de davaların tek davada birleştirilebileceği yönünde bir düzenlemeyi eklemeyi tercih edebilirken,* ayrı ayrı dava açma veya tek dilekçeyle dava açma konusunda inisiyatifi davacıya bıraktığı ve kanun boşluğunun bulunmadığı görüşüne biz de katılıyoruz.

Buna karşın özellikle ***vergi yargısında***; vergi mahkemeleri için de geçerli olan ve yargılama usulünü düzenleyen 2577 sayılı Kanun'da birleştirme konusu açıkça düzenlenmemiş olmasına karşın; *Anayasanın 141'inci maddesinin 4'üncü fıkrası uyarınca*, davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasının yargının görevi olduğu hükmü ve 2577 sayılı Kanun'un 5'inci maddesi kapsamında, aralarında maddi veya hukuki yönden bağlılık ya da sebep sonuç ilişkisi bulunan birden fazla işleme karşı bir dilekçe ile dava açılabileceği hükmüne paralel olarak; *gerek uygulamada birlik sağlanması, gerekse usul ekonomisi yönünden emek ve kaynak israfının önlenmesi, daha ucuz ve hızlı yargılamanın temini bakımından aralarında maddi veya hukuki yönden bağlılık ya da sebep sonuç ilişkisi bulunan birden fazla işleme karşı açılan davaların* bir dosyada birleştirilmesine karar verildiği görülmektedir:

Vergi beyannamelerinin veya Ba-bs bildirim formlarının ***elektronik ortamda verilmediğinden bahisle kesilen özel usulsüzlük cezalarına karşı*** ayrı ayrı açılan davaların bir davada birleştirildiği[35],

Aynı takvim yılının ***farklı dönemlerine ilişkin salınan katma değer vergisi tarhiyatlarına*** karşı ayrı ayrı açılan davaların bir davada birleştirildiği[36],

Şirkete ait ödenmeyen muhtelif vergi ve cezalara ilişkin kamu alacağının ***şirket ortağı sıfatıyla tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emirlerine karşı*** ayrı ayrı açılan davaların bir davada birleştirildiği[37],

Gümrük vergisi uyuşmazlıklarında, muhtelif gümrük beyannamelerine konu eşyaya ilişkin gümrük vergilerinin gözetim uygulaması nedeniyle fazladan ödendiğinden bahisle, Gümrük Kanunu'nun

[34] **Candan,** a.g.y.

[35] **İstanbul 10.VM. 12.01.2015 tarih ve E: 2015/103, K: 2014/32 sayılı kararı**. (Karara UYAP üzerinden 26/12/2020 tarihinde ulaşılmıştır.)

[36] **İstanbul 11.VM. 02.01.2017 tarih ve E: 2016/8, K: 2017/2 sayılı kararı**. (Karara UYAP üzerinden 26/12/2020 tarihinde ulaşılmıştır.)

[37] **Sakarya VM. 30.05.2014 tarih ve E: 2014/510, K: 2014/503 sayılı kararı**. (Karara UYAP üzerinden 26/12/2020 tarihinde ulaşılmıştır.)

211'inci maddesi kapsamında geri verilmesi istemiyle yapılan başvuruların reddine ilişkin işlemlere karşı ***bölge müdürlüğüne yapılan itiraz başvurularının reddine ilişkin işlem/işlemlere karşı ayrı ayrı açılan davaların*** bir davada birleştirildiği[38] görülmektedir.

Yargı kararları irdelendiğinde; birleştirme kararlarının temel mantığının, *birleştirme kararına konu dava dosyalarının aynı maddi veya hukuki sebebe dayanması*, her bir dava dosyasında *farklı bir hukuki irdeleme yapılmasına gerek olmaksızın sadece dava konusu işlemlerin dönemleri, sayıları değiştirilmek* suretiyle ***adeta her bir dosyada ayrı bir hukuki değerlendirme yapmaya gerek olmaksızın aynı kararın veriliyor olması*** ve *seri dava* diyebileceğimiz bu tür davalara ilişkin her dava dosyası için vekâlet ücretine hükmedilmesinin hukuki emeğin üstünde vekâlet ücretine hükmedildiği düşüncelerine dayandığını söyleyebiliriz.

Yargıtay Onuncu Hukuk Dairesinin 2011 yılında verdiği bir kararda[39]; tek bir dava dilekçesi ile amacına ulaşma imkânı olan davacı vekilinin, pek çok dava açmak suretiyle yargılama sonunda ayrı ayrı vekâlet ücretine hükmedilmesinin, *tek dava yerine pek çok dava açılması, seri davalara harcanın emek ve mesainin çok üzerinde vekâlet ücretinin kazanılmasının* ***iyi niyet kuralları ile bağdaşmayacağı*** *ve dolayısıyla hukuk düzenince de korunmayacağına* hükmedilmiştir.

Candan[40]; her idari işlemin yarattığı uyuşmazlığın, ayrı ve bağımsız bir uyuşmaz olduğu, Kanun koyucunun, her idari işleme karşı ayrı dava açılması kuralını benimsediği, her işleme karşı ayrı dava açmakla aynı dilekçeyle tek dava açmanın, davacılara tanınmış bir seçimlik hak olduğu ve davacının bu seçim hakkını, asıl olan; yani, ayrı dava açma yönünde kullanması durumunda, kötü niyetle suçlanmasının kabul edilebilir bir durum olmadığı ve böyle bir suçlamanın, Kanun koyucu'nun niyetinin de (kötü niyetli davranışlara izin verdiği şeklinde) sorgulanması anlamına geleceğini ifade etmiştir.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, vergi yargısı tarafından, Anayasa 141'inci maddesi ve 2577 sayılı Kanun'un 5'inci maddesi gerekçe gösterilerek, birden fazla dava dosyasının bir davada birleştirilmesine karar verildiği görülmektedir.

Şüphesiz bu uygulamanın uzun bir zamandır uygulanmasının sebeplerinden birisinin de, yakın zamana kadar, Hâkimler ve Savcılar Kurulu (HSK) müfettişleri tarafından mahkemelerin teftişi sonrası hazırlanan tavsiye/öneri raporlarında birleştirme kararlarına yönelik olumsuz bir eleştiri getirilmemiş olmasıdır.

---

[38] **İstanbul 2.VM. 17.11.2016 tarih ve E: 2016/2676, K: 2016/2096 sayılı kararı**. (Karara UYAP üzerinden 26/12/2020 tarihinde ulaşılmıştır.)

[39] **Yar.10.HD. 27.12.2011 tarih ve E: 2011/18171, K: 2020/20469 sayılı kararında; "***Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin hazırlanması aşamasında, avukatların davanın görülmesinde harcadığı çaba, gayret ve emeğin karşılığı uyuşmazlığa konu alacağın değeri, taraflara ölçüsüz bir yükümlülük getirmemesi ve çeşitli sözleşmeler yoluyla avukatlık mesleğinin zarar görmesinin engellenmesi hususlarının da dikkate alınması gerekliliğini zorunlu kılar. Haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılması hukuk düzenince korunmayacaktır. "İyi Niyet" başlıklı 3. maddesinde ise, kanunun iyi niyete hukuki sonuç bağladığı durumlarda, asıl olanın iyi niyetin varlığı olduğu, ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimsenin iyi niyet iddiasında bulunamayacağı düzenlenmiştir.

Açıklanan hukuki duruma göre, davacı vekili tek dava açmakla elde edebileceği haklar yönünden pek çok dava açmış, bu davalarda da lehine vekalet ücretine hükmedilmiştir. Açılan davaların değeri, aynı amacı elde edilmesine yönelik tek dava yerine pek çok dava açılması, seri davalara harcanın emek ve mesainin çok üzerinde vekalet ücretinin kazanılması iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz, dolayısıyla hukuk düzenince de korunmaz.

Yukarıda belirtilen maddi ve yasal olgular gözetilmeksizin, davacı lehine vekalet ücretine hükmedilmiş olması, usul ve yasaya aykırı" ifadeleri yer almaktadır. ifadeleri yer almaktadır. (Karara UYAP üzerinden 26/12/2020 tarihinde ulaşılmıştır.)

[40] **Candan,** a.g.y.

HSK Teftiş Kurulu tarafından HSK internet sitesinde yayınlanan İdari Yargı Tavsiyeler Listesinin 58'inci sırasında[41] *davacıların ayrı ayrı dava açmak suretiyle iradelerini bu yönde kullanmaları durumunda davacıların bu açık iradesine rağmen* ***mahkemelerce re'sen davaların birleştirilmesine olanak tanıyan bir hükme yer verilmediği*** açıkça ifade edilmiş ve madde uygulamasında inisiyatifin davacıya ait olduğu, ayrı ayrı açılan hallerde mahkemelerce davaları birleştirme yetkisinin verilmediği belirtilmiştir.

Diğer taraftan, son yayınlanan tavsiyeler listesine kadar, HSK müfettişlerince hazırlanan tavsiye/öneri raporlarında, yargı uygulamasında tartışmalı konulara değinilmemekte ve bu konular bir anlamda istinaf ve temyiz makamlarına bırakılmaktaydı. Bu nedenle, bugüne kadar birleştirme kararlarının teftiş raporlarında yer almaması yadırganacak bir durum da değildir.

İstinaf ve temyiz aşamasında verilen kararlara göz attığımızda, genel uygulamanın ilk derece mahkemesinin birleştirme kararı verip veremeyeceği hususundan ziyade, çalışmanın bir sonraki kısmında üzerinde duracağımız, birleştirme kararları sonrası tek dava üzerinden karara bağlanan uyuşmazlıklarda tek vekâlet ücretinin mi verilmesi yoksa birleştirilen dava dosyası sayısınca vekâlet ücretine hükmedileceği konusunda yoğunlaştığını söyleyebiliriz.

Konuya ilişkin görüşümüze gelince; 2577 sayılı Kanun'un 5'inci maddesinde***, her bir idari işlemin ayrı ayrı dava konusu edilmesi prensibi*** kabul edilmiştir. Kanun koyucu bu kuralın istisnasını, aynı maddede, *aralarında bağlantı bulunan işlemlerin tek bir dava dilekçesine konu edilebilmesi* olarak belirlemiştir.

Kanun maddesinde, mahkemenin, aralarında bağlantı bulunan birden fazla idari işleme ilişkin davaların bir davada birleştirilebileceği yönünde bir hüküm bulunmamaktadır. Kanun maddesinde bağlantılı davaların tek dava dosyasında görülmesi hususunda inisiyatif davacıya bırakılmış olup, bu hususun sakıncalarını yukarıda belirtmiştik.

Her ne kadar makul sebepler gerekçe gösterilerek davaların birleştirilmesi uygulaması vergi yargısında uzun zamandır uygulanagelmekle beraber, İYUK'ta *açıkça yer verilmeyen* ve aynı Kanunun 31'inci maddesinde HMK'ya atıf yapılan konular arasında da bulunmayan davaların birleştirilmesi uygulaması, *kanun maddesinde açıklık bulunmayan konularda yorum yoluyla madde uygulamasını genişletmek ve usul hükmü ihdas etmek anlamına gelmektedir*[42].

Usul kuralları yönünden hâkimin hukuk yaratması, ayrı bir çalışmaya konu olabilecek tartışmalı bir husus olup, davacıya birden fazla işlemi tek dava dilekçesine konu etme yetkisi veren 2577 sayılı Kanun'un 5'inci maddesinin, mahkemelere de aralarında bağlantı bulunan dava dosyalarını tek davada birleştirme kararı vermeye cevaz verip vermediği hususunu, asgari müşterek olarak, tartışmalı bir konu olarak dahi kabul etsek, ***kanunda açıklık bulunmayan hallerde mahkemeden mahkemeye farklı uygulamalara yol açacak*** **ve** ***gerek davanın sonucunun değişebilmesi gerekse kanun yollarının da***

---

[41] **İdari Yargı Tavsiyeler Listesinin *58'inci sırasında***; *"58) Farklı davacılar tarafından aynı konuyla ilgili olarak açılan davalarda birleştirilme kararı verildiği görülmüştür. 2577 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 2. fıkrasında, birden fazla şahsın müşterek dilekçe ile birlikte nasıl dava açabilecekleri, yani dava arkadaşlığı düzenlenmiş olup anılan düzenlemede davacıların ayrı ayrı dava açmak suretiyle iradelerini bu yönde kullanmaları durumunda davacıların bu açık iradesine rağmen mahkemelerce re'sen davaların birleştirilmesine olanak tanıyan bir hükme yer verilmediğinin hatırda tutulması,"* ifadeleri yer almaktadır.
https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/3d187adb-d29f-4d8c-ac0b-f94b2374df04.pdf,
(erişim tarihi 04.03.2021) (Not: UYAP bağlantılı bilgisayarlardan bağlantıya ulaşılabilir).

[42] *Bilinen genel yargılama hukuku uyarınca, yargıçlar, görev ve yetki gibi kamu düzenine ilişkin konulardaki usul yasalarındaki boşlukları dolduramazlar; kamu düzenine ilişkin yargılama usulü hususunda kanunda yer alan boşluğun, yine yasa çıkararak yasama organınca doldurulması mümkündür*." Cahit **Yerci,** Gümrük Hukuku ve Davaları, 2. Baskı, Seçkin yayınevi, Ankara: 2020, s. 295.

değişebilmesi sonucunu doğurabilecek *ve* ***hukuki dayanağı tartışmalı*** birleştirme uygulamasından kaçınmanın en isabetli yol olduğunu söyleyebiliriz.

Candan[43]*, çok istisnai durumlarda* idari yargıda birleştirmenin mümkün olduğunu örneğin; aynı işleme karşı aynı davacı tarafından birden fazla dava açılması halinde ve zımni ret kararı oluştuktan ve idari dava açıldıktan sonra, idarece yazılı yanıt verilmesi ve buna da dava açılması hallerinde, idari yargılama usulünün içtihadi olduğu dönemlerde geliştirilen eski bir yöntemle çözülmekte; davaların süresinde ve usulüne uygun olarak açılmış olmaları koşuluyla, özellikle sonradan açılan dava dosyasında yer alan bilgi ve belgelerin önceki dosyadaki yargılamada esas alınması gerektiği ve yargılama gideri düşünülerek dosyaların birleştirildiğini ve bu birleştirme kararlarının doğru olduğu, zira; ***her iki davaya konu edilen uyuşmazlığın maddi ve hukuki sebeplerinin aynı olan uyuşmazlık olduğu***, oysa; ***aralarında maddi veya hukuki yönden bağlılık olan ya da sebep sonuç ilişkisi bulunun idari işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar, maddi ve hukuki sebepleri aynı olan uyuşmazlık olmadığı*** görüşündedir.

Kanımızca, aynı işleme karşı açılan birden fazla davada veya zımni ret sonrası dava açılan hallerde idarece açık ret işlemi tesis edilmesi ve bu açık ret işleminin de dava konusu edilmesi durumlarında, iki davanın birleştirilmesi uygulaması yerine, tarafları, sebebi ve konusu aynı olan *ikinci davanın derdestlik nedeniyle incelenmeksizin reddine karar verilmesi* daha uygun olacaktır[44].

Son olarak, *aralarında maddi veya hukuki yönden bağlılık olan ya da sebep sonuç ilişkisi bulunun idari işlemler* yönünden tek dava dilekçesiyle veya ayrı ayrı dava dilekçesiyle dava açma tercihi konusunda inisiyatifin davacıda olduğunu belirtmiştik.

Bazı mahkemelerce, ayrı ayrı açılan davaların tek dava dilekçesinde dava konusu edilmesi gerektiğinden bahisle dilekçe ret kararları verildiği ve dilekçe ret kararlarının kesin olması nedeniyle hak kaybı yaşamamak adına dilekçe ret kararı doğrultusunda davasını tek dava dilekçesi şeklinde yenilemek zorunda kaldıkları görülmekte olup, 2577 sayılı Kanun'un 5'inci maddesine göre *ayrı ayrı veya tek dilekçe ile davasını açma konusunda* ***seçimlik hakkı bulunan davacının tek dava açmaya zorlamanın kanun maddesine de uygun düşmediği*** *ve tek dava açmak zorunda kalarak ileride daha az vekalet ücreti elde etmesinin mülkiyet hakkı yönünden de bir takım tartışmaları beraberinde getireceği* kanaatindeyiz.

4. Vergi Davalarında Birleştirme Kararı Verilen Uyuşmazlıklarda Vekâlet Ücreti Sorunu

2577 sayılı Kanun'un 31'inci maddesinde yargılama giderleri konusunda HMK hükümlerine atıf yapılmış olup, 6100 sayılı Kanun'un 323'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (ğ) bendinde; *vekille takip edilen davalarda kanun gereğince takdir olunacak vekâlet ücretinin yargılama giderlerinden olduğu,*

[43] **Candan**, a.g.y.

[44] **Dan. 7.D. 03.05.2017 tarih ve E. 2016/558, K. 2017/1142 sayılı kararında; "***Bu bakımdan, vergi ve cezalara veya idari kararlara vaki itiraz başvurusuna, 4458 sayılı Kanunun anılan 242. maddesinde öngörülen otuz günlük süre içinde cevap verilmemesi suretiyle oluşan zımni ret işleminin süresi içinde dava konusu yapılabileceği gibi, zımni ret işlemine karşı dava açma süresinin geçirilmesinden sonra, başvuru hakkında idarece işlem tesis edilerek tebliğ edildiği hallerde de, 2577 sayılı Kanunun 10. maddesinde yer alan, İdareye yapılan başvuruların cevap verilmemek suretiyle reddine ilişkin işlemlerin iptali istemiyle dava açılmaması veya açılan davaların süreden reddi hallerinde, bekleme süresinin bitmesinden sonra yetkili idari makamlarca cevap verilirse, cevabın tebliğinden itibaren idari dava açma süresi içinde dava açılabileceği yolundaki hüküm uyarınca dava açılabilecektir.

Zımni ret işlemine karşı dava açılması halinde, Mahkemece, uyuşmazlığın esası incelenerek karar verilmesi; itiraz başvurusuna karşı idarece daha sonra işlem tesis edilerek tebliğ edildiği hallerde, bu işlemin de dava konusu yapılması durumunda ise, zımni ret işlemine karşı açılan dava öncelikle inceleneceğinden, ilk davadan sonra açılan, tarafları, konusu ve sebebi aynı olan iş bu ikinci davanın derdestlik nedeniyle incelenmeksizin reddedilmesi gerekirken davanın konusuz kaldığı yolunda verilen temyize konu kararda yargılama hukuku kurallarına uyarlık görülmemiştir." ifadeleri yer almaktadır. (Karara UYAP üzerinden 26/12/2020 tarihinde ulaşılmıştır.)

aynı Kanunun 330'uncu maddesinde, *vekil ile takip edilen davalarda mahkemece, kanuna göre takdir olunacak vekâlet ücretinin, taraf lehine hükmedileceği* öngörülmüştür.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164'üncü maddesinde, avukatlık ücretinin, avukatın *hukukî yardımının karşılığı* olan meblâğı veya değeri ifade ettiği belirtilmiş ve maddede müvekkil ile vekil arasında belirlenecek avukatlık vekâlet ücretinin sınırı ve şartları belirlenmiştir.

"Avukatlık ücret tarifesinin hazırlanması" başlıklı 168'inci maddesi uyarınca *yargılama sonunda mahkemece hükmedilecek avukatlık ücreti* Türkiye Barolar Birliği (TBB) Yönetim Kurulunca[45] belirlenmektedir.

Kanun maddesinde TBB tarafından hazırlanan tarifenin Adalet Bakanlığınca da onaylanması öngörülmüş ise de, Adalet Bakanlığının uygun bulmadığı tarifeyi bir daha görüşülmek üzere, gösterdiği gerekçesiyle birlikte TBB'ye geri göndermesi durumunda, TBB Yönetim Kurulunca üçte iki çoğunlukla aynen kabul edildiği takdirde *tarifenin onaylanmış sayılacağı* öngörüldüğünden, avukatlık vekalet ücretinin TBB tarafından belirlendiğini söylemek yanlış olmaz. Diğer taraftan, uygulamada Adalet Bakanlığınca, TBB tarafından belirlenen tarifeye karşı zaman zaman dava açıldığı[46] da görülmektedir.

1136 sayılı Kanun'un 169'uncu maddesinde ise; ***yargı mercilerince karşı tarafa yükletilecek avukatlık ücreti, avukatlık ücret tarifesinde yazılı miktardan az ve üç katından fazla olamayacağı*** hükme bağlanmıştır.

6100 sayılı Kanun'da, dava sonunda haklı çıkan taraf lehine vekâlet ücreti hükmedileceği ve vekâlet ücretinin yargılama giderlerinden olduğu düzenlenmiş olup, *mahkeme tarafından davasında haklı çıkan tarafın avukat eliyle temsil edildiği durumlarda*, hükmedilecek vekâlet ücreti, haklı çıkan taraf ile avukatı arasında belirlenen vekalet ücreti olmayıp[47], *TBB tarafından her yıl belirlenen ve Resmi*

[45] **1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun *168'inci maddesinin ikinci fıkrasında***; *" Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulunca, baro yönetim kurullarının teklifleri de göz önüne alınmak suretiyle uygulanacak tarife o yılın Ekim ayı sonuna kadar hazırlanarak Adalet Bakanlığına gönderilir. Şu kadar ki hazırlanan tarifede; genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davalar ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun uygulanmasından doğan her türlü davalar için avukatlık ücreti tutarı maktu olarak belirlenir. Bu tarife Adalet Bakanlığına ulaştığı tarihten itibaren bir ay içinde Bakanlıkça karar verilmediği veya tarife onaylandığı takdirde kesinleşir. Ancak Adalet Bakanlığı uygun bulmadığı tarifeyi bir daha görüşülmek üzere, gösterdiği gerekçesiyle birlikte Türkiye Barolar Birliğine geri gönderir. Geri gönderilen bu tarife, Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulunca üçte iki çoğunlukla aynen kabul edildiği takdirde onaylanmış, aksi halde onaylanmamış sayılır; sonuç Türkiye Barolar Birliği tarafından Adalet Bakanlığına bildirilir. (...) "* ifadeleri yer almaktadır.

[46] **Örneğin**; **2019 yılı Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin**, ***"Seri davalarda ücret" başlıklı 22. maddesinde*** *".... toplamda onbeş dosyaya kadar açılan seri davalarda her bir dosya için ayrı ayrı tam avukatlık ücretine, toplamda altmış dosyaya kadar açılan seri davalarda her bir dosya için ayrı ayrı tam ücretin %60'ı oranında avukatlık ücretine, toplamda yüzelli dosyaya kadar açılan seri davalarda her bir dosya için ayrı ayrı tam ücretin %50'si oranında avukatlık ücretine, toplamda yüzelliden fazla açılan seri davalarda her bir dosya için ayrı ayrı tam ücretin %30'u oranında avukatlık ücretine hükmedilir....."* yer alan düzenlemenin iptali istemiyle açılan davada, ***Danıştay Sekizinci Dairesinin 30/05/2019 günlü ve E:2019/145 sayılı kararıyla***, *"... seri davalarda harcanan emek ve çabanın oldukça üstünde avukatlık ücretine hükmedilerek taraflara ölçüsüz bir yükümlülük getirileceği, kademelendirmenin gerek dosya sayısı açısından, gerekse hükmedilecek ücretin oranı açısından başta usul ekonomisi olmak üzere, ... avukatın, hukuki yardımının karşılığı olan oran göz önüne alınarak makul bir şekilde yapılması gerekirken, seri davalarda ilk olarak 15'ten başlar şekilde ve tam ücretin %60'i oranında avukatlık ücretine hükmedileceği şeklindeki düzenleme, hukuka ve hak arama özgürlüğüne aykırı olduğundan bu maddeye ilişkin yürütmenin durdurulması isteminin kabulüne"* karar verilmiştir.

[47] **6100 sayılı Kanunun "*Kötüniyetle veya haksız dava açılmasının sonuçları" başlıklı 329'uncu maddesinde***; *"(1) Kötüniyetli davalı veya hiçbir hakkı olmadığı hâlde dava açan taraf, yargılama giderlerinden başka, diğer tarafın vekiliyle aralarında kararlaştırılan vekâlet ücretinin tamamı veya bir kısmını ödemeye mahkûm edilebilir. Vekâlet ücretinin miktarı hakkında uyuşmazlık çıkması veya mahkemece miktarının fahiş bulunması hâlinde, bu miktar doğrudan mahkemece takdir olunur.*

(2) Kötüniyet sahibi davalı veya hiçbir hakkı olmadığı hâlde dava açan taraf, bundan başka beşyüz Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar disiplin para cezası ile mahkûm edilebilir. Bu hâllere vekil sebebiyet vermiş ise disiplin para cezası vekil hakkında uygulanır" hükmü yer almaktadır.

Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde yer alan vekalet ücretidir.
AAÜT'de vekâlet ücretinin *kesin hüküm elde edilinceye kadar* olan dava, iş ve işlemler ücreti karşılığı olduğu, Tarifenin "*Avukatlık ücretinin aidiyeti, sınırları ve ortak veya değişik sebeple davanın reddinde davalıların avukatlık ücreti*" başlıklı 3'üncü maddesinde; yargı yerlerince avukata ait olmak üzere karşı tarafa yükletilecek avukatlık ücretinin, ***bu Tarifede yazılı miktardan az ve üç katından çok olamayacağı***, bu ücretin belirlenmesinde, **avukatın emeği, çabası, işin önemi, niteliği ve davanın süresinin göz önünde bulundurulacağı** ifade edilmiştir.

Birleştirme Kararı İle Tek Dava Dosyası Üzerinden Yapılan Yargılama Sonucunda Tek Vekâlet Ücretine Mi Yoksa Birleştirilen Dava Sayısı Kadar Vekâlet Ücretine Mi Hükmedilmesi Gerektiği Sorunu

Vergi yargısında, aynı mahkemenin esasına kayıtlı ve aralarında 5'inci madde kapsamında *aralarında maddi veya hukuki yönden bağlılık ya da sebep-sonuç ilişkisi bulunan* birden fazla işleme karşı ayrı ayrı açılan davaların, tek dava dosyasında birleştirilmesi uygulamasının oldukça yaygın olması nedeniyle, birleştirilen davalarda, yargılama sonunda tek bir vekâlet ücretine mi hükmedileceği yoksa birleştirilen her dava sayısı kadar vekâlet ücretine mi hükmedileceği tartışması halen güncelliğini korumaktadır.

Yargı kararları incelendiğinde[48]; *ortada bir yargılama ve tek dava bulunduğundan birleştirilen dava dosyasında da tek vekâlet ücretine hükmedilmesi* görüşünün vergi yargısında çoğunlukta olduğunu söyleyebiliriz.

Diğer taraftan, *aksi yönde verilen yargı kararlarında*[49], birleştirme uygulamasının 2577 sayılı Kanun yönünden yasal dayanağının bulunmadığı belirtildikten sonra, *AAÜT'nin 8. maddesi* uyarınca *birleştirilen dava sayısı kadar vekâlet ücreti takdir edilmesi* gerektiği ifade edilmiştir.

[48] **İstanbul BİM 5.VDD. 24.06.2019 tarih ve E.2019/545, K.2019/2587 sayılı kararında; "***Olayda, İstanbul 6. Vergi Mahkemesi'nin 24/09/2018 tarihli "Birleştirme Kararı"yla E:2018/129,130,131,132 ve 133 esas numaralı dosyaların E:2018/128 sayılı dosyayla birleştirilerek 17/10/2018 tarih ve E:2018/128, K:2018/2494 sayılı karar ile de davanın kabulüne karar verildiği, kararda davacı lehine toplam 6 adet dosya için 7.260,00-TL vekalet ücretine hükmedildiği görülmekle birlikte dosyaların birleştirilmesinin ardından tek bir dosya haline gelen ve bu haliyle de tek bir karar ile sonuca bağlanan dosya için tek bir avukatlık ücretine hükmedilmesi gerekeceğinden aksi yöndeki Mahkeme kararında hukuka uyarlık yoktur***"***

İstanbul BİM 1.VDD. 13.12.2017 tarih ve E.2017/4389, K.2017/6060 sayılı kararı
İstanbul BİM 3.VDD. 29.12.2016 tarih ve E.2016/2705; K.2016/2111 sayılı kararı,
İstanbul BİM 4.VDD. 23.01.2018 tarih ve E.2017/4124, K.2018/89 sayılı kararı,
İstanbul BİM 5.VDD. 31.05.2018 tarih ve E.2018/625, K.2019/2587 sayılı kararı,
İstanbul BİM 6.VDD. 31.05.2018 tarih ve E.2018/625, K.2018/1654 sayılı kararı
Konya BİM 2.VDD. 11.04.2017 tarih ve E.2016/111, K.2017/919 sayılı kararı,
Dan. 4.D. 18.04.2013 tarih ve E.2012/141, K.2013/2587 sayılı kararı aynı yöndedir. (Kararlara UYAP üzerinden 26/12/2020 tarihinde ulaşılmıştır.)

[49] **Dan. 9.D. 04.11.2019 tarih ve E.2016/21701, K.2019/5330 sayılı kararında; "***Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin "Karşılık davada, davaların birleştirilmesinde ve ayrılmasında ücret" başlıklı 8. maddesinde, bir davanın takibi sırasında karşılık dava açılması, başka bir davanın bu davayla birleştirilmesi veya davaların ayrılması durumunda, her dava için ayrı ücrete hükmolunacağı ifade edilmiştir.*

Sakarya Vergi Mahkemesi'nin 15/01/2016 tarih ve E:2016/32, K:2016/25 sayılı birleştirme kararıyla, cezalı katma değer vergilerinin aynı yılın muhtelif dönemlerine ilişkin olduğu gerekçesiyle Mahkemenin E:2016/32, 33, 34 sayılı dosyalarının işbu dava dosyasında birleştirilmesine karar verilmiştir.

Bu nedenle, birleştirilen bu üç dosya için ayrı vekalet ücretine hükmedilmesi gerektiğinden, temyize konu mahkeme kararının vekalet ücretine ilişkin hüküm fıkrasında hukuka uyarlık bulunmamaktadır." ifadeleri yer almaktadır.

İstanbul BİM.2.VDD. 11/04/2018 tarih ve E: 2017/1832, K: 2018/555 sayılı kararında; *"Avukatlık ücreti yönünden yapılan değerlendirmeye gelince; isteme konu Mahkeme kararında, birleştirilen 6 dava için (davalı lehine) tek vekalet ücretine hükmedildiği görülmektedir.*

Birleştirilen dava dosyalarında, davaların, tekemmül ettirilerek nihai karara bağlanana kadar olan süreçteki usulü işlemleri bir dosya üzerinden ortak yürütülmekle birlikte, yargılama sonunda, birleştirilen her davanın konusu ve talepler hakkında ayrı ayrı hüküm kurulduğu dikkate alındığında, birleştirilen davaların, birbirinden ayrı ve bağımsız davalar olarak kalmaya devam ettiği sonucuna varılmakla, iş bu dava dosyasıyla birleştirilmesine karar verilen istinaf istemine konu kararda

Diğer taraftan, birleştirilen davalarda tek vekâlet ücretine hükmedilmek suretiyle maddi zarara uğradığı iddiasıyla Adalet Bakanlığı'na izafeten Maliye Hazinesine karşı açılan ***tazminat davasında*** (davaya davalı yanında dokuz hâkimin katıldığı), ***Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi***[50]; *Vergi mahkemelerince Gümrük Kanunu'nun 232'nci maddesinin* ***(28/3/2013 tarihli ve 6455/7 md. ile eklenen)*** *ikinci fıkrasında yer alan; " Konusu ve yükümlüsünün aynı olması, aralarında maddi veya hukuki yönden bağlılık bulunması şartıyla; birden fazla işleme veya beyannameye ilişkin gümrük vergileri ve para cezalarına tek tahakkuk ve ceza kararı düzenlenebilir" hükmü uyarınca dava konusu tahakkukların tek bir işlem olarak kabul edildiğinin anlaşıldığı, diğer taraftan AAÜT'nin 8'inci maddesinde birleştirilen dava sayısı kadar vekâlet ücretine takdir edileceğinin öngörüldüğü, tazminat istemine konu kararlarda, normlar hiyerarşisinin gözetilerek AAÜT'nin değil 6455 sayılı Kanun hükmünün esas alınarak karar verildiği, yargısal faaliyetlerin özünde mevcut bulunan takdir yetkisinin kullanıldığı ve kanunun açık hükmüne aykırılıktan bahsedilemeyeceği* gerekçesiyle, oy çokluğu ile davanın reddine karar verilmiştir. Karar (3/2) oy çokluğu ile alınmış olup, Başkanın karşı oy gerekçesinde; *Olayda HMK 46/c bendinde düzenlenen kanunun açık hükmüne aykırılıktan ziyade, ilgili kanunun farklı yorumlanmasından kaynaklanan bir zarar söz konusu olduğu, bu zararın 46 vd. maddelerine girmemekle beraber davacının zararının genel ve uluslararası hukuk ilkelerine göre devlet tarafından karşılanması gerektiği*, diğer karşı oy gerekçesinde ise; "*her ne kadar mahkemelerce tarafından 6455 sayılı Kanun'un 7'nci maddesi gerekçe gösterilerek birleştirme kararı vermiş iseler de, bu hükmün özellikle mahkemeleri değil idareyi bağlayan bir hüküm olduğu, AAÜT'nin 8'inci maddesi gereğince ayrı ayrı vekâlet ücretine hükmedilmesi gerekirken, 6455 sayılı Kanun'un 7'nci maddesinin yanlış yorumlanması suretiyle ortaya çıkan zararın devletin karşılaması gerektiği* ifade edilmiştir.

haklarında ayrı ayrı hüküm kurulan her bir dava için ayrı vekalet ücretine hükmedilmesi gerekmektedir. Nitekim, 2020 yılına ilişkin Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 8. maddesinde, bir davanın takibi sırasında karşılık dava açılması, başka bir davanın bu davayla birleştirilmesi veya davaların ayrılması durumunda, her dava için ayrı ücrete hükmolunacağı" ifadeleri yer almaktadır. **Karşı oy gerekçesinde**; AAÜT'nin 8'inci maddesinin karşı/karşılıklı davalarda verilen birleştirme kararları için uygulanacağı, 2577 sayılı Kanun'da karşı/karşılıklı davanın dava türleri arasında sayılmamış olması nedeniyle, tarifede yer alan 8'inci maddenin idari yargı uyuşmazlıklarında uygulanma imkânının bulunmadığı ileri sürülmüştür.

Ankara BİM 4.VDD. 03.05.2017 tarih ve E.2016/558, K.2017/1142 sayılı kararında; "*6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "Davaların Birleştirilmesi" başlıklı 166. maddesinde ise, aynı yargı çevresinde yer alan aynı düzey ve sıfattaki hukuk mahkemelerinde açılmış davaların, aralarında bağlantı bulunması durumunda, davanın her aşamasında, talep üzerine veya kendiliğinden ilk davanın açıldığı mahkemede birleştirilebileceği; birleştirme kararının, ikinci davanın açıldığı mahkemece verileceği ve bu kararın, diğer mahkemeyi bağlayacağı, hükmü yer almıştır.*

*2577 sayılı Kanununun yukarıda bahsedilen 31. maddesinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na gönderme yapılan konular arasında "davaların birleştirilmesi" müessesesi yer almadığından, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 166. maddesinin idari davalarda uygulanabilmesi yasal olarak olanaklı bulunmadığı gibi, 2577 sayılı Kanunun 38. maddesinde de bağlantılı davaların bileştirilebileceğine dair bir hükme yer verilmediğinden, Mahkemece ayrı ayrı açılan davaların birleştirilmesinde usule uyarlık bulunmamakla birlikte, Mahkemece karar verildiği tarihte yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin "Karşılık davada, davaların birleştirilmesinde ve ayrılmasında ücret" başlığını taşıyan 8. maddesinde, bir davanın takibi sırasında karşılık dava açılması, başka bir davanın bu davayla birleştirilmesi veya davaların ayrılması durumunda, her dava için ayrı ücrete hükmolunacağı belirtildiğinden, işbu davada, birleştirilen her bir dava dosyası için ayrı (toplam 750x19=14,250 TL) vekalet ücretine hükmedilmesi gerekirken, bir vekalet ücretine hükmedilmiş olmasında da usul hükümlerine uyarlık görülmemiştir***."*** ifadeleri yer almaktadır.

Ankara BİM 2. Kurulu'nun 24.12.2015 tarih ve E.2015/4395, K.2015/7596 sayılı kararı

İstanbul BİM 5.VDD. 19.12.2017 tarih ve E.2017/5257, K.2017/5059 sayılı kararı,

İzmir BİM 3.VDD. 25.04.2017 tarih ve E.2017/793, K.2017/663 sayılı kararı da aynı yöndedir. (Kararlara UYAP üzerinden 25/12/2020 tarihinde ulaşılmıştır.)

[50] **Yar. 4.HD., 08.03.2016 gün ve 2015/15 E., 2016/17 K. sayılı kararı. (**Karara UYAP üzerinden 25/12/2020 tarihinde ulaşılmıştır.)

Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesinin kararı davacı tarafından temyiz edilmiş ve karar ***Yargıtay Hukuk Genel Kurulu***[51] tarafından oybirliği ile onanmıştır.

Temyiz aşamasında davalı yanında davaya katılan hâkim dilekçesinde; *2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "Aynı dilekçe ile dava açılabilecek hâller" başlıklı 5. maddesinde açıkça aralarında maddi veya hukuki yönden bağlılık ya da sebep - sonuç ilişkisi bulunan birden fazla işleme karşı bir dilekçe ile de dava açılabileceğinin belirtildiğini, bu hakkın davacı tarafından kullanılabileceği gibi mahkemelerce de aynı maddi ve hukuki olaydan kaynaklı işlemlere karşı birden fazla dava açıldığında yargılamanın daha etkin, hızlı ve her iki taraf için en ucuz şekilde yapılmasını sağlamak amacıyla dilekçenin reddi kararları verilerek tek dava açılmasının sağlayabileceğini veya birleştirme kararı verilebileceğini, öte yandan bu sorunların aşılmasını sağlamak amacıyla 6455 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile Gümrük Kanunu'nun 232. maddesine "Konusu ve yükümlüsünün aynı olması, aralarında maddi veya hukuki yönden bağlılık bulunması şartıyla; birden fazla işleme veya beyannameye ilişkin gümrük vergileri ve para cezalarına tek tahakkuk ve ceza kararı düzenlenebilir." hükmünün eklendiğini, dava konusu olayda davacı şirket aleyhine tahakkuk ettirilen ÖTV, KDV ve KKDF ile kesilen özel tüketim ve KDV para cezalarına yönelik itirazların reddedildiğini, davacı tarafça aynı maddi olaydan kaynaklanan ve aralarında maddi ve hukuki yönden bağlılık bulunan, üstelik parasal tutar olarak ayrı ayrı hükmedilmesi istenen vekâlet ücretlerinin çok altıda olan işlemlere karşı birlikte ve tek dava açılması gerekirken, her beyannameden kaynaklı KKDF'ye ayrı, KDV-ÖTV tahakkuklarına ayrı ve para cezalarına karşı ayrı davaların açıldığını, esasen vergi mahkemelerince bu davalar hakkında 2577 sayılı Kanun'un 5. maddesi gereği dilekçenin reddi kararları verilerek bu davaların birleştirilerek açılmasının istenilmesi gerekmekte ise de davacının her dava için yenileme harcı ödemek zorunda kalmaması, davaların uzamaması amacıyla davacı lehine birleştirme kararları verildiğini, ayrıca davacı vekilinin sadece vekâlet ücreti almak amacıyla ayrı ayrı davaların açılmasına sebebiyet vermesi nedeniyle yargılama giderlerinin kendisine yükletilmesi gerekirken davanın lehine sonuçlanması üzerine yargılama giderlerinin dahi idareye yükletildiğini, davacı vekilince aynı olaydan kaynaklanan her başlık için ayrı ayrı olmak üzere 2000 civarında dava açılmasının Gümrük Kanunu'na aykırı ve Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesine göre hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğunu* belirterek davanın reddine karar verilmesini istemiştir[52].

Konuya ilişkin görüşümüze gelince;

İYUK'ta a*ralarında maddi veya hukuki yönden bağlılık ya da sebep-sonuç ilişkisi bulunan* birden fazla işleme karşı açılan davaların aynı mahkemede görüşülmesi konusu (bağlantı) açıkça düzenlenmiş olmasına karşın, aynı tür davaların aynı mahkemede tek davada birleştirilmesi konusunda Kanunda açık bir hüküm bulunmaması ve HMK hükümlerine (İYUK hükümleri ile çatışmayan) atıf yapılan konular arasında davaların birleştirilmesi müessesesine de yer verilmemiş olması sebebiyle, hukuken sorunlu bu uygulamadan kaçınılması gerektiğini ifade etmiştik.

Kanımızca a*ralarında maddi veya hukuki yönden bağlılık ya da sebep-sonuç ilişkisi bulunan* birden fazla işleme karşı açılan davalar birleştirilmemeli ve her bir davada tam vekalet ücretine veya birazdan değineceğimiz seri dava kapsamında değerlendirebileceğimiz türden davalar olarak AAÜT'nin 22'nci maddesi uyarınca seri davalara göre vekalet ücretine hükmedilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

Diğer taraftan *aralarında maddi veya hukuki yönden bağlılık ya da sebep-sonuç ilişkisi bulunan* birden fazla işleme karşı açıların davaların, mahkemece tek davada birleştirilmesi uygulaması uzun zamandır beri uygulanagelmiş ve vakıa haline dönüşmüş ve birden fazla dava dosyasının birleştirildiği tek dava

[51] **Yar. HGK., 14.03.2018 gün ve E.2016/4-1640, K.2018/460 sayılı kararı. (**Karara UYAP üzerinden 25/12/2020 tarihinde ulaşılmıştır.)

[52] **Yar. HGK., 14.03.2018 gün ve E.2016/4-1640, K.2018/460 sayılı kararı. (**Karara UYAP üzerinden 25/12/2020 tarihinde ulaşılmıştır.)

dosyasında yapılan yargılama sonunda tek bir vekâlet ücretine mi hükmedileceği yoksa birleştirilen her dava sayısı kadar vekâlet ücretine mi hükmedileceği tartışması yaşanmıştır.

Cumhuriyet döneminde günümüze kadar yayınlanan Avukatlık Asgari Ücret Tarifeleri[53] incelendiğinde; 1941 ve 1947 yılı AAÜT'nin 13'üncü maddesinde[54] karşılık davalar ve birleştirilen davalar için vekâlet ücretinin nasıl hesaplanacağı açıklanmış ve üçüncü davadan itibaren tam vekâlet ücretin 1/3, ¼ , 1/5 şeklinde azalan oranda vekalet ücreti alınacağının öngörüldüğü,1954 yılından itibaren[55] karşılık davalar ve birleştirilen davalar için ayrı ayrı vekalet ücreti alınacağının öngörüldüğü, 1962 yılından 2002 yılına kadar yayınlanan AAÜT'lerin 9'uncu maddesinde; 2002 yılından günümüze değin yayınlanan tarifelerin ise 8'inci maddesinde; "*Bir davanın takibi sırasında karşılık dava açılması veya başka bir davanın bu davayla birleştirilmesi yahut davaların ayrılması durumlarında her dava ayrı ücreti gerektirir*" ifadeleri yer almıştır. Tarifelerde madde metni gibi, madde başlığı da "*Karşılık Davada, Davaların Birleştirilmesinde veya Ayrılmasında Ücret*" şeklinde istikrarlı olarak yerini almıştır.

Yukarıda yer verilen yargı kararları irdelendiğinde, birleştirilen dava dosyalarına ilişkin olarak AAÜT'nin "*Karşılık Davada, Davaların Birleştirilmesinde veya Ayrılmasında Ücret*" başlıklı 8. maddesinde yer alan "***başka bir davanın bu davayla birleştirilmesi***" ifadesinin esas alındığı görülmektedir.

Tarifenin "Amaç ve kapsam" başlıklı 1'inci maddesinde, *mahkemelerde, tüm hukuki yardımlarda, taraflar arasındaki uyuşmazlığı sonlandıran her türlü merci kararlarında ve ayrıca kanun gereği mahkemelerce karşı tarafa yükletilmesi gereken avukatlık ücretinin tayin ve takdirinde*, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu ve bu Tarife hükümleri uygulanacağı öngörülmüştür.

Tarifeyi incelediğimizde; *icra ve iflas müdürlükleri ile icra mahkemelerinde vekâlet ücretinin 11'inci maddede*; *tüketici mahkemeleri ve tüketici hakem heyetlerinde vekâlet ücretinin 12'nci maddede*; *ceza davalarında vekalet ücretinin 14'üncü maddede* ve *Danıştay'da, bölge idare, idare ve vergi mahkemelerinde görülen dava ve işlerde vekalet ücretinin 15'inci maddede* ayrıca düzenlendiği görülmektedir.

Tarife hükümlerinin, hem adli yargı hem de idari yargı mahkemelerini kapsamasına karşın, bazı düzenlemelerin içerdiği ifade ve terimler nedeniyle, yargı uygulamasında, bahsi geçen düzenlemelerin sadece adli yargıya yönelik olduğu yönünde bir takım izlenim ve tartışmalara yol açtığı görülmektedir. Bu düzenlemelerin başında da Tarifenin 8'inci maddesi ve 22'nci maddesi gelmektedir.

Tarifenin 8'inci maddesinin idari yargıda yer almayan "*karşılık davada*" ibaresi ile başlaması, 22'nci maddenin ise medeni usul hukuku alanında düzenlenen "*İhtiyari dava arkadaşlığının bir türü olan seri davalar*" ifadesi ile başlaması, ***bahsi geçen maddelerin, idari yargı için geçerli olup olmadığı tartışmasına*** sebebiyet vermiştir.

---

[53] Tarifelerin tümüne https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/avukatlik-asgari-ucret-tarifeleri-5435 adresinden ulaşılabilir.

[54] ***1941 ve 1947 yılı AAÜT'nin 13'üncü maddesinde***; "*Ayni avukat tarafından mahkemede bir davanın savunması sırasında mütekaiblen diğer bir dava ikame veya diğer bir mahkemeden gönderilen davanın birleştirilerek bakılmasına devam edildiği takdirde eğer dava nisbî tarifeye tâbi ise ücret her iki davanın yekûnu üzerinden alınır. Her ikisi de maktu tarifeye tâbi ise fazla ücrete tâbi dava için tam, diğeri için nısıf alınır. Biri nisbî, biri maktu ise nisbî üzerinden tam, maktu üzerinden nısıf alınır. Birden ziyade davanın birleştirilerek veya müstakil olarak bakılması halinde üçüncü ve müteakip davalar için taallûk ettiği her davadan alınacak ücretin sırası ile 1/3, 1/4, 1/5... ilh. nisbet dairesinde zammiyle istifa olunur*" ifadesi yer almıştır.

[55] **1954 yılı AAÜT'nin 11'inci maddesinde**; "*Aynı avukat tarafından, mahkemede bir davanın takibi sırasında mütekabilen bir dava ikame edildiği veya diğer bir mahkemeden gönderilen davanın bu dava ile birleştirilerek bakılmasına devam olunduğu takdirde her davadan ayrı ayrı ücret alınır*." ifadesi yer almıştır.

1959 yılı AAÜT'nin 7'nci maddesinde ise; "*Aynı avukat tarafından mahkemede bir davanın takibi sırasında mütekabil bir dava ikame edildiği veya diğer bir davanın dava ile birleştirilerek rüyetine devam olunduğu takdirde her davadan ayrı ücret alınır.*" ifadesi yer almıştır.

Tarifenin 1'inci maddesinde tarifenin ayrım yapılmaksızın tüm mahkemeler için geçerli olduğu ve mahkemeler için özellik arz eden hususların ayrı ayrı maddelerde düzenlendiği (11, 12,14 ve 15'nci maddeler) ve tarifenin geriye kalan maddelerinin (8 ve 22'nci maddelerinin de içinde olduğu) tüm yargı sistemindeki mahkemeler için geçerli olduğu görüşüyle, tarifenin *gerek 8'inci maddesinin gerek 22'nci maddesinin idari yargı için de uygulanması gerektiği düşüncesindeyiz.* Bu arada tarifede yer alan bu genel düzenlemelerin idari yargıya uygun düştüğü ölçüde uygulanacağı tabidir.

AAÜT'nin 8'inci maddesinin başlığı "karşılık davada" ifadesi ile başlıyor olsa da, devamında virgül konularak "***davaların birleştirilmesinde***" veya "ayrılmasında" ifadeleri yer almakta olup, Tarife maddesinin sadece karşılık davalar için uygulanacağı ve tarife hükmünün idari yargıda uygulama imkânı bulunmadığı yönündeki görüşlere katılmıyoruz.

Netice itibariyle, *aralarında maddi veya hukuki yönden bağlılık ya da sebep-sonuç ilişkisi bulunan* birden fazla işleme karşı açılan davalar birleştirilmemesi ve her bir davada tam vekalet ücretine veya birazdan değineceğimiz seri dava kapsamında değerlendirebileceğimiz türden davalar olarak AAÜT'nin 22'nci maddesi uyarınca seri davalara göre vekalet ücretine hükmedilmesi gerektiğini düşünmekle beraber, birleştirilen dava dosyalarında birleştirilen her bir dava sayısınca vekâlet ücretine mi yoksa tek vekalet ücretine mi hükmedilmesi gerektiği tartışması özelinde ise; davanın açıldığı tarihten itibaren nihai karar aşamasına kadar uzunca bir sürenin geçmiş olması, hatta istinaf veya temyiz aşamasına gelmiş bir dosya için bu yargılama süresinin daha da uzun olduğu dikkate alınarak, yukarıda yer verilen pek çok emsal kararda da belirtildiği üzere, *birleştirme kararı verilmesinin usul kurallarına uygun düşmediği belirtilmek suretiyle, başta ayrı ayrı açılan ve yargılama sonunda ayrı vekâlet ücretine hükmedilmesi gereken bir durum olduğu da göz önüne alınarak, en azından avukatın vekalet ücreti boyutunda hak kaybı yaşamaması sonucunu da içerdiğinden, AAÜT'de yer alan birleştirilen dava sayısı kadar vekâlet ücretine hükmedilmesi uygulamasının*, tek vekâlet ücretine hükmedilmesi uygulamasına göre çok daha hakkaniyete uygun düştüğünü söyleyebiliriz.

5. Vergi Davalarında, Seri Davalara Uygulanan Vekâlet Ücretinin Uygulanıp Uygulanamayacağı Sorunu

AAÜT'nin ikinci kısım birinci bölümünde[56] *konusu para olan veya para ile değerlendirilebilen hukuki yardımlara ödenecek ücret* belirlenmiş olup, vergi mahkemelerinde takip edilen dava ve işler için *2021 yılı için duruşmasız davalar için 2.270-TL, duruşmalı davalar için 2.940-TL*; ikinci kısım ikinci bölümünde *konusu para olmayan veya para ile değerlendirilemeyen hukuki yardımlara ödenecek ücret* belirlenmiş olup, vergi mahkemelerinde takip edilen dava ve işler için *2021 yılı için duruşmasız davalar için 2.040-TL, duruşmalı davalar için 3.110-TL* vekâlet ücretine hükmedileceği kurala bağlanmıştır.

Tarifenin "*Seri davalarda ücret*" başlıklı 22'nci maddesinde; "***İhtiyari dava arkadaşlığının bir türü olan seri davalar*** *ister ayrı dava konusu yapılsın ister bir davada birleştirilsin toplamda* ***on dosyaya kadar açılan seri davalarda her bir dosya için ayrı ayrı tam avukatlık ücretine, toplamda elli dosyaya kadar*** *açılan seri davalarda* ***her bir dosya için ayrı ayrı tam ücretin %50'si oranında*** *avukatlık ücretine,* ***toplamda yüz dosyaya kadar*** *açılan seri davalarda her bir dosya için* ***ayrı ayrı tam ücretin %40'ı oranında*** *avukatlık ücretine, toplamda* ***yüzden fazla açılan seri davalarda*** *her bir dosya için* ***ayrı ayrı tam ücretin %25'i oranında*** *avukatlık ücretine hükmedilir. Duruşmalı işlerde bu şekilde avukatlık ücretine hükmedilmesi için dosyaya ilişkin tüm duruşmaların aynı gün aynı mahkemede yapılması gerekir*." ifadeleri yer almaktadır.

Tarife maddesinin uygulanabilmesi için öncelikle seri davanın ne olduğunu ortaya koymak gerekmekte olup, *yasal düzenlemelere baktığımızda seri davaların tanımının yapılmadığını* görmekteyiz. *Yargı kararlarında* genel olarak, "seri davalar" ibaresi çok geçmekle beraber, kararlarda hangi davaların seri

[56] **24 Kasım 2020 tarih ve 31314 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.**

dava olduğu hususunda irdeleme veya tanım yapmaksızın, uyuşmazlığa konu davaların seri dava olduğu ya da olmadığı yönünde ifade kullanıldığı görülmektedir.

Danıştay İkinci Dairesinin bir kararında[57]; *literatürde; aynı veya benzer sebeplerden doğan ve aynı zamanda konuları da birbirine oldukça benzer olan, aynı davalı kişi ya da kişilere karşı açılmış bulunan davaların seri dava olarak* isimlendirildiği ifade edilmiştir.

Tarifede, seri davanın tanımının yapılmamış olması bize göre önemli bir eksiklik olup, yargı uygulamasına baktığımızda; birden fazla davalar arasında ***aynı veya benzer sebeplerden doğan, ayrı bir hukuki irdeleme ve araştırma gerektirmeyen, dava konusu işlemin; dönemi, sayısı gibi unsurlarının değiştiği davaları*** seri dava olarak nitelendirebiliriz.

Örneğin; mükellefin bir takvim yılının on iki dönemine ilişkin vergi beyannamelerinin yasal sürede verilmemesi nedeniyle kesilen 12 adet özel usulsüzlük cezasına karşı açılan 12 ayrı dava; mükellefin değişik tarihlerde ithal ettiği X ürüne ilişkin olarak, gözetim uygulamasına tabi tutulması nedeniyle haksız şekilde fazladan gümrük vergilerinin ödendiği iddiasıyla aynı eşyaya ilişkin değişik tarihlere ait 40 adet gümrük beyannamesi bazında Gümrük Kanunu'nun 211'inci maddesi kapsamında yapılan 40 adet geri verme başvurusunun reddine dair işlemelere karşı açılan 40 ayrı dava, seri dava olarak örnek olarak gösterilebilir.

İdari uyuşmazlıklar açısından ise; açıktan ilk ataması yapılan kamu görevlilerine karşı harcırah ödenmeyeceğine dair düzenleme bulunduğunu varsayalım, söz konusu uygulamadan kaynaklı binlerce ilk ataması yapılan kamu görevlisinin açtığı her bir dava birbirinden bağımsız davalar olmakla beraber, davalısı aynı kurum olan idareler yönünden, aynı davalı idare vekili tarafından dava savunması hazırlanırken her bir dosyada ayrı bir hukuki irdeleme yapılmasını gerektirmeyen bir uyuşmazlık türü olduğundan bu tür davaları da davalı idare vekili yönünden seri dava olarak görmek mümkündür. Aynı şekilde aynı örnekten devam edecek olursak, harcırah konusunda 50 ayrı davacının vekili olan avukat yönünden de açılan bu 50 ayrı davayı seri dava olarak kabul edebiliriz.

Seri davalara ilişkin öngörülen vekâlet ücreti düzenlemesinin temel mantığı, avukatlık vekâlet ücretinin, ***avukatın uyuşmazlık konusu olayda harcadığı hukuki emeğin bir karşılığı olduğundan, seri dava dediğimiz bu tür davalarda, avukatın her bir dosyada ayrı bir hukuki irdeleme ve araştırma yapmasının gerekmemesi anlayışına dayandığını söyleyebiliriz.***

HMK'da vekalet ücreti yargılama giderleri arasında sayılmış ve ***vekalet ücreti ödenmesi konusunda haklı çıkma kriteri kabul edilmiş olup***, Tarifede vekalet ücretinin hukuki emeğin karşılığı olduğu hususu göz önüne alınarak seri davalar yönünden tam ücret yerine on dava sayısının aşılması halinde tam vekalet ücretinin % 50'si ila %25'i arasında vekalet ücretine hükmedileceği öngörülmüştür[58].

Tarifenin gerek 8'inci ve gerekse 22'nci maddesinin *idari yargı açısından uygulanması gerektiğini* yukarıda ifade etmiştik.

Danıştay Dokuzuncu Dairesinin *2016 yılında* verdiği bir kararda[59]; çalıştırma ruhsat harçlarının tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emirlerine karşı davacıları farklı olmakla beraber avukatı aynı olan yüzün

[57] **Dan.2.D. 04.03.2020 tarih ve E: 2018/964, K: 2020/1320 sayılı kararı.** (Karara UYAP üzerinden 25/12/2020 tarihinde ulaşılmıştır.)

[58] Avukatlık Kanunu'nda vekâlet ücreti, avukatın hukuki emeğinin karşılığı ücret olarak tanımlanmış olup, gerek 6100 sayılı HMK'da gerek 1136 sayılı Kanunda vekâlet ücretinin seri davalar yönünden tam ödenmeyeceği veya kısmen ödenmesi hususunda bir ayrıma gidilmemiş olup, kanunda düzenlenmeyen bir konunun TBB tarafından çıkarılan tarife ile düzenlenmiş olması ayrıca tartışılması gereken bir konudur.

[59] **Dan.9.D. 26.04.2016 tarih ve E: 2016/705, K: 2016/3178 sayılı kararında; "***Anılan madde ile birlikte, aynı istemi içeren dilekçe ile davacıların aynı avukat tarafından temsil edilmiş bulunmaları, davaların türü, taraflar arasındaki uyuşmazlığın niteliği, yargılamaların süresi, davaların görülmesi sırasında avukatın harcadığı emek ve çaba göz önünde bulundurularak seri dava olarak kabul edilebilecek davalarda vekâlet ücretinin kademeli olarak belirlenmesine ilişkin bir düzenleme yapılmıştır.*

üzerindeki davada, tam vekâlet ücreti yerine, seri davalara ilişkin vekalet ücretine hükmedilmesi gerektiği gerekçesiyle bozulmuştur.

İstanbul Bölge İdare Mahkemesi Üçüncü Vergi Dava Dairesi'nin *2020 yılında* verdiği bir kararda[60] tarifedeki seri dava kısmına atıfla birleştirilen davalar dahil 10 dava dosyası sayısınca vekalet ücretine hükmedilmiştir.

İzmir 3. Vergi Mahkemesi Hakimliği'nce verilen kararda[61] davacısı ve avukatı aynı olan 16 ayrı davanın tarifede yer alan seri dava niteliğinde olduğu gerekçesiyle, vekâlet ücreti yönünden tam ücretin yüzde 50'si oranında vekâlet ücretine hükmedilmiş ve anılan karar ***İzmir Bölge İdare Mahkemesi Üçüncü Vergi Dava Dairesi*** tarafından onanmıştır.

Davalı idare vekili tarafından, aynı mahiyette ve aynı dilekçe ile açılan 201 adet dava dosyasının bulunduğu belirtilmekte olup Dairemizde bulunan dava dosyalarının incelenmesinden iş bu davaların "seri dava" olarak kabul edilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda Vergi Mahkemesince, aynı mahiyette ve aynı dilekçe ile açılan kaç adet dava olduğu tespit edildikten sonra toplam dava sayısı esas alınmak suretiyle davacı vekili lehine 2015 yılı Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin "Seri Davalarda Ücret" başlıklı 22. maddesinde belirlenen oranda vekalet ücretine hükmedilmesi gerekirken tüm dosyalar için vekalet ücretinin tamamına hükmedilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır." ifadeleri yer almaktadır. (Karara UYAP üzerinden 25/12/2020 tarihinde ulaşılmıştır.)

[60] **İstanbul BİM 3.VDD. 27.10.2020 tarih ve E.2020/2007, K.2020/1842 sayılı kararında; "***"Diğer taraftan; 02/01/2020 tarihinde yürürlüğe giren 2020 yılına ait Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin 8.maddesinde;" Bir davanın takibi sırasında karşılık dava açılması, başka bir davanın bu davayla birleştirilmesi veya davaların ayrılması durumunda, her dava için ayrı ücrete hükmolunur." aynı tarifenin 22. maddesinde; "İhtiyari dava arkadaşlığının bir türü olan seri davalar ister ayrı dava konusu yapılsın ister bir davada birleştirilsin toplamda **on dosyaya kadar açılan seri davalarda her bir dosya için ayrı ayrı tam avukatlık ücretine**, toplamda elli dosyaya kadar açılan seri davalarda her bir dosya için ayrı ayrı tam ücretin %50'si oranında avukatlık ücretine, toplamda yüz dosyaya kadar açılan seri davalarda her bir dosya için ayrı ayrı tam ücretin %40'ı oranında avukatlık ücretine, toplamda yüzden fazla açılan seri davalarda her bir dosya için ayrı ayrı tam ücretin %25'i oranında avukatlık ücretine hükmedilir. Duruşmalı işlerde bu şekilde avukatlık ücretine hükmedilmesi için dosyaya ilişkin tüm duruşmaların aynı gün aynı mahkemede yapılması gerekir." düzenlemesine yer verilmiştir.*

Birleştirilen dava dosyalarında, davaların, tekemmül ettirilerek nihai karara bağlanana kadar olan süreçteki usulü işlemleri bir dosya üzerinden ortak yürütülmekle birlikte, yargılama sonunda, birleştirilen her davanın konusu ve talepler hakkında ayrı ayrı hüküm kurulduğu dikkate alındığında, birleştirilen davaların, birbirinden ayrı ve bağımsız davalar olarak kalmaya devam ettiği sonucuna varılmakla, İstanbul 4. Vergi Mahkemesi'nin 18/07/2019 tarih ve 2019/317 E, 2019/1454 K sayılı kararının Dairemizin 18/12/2019 tarih ve 2019/3297 E, 2019/4068 K sayılı kararı ile birleştirilen dosyalar hakkında hüküm kurulmadığı gerekçesiyle, kaldırılarak geri gönderilmesi üzerine bakılan davada, İstanbul 4. Vergi Mahkemesi'nin 2019/317 E dosyasında birleştirilmesine karar verilen 2019/318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 327, 328 Esas sayılı dosyalardaki talepler hakkında da karar verileceğinden, ayrı ayrı hüküm kurulan her bir dava için ayrı ayrı vekalet ücretine hükmedilmesi gerekmektedir.

Bu durumda, 10 adet birleştirilen davaya ait olarak 10x2.450,00=24.500,00-TL vekalet ücretine hükmedilmesi gerekirken, 2.450,00-TL tek vekalet ücretine hükmedilmesi noktasında verilen Vergi Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir." ifadeleri yer almaktadır. (Karara UYAP üzerinden 25/12/2020 tarihinde ulaşılmıştır.)

[61] **İzmir 3. Vergi Mahkemesi'nce 25/06/2020 gün ve E: 2019/1617, K: 2020/617 sayılı kararda;** *"İzmir Bölge İdare Mahkemesi 2. Vergi Dava Dairesi tarafından verilen; T:18.11.2019, E:2019/1080 ve K:2019/1108 sayılı bağlantı kararı nedeniyle İzmir 4. Vergi Mahkemesi Hakimliği tarafından, T:20.11.2019, E:2019/1324 ve K:2019/1542 sayılı karar ile Mahkememize gönderilmesi üzerine bakılmakta olan dosya esas alınarak davacı tarafından, **aynı vekaletname ile yetkilendirilen aynı avukat tarafından açılan toplam 13 dava dosyasının**; davacısı (Y.E.) ve dava türü Ç. D. ... Ticaret Limited Şirketi tarafından gerçekleştirilen sahte belge düzenleme fiiline iştirak nedeniyle kesilen vergi ziyaı cezası) aynı olan ve aynı Vergi Dairesi Müdürlüğü (Karşıyaka Vergi Dairesi) tarafından düzenlenen ceza ihbarnamelerine karşı dava açıldığı ve **temsile ilişkin emek ve çabanın aynı mahiyette olması sebebiyle uyuşmazlığın seri dava mahiyetinde olduğu sonucuna ulaşıldığından, yukarıdaki tarife kuralı ile hakkaniyet ve ölçülülük ilkeleri uyarınca toplamda on ila elli adet arasında açılan seri davalarda her bir dosya için tam ücretin %50'si oranında** avukatlık ücretine hükmedilmesi gerekmektedir."* ifadeleri yer almakta olup, anılan karar **İzmir BİM 3.VDD. 07.12.2020 tarih ve E.2020/1216, K.2020/1078 sayılı kararı karar** ile onanmıştır. (Kararlara UYAP üzerinden 25/12/2020 tarihinde ulaşılmıştır.)

İzmir Bölge İdare Mahkemesi Üçüncü Vergi Dava Dairesi'nin verdiği bir kararda[62]; *aynı normun uygulanması sonucu tesis edilen, vergi kanunlarının vergiyi bağladıkları olay veya hukuki durumu aynı veya özdeş olan, dava ve savunma dilekçelerinin hazırlanması bakımından avukata ayrı bir yük getirmeyen, avukatın yeni ve ayrı bir emek göstermeksizin müvekkillerini temsil edebileceği davaların seri dava olarak değerlendirilmesi ve yargılama giderlerinin hakkaniyet ve ölçülülük ilkesi esas alınarak belirlenmesi gerektiği* ifade edilmiş ve tarifede yer alan seri davalara ilişkin vekalet ücreti hükümlerine göre tam ücretin yüzde 60'ı oranında vekalet ücretine hükmedilmiştir.

Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi İkinci Vergi Dava Dairesince onanan vergi mahkemesi kararında[63]***;*** aynı avukat tarafından toplamda 60'tan az 15'ten fazla dava açıldığı, aynı olay ve aynı hukuki sebepten kaynaklanan söz konusu davaların seri dava niteliğinde olduğu gerekçesiyle tam ücretin %60'ı oranında vekâlet ücretine hükmedilmiştir.

Ankara Bölge İdare Mahkemesi Altıncı İdari Dava Dairesince verilen bir kararda[64]***;*** açılan davaların, *aynı sebepten doğduğu, aynı konuya ilişkin olduğu ve aynı davalıya karşı açıldığı* hususları gözetilerek,

[62] **İzmir BİM 3.VDD. 26.10.2020 tarih ve E.2020/1200, K.2020/1432 sayılı kararı kararda;** "*Bakılan dosya esas alınarak ... firmasının 6306 sayılı Yasa kapsamında İzmir İli, Bornova İlçesinde ürettiği bağımsız bölümlerin ilk satışına ilişkin gerek satıcı taraf olarak anılan firmanın, gerekse alıcılarının düzeltme/şikayet yolu ile Gelir İdaresi Başkanlığına karşı İzmir Vergi Mahkemelerine açtıkları ve vekaleti aynı avukata verilmiş istinaftan geçmiş dava dosyalarının adedine ilişkin olarak UYAP kayıtları üzerinde yapılan incelemede karar tarihi itibariyle davacı vekili tarafından açılarak esastan hükme bağlanmış dosya sayısının tarifenin 22'nci maddesinde belirtilen **onbeş adedin üzerinde, fakat altmış adetten de az olduğu** anlaşılmıştır.*

*Bu durumda davacıları farklı kişiler olsa bile sahibi olduğu taşınmazları 6306 sayılı Kanun kapsamında ilk kez satan ve ondan alan kişiler nezdinde tapu harcının ödenmesinden sonra düzeltme istemi yönünden aynı Vergi Dairesi Bakanlığınca tesis edilen olumsuz işlemlere karşı Gelir İdaresi Başkanlığına yapılan şikayetin de reddi üzerine çıkartılan uyuşmazlıklarda **alıcılar ile satıcının aynı vergi idaresi karşısında ihtiyari dava arkadaşı konumunda bulundukları, taraflarının temsiline ilişkin emek ve çabanın aynı mahiyette olması sebebiyle uyuşmazlığın seri dava niteliğinde olduğu** sonucuna ulaşıldığından, yukarıda belirtilen tarife kuralı ile hakkaniyet ve ölçülülük ilkeleri uyarınca toplamda onbeş ila altmış adet arasında açılan seri davalarda her bir dosya için ayrı ayrı tam ücretin %60'ı oranında avukatlık ücretine hükmedilmesi gerektiği halde vekalet ücretine tam olarak hükmedilmesinde hukuki isabet görülmemiş olup istinaf başvurusunun bu yönüyle kabulü, avukatlık ücretinin ilk derece karar tarihinde geçerli ücretin %60'ı olarak takdiri, fazlasına ilişkin hüküm fıkrasının ise kaldırılması gerektiği sonucuna varılmıştır."* ifadeleri yer almaktadır. (Karara UYAP üzerinden 25/12/2020 tarihinde ulaşılmıştır.)

[63] **Kahramanmaraş VM. 03/05/2019 gün ve E:2019/230, K:2019/341 sayılı kararında; "**"*UYAP ortamında yapılan sorgulama neticesinde, büyükşehir belediyesine devir temlik ücreti adı altında ödenen ücretin iadesi istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali ile ödenen tutarların yasal faizi birlikte iadesine karar verilmesi istemiyle aynı avukat tarafından toplamda 60'tan az 15'ten fazla dava açıldığı, aynı olay ve aynı hukuki sebepten kaynaklanan söz konusu davaların seri dava niteliğinde olduğu, bu durumda bakılmakta olan dava ile aynı istemle açılmış çok sayıda dosya bulunduğu, dolayısıyla seri dava niteliğinde olduğu anlaşılan uyuşmazlık için, taraflara ölçüsüz bir yükümlülük getirmeyecek biçimde ve taraf vekillerinin harcadığı emek dikkate alınarak vekalet ücretine hükmedilmesi gerektiğinden Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin "Seri Davalarda Ücret" başlıklı 22. maddesi uyarınca belirlenen tam ücretin %60'ı oranında vekalet ücretine hükmedilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır*." İfadeleri yer almakta olup, anılan karar **Gaziantep BİM 2.VDD. 16.10.2019 tarih ve E.2019/776, K.2019/1320 sayılı kararı ile onanmıştır.** (Kararlara UYAP üzerinden 25/12/2020 tarihinde ulaşılmıştır.)

[64] **Ankara BİM 6.İDD. 26.10.2020 tarih ve E.2020/968, K.2020/1073 sayılı kararı kararında;** *"Dava dosyasındaki bilgi ve belgelerden, davacı şirket tarafından Ankara'nın farklı ilçelerindeki aydınlatma direklerine baz istasyonu kurulmak suretiyle 15/07/2014-15/07/2019 tarihleri arasında fuzulen işgal edildiğinin tespit edilmesi üzerine davalı idarece her bir baz istasyonu için 37.744,00 TL ecrimisil bedeli tahakkuk ettirildiği ve bu işlemlere karşı **açılan davaların, aynı sebepten doğduğu, aynı konuya ilişkin olduğu ve aynı davalıya karşı açıldığı, dava sayısının toplamda 60'den fazla (75 adet) olduğu görülmekle, söz konusu davaların seri dava niteliğinde olduğu** sonucuna varılmıştır.*

Bu durumda, bakılmakta olan dava ile aynı istemle açılmış çok sayıda dosya bulunması nedeniyle seri dava niteliğindeki söz konusu davalar için, taraflara ölçüsüz bir yükümlülük getirmeyecek biçimde ve taraf vekillerinin harcadığı emek ve mesai dikkate alınarak vekalet ücretine hükmedilmesi gerektiğinden, 2020 yılı Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin "Seri Davalarda Ücret" başlıklı 22. maddesi ile belirlenen tam ücretin %40'ı oranında vekalet ücretine hükmedilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır." ifadeleri yer almaktadır. (Karara UYAP üzerinden 25/12/2020 tarihinde ulaşılmıştır.)

tarifede yer alan seri davalara ilişkin vekâlet ücreti hükümlerine göre tam ücretin yüzde 40'ı oranında vekâlet ücretine hükmedilmiştir.

Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi Beşinci İdari Dava Dairesince verilen bir kararda[65]; tarifede yer alan seri davalara ilişkin vekâlet ücreti hükümlerine göre tam ücretin yüzde 30'u oranında vekâlet ücretine hükmedilmiştir.

Mardin 2. İdare Mahkemesi'nce verilen kararda[66], tarifede yer alan seri davalara ilişkin vekalet ücreti hükümlerine göre tam ücretin yüzde 25'i oranında vekalet ücretine hükmedilmiş ve anılan karar ***Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi Dördüncü İdari Dava Dairesi*** tarafından onanmıştır.

Aynı şekilde **Danıştay İkinci Dairesinin** *2020 yılında* verdiği bir kararında[67] seri davanın literatürde; *aynı veya benzer sebeplerden doğan ve aynı zamanda konuları da birbirine oldukça benzer olan, aynı*

---

[65] **Gaziantep BİM 5.İDD. 26.02.2020 tarih ve E.2019/2843, K.2020/546 sayılı kararında; "***UYAP ortamında yapılan sorgulama neticesinde, iş bu kararın verildiği tarih itibarıyla ... Sendikasınca üyeleri adına sendikanın aldığı karar doğrultusunda eyleme katıldıkları gerekçesiyle verilen disiplin cezalarının iptali istemiyle açılmış olan davalarda verilen ilk derece mahkemesi kararlarından Gaziantep Bölge İdare Mahkemesine istinaf incelemesi için gelen dosya sayısının toplamda 150'den fazla olduğu, aynı olay ve aynı hukuki sebepten kaynaklanan söz konusu davaların seri dava niteliğinde olduğu, bu durumda bakılmakta olan dava ile aynı istemle açılmış çok sayıda dosya bulunduğu, dolayısıyla seri dava niteliğinde olduğu anlaşılan uyuşmazlık için, taraflara ölçüsüz bir yükümlülük getirmeyecek biçimde ve taraf vekillerinin harcadığı emek dikkate alınarak vekalet ücretine hükmedilmesi gerektiğinden, hüküm fıkrasının vekalet ücretine yönelik kısmının; Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca belirlenen tam ücretin %30'u oranında vekalet ücreti hesaplanmak suretiyle Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 22. maddesi uyarınca tam ücretin %30'u üzerinden belirlenen 327,00.-TL avukatlık ücretinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine şeklinde düzeltilerek istinaf başvurusunun reddedilmesi gerekmektedir."* ifadeleri yer almaktadır. (Karara UYAP üzerinden 25/12/2020 tarihinde ulaşılmıştır.)

[66] **Mardin 2. İM. 05/03/2019 tarih ve E:2018/1501, K:2019/324 sayılı kararında;** *"Açıklanan nedenlerle... davacı vekili tarafından Mahkememizde aynı konuya ilişkin 150'den fazla seri dava açıldığı anlaşılmakla, karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin 22'nci maddesi uyarınca Avukatlık ücretinin %30'una tekabül eden 408,60-TL vekalet ücretinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine,"* ifadeleri yer almakta olup, anılan **Gaziantep BİM 4.İDD. 16.11.2020 tarih ve E.2019/3878, K.2020/3753 sayılı kararı karar** ile onanmıştır. (Kararlara UYAP üzerinden 25/12/2020 tarihinde ulaşılmıştır.)

[67] **Dan.2.D. 04.03.2020 tarih ve E: 2018/964, K: 2020/1320 sayılı kararında; "***Bu bağlamda; yukarıda yer verilen yasal düzenlemeler uyarınca; avukatın vekalet ücretinin belirlenmesinde, avukatın harcadığı emek ve mesainin dikkate alınmasının yanısıra, kişilerin hak arama özgürlüğünü kısıtlayıcı nitelikte düzenlemelere de yer verilmemesi, harcanan emek ve çabanın çok üstünde avukatlık ücretine hükmedilerek taraflara ölçüsüz yük getirilmesinin önüne geçilmesi esas olup, konuya ilişkin olarak yüksek yargı kararları ve bu kararlar doğrultusunda mevzuatta yapılan düzenlemeler de bu ilkeyi teyit etmektedir.

Nitekim; 2019 yılı Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin, "Seri davalarda ücret" başlıklı 22. maddesinde ".... toplamda onbeş dosyaya kadar açılan seri davalarda her bir dosya için ayrı ayrı tam avukatlık ücretine, toplamda altmış dosyaya kadar açılan seri davalarda her bir dosya için ayrı ayrı tam ücretin %60'ı oranında avukatlık ücretine, toplamda yüzelli dosyaya kadar açılan seri davalarda her bir dosya için ayrı ayrı tam ücretin %50'si oranında avukatlık ücretine, toplamda yüzelliden fazla açılan seri davalarda her bir dosya için ayrı ayrı tam ücretin %30'u oranında avukatlık ücretine hükmedilir....." yolunda yapılan düzenlemenin iptali istemiyle açılan davada, Danıştay Sekizinci Dairesinin 30/05/2019 günlü ve E:2019/145 sayılı kararıyla, "... seri davalarda harcanan emek ve çabanın oldukça üstünde avukatlık ücretine hükmedilerek taraflara ölçüsüz bir yükümlülük getirileceği, kademelendirmenin gerek dosya sayısı açısından, gerekse hükmedilecek ücretin oranı açısından başta usul ekonomisi olmak üzere, ... avukatın, hukuki yardımının karşılığı olan oran göz önüne alınarak makul bir şekilde yapılması gerekirken, seri davalarda ilk olarak 15'ten başlar şekilde ve tam ücretin %60'i oranında avukatlık ücretine hükmedileceği şeklindeki düzenleme, hukuka ve hak arama özgürlüğüne aykırı olduğundan bu maddeye ilişkin yürütmenin durdurulması isteminin kabulüne" karar verilmiştir.

Yargı kararları göz önüne alınarak hazırlanan ve 02/01/2020 günlü, 30996 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 2020 yılı Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin "Seri Davalarda Ücret" başlıklı 22. maddesinde; "..... seri davalar ister ayrı dava konusu yapılsın ister bir davada birleştirilsin toplamda on dosyaya kadar açılan seri davalarda her bir dosya için ayrı ayrı tam avukatlık ücretine, toplamda elli dosyaya kadar açılan seri davalarda her bir dosya için ayrı ayrı tam ücretin %50'si oranında avukatlık ücretine, toplamda yüz dosyaya kadar açılan seri davalarda her bir dosya için ayrı ayrı tam ücretin %40'ı oranında avukatlık ücretine, toplamda yüzden fazla açılan seri davalarda her bir dosya için ayrı ayrı tam ücretin %25'i oranında avukatlık ücretine hükmedilir. Duruşmalı işlerde bu şekilde avukatlık ücretine hükmedilmesi için dosyaya ilişkin tüm duruşmaların aynı gün aynı mahkemede yapılması gerekir." şekilde düzenleme yapılmıştır.

davalı kişi ya da kişilere karşı açılmış bulunan davalar olduğu ifade edilmiş ve Daire esasına kayıtlı yüzden fazla davanın *aynı sebepten doğduğu, aynı konuya ilişkin olduğu ve aynı davalıya karşı açıldığı, dava sayısının toplamda 100'den fazla olduğu görülmekle söz konusu davaların seri dava niteliğinde olduğu* sonucuna ulaşılmış ve 2020 yılı AAÜT'nin "Seri Davalarda Ücret" başlıklı 22. maddesi ile belirlenen tam ücretin %25'i oranında vekâlet ücretine hükmedilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

İdari yargı kararları incelendiğinde, ***seri davalara ilişkin ücret uygulamasının idari yargı için uygulanamayacağı yönünde*** kararlar da bulunmaktadır.

Konya Bölge İdare Mahkemesi Birinci Vergi Dava Dairesi tarafından verilen bir kararda[68]; *her bir uyuşmazlığın içeriği itibariyle davacılar açısından ayrı ayrı irdelenmesi gerektiği ve davacıların birlikte dava açabilmesinin 2577 sayılı Kanun uyarınca mümkün olmadığından ihtiyari dava arkadaşlığının da söz konusu olmadığı, aynı avukatın farklı kişilerin benzer konudaki davalarını alarak takip etmesinin, avukatlık mesleğinin niteliği gereği, her bir dava için harcadığı emek ve çabanın ayrı ayrı olduğu* gerekçeleriyle, seri davalara ilişkin vekâlet ücretine hükmeden idare mahkemesi kararını kaldırarak tam vekalet ücretine hükmedilmiştir.

İstanbul Bölge İdare Mahkemesi Beşinci Vergi Dava Dairesi tarafından verilen bir kararda[69]; *20 ayrı serbest dolaşım giriş beyannamesi ile ilgili yapılan itirazlara idarece aralarında maddi ve hukuki yönden bağlılık bulunan tek işlem tesis edildiğinin anlaşılması karşısında, beyannamelerden kaynaklanan ve aynı maddi olay nedeniyle tesis edildiği anlaşılan işleme karşı, işlemde yer alan beyannamelerin ayrılması suretiyle birden fazla davaya konu edilmesinin, ortada ayrı ayrı incelemesini gerektiren maddi ya da hukuki bir nedenin bulunmadığı da gözetildiğinde, davaların etkin ve hızlı şekilde çözümlenmesine ilişkin kurala, diğer bir deyişle, usul ekonomisine uygun düşmediği,*

Bu çerçevede; gerek Anayasanın 141. maddesinde "Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir" şeklinde ifade edilen temel ilkeye işlerlik kazandırılması gerek Avukatlık Kanunundaki vekalet ücretini avukatın emek ve mesaisine bağlayan ilke gerekse Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin yukarıda yer verilen hükmü birlikte değerlendirildiğinde, seri davalarda her bir dava için harcanan emek ve mesainin bağımsız açılan diğer davalar ile aynı olamayacağı, bu davalara ilişkin vekalet ücretinin, hakkaniyet ilke ve ölçüleri çerçevesinde, avukatın harcadığı emek ve mesaisi de göz önünde bulundurularak, adil ve kademeli bir şekilde düzenlenmesi ve böylece yargıya ve adalete erişimin önündeki engellerin kaldırılması amaçlanmıştır.

Öte yandan, literatürde; aynı veya benzer sebeplerden doğan ve aynı zamanda konuları da birbirine oldukça benzer olan, aynı davalı kişi yada kişilere karşı açılmış bulunan davalar seri dava olarak isimlendirilmektedir.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun, 01/06/2015 günlü, E:2015/1685, K:2015/2362 sayılı kararı ve farklı tarihlerde verdiği benzer nitelikteki kararlarda; bu ve benzeri nitelikteki davaların seri dava olduğu ve hükmedilmesi gereken vekalet ücretinin de buna göre belirlenmesi gerektiği belirtilmiştir.

Bu bağlamda, Dairemizde bulunan dava dosyaları incelendiğinde; işbu kararın verildiği tarih itibarıyla davacılar vekili tarafından, Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığında, İş Müfettiş Yardımcısı olarak görev yapan davacıların, "İş Müfettişi" kadrosuna atanma istemiyle yaptıkları başvuruların reddine ilişkin işlemler ile bu işlemlerin dayanağı olarak ileri sürülen ve 31/10/2012 günlü, 28453 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu Yönetmeliği'nin "Müfettişliğe Atanma" başlıklı 37. maddesinin iptali ile yoksun kalınan parasal haklarının yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılan davaların, aynı sebepten doğduğu, aynı konuya ilişkin olduğu ve aynı davalıya karşı açıldığı, dava sayısının toplamda 100'den fazla olduğu görülmekle söz konusu davaların seri dava niteliğinde olduğu sonucuna varılmıştır.

Bu durumda, bakılmakta olan dava ile aynı istemle açılmış çok sayıda dosya bulunması nedeniyle seri dava niteliğindeki söz konusu davalar için, taraflara ölçüsüz bir yükümlülük getirmeyecek biçimde ve taraf vekillerinin harcadığı emek ve mesai dikkate alınarak vekalet ücretine hükmedilmesi gerektiğinden, 2020 yılı Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin "Seri Davalarda Ücret" başlıklı 22. maddesi ile belirlenen tam ücretin %25'i oranında vekalet ücretine hükmedilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır." ifadeleri yer almaktadır. (Karara UYAP üzerinden 25/12/2020 tarihinde ulaşılmıştır.)

[68] **Konya BİM 1.VDD. 23.03.2020 tarih ve E.2020/238, K.2020/347 sayılı kararı. (**Karara UYAP üzerinden 25/12/2020 tarihinde ulaşılmıştır.)

[69] **İstanbul BİM 5.VDD. 26.09.2019 tarih ve E.2019/3032, K.2019/3492 sayılı kararı**. (Karara UYAP üzerinden 25/12/2020 tarihinde ulaşılmıştır.)

Mahkemece, davacı adına tesis edilen aynı işlemde yer alan unsurlara ilişkin kendi esasına kayıtlı dosyaların birleştirilmesi suretiyle yargılama yapılması sonucunda birleştirilen, ancak seri dava niteliğinde olmayan davada, haklı çıkan davacı lehine tek vekâlet ücretine hükmedilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

İstanbul Bölge İdare Mahkemesi Altıncı Vergi Dava Dairesi tarafından verilen bir kararda[70]; 24 adet dava dosyasının birlikte değerlendirilmesinden; *açılan davaların seri dava olmayıp, aynı tarih ve sayılı ödeme emrinin her bir vergi dönemine göre ayrı ayrı açılan davalar olduğu* belirtilerek, Mahkemece vekalet ücretinin tamamına hükmedilmesi gerekirken, seri dava kabul edilerek vekalet ücretinin yarısına hükmedilmesinin Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine uygun düşmediği ifade edilmiştir.

Manisa Vergi Mahkemesi nezdinde aynı avukat ve aynı konuda açılan toplam 50'den fazla dosyada AAÜT'nin "seri davalarda ücret" başlıklı 22'nci maddesi gereğince vekalet ücreti yönünden hüküm kurulması gerektiği gerekçesiyle davalı idarece yapılan istinaf başvurusu ***İzmir Bölge İdare Mahkemesi Üçüncü Vergi Dava Dairesi*** tarafından *oy çokluğu*[71] ile reddedilmiştir**.**

Ankara Bölge İdare Mahkemesi On Üçüncü İdari Dava Dairesi tarafından 2020 yılında verilen bir kararda[72]; her bir uyuşmazlığın içeriği itibariyle davacılar açısından ayrı ayrı irdelenmesi gerektiği ve davacıların birlikte dava açabilmesinin 2577 sayılı Kanun uyarınca mümkün olmadığından ihtiyari dava arkadaşlığının da söz konusu olmadığı gerekçesiyle, seri davalara ilişkin vekâlet ücretine hükmeden idare mahkemesi kararını kaldırarak tam vekalet ücretine hükmedilmiştir.

Dilekçe Yazım Ücretine Hükmedilebilir mi?

Dikkat çeken bir Danıştay kararanda, Tarifenin seri davalarda ücret kısmının Danıştay tarafından yürütmesinin durdurulması nedeniyle "***dilekçe yazım ücretine"*** hükmedilmiş olmasıdır.

Danıştay Onikinci Dairesinin bir kararında[73]**;** *taraflara ölçüsüz bir yükümlülük getirmeyecek biçimde, uyuşmazlığın seri dava niteliği ve avukatın emeği dikkate alınarak 2017 yılı Avukatlık Asgari*

[70] **İstanbul BİM 6.VDD. 29.01.2020 tarih ve E.2019/3327, K.2020/249 sayılı kararı kararında;** "*İş bu istinaf istemine konu Edirne Vergi Mahkemesi'nin E.209 ila 213, E.223 ila 241 sayılı dosyalarında açılan 24 adet dava dosyasının birlikte değerlendirilmesinden; açılan davaların seri dava olmayıp, aynı tarih ve sayılı ödeme emrinin her bir vergi dönemine göre ayrı ayrı açılan davalar olduğu görülmektedir. Bu nedenle, Mahkemece vekalet ücretinin tamamına hükmedilmesi gerekirken, seri dava kabul edilerek vekalet ücretinin yarısına hükmedilmesi Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine uygun düşmemektedir. Ancak, davalı idare tarafından istinaf talebinde bulunulduğundan ve aleyhine vekalet ücretini arttırmak olanaklı olmadığından, bu hususta ayrı bir hüküm kurulamamaktadır.*" ifadeleri yer almaktadır. (Karara UYAP üzerinden 25/12/2020 tarihinde ulaşılmıştır.)

[71] **İstinaf kararının *karşı oy gerekçesinde***; *" Davacı vekili tarafından aynı konuda, aynı idareye karşı açılmış benzer davaların olduğu, bu davaların seri dava olarak görülmesi gerektiği ve Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin "seri davalarda ücret"başlıklı 22'nci maddesine göre vekalet ücretine hükmedilmesi gerekirken Mahkemece bu yönde bir araştırma yapılmadan tam ücret üzerinden hüküm kurulduğu, Dairemizce, Manisa Vergi Mahkemesinde Av. V. K. tarafından aynı konuda, aynı idareye karşı açılmış davalar araştırılarak ve Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin 22'nci maddesi değerlendirilerek karar verilmesi gerektiği"* ifadeleri yer almaktadır. (Karara UYAP üzerinden 25/12/2020 tarihinde ulaşılmıştır.)

[72] **Ankara BİM 13.İDD. 12.11.2020 tarih ve E.2019/3656, K.2020/2777 sayılı kararı kararında;** "*Mahkemece iş bu davanın seri dava niteliğinde olduğu kabul edilerek Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 22.maddesi uyarınca davalı idare lehine 408,00 TL vekâlet ücreti ödenmesine hükmedilmiş ise de; **her bir uyuşmazlığın içeriği itibariyle davacılar açısından ayrı ayrı irdelenmesi gerektiği,** 6100 sayılı Kanunun 57.maddesinde ihtiyari dava arkadaşlığında birlikte dava açılabileceği de öngörülmesine rağmen, mahkemenin işaret ettiği davalar açısından **davacıların birlikte dava açabilmesinin 2577 sayılı Kanun uyarınca mümkün olmadığı, bu durumda bakılan davanın seri dava niteliğinin olmadığı sonucuna** varılmıştır. Dolayısıyla İdare Mahkemesi kararında vekalet ücretine ilişkin kısım yönünden hukuka uyarlık bulunmamaktadır."* ifadeleri yer almaktadır. (Karara UYAP üzerinden 25/12/2020 tarihinde ulaşılmıştır.)

[73] **Dan.12.D. 14.12.2017 tarih ve E: 2016/4460, K: 2017/6811 sayılı kararında;** *"karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi ve 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümleri dikkate alınarak ve taraflara ölçüsüz bir yükümlülük getirmeyecek biçimde, uyuşmazlığın seri dava niteliği ve avukatın emeği dikkate alınarak 2017 yılı Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde hertürlü dilekçe yazımı için öngörülen ücrete karşılık gelen 400 TL vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalı idarelere verilmesine***"** ifadeleri yer almaktadır. (Karara UYAP üzerinden 25/12/2020 tarihinde ulaşılmıştır.)

Ücret Tarifesinde ***her türlü dilekçe yazımı için öngörülen ücrete*** *karşılık gelen 400 TL vekalet ücretinin ödenmesine hükmedilmiş, davalı idarece s*eri davalar için 2017 yılı AAÜT hükümlerine göre vekâlet ücretine hükmedilmesi gerekçesiyle yapılan temyiz talebi ***Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından***[74]; 2017 ve 2018 yılına ilişkin AAÜT'nin seri davalarda ücreti düzenleyen maddelerinin ***yargı kararı ile hukuka aykırı bulunarak yürürlüğünün durdurulmuş olması ve anılan yargı kararlarında yer verilen gerekçeler karşısında, konuya ilişkin dava sayısı da göz önüne alındığında****, Dairece davalı idareler lehine hükmedilen 400,00-TL tutarındaki avukatlık ücretinin miktar olarak uygun olduğu* ve Daire kararının avukatlık ücretine ilişkin kısmında sonucu itibarıyla hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir.

Özel Bir Tartışma Konusu: ***Tek Bir İşlemin İçeriği Unsurlar İtibariyle Ayrı Ayrı Davaya Konu Edilip Edilemeyeceği***

2577 sayılı Kanun'un, her idari işlemin ayrı bir davanın konusu yapılmasını prensip edindiğini belirtmiştik. Yargı uygulamasında tartışmalı konuların birisi de; *şekli olarak tek bir işlem görüntüsünde olan işleme karşı tek dava açılması yerine içeriği unsurlar itibariyle ayrı ayrı idari işlem olarak kabul edilerek ayrı dava konusu yapılıp yapılamayacağı* konusudur.

Uygulamada daha çok *tek ödeme emrine karşı ve gümrük uyuşmazlıklarında bölge müdürlüğü kararına karşı açılan davalarda* bu konu gündeme gelmektedir.

Örneğin; 40 adet gümrük beyannamesine istinaden gümrük idaresi tarafından alınan tahakkuk kararına karşı dava öncesinde zorunlu idari başvuru yolu öngörülmüş olup[75], yapılan 40 itiraz başvurusunun gümrük bölge müdürlüğü tarafından alınan tek bir kararla reddedilmesi sonrası davacı tarafından 40 ayrı dava açılması veya ödeme emri işleminin içindeki unsurlar itibariyle ayrı ayrı dava açılması (vergi ve cezaların ait oldukları dönemler itibariyle ayrı, vergi türleri gözetilerek ayrı, cezalar için ayrı dava açılması) gibi.

Öncelikle 2577 sayılı Kanun'a göre; ayrı ayrı dava açılabilmesi için ortada birden fazla işlem olması gerekmekte olup, bu tür uyuşmazlıklarda görünüş olarak ortada tek bir işlem bulunmakla beraber, bu

[74] **Dan.İDDK. 16.12.2019 tarih ve E: 2018/3850, K: 2019/6526 sayılı kararı.** (Karara UYAP üzerinden 25/12/2020 tarihinde ulaşılmıştır.)

[75] Yargı uygulamasında egemen görüş idari itiraz yolunun, zorunlu idari başvuru yolu olduğu yönünde olmakla beraber, aksi yönde yargı kararı da bulunmaktadır. **Ankara BİM. 4.VDD. 12.02.2020 tarih ve E.2019/1269, K.2020/15 sayılı kararında**; "*Mahkeme kararı esas itibarıyla, 4458 sayılı Gümrük Kanununun 242. maddesinde düzenlenen "idari itiraz" yolunun, idari dava açılmadan "tüketilmesinin zorunlu olduğu" gerekçesine dayanmaktadır. (...) Gerek Anayasa Mahkemesi, gerekse İHAM, başvuru ve itiraz süreleri ile kanunları uygulamakla yetkilendirilen makamların usul hükümlerini yorumlamadaki aşırı katı tutumlarının, bireylerin mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiğini; hak arama yollarını düzenleyen usul kurallarının karmaşık olması, başvurulacak merciler ve başvuru süreleri konusunda farklı hükümler bulunması, bu hükümlerin sıklıkla değişmesi, bu düzenlemelerin normal-sıradan bir vatandaşın anlayamayacağı bir dile ve sistematiğe sahip olması gibi nedenlerin, mahkemeye erişim hakkını olumsuz yönde etkileyeceğini, bu ve benzeri durumlarda söz konusu hakkın ihlal edilmiş olacağını kabul etmektedir.*

Her ne kadar; mahkemece, 4458 sayılı Gümrük Kanunun 242. maddesinde düzenlenen "idari itiraz" yolu tüketilmesi zorunlu bir yol olarak kabul edilmişse de, Kanunun 6111 sayılı Kanunun 137. maddesi ile yeniden düzenlenen ***244. maddesi ile gümrük uyuşmazlıkları bakımından da "uzlaşma" kurumu kabul edilmiş olup, maddedeki; "uzlaşma talebinin, tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde, henüz itiraz başvurusu yapılmamış veya itiraz edilmiş olmakla birlikte itirazı henüz sonuçlandırılmamış gümrük vergileri ve cezalar için yapılacağı****; uzlaşma talebinde bulunulması halinde, itiraz veya dava açma süresinin duracağı, uzlaşmanın vaki olmaması veya temin edilememesi halinde sürenin kaldığı yerden işlemeye başlayacağı" yolundaki düzenleme; gümrük vergilerinin tebliği üzerine hem idari itiraz süresinin, hem de dava açma süresinin başladığının Kanun koyucu tarafından kabul edildiğini gösterdiği gibi,* ***242. maddede de, bu yolun tüketilmesinin dava koşulu olduğunu gösterir, tartışmaya ve yoruma yer vermeyecek açıklıkta bir düzenlemeye yer verilmemiş olması karşısında****, "idari itiraz" yolunun, bir dava koşulu olarak tüketilmesi zorunlu bir yol olarak kabul edilmesinin mahkemeye erişim hakkını ihlal edeceği sonucuna varılmakla, aksi yoldaki mahkeme kararında hukuka uygunluk görülmemiştir."* ifadeleri yer almaktadır. (Karara UYAP üzerinden 26/12/2020 tarihinde ulaşılmıştır.)

işlemin içeriği unsurlar dikkate alınarak ayrı ayrı dava açma yoluna gidilebilir mi sorusunun sorusuna cevap bulmak gerekmektedir.

4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 232.maddesine eklenen 2. fıkrasında[76], "*Konusu ve yükümlüsünün aynı olması, aralarında maddi veya hukuki yönden bağlılık bulunması şartıyla; birden fazla işleme veya beyannameye ilişkin gümrük vergileri ve para cezalarına tek tahakkuk ve ceza kararı düzenlenebilir*." hükmüne yer verilmiştir.

4458 sayılı Kanunun 232.maddesinde değişikliğe gerekçesine bakıldığında, "*4458 sayılı Gümrük Kanununun 232'nci maddesine birinci fıkrasından sonra gelmek üzere* ***birden fazla beyannameye tek tahakkuk ve ceza kararı düzenlenmesi, tek itirazda bulunulması ve tek dava açılmasına imkân sağlayarak yargılama ekonomisine uygun ve idarenin yükünü azaltan yeni bir fıkranın maddeye eklenmesi*** *ve diğer fıkra numaralarının da teselsül ettirilmesini öngören düzenleme yeni çerçeve 7'nci madde olarak Tasarıya eklenmiştir*." şeklinde bir izahatın bulunduğu görülmektedir.

Danıştay Yedinci Dairesi kararları incelendiğinde;

2019 yılında verdiği bir kararda[77], 15 ayrı serbest dolaşım giriş beyannamesi ile ilgili yapılan itiraz başvurularına *idarece* ***tek işlem tesis edildiğinin anlaşılması karşısında***, beyannamelerden kaynaklanan ve aynı maddi olay nedeniyle tesis edildiği anlaşılan işleme karşı, *işlemde yer alan beyannamelerin ayrılması suretiyle birden fazla davaya konu edilmesi,* ***ortada ayrı ayrı incelemesini gerektiren maddi ya da hukuki bir nedenin bulunmadığı da gözetildiğinde***, davaların etkin ve hızlı şekilde çözümlenmesine ilişkin kurala, diğer bir deyişle, usul ekonomisine uygun düşmediği, Mahkemece, *davacı adına tesis edilen aynı işlemde yer alan unsurlara ilişkin kendi esasına kayıtlı dosyaların birleştirilmesi suretiyle yargılama yapılması yargılama sonucunda birleştirilen, ancak seri dava niteliğinde olmayan davada****,* ***haklı çıkan davacı lehine tek vekâlet ücretine hükmedilmesi*** *gerektiği* ifade edilmiştir.

2018 yılında verdiği bir başka kararda da[78]; benzer şekilde seri davadan bahsedebilmek için ihtiyari dava arkadaşlığının ve dolayısıyla birden çok kişi hakkında tesis edilen bir işlem olması veya bir kişi hakkında tesis edilen birden fazla işlem olması gerektiği, olayda ***tek bir idari kararın olduğu ve ortada ayrı ayrı incelemesini gerektiren maddi ya da hukuki bir nedenin bulunmadığı da gözetildiğinde*** birleştirilen davalarda tek vekâlet ücretine hükmedilmesi gerektiğine hükmedilmiştir.

Konuya ilişkin görüşümüze gelince; yukarıda yer verdiğimiz örnekten devam edecek olursak, her bir gümrük beyannamesine istinaden gümrük idaresi tarafından alınan idari kararlara dolayısıyla tahakkuk kararına karşı dava öncesinde zorunlu idari başvuru yolu öngörülmüş olup, yapılan itiraz başvurularının gümrük bölge müdürlüğü tarafından alınan *tek bir kararla reddedilmesi* durumunda zahiri olarak ortada tek bir işlem görünmekle beraber, ***sürecin en başından beri ayrı ayrı işlemler üzerinden (her bir tahakkuk kararının ayrı ayrı alınması durumu) başladığı ve her bir beyanname bazında hukuki***

[76] Kanun değişikliği **1.04.2013 tarih ve 28615 sayılı Resmi Gazete'de** yayımlanmıştır.

[77] **Dan.7.D. 12.03.2019 tarih ve E: 2018/1161, K: 2019/1547 sayılı kararı.** (Karara UYAP üzerinden 26/12/2020 tarihinde ulaşılmıştır.)

[78] **Dan.7.D. 26.03.2018 tarih ve E: 2014/5114, K: 2018/2009 sayılı kararda; "** *Olayda ise,* ***seri davaya konu olabilecek birden çok kişi hakkında tesis edilen bir işlem olmadığı gibi****, aynı davacı hakkında aralarında maddi ve hukuki yönden bağlılık bulunan* ***tek işlem tesis edildiğinin anlaşılması karşısında****, davacı tarafından, beyannamelerden kaynaklanan ve aynı maddi olay nedeniyle tesis edildiği anlaşılan işleme karşı,* ***işlemde yer alan vergi, fon ve para cezalarının ayrılması suretiyle birden fazla davaya konu edilmesi, ortada ayrı ayrı incelemesini gerektiren maddi ya da hukuki bir nedenin bulunmadığı da gözetildiğinde****, davaların etkin ve hızlı şekilde çözümlenmesine ilişkin kurala, diğer bir deyişle, usul ekonomisine uygun değildir. Bu bakımdan Mahkemece, davacı adına tesis edilen aynı işlemde yer alan unsurlara ilişkin kendi esasına kayıtlı dosyaların birleştirilmesi suretiyle yargılama yapılması yargılama sonucunda birleştirilen, ancak seri dava niteliğinde olmayan işbu davada, haklı çıkan davacı lehine tek vekalet ücretine hükmedilmesinde hukuka aykırılık görülmemiştir*." ifadeleri yer almaktadır. (Karara UYAP üzerinden 26/12/2020 tarihinde ulaşılmıştır.)

irdelemenin yapılması gereği, ortada bir tane işlem değil itiraz başvurusuna konu idari karar (*tahakkuk kararı, ceza kararı****) kadar itirazın reddi yönünde işlem olduğunun kabul edilmesi gerektiği*** düşüncesindeyiz.

Bu nedenle ek tahakkuk, para cezası veya geri verme talebiyle yapılan başvurunun reddi gibi idari kararlara karşı bölge müdürlüğüne yapılan itiraz, tek bir kararla reddedilmiş olsa bile, itiraza konu idari karar sayısı kadar itirazın reddi işleminin bulunduğu ve her bir işlem için ayrı ayrı dava açılabileceği düşüncesindeyiz.

Gümrük uyuşmazlıkları yönünden, itiraz öncesinde ayrı ayrı işlemlerin bulunması nedeniyle durum biraz daha açık ve anlaşılabilir olmakla beraber, tek ödeme emri yönünden durum biraz daha karışık ve tartışmalıdır.

Ödeme emrinin birden fazla olması durumunda her bir ödeme emri, ayrı birer idari işlem olduğundan her bir ödeme emri hakkında ayrı ayrı dava açılabileceği gibi, *maddi veya hukuki yönden bağlılık* ya da *sebep-sonuç ilişkisi* bulunan ödeme emirlerine karşı (*örneğin asıl borçlu şirketin ödenmeyen kamu borçlarının şirket kanuni temsilcisinden tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emirleri aynı hukuki sebepten kaynaklanması nedeniyle)* 2577 sayılı Kanun'un 5'inci maddesi kapsamında tek dava dilekçesine de konu yapılabilir.

Ödeme emri, tahakkuk etmiş ve vadesinde ödenmeyen (teminata bağlanmamış) kamu alacağının/alacaklarının tahsili amacıyla düzenlenen bir işlem olup, kanun maddesinde " *borcun asıl ve ferilerinin mahiyet ve miktarları*" ifadesi yer almakla beraber ***uygulamada birbirinden farklı hatta farklı yargı kollarının ve aynı yargı kolunda farklı mahkemelerin görev alanına giren alacakların*** aynı ödeme emrine konu edildiği görülebilmektedir.

İçeriği itibariyle ***görev yönünden farklı mahkemelerin görevine giren kamu alacaklarının*** *aynı ödeme emrine konu edilmesi durumunda*, ortada tek bir ödeme emri bulunsa da farkı mahkemelerin görev alanına giren uyuşmazlıklar barındırdığından, idari mahkemelerce ayrı ayrı dava açılmak üzere dilekçe ret kararı verilmekte ve bu doğrultuda dava dilekçeleri yenilendiğinde, mahkemenin görev alanına giren kısmı tekemmül ettirilmekte, diğer dava dilekçesine ilişkin olarak ise idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlık ise davanın görev yönünden reddine ve dosyanın mahkemesine gönderilmesin, adli yargının görev alanına giren bir uyuşmazlık ise adli yargıda dava açılmak üzere davanın görev yönünden reddine karar verilmektedir.

Ödeme emrinin içeriği unsurlar itibariyle birbiriyle hukuki ilgisi bulunmayan ve farklı hukuki dayanakları ve tahakkuk süreçleri bulunan kamu alacakları açısından *ayrı bir hukuki irdeleme, araştırma gerektirmesi hallerinde ayrı ayrı davaya konu edilebileceğinin kabul edilmesinin* hakkaniyete uygun düşeceği, ***ancak ayrı bir hukuki irdeleme ve araştırma gerektirmeyen hallerde*** ayrı ayrı davaya konu edilmesi durumunda, ***2577 sayılı Kanun'un 5'inci maddesinde sadece ayrı idari işlemler yönünden ayrı davaya konu edilebileceği ilkesine aykırılık nedeniyle***, tek dava dilekçesiyle açılmak üzere dava dilekçelerinin reddine karar verilmesinin uygun olacağı düşüncesindeyiz[79].

Ödeme emrinde kamu alacağının ait olduğu kodun sayısı[80] yazılmakta örneğin gelir vergisinin kod numarası: 3 gibi, ancak bu alacağın ne şekilde doğduğu ne şekilde tahakkuk ettiği bilgileri yer almadığı

[79] **İstanbul BİM.6.VDD. 27.10.2020 tarih ve E. 2020/1564, K. 2020/1796 sayılı kararı** ile onanan **vergi mahkemesi kararında;** "*Ayrıca davacı vekili tarafından,* ***dava konusu ödeme emrinin 1,4,5,6,7,8,11,12,16,17 sıralarında yer alan özel usulsüzlük cezalı amme alacaklarına karşı ayrı ayrı davalar açılmasının ortada tek bir işlem bulunduğu gerçeğini değiştirmeyeceği sonucuna ulaşılmış olup****, dolayısıyla davanın* ***tek bir dilekçeyle açılması gerekirken ayrı ayrı açılan davaların tek bir dava dosyası haline getirilmesi durumunda dava konusu işlemin tekliği karşısında bir dosya için vekalet ücreti takdir edilmesi gerektiği*** *sonucuna ulaşılmıştır.*" ifadeleri yer almaktadır.(Karara UYAP üzerinden 26/12/2020 tarihinde ulaşılmıştır.)

[80] Vergi kodlarına https://www.gib.gov.tr/yardim-ve-kaynaklar/yararli-bilgiler/vergi-turu-kodlari adresinden ulaşılabilir. (erişim tarihi 06/01/2021).

gibi hukuki dayanakları farklı, hatta farklı mahkemelerin görev alanına giren kamu alacaklarının aynı ödeme emrine yazılı olması, idari işlemlerin alınması sürecini ve işlemde bulunması gereken unsurların yeknesaklığını sağlayacak bir idari usul yasası ihtiyacını bir kez daha gündeme getirmektedir.

Türk kamu yönetiminde idare ilgililerle ancak idari karar alındıktan ve bundan dolayı bir yargısal uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra yüz yüze gelebilmektedir. Oysa idare ile ilgili bireyin ya da bireylerin iş birliği ile idari sorunların çözümü ve idari kararların böyle bir yöntemle alınmasının sağlanması halinde yönetim alanında hukuki uyuşmazlıklar en aza indirilebilecek, bu sisteme göre denetimin daha yavaş, uzun ve pahalı olduğu yargı denetimine daha az ihtiyaç duyulacaktır[81].

Ödeme emri uyuşmazlıklarında birbiriyle ilgisi bulunmayan pek çok kamu alacağına yer verilmesi gibi durumlarda sayısal olarak bir dava gibi gözükse de içerik olarak pek çok hukuki ihtilafı barındıran ve ayrı ayrı hukuki irdelemeyi gerektiren işlem yönünden tek dava açılması sağlıklı bir yargılamayı da olumsuz etkileyen bir unsur olarak karşımıza çıkıyor.

Netice itibariyle, şekil olarak tek bir işlem gibi görünse de, içeriği unsurlar itibariyle ayrı bir irdeleme ve araştırma gerektiren durumlarda, şekli olarak tek bir işlem gibi görünen işlemlerin, ayrı birer işlem olarak kabulü ve İYUK md. 5 kapsamında ayrı ayrı davaya konu edilebileceklerinin kabulü gerektiği düşüncesindeyiz.

SONUÇ

Aynı maddi/hukuki sebepten kaynaklanan veya biri hakkında verilecek kararın diğerini etkileyecek nitelikteki işlemlerin farklı mahkemelerce karara bağlanması, kanun koyucu tarafından birbiriyle çelişkili karar çıkabilme ihtimaline binaen ve usul ekonomisi yönünden çabuk ve daha az giderle yargılama yapılması ilkeleri gereğince, 2577 sayılı Kanun'un 38'inci vd. maddelerinde "*bağlantılı davalar*" başlığı altında özel olarak düzenlenmiştir.

2577 sayılı Kanun'un 5'inci maddesinde; her idari işlem için ayrı ayrı dava açılacağı prensip edinilmiş, ancak, aralarında *maddi veya hukuki yönden bağlılık* ya da *sebep-sonuç ilişkisi bulunan* birden fazla işlemin bir dava dilekçesine konu edinebileceği kabul edilmiştir.

Maddi veya hukuki yönden bağlılık ya da *sebep-sonuç ilişkisi bulunan* birden fazla işlemin tek dava dilekçesine konu edilebilmesi için, tek dava dilekçesine konu edilecek işlemlerin *her birinin aynı kanun yoluna tabi olması gerektiği,* farklı kanun yoluna tabi işlemlerin tek dava dilekçesine konu edilemeyeceği yönünde görüşler ve bazı yargı kararları bulunmakla beraber, *tek hâkim ile karara bağlanacak davalar ile heyet halinde karara bağlanacak davaların tek dava dilekçesine konu edilemeyeceği,* aynı şekilde *dava açıldığında kanun yolları farklı işlemlerin tek dava dilekçesine konu edilemeyeceği* yönünde düzenleme bulunmadığından bu yöndeki görüşlere katılmıyoruz.

2577 sayılı Kanun'un 5'inci maddesinin mevcut haliyle; aralarında maddi veya hukuki yönden bağlılık yâda sebep-sonuç ilişkisi bulunan idari işlemlere karşı, ayrı ayrı dilekçelerle ve tek dava dilekçesiyle dava konusu edilmesi durumlarında; ayrı ayrı açılan davanın tek hâkimin görüşü doğrultusunda kabul yönünde, tek dilekçeyle açılan davanın heyet halinde ve tek hâkim olarak karar veren hâkimin azlık oyuyla aksi yönde oy çokluğu ile sonuçlanması örneğinde olduğu gibi davacının inisiyatifine göre (tek veya ayrı ayrı dava açma) *davanın sonucunun değişebilme ihtimalinin olması ve bu durumun davacının tercihine bağlı olarak ortaya çıkıyor olması,* diğer taraftan davanın ayrı ayrı açılması ve tek dava dilekçe ile açıldığı durumlarda *kanun yollarının da değişmesine yol açabilmekte (*ayrı ayrı açıldığında istinaf yolu/temyiz yolu kapalıyken, tek dava dilekçesiyle açıldığında uyuşmazlığın istinaf yolu/temyiz yolu açık hale gelmesi gibi) olup, usul ekonomisi gözetilerek getirilen bu düzenlemelerin ciddi hukuki

[81] Sevgi **Karadayı Yalçın,** Türkiye'de İdari Yargı Reformu, Uzmanlık Tezi, Devlet Planlama Teşkilatı, 2006, s. 104, https://sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2018/11/SevgiYalcin.pdf, (erişim tarihi 01.01.2021).

sakıncaları bulunduğundan Anayasaya aykırı olduğunu söylemenin kolay olmadığını bilmekle beraber, bu tartışmanın Anayasa Mahkemesine taşınmasında fayda olduğu görüşündeyiz.

Kamu düzenine ilişkin konuların davacının tercihine bırakılmaması ve 2577 sayılı Kanun'un 5'inci maddesi kapsamındaki bu tür davaların ayrı ayrı dava konusu yapıldığında bir kısmının istinaf yolu kapalı olması nedeniyle kesinleşmesi, bir kısmının istinaf aşamasında bir kısmının temyiz aşamasında kesinleşmesi gibi durumlarda ***kesinleşmiş birbiriyle çelişkili kararların ortaya çıkması***[82] gibi bir ihtimal her zaman bulunmakta olup, bu ihtimalin önüne geçilmesini sağlamak amacıyla *mahkemelere ayrı ayrı açılan bu davaları tek bir davada birleştirme yetkisinin tanınması* veya söz konusu işlemlerden birinin temyiz yoluna tabi ise tüm davaların temyiz yoluna tabi olması (*istinaf süreci tamamlandıktan sonra*); her biri yönünden temyiz yolu kapalı ise şayet ve işlemlerden birinin istinafa tabi olması halinde *istinaf yolu kapalı olanların da istinafa tabi olacağı yönünde* yasal düzenleme yapılarak, aynı sebepten kaynaklanan uyuşmazlıkların farklı şekilde sonuçlanmasının önüne geçilmesi sağlanabilir.

2577 sayılı Kanun'un bağlantıyı düzenleyen 38 vd. maddeleri ile tek dava dilekçesi ile dava açmayı düzenleyen 5'inci maddenin (ilk haliyle dâhil) aynı zamanda kabul edilip yürürlüğe giren iki madde olduğu hususu da göz önüne alındığında, kanun koyucunun *aralarında maddi veya hukuki yönden bağlılık ya da sebep-sonuç ilişkisi bulunan* birden fazla işleme karşı ayrı ayrı açılacak davalara ilişkin olarak *davaların farklı mahkemelerce karara bağlanmasını sakıncalı bulduğundan bağlantı müessesesi ile bu tür davalara tek bir mahkemenin karara bağlanması* hususunda iradesini açıkça ortaya koymuşken, bu tür davaların ayrı ayrı açılabileceği gibi tek dava dilekçesiyle dava konusu yapılabileceğini öngören 5'inci maddede *bu koşulların bulunması durumunda mahkemece de davaların tek davada birleştirilebileceği yönünde bir düzenlemeyi eklemeyi tercih edebilirken,* ayrı ayrı açma veya tek dava dilekçesiyle dava konusu etme konusunda inisiyatifi davacıya bıraktığı ve **Candan**'ın ***2577 sayılı Kanun'da mahkemelere birleştirme kararı verme konusunda idari mahkemelere birleştirme kararı verme yetkisi verilmediği*** ve bu konuda 2577 sayılı Kanun'da boşluk bulunmadığı görüşüne biz de katılıyoruz.

Diğer taraftan yakın zamana kadar HSK Teftiş Kuruluna bağlı müfettişler tarafından, mahkemelerin denetimi sonrası düzenledikleri tavsiyeler listesinde, idari yargıda birleştirme kararı uygulamasının hukuken tartışmalı bir konu olması nedeniyle yakın zamana kadar değerlendirme yapmayıp konuyu yargı uygulamasına (istinaf/temyiz) bırakmışken, HSK internet sitesinde yakın zamanda yayınlanan İdari Yargı Tavsiyeler Listesinde, *davacıların ayrı ayrı dava açmak suretiyle iradelerini bu yönde kullanmaları durumunda davacıların bu açık iradesine rağmen* ***mahkemelerce re'sen davaların birleştirilmesine olanak tanıyan bir hükme yer verilmediği*** açıkça ifade edilmiş ve madde uygulamasında inisiyatifin davacıya ait olduğu, ayrı ayrı açılan hallerde mahkemelerce davaları birleştirme yetkisinin verilmediği belirtilmiştir.

[82] Ayrı ayrı açılan davaların bir kısmının istinafa gelmeden kesinleşmesi, bir kısmının temyize gelmeksizin kesinleşmesi ve bu tür davalara ilişkin birbiriyle çelişen şekilde yargı süreçlerinin sonuçlanması nedeniyle adalet duygusunun zarar görmesi ve mağduriyetler yaşanması mümkündür.

Örneğin; aynı yılın 12 dönemine ilişkin katma değer vergisi tarhiyatlarına karşı açılan 12 ayrı davada mahkemece her davada kabul kararı verildiğini varsayalım, 1 ila 3 dönemlerine ilişkin kdv tarhiyatlarının istinaf sınırının altında kalması nedeniyle kabul şeklinde kesinleştiği, 4 ila 12 dönemine ilişkin kabul kararlarının istinaf edilmesi sonucunda istinaf dairesince kabul kararının kaldırılarak davanın reddine karar verildiğini, 4 ila 8 dönemlerine ilişkin kısımlarının temyiz sınırının altında kalması nedeniyle kesinleştiği ve diğer kısımlarının temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteminin kabul edilerek Danıştay Dairesince 9 ila 12 dönemlerine ilişkin ret kararının bozulduğunu ve İstinaf dairesince bozmaya uyularak davanın kabulüne karar verilmesi örneğinde, aynı türden uyuşmazlığın zıt şekilde sonuçlanması gibi bir durumun ortaya çıkması her zaman mümkün olup, bu durumun mevcut yasal düzenlemelere göre düzeltilebilmesinin tek yolu, Anayasa Mahkemesine bireysel hak ihlali nedeniyle yapılacak bireysel başvuru sonrası hak ihlali kararının alınması durumunda yargılamanın yenilenmesi yolu olup, sürecin zorluğu ve zaman alacağı açıkça ortadadır.

Ancak, ***yargı uygulamasında*** mahkemelerin *maddi veya hukuki yönden bağlılık* ya da *sebep-sonuç ilişkisi bulunan* birden fazla işlemin ayrı ayrı dava dilekçesine konu edilebilmesi durumunda ***mahkemelerin birleştirme kararı verip veremeyeceği hususunda*** *uygulamada yaşanan bu tartışmaya yapılacak* ***yasal düzenleme ile son verilmesinde*** fayda bulunduğu kanaatindeyiz.

Avukatlık Ücret Tarifesi, tüm mahkemeler için bağlayıcı bir düzenleme olup, tarifenin kaleme alınırken adli ve idari yargının kendine özgür mevzuatı ve literatürü olduğu dikkate alınması gerekirken, bazı maddelerinin (8'inci ve 2'nci maddeleri gibi) sadece adli yargı için düzenlendiği intibaı oluşturulacak şekilde ifadelere yer verildiğinden, ***tarifenin kimi kısımlarının idari yargıda uygulanıp uygulanmayacağı hususunda tereddüt ve hukuki tartışmalara*** yol açmaktadır.

Tarifenin 1'inci maddesinde tarifenin ayrım yapılmaksızın tüm mahkemeler için geçerli olduğu ve mahkemeler için özellik durum araz eden hususların ayrı ayrı maddelerde düzenlendiği (11, 12,14 ve 15'nci maddeler) ve tarifenin geriye kalan maddelerinin (8 ve 22'nci maddelerinin de içinde olduğu) tüm yargı sistemindeki mahkemeler için geçerli olduğu düşüncesiyle, tarifenin gerek "*birleştirilen davalarda her dava için ayrı ücrete hükmolunacağını* öngören 8'inci maddesinin gerek *seri davalarda vekâlet ücretini* düzenleyen 2'inci maddesinin idari yargı için de geçerli olduğu görüşündeyiz.

2577 sayılı Kanun'un 5'inci maddesinde her idari işlem için ayrı ayrı dava açılacağı kuralı ve 6100 sayılı HMK ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu hükümlerinde yer alan hukuki emeğin karşılığı ve haklı çıkan taraf lehine bir yargılama gideri olarak vekâlet ücretine hükmedilmesi düzenlemeleri ve son olarak Tarifenin 8'inci maddesi bir arada değerlendirildiğinde, *birleştirilen davalarda tek vekâlet ücreti değil****, birleştirilen dava sayısınca vekâlet ücretine hükmedilmesinin****, yasal mevzuata daha uygun düşeceği* kanaatindeyiz.

İdari yargılama açısından 2577 sayılı Kanun kapsamında birleştirme kararı verilmesinin açık bir dayanağının bulunmadığını dile getirirken, birleştirilen dava dosyalarında birleştirilen her bir dava sayısınca vekâlet ücretine ödenmesi gerektiğini söylemek kendi içinde çelişki gibi gözükmekle beraber, nihai karar aşamasında davanın açıldığı tarihten itibaren uzunca bir süre geçmiş olması, hatta istinaf veya temyiz aşamasına gelmiş bir dosya için geride kalmış uzun bir yargılama süresinin varlığı da dikkate alınarak, yukarıda yer verilen pek çok emsal kararda da belirtildiği üzere, birleştirme kararı verilmesinin usul kurallarına uygun düşmediği belirtilmek suretiyle, başta ayrı ayrı açılan ve yargılama sonunda ayrı vekâlet ücretine hükmedilmesi gereken bir durum olması gerektiği de göz önüne alınarak, en azından bu duruma paralel sonuç yaratma çabası içinde, AAÜT'de yer alan birleştirilen dava sayısı kadar vekâlet ücretine hükmedilmesi uygulamasının, tek vekâlet ücretine hükmedilmesi uygulamasına göre daha çok hakkaniyete uygun düştüğünü söyleyebiliriz.

Danıştay Sekizinci Dairesinin 2008 yılında verdiği bir kararda[83] AAÜT'nin bütününe bakıldığında nisbi vekalet ücreti yönünden üst sınır bulunmazken, vergi davaları yönünden üst sınır bulunmasının

[83] **Dan. 8.D. 23/1/2008 tarih ve E.2007/1110, K.2008/332 sayılı kararında; "***Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin ikinci kısmının ikinci bölümünde yer alan dava konusu düzenleme ile vergi mahkemelerinde görülecek uyuşmazlıklar için ödenecek avukatlık ücreti belirlenmiş ancak, Tarifenin başka bir kısmında yer almayan bir şekilde azami bir sınır getirilmiştir. Ayrıca yukarıda ifade edildiği gibi Tarifenin ikinci Kısmının, İkinci Bölümünde konusu para olmayan veya para ile değerlendirilemeyen uyuşmazlıklar için vergi mahkemelerinde ödenecek avukatlık ücreti ayrıca sabit olarak belirlenmiş ve 12. maddede yapılan düzenleme ile konusu para olan veya para ile değerlendirilebilen uyuşmazlıklar için vergi mahkemelerinde ödenecek ücretin üçüncü kısımdaki nisbi oranlar üzerinden hesaplanacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla dava konusu düzenleme gözönüne alındığında vergi mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda alınacak avukatlık ücretleri için Tarifenin bütünlüğü içindeki tutarlılığı bozacak şekilde düzenlemeler yapıldığı anlaşılmaktadır.*

Diğer taraftan dava konusu düzenleme, konusu para olsa ve parayla değerlendirilse bile maktu ücrete bağlı hukuki yardımlar başlığı altında düzenlendiği halde anılan hüküm ile konusu para olan ve parayla değerlendirilebilen uyuşmazlıklarda olduğu gibi nisbi oranlar üzerinden yapılacak hesaplama için üst sınır getirilmiştir.

tarifenin bütününe aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar verilmiş, Daire kararının temyiz edilmesi üzerine ***Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nca***[84]***;*** *Vergi uyuşmazlıklarına ilişkin davaların büyük bir kısmında, uyuşmazlık konusu meblağın yüksek olması nedeniyle, bu tür davalardaki hukuki yardımlar için ödenecek avukatlık ücretinin tarifenin üçüncü kısmına göre, nispi olarak hesaplanması halinde, dava aleyhine sonuçlanan tarafın yüksek miktarda avukatlık ücreti ödeyeceği, bu durumun da haksız vergi salındığını düşünen kişilerin hak arama yoluna başvurusunu engelleyeceği, Nitekim vergi davalarının bu niteliği dikkate alınarak, vergi uyuşmazlıklarının konusu para olmasına karşın, vergi mahkemelerinde görülmekte olan dava ve işlerde yapılacak hukuki yardımlarda ödenecek avukatlık ücretinin dava konusu düzenleme ile maktu olarak belirlenmesinin* hukuka uygun olduğu gerekçesiyle Daire kararının bozulmasına karar verilmiştir.

Akabinde, 1136 sayılı Kanun'un 168'inci maddesinin ikinci fıkrasına eklenen cümle[85] ile vergi davalarında maktu vekâlet ücretine hükmedileceği yasal düzenlemeye bağlanmıştır.

Bu düzenlemenin doğru olup olmadığı ayrı bir tartışma konusu olmakla beraber, maktu vekâlet ücretine hükmedilen vergi yargısında, ayrı ayrı açılmış davaların İYUK'ta açık bir düzenleme olmaksızın davaların tek bir dava dosyasında birleştirilmesi ve sonrasında tek vekâlet ücretine hükmedilmeyip, birleştirilen dava sayısınca vekâlet ücretine hükmedilmesinin, vergi davalarını takip eden avukatlar yönünden mağduriyet yaşanmasını engelleyeceği düşüncesindeyiz.

Seri dava kavramı ve bu tür davalarda vekâlet ücretinin ne şekilde olacağı konusunda yasal bir düzenleme bulunmamakla beraber, Avukatlık Ücret Tarifesinin 22'nci maddesinde öngörülen azalan oranlı tarifenin (*10 seri dava sayına kadar tam ücret; 50 seri davaya kadar tam vekâlet ücretinin yüzde 50'si; 100 seri davaya kadar tam vekalet ücretinin % 40'ı, 100'ün üzerinde seri davalar için tam vekalet*

Bu durumda, Tarifenin kendi bütünlüğü içindeki tutarlılığı bozacak şekilde vergi uyuşmazlıklarında nisbi olarak hesaplanacak avukatlık ücretine dava konusu miktar baz alınarak üst sınır getirilmesine ilişkin düzenlemede hukuka uyarlık görülmemiştir." ifadelerine yer verilmiştir. Cemal Bayseferoğulları Başvurusuna ilişkin Anayasa Mahkemesi Kararı (Başvuru Numarası: 2013/2264), https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/2264?BasvuruNoYil=2013&BasvuruNoSayi=2264, (erişim tarihi 21.01.2021).

[84] ***Dan.İDDK. 23/1/2008 tarih ve E.2008/776, K.2009/1605 sayılı kararında; "****Vergi uyuşmazlıklarına ilişkin davaların büyük bir kısmında, uyuşmazlık konusu meblağın yüksek olması nedeniyle, bu tür davalardaki hukuki yardımlar için ödenecek avukatlık ücretinin tarifenin üçüncü kısmına göre, nispi olarak hesaplanması halinde, dava aleyhine sonuçlanan tarafın yüksek miktarda avukatlık ücreti ödeyeceği, bu durumun da haksız vergi salındığını düşünen kişilerin hak arama yoluna başvurusunu engelleyeceği tartışmasızdır.*

Nitekim vergi davalarının bu niteliği dikkate alınarak, vergi uyuşmazlıklarının konusu para olmasına karşın, vergi mahkemelerinde görülmekte olan dava ve işlerde yapılacak hukuki yardımlarda ödenecek avukatlık ücreti, dava konusu düzenleme ile maktu olarak belirlenmiştir.

İdarenin düzenleyici işlemlerindeki bir kuralın, hukuka aykırılığı ortaya konulmadıkça, aynı düzenlemede yer alan diğer bir kurala aykırılığından bahisle iptali söz konusu olamaz.

Bu durumda, vergi davalarının niteliği göz önüne alındığında, dava konusu istisnai düzenlemede hukuka aykırılık bulunmadığından, bu düzenlemenin Tarifenin bütünlüğünü bozduğundan da söz edilemeyeceği açıktır.

Yukarıda yer verilen yasal düzenleme uyarınca, ülke çapında kurulu bulunan tüm baro yönetim kurullarının hazırlayarak Türkiye Barolar Birliğine sundukları tarifeler dikkate alınarak anılan Birlikçe son şekli verilen ve Adalet Bakanlığının da incelemesinden geçerek yayımlanan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin İkinci Kısım, Birinci Bölüm 4 no'lu alt bendinde; ülkenin ekonomik ve sosyal durumu, avukatların davanın görümü sırasında harcadığı çaba, gayret ve emeğin karşılığı ile kişilerin hak arama özgürlüğünün önünün açılması hususu dikkate alındığında hukuka aykırılık bulunmadığından, Dairenin iptal kararında hukuka uyarlık görülmemiştir." ifadelerine yer verilmiştir. (kaynak 83 nolu dipnot ile aynı).

[85] **1136 sayılı Kanun'un 168'inci maddesinin ikinci fıkrasına eklenen cümlede**; "(Ek cümle: 16/6/2009-5904/35 md.) Şu kadar ki hazırlanan tarifede; genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davalar ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun uygulanmasından doğan her türlü davalar için avukatlık ücreti tutarı maktu olarak belirlenir." ifadeleri yer almaktadır.

ücretinin %25'i) ***vekalet ücretinin, hukuki emeğin karşılığı olduğu hususu göz önüne alındığında hakkaniyete uygun olduğunu*** söyleyebiliriz.

Ancak, diğer taraftan 6100 sayılı Kanun'da vekâlet ücretinin yargılama gideri olduğu, 1136 sayılı Kanun'da avukatın emeğine göre üç katına kadar vekâlet ücretine hükmedilebileceği düzenlenmiş olmasına karşın, *hiçbir yasal düzenlemede seri dava ifadesine yer verilmediği* ve *doğal olarak tanımının yapılmadığı bir ortamda*, idari düzenleme niteliğinde olan ***TBB Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi ile tam vekalet ücreti yerine, vekalet ücretinin azalan oranlı bir tarifeye göre yüzde 50 ila yüzde 25 şeklinde tam vekalet ücretinden uzaklaşılması şeklinde bir düzenleme yapılabilir mi?*** hukuka uygun mudur? 1136 sayılı Kanun'un verdiği yetki kapsamında değerlendirilebilir mi? ayrı bir çalışmanın konusu olacak bu sorulara işaret çekmek suretiyle açıklamalarımızı burada sonlandırmak istiyoruz.

AAÜT'nin seri davalara ilişkin ücret tarifesinin idari yargı için de geçerli olup olmadığı tartışması bulunmakla beraber, çalışmada yer verdiğimiz kararlardan da görüleceği üzere, seri davalara ilişkin ücret tarifesinin idari yargı için de geçerli olduğu yönünde görüşün uygulamada çoğunlukta olduğunu söyleyebiliriz.

Seri davalara ilişkin tarifede irdelenmesi ve belki yeniden gözden geçirilmesi gereken bir hususa değinmekte fayda bulunmaktadır. Tarifenin 22'nci maddesinde "*10 seri dava sayına kadar tam ücret"* ifadesine yer verildikten sonra *50 seri davaya kadar açılan davalarda her bir dosya için tam vekâlet ücretinin yüzde 50'si; 100 seri davaya kadar açılan davalarda her bir dosya için tam vekâlet ücretinin % 40'ı, 100'ün üzerinde seri davalar için, her bir dosya için tam vekâlet ücretinin %25'i* şeklinde azalan oranda vekâlet ücreti öngörülmüştür.

Oysa tarifede belirtilen dilimlerin aşılması halinde, 10, 50 ve 100 dosyaya kadar öngörülen dosya sayılarının aşılması durumunda, *tarife dilimini aşan kısımın bir üst tarifeye tabi tutulup*, *altında kalan kısım için alt tarife dilimi uygulanması gerekirken*, toplam davası sayı üzerinden oranlanması hakkaniyet açısından değerlendirilmesi gereken bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır[86].

Örneğin; 10 seri dava dosyası için 10x2.270-TL=***22.750-TL*** vekâlet ücretine hükmedilirken, 11 seri dava için tam vekâlet ücretinin yüzde 50'si oranında yani ***11.375-TL*** vekâlet ücretine hükmedilecek olması ölçüsüz bir düzenleme olup, hakkaniyete uygun gözükmemektedir.

Bir başka örnekte *mevcut tarifeye göre 101 adet seri dava dosyası için* (tam vekalet ücretinin 229.270-TL'nin %25'i) ***57.317-50-TL*** *vekalet ücretine hükmedilecek olup*, oysa tarife dilimleri ayrı ayrı uygulandığında (toplam 101 seri dava dosyasının *10 seri dava için 22.700-TL*, (ilk elli dosyanın 40'ı için) *40 seri dava dosyası için 45.500-TL*, (50 dosyayı aşan 100 dosyanın altında kalan) *50 seri dava dosyası için 45.400-TL* ve 1 seri dosya (100 dosyayı aşan) için 567,50-TL) toplam ***114.167,50-TL*** vekalet ücretine hükmedilmesi gerekecektir.

---

[86] **Nitekim İzmir BİM 2.VDD. 30.09.2020 tarih ve E.2020/848, K.2020/727 sayılı kararı kararın karşı oy gerekçesinde; "***Söz konusu dosyaların seri dosya olduğu, ancak Tarifenin 22. maddesinin uygulamasında; 1-10 dosya için tam, 11-50 nci dosyalar için %50, 51-100. dosyalar için %40... şeklinde hesaplanması gerekirken, tüm dosyalara %50 vekalet ücreti verilmesi yerinde değildir. Nitekim, Tarifenin Üçüncü Kısmında yer alan nispi vekalet ücretinde de aynı şekilde kademeli hesaplama yöntemi benimsenmiş ve ilk 40.000,00 TL için %15, sonra gelen 50.000,00 TL için %13 vd. şeklinde kural konulmuştur. Gelir Vergisi Kanunu'nun 103. maddesinde ve Veraset İntikal Vergisi Kanunu'nun 16. maddesinde de aynı şekilde kademeli sistem uygulanmaktadır.

Bu yöntemle hesaplama yapıldığında, 10 tane seri davada takdir edilecek vekalet ücretleri toplamı 18.900,00 TL iken, dosya sayısının 11'e çıkması halinde toplam 10.395,00 TL, 12 olması halinde ise 11.349,00 TL'ya düşecektir ki, bu durum Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesine göre "Avukatlık ücretinin, avukatın hukuki yardımının karşılığı olan meblağı veya değeri ifade eder." hükmüne aykırılık teşkil edecektir.

Dolayısıyla, dava konusu dosyalarda ilk 10 dosya için tam, sonraki dosyalar için (50 taneye kadar) %50 nispetinde vekalet ücreti verilmesi gerektiği görüşüyle, davalı istinaf başvurusunun, vekalet ücretine ilişkin kısmının ilk 10 dosya yönünden reddi, 10 dosyadan fazlası için kısmen kabulü gerektiği görüşüyle kararın bu kısmına katılmıyorum" ifadeleri yer almaktadır. (Karara UYAP üzerinden 03.01./2021 tarihinde ulaşılmıştır.)

Seri davaların ayrı ayrı açılan davalar olduğu göz önüne alındığında, yukarıda bahsi geçen hesaplamanın fiilen zorluğu ve hangi dava dosyasının hangi dilimin altında kaldığı veya üstünde olduğunun tespitinin zorluğu, Ankara, İstanbul ve İzmir gibi büyük şehirlerde çok sayıda vergi ve idare mahkemesi bulunmakta olup seri dava sayısının tespitinde ve vekâlet ücretinin tarife dilimine göre uygulanmasını adeta imkânsızlaştırdığı açıktır.

Diğer taraftan vekalet ücretinin davada haklı çıkmanın bir karşılığı olduğu, avukatın her bir dava dosyasını ayrı ayrı takip ettiği ve bu nedenle haklı çıkma karşılığında davanın seri dava olup olmadığına bakılmaksızın her bir davada tam vekalet ücretine hükmedilmesi gerektiği savı da ileri sürülebilir.

Bazı işlemlerin, şekli olarak tek idari işlem olarak görünmesine karşın, örneğin ödeme emrinde olduğu gibi, içeriği unsurlar itibariyle, birbiriyle hukuki ilgisi veya bağlantısı bulunmayan alacaklara, unsurlara sahip işlemler açısından; ***içeriğindeki unsur veya işlemlerin ayrı bir hukuki irdeleme, araştırma gerektirmesi hallerinde ayrı ayrı davaya konu edilebileceğinin kabul edilmesinin*** hakkaniyete uygun düşeceği, ***ancak ayrı bir hukuki irdeleme ve araştırma gerektirmeyen hallerde ortada tek bir işlemin bulunduğu ve 2577 sayılı Kanun'un 5'inci maddesinde birden fazla idari işlemlerin, ayrı ayrı davaya konu edilebileceği ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle***, tek dava dilekçesiyle dava açılmak üzere dava dilekçelerinin reddine karar verilebileceği düşüncesindeyiz.

Diğer taraftan idare tarafından, mükellef hakkında tarhiyat yapılırken katma değer vergisi, geçici vergiler ve aynı yılın 12 dönemine ilişkin kesilen özel usulsüzlük cezaları gibi işlemler yönünden, her bir dönem için ayrı ayrı tarhiyat yapmak ve ayrı ayrı ceza keserek, ayrı ayrı ihbarname düzenlemek yerine, tek bir tarhiyat ve ceza kararı alınması ve *düzenlenecek tek ihbarname ile mükelleflere tebliğ edilmesi suretiyle,* uygulamada yaşanan bu tür sorunlara baştan mahal verilmemesi gibi bir çözüm de akla uygun gözüküyor.

Ödeme emri konusunda ise, idarenin, *birbirinden ayrı tahakkuk süreçlerine tabi olan* ve *her birinin usulüne uygun tahakkuk edip etmediği ayrı ayrı değerlendirilmesi gereken alacakların hepsinin tek bir ödeme emrinde toplanmasına son verilerek*, en azından ***aynı vergi türüne ve takvim yılına ait kamu alacaklarının aynı ödeme emrine konu edilmesi*, farklı vergi türüne ve farklı takvim yılına ait kamu alacaklarının da her birinin ayrı ayrı aynı ödeme emrine konu edilmesinde** fayda bulunmakta olup**,** böylece, uygulamada yaşanması muhtemel pek çok sorunun doğmadan ortadan kalmasına da yardımcı olacaktır.

Diğer taraftan ödeme emri yönünden birbiri ile maddi veya hukuki ilgisi bulunmayan pek çok alacağın aynı ödeme emrinde toplanması savunma hakkını zorladığı ve zedelediği gibi sağlıklı yargılama yapılmasına da mani olduğundan bu tür işlemlere ilişkin uyuşmazlıkların esasına girilmeden, ***işlemin mevcut haliyle sağlıklı yargılama yapmaya imkân vermemesi ve savunma hakkını ihlal ettiği gerekçeleriyle*** iptaline karar verilmesi de seçenek olarak gözükmektedir.

Yapılan açıklamalar idari usul yasası eksikliğini bir kez daha ortaya koymaktadır. İdari işlemlerin bir standarda sahip olması ancak aynı prosedüre ve kurallara tabi olarak tesis edilmesi durumunda mümkündür.

Bazı işlem/işlemler kendi içinde o kadar fazla hukuki irdeleme ve araştırma gerektiriyor ki, yargılama sonunda bazen onlarca sayfayı bulan kararlar ortaya çıkabiliyor. Bazen bir dava dosyası, tartışılması gereken içeriğindeki unsurlar yönünden onlarca davaya denk gelebiliyor ve bu davaların uzamasına hatta bazen yargılamanın sağlıklı yapılmasını engelleyebiliyor. Yapılacak kanun değişikliği ile idari mahkemeye/hâkimlere bu tür kendi içinde ***ayrı ayrı irdelemeyi ve araştırmayı gerektiren dava dosyalarının*** **uyuşmazlıklar bazında** ***ayrılmasına karar verme yetkisinin*** de tanınması gerektiği düşüncesindeyiz.

Ayırma kararı ile birden fazla ihtilaf taşıyan uyuşmazlıklarda, hukuken çözümü kolay ve karara bağlanacak unsurlar yönünden davanın ayrılıp karara bağlanması, yargılamayı hızlandıracak,

uyuşmazlığın karara bağlanabilecek durumda olan kısmını, hukuken tartışmalı ve daha uzun bir yargılama sürecine bağlı olarak kısmının beklenilmesini de ortadan kaldıracağından usul ekonomisi yönünden de uygun olacaktır.

Her idari işlemin ayrı ayrı dava konusu edilmesi ilkesi üzerine kurulu İYUK'ta, davaların ayrılarak karara bağlanması usulünün getirilmesinin, kanunun bütünü ile de uyumlu olacağı düşüncesindeyiz.

Son sözüm; uzun yıllar birleştirme kararı verme uygulamasını sürdürmüş, hatta iki hafta öncesinde makale içeriği ile aksi yönde azlık oyuna imza atmış bir hâkim olarak naçizane olarak, "*hatanın neresinden dönülürse kardır*" atasözünden hareketle, hiçbir zaman köşeli bir düşünce yapısına sahip olmadan, adaleti tecelli ettirme ve hakkaniyete ulaşma noktasında hiçbir meslektaşımın farklı düşünmediğini biliyorum.

Kanımca yakın zamana kadar hukuken tartışmalı olduğunu düşündüğüm, geldiğim nokta itibariyle 2577 sayılı Kanun hükümlerine aykırı bir uygulama olduğu sonuna ulaştığım birleştirme uygulamasından, en azından yasal bir düzenleme yapılıncaya kadar kaçınılmasının faydalı olacağını düşünüyorum.

Çalışmanın gerek uygulamaya dönük gerek akademik alanda faydalı olması temennisiyle.

KAYNAKÇA

BİLGİN Hüseyin, İdari Davalar ve Çözüm Yolları, Seçkin Yayıncılık, 2.Baskı, Ankara, 2020.

CANDAN Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Adalet Yayınevi, 4.Baskı, Ankara, 2011.

Candan Turgut, İdari Yargılama Usulüyle İlgili Sorulara Yanıtlar, 03.01.2021, https://turgutcandan.com/ (erişim tarihi 03.01.2021).

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, Yönetsel Yargı, 11. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 1997.

KARADAYI YALÇIN Sevgi**,** Türkiye'de İdari Yargı Reformu, Uzmanlık Tezi, Devlet Planlama Teşkilatı, 2006, s. 104, https://sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2018/11/SevgiYalcin.pdf, (erişim tarihi 01.01.2021).

ORAL Hasan, Vergi Mahkemelerinde "Vekalet Ücreti" Özelinde Yaşanan Bazı Tartışmalı Uygulamalar, Ankara Barosu Dergisi 2011/3, s.173, https://dergipark.org.tr/tr/pub/abd/issue/33792/374229 (erişim tarihi 27.12.2020).

ÖZBUDUN Ergün, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara, 1995.

YERCİ Cahit**,** Gümrük Hukuku ve Davaları, 2. Baskı, Seçkin yayınevi, Ankara: 2020.

YILDIRIM Turan / **FİŞ ÜSTÜN** Gül**,** Açıklamalı-Notlu İdari Yargılama Usulü Kanunu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

ULUSLARARASI
HUKUK
SEMPOZYUMU
International Symposium on Law

GÖREVE İLİŞKİN HÜKÜMLER BAKIMINDAN ANAYASA MAHKEMESİ'NİN BAŞVURAN MAHKEMENİN "YETKİSİZLİĞİ" SEBEBİYLE REDDETTİĞİ BAŞVURULAR

Av. Süleyman Enes Yiğit
Ankara Üni. Sosyal Bilimler Enstitüsü
ORCID NO: 0000-0002-9587-6667

Öz
Tarihsel süreçte idari yargının görev alanına giren bir konuyu adli yargıya aktaran yasal düzenlemelerin somut norm denetimiyle Anayasa Mahkemesi önüne taşınması söz konusu olmuştur. Anayasa Mahkemesi bazı başvuruları, ilk inceleme safhasında, başvuran mahkemenin hükmü uygulamak bakımından yetkisizliği sebebiyle reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi söz konusu kararlarında Anayasa'nın 152. maddesini gerekçe göstermiştir. Hükümde geçen "uygulanacak kanun" lafzını dar yorumlayan Anayasa Mahkemesi çeşitli mahkemelerden gelen başvuruları "hükmü uygulayan mahkemenin yetkisizliği" sebebiyle reddetmiştir. Bu durumda Anayasa'ya aykırı olduğu düşünülen yasal düzenlemelerin anayasallık denetimine tabi tutulması zorlaşmaktadır. Dolayısıyla somut norm denetimi müessesesinin varlık sebebi sorgulanır hale gelmektedir. Sözgelimi 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun (KTK) 110. maddesinin iptaline ilişkin idare mahkemelerinin başvurularını ilk incelemeden reddeden Anayasa Mahkemesi, hukuk mahkemelerinin yaptığı iptal başvurularında ise işin esasına girmiştir. KTK m.110 gibi yargı yoluna ilişkin hüküm içeren dolayısıyla temel hak ve hürriyetlerle yakından ilişkili olan bir düzenlemenin, bir hukuk devletinde, anayasallık denetimine tabi tutulamaması düşünülemez. Dolayısıyla makale kapsamında Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'nın 152. maddesinde geçen "uygulanacak kanun" lafzını geniş yorumlaması gerektiği savunulacaktır. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi'nin tarihsel süreçte verdiği kararlar inceleme konusu yapılacaktır. Ayrıca uygulama ve teori açısından son derece mühim olan bu sorunun kavramsal çözümlemesinin yapılması amaç edinilmektedir.
Anahtar Kelimeler: İdari yargının görev alanı, somut norm denetimi, Anayasa Mahkemesi, uygulanacak olan kural.

1. GİRİŞ:

Anayasa yargısı, hukuk devleti ilkesi ve normlar hiyerarşisi sisteminin doğal bir sonucu olarak doğmuştur.[1] Somut norm denetimi de aynı şekilde anayasanın üstünlüğü ilkesine dayanan bir kavramdır. Aynı zamanda, somut norm denetiminin amacı teorik olarak öngörülen anayasanın üstünlüğü ilkesinin pratikte de işlerliğini sağlamaktır.[2] Bunun yanında anayasalar temel hak ve özgürlüklere ve bunların sınırlandırılmalarına ilişkin hükümler içermektedir. Dolayısıyla denilebilir ki, somut norm denetiminin temel hak ve hürriyetleri korumaya yönelik önemli bir amacı bulunmaktadır.

[1] Aslı Gölbaşı Dinç. (2018). Türk Anayasa Yargısında Somut Norm Denetiminde "Uygulanacak Olan Kural" Kavramı. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Çankaya Üniversitesi, Ankara. s.5.

[2] A.g.e. s.6.

Bu durum Anayasa Mahkemesi (AYM) kararlarına da yansımıştır. Örneğin AYM bir kararında:

> *"Anayasanın 152. maddesiyle güdülen temel amacın, kişilerin haklarının korunması yanında, bu yolla Anayasaya aykırı kuralların iptaline de olanak vermek suretiyle kamu düzeninin ve o düzenin temelini oluşturan Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesinin himayesi olduğunda duraksanamaz"* şeklinde bir gerekçe sunmuştur.[1]

Somut norm denetimi, *"Mahkemelerde görülmekte olan bir dava sırasında taraflardan birinin veya mahkeme makamının uyuşmazlığın çözülmesinde uygulanacak olan normun anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmesi halinde işlemeye başlayan yargısal denetimdir."*[2] İtiraz yolu olarak da anılmaktadır.[3] Bu denetim yolunda ortada somut bir uyuşmazlık söz konusu olduğundan bu denetim yoluna somut norm denetimi adı verilmiştir.[4] Anayasamızda somut norm denetimi 152. madde kapsamında kendisine yer bulmuştur. Aynı zamanda 6216 sayılı Kanun'un 40/1. maddesinde kanun düzeyinde somut norm denetimini müessesesi düzenlenmiştir. Anayasa'nın 152. maddesine göre: *"Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır."* Maddenin son fıkrasında ise, *"Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz"* hükmüyle on yıllık bir süre sınırı getirilmiştir.

Görüldüğü gibi hüküm oldukça genel ifadeler içermektedir. Sözgelimi hükümde geçen "mahkeme" ve "uygulanacak bir kanun" ibaresinde ne anlaşılması gerektiği metinde net değildir. Dolayısıyla AYM bu ifadelere yorum yoluyla anlam katmaktadır. Sözgelimi hükümde geçen mahkeme ibaresinden ne anlaşılması gerektiği AYM'nin içtihadıyla şekillenmiştir. İl ve ilçe seçim kurullarının, Sayıştay'ın ve hatta Yüce Divan sıfatıyla yaptığı yargılamalarda mahkeme sıfatını haiz olup olmadığı yine AYM içtihadıyla belirlenmiştir.[5]

Somut norm denetimi müessesesine başvuru şartlarından yalnızca "bakılmakta olan norm" kavramı konumuzu ilgilendirmektedir. Bu kavramı içtihadi birtakım kriterlere bağlayan AYM, ortaya koyduğu kriterleri sağlamayan başvuruları ilk inceleme safhasında reddetmektedir.[6] AYM

[1] AYM'nin 08.12.1983 tarihli ve 1981/10 E., 1983/16 K. sayılı kararı.

[2] Hasan Tunç. (1997). Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı Denetim Kapsamı ve Organları. Ankara: Yetkin Yayınları. s.85.

[3] Ergun Özbudun. (2019). Türk Anayasa Hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları. s.398.

[4] İbrahim Kaboğlu. (2019). Anayasa Hukuku Dersleri. İstanbul: Legal Yayıncılık. s.356 vd.

[5] Dinç.s.26-31., Özen Ülgen. (2013). İptal ve İtiraz Başvuruları Bakımından Anayasa Yargısında İlk İnceleme. İstanbul: Beta. s. 163-170.

[6] Tanör, B. ve Yüzbaşıoğlu, N. (2012). 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku. İstanbul: Beta. s.520.

tarihsel süreçte idari yargının görev alanını daraltan yasal müdahaleler bakımından da aynı kriterleri uygulamıştır. Ancak bu kararlar arasında bir tutarlık bulunmamaktadır. Sözgelimi AYM bazı kararlarında başvuran idari yargı merciini itiraza konu normu uygulamak bakımından yetkisiz görürken bazı kararlarında da tam tersi gerekçelere imza atarak başvuruyu esastan incelemiştir.

Tüm bu açıklamalara binaen; metin kapsamında öncelikle "bakılmakta olan davada uygulanacak norm" kavramı açıklanmaya çalışılacaktır. İlgili kavrama AYM tarafından atfedilen anlam ve ortaya konulan içtihadi kriterler incelenecektir. Sonrasında AYM'nin yargı yolu kaydırması içeren düzenlemeler bakımından verdiği kararlar inceleme konusu yapılacaktır.

2. BAKILMAKTA OLAN DAVADA UYGULANACAK NORM KAVRAMI:

Anayasa'da ve 6216 sayılı Kanunda açık bir düzenleme olmadığından AYM davada uygulanacak olan kural kavramı ile ilgili olarak içtihadi birtakım tanımlamalar yapmaktadır. AYM bazı kararlarında "uygulanacak yasa" kavramını, *"bakılmakta olan davayı, yürütmeye, uyuşmazlığı çözmeye ve davayı sona erdirmeye yarayacak kurallardır"* şeklinde tasvir etmiştir.[7] Daha yakın dönemde verilen bir kararda ise uygulanacak kural kavramı şu şekilde tanımlanmıştır: *"Uygulanacak kural, bakılmakta olan davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır."*[8]

AYM, itiraza konu kuralın davada uygulanacak olan norm olup olmadığına, başvuran mahkemeden bağımsız olarak, belirlediği birtakım ölçütlere göre karar vermektedir.[9] Sözgelimi AYM, itiraza konu normun kesin olarak o davada uygulanacak olmasının ortaya konmasını aramaktadır.[10] Ayrıca AYM, yine içtihadi olarak belirlediği kriterler doğrultusunda bakılmakta

[7] AYM'nin 19.03.1996 tarihli ve 1996/12 E., 1996/8 K. sayılı kararı, AYM'nin 08.07.2003 tarihli ve 2003/63 E., 2003/71 K. sayılı kararı.

[8] AYM'nin 22.01.2020 tarihli ve 2020/2 E., 2020/1 K. sayılı kararı.

[9] Dinç. s.56.

[10] AYM'nin 10.03.1998 tarihli ve 1998/7 E., 1998/5 K. sayılı kararı:

"2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 118. maddesinin değişik beşinci fıkrasında, "ölümle sonuçlanan trafik kazalarına asli kusurlu olarak sebebiyet veren sürücülerin sürücü belgeleri ise 1 yıl süre ile geri alınır." denilmekte; 84. maddesinde de, asli kusurlu sayılan hâller belirtilmektedir. Olayda ise trafik kazası tesbit tutanağına göre dalgın ve yorgun araç kullanmakla suçlanan sanığın eyleminin bu maddede sayılan aslî kusurlu haller arasında bulunduğu yolunda bir saptama yapılmadığından, bu aşamada 118. maddenin beşinci fıkrasının dâvâda uygulama olanağı yoktur.

olan davada uygulanma olanağı bulunmayan kuralları kendince ayıklamakta ve yalnızca "ayıklanmaktan kurtulan" kurallar üzerinde norm denetimini gerçekleştirmektedir.[11] Sözgelimi AYM'nin 28.09.2017 tarihli ve 2014/101 E., 2017/142 K. sayılı kararı buna bir örnektir. Marmaris 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun çeşitli maddelerinin iptali istemiyle yaptığı başvuruda AYM, iptali istenen birtakım maddelerin somut olayda uygulanma ihtimali bulunmadığından ilgili hükümlerin davada uygulanacak norm olmadığına karar vermiştir. Bir başka kararında AYM, önüne gelen bir başvuruda, *"dava zamanaşımının gerçekleşmesiyle itiraz konusu kuralın uygulanma olasılığı bulunmadığından..."* mahkemenin yetkisizliği nedeniyle başvurunun reddine karar vermiştir.[12] Bu durum doktrinde AYM'nin temyiz mercii gibi davrandığı yönünde eleştirilmiştir.[13] Bir başka görüş ise AYM'nin bu yetkinin AYM'ye bizzat Anayasa tarafından verildiğini ileri sürmektedir.[14] Görüşe göre, madem ki somut norm denetimine başvuru için itiraza konu hükmün davada uygulanacak olan norm olması gerekmektedir o halde bunu denetleyecek olan da AYM'dir. Aksi halde somut norm denetimini soyut norm denetiminden ayıran unsurlar kaybolmuş olacaktır ve davanın esasına etki etmeyecek birçok yasal hüküm mahkemelerce AYM önüne getirilebilecektir.[15] Pek tabi AYM davada uygulanacak normun tespiti bakımından fazla sıkı davranmamalıdır ve başvuran mahkemenin takdirine de yer bırakması gerekmektedir.[16]

AYM'nin benzer bir eleştiri getirilebilecek bir başka kararı da şöyledir: İmar Kanunu'nun 27. maddesinden kaynaklı bir para cezasının kaldırılması istemiyle adli yargıda açılan bir davada Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesinin anayasaya aykırılığı ileri sürülmüş ve bu durum AYM önüne taşınmıştır. Bilindiği üzere diğer kanunlarda aksine bir hüküm bulunmadığı durumlarda Kabahatler Kanunu'nun kanun yoluna ilişkin hükümleri uygulama alanı bulmaktadır.[17]

Bu nedenlerle, başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir."

[11] Ülgen. s.257.

[12] AYM'nin 05.06.2008 tarihli ve 2008/49 E., 2008/115 K. sayılı kararı.

[13] Dinç. s.68., Ülgen. s.257.

[14] Metin Kıratlı. (1966). Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi. Ankara: Sevinç Matbaası. s. 82.

[15] A.g.e.

[16] A.g.e.

[17] 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun *"Genel kanun niteliği"* başlıklı 3. maddesi şu şekildedir:

"(1) Bu Kanunun;

a) İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm

Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesinin son fıkrasında ise, *"İdarî yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idarî yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde; idarî yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddiaları bu işlemin iptali talebiyle birlikte idarî yargı merciinde görülür"* hükmü öngörülmüştür. Somut olayda da Ula Sulh Ceza Mahkemesi İmar Kanunu'nda aksine bir hüküm bulunmadığından kendini Kabahatler. Kanunu'nun 3. maddesini uygulamaya yetkili görmüştür. AYM tartışmaya oldukça açık bir gerekçeyle Ula Sulh Ceza Mahkemesi'ni ilgili normu uygulamak bakımından yetkisiz görmüştür:

> *"3194 sayılı İmar Kanunu'nun 32. maddesinde, ruhsatsız veya ruhsata aykırı yapıların inşaatının idarece derhal durdurulması ve ruhsata uygun hale getirilmemesi halinde yıktırılması, 42. maddesinde de ruhsat alınmadan veya ruhsat veya eklerine veya imar mevzuatına aykırı olarak yapılan yapının sahibine ve müteahhidine para cezası verilmesi öngörülmektedir. İmar Kanunu'nun 42. maddesi uyarınca verilen para cezaları, bir yapının ruhsatsız veya ruhsata aykırı veya imar mevzuatına aykırı yapıldığının tespit edilmesi anlamını taşımaktadır. Uygulamada söz konusu aykırılığın tespiti, devam eden inşaatlarda yapı tatil zaptı, tamamlanmış olan yapılarda ise yapı tespit zaptı düzenlenmesiyle gerçekleşmekte ve bu suretle idari işlem kimliğine bürünmektedir. Söz konusu işlemler, yerleşik yargı kararlarında idari davaya konu oluşturabilecek nitelikte idari işlemler olarak kabul edilmektedirler. Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesi, 'idari yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması hali'nin varlığını aramaktadır. Bu çerçevede, İmar Kanunu'nun 42. maddesi uyarınca para cezası verilmesi işlemi, imar mevzuatına aykırı bir yapılanmanın tespiti, önlenmesi veya giderilmesine yönelik idari bir işlemin devamı niteliğinde olduğundan, Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesinin (8) numaralı fıkrası uyarınca idari yaptırım kararının yanı sıra idari yargının görev alanına giren başka bir kararın da verilmiş olduğunun ve buna bağlı olarak söz konusu para cezalarına karşı açılacak davalarda idari yargının görevli olduğunun kabulü gerekmektedir. Bu durumda, İmar Kanunu'nun 42. maddesi uyarınca verilen para cezasına karşı Sulh Ceza Mahkemesinde açılan dava, itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin görevine girmemektedir. İtiraz başvurusunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir."*[18]

Görüldüğü üzere AYM gerekçesinde adeta bir temyiz mercii gibi hareket ederek itiraza konu hükmün dava bakımından uygulanacak olan norm olmadığına kanaat getirmiştir. Bu kanaatine varırken de muayyen bir yasal mevzuata değil yerleşik yargı kararlarına atıfta bulunmuştur. Bu

bulunmaması halinde,

b) Diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında (...) uygulanır."

[18] AYM'nin 05.04.2007 tarihli ve 2007/35 E., 2007/36 K. sayılı kararı.

karar bakımından AYM'nin kendi görev alanına giren norm denetimi yapmaktan kaçınıp adeta bir adli yargı mahkemesi gibi davranması hukuk devleti ilkesi bakımından oldukça sakıncalıdır. Ayrıca AYM'nin fazla iş yükünden kaçınmak isterken ilk inceleme aşamasında adeta temyiz mercii gibi dosyanın esasına ilişkin değerlendirme yapması oldukça tutarsız bir davranıştır. Görüldüğü gibi AYM davada uygulanacak olan norm kavramını oldukça dar yorumlamakta ve yeri geldiğinde bir temyiz mercii gibi hareket ederek başvuran mahkemenin yetkisizliği sebebiyle itiraz başvurularını reddetmektedir. Bu durum her ne kadar AYM'nin iş yükünü hafifletmeye yarasa da somut norm denetimi müessesesine erişim oldukça zorlaştırılmaktadır.

3. KONUNUN İDARİ YARGININ GÖREV ALANINA BAKAN YÖNÜ

Bilindiği üzere 1961 Anayasası ve 1982 Anayasası bir yargı ayrılığı rejimi öngörmüştür. Dolayısıyla hukuk sistemimizde adli ve idari yargı ayrı teşkilatlanmalara sahiptir. Aslında bu durum 1868 senesinde Şurayı Devlet'in kuruluşundan bu yana varlığını sürdürmektedir. O tarihten bu yana idari yargı geniş bir içthadi birikim oluşturmuştur. Bununla birlikte idari yargı bünyesinde alanında uzman, adli yargı hakimlerinden bağımsız idari hakimler istihdam edilmektedir. Ayrıca idari yargı sahip olduğu birtakım müesseselerle idarenin etkin yargısal denetimini sağlamak bakımından uzman yargı koludur. Sözgelimi re'sen araştırma ilkesi, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi, sosyal risk ilkesi gibi müesseseler adli yargının yabancı olduğu kavramlardır.[19] Bunun karşın idari yargının anayasal dayanağı olup olmadığı sorunu doktrinde tartışmalıdır.[20] 1961 Anayasası döneminde AYM idari yargının görev alanının mutlak biçimde korunduğuna ilişkin bir içtihat benimserken 1982 Anayasası döneminde bu içtihadından dönmüştür.[21] AYM günümüzde, idari rejimin anayasal bir rejim olduğunu kabul etmekle birlikte ancak kamu yararı ve haklı bir sebebin varlığı halinde bu rejime bir istisna getirilebileceğine hükmetmektedir.[22] Özellikle 2000'li yıllarda bu rejime getirilen istisnaların sayısı çoğalmıştır.

[19] Zehra Odyakmaz. (2013). Yeni Türk Borçlar Kanununun 55/2. Maddesinin İdare Hukukunun İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi. Yeni Yasal Düzenlemeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Esasları ve Usulü Kongresi, ed. Sema Güleç Uçakhan, Ankara: Ankara Barosu Yay. s. 258.

[20] Konuyla ilgili tartışmalar için bkz: İl Han Özay. (1982). Türkiye'de İdari Yargının İşlev ve Kapsamı., İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu. Ankara: Danıştay Yay.s.11-30., Metin Günday. (1997). İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları. Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt XIV, s.347-358., Melikşah Yasin. (2003). Anayasa Mahkemesi'nin İdari Yargının Görev Alanı Sorununa Yaklaşımı. Yıldızhan Yayla'ya Armağan. İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yay. s.567-575., Yıldızhan Yayla. (2009). İdare Hukuku. İstanbul: Beta. s.421-423.

[21] Oğuzhan Güzel. (2013). Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İdari Yargının Görev Alanına Yönelik Müdahalelerin Değerlendirilmesi. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XVII(1-2), s.1483-1524.

[22] AYM'nin 26.12.2013 tarihli ve 2013/68 E., 2013/165 K. sayılı kararı:

> *"Anayasa Mahkemesinin daha önceki kimi kararlarında da belirtildiği üzere, tarihsel gelişime paralel olarak Anayasa'da adli ve idari yargı ayrımına gidilmiş ve idari uyuşmazlıkların çözümünde idare ve vergi mahkemeleriyle Danıştay yetkili kılınmıştır. Bu nedenle, genel olarak idare hukuku alanına giren konularda idari yargı, özel hukuk alanına giren konularda adli yargı görevli olacaktır. Bu durumda, idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda kanun koyucunun mutlak bir takdir yetkisinin bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. Ancak, idari yargının denetimine bağlı olması gereken idari bir uyuşmazlığın çözümü, haklı neden ve kamu yararının bulunması hâlinde kanun koyucu tarafından adli yargıya bırakılabilir."*

Sözgelimi HMK m.3 ve TBK m.55 gibi düzenlemelerle tam yargı davalarına konu olabilecek insan zararlarına ilişkin tazminat davaları blok halinde adli yargıya kaydırılmıştır. Ayrıca KTK m.110 ile birlikte bu kanundan kaynaklı tüm sorumluluk davalarının adli yargıda görüleceği hükme bağlanmıştır. Kabahatler Kanunu m.3 ile birlikte de idari yaptırımlara ilişkin itiraz yolu adli yargı olarak belirlenmiştir. Görüldüğü gibi bu dönemde idari davalara konu olabilecek birçok mesele adli yargıya tevdi edilmek istenmiştir. AYM ilgili düzenlemeler bakımından kamu yararı ve haklı sebep içtihadını sürdürmüştür.

AYM, davada uygulanacak olan norm kriterini idari yargının görev alanını daraltan yasal düzenlemeler bakımından da uygulamıştır.[23] Sözgelimi Karayolları Trafik Kanunu'nun (KTK) 110. maddesinin[24] iptali istemiyle önüne gelen başvuruda AYM, davayı açan Elâzığ 2. İdare Mahkemesi'nin itiraza konu normu uygulamak bakımından "görevli ve yetkili" görmemiştir. AYM bu başvuruda ilgili kriterini şu şekilde ortaya koymuştur:

> *"Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesine göre, mahkemeler, bakmakta oldukları davalarda uygulayacakları kanun ya da kanun hükmünde kararname kurallarını Anayasa'ya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varırlarsa, o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaya yetkilidirler. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralların da o davada uygulanacak olması gerekmektedir. Uygulanacak yasa kuralları, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır."*[25]

Gerekçenin devamında Mahkeme, *"2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 110. maddesinin birinci fıkrasında, bu Kanun'dan doğan sorumluluk davalarının adli yargıda görüleceği öngörülmektedir. İtiraz başvurusunda bulunan mahkeme ise idare mahkemesi olup davaya bakmakta görevli ve yetkili mahkeme değildir. Başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir."* şeklinde gerekçesini sunarak başvuruyu esas incelemesine geçmeden reddetmiştir.

[23] Güzel. s.1508.

[24] 13.10.1983 günlü, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 11.1.2011 günlü, 6099 sayılı Kanun'un 14. maddesi ile değiştirilen 110. maddesinin itiraz konusu kuralı da içeren birinci fıkrası şöyledir:

> *"İşleteni veya sahibi Devlet ve diğer kamu kuruluşları olan araçların sebebiyet verdiği zararlara ilişkin olanları dâhil, bu Kanundan doğan sorumluluk davaları, adli yargıda görülür. Zarar görenin kamu görevlisi olması, bu fıkra hükmünün uygulanmasını önlemez. Hemzemin geçitte meydana gelen tren-trafik kazalarında da bu Kanun hükümleri uygulanır."*

[25] AYM'nin 08.12.2011 tarihli ve 2011/124 E., 2011/160 K. sayılı kararı.

Oysa ki AYM aynı düzenlemenin iptali istemiyle hukuk mahkemelerinin yaptığı bir başvuruyu esas bakımından incelemiştir.[26] AYM:

> *"Aynı tür davaların aynı yargı yolunda çözümlenmesi sağlanarak davaların görülmesi ve çözümlenmesinin hızlandırıldığı, bu suretle kısa sürede sonuç alınmasının olanaklı kılındığı ve bunun söz konusu davaların adli yargıda görüleceği yolunda getirilen düzenlemenin kamu yararına yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Öte yandan, 2918 sayılı Kanun'da tanımlanan Karayolu şeridi üzerindeki araç trafiğinden kaynaklanan sorumlulukların, özel hukuk alanına girdiği konusunda bir tartışma bulunmamaktadır. İdare tarafından kamu gücünden kaynaklanan bir yetkinin kullanılması söz konusu olmadığı gibi, aynı karayolu üzerinde aynı seyir çizgisinde hareket eden, bu nedenle aynı tür risk üreten araçlar arasında özel-kamu ayırımı yapılmasını gerektiren bir neden de yoktur. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2.,125. ve 155. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir"* şeklinde gerekçe sunarak düzenlemenin Anayasaya uygun olduğuna kanaat getirmiştir.

Uyuşmazlık Mahkemesi de AYM'nin bu kararına atıfta bulunarak karayolunda hizmet kusuru sebebiyle meydana gelen kazalardan kaynaklanan zararların tazmini istemiyle açılan davaların adli yargıda görüleceğine kanaat getirmektedir:

> *"Bu durumda, 2918 sayılı Yasanın 19.01.2011 tarihinde yürürlüğe giren 110. maddesi ile Anayasa Mahkemesi'nin işaret edilen kararı gözetildiğinde, bahsi geçen Kanun maddesinin karayollarında, can ve mal güvenliği yönünden trafik düzeninin sağlanarak trafik güvenliğini ilgilendiren tüm konularda alınacak önlemleri kapsadığı ve Kanunun, trafikle ilgili kuralları, şartları, hak ve yükümlülükleri, bunların uygulanmasını ve denetlenmesini, ilgili kuruluşları ve bunların görev yetki ve sorumlulukları ile, çalışma usullerini kapsadığı, dolayısıyla oluşan trafik kazası nedeniyle açılacak sorumluluk davalarının görüm ve çözümünde adli yargının görevli olduğu; meydana gelen zararın tazmini istemiyle açılan bu davanın da adli yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır."*[27]

Konu yüksek mahkemeler nezdinde tartışma alanı bulmuştur. Danıştay İDDK, verdiği bir kararında, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin müstakar içtihadına rağmen, hizmet kusurundan kaynaklı trafik kazalarına ilişkin davaların idari yargının görev alanına dahil olduğuna kanaat getirmiştir.[28] Kararın gerekçesinde KTK m.110 ile belirtilen sorumluluğun aslında özel hukukta yer alan "araç işletenin sorumluluğu" olduğu ileri sürülmüştür. Oysa somut uyuşmazlık idarenin yol yapım, bakım, işletme ve trafik güvenliğini sağlama hizmetlerini kusurlu ifa etmesinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla ortada tipik bir hizmet kusuru bulunduğundan bundan kaynaklı

[26] AYM'nin 26.12.2013 tarihli ve 2013/68 E., 2013/165 K. sayılı kararı.

[27] Uyuşmazlık Mahkemesi H. B., 20.02.2017 tarihli ve 2016/629 E., 2017/30 K. sayılı kararı. Benzer yönde bkz: Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 14.12.2020 tarihli ve 2020/667 E., 2020/761 K. sayılı kararı.

[28] Danıştay İDDK, 26.02.2015 tarihli ve 2015/65 E., 2015/540 K. sayılı kararı.

tazminat davaları bakımından görevli yargı kolu idari yargıdır. Aynı görüş Yargıtay HGK tarafından da benimsenmiştir. Yargıtay'a göre KTK m.110'da zikredilen sorumluluk davalarından kasıt, aynı kanunda belirtilen araç işletenin sorumluluğudur.[29] Hizmet kusurundan kaynaklı trafik kazalarına ilişkin davalar bakımından ise idari yargı görevlidir:

> *"Somut olaya gelince, davalı ...'nin karayolunun yan tarafında yaptığı metrobüs çalışması sırasında yere bırakılan demir bariyerin yağışlı ve fırtınalı havanın etkisiyle yolun ortasına kadar geldiği ve sigortalı aracın bu bariyere çarpması sonucu hasarlandığı iddia edilmiştir. Bu iddiaya göre, davalı ...'ye ait bir aracın sebebiyet verdiği bir trafik kazasından bahsetmek olanaksızdır. Davada KTK'nın 85 ve devamı maddelerinde düzenlenen işletenin hukuki sorumluluğuna değil, davalı ...'nin görevlerini tam ve eksiksiz yerine getirilmediği, yani yürütülen kamu hizmetinin kusurlu olduğu iddiasına dayanılmıştır. Uyuşmazlık, oluşan hasarın hizmet kusurundan kaynaklandığı iddiasına dayandığından, uyuşmazlığın çözüm yerinin de idari yargı yeri olacağı açıktır."*[30]

Ancak Danıştay İDDK yakın zamanda verdiği bir kararında içtihadından dönmüştür. Somut uyuşmazlıkta trafik kazasından kaynaklı zararın, davalı idarenin bakım ve sorumluluğunda olan karayolunda yeterli tedbir alınmadığından bahisle meydana geldiği ileri sürülmüştür. İDDK verdiği kararda AYM'nin 26.12.2013 tarihli kararına atıfta bulunarak KTK m. 110 kapsamına hizmet kusurundan kaynaklı trafik kazalarının da girdiğini kabul etmiştir.[31]

Oysa AYM'nin benzer nitelikte hükümler içeren bir düzenlemeye ilişkin idare mahkemesinin başvurusunu işin esasına girerek incelemiştir. Ankara 7. İdare Mahkemesi'nin 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 42. maddesinin beşinci fıkrasında düzenlenen, *"(B)u cezalara karşı cezanın tebliğinden itibaren yedi gün içinde sulh ceza mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, zaruret görülmeyen hallerde evrak üzerinde inceleme yapılarak sonuçlandırılır. İtiraz üzerine verilen karar kesindir"* hükmünün iptali istemiyle açtığı davada itiraza konu hüküm davada uygulanacak olan norm olarak kabul edilmiştir. Bilindiği üzere bu karar idari yargının görev alanının anayasal dayanağı problemiyle yakından alakalıdır. Bu kararıyla AYM, kamu yararı ve haklı sebep

[29] Yargıtay HGK, 29.06.2016 tarihli ve 2014/1163 E., 2016/909 K. sayılı kararı:

> *"... KTK'dan doğan sorumluluk davaları 85 ve devamı maddelerinde düzenlenen 'motorlu aracın işletilmesinin' sonucu doğan zararlar nedeni ile 'motorlu aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüsün sahibini' sorumlu olduğu davalardır. Yani, KTK'nun 106. maddesi gereğince Devlet ve diğer kamu kuruluşlarına ait motorlu araçların işletilmesi nedeniyle araç işleticisi sıfatıyla (KTK'nun 85. maddesi gereğince) kamu idareleri ve kuruluşlarına karşı açılacaklar da dahil bütün araç sahibi ve işleticilerine karşı açılan davalar adli yargı kolunun görev alınana girmektedir. Buna karşın kamu idareleri ve kuruluşlarının trafik güvenliği ve düzenini sağlamak amacıyla gerek kendi kuruluş yasaları, gerekse 2918 sayılı KTK'na göre yürüttükleri hizmetlerin, kamu hizmeti niteliğini taşıması ve yukarıda sözü edilen KTK'da görevlendirilen kamu idare ve kuruluşlarının sorumluluklarına ilişkin her hangi bir düzenlemenin ayrıca KTK'da yer almaması dikkate alındığında, trafik düzeni ve güvenliği hizmetlerinden kaynaklandığı iddia edilen zararların tazmini istemiyle ilgili idarelere karşı açılan davalar idari yargı kolunun görev alanına girmektedir."*

[30] Aynı karar.

[31] Danıştay İDDK, 26.02.2020 tarihli ve 2019/3395 E., 2020/468 K. sayılı kararı.

içtihadını ortaya koymuştur. Mahkemeye göre, *"idarî yargının denetimine bağlı olması gereken idarî bir uyuşmazlığın çözümü, haklı neden ve kamu yararının bulunması halinde yasakoyucu tarafından adlî yargıya bırakılabilir."* AYM bu içtihadını halen sürdürmektedir.

Benzer bir karar 1961 Anayasası döneminde verilmiştir. Doktrinde ODTÜ kararı olarak bilinen bu karar yine idari yargının anayasal dayanağı problemiyle ilişkilidir. 7307 sayılı Orta Doğu Teknik Üniversitesi Kanununun 6. maddesinin (F) bendinde ve 17. maddesinde[32] yer alan hükümleri anayasaya aykırı bulan Danıştay 12. Dairesi itiraz yoluyla düzenlemeyi AYM önüne götürmüştür. AYM ortaya koyduğu gerekçesinde itiraza konu hükümleri davada uygulanacak olan norm olarak kabul etmiştir:

> *"Anayasa'ya aykırılık iddialarını Anayasa Mahkemesine getirebilme yolunu mahkemelere açık tutan bu düzenin işleyebilmesi; ortada somut bir olayın yani görülmekte olan belli bir davanın bulunması, Anayasa'ya aykırılığı öne sürülen kanun hükmünün bu davada uygulanma durumunda olması ve mahkemenin aykırılık iddiasını ciddi yani üzerinde durulmasını gerektiren bir nitelikte görmesi ya da kendiliğinden bu hükmü Anayasaya aykırı bulması gibi koşulların gerçekleşmesine bağlıdır... Usulü dairesinde, Danıştay'a açılmış ve ilgili kurulca da görüşülmesine başlanmış bulunan bu davanın yetki dışı olduğu öne sürülerek yok sayılması olanaksızdır. Çünkü yetki sorunu da davanın görüşülmesine başlandıktan sonra mahkemece ele alınarak çözülecek konulardan birisini oluşturur. O halde Danıştay 12. dairesinin davaya bakıp işi yasalar çerçevesinde sonuçlandırması gerekmektedir. Yani, Danıştay 12. Dairesi 27/5/1959*

[32] İtiraza konu edilen 27/5/1959 günlü, 7307 sayılı Orta Doğu Teknik Üniversitesi Kanununun 6. maddesinin (F) bendi ve 17. maddesi şöyledir:

> *"Madde 6/F- Mütevelli Heyeti, üniversitenin ilmi, teknik ve milletlerarası mahiyetini gözönünde tutmak suretiyle müessesenin esas ve usullerine göre Türk ve diğer devletler vatandaşlarından idareciler, öğretim üyeleri ve memurlar tayin ve bunların ücretlerini, hizmet müddet ve şartlarını ve mukavele esaslarını, mer'i mevzuat hükümlerine tâbi olmaksızın tespit eder.*
>
> *Ancak, Türk vatandaşlarından olan öğretim üyelerinden bütün faaliyet ve gayretlerini Orta Doğu Teknik Üniversitesine hasredenler hariç olmak üzere diğer Türk vatandaşı öğretim üyelerine mukavele ile verilecek ücret miktarı birinci derece Devlet memurunun alabileceği aylık ve sair munzam istihkakları yekûnunu tecavüz edemez."*
>
> *"Madde 17- Orta Doğu Teknik Üniversitesinin Mütevelli Heyeti ilk öğretim üyeleri, idarecileri, memur ve müstahdemleri halk ve mensup oldukları üniversite ile muamele ve münasebetlerinde hususi hukuk hükümlerine tâbi olup haklarında Memurin Muhakematı Kanunu ile Memurin Kanuni, Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu hükümleri tatbik olunmaz. Orta Doğu Teknik Üniversitesine ait mallar Devlet malı hükmündedir. Bunları çalanlar, ihtilas edenler, zimmetine geçirenler veya her ne suretle olursa olsun suistimal edenler hakkında Devlet mallarına karşı işlenen bu çeşit suçlara ait cezai takibat yapılır."*

günlü, 7307 sayılı Orta Doğu Teknik Üniversitesi Kanununun 6/F, ve 17. maddelerini bu evrede uygulamak suretiyle davayı karara bağlamak durumundadır… (B)akmakta olduğu bu davada uygulanacağı belirtilen hükümlerin Anayasaya aykırı olduğu kanısına varan Danıştay 12. Dairesinin, Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkili bulunduğu kuşkuya yer bırakmayacak derecede açıktır."[33]

Görüldüğü üzere AYM'nin konuya ilişkin tutarlı olduğu söylenemez. Ancak Mahkeme'nin daha yakın zamanda verdiği KTK m.110'a ilişkin kararından da anlaşılmaktadır ki, idari yargı mercileri adli yargı lehine yargı yolu kaydırması içeren yasal düzenlemeler bakımından somut norm denetimine başvurmaya yetkili değildir. Oysa ki AYM'nin geçmişte verdiği kararların daha isabetli olduğu kanaatindeyim. Şöyle ki, davaya uygulanacak olan normdan anlaşılması gereken *"bakılmakta olan davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallar"* ise pek tabii yargı yolu kaydırması öngören kanun hükümlerinin de davanın ilk inceleme evresinde uygulanacak bir kural olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Sözgelimi karayolunda yol kusuru sebebiyle meydana gelen bir kazadan kaynaklı zararın tazmini istemiyle idari yargıda açılacak bir davada, idari yargı mercii KTK m.110 gereği ilk inceleme aşamasında görevsizlik kararı vererek ilgili hükmü uygulamış olacaktır. Nitekim AYM'nin idari yargı mercilerini normu uygulamak bakımından yetkili gördüğü, yukarıda incelenen, iki kararında da benzer bir yorum yapmıştır.

Pek tabii bu ihtimalde göreve ilişkin yasal düzenlemelerin ilgili ilgisiz tüm mahkemelerce itiraza konu edilebileceği eleştirisi getirilebilir. Sözgelimi ceza mahkemesi yerine aile mahkemesinde açılan bir davada aile mahkemesinin görevsizlik kararı vermesi gereken yerde göreve ilişkin yasal hükmü AYM önüne taşıdığında, Mahkeme'nin başvurunun esasına girmek zorunda kalması AYM'nin iş yükünü oldukça ağırlaştıracaktır. Bu eleştiriye karşı şu şekilde cevap verilebilir: Bilindiği üzere Anayasa'da bir idari rejim benimsenmiştir. Bu rejim gereğince kural olarak idari davaları görme yetkisi idari yargının elindedir. Ancak tarihsel süreçte idari rejime yasal istisnalar getirilmiş ve AYM bu istisnaları, kamu yararına uygun bir haklı sebep içermeleri halinde hukuka uygun bulmuştur. Bu istisnai hükümlerin giderek çoğalması yargısal korumaya erişmek isteyen fertler nezdinde öngörülebilirliği azaltmaktadır. Bu duruma sadece istisnaların sayısı değil niteliği de yol açmaktadır. Sözgelimi, yukarıda bahsedilen AYM'nin 05.04.2007 tarihli kararından anlaşılacağı üzere Kabahatler Kanunu ile idari yaptırımlar bakımından öngörülen yasal rejim bilhassa İmar Kanunu'ndan kaynaklı para cezaları bakımından uygulamada oldukça karmaşık bir sonuç yaratmıştır. Yine yukarıda değinildiği gibi, KTK m. 110 kapsamına hizmet kusurundan kaynaklı kazaların girip girmediği sorunu da uzun müddet yüksek mahkemeler nezdinde tartışılmış ve birbiriyle çelişen mahkeme kararlarıyla karşılaşılmıştır.

Hasılı, anayasal bir rejim olan idari rejime getirilen istisnalar ak ile kara gibi birbirinden net biçimde ayrılan sonuçlar öngörmemiştir. Bu düzen içerisinde idari yargı mercilerinin hükmü uygulamak bakımından kendisini görevli görüp itiraz yoluna başvurması gayet olağandır. Yahut idari yargı merciinin istisnai yasal hükmün anayasaya aykırı olduğuna kanaat getirip görevsizlik kararı vermeden de itiraz yoluna başvurması da mümkündür. Zira idari rejim anayasal bir rejimdir. Bunun yanında idari yargı gerek idarenin etkin yargısal denetimi gerekse de temel hak

[33] AYM'nin 25.05.1976 tarihli ve 1976/1 E., 1976/28 K. sayılı kararı.

ve hürriyetlerin korunması bakımından uzman yargı koludur. İstihdam ettiği hakimler bu konuda uzman ve adli yargıdan bağımsız görev yapan hakimlerdir. Ayrıca idari yargı sahip olduğu re'sen araştırma ilkesi, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi, sosyal risk ilkesi gibi müesseseler sayesinde fertlerin idare karşısında yargısal korunmasını adli yargıya nazaran daha etkin sağlamaktadır.[34] Dolayısıyla idari yargı mercilerinin yargı yolu kaydırması öngören yasal düzenlemeleri itiraz yoluna taşıması engellenmemelidir. Zira AYM olası bir iptal kararı vermesi halinde konu bakımından idari yargı mercileri görevli hale gelecektir. Bu sayede anayasaya aykırı olduğu düşünülen norm denetime tabi tutulabilecek ve hukuk devleti ilkesinin işlerliği sağlanmış olacaktır.

SONUÇ

Anayasal bir rejim olan idari rejime getirilen yasal istisnaların yol açtığı gri alanlar göz önüne alındığında, idari yargı mercilerinin somut norm denetimi müessesesine başvurularının zorlaştırılması müessesenin varlık sebebiyle çelişecektir. Zira anayasa yargısının temel amacı anayasaya aykırı olan normların ayıklanarak kamu düzeninin sağlanması ve temel hak ve hürriyetlerin korunmasıdır. Yargı yoluna ilişkin hüküm içeren dolayısıyla temel hak ve hürriyetlerin idareye karşı korunmasıyla yakından ilişkili olan bir düzenlemenin, bir hukuk devletinde, anayasallık denetimine tabi tutulamaması düşünülemez. Anayasal bir rejim olan idari rejime getirilen yasal istisnaların da idari yargı mercilerince itiraza konu edilebilmesi gerekir. Bu yüzden AYM'nin, idari yargının görev alanını daraltan yasal düzenlemeler bakımından Anayasa'nın 152. maddesinde geçen "uygulanacak kanun" lafzını geniş yorumlaması gerekmektedir. Bu sayede idari yargı mercileri de somut norm denetimi müessesesine etkin bir biçimde erişmiş olacaktır. Yine bu sayede somut norm denetiminin varlık sebebine ve hukuk devleti ilkesine uygun biçimde hareket edilmiş olacaktır.

KAYNAKÇA

Gölbaşı Dinç, A. (2018). Türk anayasa yargısında somut norm denetiminde "uygulanacak olan kural" kavramı. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Çankaya Üniversitesi, Ankara.

Günday, M. (1997). İdari yargının görev alanının anayasal dayanakları. Anayasa Yargısı Dergisi, CXIV, s.347-358

Güze, O. (2013). Anayasa Mahkemesi kararları ışığında idari yargının görev alanına yönelik müdahalelerin değerlendirilmesi. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, CXVII(1-2), s.1483-1524.

Kaboğlu, İ. (2019). Anayasa hukuku dersleri. İstanbul: Legal Yayıncılık.

Kıratlı, M. (1966). Anayasa yargısında somut norm denetimi. Ankara: Sevinç Matbaası.

[34] AYM'nin 22.10.2014 tarihli ve 2014/94 E., 2014/160 K. sayılı kararı, AYM'nin 16.02.2012 tarihli ve 2011/35 E., 2012/23 K. sayılı kararı.

Odyakmaz, Z. (2013). Yeni yasal düzenlemeler ışığında bedensel zararların tazmini esasları ve usulü kongresi, Uçakhan. S (ed.). Yeni Türk Borçlar Kanununun 55/2. maddesinin idare hukukunun ilkeleri açısından değerlendirilmesi (s. 253–280). Ankara: Ankara Barosu Yay.

Özay, İ. (1982). İdari yargıda son gelişmeler sempozyumu. Türkiye'de idari yargının işlev ve kapsamı (s.11-30). Ankara: Danıştay Yay.

Özbudun, E. (2019). Türk anayasa hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları.

Tanör, B. ve Yüzbaşıoğlu, N. (2012). 1982 Anayasasına göre Türk anayasa hukuku. İstanbul: Beta.

Tunç, H. (1997). Karşılaştırmalı anayasa yargısı denetim kapsamı ve organları. Ankara: Yetkin Yayınları.

Ülgen, Ö. (2013). İptal ve itiraz başvuruları bakımından anayasa yargısında ilk inceleme. İstanbul: Beta.

Yasin, M. (2003). Yıldızhan Yayla'ya Armağan. Anayasa Mahkemesi'nin idari yargının görev alanı sorununa yaklaşımı (s.567-575). İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yay.

Yayla,Y. (2009). İdare Hukuku. İstanbul: Beta.

ULUSLARARASI
HUKUK
SEMPOZYUMU
International Symposium on Law

SİGORTA HUKUKUNDA ZENGİNLEŞME YASAĞI İLKESİ VE MANEVİ ZARARLAR BAKIMINDAN UYGULANABİLİRLİĞİ

Zelal KAYA[*]
Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi
ORCID NO: 0000-0001-6718-1801

Öz

Sigorta, ödenecek prim karşılığında belli bir menfaati güvence altına alan ve rizikonun gerçekleşmesi halinde meydana gelen zararı gidermeyi amaçlayan bir araçtır. Günümüzde, küreselleşme ve teknolojideki hızlı gelişmelerin de katkısıyla, menfaatlerin neredeyse her türlü riske karşı sigorta ettirilmesi mümkün hâle gelmiştir. Bu derece önemli bir alanın birtakım ilkelere sahip olması kaçınılmazdır. Sigorta hukukuna egemen olan birçok ilke mevcut olmakla birlikte, en önemli ilkelerden bir tanesi *"Zenginleşme Yasağı İlkesi"* olarak karşımıza çıkmaktadır. Zenginleşme yasağına ilişkin düzenlemeler, Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) *"Tazminat İlkesi"* başlığı altındaki 1459 ilâ 1469. maddeleri arasında yer almaktadır. Sigorta ettiren/sigortalı tarafın, sigortayı kâr vasıtası olarak kullanmasını engellemeyi amaçlayan zenginleşme yasağı ilkesi, sigorta hukuku terminolojisine bazı yeni kavramlar da kazandırmıştır. Çalışmamızda öncelikle TTK düzenlemeleri uyarınca, sigorta hukukunun en önemli ilkelerinden biri olan zenginleşme yasağı ilkesi ve ilgili kavramları üzerinde durulacaktır. Daha sonra para ile tam anlamıyla tazmin edilemeyen ve sigorta hukukunu da ilgilendiren manevi tazminat davalarında, zenginleşme yasağı ilkesinin ne ölçüde uygulanabileceği Yüksek Mahkeme kararları ışığında ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Sigorta Hukuku, Zenginleşme Yasağı, Sebepsiz Zenginleşme, Zarar Sigortaları, Manevi Zarar

Abstract

Insurance is a tool that secures a certain benefit in return for a premium to be paid and aims to compensate the damage that occurs in the event of a risk. Nowadays, with the contribution of globalization and rapid developments in technology, it has become possible to insure benefits against almost all kinds of risks. It is inevitable for such an important field to have certain principles. Although there are many principles that dominate the insurance law, one of the most important principles is the *"Prohibition of Enrichment Principle"*. Regulations regarding the prohibition of enrichment are included in articles 1459 to 1468 with the title of *"Compensation Principle"* in the Turkish Commercial Code. The principle of prohibition of enrichment, which aims to prevent the insured party from using insurance as a means of profit, has brought some new concepts to the terminology of insurance law. In our study, first of all, in accordance with Turkish Commercial Code regulations, one of the most important principles of insurance law, the principle of prohibition of enrichment and its related concepts will be emphasized. Then, the

[*] Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, zelal.kaya@student.asbu.edu.tr, +90 541 499 76 64, ORCID ID: 0000-0001-6718-1801.

extent to which the principle of prohibition of enrichment can be applied in cases of non-pecuniary damages that cannot be fully compensated with money and which also concerns insurance law will be discussed in the light of Supreme Court decisions.

Keywords: Insurance Law, Enrichment Prohibition, Unjust Enrichment, Damage Insurance, Moral Damage

Giriş

Menfaatlerin günümüzde artık hemen hemen her türlü riske karşı sigorta ettirilebilmesi mümkün olmakla birlikte bazı risklere karşı sigorta yaptırmak ise zaruret haline gelmiştir. Böylesine önemli bir alan haline gelen sigorta hukukunun, kendi içerisinde birtakım ilkeleri barındırması kaçınılmaz bir hâl almıştır.[1] Sigorta hukukuna egemen olan söz konusu ilkelerden bazıları; azami iyiniyet ilkesi, halefiyet ilkesi, hasara katılım ilkesi ve çalışmamızın ana konusunu oluşturan zenginleşme yasağı (tazminat) ilkesi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Zenginleşme yasağı, sigortanın, sigorta ettiren/sigortalı tarafından bir kâr amacı olarak kullanılmasını önlemeyi amaçlamaktadır.[2] Bu ilkeye göre rizikonun gerçekleşmesi halinde sigortalının malvarlığında bir artış meydana gelemeyecek ve dolayısıyla sigortalı, bundan bir kazanç sağlayamayacaktır.[3] Rizikonun gerçekleşmesi halinde sigortalıya ödenecek olan tazminatın zarar ile orantılı olması gerekmektedir. Zira zararın miktarını aşan ödemeler, zarar görenin sebepsiz zenginleşmesine neden olacaktır. Dolayısıyla tazminat miktarı, ne sigortalının zararından az olup ona zarar vermeli ne de zarardan fazla olup onun zenginleşmesine neden olmalıdır. Tam da bu nedenle zenginleşme yasağının her sigorta türü bakımından uygulanabilecek bir ilke olmadığını söylememiz gerekmektedir.

Kural olarak zarar sigortaları bakımından kabul edilen bu ilkenin birden çok görünüm şekli ve hukuki düzenlemesi mevcuttur. Çalışmamızda zenginleşme yasağı ilkesinin uygulamada nasıl karşımıza çıkabileceği ve özellikle para ile karşılanamayacak nitelikte olan ve sigorta hukukuna da konu olan manevi zararlar bakımından bu ilkenin uygulanabilirliği, Yüksek Mahkeme kararları ışığında ele alınacaktır.

I. ZENGİNLEŞME YASAĞI'NIN UYGULAMA ALANI VE NİTELİKLERİ

A. UYGULAMA ALANI

Sigorta hukukuna ilişkin düzenlemeler 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) *"Sigorta Hukuku"* başlıklı altıncı kitabında yer almaktadır. Bu düzenlemeler uyarınca sigorta türleri, zarar sigortaları ile can (meblağ) sigortaları şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur. Zarar sigortaları ise kendi içerisinde mal sigortaları ve sorumluluk sigortaları olarak ayrılmıştır. Zenginleşme yasağı, sigorta sözleşmeleriyle güvence altına alınan rizikonun gerçekleşmesi sonucu meydana gelen zararın tazmin edileceğini öngören bir sigorta türü olması dolayısıyla zarar sigortalarında ve bir alt başlığı olan sorumluluk sigortalarında uygulama alanı bulmaktadır.[4]

[1] **Yıldırım, F.** (2019), Sigorta Hukukunda Zenginleşme Yasağı Tanımının Oluşumunda Önemli Unsurlar, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 2, s. 504.
[2] **ibid.**
[3] **Omağ, M. K.** (2003), Sigorta Hukukunda Zenginleşme Yasağı, Prof. Dr. Ergun Gönen'e Armağan, s. 253.
[4] **ibid.**

Zarar sigortalarında amaç, meblağ sigortalarından farklı olarak sigorta ettirenin/sigortalının uğramış olduğu gerçek zararın tazminini sağlamaktır.[5] Bu nedenle meblağ sigortalarında esas olan, sigorta sözleşmesinde öngörülen sigorta bedeli iken; zarar sigortalarında, tazmin edilmesi gereken rizikonun gerçekleşmesi sonucunda doğan gerçek zarardır.[6] Dolayısıyla zarar sigortalarında sigorta ettirenin uğrayacağı gerçek zararlar, sigortacının edim yükümlülüğünün ilk plandaki sınırını teşkil etmektedir. Bu nedenle sigortacı, sigorta ettirenin fiilen uğramış olduğu zararları karşılamakla yükümlüdür.[7] Bunun ise iki yönü vardır. İlk olarak, rizikonun gerçekleşmesi sonucunda sigorta ettirenin uğramış olduğu zararları ispat etmesi gerekmektedir. İkinci olarak ise zarar sigortalarında *"zenginleşme yasağı ilkesi"* geçerlidir.[8] Bu ilke, kamu düzeninin bir gereğidir. Zira sigorta sözleşmelerinin kumar ve bahis sözleşmelerinden ayırt edilmesinde önemli bir rol oynamaktadır.[9] Örneğin, Milli Piyango İdaresini düşünecek olursak, bunlar sayısal loto oynayan insanlardan belirli bir miktar katılma payı almaktadırlar. Daha sonra bu kişilerden bazılarının kazanacağı ikramiyeyi loto oynayan topluluğun ödemiş olduğu miktardan karşılamaktadırlar. Bu durumda kişilerin zenginleşmesi bu topluluktan karşılanmış olmakta ve bir kumar ve bahis sözleşmesi söz konusu olmaktadır. Ancak sigorta sözleşmelerinde zenginleşme yasağı ilkesinin varlığı bu durumun doğmasına engel olmaktadır. Zira sigorta sözleşmelerinde amaç, sigortalının zararını karşılamak olup[10] sigortalıya zararından fazlası ödenmemektedir. Bunun yanı sıra zarar sigortalarında sigorta ettirenin/sigortalının zenginleşmesine izin verilmesi halinde bütün sigorta ettiren/sigortalıların rizikonun gerçekleşmesi için özel bir çaba içine girmeleri de kaçınılmaz olacaktır.

B. NİTELİKLERİ

1. Kanundan Doğan Bir İlke Olması

Zenginleşme yasağı TTK m. 1459'da *"Sigortacı, sigortalının uğradığı zararı karşılar."* şeklinde düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra m. 1461'de yer alan *"Sigortacının sorumluluğu sigorta bedeli ile sınırlıdır. Sigorta bedeli, rizikonun gerçekleştiği andaki sigortalı menfaatin değerini aşsa bile, sigortacı uğranılan zarardan fazlasını ödemez."* şeklindeki düzenleme ile sigortacının meydana gelen gerçek zararı karşılamakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. TTK m. 1409'da yer alan *"Sigortacı, sözleşmede öngörülen rizikonun gerçekleşmesinden doğan zarardan veya bedelden sorumludur."* şeklindeki düzenlemede ise sigortacı, sigorta ettirenin uğramış olduğu zararı karşılamakla yükümlü tutulmuştur. Bu hüküm, emredici nitelikte bir hükümdür ve aksine sözleşme yapılarak zarardan fazlasının ödenmesi mümkün değildir.

Kanunda zenginleşme yasağına ilişkin başka düzenlemeler de yer almaktadır. Bu düzenlemelerden bahsetmeden önce bu ilkeyle birlikte önem kazanan iki kavramın üzerinde

[5] **Can, M.** (2018), Türk Özel Sigorta Hukuku, Adalet Yayınevi, s.85; **Hızır, S.** (2009), Türk Ticaret Kanunu'nda Yer Alan Mal Sigortalarına İlişkin Muhtelif Hüküm ve İlkelerin Sorumluluk Sigortalarına Uygulanabilirliği, TBB Dergisi, S. 86, s. 277; **Sevinç Kuyucu, A.** (2018), Zarar Sigortalarında Sigortacının Ödeme Yükümlülüğü ve Sınırları, Sigorta Hukuku Sempozyumları, Oniki Levha Yayınları, s. 31; **Yavaşi, M.** (2019), Kara Taşıtları Sigortaları, Yetkin Yayınevi, s. 346.

[6] **Ulaş, I.** (2012), Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku Genel Hükümler Mal ve Sorumluluk Sigortaları, Turhan Kitabevi, s. 165.

[7] **Ayhan R. ve Çağlar H.** (2018), Sigorta Hukuku Ders Kitabı Cilt II, Yetkin Yayınevi, s. 99.

[8] **Hızır,** s. 291.

[9] **ibid**, s. 287; **Omağ,** s. 254.

[10] **Çeker, M.** (2017), 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sigorta Hukuku, Karahan Kitabevi, s. 85.

durmamız gerekmektedir. Bunlar; sigorta bedeli ve sigorta değeridir. Zira sigorta bedeli, sigorta değeri ve sigorta tazminatı, sigorta himayesinin sınırını oluşturan unsurlardır.[11]
Sigorta bedeli, tarafların anlaşarak sigorta poliçesinde gösterdikleri rizikonun gerçekleşmesi halinde sigortacının ödeyeceği azami miktarı ifade etmektedir.[12] Dolayısıyla sigorta bedeli, sigortacının ödemeyi taahhüt ettiği tazminatın azami sınırını ifade etmektedir.[13] TTK m. 1463'e göre, sigorta bedeli sigortaya konu menfaatin değerinden fazla bir miktar olarak belirlenemez. Sigorta değeri ise sigorta ettirilen varlığın gerçek piyasa değerini ifade etmektedir.[14] Sigorta değerinin dolayısıyla gerçek değerin sadece belirli bir değere tekabül etmesi gerekmektedir.[15] Bu husus TTK m. 1460'ta sigorta değerinin sigorta olunan menfaatin tam değeri olduğu söylenerek açıkça hüküm altına alınmıştır. Bu nedenle sigortaya konu menfaatinin değerinin sigorta sözleşmesinin akdedildiği sırada biliniyor olması sigorta bedelinin ve dolayısıyla prim ödeme borcunun hesaplanmasında oldukça önem arz etmekte, bunun yanı sıra sigorta değerinin sigorta poliçesinde açıkça yazması gerekmemektedir. Zira önemli olan sigortaya konu menfaatin rizikonun gerçekleştiği andaki değeridir.[16] Bir diğer unsur olan sigorta tazminatı ise sigortacının meydana gelen zararı karşılamak üzere zarar miktarına denk olarak ödeyeceği bedeldir.[17] Zarar sigortalarında zenginleşme yasağının gereği olarak sigortacının meydana gelen zarardan fazla ödeme yapması yasaktır.[18]
Normal olan sigorta bedelinin sigorta değerine eşit olmasıdır.[19] Bu hususta TTK m. 1463'te *"Sigorta bedeli sigorta olunan menfaatin değerinin üstünde ise, aşan kısım geçersizdir."* şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Ancak TTK m. 1464 hükmüne göre taraflar sözleşme ile sigorta değerini belirli bir miktar para olarak belirledikleri takdirde bu değer taraflar açısından sigorta değeri olarak esas alınacaktır. Bu kavramlar arasındaki ilişkiyi örnekler üzerinden açıklamak gerekirse; örneğin sigorta değeri 50.000 bin lira olan bir mal için sigorta sözleşmesinde sigorta bedeli olarak 40.000 bin lira kararlaştırılmış olsun. Rizikonun gerçekleşmesi sonucunda tam hasar meydana gelirse sigortacının ödeyeceği sigorta tazminatı 40.000 lira olarak gösterildiği için malın değeri 50.000 lira da olsa 40.000 lira ödenecektir. Zira bu örnekte, sigortacının edim yükümlülüğünün sınırı, taraflarca sigorta bedeli olarak belirlenmiştir.
Değeri 50.000 lira olan aynı mal için sigorta bedeli olarak 50.000 lira kararlaştırılmışsa ancak kısmi hasar meydana gelmişse ve miktarı 20.000 lira ise bu durumda sigortacının edim yükümlülüğünün sınırını hasarın miktarı belirleyecektir. Zira daha önce belirttiğimiz gibi zarar sigortaları için ana kuralımız, gerçek zararın karşılanmasıdır.[20]

[11] **Can,** Türk Özel Sigorta Hukuku, s. 85; **Hızır,** s. 277; **Sayhan, İ.** (2001), Sigorta Sözleşmelerinin Konusu Aşkın Sigorta-Eksik Sigorta-Sigorta Tazminatının Hesaplanması, Yetkin Yayınevi, s. 60-61; **Sevinç Kuyucu,** s. 32.
[12] **Çeker,** s. 66; Hızır, s. 287; **Kubilay, H.** (2003), Uygulamalı Özel Sigorta Hukuku, Barış Yayınları-Fakülteler Kitabevi, s. 44; **Sayhan,** s. 159; **Ünan, S.** (2016), Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, s. 134.
[13] **Şenocak, K.** (2000), 'Menfaat Değeri Altında Sigorta', Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, s. 7.
[14] **Sayhan,** s. 158; **Ünan,** s. 115.
[15] **Can,** Türk Özel Sigorta Hukuku, s. 85.
[16] **ibid,** s. 86; **Ünal,** s. 134.
[17] **Kubilay,** s. 54.
[18] **Hızır,** s. 287;
[19] **Bozer, A.** (2007), Sigorta Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 114.
[20] Yargıtay 17. HD., 2018/4860 E., 2020/5799 K. sayılı kararında bu hususu *"Sigorta yoluyla haksız zenginleşme yasağı ilkesi gereği sigortacı, sigortalının uğradığı gerçek zararı (sigorta bedeli ile sınırlı olmak kaydıyla) ödemekle yükümlüdür. Ancak; sigortalanacak malın değerinin tarafların anlaşmasıyla belirlenmesi üzerine sigorta yapılan*

Bir başka örnekte ise değeri 50.000 lira olan malın sigorta bedeli 100.000 olarak kararlaştırılmış ve tam hasar meydana gelmişse; sigorta bedeli olarak 100.000 lira kararlaştırılmış olsa dahi sigortacı, sigortaya konu menfaatin değeri olan 50.000 lirayı sigorta tazminatı olarak ödeyecektir. Görüldüğü üzere bu örnekte ise sigortacının edim yükümlülüğünün sınırını sigorta değeri oluşturmaktadır. Sigorta değeri, sigortacının edim yükümlülüğünün doğal sınırını oluşturmaktadır. Bu nedenle örneğin sigorta değeri 50.000 lira olan malın sigorta bedeli de 50.000 lira olarak kararlaştırılmış ve tam hasar meydana gelmiş ancak rizikonun gerçekleştiği tarihte malın değeri 30.000 liraya düşmüş olması halinde sigortacı doğal sınır olan malın rizikonun gerçekleştiği andaki değerini yani 30.000 lirayı ödeyecektir.
Sigortanın amacı, sigorta ettiren veya lehine sigorta sözleşmesi yapılan kişilerin rizikonun gerçekleşmesi ile birlikte uğrayacakları zararların tazminidir.[21] Bu nedenle sigorta, sigorta ettiren bakımından kazanç aracı olarak kullanılamaz. Bu ilkenin varlığı sayesinde sigorta bedeli sigorta değeri kadar belirlenmekte ve böylelikle sigorta ettirenin sigorta ile meşru olmayan bir menfaat elde etmesinin önüne geçilmektedir.[22] Bu nedenle olması gereken durum, sigorta bedelinin sigorta değerine eşit olmasıdır.[23] Ancak uygulamada her zaman durumlar böyle olmamaktadır.[24] Zira sigortacılar bazen sigortaya konu menfaatin değerinin tamamını koruma altına almaktan kaçınabilmektedirler. Bunun yanı sıra bazen sigorta ettirenler de menfaat değerinin tamamını sigorta ettirmek istemeyebilmektedirler. Bu nedenle sigorta bedeli bazen sigorta değerinden daha fazla ya da daha az olabilmektedir.[25] Bunlar da çalışmamızda ele alınacak olan zenginleşme yasağının farklı görünüm şekillerine vücut vermektedir.

2. Emredici Nitelikte Olması

Zenginleşme yasağının kanundan doğan bir ilke olmasının yanı sıra bu yasağa ilişkin kanuni düzenlemeler emredici nitelik taşımaktadırlar. Bilindiği üzere Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 27 ve TTK m. 1404 hükümleri uyarınca kanunun emredici hükümlerine aykırı sözleşmeler geçersizdir. Bu nedenle zenginleşme yasağı ilkesine aykırı bir şekilde düzenlenen sigorta sözleşmeleri de geçersiz sayılmaktadır. Bu geçersizlik, hâkim tarafından resen dikkate alınabileceği gibi menfaati ihlal edilen her ilgili tarafından da ileri sürülebilmektedir.[26]

C. HÜKÜMLERİ

1. Eksik Sigorta

Zenginleşme yasağına ilişkin TTK'da yer alan ilk düzenleme, eksik sigorta başlığıyla *"Sigorta bedeli, sigorta değerinden az olduğu takdirde, sigorta edilmiş menfaatin bir kısmının zarara uğraması hâlinde sigortacı, aksine sözleşme yoksa, sigorta bedelinin sigorta değerine olan*

halde, artık mutabık kalınan sigorta değeri sigorta bedeline eşit kabul edilecek ve mutabık kalınan değerler üzerinden tazminatın ödenmesi gerekecektir." şeklinde ifade etmiştir.

[21] **Çeker,** s. 85.

[22] **Bozer,** s. 91.

[23] **Hızır,** s. 286-287; Yargıtay HGK, 2017/2701 E., 2020/494 K. sayılı ve 30.06.2020 tarihli kararında *"6762 sayılı TTK birden çok sigorta başlığı altında müşterek sigortayı, kısmi sigortayı ve çifte sigortayı düzenlemiştir. Çifte sigorta; değerinin tamamı sigortalanan bir menfaatin, sonradan aynı veya farklı kişilerce, aynı rizikolara karşı ve aynı süre için sigortalanmasıdır. Sebepsiz zenginleşme yasağı gereğince mal sigortalarında bulunan ana kural sigorta olunan menfaatin sigorta bedeline eşit olmasıdır."* şeklindeki ifadelere yer verilmiştir.

[24] **Sayhan,** s. 161.

[25] **Hızır,** s. 287.

[26] **Omağ,** s. 255.

oranına göre tazminat öder." şeklindeki düzenlemeyle m. 1462'de karşımıza çıkmaktadır. Görüldüğü üzere sigorta bedelinin sigorta değerinden az olması hali eksik sigorta olarak adlandırılmaktadır.[27] Bu durum bilinçli olarak yapılabildiği gibi tarafların iradelerinden bağımsız olarak da meydana gelebilmektedir.[28] Sigorta sözleşmesi akdedilirken sigorta bedeli, bilinçli bir şekilde sigorta değerinden daha az tespit edilmişse ilk durum söz konusu demektir.[29] Bu duruma birçok sebep örnek gösterilebilir. Örneğin, sigorta ettiren, sigorta priminin düşük olması amacıyla sigorta bedelini düşük göstermek isteyebilir yahut sigorta zararına sigortalının da katlanmasını sağlamak amacıyla eksik sigorta hali yaratılabilir. Bu durum için doktrinde *"zorunlu örtüsüzlük"* ifadesi kullanılmaktadır.[30] Zorunlu örtüsüzlük halinde genellikle amaç, sigortalının sigortaya güvenerek sorumsuz bir şekilde davranmasına engel olmaktır. Bu durumda sigortalının eksik kalan kısım için sigorta yaptırması da mümkün olmamaktadır.[31] Aksi takdirde sigortalı, bir önceki sigortadan doğan haklarını kaybedecektir.

Tarafların bilinçli olarak eksik sigorta halini meydana getirmelerinin yanı sıra kur değişimleri veya enflasyon gibi sebeplerle piyasadaki dalgalanmalar sonucunda da sigortaya konu menfaatin sigorta bedeli ile sigorta değeri arasında fark meydana gelebilmektedir.[32] Eksik sigorta halinin tarafların bilinçli bir şekilde bu durumu meydana getirmeleri veya taraflardan bağımsız olarak meydana gelmesinin, doğacak hukuki sonuçlar bakımından herhangi bir farklılığı söz konusu değildir.

Eksik sigorta halinde tam zarar söz konusuysa sigortacı, TTK m. 1461 uyarınca sigortalıya sigorta bedelinin tamamını ödemekle yükümlüdür.[33] Ancak meydana gelen zarar, kısmi bir zararsa yani sigortaya konu menfaatin bir kısmının zarara uğramış olduğu hallerde sigortacı, TTK m. 1462 hükmü uyarınca eğer aksine sözleşme de yoksa sigorta bedelinin sigorta değerine olan oranına göre tazminat ödeyecektir. Buna doktrinde *"orantı kuralı"* denilmektedir.[34] Buna göre sigortacı, meydana gelen zararın tamamını değil belli bir kısmını ödeyecektir.[35] Buradaki tazminat hesabı, sigorta bedelinin sigorta değerine oranının, meydana gelen zarar ile çarpılması şeklinde formüle edilmektedir.

Örneğin, değeri 100 bin lira olan bir otomobilin 80 bin lira bedel ile sigortalanmış olması halinde tam hasar gerçekleşirse sigortacı, sigorta bedeli olan 80 bin lirayı sigorta tazminatı olarak ödeyecektir. Ancak kısmi hasar söz konusu olursa ve sigorta zararı 20 bin lira olarak belirlenirse, tazminat miktarı 20 x (80/100) = 16 bin lira sigorta tazminatı olarak ödenecektir. Bu şekilde yapılan tazminat hesabında, görüldüğü üzere sigorta bedeli ve sigorta değeri arasındaki fark ile sigorta tazminatı arasında ters orantı mevcuttur. Dolayısıyla ikisi arasındaki fark ne kadar küçük olursa, sigorta tazminatı o kadar fazla olacak; ne kadar büyük olursa, sigorta tazminatı o kadar az olacaktır.[36] Ancak orantı kuralı, kısmi hasar halinde uygulanan bir kuraldır. Yukarıdaki örnekte

[27] **Can,** Türk Özel Sigorta Hukuku, s. 97; **Sayhan,** s. 167; **Ünan,** s. 149.
[28] **Ünan,** s. 149.
[29] **Can, M.** (2004), Birden Çok Sigorta, İmaj Yayınevi, s. 89.
[30] **Can,** Türk Özel Sigorta Hukuku, s. 98.
[31] **ibid**, s. 96-97.
[32] **Can,** Birden Çok Sigorta, s. 28; **Ünan,** s. 149.
[33] **Sayhan,** s. 168; **Ünan,** s. 153.
[34] **Sayhan,** s. 168; **Şenocak,** s. 22; **Ünan,** s. 149.
[35] **Şenocak,** s. 22.
[36] **ibid.**

de belirttiğimiz gibi tam hasarın mevcut olduğu hallerde sigorta bedeli sigorta tazminatı olarak ödenmektedir.[37]

TTK m. 1462'de yer alan eksik sigortada kısmi hasar halinde sigortacının ödeyeceği tazminatın, sigorta bedelinin sigorta değerine oranına göre tayin edilmesi kuralı mutlak bir kural olarak nitelendirilememektedir.[38] Zira kanun hükmünde *"aksine sözleşme yoksa*" ifadesi yer almakta ve buna göre taraflarca aksi kararlaştırılabilmektedir. Taraflarca sigorta sözleşmesinde bu hükmün aksi yönde bir anlaşma yapılmışsa sigortacı, meydana gelen zararın tamamından sigorta bedelinin sınırları dahilinde sorumlu olacaktır.[39] Bu durumda zenginleşme yasağı ilkesine aykırılık söz konusu olmayacaktır. Örneğin, sigorta bedeli olarak 50 bin liranın belirlendiği 100 bin lira değerindeki bir otomobilde rizikonun gerçekleşmesi sonucunda kısmi bir hasar meydana gelmişse ve zararın miktarı da 20 bin lira ise sigorta tazminatı olarak gerçek zarar miktarı olan 20 bin lira ödenecektir. Ancak meydana gelen zararın 60 bin lira gibi sigorta bedelinin üzerinde bir kısmi zarar olması halinde ise sigorta tazminatı olarak 50 bin lira ödenecektir. Ancak eğer taraflar arasında bu yönde bir anlaşma yoksa ve sigortacı fark etmeden gerçekleşen kısmi hasarın tamamını ödemişse, fazladan ödediği kısmı sigorta ettirenden sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri isteyebilecektir.[40] Elbette sigortacı, eksik sigorta halinin varlığının farkında olarak fazla ödeme yapmışsa ödemiş olduğu fazla tutarın iadesini talep edemeyecektir.

TTK m. 1448 hükmü uyarınca, sigorta ettirenin rizikonun gerçekleştiği veya gerçekleşme ihtimalinin yüksek olduğu durumlarda, zararın önlenmesi, azaltılması, artmasına engel olunması veya sigortacının üçüncü kişilere olan rücu haklarının korunabilmesi için, imkânlar ölçüsünde almış olduğu önlemler faydasız kalmış olsa dahi sigortacı bu masrafları sigorta tazminatından ayrı olarak ödemekle yükümlü tutulmuştur. Son olarak belirtmek gerekir ki, eksik sigorta, bir sözleşmenin geçersizliği sebebi değildir.[41] Bu nedenle eksik sigortanın varlığı halinde tarafların sigorta sözleşmesini haklı sebebe dayanarak feshetme gibi hakları söz konusu değildir.[42]

2. Aşkın Sigorta

Zenginleşme yasağına ilişkin bir diğer düzenleme ise aşkın sigorta başlığıyla karşımıza çıkmaktadır. Aşkın sigorta, TTK m. 1463'te *"Sigorta bedeli sigorta olunan menfaatin değerinin üstünde ise, aşan kısım geçersizdir."* şeklinde düzenlenmiştir. O halde aşkın sigorta, sigorta bedelinin sigortaya konu menfaatin değerini aşması hâli olarak tanımlanabilmektedir.[43] Bu nedenle sigorta bedeli ile sigorta priminin onu karşılayan kısmının indirilmesi ve tahsil edilmiş fazla primin geri verilmesi gerekmektedir.

Eksik sigortada olduğu gibi aşkın sigorta da sözleşme akdedilirken var olabileceği gibi sözleşme ilişkisinin devamı süresinde de ortaya çıkabilmektedir.[44] Kanunda sigorta ettirenin mali çıkar sağlamak amacıyla kötü niyetle yaptığı aşkın sigorta sözleşmelerinin geçersiz olduğu belirtilmiştir.[45] Sözleşme yapılırken geçersizliği bilmeyen sigortacı ise durumu öğrendiği sigorta

[37] **ibid,** s. 22-23.
[38] **Can,** Türk Özel Sigorta Hukuku, s. 99; **Sayhan,** s. 168.
[39] **Can,** Türk Özel Sigorta Hukuku, s. 99; **Ünan,** s. 153.
[40] **Şenocak,** s. 23; "Sebepsiz Zenginleşme" hususunda daha ayrıntılı bilgi için bkz. **Öz, T.** (1990), Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, s. 3-27.
[41] **Ünan,** s. 150.
[42] **Şenocak,** s. 23.
[43] **Can,** Türk Özel Sigorta Hukuku, s. 100; **Kubilay,** s. 7; **Şenocak,** s. 21; **Ünan,** s. 157.
[44] **Can,** Türk Özel Sigorta Hukuku, s. 100; **Ünan,** s. 158.
[45] Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG. 14.02.2011, S. 27846, m. 1463

döneminin sonuna kadar prime hak kazanmaktadır. Bu noktada belirtmemiz gerekir ki, TTK m. 1411'de yer alan düzenleme uyarınca, sigorta primi daha kısa zaman dilimlerine göre hesaplanmamış ise bu Kanuna göre sigorta dönemi bir yıl olarak kabul edilmektedir. O halde sigorta sözleşmeleri bakımından azami sürenin bir yıl olduğu göz önünde tutulursa geçersizliği daha sonra öğrenen sigortacıların her hâlükârda primin tamamına hak kazanacağını söylememiz yanlış olmayacaktır.[46]

Sigorta ettirenin kötüniyetli olmaksızın aşkın sigorta halinin ortaya çıktığı durumlarda TTK m. 1463 hükmü uyarınca, yalnızca sigorta bedelinin sigorta değerini aşan kısmı geçersiz olarak kabul edilecektir. Böyle bir durumda sigorta bedeli, geçersiz sayılan kısım kadar indirilmiş olacak ve sigorta bedeli ile sigorta değeri eşitlendikten sonra sigorta ettirenin prim borcu da belirlenen yeni sigorta bedeline uygun olarak değiştirilecektir. Dolayısıyla aşan kısma ilişkin sigorta primlerinin sigortacıya ödenmesi gerekmeyecek, ödenmişse bunların iadesi gündeme gelecektir. Görüldüğü üzere bu durumda sebepsiz zenginleşme halinin varlığı açıktır.[47] O halde sigorta ettiren, TTK m. 1451 hükmünde yer alan atıf dolayısıyla TBK m. 82 hükmünde yer alan iki ve on yıllık zamanaşımı süreleri içinde sigortacıdan zenginleşme oranında iade talep edebilecektir. İki yıllık sürenin başlangıcı, sigorta ettirenin ödediği fazla primleri talep etmeye yönelik hakkını öğrenmesi anından itibaren başlamaktadır. Sigorta ettirenin bu hakkını rizikonun gerçekleşmesinden sonra öğrenmesi halinde de durum değişmeyecektir.[48] Sigorta ettirenin rizikonun gerçekleşmesinden sonraki bir süreçte ödemiş olduğu fazla primlerin iadesini talep edebileceğini öğrenmesi halinde ise uzun zamanaşımı süresi olan on yıllık zamanaşımı süresi uygulama alanı bulacaktır.

3. Takseli Sigorta

Takseli sigorta, TTK m. 1464'te *"Taraflar sözleşme ile sigorta değerini belirli bir para olarak belirlemişlerse, bu para taraflar arasında, sigorta değeri için esas olur."* şeklinde düzenlenmiştir. Bu şekilde yapılan sigorta, *"takseli sigorta"* olarak adlandırılmaktadır. Bu maddenin devamında *"Takse esaslı şekilde fahiş ise, sigortacı taksenin indirilmesini isteyebilir. Umulan kazanç takselenmiş ise, taksenin sözleşme yapıldığı sırada ticari tahminlere göre elde edilmesi mümkün görülen kazancı aşması hâlinde sigortacı bunun indirilmesini isteyebilir."* düzenlemesi yer almaktadır. Görüldüğü üzere taksenin esaslı şekilde fahiş olması durumunda, sigortacı taksenin indirilmesini isteyebilmektedir.[49]

Takseli sigortanın söz konusu olduğu hallerde, sigorta sözleşmesinin tarafları, sigorta değerini, sigortaya konu menfaatin rizikonun gerçekleştiği andaki değerinden farklı bir değer olarak kararlaştırmış olmaktadırlar.[50] Dolayısıyla takseli sigortada belirlenen değer, sigortaya konu menfaatin rizikonun gerçekleştiği andaki değeri değil; sigorta sözleşmesinin akdedildiği andaki değeridir. Ancak, taraflar takseli sigortada, sigorta sözleşmesinin akdedildiği anda, birlikte tespit ettikleri bilirkişi tarafından takdir edilen değerin sigortaya konu rizikonun gerçekleştiği andaki sigorta değeri olarak kabul edileceğini kararlaştırmaktadırlar.[51]

[46] **Can,** Türk Özel Sigorta Hukuku, s. 100.
[47] **ibid,** s. 101.
[48] **ibid.**
[49] **Ünan,** s. 167.
[50] **Şenocak,** s. 15.
[51] **ibid.**

4. Birden Çok Sigorta

Aynı menfaat ile ilgili aynı rizikoya ilişkin birden çok sigorta sözleşmesi yapılarak da aşkın zarar haline sebebiyet verilebilir. Bu husus TTK m. 1465 ilâ 1468 arasında düzenlenmiştir. Birden çok sigortanın varlığı halinde sigortacı sayısı kadar sigorta sözleşmesi mevcuttur.[52]

Kanundaki birden çok sigortaya ilişkin düzenlemelerde bu durumun müşterek sigorta, çifte sigorta ve kısmi sigorta olmak üzere üç farklı halde karşımıza çıkabildiğini görmekteyiz. Bu hallerin hepsinin düzenleniş amacı, sigorta hukukundaki zenginleşme yasağının tam anlamıyla uygulanabilmesini sağlamaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, taraflar sigorta sözleşmesinde sigortalanan menfaat için başka sigortaların yapılamayacağını da kararlaştırabilirler. Dolayısıyla birden çok sigorta sözleşmesinin yapılması sözleşme ile engellenebilmektedir.[53]

a. Müşterek Sigorta

Müşterek sigortaya ilişkin TTK m. 1466 hükmü, *"Bir menfaat birden çok sigortacı tarafından aynı zamanda, aynı süreler için ve aynı rizikolara karşı sigorta edilmişse, yapılan birden çok sigorta sözleşmesinin hepsi, ancak sigorta olunan menfaatin değerine kadar geçerli sayılır."* şeklinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla aynı menfaatin, aynı rizikoya karşı ve aynı zamanda birden çok sigortacıya sigorta ettirilmesi hâline müşterek sigorta denmektedir.[54] Bu takdirde sigortacılardan her biri, sigorta bedellerinin toplamına göre kendi sigorta ettiği bedel oranında sorumlu olmaktadır.

Görüldüğü üzere müşterek sigortadan bahsedebilmek için öncelikle aynı menfaat ile ilgili birden çok sigortacı ile yaptırılan sigorta sözleşmelerinin mevcudiyetine ihtiyaç vardır. Burada aynı menfaat bakımından hem sigortacıların hem de sigorta sözleşmelerinin farklı olması önem arz eden bir noktadır.[55] Bu bakımdan aynı sigortacı ile akdedilen birden fazla sigorta sözleşmesinin varlığı halinde müşterek sigortadan söz edilemeyecektir. Böyle bir durumda aynı sigortacı ile yapılan birden fazla sözleşme, sigortalanan menfaatin değerini aşıyorsa, aşan kısım bakımından aşkın sigortaya ilişkin hükümler uygulanmalıdır.

Müşterek sigortanın varlığı için aranması gereken bir diğer önemli husus da bu sözleşmelerin aynı menfaat için akdedilmiş olmasıdır. Burada dikkat edilmesi gereken durum, aynı mala ilişkin birden çok sigorta sözleşmesinin akdedildiği her halde müşterek sigortanın söz konusu olmayabileceğidir. Örneğin, aynı mala ilişkin olarak farklı kişilere ait menfaatler söz konusu olabilir. Bunun yanı sıra tek bir kişinin aynı mala ilişkin olarak birden fazla sigortalanabilir menfaati de söz konusu olabilir. Dolayısıyla somut olay bakımından müşterek sigortanın tespiti yapılırken bu durumların da dikkate alınması gerekmektedir.

b. Çifte Sigorta

Sigorta uygulamalarında sigorta ettirenlerin zenginleşmek amacıyla birden çok sigortacıyla aynı menfaat için sigorta sözleşmesi akdetmesi gibi durumlar ortaya çıkabilmektedir. Örneğin bir sigorta ettiren, 200.000 lira değerindeki otomobilini ilk önce A sigorta şirketiyle 200.000 lira olarak sigorta ettirip ardından B ve belki C sigorta şirketleriyle de yine 200.000 lira üzerinden aynı otomobil için farklı sigorta sözleşmeleri akdetmiş olsun. Bu kişi, sigortacılara da haber vermemişse rizikonun gerçekleşmesi halinde aynı otomobil için üç farklı sigortacıdan tazminat

[52] Bunun yanı sıra bir *"birlikte sigorta"* olarak adlandırılan ve TTK'da düzenlenmemiş olan bir hal daha mevcuttur. Bu halde ise sigorta ettirenin birden fazla sigortacı ile tek bir sigorta sözleşmesi akdetmesi söz konusu olmaktadır.; **Can,** Türk Özel Sigorta Hukuku, s. 105.

[53] **ibid.**

[54] **Sayhan,** s. 173.

[55] **Can,** Türk Özel Sigorta Hukuku, s. 108.

alacak ve zenginleşmiş olacaktır. Bu durumun önüne geçebilmek için *"çifte sigorta yasağı"* getirilmiştir.

Müşterek sigorta gibi aynı menfaatin birden çok sigortacı tarafından sigorta ettirilmesi sonucunda meydana gelen ve birden çok sigortanın bir türü olan çifte sigorta[56], TTK m. 1467'de *"Değerinin tamamı sigorta olunan bir menfaat, sonradan aynı veya farklı kişiler tarafından, aynı rizikolara karşı, aynı süreler için sigorta ettirilemez."* şeklinde hüküm altına alınmıştır. O halde çifte sigortanın ortaya çıkabilmesi için öncelikle sigortaya konu menfaatin değerinin tamamının sigorta ile teminat altına alınmış olması gerekmektedir. Bunun yanı sıra değeri tamamen sigorta ettirilen menfaatin sonradan aynı rizikolara karşı tekrar sigorta ettirilmesi gerekmektedir. Bu da sonradan yeni sigorta sözleşmelerinin akdedilmesiyle mümkündür.[57]

Aynı menfaatin aynı rizikolara karşı tekrar sigortalanması için yapılacak olan yeni sözleşmelerin farklı bir sigortacı ile akdedilmesi gerekmektedir. Zira aynı sigortacı tarafından akdedildiği takdirde yapılan yeni sözleşmelerin ilk sözleşmenin cüz'ü niteliğinde olduğu kabul edilmektedir.[58] Bu halde ise artık birden çok sigortaya ilişkin hükümler değil aşkın sigorta hükümleri uygulanmaktadır.

Eğer ki bir şekilde sigorta ettirilmişse, sigorta ancak belirli hâl ve şartlarda geçerli sayılmaktadır. Bu hâl ve şartlar TTK m. 1467'de tahdidi olarak sayılmıştır. Sonraki ve önceki sigortacılar onay verirlerse; bu takdirde, sigorta sözleşmeleri aynı zamanda yapılmış sayılarak riziko gerçekleştiğinde sigorta bedeli, m. 1466'da gösterilen oranda sigortacılar tarafından ödenecektir. Sigorta ettiren, önceki sigortadan doğan haklarını ikinci sigortacıya devretmişse veya o haklardan feragat etmişse; bu takdirde, devir veya feragatin ikinci sigorta poliçesine yazılması şarttır; yazılmazsa ikinci sigorta sözleşmesi geçersiz sayılacaktır. Sonraki sigortacının, ancak önceki sigortacının ödemediği tazminattan sorumluluğu şart kılınmış ise bu hâlde önceden yapılmış olan sigortanın ikinci sigorta poliçesine yazılması gerekecek; yazılmazsa, ikinci sigorta sözleşmesi geçersiz sayılacaktır.[59] O halde ilk başta verdiğimiz örnekte sigorta ettirenin aynı otomobil için yaptırdığı ikinci ve üçüncü sigorta sözleşmeleri geçersiz sayılacaktır.

Çifte sigorta yasağı yalnızca zarar sigortaları bakımından uygulanmaktadır. Zira TTK m. 1491/1 hükmünde *"Bir kimsenin hayatı bir veya birkaç sigortacı tarafından çeşitli bedeller üzerine sigorta ettirilebilir."* denilmiştir. Dolayısıyla bu yasak, hayat sigortaları bakımından uygulama alanı bulmamaktadır.

c. Kısmi Sigorta

Kısmi sigorta, sigorta olunan menfaatin değerinin önceki sözleşmeyle tamamen teminat altına alınamamış olması halinde bu menfaatin geri kalan değerine kadar bir veya birkaç defa daha sigorta ettirilebilmesini ifade etmektedir.[60] Bu takdirde, o menfaati sonradan sigorta eden sigortacılar, bakiyeden dolayı sözleşmenin yapılış tarihleri sırasıyla sorumlu olmakta ve aynı günde yapılan sözleşmelerin aynı anda yapıldıkları kabul edilmektedir.[61] Dolayısıyla kısmi sigortada sigortaya konu menfaat, aynı rizikoya karşı farklı tarihlerde aynı sürelerle sınırlı olmak üzere birden fazla sigortacı tarafından teminat altına alınmış olmaktadır.

[56] **Kubilay,** s. 10; **Sayhan,** s. 178.
[57] **Can,** Türk Özel Sigorta Hukuku, s. 125.
[58] **ibid,** s. 126.
[59] Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG. 14.02.2011, S. 27846, m. 1467.
[60] **Can,** Türk Özel Sigorta Hukuku, s. 136-137; **Kubilay,** s. 10; **Şenocak,** s. 23.
[61] Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG. 14.02.2011, S. 27846, m. 1468.

Kısmi sigortayı ortaya çıkaracak olan birden çok sigortanın her birinin amacı, diğer sigortalar ile birlikte sigortalanan menfaatin tam değeri ile sigortalanmasını sağlamaktır.[62] Bu bakımdan kısmi sigortanın ortaya çıkabilmesi için, menfaat hakkında yapılan birden çok sigortadan sadece ilk sigortanın eksik sigorta olması zorunludur.[63] Daha sonra yapılacak sigorta veya sigortalar, eksik sigorta olabileceği gibi bunların tam sigorta olması dahi mümkündür.[64]
Kısmi sigortaya ilişkin düzenlemelere göre, değeri 50.000 lira olan bir menfaatin ilk sigorta şirketine 30. 000 lira, ikinci sigorta şirketine 18.000 lira ve üçüncü sigorta şirketine 22.000 lira olmak üzere, toplamda 70.000 lira değerinde farklı tarihlerde, aynı rizikoya karşı ve aynı süre için sigortalandığını düşünelim. Bu durumda rizikonun gerçekleşmesi halinde birinci ve ikinci sigorta şirketleri, sigorta tazminatını ödemekle yükümlü olacaklar, üçüncü sigorta şirketi ise yalnızca 2.000 TL ödeyecektir. Tarih sırasına göre son sırada olan üçüncü sigorta şirketi sigorta bedelini aşan kısımdan sorumlu olmayacaktır. Ancak örneğin, menfaatin değeri rizikonun gerçekleştiği anda artmış ve 60.000 lira olmuşsa üçüncü sigortacı bu durumda 12.000 lira ile sorumlu olacaktır. Belirtmek gerekir ki kısmi sigorta halinde birden fazla sigortacı bakımından müteselsil sorumluluk esasları uygulanmamaktadır.

D. HALEFİYET

Halefiyet ilkesi, zenginleşme yasağı ilkesinin tamamlayıcısı niteliğindedir.[65] Halefiyet, genel olarak TBK m. 127'de düzenlenmiş olan bir Borçlar Hukuku ilkesidir. Bu düzenlemeye göre alacaklıya ifada bulunan üçüncü kişi, iki durumda ifası ölçüsünde alacaklının haklarına halef olmaktadır.[66] Bunlardan ilki, başkasının borcu için rehnedilen bir şeyi rehinden kurtaran ve bu şey üzerinde mülkiyet veya başka bir ayni hakkın bulunması halidir.[67] İkincisi ise alacaklıya ifada bulunan üçüncü kişinin ona halef olacağının borçlu tarafından ifadan önce alacaklıya bildirilmesi halidir.[68] Halefiyetin özünde, üçüncü kişinin asıl borçlu yerine borcu ifa etmesi olgusu söz konusu olduğu için halefiyetin söz konusu olabilmesi için üç taraflı bir ilişkinin varlığı mecburidir.[69] TBK m. 127 hükmünde diğer kanunlardaki halefiyete ilişkin hükümler saklı tutulmuştur.
Sigorta hukuku bakımından halefiyete ilişkin düzenleme TTK m. 1472'de yer almaktadır. Bu hükme göre sigortacı, sigorta tazminatını ödediğinde, hukuken sigortalının yerine geçmektedir. Sigortalının, gerçekleşen zarardan dolayı sorumlulara karşı dava hakkı varsa bu hak, tazmin ettiği bedel kadar, sigortacıya intikal etmektedir.[70] Sorumlulara karşı bir dava veya takip başlatılmışsa, sigortacı, mahkemenin veya diğer tarafın onayı gerekmeksizin, halefiyet ilkesi uyarınca, sigortalısına yaptığı ödemeyi ispat ederek, dava veya takibi kaldığı yerden devam ettirebilmektedir.[71] Bu hüküm, TTK m. 1486/1 uyarınca emredici nitelikte olup bu hükme aykırı sözleşmeler geçersizlik yaptırımına tabidir. Bu yaptırım doktrinde eleştiri konusu olmuştur.[72] Zira bu durumda sigorta sözleşmesi tamamen geçersiz sayılarak sigorta ettirenler aleyhine bir durum

[62] **Can,** Birden Çok Sigorta, s. 137.
[63] **Can,** Türk Özel Sigorta Hukuku, s. 136.
[64] **ibid.**
[65] **ibid,** s. 41; **Ayhan ve Çağlar,** s. 64.
[66] **Ayhan ve Çağlar**, s. 64-66.
[67] Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG. 04.02.2011, S. 27836, m. 127.
[68] **Can,** Türk Özel Sigorta Hukuku, s. 41.
[69] **Bozkurt, T.** (2016), Ticaret Hukuku C. IV, Sigorta Hukuku, Oniki Levha Yayıncılık, s. 173.
[70] **Ayhan ve Çağlar,** s. 65.
[71] Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG. 14.02.2011, S. 27846, m. 1472.
[72] **Ulaş,** s. 244.

yaratılmaktadır.[73] Dolayısıyla, bu durumda sözleşmeyi ayakta tutma ilkesi hiçe sayılmış ve kısmi geçersizlik yaptırımı uygulanması halinde ayakta tutulabilecek bir sözleşme, tamamen geçersiz kabul edilerek daha büyük zararların doğmasına sebebiyet verilmiş olmaktadır.

Bu ilkenin gerçekleşmesi için öncelikle geçerli bir sigorta sözleşmesinin varlığı şarttır.[74] Zira geçerli olmayan bir sözleşmeye dayanarak ödeme yapmış olan sigortacının halefiyete ilişkin hükümlerden yararlanması mümkün değildir.[75] Ardından sigortacının geçerli bir şekilde ödeme yapmış olması gerekmektedir.[76] Son şart ise sigorta ettirenin dava hakkının bulunmasıdır.[77] Bu ilkenin amacı, rizikonun gerçekleşmesi halinde sigortacıya başvurarak zararını tazmin ettiren sigorta ettirenin daha sonra aynı zarar dolayısıyla zarara sebep olan kişilerden de tazminat talep ederek zenginleşmesinin önüne geçmek amacını taşımaktadır.[78] Bu nedenle sigorta ettirenin zararını karşılayan sigortacı, bunu üçüncü kişiye rücu etme hakkına sahip olacaktır. Ancak bu ilkenin bir diğer yönü ise sigortacının sigorta ettirenden isteyemeyeceği talepleri halefiyet ilkesinden yararlanarak üçüncü kişiden isteyebilmesinin mümkün olmamasıdır.[79] Zira üçüncü kişi borçlunun durumunun ağırlaşmasına, kanunkoyucu izin vermemiştir. Halefiyet ilkesinin bu amaçlarının yanı sıra dava hakkının kendiliğinden sigortacıya geçmesi, sigortacının sigortalıya ödemiş olduğu tazminatı sorumluluk süjesinden alabilmek şartıyla sigorta primlerinin ucuzlatılması gibi hukuki ve ekonomik yararları da mevcuttur.[80]

Son olarak belirtmek gerekir ki halefiyet ilkesi, zenginleşme yasağının bir uzantısı olarak zarar sigortaları bakımından kabul edilmiş ilke olması dolayısıyla hayat sigortalarında uygulama alanı bulmamaktadır.[81] Bu hususta TTK m. 1491/3 hükmünde yer alan *"1472'nci madde hükmü hayat sigortalarında uygulanmaz."* şeklindeki düzenleme ile halefiyet ilkesinin hayat sigortalarında uygulanmayacağı açıkça düzenlenmiştir.

II. MANEVİ ZARARLAR BAKIMINDAN ZENGİNLEŞME YASAĞI İLKESİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ

Çalışmamızın başında zenginleşme yasağı ilkesinin zarar sigortaları bakımından uygulanan bir ilke olduğu ifade edilmişti. Bu ilkenin meblağ sigortaları bakımından uygulanamıyor olmasının altındaki sebep, meblağ sigortalarında sigorta ettirenin şahısvarlığı haklarına değer biçiliyor olmasıdır. Burada sigorta ettirenin zarara uğrayıp uğramadığı yahut zararın miktarı tam olarak belli değildir. Tam da bu nedenle zenginleşme yasağının bu sigorta türünde uygulanmadığı söylenebilmektedir. Bu noktada tazmini para ile tam olarak mümkün olmayan manevi zararlar bakımından bu ilke uygulanmalı mıdır sorusu üzerinde durmak yerinde olacaktır. Zira meblağ sigortaları bakımından bu ilkenin uygulanmamasının en önemli sebebi, bu sigortalarda şahısvarlığı haklarına değer biçilmesi ise şahısvarlığı haklarına yönelik olarak ortaya çıkabilen manevi zararlarda bu ilkenin uygulanıp uygulanamayacağını yahut ne derece uygulanabileceğini

[73] **Kayıhan, Ş**. (2016), Zarar Sigortalarında Sigortacının Halefiyeti, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1595, C. 22, S. 3, s. 1600.
[74] **Ayhan ve Çağlar,** s. 66.
[75] **Ulaş,** s. 209.
[76] **Ayhan ve Çağlar,** s. 66; Yazıcıoğlu, E. (2018), Sorumluluk Sigortalarında Sigortacının Kanuni Halefiyeti, Sigorta Hukuku Sempozyumları, Oniki Levha Yayınları, s. 485.
[77] **Yazıcıoğlu,** s. 485.
[78] **Can,** Türk Özel Sigorta Hukuku, s. 41.
[79] **Kayıhan,** s. 1622.
[80] **Ulaş,** s. 207.
[81] **Kayıhan,** s. 1622.

değerlendirmek gerekmektedir. Çalışmamızın bu başlığında söz konusu ilkenin sigorta hukukuna konu olan manevi zararlar bakımından uygulanabilirliği Yüksek Mahkeme kararları doğrultusunda incelenecektir.

A. MANEVİ ZARAR

Zarar kavramı, geniş anlamıyla hem maddi hem de manevi zararları kapsamaktadır.[82] Dolayısıyla hukuka aykırı bir fiille bir kimseye maddi zarar verilebileceği gibi manevi zarar da verilebilmektedir. O halde manevi zarar, hukuka aykırı bir fiile bir kişinin manevi dünyasında meydana gelen acı, elem, ıstırap gibi duygular sonucunda oluşan eksilme şeklinde tanımlanabilmektedir.[83] Manevi zararlar kişinin malvarlığına veya şahısvarlığına yönelik olarak ortaya çıkabilmektedir. Şahısvarlığına yönelik manevi zararlarda ikili bir ayrım yapmak gerekmektedir. Zira şahısvarlığı, maddi nitelikte olan ve maddi nitelikte olmayan değerlerden oluşmaktadır.[84] Maddi nitelikteki değerlere kişinin vücut bütünlüğünü örnek gösterebilirken, maddi nitelikte olmayan değerlere ise kişinin ismi, özel hayatı veya şerefi gibi değerleri örnek gösterilebilmektedir.

Manevi tazminat, bir kişinin manevi zarara uğraması halinde duyduğu acıyı ve elemi bir nebze olsun azaltmak amacıyla onun ekonomik durumunun artırılması amacını taşıyan bir araçtır.[85] *"Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir.."* şeklindeki TBK m. 56 hükmü ile maddi nitelikteki değerlerin tazmini düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre bedensel zarar görenler ve ölüm halinde ölenin yakınları manevi tazminat talebinde bulunabileceklerdir. Yine TBK m. 58 hükmünde ise *"Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir."* şeklindeki düzenleme ile de maddi nitelikte olmayan değerlerin tazmini düzenlenmiştir. Manevi tazminata ilişkin Türk Medeni Kanunu'nda (TMK) da birçok hüküm yer almaktadır. Örneğin, m. 24'te isme tecavüz sebebiyle, m. 26'da nişanın bozulması sebebiyle, m. 121'de evlenmenin butlanı sebebiyle manevi tazminata ilişkin hükümler yer almaktadır. Kural olarak, manevi tazminata ilişkin dava açılabilmesi için hukuka aykırı bir fiil, bu fiil sonucunda doğan bir zarar ve illiyet bağı aranmaktadır.[86]

Manevi tazminatın niteliğine yönelik iki farklı görüş ileri sürülmüştür. Bunlardan ilki olan sübjektif görüşe göre, kişilik hakları zedelenen kişinin fiziki veya manevi acı duyması halinde manevi zarara uğradığı kabul edilmektedir.[87] Bu görüş, kişilik haklarının ihlali sonucunda duygusal bir zararın doğmasını aramaktadır. Objektif görüşe göre ise manevi tazminatın amacı giderimdir.[88] Buna göre manevi zarar, hukuka aykırı fiil sonucunda kişilik değerleri ihlal edilen kişinin malvarlığında objektif bir eksilmesinin meydana gelmesi halidir.[89] Dolayısıyla manevi zararın kişilerden bağımsız olarak gerçekleştiği ve kişi bunu bilmese dahi manevi zararın

[82] **Antalya,** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I, Beta Yayınları, s. 449; **Eren, F.** (2017), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 550; **Saymen, F. H.** (1940), Manevi Zarar ve Tazmini Sureti, İstanbul, Cumhuriyet Matbaası, s. 13.

[83] **Akıntürk, T.** (2009), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, s. 83; **Kılıçoğlu, A. M.** (2018), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, s. 398; **Antalya,** s. 488; **Bozer,** s. 120.

[84] **Kılıçoğlu,** s. 399.

[85] **Antalya,** s. 488; **Bozer,** s. 120.

[86] **Bozer,** s. 121.

[87] **Antalya,** s. 489; **Saymen,** s. 16.

[88] **Erlüle, F.** (2016), Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat, Seçkin Yayınevi, s. 39 vd.

[89] **Antalya,** s. 489.

doğduğunu kabul etmektedir. Ancak bu görüşlerin ikisi de tek başına manevi tazminatın tanımı için yeterli olmamaktadır. Bu nedenle objektif görüşün sübjektif görüşle desteklendiği karma bir görüş[90] daha isabetli olacaktır.

B. MANEVİ ZARARLARDA ZENGİNLEŞME YASAĞI İLKESİ

Hukuka aykırı fiil sonucunda bir kimsenin uğradığı zararların tazminini amaçlayan sigorta hukuku, bazı sigorta türleri bakımından manevi zararları kapsam dışında bıraksa da pek çok sigorta türü bakımından manevi zararları da tazminat kapsamına dahil etmekte yahut taraflara sözleşme ile bu tür zararları da teminat kapsamına dahil edebilme imkânı tanımaktadır.[91] Ancak manevi zararlar, tazmini tam anlamıyla para ile giderilebilecek nitelikte zararlar olmadığı için bu zararları karşılamak için belirlenecek tazminat miktarının gerçekten doğan zararla orantılı olmasına dikkat edilmesi gerekmektedir.

Manevi tazminat, tanımından da anlaşılacağı üzere her somut olayın koşullarına göre değişebilen ve birçok farklı unsurdan etkilenebilen bir zarar giderim yöntemidir. Bu nedenle manevi tazminat miktarının tayini hâkime bırakılmıştır. Hâkim, bu belirlemeyi yaparken hükmedeceği tutarın uğranılan zararla dolayısıyla duyulan acı ve elem ile orantılı olmasına dikkat etmeli, tazminat miktarını belirlerken ülkenin içinde bulunduğu ekonomik durumu, zarara uğrayan tarafın ekonomik ve sosyal durumunu, maluliyet oranı, zarar verici fiil sonucunda duyduğu acı ve elem gibi unsurları da hesaba katarak karar vermelidir.[92] Zira manevi tazminat, niteliği gereği sebepsiz zenginleşmeye elverişli bir istemdir. Ancak zarar görenin talep edebileceği manevi tazminatın zenginleşme aracı olarak kullanılması, hukuka ve ahlaka aykırı niteliktedir.[93] Zira manevi tazminatın amacı manevi zararları olabildiğince gidermek ve zarar gören kişinin duyduğu acı, elem, ıstırabı bir derece de olsa azaltabilmektir.[94] Bu hususta bazı gelişmiş ülkelerde kişilerin vücut bütünlüğü veya yaşam hakları gibi temel haklarının sebepsiz zenginleşmeye üstün tutulması gerektiği ve manevi tazminatın cezai nitelikte olması gerektiği yönünde görüşler ileri sürülmektedir. Ancak hukukumuzda Yüksek Mahkeme kararlarını incelediğimizde manevi tazminatın bir ceza koşulu olmadığını ve zenginleşme yasağı ilkesinin manevi tazminat alacakları bakımından da uygulanmakta olduğunu görmekteyiz.

Yargıtay bu hususta vermiş olduğu bir kararında[95] manevi tazminata ilişkin yukarıda yapmış olduğumuz açıklamaları kararda belirterek Yerel Mahkemece uygun görülen tazminatın meydana gelen zararla orantılı olmaması sebebiyle kararın bozulmasına hükmetmiştir:

"..mahkemece; meydana gelen trafik kazası sonucu davacıların çocuğu olan murislerinin ölümü nedeniyle duyulan acı ve elemin kısmen de olsa giderilmesi amacıyla; tarafların sosyal ve

---

[90] **ibid,** s. 490; **Eren,** s. 554.

[91] Örneğin bir sorumluluk sigortası türü olan trafik sigortaları bakımından manevi tazminat istemleri, KTK m. 92'de yer alan düzenleme uyarınca zorunlu trafik sigortalarının kapsamı dışında bırakılmışken; İhtiyari Mali Mesuliyet Sigortası Genel Şartları'nın 3. maddesinde tarafların bu istemleri ek bir sözleşme ile sigorta kapsamına dahil edebilecekleri düzenlenmiştir.

[92] **Antalya,** s. 504-505.

[93] Yargıtay 17. HD, 2019/ 2449 E., 2020 / 7689 K. sayılı ve 25.11.2020 tarihli kararında *''Manevi tazminat zenginleşme aracı olmamakla beraber, bu yöndeki talep hakkındaki hüküm kurulurken olay sebebiyle duyulan acı ve elemin kısmen de olsa giderilmesi amaçlanmalı ve bu sebeple tarafların sosyal ve ekonomik durumları ile birlikte olayın meydana geliş şekli de gözönünde tutularak, B.K.'nun 47. maddesindeki özel haller dikkate alınarak, hak ve nesafet kuralları çerçevesinde bir sonuca varılmalıdır. Zira, M.K'nun 4.maddesinde, kanunun takdir hakkı verdiği hallerde hakimin hak ve nesafete göre hükmedeceği öngörülmüştür.''* şeklindeki ifadelere yer vermiştir.

[94] **Yavaşi,** s. 393.

[95] Yargıtay 17. HD, E. 2016/8604, K. 2019/3521, 25.03.2019.

ekonomik durumları, kazanın meydana geldiği tarih ve olay tarihindeki paranın alım gücü, manevi tazminatın amacı göz önünde bulundurularak davacılar için hak ve nesafet kuralları çerçevesinde daha düşük manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken, somut olay ve tarafların kusur oranları ile bağdaşmayan, yüksek manevi tazminata hükmedilmesi uygun görülmemiş ve kararın bozulması gerekmiştir.".

Danıştay'ın birçok kararında da manevi tazminatın zenginleşme aracı olmadığı vurgulanmış ve aynı zamanda manevi zararın kapsamının da dar yorumlanmaması gerektiği belirtilmiştir.[96] Danıştay 10. Daire bir kararında[97] bu hususa şu ifadelerle yer vermiştir:

"Manevi tazminat, mal varlığında meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı değil, manevi tatmin aracıdır. Olay nedeniyle duyulan elem ve ızdırabı kısmen de olsa hafifletmeyi amaçlar. Belirtilen niteliği gereği manevi tazminatın zenginleşmeye yol açmayacak ve idarenin kusurunun ağırlığını ortaya koyacak şekilde belirlenmesi gerekmektedir.".

Şunu da belirtmek gerekir ki manevi zararlar bakımından zarar görenin kendi kusurunun da zararın doğmasında etkisi varsa bu durum da göz önünde bulundurulmalıdır. Bu husus, Yargıtay HGK'nın vermiş olduğu bir kararda[98] aşağıdaki ifadelerle belirtilmiştir:

"Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle; davacının, davalı tarafından kendisi hakkında Kuşadası İcra Müdürlüğü'nün 2000/2217 esas sayılı dosyasıyla başlatılan icra takibinde süresi içerisinde icra mahkemesinde ödeme emrine itiraz etmemiş ve mal beyanında da bulunmamış olmasının, görülmekte olan davadaki manevi tazminat isteminin dayandırıldığı olguların gerçekleşmesinde kısmen kendisinin de kusurlu bulunduğunun kabulünü gerektirmesine; hüküm altına alınacak manevi tazminat miktarı belirlenirken, bu durumun da göz önünde bulundurulmasının zorunlu olmasına göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire Bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.".

Bu hususta son olarak üzerinde durmamız gereken husus da sigorta uyuşmazlıkları sonucunda tarafların manevi tazminat istemleriyle tahkim yoluna başvurmamaları gerektiğidir. Zira Sigortacılık Kanunu m. 30/15'te *"Hakemler, sadece kendilerine verilen evrak üzerinden karar verir."* şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Dolayısıyla tahkimde yalnızca tarafların sunmuş oldukları belgeler değerlendirilmektedir. Manevi tazminatın hesaplanması aşamasında ise belirttiğimiz üzere, hâkim kendisine verilen takdir yetkisini kullanarak zarar görenin duymuş olduğu acı, elem, ıstırap gibi duygularla birlikte tarafların sosyal ve ekonomik durumları ile birlikte kusur oranlarını da re'sen araştırmaktadır. Bu nedenle sigorta hukukunda manevi tazminat talepleri bakımından tahkim yoluna gidilmesi halinde hakemler gerekli unsurları re'sen araştıramayacak ve dolayısıyla tazminat hesabına dahil edemeyeceklerdir.[99] Bu da meydana gelen

[96] Danıştay 15. HD, 2014/7673 E., 2016/6517 K. sayılı ve 29.12.2016 tarihli kararında bu hususa yönelik *"Manevi tazminat, kişinin malvarlığında meydana gelen eksilmeyi gidermeye yönelik bir tazmin aracı değil, manevi değerlerinde bir eksilme meydana gelen ve yaşama sevinci ve zevki azalan kişinin manen tatminini sağlamaya yönelik bir tazmin aracıdır. Manevi zararın başka türlü giderim yollarının bulunmayışı veya yetersiz kalışı manevi tazminatın parasal olarak belirlenmesini zorunlu kılmaktadır. Manevi tazminat, olay nedeniyle duyulan elem ve ızdırabı kısmen de olsa hafifletmeyi amaçlar. Belirtilen niteliği gereği manevi tazminatın, zenginleşmeye yol açmayacak şekilde belirlenmesi gerekmekte ise de, .. caydırıcı ve aynı zamanda cezalandırıcı bir miktarda da olması gerekmektedir."* şeklinde ifadelere yer vermiştir.

[97] Danıştay10. D, E. 2019/10546, K. 2020/3080, 21.09.2020.

[98] Yargıtay HGK, E. 2007/13-130, K. 2007/129, 14.03.2007.

[99] **Yavaşi,** s. 393.

zarardan farklı bir miktarın tazminat olarak belirlenmesine sebep olacak ve sebepsiz zenginleşmeye yol açabilecektir.

SONUÇ

Hemen hemen her riske karşı sigortanın mümkün olduğu günümüzde, sigortanın amacı dışında kullanılmasını önlemek üzere sigorta hukukuna egemen olan ilkelerin var olması zorunluluk arz etmektedir. Bu bağlamda sigorta hukukuna egemen olan birçok ilke mevcut olmakla birlikte bunların en önemlilerinden birisi, *"zenginleşme yasağı ilkesi"* olarak karşımıza çıkmaktadır. Sigortanın, sigorta ettiren/sigortalı tarafından zenginleşme aracı olarak kullanılmasını engellemeyi amaçlayan bu ilke, *"tazminat ilkesi"* başlığı altında TTK m. 1459 ilâ 1468 arasında düzenlenmiş olması dolayısıyla, kanundan doğan emredici nitelikte bir ilkedir.

Sigorta hukukunda esas olan sigorta bedeli ile sigorta değerinin birbirine eşit olması hali olmakla birlikte uygulamada her zaman durum böyle olmamaktadır. Sigorta bedelinin sigorta değerinden fazla olduğu hallerde aşkın sigorta, sigorta bedelinin sigorta değerinin altında kaldığı hallerde eksik sigorta veya sigorta ettirenin aynı menfaati birden çok sigortacıya sigortalatması halinde birden çok sigorta hükümleri uygulama alanı bulmaktadır. Sigorta değerinin, sigortaya konu menfaatin rizikonun gerçekleştiği andaki değerinden başka bir değer olarak belirlenmesi halinde ise takseli sigorta hükümleri uygulanacaktır. Görüldüğü üzere zenginleşme yasağı ilkesinin birden fazla görünüm şekli mevcut olmakla birlikte kanunkoyucu tarafından bunların hepsine TTK'da yer verilerek sigortacının sebepsiz yere zenginleşmesine müsaade edilmemiştir.

Hukuka aykırı bir fiil sonucunda bir kimsenin duyduğu acı, elem, ıstırap gibi duygular sonucunda manevi dünyasında oluşan eksilmeyi ifade eden ve pek çok sigorta türünün de teminat kapsamına dahil edilen manevi zararlar, malvarlığı haklarına yönelik olabileceği gibi şahısvarlığı haklarına yönelik de olabilmektedir. Ancak ister malvarlığı hakkına yönelik olsun ister şahısvarlığı hakkına yönelik olsun manevi zararlara uğrayan sigorta ettiren/sigortalının da zenginleşmesine izin verilmemiştir. Bu husus yargı kararlarına da yansımıştır. Yargıtay ve Danıştay'ın vermiş oldukları birçok kararda manevi tazminatın, kişinin manevi dünyasında oluşan eksilmeyi tam olarak karşılayacak nitelikte bir tazmin aracı değil; kişinin acısını bir nebze olsun hafifletmek amacı taşıyan bir tatmin aracı olduğu ifade edilmiş ve zenginleşmeye yol açmayacak şekilde belirlenmesi gerektiği vurgulanmıştır. Kanaatimizce, her ne kadar manevi tazminatın hesaplanması yeterince somut olmayan unsurlara bağlı olsa da kişinin manevi dünyasında oluşan eksilmenin de bir sınırı vardır ve önemli olan bu eksilmeyi birebir tazmin etmek değil, kişinin acısını bir nebze olsun hafifletmektir. Bu nedenle gerek kanuni düzenlemelerde gerek yargı uygulamalarında manevi zararlar bakımından da zenginleşme yasağının öngörülmesinin ve uygulanmasının son derece isabetli olduğu kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

Akıntürk, T. (2009). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul: Beta Yayıncılık.

Antalya, O.G. (2012). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I: Beta Yayınları.

Ayhan, R. ve Çağlar, H. (2018). Sigorta Hukuku Ders Kitabı Cilt II: Yetkin Yayınevi.

Bozer, A. (2007). Sigorta Hukuku: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.

Bozkurt, T. (2016). Ticaret Hukuku C. IV, Sigorta Hukuku: Oniki Levha Yayıncılık.

Can, M. (2004). Birden Çok Sigorta: İmaj Yayınevi.

Can, M. (2018). Türk Özel Sigorta Hukuku: Adalet Yayınevi.

Çeker, M. (2017). 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sigorta Hukuku: Karahan Kitabevi.

Danıştay Karar Arama. http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/ adresinden erişildi. (ET: 24.06.2021)

Eren, F. (2017). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara: Yetkin Yayınları.

Erlüle, F. (2016), Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat: Seçkin Yayınevi.

Hızır, S. (2009). Türk Ticaret Kanunu'nda Yer Alan Mal Sigortalarına İlişkin Muhtelif Hüküm ve İlkelerin Sorumluluk Sigortasına Uygulanabilirliği. TBB Dergisi, 268-312.

Kayıhan, Ş. (2016). Zarar Sigortalarında Sigortacının Halefiyeti. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C(22), 1595-1624.

Kılıçoğlu, A.M. (2018). Borçlar Hukuku Genel Hükümler: Turhan Kitabevi.

Kubilay, H. (2003). Uygulamalı Özel Sigorta Hukuku: Barış Yayınları-Fakülteler Kitabevi.

Omağ, M.K. (2003). Sigorta Hukukunda Zenginleşme Yasağı. Prof. Dr. Ergun Gönen'e Armağan, 253-262.

Öz, T. (1990). Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları.

Sayhan, İ. (2001). Sigorta Sözleşmelerinin Konusu Aşkın Sigorta-Eksik Sigorta-Sigorta Tazminatının Hesaplanması: Yetkin Yayınevi.

Saymen, F.H. (1940). Manevi Zarar ve Tazmini Sureti. İstanbul: Cumhuriyet Matbaası.

Sevinç Kuyucu, A. (2018). Zarar Sigortalarında Sigortacının Ödeme Yükümlülüğü ve Sınırları. Sigorta Hukuku Sempozyumları. İstanbul: Oniki Levha Yayınları.

Şenocak, K. (2000). Menfaat Değeri Altında Sigorta. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C (4).

Ulaş, I. (2012). Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku Genel Hükümler Mal ve Sorumluluk Sigortaları: Turhan Kitabevi.

Ünan, S. (2016). Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku, İstanbul: Oniki Levha Yayınları.

Yargıtay Karar Arama. https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/ adresinden erişildi. (ET: 20.06.2021)

Yavaşi, M. (2019). Kara Taşıtları Sigortaları: Yetkin Yayınevi.

Yazıcıoğlu, E. (2018). Zarar Sigortalarında Sigortacının Ödeme Yükümlülüğü ve Sınırları. Sigorta Hukuku Sempozyumları. İstanbul: Oniki Levha Yayınları.

Yıldırım, F. (2019). Sigorta Hukukunda Zenginleşme Yasağı Tanımının Oluşumunda Önemli Unsurlar. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C(10), 504-520.

ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARIN İPTALİ DAVASINI TAMAMLAYAN EDİM DAVASININ TEMELİ

Doç. Dr. Cem AKBIYIK

İKÜ. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

I.Genel olarak

Miras hukuku sistemimizde, ölüme bağlı bir tasarrufun geçerli olması için kanunda gerekli bulunan şartların gerçekleşmemiş olması durumunda, söz konusu tasarrufun iptali (hükümden düşürülmesi) halinde bunda çıkarı bulunan kimselerin, öngörülen hak düşürücü süreler içerisinde bir iptal davası açmaları gerekmektedir (Eski MK.m.499-501; TMK.m.557-559). Borçlar hukukundaki hukuksal işlemlere ilişkin geçersizlikten farklı bir biçimde ancak bu konuda oluşacak bir yargı kararı ile söz konusu tasarruf hükümsüzleşecektir. Dolayısıyla, tıpkı tenkis (indirim) davası alanında benimsendiği gibi, öğreti ve uygulamada, ölüme bağlı tasarrufların iptali davasının da, bozucu yenilik doğuran (inşai) bir dava ve verilen kararın da bozucu yenilik doğuran (inşai) bir karar olduğu sonucuna varılmaktadır[1].

Gerçekten de, ölüme bağlı tasarrufların iptalini konu alan dava, bozucu yenilik doğuran bir davadır. Bu dava ile ölüme bağlı tasarrufun mahkeme tarafından hükümden düşürülmesi istenir. İptal kararı verildiği takdirde, ölüme bağlı tasarruf geriye yürüyerek *(ex tunc)* ortadan kalkar ve mirasbırakan böyle bir tasarruf yapmamış kabul edilir. Mirasbırakanın terekesi yasal (kanuni)

[1] **TUOR**, **P.,** Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, (Berner Kommentar), Band III : Das Erbrecht, 1.Abteilung: Die Erben (Art.457-536), 2.Auf. Bern 1952, Art.519 N.14; **ESCHER**, **A.,** Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, (Zürcher Kommentar), Band III Das Erbrecht, 1.Abteilung: Die Erben (Art.457-536), 3.Auf. Zürich 1959, Art.519 N.7; **PIOTET, P.,** Traité de droit privé suisse, Tome IV, Droit successoral, Fribourg 1975, § 44, s.252; **GUINAND,J./STETTLER,M.,** Droit civil II, Succesions, 5ème éd. Fribourg 2003, s.77 N.135; **EREN, F.,** Türk Medeni Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davası, Ank. 1966, s.137-138; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N.**, Miras Hukuku, Hiç değiştirilmemiş 3.bası İst. 1987, s.341; **İMRE,Z./ ERMAN, H.**, Miras Hukuku, 14.bası İst. 2018, s.224; **OĞUZMAN**, **M.K.**: Miras Hukuku , 6.bası, İst 1995, s.190; **DURAL,M./ ÖZ,T.**, Miras Hukuku Dersleri, 15.bası İst. 2020, s.231 N.1017; **AYİTER,N. / KILIÇOĞLU,A.**, Miras Hukuku, 3.bası Ank. 1993, s.159; **AYAN, M.**, Miras Hukuku,4. baskı Konya 2007, s.124; **ANTALYA,G./ SAĞLAM,İ.**, Miras Hukuku, 4. Baskı Ank. 2019 Cilt III, s.306 N.1150; **ÖZTAN,B**., Miras Hukuku 9. Baskı Ank. 2018, s.237; **EREN,F. / YÜCER AKTÜRK,İ.**; Türk Miras Hukuku, 2.baskı Ank.2019, s.244 N.704.

intikal kurallarına göre mirasçılara intikal eder veya daha önceki bir ölüme bağlı tasarruf varsa o tasarruf yürürlüğe girer. Bu noktada TMK.m.557'de öngörülen iptal sebeplerini dikkate alacak olursak, ölüme bağlı tasarruf, mirasbırakanın tasarruf ehliyetinin olmaması nedeniyle veya şekil kurallarına uyulmadığı için iptal edilmişse, bu hallere ilişkin birkaç istisnai durum dışında (mesela sonradan ölüme bağlı tasarrufa yapılan eklemelerde mirasbırakanın ehliyetsiz duruma düşmesi veya bu eklemelerde şekil kurallarına uyulmamasında olduğu gibi) tasarrufun tümü geçersiz hale gelir. Buna karşılık maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar arasında yakın bir bağlılık yoksa ve bu tasarruflardan sadece biri ya da birkaçı irade bozukluğu (fesadı) sebebiyle sakatsa veya ahlâka aykırılık söz konusu ise, sadece o tasarruflar hâkimin hükmü ile iptal edilir (kısmi geçersizlik). Keza TMK.m.558/III'e göre "İptal davası, ölüme bağlı tasarrufla kendilerine, eşlerine veya hısımlarına kazandırma yapılanların tasarrufun düzenlenmesine katılmalarının yol açtığı sakatlığa dayandığı takdirde tasarrufun tamamı değil, yalnız bu kazandırmalar iptal edilir".

Bazen iptal edilen maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar dışında kalan ve hüküm ifade edecek tasarruflar açısından bunların kesin olarak geçerli mi kalacakları yoksa maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufların tümünün geçersiz mi olacağı, mirasbırakanın farazi iradesinin yorumu ile ve *favor testamenti* kuralı göz önüne alınarak yeniden belirlenmek gerekir. Burada TBK.m.27/II'de yer alan kısmi geçersizlik kuralının kıyasen uygulanması da söz konusu olabilir[2].

Geriye etkili bir biçimde, ölüme bağlı tasarrufu kısmen (bkz. Yeni MK.m.558/II) ya da tamamen hükümsüz kılan iptal kararı, sadece mirasbırakanın söz konusu tasarrufunu ya da onun bir bölümünü hükümsüz kılmakla yetineceğinden, eğer iptal edilen ölüme bağlı tasarrufa konu olan tereke değeri ya da değerleri, mirasbırakanın ölümünden önce ya da sonra ve özellikle mirasın açılması neticesi, davalı tasarruf lehdarının eline geçmiş ise, bu konuları ondan elde etmek için hüküm altına alınan yenilik doğuran iptal kararı, tek başına bu konuların iadesi sonucunu sağlamayacağından, yine tenkis konusunda da zorunlu görüldüğü gibi[3], bir de edim (ifa, eda)

[2] **DURAL/ÖZ**, s.232 N.1019; **ÖZTAN**, s.237-238; **EREN/YÜCER AKTÜRK**, s.239 N. 698-699, s.240 700; **ANTALYA/SAĞLAM**, s.310 N.1192; BGE 109 II 208.

[3] Öğretide baskın olan görüş, tenkis istemi ile birlikte ya da sonradan ayrıca bir ifa (edim) davasının da açılmasını zorunlu görmektedir. Bu konuda özellikle bkz. **PIOTET**, Traité, § 66 s.443-444; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s.412, s.417-418; **İMRE/ERMAN**, s. 278; **DURAL/ÖZ**, s.277 N.1197;

davası açmak ve bu konuda mahkemeden bir ifaya mahkûmiyet kararı elde etmek gerekecektir. İsviçre/Türk öğretisi ve İsviçre Federal Mahkemesi, bu noktada herhangi bir tartışmaya girmeksizin, ölüme bağlı tasarrufların iptali davasını bütünleyen (tamamlayan) bu edim davasının, kural olarak miras sebebiyle istihkak davası olacağını belirtmekle yetinmektedir[4].

Gerçekten de sorunun çözümü noktasında herhangi bir tartışmaya girmeksizin iptal davasına eklenen edim davasının temelini ortaya koymak bu kadar basit değildir. Bu noktada, sorunu daha iyi ortaya koyabilmek ve iptal hükmünü tamamlayan edim davasının hukuksal niteliğini belirleyebilmek için, öncelikle iptal davasını açma sıfatına kimlerin sahip olduğunun dikkate alınması ve bu sıfata sahip birden fazla kimsenin söz konusu olduğu durumlarda da, ölüme bağlı tasarrufu hükümsüz bırakma konusunda bu kimselerin ortak hareket edip etmediklerinin ve nihayet iptal kararının hukuksal etkisinin mutlak ya da nispi (göreli) olmasının bu sonuçta etkili olup olmadığı gibi hususların açıklığa kavuşturulması, fikrimce büyük önem taşıyacaktır[5]. O halde şimdi sırayla, söz konusu olasılıkları daha yakından ele alalım.

AYİTER/ KILIÇOĞLU, s.199; **ANTALYA/SAĞLAM**, s.345 N.1336; **ÖZTAN**, s.113; **İNAN,A.N./ ERTAŞ,Ş./ALBAŞ,H.,** Miras Hukuku, 7.bası, Ank.. 2008, s.387; **EREN, F.**, Türk Medeni Hukukunda Tenkis Davası, Ank. 1973, s.176; **YAVUZ, C.**, Miras Hukukunda Tenkisten Sonra Tenkis Konusunu Geri Verme (İade) Yükümlülüğü, İÜHFM, Cilt LI (1986), Sayı I-4, s.289-290. Buna karşılık, öğretide azınlıkta olmakla birlikte uygulamada Yargıtay tarafından uzun süreden bu yana benimsenen görüş, tenkis davası sonucunda verilen yenilik doğuran hükmün aynı zamanda zımnen ifa (eda) istemini de kapsadığı yönündedir. Bkz. Yarg. 2HD. 4.2.1993 t. 12436/816 sa.ka. (YKD. 1993/3, s.344 vd.); Yarg. 2HD. 15.3.1990 t. 2066/2812 sa.ka. (İKİD. 1990, s.7577); Yarg. 2HD. 24.5.1983 t. 4525/4669 sa.ka. (YKD. 1984/10, s.1485). Bu yönde ayrıca bkz. **ÖNEN, E.**, İnşai Dava, Ank. 1981, s.80-81; **KÖPRÜLÜ, B.**, Miras Hukuku Dersleri, 2.bası İst. 1985, s.321; **ŞENER, E.**, Mirasta Tenkis İade İstihkak, Ank. 1995, s.28.

[4] **HUBER,** E.: Exposé des motifs, tome II, Des successions, Berne 1901, s.81; **ROSSEL,V. /MENTHA,F.H.**: Manuel du droit civil suisse ,tome II, 2ème éd., Lausanne/Genève 1922, s.105 N.998; **TUOR**, Art.519 N.16; **ESCHER**, Art.519 N.8, Vorb. Art. 598ff. N. 15; **PIOTET,** § 44, s.258; **FORNI,R. / PIATTI,G.,** Die Ungültigkeit und Herabzetzung der Verfügungen: **HONSELL, H./ VOGT, N./ GEISER, T.**, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, 2. Auf. Basel/Genf/München 2003 içinde, Art. 519/520 N.30; **BRÜCKNER, C.**: Die erbrechtlichen Klagen, Zürich 1999, s. 12 N.10, s.25 N.65; **DESCHENAUX,H. / STEINAUER,P.H.**, Droit des Successions, 8 ème éd. Fribourg 1996, s.227; BGE. 91 II 268, Jdt. 1966 I 38; BGE 91 II 327; Jdt. 1966 I 232; **EREN,** İptal davası, s.140; **GÜRSOY**, Miras Sebebiyle İstihkak Davası, Ank. 1958, s.46, s.144; **ATLI, B.,** Ölüme Bağlı tasarrufların Hükümsüzlüğü ve Hükümden Düşmesi, Ank. 2017, s.83; **SEROZAN, R., ENGİN, B. İ.**, Miras Hukuku, 5.baskı Ank. 2018 s.446 N.260; **DURAL/ÖZ**, s.232 N.1020; **AYİTER/ KILIÇOĞLU**, s.160; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s.343; **OĞUZMAN**, s.196; **AYAN**, s.131.

[5] 2003 yılında yayınladığım "miras sebebiyle istihkak davası" isimli doktora tezimde, davanın ölüme bağlı tasarrufların iptali davası ile ilişkisini incelerken, iptal edilen ölüme bağlı tasarrufa konu olan değerlerin iadesini sağlamak gerektiği zaman açılacak olan edim davasının niteliğini kısaca incelemek fırsatı bulmuş ve sorunun bu kadar basit biçimde halledilemeyeceği sonucuna varmıştım (**AKBIYIK, C.**, Miras Sebebiyle İstihkak Davası, İst. 2003, s.113-115).

II. İptal davasını kazanan vasiyet alacaklısının açacağı edim davasının hukuksal niteliği

Kanunumuz, İptal davasında davacı olarak, ölüme bağlı tasarrufun iptal edilmesinde çıkarı bulunan mirasçı veya vasiyet alacaklısından söz etmektedir (Yeni MK.m.558/I). Bundan hareketle, benim burada öncelikle ortaya koymak istediğim nokta, iptal davası açan davacının, atanmış ya da yasal mirasçı sıfatına sahip bir külli halef değil de, bir vasiyet alacaklısı olması durumunda, bu kimsenin, iptal davası bakımından miras çıkarı bulunan biri olarak bu davayı açmaya yetkili kılındığı halde (Eski MK.m.499/II; Yeni MK.m. 558/I) [6], iptale konu tasarrufların terekeye geri dönmesi bakımından miras sebebiyle istihkak davası açmaya yetkili kılınmamış olduğudur (bkz. Yeni MK.m.637; Eski MK.m.577) zira vasiyet alacaklısının tereke üzerinde korunan mutlak nitelikte bir miras hakkı yoktur[7].

Örneğin mirasbırakan, sahibi olduğu, ünlü bir ressama ait üç adet tabloyu, ilk vasiyetnamesi ile (A)' ya; sonradan da bu vasiyetnamesini geri alarak ya da zımnen geri alma sonucu doğuracak bir biçimde ikinci vasiyetnamesinde (B)'ye bıraktığını beyan etmiş ve bunların (B)'nin eline geçmiş olduğu anlaşılmışsa; önceki vasiyet alacaklısı (A), örneğin ehliyetsizlik ya da irade bozukluğu gibi bir sebep ileri sürerek ikinci vasiyetnamenin iptalini dava edebilecektir. Burada, birinci vasiyet alacaklısının olumlu (müspet) bir çıkarının bulunduğundan söz edilmektedir zira o, ikinci vasiyetnamenin iptali ile eski hukuksal konumunu tekrar kazanacaktır[8]. Buna karşılık, aynı vasiyet alacaklısı, külli bir halef olmadığından kendisine kalan söz konusu değerli tabloların elde edilmesi amacıyla yalnızca, öngörülmüşse vasiyeti yerine getirmekle yükümlü tutulan (bkz. Yeni

[6] Ayrıca bkz. **EREN**, İptal davası, s.97-98; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 343; **İMRE/ ERMAN**, s.217.
[7] Özellikle bkz. **AKBIYIK, C.**, Miras Sebebiyle İstihkak Davası, İst. 2003, s.181-182; Ayrıca bkz. **ESCHER**, Art. 598 N.2; **DRUEY, J.N.**, Grundriss des Erbrechts, 5. Auf. Bern 2002, § 13 N.50; **GÜRSOY**, s.80; **İMRE/ERMAN**, s. 415; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s.663; **SEROZAN/ENGİN**, s.512 N.27; **DURAL/ÖZ**, s.444 N.1839-1840; **OĞUZMAN**, s.313; **İNAN/ ERTAŞ/ALBAŞ**, s.539.
[8] **İMRE/ERMAN**, s.217; **SEROZAN/ENGİN**, s. 443 N.257; **EREN/YÜCER AKTÜRK**, s.211 N.631; **AYAN**, s.131. Ayrıca EREN' e göre, artmirasçı atamada (fevkalade ikame) da ilk vasiyet alacaklısı sıfatına sahip önmirasçı, artmirasçıya karşı bir iptal davası açabilir. Örneğin, artmirasçı bu sıfatını mirasbırakanı tehdit altında bırakarak kazanmışsa durum budur (**EREN**, İptal davası, s.98).

MK.m.552) vasiyeti yerine getirme görevlisine (vasiyeti tenfiz memuru), bu kimsenin yokluğu durumunda da, yasal ya da atanmış mirasçılara karşı kişisel nitelikte bir alacak talebinde bulunmakla yetinmek zorunda kalacaktır[9] (bkz. Eski MK.m.541; Yeni MK.m.600).

İşin garibi, kendisi miras sebebiyle istihkak davası açma hakkına sahip olmadığı gibi; bugün öğreti ve uygulamada baskın olan görüş doğrultusunda[10], iptal davası sonucunda verilen iptal kararının da kişiler yönünden mutlak bir etkiye sahip olmayıp, yalnızca davanın tarafları (yani davada yer alan kimseler) açısından hüküm ifade edeceği kabul edildiğinden; şayet külli halef sıfatına sahip bir yasal ya da atanmış mirasçı [11], bağımsız bir dava açarak ya da söz konusu açılmış

[9] Vasiyet alacaklarına ilişkin zamanaşımını düzenlediği halde, miras sebebiyle istihkak davası ile ilgili kısımda düzenlenen Eski MK.m.580 hükmü de, bu sonucu değiştirecek kudrette bir hüküm de değildir. Nitekim vasiyet alacağına ilişkin zamanaşımı süresini düzenleyen Yeni MK.m.602, doğru olarak vasiyet alacaklarına ilişkin hükümleri düzenleyen maddeleri takiben kanundaki yerini almıştır. Ekleyeyim ki, eski yasa zamanında da öğreti, haklı olarak vasiyet alacaklısının talep hakkının miras sebebiyle istihkak davası ile bir ilgisi olmadığını açıkça kabul etmekteydi. Örnek olarak bkz. **DURAL/ÖZ**, Miras Hukuku Dersleri, İst. 2001, s.435; **OĞUZMAN**, s.313; **İMRE/ERMAN**, Miras Hukuku, 3.bası, İst. 1995, s.366. Aksi fikirde, **HATEMİ**, **H.**, Miras Hukuku, Kısa Ders Kitabı, İst. 2000, § 14, s.127 N.29. Eski Medeni Kanun zamanındaki Yargıtay uygulamasının da bu konuda çelişkili olduğunu belirtmek gereklidir. Nitekim, Yüksek Mahkemenin bazı kararlarında, vasiyet alacaklısının sahip olduğu hakkın kişisel hak niteliği açıkça vurgulandığı halde (bkz. Yarg. 2.HD. 10.11.1999 t. 9576/12093 sa. ve Yarg. 2.HD. 21.05.1999 t. 3137/5549 sa. Kararları; **ÖZUĞUR, A.İ.**, Türk Miras Hukuku, Ank.2001, s.748-749) diğer bazı kararlarında, vasiyet alacaklısının kendisine yapılan belirli mal vasiyetinin yerine getirilmesi hakkında istihkak davası açması gereğinden söz edilmektedir (bkz. Yarg. HGK. 22.6.1994 t. 2-301/422 sa.ka., ÖZUĞUR, s.744 ve Yarg. 2.HD. 19.10.1995 t. 9297/10674 sa.ka., ÖZUĞUR, s.832).

[10] Bkz. **TUOR**, Vorb.zu Art.519-521 N.6b; **ESCHER**, Art.519 N.6; **FORNI/PIATTI**, Art. 519/520 N.30; **DRUEY**, § 12 N.57; **GUINAND/STETTLER**, s.84 N.140; **EREN, İptal davası**, s.139; **TURAN, G.**, Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü, Ank.2009, s.111; **İMRE/ERMAN**, s.226; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s.341; **EREN/YÜCER AKTÜRK**, s.245-246 N.707; **SEROZAN/ENGİN**, s.443-444 N.258-259; **HATEMİ**, § 11, s.101 N.9;**OĞUZMAN**, s.195; **DURAL/ÖZ**, s.231 N.1017; **ÖZTAN** s.238; BGE 78 II 183; Jdt. 1952 I 504; BGE 81 II 33; Jdt 1955 I 546; Yarg. İBK. 7.12.1955 t. 16/25 sa ka (RG. No.9230); Yarg. 2.HD. 22.11.1990 t. 5170/11447 sa.ka. (İKİD. 1991/4, s.7900-7901). Farklı düşüncede; **PIOTET**, Traité, § 44, s.253-254; **DESCHENAUX/ STEINAUER**, s.176. Bu yazarlara göre anılan çözüm, mahkeme hükmünün yenilik doğuran (inşai) nitelikte bir karar olmasıyla pek kolay bağdaşmaz. Bu bakımdan kabul gören baskın düşüncenin, PIOTET'ye göre, iptal kararının sadece taraflar arasında etkili kapsamı ile herkesi bağlayacağı tarzında tamamlanması gerekir. Belirtelim ki, İsviçre'de eskiden bu kararın mutlak bir karakter taşıdığı kabul edilmekte idi (bkz. **HUBER**, age.s.80; **ROSSEL/MENTHA**, age.s.105). **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**'a göre ise, iptal kararının etkisinin nispi olmasının, tereke hesapları üzerinde nasıl etki yapacağı, hak sahipliğini nasıl etkileyeceği konusunun getireceği belirsizlikler nedeniyle "de lege feranda" ortadan kaldırılması düşüncesindedirler (s.305).

[11] Bilindiği üzere, miras hukuku sistemimizde sahipsiz bir tereke düşünmek mümkün değildir, zira Eski MK.m.448, Yeni MK.m.501'e göre "Mirasçı bırakmaksızın ölen kimsenin mirası Devlete geçer". O halde, son planda "devlet" in böyle bir iptal davası açması ya da açılmış olan davaya katılması ihtimali düşünülebilir.

iptal davasına katılarak, önceki vasiyet alacaklısı ile birlikte davacı sıfatını kazanamamışsa, bozucu yenilik doğuran iptal hükmünden yararlanamayacak ve dolayısıyla, iptali sağlanan tasarruf onun açısından hüküm ifade etmeye devam edecektir[12]. Bundan dolayı, külli halef sıfatına sahip bu mirasçının, iptal hükmünden yararlanan vasiyet alacaklısına ifa etmek üzere bile olsa, miras sebebiyle istihkak davası açarak tasarruf konusu değerli tabloların terekeye geri dönmesini sağlaması da iptal davasına taraf olmadığı ya da ayrı bir dava açmadığı için söz konusu olmayacaktır.

Gerçekten de, böyle bir olasılıkta, tasarruf konularını elinde bulunduran kimsenin, tereke üzerinde hak sahibi mirasçılar açısından, mirasın açılmasıyla birlikte haksız bir tereke zilyedi konumunda olduğundan da söz edilemeyecektir. zira o, külli halef mirasçıların zaten mirasın açılmasıyla birlikte yerine getirmekle yükümlü oldukları sonraki ölüme bağlı tasarrufta, onlar açısından hüküm ifade eden bir vasiyet borcunun alacaklısı konumundadır.

Fikrimce işte böyle bir durumda, iptal davasını kazanan önceki vasiyet alacaklısı, söz konusu tasarruf üzerinde kendisine mutlak bir hak tanınmadığından dolayı, iptal davasını tamamlayan miras sebebiyle istihkak davası açamadığı için yalnızca vasiyet yükümlüsü külli halef mirasçı ya da mirasçılara yöneltebileceği kişisel nitelikte bir taleple, vasiyet borcunun yerine getirilememesi dolayısıyla bir giderim talep etmekle yetinecektir[13]. Böyle bir durumda, uygulamadaki adıyla "vasiyetin tenfizi davası" açılmış olsa bile asıl amaç olan aynen ifa, burada söz konusu olamayacak (bkz. Eski MK.m.541/c.3; TMK.m.600/III) ve borcun yerine getirilmemesi kuralları (bkz. TBK.m.112 vd.) çerçevesinde bu talep, ister istemez bir giderim (tazminat) biçiminde karara bağlanacaktır.

[12] Şayet ölüme bağlı tasarrufun iptali için dava açmamış diğer mirasçılar sonradan hak düşürücü süreler içerisinde bu davayı açacak olurlarsa, önceki iptal kararını gerekçe olarak ileri sürebilirler (**ÖZTAN**, s.298). Aynı durumu, iptal definin uygulanması bakımından da savunmak mümkündür. Daha açık bir ifadeyle, ölüme bağlı tasarrufun iptali davası açmamış olan mirasçı, kendisine karşı yöneltilen ölüme bağlı tasarrufun tenfizi davasında iptal defini ileri sürerek mevcut iptal hükmünden faydalanabilir.

[13] Vasiyet borcunun ifa edilmemesi ile ilgili genel olarak bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s.596; **OĞUZMAN**, s.286; **DURAL/ÖZ**, s.408 N.1691; **İMRE/ERMAN**, s.351; **AYAN**, s.98.

Bundan başka, iptal davasını kazanan önceki vasiyet alacaklısı yanında dava açmayan bir diğer vasiyet alacaklısı da söz konusu olursa sorunun nasıl çözüleceği de önem kazanacaktır. Örneğin mirasbırakan sahibi olduğu üç adet tabloyu ilk vasiyetnamesi ile (A) ve (B)'ye müştereken vasiyet etmiş ise ve sonradan ikinci bir vasiyetname ile aynı tabloları (C)'ye vasiyet etmiş ise ve bu tabloların da (C)'nin eline geçmiş oldukları sabit ise durum budur. Dava açmakta menfaati bulunan ilk lehtarlardan yalnızca (A) iptal davası açıp (B) bu davayı açmazsa ya da (A)'nın açmış olduğu davaya katılmazsa, iptal kararı sonucunda verilen hüküm, yalnızca davanın tarafları arasında hüküm ifade edeceğinden bu sefer de iptal davasını kazanıp kendi açısından vasiyet alacaklısı sıfatını yeniden kazanan (A) ile sonraki vasiyetnamedeki lehine kazandırma yapılan (C), vasiyet konusu tabloları müştereken elde etmiş sayılacaklardır.

Yine bu noktada eklemek gerekir ki, belirli mal vasiyetinde, vasiyet konusu şeyin miras açıldığı zaman terekeden çıkmaması durumunda, ölüme bağlı tasarruftan mirasbırakanın aksini arzu ettiği anlaşılmadıkça, vasiyeti ifa ile yükümlü kişilerin bu borçtan[14] kurtulacaklarını düzenleyen hüküm de (bkz. TMK.m.517/III; Eski MK.m.464/son) burada fikrimce uygulama alanı bulmayacaktır. Gerçi bu kural, öğretide belirtildiği gibi, külli halef mirasçıyı terekeden karşılığı çıkmayan vasiyet borcu nedeniyle, kendi malvarlığından özveride bulunmak zorunda bırakmamak için getirilmiştir[15]; ancak yukarıda ele alınan olasılıkta bizzat mirasçılar, sonraki vasiyet alacaklısına karşı ayrı bir iptal davası açmadıkları ya da açılmış olan davaya katılmadıkları için terekede mevcudu kalmayan bir kazandırmanın borçlusu durumuna gelmişlerdir. O halde külli halef mirasçıların, iptal davasını kazanan önceki vasiyet alacaklısının açacağı vasiyetin tenfizi (ifası) davasında, TMK.m.517/III (Eski MK.m.464/son) anlamında bir savunmada da bulunamayacakları kabul edilecektir.

III. Miras ortaklığında mirasçılardan yalnızca bir ya da bir kaçının açmış oldukları iptal davasını bütünleyen edim davasının hukuksal niteliği

[14] Burada söz konusu olan borcun bir parça borcu olduğu hakkında bkz. **DURAL/ÖZ**, s.146 N. 680-682; **İMRE/ERMAN**, s.133-134; **ATLI**, s.218.
[15] Bu konuda bkz. **ATLI**, s.217; **SEROZAN/ENGİN**, s.365 N.139.

Burada öncelikle belirtmek gerekir ki, mirasbırakanın geride külli halef tek bir mirasçısı var ve bu kişi de iptal davasını açarak bozucu yenilik doğuran iptal hükmü elde etmiş ise mesele yoktur. Bu durumda söz konusu mirasçı, iptal davasını bütünleyen edim davası anlamında tereke üzerinde tek başına hak sahibi olarak, miras çıkarlarını koruyan miras sebebiyle istihkak davasını açmak yoluyla, iptal edilen ölüme bağlı tasarruftan çıkar bekleyen (mirasçı olarak atanan ya da vasiyet alacaklısı olarak tespit edilen) kimsenin elinde bulunan kazandırma konusu ya da konularını bu davayla geri isteyebilir[16].

A) Oysa, geride külli halef sıfatına sahip birden fazla mirasçının kaldığı yani bir miras ortaklığının söz konusu olduğu hallerde durum farklılaşabilir. Nitekim, miras ortaklığında, ölüme bağlı tasarrufların iptaline bağlanan edim (ifa) davasının hukuksal niteliği açısından karşımıza çıkacak bir başka sorun, yukarıda belirttiğim gibi, iptal kararının hukuksal etkisinin bugün öğreti ve uygulamada baskın olarak benimsendiği şekliyle kişiler yönünden nispi olması ile alakalı olacaktır[17].

Durumu bir örnekle canlandıracak olursak, külli halef sıfatına sahip birden fazla mirasçı (A, B, C gibi) olmasına ve tümünün de iptal davasını açmakta menfaatinin bulunmasına rağmen bunlardan yalnızca birisinin (örneğin A'nın), mirasbırakanın bir dostuna kazandırmada bulunduğu ölüme bağlı tasarrufun iptali için bu davayı açıp, iptal hükmünü elde etmesi durumunda, önceden ifa edilen ya da başka bir nedenle ele geçmiş bulunan kazandırma konusu ya da konularının (A) tarafından geri istenmesi talebi, miras sebebiyle istihkak davası açmak yoluyla sağlanamayacaktır; çünkü ölüme bağlı tasarruf, baskın görüşün kabul ettiği gibi[18], iptal

[16] Bkz., **AKBIYIK**, s. 155,158.
[17] Ölüme bağlı tasarrufun iptalinin nispi etkisi, dava açmayan ilgililerin iradelerine saygının bir gereği olarak benimsenmektedir (bkz. **SEROZAN/ENGİN**, s.444 N.259). Ayrıca böyle kabul edilmekle, mirasbırakanın son arzularının da mirasçıları tarafından belli bir ölçüde geçerli kalması sağlanmakta ve iptal kararının herkes hakkında hüküm doğurmasını zorunlu kılacak bir "kamu yararı" düşüncesi de burada söz konusu olmamaktadır (bkz. **DESCHENAUX/STEINAUER**, s.176; **İMRE/ERMAN**, s.226; **TURAN**, s.111).
[18] **EREN**, İptal davası, s. 139; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s.341; **DURAL/ÖZ**, s.s.231 N.1017; **İMRE/ERMAN**, s.226; **SEROZAN/ENGİN**, s.443-444 N.258-259; **EREN/YÜCER AKTÜRK**, s.246 N.707; **İNAN/ERTAŞ /ALBAŞ**, s.305; **AYAN**, s.131; **ANTALYA/SAĞLAM**, s.310 N.1171; **TURAN**, s.111; **AYBAY**, **A**., Miras Hukuku Dersleri, 3.bası İst. 2002, s.66.

davası açmamış bulunan mirasçılar (örnekte B ve C) bakımından geçerli kalmaya devam edecektir. Oysa miras sebebiyle istihkak davası, terekeye ait konularının geri istenmesine yönelik ve miras ortaklığında elbirliğiyle hak sahipliği ilkesi uyarınca (bkz. Yeni MK.m.640, Eski MK.m.581), kural olarak tüm mirasçılar tarafından birlikte açılması gereken bir dava olup, iptal davasını tek başına kazanan mirasçının bu nitelikte bir edim davası açması söz konusu olamayacaktır[19].

Önemle belirtmek gerekir ki, TMK.m.640/IV'de yer alan düzenleme de bu sonucu değiştirecek nitelikte değildir. Eski Medeni Kanunumuzda yer almayan bu fıkrada aynen, *"Mirasçılardan her biri, terekedeki hakların korunmasını isteyebilir. Sağlanan korunmadan mirasçıların hepsi yararlanır"* denmektedir. Demek oluyor ki bu hükümle kastedilen, miras ortaklığına dahil tek bir mirasçının da, kendi başına fakat ortak mirasçıların yetkili temsilcisiymişçesine aynı zamanda onların hesabına da bu davayı açabilmesine olanak sağlamaktır. Ancak davanın kazanılması durumunda da, ifa davacı mirasçıya değil, miras ortaklığına yapılacaktır. Oysa, yukarıda belirtilen olasılıkta, miras ortaklığına dâhil diğer iki mirasçı (B ve C) açısından bu davanın açılması mümkün değildir, çünkü onlar açısından terekedeki haklarının korunmasını gerektirecek birincil nitelikte bir iptal hükmü söz konusu olmamıştır ve mirasbırakanın dostuna kazandırmada bulunmuş olduğu ölüme bağlı tasarruf da, yine onlar açısından geçerli ve bağlayıcıdır. Bu bakımdan, ölüme bağlı tasarrufun hiçbir mirasçıya karşı hüküm ifade etmemesi isteniyorsa, bütün mirasçıların dava açması gerekecektir[20].

O halde, miras ortaklığına dahil mirasçıların tümünün taraf olmadığı ve örneğin bunlardan yalnızca birinin kazanmış olduğu iptal davasını bütünlemek (tamamlamak) için açılan edim davasının, mutlak (ayni) nitelikte bir talep hakkı içeren miras sebebiyle istihkak davası olamayacağı anlaşılınca, fikrimce bu mirasçının da, ancak kendi miras payı doğrultusunda sonuç verecek bir biçimde, ya tenkis davası çerçevesinde genellikle kabul edildiği gibi kendine özgü nitelikte (sui generis) bir alacak isteminde bulunacağının[21] ya da daha doğru bir biçimde, ölüme

[19] Bu noktada özellikle bkz. **AKBIYIK**, s. 158 ve devamındaki açıklamalar. Ayrıca bkz. **GÜRSOY**, s.69.
[20] **DURAL/ÖZ**, s.231 N.1017; **OĞUZMAN**, s.190.
[21] Tenkis davasına eklenen edim davası ile ilgili olarak İsviçre Federal Mahkemesi bu görüştedir. Bkz. BGE 110 II 228; Jdt. 1985 I 627, 630. Bu görüşle ilgili olarak ayrıca bkz. **PIOTET**, Traité, § 66, s.443-

bağlı tasarruf davanın tarafları açısından hükümden düştüğü için hukuksal sebebin sonradan ortadan kalkmış olmasına dayalı sebepsiz zenginleşme kuralları çerçevesinde (TBK.m.77/II), kişisel nitelikte bir talep hakkı ileri sürebileceğinin kabulü gerekecektir[22]. Bir diğer anlatımla, ölüme bağlı tasarrufa konu olan şeyler üzerinde, iptal hükmünü yalnız başına elde eden ortak bir mirasçının ayni bir istemde (istihkak) bulunması bu nedenle mümkün değildir ve tıpkı tenkis isteminde olduğu gibi, burada da yalnızca iptal davasını kazanan mirasçı ile kazandırma lehdarı arasında etkili, kişisel nitelikte bir hakkın ileri sürülebileceği kabul edilecektir. Yine bu nedenle, iptal hükmünü elde eden mirasçı ile kazandırma lehdarı arasında davacının miras payı doğrultusunda sonuç verecek bir biçimde kazandırma konusu üzerinde bir müşterek mülkiyet ilişkisi kurulması da söz konusu olmayacaktır.

Demek oluyor ki, ölüme bağlı tasarrufların iptali davasının hukuksal etkisinin, iptalden yararlanacak kişiler açısından mutlak ya da nispi olmasının önemi, iptale konu olan kazandırmaların geri istenmesi söz konusu olduğunda, bu davayı bütünleyen edim davasının hukuksal niteliğini belirlemek açısından da son derece önem taşımaktadır. Öğreti ve uygulamada, İsviçre'de eskiden benimsendiği gibi yenilik doğuran iptal hükmünün mutlak nitelikte olduğu kabul edilse idi, davaya taraf olmasalar bile bu hükümden miras ortaklığına dahil mirasçıların tümü (örnekte B ve C de) yararlanacağından açılacak olan edim davasının bir miras sebebiyle istihkak davası olması da kaçınılmaz olacaktı. TMK.m.640/IV uyarınca, bu ikincil nitelikteki davayı yine tek bir mirasçı da açmış olsa (örnekte A), sağlanan korumadan mirasçıların tümünün (yani örnekteki B ve C'nin de) yararlanması mümkün hale gelecekti.

B) Miras ortaklığı söz konusu olduğunda karşılaşılabilecek bir diğer sorun da şudur: Örneğin, mirasbırakan külli halef sıfatına sahip üç çocuğundan birisine, tasarruf oranı kapsamında kalacak bir biçimde ölmeden önce devrettiği değerli bir malını vasiyet ediyor. Diğer iki kardeş, bu ölüme bağlı tasarrufun geçersiz olduğundan bahisle iptalini dava ediyor ve kazanıyorlar. İşte bu ve buna benzer durumlarda, iptal hükmünün sonucunun yalnız taraflar arasında etkili olması kuralı da

444; **EREN**, Tenkis Davası, s.176; **YAVUZ**, s.289-290; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s.412,417-418 'de yapılan açıklamalar.

[22] Genel olarak, ölüme bağlı tasarrufların iptaline eklenen iade borcunun sebepsiz zenginleşme kuralları çerçevesinde gerçekleşeceğini savunan bir görüş için bkz. **BERKİ, Ş.,** Miras Hukuku, Ank.1975, s.219.

benimsense, fikrimce, eğer miras ortaklığına dahil tüm mirasçılar bir yandan aktif diğer yandan pasif taraf olarak davaya katılmışlarsa, bozucu yenilik doğuran iptal hükmünün de miras ortaklığını oluşturan tüm mirasçılar için sonuç doğuracağı kabul edilecektir. Yine benzer bir biçimde, iptal davasını bütünleyen edim davası olarak, diğer iki kardeş tarafından miras sebebiyle istihkak davasının açılarak vasiyet konusu yapılan kazandırmanın miras ortaklığına geri döndürülmesi söz konusu olduğunda da, bu davanın hep birlikte elbirliğiyle açılması gereğinin de yerine getirildiğinin kabul edilmesi gerekecektir. Nitekim böyle bir olasılıkta, davalı konumunda bulunan mirasçının kendisi aleyhine sonuç verecek bir miras sebebiyle istihkak davasının açılmasına rıza göstermesini beklemeye ve elbirliği ile hareket edilmesine elbette gerek ve olanak da kalmayacaktır[23]. Oysa yukarıda açıklandığı gibi, iptal davasını diğer iki kardeşten yalnızca bir tanesi açsaydı, edim davasının hukuksal niteliği de farklılaşacaktı.

IV. Taleplerin yığılması ve edim davasında zamanaşımının başlangıcı

Bu çalışmada açıklamaya çalıştığım ayrık durumlar bir yana bırakılarak öğreti ve uygulamada ittifakla kabul edildiği gibi iptal davasını bütünleyen edim davasının hukuksal niteliği, kural olarak bir miras sebebiyle istihkak davası olarak nitelendirilirse, bozucu yenilik doğuran ölüme bağlı tasarrufların iptali davası ile tasarruf konularının iadesi için açılacak olan miras sebebiyle istihkak davası, mirasbırakanın son yerleşim yeri mahkemesinde (TMK.m.576/II; Eski MK.m.518/c.2; HMK.m.11,1/a ölen kimsenin son yerleşim yerinin kesin yetkisi) ayrı ayrı ya da davaların yığılması anlamında bir arada açılabilecektir[24].

Bunun dışında, bozucu yenilik doğuran iptal hükmünün nispi etkisinin kabul edilmesinin bir sonucu olarak yukarıda ele aldığım gibi miras sebebiyle istihkak davasının açılamadığı hallerde, iptal hükmünden yararlanan mirasçının açacağı kişisel nitelikteki edim davasının, tıpkı tenkis davasına eklenen edim davasında Yargıtay tarafından benimsendiği anlamda iç içe oldukları

[23] Nitekim Federal Mahkeme de, mirasçıların hepsinin birden ortak mirasa ait haklarını, terekeye borçlu olan tek bir mirasçıya karşı da dava edebilecekleri içtihadında bulunmuştur. Bkz. BGE 54 II 243; Jdt. 1929 I 162. Ayrıca bkz. BGE 74 II 215, 217; Jdt. 1949 I 264, 266-267.

[24] **ESCHER**, Art.519 N.8 veya Vorb. zu Art. 598 ff. N.15; **BRÜCKNER**, s.25 N.65; **AKBIYIK**, s. 115; **GÜRSOY**, s.63; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s.343; Tribunal Fédéral, 1ère Cour civile. 17.11.1988, Sem Jud. 1989, s.290-291.

kabul edilecek olursa[25], aynı mahkemede birarada görülmeleri ve karara bağlanmaları mümkün olabilecektir kanısındayım.

Buna karşılık, mirasçının kişisel isteminin dayanağını sebepsiz zenginleşme olarak kabul edersek, bozucu yenilik doğuran iptal hükmünden farklı olarak açılacak olan edim (ifa) davasında yetkili mahkeme, HMK. m.6,1 uyarınca genel yetki kuralına göre belirlenen davalının ikametgahı (yerleşim yeri) mahkemesi olacak[26] ve her iki davanın bir arada karara bağlanması da her zaman mümkün olmayacaktır zira söz konusu iki davanın birlikte görülebilmesi için ilgili mahkemenin, birlikte açılan davaların her biri için yetkili olması gerekecektir[27].

Yine yukarıda ele aldığım şekliyle, sonraki vasiyet alacaklısına karşı iptal davasını kazanan önceki vasiyet alacaklısının, kendisine vasiyet borcunu yerine getirmekle yükümlü olan kimselere (kural olarak külli haleflere) karşı açacağı ifa (giderim) davası da, iptal davasında olduğu gibi mirasbırakanın son yerleşim yeri mahkemesinde görülebilecektir[28].

İptal davasına eklenen edim davasında zamanaşımının başlangıcı ile ilgili olarak da şu konuyu belirtmekte fayda görmekteyim: Ölüme bağlı tasarrufların iptali davasını bütünleyen edim (ifa) davası ikincil nitelikte bir davadır. Yani birincil nitelikte ve edim davası açısından bir ön mesele teşkil eden iptal davası sonuçlanmadıkça, bu davanın neticesine bağlı olan ikincil nitelikteki bir edim davasını açmaya ve bu konuda bir karar elde etmeye imkân yoktur. Bu nedenle, birincil nitelikteki bozucu yenilik doğuran iptal hükmü kesin olarak sonuçlanmadıkça (bu konuda bir kesin hüküm oluşmadıkça)[29], fikrimce de, tasarruf konularının geri istenmesi amacıyla açılacak

[25] Bkz. yukarıda dn.3'de anılan kararlar.
[26] Bilindiği üzere hakkında kesin yetki kuralı bulunmayan her dava, dava açıldığı tarihte davalının TMK. Gereğince yerleşim yeri sayılan yer mahkemesinde görülür. Örnek olarak bkz. **GÖRGÜN,Ş.,** Medeni Usul Hukuku, 3.bası Ank. 2014; **KİRAZ, T.Ö**., 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Getirilen Yenilikler Ank. 2012, s.6-7.
[27] **GÖRGÜN**, s.72.
[28] Bkz. BGE 66 I 48; Jdt. 1941 I 23; **PIOTET**, Traité, § 71, s.492. Aksi düşüncede; **ESCHER**, Art. 538 N.7. Bu son yazara göre davanın, davalının yerleşim yeri mahkemesinde görülmesi gereklidir.
[29] Buna karşılık **GÜRSOY**, age.s.151'de, miras sebebiyle istihkak davasındaki zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması için iptal davası hakkındaki kesin hükmü beklemeye gerek olmadığı düşüncesindedir ki fikrimce bu görüş, isabetli değildir.

olan edim davası hakkında kanunda öngörülen zamanaşımı sürelerinin işlemeye başlamayacaklarının kabulü gerekir[30].

Örneğin, vasiyet alacaklısının kişisel talebi için kanunda (Bkz. Yeni MK.m.602; Eski MK.m.580) öngörülen on yıllık zamanaşımı süresinin başlangıcı, bozucu yenilik doğuran bir iptal hükmü söz konusu olduğu için, öğretide çoğunluk tarafından kabul edildiği gibi vasiyet alacağının muaccel olduğu, yani vasiyet borçlusu mirasçıların mirası ret haklarının sona erdiği tarihten itibaren (bkz. Eski MK.m.541/c.2; Yeni MK.m.600/II) değil[31], iptal hükmünün kesinleştiği tarihten itibaren hesaplanacaktır.

Fikrimce aynı sonuca, mirasçının sebepsiz zenginleşme temeline dayalı olarak açacağı kişisel nitelikli edim davasında da varılacaktır. Sebepsiz zenginleşme kökenli iade davasında, iade alacaklısı davacı mirasçının, iadeyi isteyebileceğini öğrendiği günden yürümeye başlayan iki yıllık sürenin (bkz. TBK.m.82) başlangıcı da bu doğrultuda, iptal davasının kesinleştiği günden başlayarak iki yıl olarak anlaşılacaktır. Bu noktada önemle belirtmek isterim ki, iptal davasını bütünleyen edim davası, Yargıtay'ın tenkis davası alanında benimsediği görüşe paralel biçimde iç içe kabul edilse bile, Yüksek mahkemenin tenkiste kabul ettiği gibi, davanın edim (eda) bölümünü yenilik doğuran iptal hükmünden ayrı mütalaa etmeyerek iptal davasında söz konusu olan bir yıllık hak düşürücü sürenin, davanın edim (eda) bölümünü de kapsaması düşüncesi kanımca doğru değildir[32].

Miras sebebiyle istihkak davasının açılmasına gelince, öğreti bu noktada da iyiniyetli davalı için öngörülen bir yıllık sürenin (bkz. TMK.m.639; Eski MK.m.579) başlangıcı için bir ön mesele teşkil eden ölüme bağlı tasarrufların iptali davasının kesin olarak hükme bağlanmasını zorunlu görmektedir ve bunun gerekçesi olarak da, kazandırma konularını elinde tutan haksız zilyedin

[30] Bkz. aşağıda dn.33'de anılan yazarlar.
[31] Bkz. **İMRE/ERMAN**, s.349; **DURAL/ÖZ**, s.407 N.1689; **OĞUZMAN**, s.286 ve dn.98; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s.240. Karş. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s.268; **SEROZAN/ENGİN**, s.514 N.30. Nitekim, bu son yazara göre, genel kurala göre muacceliyetten başlayarak işlemeye başlaması gereken zamanaşımı süresi, vasiyet alacaklısının alacağının varlığını öğrendiği anda işlemeye başlar.
[32] Tenkis davasına eklenen edim davasının süresi ile ilgili Yarg. HGK. 29.5.1996 t. 2-296/424 sayılı kararı için bkz. İKİD. 1998, s.13729 vd. ve oradaki karşı oy yazısı.

haksızlığının ancak bu ön uyuşmazlığın çözümüyle, davacı açısından kesin olarak öğrenilmiş sayılacağını göstermektedir[33].

Fikrimce, böyle bir olasılıkta bir yıllık sürenin işlemeye başlaması söz konusu olmamalıdır; zira davalı, birincil nitelikteki iptal davasının kesin olarak sonuçlanmasıyla artık davacının üstün mirasçılık sıfatını ve kendisinin tereke unsurlarını haksız yere elinde bulundurduğunu bilen bir kimse durumuna gelmiştir. O halde, davalının bu noktadan sonra iyiniyetli olduğundan söz edilemeyeceğinden, edim davasının zamanaşımı hakkında doğrudan doğruya, 639. maddede kötü niyetli zilyet için öngörülen yirmi yıllık sürenin işlemesi söz konusu olmalıdır[34].

Yine eklemek gerekir ki, öğretide İMRE/ERMAN tarafından ileri sürülen ve bana da uygun görünen düşünceye göre, bir yıllık süre hakkında yukarıda söz konusu olan esas, miras sebebiyle istihkak davası için öngörülen on ve yirmi yıllık zamanaşımı sürelerinin işlemeye başlamasında ise söz konusu olmayacaktır. Çünkü Kanunumuzun düzenleme biçimi gereğince bu sürelerin başlangıcı, kanuni mirasçılar hakkında mirasın açıldığı, atanmış mirasçılar için de vasiyetnamenin açıldığı gündür. O halde, bu süreler içinde iptal davası sona ermemiş bulunuyorsa[35], bu takdirde, ikincil nitelikteki miras sebebiyle istihkak davasını açma hakkı da zamanaşımına uğramış olacaktır. Yazarlara göre, bu sonucu önlemek için, davacı tarafından zamanaşımının kesilmesine ilişkin bir işlemin (TBK.m.154) yapılması önerilmektedir[36].

[33] Bkz. **PIOTET**, Traité, § 93/II, s.665; **İMRE/ERMAN**, s.420; **DURAL/ÖZ**, s.449 N.1859. Bu son yazarlara göre, TMK.m.637/II hükmü karşısında artık eski kanun zamanında savunulan bu görüşün uygulanabilirliği kalmamıştır. Oysa bu hüküm, davacının mirasçılık sıfatının tartışmalı olduğu ve mirasçılığın tespitini içeren ayrı bir dava açılmasını önlemek amacını taşır. Bkz. **AKBIYIK**, s.133-134, s.141-142. Bu ise açılmış olan iptal davasının kesin olarak hükme bağlanması gereğini ortadan kaldıran bir hüküm değildir.

[34] Özellikle bkz. **AKBIYIK**, age.s.282-283'deki açıklamalar; **ERGÜVEN, N.**, Miras Sebebiyle İstihkak Davası, İst. 1942, s.92; **İMRE, Z.**, Miras Hukuku, 4.bası İst. 1978, s.644.

[35] Belirtmek isterim ki, Yeni MK.m.559, Eski MK.m.501'den farklı olarak iyiniyetli davalıya karşı vasiyetnamenin açılması tarihinden itibaren beş yıl olarak öngörülmüş olan dava açma süresini, mehaz ZGB. Art. 521'e uygun bir biçimde on yıl olarak belirleyerek, eski kanunumuz zamanında iyiniyetli davalıya karşı edim davası olarak miras sebebiyle istihkak davasının açılabilmesini de, Eski MK.m.579 bu konuda on yıllık bir süre öngördüğü halde, iptal davasında öngörülen daha kısa süre nedeniyle fiilen ilk beş yılla sınırlayan aksak düzenlemeden kurtarmıştır. Eski Medeni Kanun zamanında var olan bu aksaklık hakkında ayrıca bkz. **EREN**, İptal Davası, s.114 dn.99, s.140; **GÜRSOY**, s.144; **AYİTER/KILIÇOĞLU**, s. 259.

[36] **İMRE/ERMAN**, s.420.

Buna karşılık külli halef sıfatına sahip mirasçı, ölüme bağlı tasarrufun herhangi bir iptal sebebiyle geçersiz olduğunu ve davalının da bazı tereke unsurlarını elinde bulundurduğunu öğrenmesine rağmen bu dava için öngörülen bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde (TMK. m. 559) iptal davasını açmazsa, artık bu kazandırmanın geçersiz olduğu ileri sürülemeyeceği için, yirmi yıllık zamanaşımı süresi dolmamış olsa bile, miras sebebiyle istihkak davası da açamayacaktır[37].

Sonuç

Bu çalışmada ortaya konmak istenen temel düşünce, İsviçre/Türk öğreti ve uygulamasında yaygın olarak kabul edildiği gibi, ölüme bağlı tasarrufların iptali davasını bütünleyen (tamamlayan) edim davasının kural olarak bir miras sebebiyle istihkak davası olacağı şeklindeki düşüncenin her durumda isabetli olmadığını gösterebilmek olmuştur. Gerçekten de, iptal davasını açan kimsenin bir vasiyet alacaklısı olması halinde, keza bir miras ortaklığı söz konusu olduğunda da, mirasçıların tümünün iptal davasına katılmamış (davada taraf olmamış) olması durumunda, iptal davasına eklenen edim davasının miras sebebiyle istihkak davası olarak açılması mümkün görülmemiştir.

Bir edim davası olarak miras sebebiyle istihkak davası, yalnızca tek bir külli halef sıfatına sahip mirasçının bulunduğu ya da külli halef sıfatına sahip birden fazla mirasçı bulunmakla birlikte bunların tümünün de, yenilik doğuran iptal davasına taraf oldukları durumlarda açılabilecek olan bir edim davası niteliğindedir. Bu olasılıkların dışında açılacak olan edim davasının hukuksal niteliğinin, ya sebepsiz zenginleşme temeline dayalı bir alacak isteminden ya da tenkis davasına eklenen edim davasında uygulamada yaygın olarak kabul edildiği gibi kendine özgü (sui generis) nitelikte bir alacak talebinden ibaret olacağı, çalışmada açıklanmaya çalışılmıştır.

[37] Bkz. **PIOTET, Traité**, § 93/II, s.665; **TANDOĞAN, H.**, Miras Sebebiyle İstihkak Davası, AÜHFD. 1955, s.283; **AKBIYIK**, s.283.

ESER SÖZLEŞMELERİNDE MÜTEAHHİDİN İŞE ZAMANINDA BAŞLAMA VE DEVAM ETME BORCUNA AYKIRI DAVRANIŞININ HUKUKÎ SONUÇLARININ YARGITAY İÇTİHATLARI IŞIĞINDA DEĞERLENDİRİLMESİ.

Dr. Öğr. Üyesi Sabah Altay[1*]
ORCID NO: 0000-0003-4499-6666

1.Borçlunun bir edim sonucunu taahhüt ettiği, bir şeyin tamamlanmasını ve teslimini konu edinen satış, eser gibi âni edimli sözleşmelerde vade belirlenmişse, önemli olan edimin ifasının belirlenen vadede gerçekleştirilmesi olup, prensip olarak ifanın hazırlık aşamasında (ifa imkânsızlığı veya borçlunun aczi gibi durumlar hariç olmak üzere) alacaklı borçludan vadeden önce bir talepte bulunamaz, bu bağlamda ifa hazırlıklarının yavaş yürütüldüğü, edimin ifasının zamanında yetişmeyeceği (örneğin satılan malın tesliminin vadede gerçekleşmeyeceğinin açık olduğu) gerekçesiyle temerrüt hükümlerine başvuramaz. Bununla birlikte, TBK. 473 hükmü eser sözleşmelerinde ifaya hazırlık aşamasının belirli bir sürece yayılması ve özel bir önem taşımasına binaen özel bir düzenleme ile alacaklıya ifaya hazırlık aşamasına ilişkin bazı taleplerde bulunma imkânı tanımıştır[2]. Bunlardan biri de TBK. 473/1'de düzenlenen ve inceleme konumuzu teşkil eden, yüklenicinin işe zamanında başlama ve devam etme borcuna aykırı davranması halinde iş sahibine tanınan sözleşmeden dönme hakkıdır.

Belirtmek gerekir ki, inceleme konumuzu teşkil eden TBK. 473/1 hükmü; gerek niteliği, gerek uygulanma koşulları, gerekse alacaklıya (iş sahibine) tanıdığı imkânların kapsamı bakımından tartışma konusu olan bir düzenlemedir. Aşağıda bu tartışmalar, özellikle hükmün iş sahibine tanıdığı imkânlar çerçevesinde yansıtılmaya çalışılacak olmakla birlikte, konu ile ilgili tüm tartışmaların ele alınması ve TBK. 473/1 hükmünün tüm boyutlarıyla inceleme konusu yapılması bu tebliğ kapsamında mümkün bulunmadığından, konuya ilişkin temel birkaç husus üzerinde durulabilecektir. Diğer yandan, yüklenicinin aciz halinde olmasının TBK. 98 ve İİK. 296 hükümleri çerçevesinde de kısaca ele alınmasına gayret gösterilecektir.

İnceleme konumuzu teşkil eden TBK. 473/1 hükmü şöyledir:

3. İşe başlama ve yürütme

MADDE 473- Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da işsahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, işsahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir.

Hüküm doktrinde yüklenicinin, işe zamanında başlama ve devam etme borcuna aykırılıktan kaynaklanan, eseri meydana getirme sırasındaki gecikme ve temerrüdü sebebiyle iş sahibinin teslim için belirlenen zamanı beklemeden kullanabileceği, böylece vadeden önce temerrüt

[1]* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

[2] M. Turgut ÖZ, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, 3. Bası, İstanbul 2016, s. 127.

hükümlerinin belirli şartlarla uygulanmasını ve esasen muacceliyetten önce dönme hakkını kullanmasını sağlayan özel bir düzenleme olarak kabul edilmektedir[3]. Böylece eserin meydana getirilmesine ilişkin işgörme faaliyetleri, yasakoyucu tarafından salt ifaya hazırlık fiilleri olarak görülmemiş[4], yüklenicinin edim yükümlülüklerinin kapsamı içinde kabul edilmiştir.

Bu hükümden yola çıkılarak, eser sözleşmelerinde yüklenicinin ediminin salt edim sonucundan ibaret olmadığı, eseri meydana getirme aşamasında da bazı yükümlülüklerinin bulunduğu ifade edilmektedir. Eser sözleşmelerinde yüklenicinin aslî edim yükümlülüğü eserin teslimi ve mülkiyetinin geçirilmesi olup, asli edimin bu özelliği eser sözleşmesini satış sözleşmesine yaklaştırmaktadır[5]. Bununla birlikte, bir işgörme sözleşmesi niteliğini taşıyan eser sözleşmesi, güven esasına dayanan yönü itibariyle vekâlet sözleşmelerine çok yakın bir nitelik göstermektedir. Buna göre yüklenici edimin zamanında tamamlanacağına dair iş sahibinde uyandırdığı güveni sarsacak davranışlardan kaçınmalı, bu konuda kukuya yer vermemelidir. İşte bu sebeple, muacceliyetten önce edimin ifa edilmeyeceğinin anlaşıldığı hallerde, kanun sözkonusu güven sarsıcı davranışların sonucu olarak, iş sahibine özel bir dönme hakkı tanımak istemiştir[6].

2. Sözkonusu düzenlemenin, esasen Borçlar Hukukunda eskiden beri tartışma konusu olan, borçlunun vadeden önce edimini ifa etmeyeceğini beyan veya davranışlarıyla açıkça ortaya koymasının hukukî sonuçlarının ne olacağına ilişkin tartışmayla da bağlantısı bulunmaktadır. Hatırlanacağı üzere, yasada açık bir hukukî imkân bulunmadığı sürece yukarıda da belirtildiği üzere borcun muaccel olmasından önce borçlunun borca aykırı davrandığı gerekçesiyle alacaklının ileri sürebileceği bir talep söz konusu olmamakla birlikte, borçlunun borcun doğumu ile ifası arasında takındığı tavır ve davranışları onun borcu ifa etmeyeceğini açıkça göstermekte ise, alacaklının hangi yola başvurabileceği hususu doktrinde öteden beri tartışmalıdır. Borçlunun henüz borç muaccel olmadan önce alacaklıya borcu ifa etmeyeceğini açıkça bildirmesi veya davranışlarından edimi ifa etmeyeceğinin açıkça ya da zımnen anlaşılması halinde alacaklıya bazı imkânların tanınması gerektiği kabul edilmektedir. Doktrinde baskın görüş bu tür durumları borca olumlu aykırılık (akdin müspet ihlâli) olarak görmekte iken, bir görüş borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlık hükümlerinin uygulanmasını, bir diğer görüş ise temerrüt hükümlerinin uygulanması gerektiğini kabul etmektedir[7]. İşte TBK. m. 473 hükmü yüklenicinin işe zamanında başlama ve devam etme borcuna aykırı davranması halinde taraflar arasındaki güven ilişkisini ihlâl eden

[3] Fikret EREN, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2017,s. 629 ; Öz, s. 128;

[4] Cevdet YAVUZ/Faruk ACAR/Burak ÖZEN, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10 Bası, İstanbul 2014, s. 1018.

[5] Hatta bilindiği üzere doktrinde satış sözleşmesiyle eser sözleşmesinin ayırtedilmesini sağlayacak kriterlere ilişkin çok çetin tartışmalar mevcuttur. Bu konuda bkz. Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç ilişkileri, cilt 2, 1989 yılı Dördüncü Tıpkı Basımdan Beşinci Tıpkı Basım, İstanbul 2010, s. 42.

[6] Konu hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Müge ÜREM, Eser Sözleşmesinde Erken Dönme, İstanbul 2017, s. 48, 54.

[7] Görüşler ve açıklamalar için bkz. M. Kemal OĞUZMAN/M. Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası, İstanbul 2015, cilt 1, s. 477; Rona SEROZAN, İfa- İfa Engelleri- Haksız Zenginleşme, 7. Bası, İstanbul 2016, s. 251. Öz, akdin müspet ihlâlinin varlığı kabul edilirse, ancak TBK. 112 uyarınca tazminat talebinin sözkonusu olabileceği görüşündedir. Bkz. Oğuzman/Öz, s. 477.

böyle bir davranışın sonucunda, tartışmaya yer bırakmayarak belirli koşullarla alacaklıya özel bir dönme imkânı tanımaktadır.

TBK. m. 473 hükmünde; işsahibinin dönme hakkından yararlanabilmesi için yüklenicinin işe zamanında başlamaması, sözleşmeye aykırı olarak işi geciktirmesi veya iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden eserin zamanında tamamlanamayacağının anlaşılması gerektiği düzenlenmektedir. Bundan başka, dönme hakkının kullanılmasının koşulu olarak yükleniciye ihtar gönderilmesinin ve mehil verilmesinin gerekli olup olmadığı tespit edilmelidir.

Öncelikle hükmün niteliği doktrinde tartışma konusudur. Bir görüşe göre[8], sözkonusu hüküm işi zamanında tamamlayamayacağı anlaşılan yükleniciye karşı temerrütten doğan hakların vadeden önce kullanılmasını sağlayan bir düzenleme olarak görülmeli ve hüküm TBK. 117 vd. hükümleriyle tamamlanarak uygulanmalıdır. Bu görüş çerçevesinde sadece sözleşmeden dönme değil, TBK. 123-125 hükümleri çerçevesinde düzenlenen temerrütten doğan tüm sonuçlar, özellikle de ifa yerine müspet zarar talebine yönelik seçimlik hak da kullanılabilecektir. Bu görüşün sözkonusu hakların kullanımı için temerrüt ihtarını da aradığı anlaşılmaktadır[9].

Bizim de isabetli bulduğumuz karşı görüş ise[10], sözkonusu hükmü bir çeşit temerrüt hükmü olarak değil, ifanın hazırlanma safhasının eser sözleşmelerinde taşıdığı öneme binaen henüz temerrüde düşmemiş fakat temerrüde düşeceği açık olan yükleniciye karşı iş sahibine tanınan özel bir sözleşmeden kurtulma imkânı sağlayan bir düzenleme olarak görmektedir. Bu görüşü kabul eden yazarlar, aynı gerekçeyle hükmün esasen sözleşmeden dönme dışında iş sahibine başka bir hak tanımadığı, burada sadece iş sahibine istisnaî olarak tanınmış bir dönme hakkının sözkonusu olduğu görüşündedirler. Biz de bu görüşü taşımaktayız. Hükmün istisnaî niteliği, açık lâfzı ve iş sahibini böyle hallerde sözleşmeyle bağlı olmaktan kurtarma amacı karşısında kanaatimizce sözleşmeden dönme dışında başka bir imkânın varlığını kabul etmek mümkün gözükmemektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere esasen borçlunun edimi ifa etmeyeceğini açıkça ifade ettiği veya ortaya koyduğu hallerde dahi baskın görüş temerrüt hükümlerini değil, akdin müspet ihlâlinin varlığını kabul etmektedir. Kanaatimizce bu hallerde de alacaklıya hiç değilse dürüstlük kuralından kaynaklanan olağanüstü bir fesih hakkı tanınmalıdır. İşte yasa koyucu TBK. 473 hükmünde bu hususu eser sözleşmelerine özgü olarak düzenlemiştir. Borçlunun edimini ifa etmeyeceğini açıkça ifade ettiği veya hâl ve tavırlarıyla ortaya koyduğu hallerde de kanaatimizce benzer sonuca varılmalıdır. Bu sebeple, borçlu temerrüdünün iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde tanıdığı tüm imkânlardan TBK. 473 hükmü kapsamında yararlanılacağı kabul

[8] Yavuz/Acar/Özen, s. 454; Leyla Müjde KURT, Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara 2012, s. 67

[9] Kurt, s. 67.

[10] Zekeriya KURŞAT, İnşaat Sözleşmesi, İstanbul 2017, s. 196; ÜREM, s. 152, 153.; Öz, s. 128. Öz bununla birlikte, yukarıda incelediğimiz yüklenicinin edimini ifa etmeyeceğini açıkça beyan ettiği veya davranışlarıyla ortaya koyduğu hallerde ifanın imkânsızlaşacağını kabul etmek suretiyle burada iş sahibinin TBK. 112 uyarınca borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlık hükümleri çerçevesinde müspet zararın tazminini isteyebileceğini ve ayrıca bu çerçevede bir tazminat hükmü olarak kabul ettiği TBK. 113 uyarınca masrafı yükleniciye ait olmak üzere işin kendisi veya başkası tarafından yapılmasına mahkemece izin verilmesinin istenebileceğini ifade etmektedir. Bkz. Öz, s.129;

edilmemelidir. Bununla birlikte, bu hususta sözleşmede bu haller için temerrüt hükümlerine başvurulabileceğine özel olarak yer verilmesine hiçbir engel bulunmamaktadır.

Belirtmek gerekir ki, çoğunluk itibariyle her iki görüş taraftarları da dönme öncesinde mehil verilmesi gerektiğini kabul etmektedirler[11]. Sözkonusu mehil, işin bitirilmesine yönelik değil, başlanmasına veya normal tempoda yürütülmesine yönelik olacaktır. Gerçekten TBK. 473/1 düzenlemesi ister temerrüt hükmü niteliğinde görülerek TBK. 123 hükmü doğrudan uygulansın, isterse menfaat durumlarının benzerliği sebebiyle kıyasen uygulama gerekli görülsün, burada sözleşmeden dönme gibi ağır bir sonucun yürürlüğe konulmasından önce yükleniciye bir mehil tayin edilmesi gerektiği kanaatimizce de kabul edilmelidir. Kaldı ki, mehil tayini, tarafların, özellikle de iş sahibinin irade beyanlarının veya kanaat verici davranışlarının yorumuna ilişkin (iş sahibinin böyle bir hakkı kullanmayacağına dair yükleniciye güven vermiş olduğunun, belirli bir söz veya davranışının bu şekilde anlaşılmaya müsait olduğunun ileri sürülmesi gibi) bir çok tartışmayı da bertaraf edebilecek, iş sahibinin bu konudaki iradesinin yükleniciye açıkça bildirmiş olmasına da hizmet edebilecektir.

Bu bağlamda her nekadar hükmün lâfzı "***yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği***"nden bahsederek, sanki sadece belirli vadenin sözkonusu olduğu ve işin bu vadeye yetişmeyeceğinin anlaşıldığı hallerde dönme hakkı tanıyor gibi gözükse de, sözleşmede belirli vadenin kararlaştırılmadığı hallerde de, iş sahibinin bu haktan yararlanabileceği kabul edilmektedir. Bu durumda, yüklenici sözleşmeye göre işe derhal (dürüstlük kuralına göre belirlenecek makul süre içinde) başlamalı ve hatta pek rastlanılmasa da bir teslim vadesi belirlenmiş olmasa dahi, yine dürüstlük kuralına göre belirlenecek makul süre içinde eseri tamamlayıp teslim etmekle yükümlü olduğuna göre, buna uygun şekilde işi normal tempoda yürütmek ve tamamlayarak teslim etmek zorundadır. Buna göre belirlenecek makul sürede tamamlamaya yetmeyecek şekilde iş başlamayan veya başlasa dahi işi normal tempoda yürütmeyerek işin belirlenen zamanda yetişmesini riske atan yükleniciye karşı yine BK. 473/1'de düzenlenen dönme hakkı kullanılabilecektir[12].

3. Hükmün uygulanma koşulu bakımından tartışma konusu olabilecek hususlardan bir diğeri esasen hükmün nasıl okunması gerektiği ile ilgilidir. Acaba hükümde belirtilen hallerden birinin alternatif olarak varlığı dönme hakkının mevcudiyeti için yeterli midir? Yoksa her üç ihtimalde de, yüklenicinin işi zamanında yetiştiremeyeceğinin anlaşılabiliyor olması zorunlu mudur? Daha açık ifade etmek gerekirse, ***Yüklenicinin işe zamanında başlamaması*** veya ***sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi*** tek başlarına dönme hakkının kullanılması için yeterli midir? Yoksa bu haller tek başına yeterli olmayıp, ***işsahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme*** olgusu ile birlikte ifade edilen ***bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceğinin açıkça*** anlaşılması koşulu bu iki halde de aranacak mıdır? Hüküm en azından iki farklı yoruma müsait olacak şekilde kaleme alınmıştır.

Belirtmek gerekir ki, esasen bu konuda doktrinde yoğun bir tartışma bulunduğu söylenemez. Gerçekten hükümden anlaşılması gerekenin, aksi sözleşmede açıkça kararlaştırılmadığı sürece

[11] Aksi görüşte Yavuz/Acar/Özen, s. 1020; Ürem, s. 152. İşin zamanında yetişmeyeceğinin anlaşılmasına dayalı dönmede mehil verilmesinin gerekli olmadığı, diğer hallerde yükleniciye işe başlaması veya iş temposunu normal hıza çıkartması için mehil verilmesi gerektiği hakkında bkz. Gümüş, s. 24.

[12] Bkz. bu yönde Öz, s. 132; Yavuz/Acar/Özen, s. 1019.

işe zamanında başlanmaması veya başlanmasına rağmen işin yavaş yürütülmesi sonucunda, her iki halde de işin kararlaştırılan vadeye yetişmeyeceğinin anlaşılması gerektiği genellikle kabul edilmektedir[13]. Yargıtay da bu görüşte olmakla birlikte, aşağıda Yargıtayın aksi yöndeki münferit bir kararına da yer verilmektedir.

Gerçekten sözleşmede aksi kararlaştırılmamış veya hâlin icabı aksi durumu göstermiyorsa yüklenicinin derhal işe başlaması gerektiğinde kuşku duyulmamakla birlikte, taraflar ara vadeler koyarak veya koymayarak belirli bir teslim tarihi kararlaştırmışlarsa, varsa ara vadelere uyulmak kaydıyla kalan süre işi tamamlamaya yetecek ise, yüklenici işi bekletebilir, bu hallerde iş sahibi dönme hakkını kullanamaz[14]. Bununla birlikte bir görüşe göre yüklenici ciddî olarak işe başlamayı veya devam ettirmeyi reddedecek olursa, özellikle işe başlama tarihi belirlenmiş ve bu tarihe uyulmamakta ise bir görüşe göre TBK. 473/1 gereğince[15], diğer bir görüşe göre[16] TBK. 473/1'in koşulları gerçekleşmese dahi iş sahibi temerrüt hükümlerine dayanabilir.

Aynı şekilde, yüklenici işin niteliği bakımından gerçekleşmesi gereken normal çalışma temposundan daha yavaş bir tempoyla işi yürütmekte ise, iş sahibine işi normal tempoda yürütmesi için süre verilebilir, fakat işin bitirilmesi için vade söz konusu ise, ancak devam eden savsaklamalar sonucunda işin belirlenen zamanda bitirilemeyeceğinin anlaşılması halinde sözleşmeden dönebilecektir. Bunun dışında işe zamanında başlanmaması veya işin savsaklanması dışında hükümde ifade edildiği üzere başka sebeplerle de iş zamanında yetişemeyecekse iş sahibi yine sözleşmeden dönebilecektir, yeter ki sözkonusu gecikme iş sahibine yüklenebilecek sebeplerden kaynaklanmasın[17].

Bu konuda tartışma konusu olan husus, özellikle inşaat sözleşmelerinde ara vadelerin belirlenmesi halinde farklı bir sonuca varılmasının mümkün olup olmadığıyla ilgilidir. İşin zamanında yetişmesinin şansa bırakılmaması, yüklenicinin belirli bir disiplin içinde çalışması, özellikle iş sahibi tarafından sürecin kontrol altında tutulabilmesi adına gerek iş başlanılması, gerekse işin tamamlanma aşamalarına ilişkin olarak işin tamamlanması ve teslimi için belirlenen vadelerden ayrı olarak ara vadelerin belirlendiğine çokça rastlanılmaktadır. Bu durumda, acaba sözkonusu vadelere uyulmaması, tek başına TBK. 473/1 uyarınca fesih dönme hakkının kullanılmasına imkân verecek midir? Sorun doğal olarak sözleşmede ara vadelere uyulmamasının açık bir dönme

[13] Öz, s. 134, vd.; Kurşat, s. 207; Ürem, s. 84. Yüklenicinin işe zamanında başlamamış olmasının veya işi yavaş yürütmesinin TBK 473/1 uyarınca sözleşmeden dönme imkânı vermesi için eserin tamamlanacağı veya teslim edileceği tarihin kararlaştırılmamış olması gerektiği, aksi takdirde işin vadeye yetişmeyeceğinin anlaşılması gerektiği hakkında bkz. Mustafa Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, cilt 2, İstanbul 2014, s. 22, 23.

[14] Tandoğan, s. 114.

[15] Öz'e göre, yüklenicinin işe başlaması için vade belirlenmiş olup, bu sürede işe başlanmamışsa, iş sahibi TBK 473/1 uyarınca sözleşmeden dönebilir. Eğer yükleniciye işe başlanması için değil işin bitirilmesi için süre verilmişse, bu durumda iş sahibinin işin zamanında bitirilmesine önem vermiş olduğu anlaşılır ve artık yüklenicinin işe zamanında başlamaması sebebiyle sözleşmeden dönmesi mümkün değildir. Öz, s. 131,132.

[16] Tandoğan, s. 114,115.

[17] Öz, s. 135.

(veya taraf iradelerine göre ileriye etkili fesih) yaptırımına bağlanmadığı haller için önem taşımaktadır.

Doktrinde savunulan bir görüşe göre, TBK. 473/1 hükmü kapsamında yüklenicinin işe başlaması ve işi yürütmesine ilişkin olarak, taraflarca teslim vadesinden ayrı olarak (teslim öncesi) ara vadeler belirlemiş olmaları ile olmamaları arasında bir ayrım yapılmıştır. Buna göre, tarafların böyle ara vadeler belirlemiş olmaları halinde, bu vadelerin kaçırılması tek başına dönme için yeterlidir. Zira bu tür vadelerin belirlenmesi, bu hususa özel bir önem atfedilmiş olduğunu açıkça gösterir ve teslim vadesinden ayrı olarak bu vadeler bizatihi önem taşımaktadır. Bu sebeple, artık aravadelere aykırılığın işin teslim vadesine yetişmesini engelleyecek olup olmadığının denetlenmesi gerekmeyecektir[18].

Bu görüşe karşı tek başına teslim öncesi ara vadeler belirlenmiş olmasının ve bu vadelere uyulmamasının TBK. 473/1 uyarınca sözleşmeden dönme hakkını doğurmayacağı, prensip olarak yine işin zamanında yetişmesinin mümkün olup olmadığının denetlenmesi gerekeceği savunulmaktadır. Bu görüşe göre, işe başlama veya devam ederek inşaatı belirli aşamalara getirme konusunda tek başına ara vadeye uyulmaması dönme hakkının kullanılması için yeterli olmayıp, işin teslim için belirlenen zamana yetişmeyeceğinin anlaşılması gerekmektedir. Ne var ki, bu görüş çerçevesinde de amaca uygun bir istisna tanınmak gerektiği kabul edilmektedir. Buna göre, ara vadeler belirlenmiş olup, bu vadelere uyulmamasına rağmen işin zamanında yetişmeyeceği kesin olarak söylenemese dahi, taraflar için sözkonusu ara vadeler sübjektif esaslı nokta haline getirilmiş veya iş sahibinin bu vadelere uyulması konusunda özel bir menfaati bulunmakta ise özel bir dönme sebebinin varlığı kabul edilmelidir[19]. Fakat bu görüş taraftarları, bu durumda sözkonusu dönme hakkının TBK 473/1 hükmü uyarınca değil, genel hükümlere göre kullanılacağı düşüncesindedirler.

Kanaatimizce, yüklenici ister zamanında işe başlamasın, ister başladıktan sonra normal bir tempoda yürütme (işe devam etme) borcuna aykırı davranmış olsun, TBK. 473/1 hükmünün uygulanması için, işin teslim zamanına yetişmeyeceğinin anlaşılması gerektiği bir defa kabul edildikten sonra, sırf sözleşmede ara vadelere yer verilmiş olması sebebiyle bu vadelere uyulmadığında iş sahibi dönme hakkının tanınmış olduğu kabul edilemez. Zira, TBK. 473/1 hükmünde böyle bir ayrıma yer verilmiş olmayıp, hüküm sayılan her üç ihtimal bakımından ancak "***bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa***" dönmeye imkân tanımaktadır. Bu sebeple TBK 473/1 hükmünden doğrudan doğruya böyle bir sonuca varmak mümkün gözükmemektedir.

Bu durumda kanaatimizce böyle bir sonuç, ya tarafların ara vadelere yer verirken teslim vadesi öncesinde bu vadelere uyulmaması halinde dönme hakkını iş sahibine sözleşmede açıkça tanımaları halinde (ki bu durumda kanaatimizce dürüstlük kuralının getireceği sınır dışında herhangi bir tartışmaya yer olmayacaktır) ya da söz konusu ara vadelerin tanınmasının iş sahibinin çok özel ve haklı menfaatlerinin korunması amacıyla öngörüldüğü fakat bunun da sözleşmeden veya hâl ve şartlardan anlaşılabildiği hallerde mümkün olmalıdır. Diğer bir ifadeyle böyle bir durumun yüklenici tarafından da anlaşılabilir olması aranmalıdır. Bu durumda da, sözleşmeden dönme, taraflar arasında eser sözleşmelerinde de varlığı kabul edilen güven ilişkisinin ortadan

[18] Kurşat, s. 202, 203.

[19] Ürem, s. 84; Öz, s. 135.

kalkmasına dayalı, dürüstlük kuralı temeline dayanan haklı sebeple (olağanüstü) bir fesih niteliğini taşıyacaktır.

Tarafların teslim öncesi ara vadelere yer vermiş olmaları, çoğunlukla yüklenicinin belirli bir disiplin içinde çalışmasını sağlamak ve iş sahibinin işin gidişatını somut olarak kontrol etmesine hizmet etmekte ayrıca yüklenicinin hakedişlerinin kısım kısım muaccel olmasını sağlayabilmektedir. Bu vadelerin varlığı herzaman için iş sahibinin sözleşmeden dönme konusunda özel ve haklı bir menfaatinin mevcut olduğunu göstermez. Özellikle kanaatimizce bu vadelere uyulmaması halinde yüklenicinin ifaya eklenen ceza koşulu ödeyeceğinin kararlaştırıldığı veya belirli vadelere uyulmadığı hallerde yüklenicinin hakedişlerinin muaccel olmayacağının kararlaştırıldığı hallerde prensip olarak iş sahibine dönme hakkı tanımamak daha uygun olacaktır. Fakat belirttiğimiz gibi, bu durumun taraflar arasındaki güven ilişkisini ciddî anlamda sarstığı, iş sahibinin yüklenici tarafından da anlaşılabilir şekilde özel ve önemli menfaatlerini zarara uğrattığı hallerde böyle bir dönme hakkı, sözleşmede açıkça öngörülmüş olmasa dahi olağanüstü bir dönme hakkı olarak tanınabilecektir. Sözkonusu özel menfaatin ispatı bakımından; ara vadelerin sözleşmede öngörülmüş olması iş sahibi bakımından böyle bir özel ve önemli menfaatin göstergesi olarak kabul edilip, işsahibi bu hususta bir karineden yararlandırılabilir. Böylece, ara vadelere uyulmasının iş sahibi için kural olarak özel bir önem ifade ettiği ve bunlara uyulmaması halinde iş sahibinin önemli bir menfaat kaybına uğrayacak olduğu karineten kabul edilerek, aksini ispat külfeti müteahhite yüklenebilir ve bu hususta ki ispat külfetini yerine getirmeyen yüklenici aleyhine dönme yaptırımının uygulanacağı kabul edilebilir. Fakat, sırf ara vadeler kararlaştırıldığı için yükleniciye bu ispat imkânını tanımadan iş sahibine sözleşmeden dönme imkânı tanımak kanaatimizce TBK. 473 hükmünde ve taraflar arasında mevcut sözleşmede amaçlanmayan, hakkaniyete de aykırı sonuçlara yol açabilecektir.

4. Konuya ilişkin Yargıtay kararları incelendiğinde, yüksek mahkemenin öncelikle hâkim görüşe uygun olarak TBK. 473/1 hükmünü, temerrütten doğan hakların vadeden önce kullanılmasını sağlayan bir düzenleme olarak gördüğü ve dönme dışındaki hakların da kullanılabileceği görüşünde olduğu anlaşılmaktadır. Gerçekten **23. HD., 2012/6201E., 2013/1267K., T. 05.03.2013** kararında şöyle denilmektedir[20]:

*"...**BK'nın 358. maddesi yüklenici işe zamanında başlamaz veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirir veya gecikmeler yüklenicinin işi zamanında bitirmesine imkan vermeyecek derecede olması hallerinde arsa sahibinin sözleşmeyi feshedebileceğini ifade etmektedir. Bu madde ile kanun koyucu esasında yüklenicinin işe zamanında başlama ve işi sürdürme borcunu açık bir şekilde düzenlemiştir. Her ne kadar kanun fesih sözcüğünü kullanmış ise de buradan sözleşmeden dönmenin ve hatta temerrüt hükümlerinden de erken yararlanmanın kastedilmiş olduğu kabul edilmelidir**..."*

[20] Bu metindeki tüm kararlar Lex Pera İçtihat Programından yararlanılarak sunulmaktadır.

15.H.D, 2002/3947 E., 2003/674 K., 17.02.2003

"***BK.nun 358/1. maddesi uyarınca, yüklenici işe zamanında başlamaz veya sözleşme gereklerine aykırı olarak işi geciktirir ise bunda kusurlu olmayan iş sahibi, işin teslimi için saptanmış olan zamanı beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeyi bozabilir. Oysa, dosya kapsamındaki mevcut delilleri göre de, yüklenici davacı-karşı davalının işe başlamamasını yahut geciktirmesini haklı kılan bir sebep bulunmamaktadır. Bu sebeplerle, yanlar arasındaki sözleşmenin feshinde, yüklenici tam kusurludur. İş sahibi, BK. 106/2. maddesinde öngörülen seçimlik haklarından "fesih hakkını" kullanmış olmasında haklıdır***.".

Diğer yandan Yargıtay'ın TBK 473/1 hükmünün uygulanması için, herhâlde yüklenicinin işe başlamada veya işi yürütmedeki gecikmesi sonucunda işin teslim tarihine yetişmeyeceğinin anlaşılması gerektiğini kabul ettiği görülmektedir. Örnek olarak; Yargıtay **15. H.D., 2018/3930E., 2019/685K., T. 19.02.2019 kararında şu ifadelere yer verilmiştir:**

"*6098 sayılı TBK'nın 473. maddesinin 1. fıkrasına göre yüklenicinin ise zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanında bitiremeyeceği açıkca anlaşılıyorsa iş sahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebileceğinden, dava tarihi itibari ile delil belge tutanak ve yapılan keşifte tesbit edilen bulgulara göre işin kalan kısmını da gözönünde tutarak davalı yüklenicinin teslimi gereken süreye kadar işi tamamlayıp tamamlayamıyacağı konusunda gerekçeli ve denetime elverişli rapor alınıp sözleşmeye aykırılık iddiası tartışılarak sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken, teknik konuda bilirkişiden rapor alınmaksızın yanlış değerlendirme ve eksik inceleme ile davanın reddi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur.*".

Yine Yargıtay **23.H.D., 2013/1452E., 2013/4306K., T. 21.06.2013 kararında aynı sonuca varılmıştır:**

*"...**Bilindiği üzere, TBK'nın 473. maddesi uyarınca, yüklenicinin işe zamanında başlamaması nedeniyle arsa sahibinin erken fesih isteminde bulunabilmesi için, oluşan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi zamanında bitiremeyeceğinin açıkça anlaşılması gerekmektedir. Somut olayda ise sözü edilen bu şart gerçekleşmediği gibi, sözleşmede ruhsat alınması ve işe başlanması için belirli bir vade kararlaştırılmamış, arsa sahiplerince, bu konuda yükleniciye gönderilen ihtarname tebliğ edilememiş, daha sonrasında da yüklenicinin işe başlaması yönünde uyarı amaçlı herhangi bir bildirimde bulunulmamıştır. Tüm bunlara ilaveten yukarıda açıklandığı gibi mahkemece, işin kararlaştırılan vadede tamamlanabileceği tespit edilmiştir…**"*

Bu arada Yargıtay teslim vadesinin belirli olmadığı hallerde de TBK 473/1'in uygulanabileceğine hükmetmektedir. **Yarg. 15.H.D., 2010/2618E., 2011/2549K., T. 26.04.2011 kararında şu ifadeler mevcuttur:**

BK'nın 358. maddesi hükmünce, yüklenicinin işe zamanında başlamaması ve sözleşme şartlarına aykırı olarak işi geciktirmesi veya iş sahibinin kusuru olmaksızın gerçekleşen

gecikmenin yüklenicinin işi belirli zamanda bitirmesine imkân vermeyecek derecede olması halinde iş sahibinin tayin edilen zamanı bekleme zorunluluğu olmaksızın sözleşmeyi feshetmesi mümkün ise de; yanlar arasındaki sözleşmede inşaata başlama tarihi ve bitirme süresi kararlaştırılmadığından sözleşme belirsiz süreli sözleşmedir. Bu halde iş sahibinden süresiz olarak sözleşmenin ifasını beklemesi istenemeyeceğinden doktrin ve Yargıtay İçtihatlarında makul bir süre geçtikten sonra sözleşmenin feshini talep edebileceği kabul edilmektedir. Somut olayda ……..davacının kiracısının ektiği mahsulün henüz kaldırılmadığı ve ilgili belediye yazı cevabına göre taşınmazın bulunduğu yerde imar ve revizyon çalışmalarına başlanmış olduğu buğday mahsulünün kaldırıldığı 2008 yılı Temmuz ayından sonra sözleşmenin feshi ve dava tarihine kadar proje ve ruhsat işlemlerinin tamamlanıp inşaata başlanması için beklenmesi gereken tahammül süresinin geçmediği anlaşıldığından yüklenici hakkında erken açılan davanın da reddi yerine kabulü isabetsiz olmuştur.".

Bununla birlikte Yargıtay'ın aşağıdaki kararında, TBK 473/1 hükmünü uygularken, işin teslim zamanına yetişmesinin mümkün olup olmadığını denetlemeye ihtiyaç duymadığı ve somut uyuşmazlığı genel temerrüt hükümlerine göre sonuçlandırdığı anlaşılmaktadır:

Yarg. 23. H.D., 2016/3256E. 2019/1060K. T. 19.03.2019

"……Mahkemece iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre; keşif sonrası dava konusu taşınmaz üzerinde herhangi bir yapının bulunmadığının tespit edildiği, taşınmazın 2012 yılı Aralık ayı gibi yükleniciye teslim edilerek yıkım işinin gerçekleştirildiği, projenin çizildiği, imar yönünden bir kısıtlama olmadığı halde yüklenicinin yapı ruhsatını almayarak sözleşmeyi ifadan kaçındığı, buna göre sözleşme edimlerini yerine getirmediği, sözleşmenin devamı açısından fiilen inşaata hiç başlamadığı, yükleniciye makul bir süre tanınarak sonucuna göre hareket etmesinin arsa sahibinden beklenemeyeceği, sözleşmenin feshi koşullarının olayda gerçekleştiği gerekçesiyle, asıl davanın reddi ile karşı davanın kabulüne karar verilmiştir. Kararı, asıl davada davacı-karşı davalı vekili ile asıl davada davalı vekili temyiz etmiştir. …..

……Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş (arsa) sahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir. (TBK 473/1 madde) Sözleşmeden dönülebilmesi için geçerli bir sözleşmenin mevcudiyeti şarttır. Somut olayda da, yüklenicinin henüz yapı ruhsatı almadığı, inşaat faaliyetlerine başlamamak suretiyle sözleşmeyi ifadan kaçındığı, bu itibarla sözleşme edimlerini yerine getirmeyerek kusurlu davrandığı anlaşıldığından, sözleşmenin geriye etkili olarak feshi koşullarının olayda gerçekleştiği halde; mahkemece, karşı davada sözleşmenin feshi yerine iptaline karar verilmesi doğru olmamıştır.".

Belirtmek isteriz ki kararın bütününde, 473/1 hükmünün metninden alıntı yapılmış olsa da, inşaatın teslim zamanına yetişmesinin mümkün olup olmadığının araştırılması gereğinden hiç bahsedilmemiş, bu konuda somut bir tespit yapılmamış, yüklenicinin inşaat faaliyetine başlamamış olması ve bu şekilde sözleşmeye aykırı davranmış olması iş sahibinin sözleşmeden dönmesi için yeterli görülmüştür. Karardan, sözleşmede işe başlanmaması durumunda iş sahibine özel bir dönme hakkının tanınmış olup olmadığı anlaşılamamaktadır.

Halbuki yukarıda vermiş olduğumuz kararlara benzer şekilde Yargıtay bu karara çok yakın bir zamanda vermiş olduğu aşağıdaki kararında, teslim vadesinden önce dönme hakkının kullanılabilmesi için, işin zamanında yetişmeyecek olduğunun tespitini zorunlu görmüştür:

Yarg. 15.H.D., 2018/5191E., 2018/5130K., T. 18.12.2018:

"Davacı davasında davalı şirket ile aralarında 19.04.2013 tarihinde Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi düzenlendiğini, sözleşmeye göre inşaatın 24 ayda anahtar teslimi olarak bitirilmesinin kararlaştırıldığını, davalının inşaata başlamadığını, durumun mahkemede yaptırılan tespitle belirlendiğini, buna rağmen davalının aldığı vekâletname ile sözleşme konusu taşınmazın üzerine şerh koydurduğunu belirterek tapudaki "tamamında kat karşılığı inşaat hakkı vardır" şerhinin terkinine karar verilmesini talep etmiştir. Davalı savunmasında feshedilmeyen sözleşmeden kaynaklı şerhin kaldırılmasının talep edilemeyeceğini belirterek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece taraflar arasındaki sözleşmede inşaatın tamamlanma süresinin 24 ay olduğu bu sürenin 19.06.2015 tarihinde dolacak olup davanın açılış tarihi olan 10.09.2014 tarihi itibariyle sürenin henüz dolmadığı, taraflar arasındaki sözleşmenin halen sürdüğü, sözleşmenin henüz usulüne uygun şekilde feshedilmemiş olduğu, tapu kaydına konan şerhin sözleşme feshedilmemişken kaldırılmasının söz konusu olamayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir…….. Gerçekten de dava tarihi itibariyle sözleşmede kararlaştırılansüre dolmamıştır. Ancak kalan sürede inşaatın tamamlanamayacağının anlaşılması halinde erken açılmış olması davanın reddine neden olamaz. Taraflar arasındaki sözleşmede inşaatın 19.06.2015 tarihinde bitirilmesi kararlaştırılmış ise de sürede bitmemesi halinde 6 ay daha ek süre verileceği ayrıca 3. maddesinde çalışılamayan günlerin belirlenen süreye dahil olmadığı kabul edilmiştir. Bu durumda konusunda uzman bilirkişi heyeti oluşturulup alınacak rapor ile öncelikle 6 aylık süre ve çalışılamayan günlerin eklenerek bitmesi gereken tarihin belirlenmesi, bulunacak tarihe göre dava tarihi itibariyle kalan sürede sözleşmede kararlaştırılan inşaatın bitirilip bitirilemeyeceğinin hesaplattırılıp sonucuna göre davacının terkin talebinin değerlendirilmesi gerekirken eksik inceleme ile davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış, bozulması gerekmiştir".

Sonuç itibariyle Yargıtayın, sözkonusu münferit kararı dışında TBK. 473/1 hükmünden yararlanılması için işin vadeye yetişmeyeceğinin anlaşılması gerektiği görüşünde olduğu söylenebilecektir.

5. Son olarak, konunun yüklenicinin aczi ile ilgili yönünü de kısaca ele almak isteriz. Eser sözleşmelerinde yüklenicinin işe başlamakta gecikmesi veya iş görme faaliyetini olması gerekenden yavaş yürütmesi, işin devamını ciddî anlamda geciktirmesi içinde bulunduğu ifa güçsüzlüğünden, aciz halinden kaynaklanabilir. Bilindiği üzere TBK. 98 hükmü uyarınca; "***Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede, taraflardan birinin borcunu ifada güçsüzlüğe düşmesi ve özellikle iflas etmesi ya da hakkındaki haciz işleminin sonuçsuz kalması sebebiyle diğer tarafın hakkı tehlikeye düşerse bu taraf, karşı edimin ifası güvence altına alınıncaya kadar kendi ediminin ifasından kaçınabilir. Hakkı tehlikeye düşen taraf, ayrıca uygun bir sürede istediği güvence verilmezse sözleşmeden dönebilir.***". Bu hüküm tam iki tarafa borç yükleyen niteliği sebebiyle eser sözleşmelerinde veya eser sözleşmesinin unsurlarını içeren isimsiz sözleşmelerde de uygulanacaktır. TBK. 473 hükmü, TBK 98 hükmünü dışlamaz. Aksine, TBK. 98 hükmünün uygulanması için mutlaka yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya işi yavaş yürütmesi ve işin teslim vadesine yetişmeyecek olması aranmayacak olup, yüklenicinin ifada güçsüzlüğe düşmesi, ekonomik durumunun işi tamamlamaya müsait olmaması ve böylece işin tamamlanmasının tehlikeye düşmesi yeterli olacaktır[21].

Belirttiğimiz gibi, her iki hükümde öngörülen şartların birarada mevcut olması da sözkonusu olabilecektir. Bu durumda, iş sahibi varsa kendi karşı ediminden (örneğin bedel ödeme borcu veya arsa paylarını devir borcu gibi) kaçınabilecek, bu arada yükleniciden teminat isteyebilecek ve bu teminat verilmediğinden sözleşmeden dönebilecektir. Fakat yüklenicinin sözleşmeden veya yasadan doğan teminat vermek gibi bir borcu söz konusu olmadığından, bu hükme göre sözleşmeden dönme, TBK. 473/1 hükmünden farklı olarak iş sahibine herhangi bir tazminat talep hakkı vermeyecektir. Buna karşılık, iş sahibinin TBK. 473 hükmünden yararlanmak istemesi halinde, yukarıda açıklanan hükmün uygulanma koşullarının varlığı yeterli olacaktır. Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya işi gerekli hızda yürütmemesi veya iş sahibinden kaynaklanmayan sebeplerle işin teslim vadesine yetişmemesi veya belirli vade yoksa belirlenecek zamana yetişmeyecek olması yeterlidir. İş sahibi, yükleniciye bu hususta prensip itibariyle mehil vererek, ardından mehil de semeresiz kaldığında sözleşmeden dönebilecektir. Hakkaniyetin gerektirdiği hallerde dönme yerine ileriye etkili fesih sözkonusu olabilecektir. TBK. 473 hükmünün uygulanması bakımından önemli bir farklılık, yüklenicinin TBK. 98'den farklı olarak teminat vermek suretiyle iş sahibinin dönme hakkını kullanmasını engelleyememesinde görülmektedir. Yüklenicinin işi zamanında yetiştiremeyecek olması ekonomik anlamda içinde bulunduğu aciz halinden kaynaklansa dahi, iş sahibi işin zamanında yetişmeyeceğini ortaya koyarak, herhangi bir teminat istemeksizin sözleşmeden dönebilmelidir. Diğer bir ifadeyle, yüklenicinin aciz halinde olması ve işe başlama veya devam etme borcunu bu sebeple ifa

[21] Öz, s. 138.

etmemesi, iş sahibini mutlaka TBK. 98 hükmüne başvurmak zorunda bırakmayacaktır. İş sahibine teminat talep etmeksizin ve bu talebin sonucu beklenmeksizin sözleşmeden dönemeyeceği ileri sürülemez. Bu bağlamda, eksik bırakmamak açısından Yargıtay'ın, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, tarafların sözleşmeden dönme üzerinde uyuşmuş olmadıkları hallerde, ancak mahkeme kararıyla sözleşmeden dönülebileceğini kabul eden ve ne yazık ki yerleşik hale gelen içtihadı[22], gerek TBK 473, gerekse TBK 98 hükmü uyarınca gerçekleşecek dönmelerde de uygulama alanı bulacak ve mahkeme kararı bulunmaksızın sözleşmeden dönme sonuç doğurmayacaktır.

Belirtmek gerekir ki, özellikle TBK. 98'in uygulanmasının sözkonusu olduğu hallerde yüklenicinin konkordatoya başvurması ihtimali özel bir önem taşımaktadır. Bilindiği üzere konkordato, elinde olmayan nedenlerle işleri iyi gitmeyen ve mâlî durumu bozulmuş olan, bu sebeple vadesi gelmiş borçlarını ödeyemeyen (ifa edemeyen) veya ifa edememe tehlikesi altında bulunan borçluları korumak ve bu durumda borçlunun alacaklıları arasındaki eşitliği sağlamak için kabul edilmiş bir icra-iflâs hukuku kurumu ve bir yeniden yapılandırma aracıdır[23]. Konkordato, mali durumu bozulan borçluları haciz ve iflâs yoluya takiplerden korumakta ve borçluların mâlî durumlarını iyileştirerek ekonomik varlıklarını devam ettirmelerine imkân tanımaktadır. İcra ve iflâs Kanunu'nun 285/1 hükmü şöyledir: ***Borçlarını, vadesi geldiği hâlde ödeyemeyen veya vadesinde ödeyememe tehlikesi altında bulunan herhangi bir borçlu, vade verilmek veya tenzilat yapılmak suretiyle borçlarını ödeyebilmek veya muhtemel bir iflâstan kurtulmak için konkordato talep edebilir.*** Bu hükümdeki "***Borçlarını, vadesi geldiği hâlde***

[22] Yarg. HGK. 28.04.2010 E. 15-93, K. 235. Belirtmek zorundayız ki, sözkonusu içtihadın sözleşmeden dönülebilmesi için yasada mevcut olmayan bir mahkeme kararı koşulu getirmesinin isabetinin tartışmalı olması bir yana; buna ilişkin kararlarda "*taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin noterde resmi şekle tabi olarak yapılmalarının zorunlu olduğu, bu sebeple anlaşmazlık halinde mahkeme kararı bulunmaksızın tek taraflı irade beyanıyla feshin sözkonusu olamayacağı*" şeklindeki gerekçelere yer verilmesi, geçerliliği şekle tâbi tüm sözleşmelerde anlaşmazlık halinde feshin ancak mahkeme kararıyla sonuç doğurabileceği gibi bir anlayışın yerleşmesine sebep olabilecektir ki, böyle bir sonuç hem gerekçesinin temel hukuk prensiplerine aykırılığı, hem de pratik sonuçlarının isabetsizliği itibariyle vahim nitelikte olacaktır. Ayrıca, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri özelinde kabul edilen bu içtihat öngörüldüğü sınırlı alan içinde uygulansa dahi, bu sözleşmeler neredeyse her zaman "arsa payı karşılığı inşaat ve taşınmaz satış vaadi sözleşmesi" adı altında yapıldığından, içtihatlar yüzeysel algılandığında, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini barındırmayan satış vaadi sözleşmeleri için de uygulanma tehlikesini bünyesinde barındırmaktadır. Belirttiğimiz gibi, asıl tehlike geçerlilik şekline, özellikle de resmî şekle tâbi sözleşmelerin tek taraflı irade beyanıyla feshedilemeyeceği gibi vahim bir hatalı anlayışın mahkeme kararlarında yerleşme ihtimalidir. Halbuki, hukukumuzda ister âdi yazılı, isterse resmî geçerlilik şekline tâbi sözleşmelerin feshinin aynı şekle tâbi olması veya bir mahkeme kararı gerektirmesine ilişkin herhangi bir genel kural bulunmamaktadır. Ayrıca bkz. Kurşat, s. 377.

[23] Ramazan ARSLAN/Ejder YILMAZ/Sema TAŞPINAR AYVAZ/Emel HANAĞASI, İcra ve İflâs Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2018, s. 541.

ödeyemeyen veya vadesinde ödeyememe tehlikesi altında bulunan herhangi bir borçlu" ifadesi aciz haline işaret etmektedir. Buna göre, muaccel borçlarını ödeme (ifa etme) araçlarındaki geçici olmayan yoksunluktan dolayı ödeyemeyen (yaniaciz halinde olan) her gerçek ve tüzel kişi konkordato başvurusunda bulunabilecektir[24].

Aciz halinin TBK. 98'de ifadesini bulan ifa güçsüzlüğünün kuvvetli bir görünümü olduğunda şüphe bulunmamaktadır. İşte TBK. 98 hükmünün de uygulama alanına girecek bir durum olan borçlunun konkordatoya başvurmasının sonucunda, İİK.289 hükmü uyarınca konkordato talebini inceleyen asliye ticaret mahkemesince borçlu hakkında kesin mühlet kararı verilmesinin önemli bir sonucu 7101 sayılı Kanunun 24. Maddesiyle 28.02.2018 tarihi itibariyle değişikliğe uğramış olan İİK. m. 296/1 hükmünde düzenlenmiştir. Hüküm şu şekilde kaleme alınmıştır:

"***Sözleşmenin karşı tarafının konkordato projesinden etkilenip etkilenmediğine bakılmaksızın, borçlunun taraf olduğu ve işletmesinin faaliyetinin devamı için önem arz eden sözleşmelerin devamı esastır. Bu sözleşmelerde yer alıp da borçlunun konkordato talebinde bulunmasının sözleşmeye aykırılık teşkil edeceğine, haklı fesih sebebi sayılacağına yahut borcu muaccel hâle getireceğine ilişkin hükümler, borçlunun konkordato yoluna başvurması durumunda uygulanmaz. Sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunmasa dahi sözleşme, borçlunun konkordatoya başvurduğu gerekçesiyle sona erdirilemez. (Ek cümle:9/6/2021-7327/4 md.) Bu fıkra kapsamında geçici ve kesin mühlet süresince devam eden sözleşmeler nedeniyle borçlanılan edimler karşılıklı olarak ifa edilir***.".

Bu hükümle, öncelikle borçlunun taraf olduğu ve işletmesinin faaliyetinin devamı için önem arz eden sözleşmelerin devam etmesinin sağlanması öngörülmüştür. Bu amaçla, özellikle inşaat sözleşmelerinde çokça rastlanan borçlunun konkordatoya başvurmasının sözleşmeye aykırılık oluşturacağına, iş sahibi için haklı fesih sebebi sayılabileceğine, borcu derhal muaccel hale getireceğine ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı, yani geçersiz kalacağı[25] sözleşmenin sırf borçlu konkordatoya başvurması sebebiyle sona erdirilemeyeceği, feshedilemeyeceği (sözleşmeden dönülemeyeceği) düzenlenmiş olmaktadır. Aynı hüküm sebebiyle, fesih ile benzer ekonomik sonuçları doğuracak olan yükleniciye işten el çektirme, işi başkasına yaptırma gibi imkânlar da sözkonusu olmamak gerekir. Bu düzenleme, borçlunun işletmesinin faaliyetinin devamı için önem arz eden sözleşmeler için geçerlidir. Zira borçlu bu sayede işletmesi için önemli bir gelir kaynağı olan sözleşme ilişkisini sürdürebilecek ve işi tamamlayarak gelir elde edebilecek, bu sayede konkordato projesine uygun olarak borçlarını ödeyebilecektir. Belirtmek gerekir ki,

[24] Hakan PEKCANITEZ/Güray ERDÖNMEZ, 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, İstanbul 2018, s. 9.
[25] Pekcanıtez/Erdönmez, s. 104.

hükmün gerekçesinde borçluya özellikle hammadde ve temel mal ve hizmet ihtiyaçlarını karşılamayı sağlayan sözleşme ilişkilerinin devamının amaçlandığı ifade edilse de, düzenleme böyle bir sınırlama içermemektedir. Zira, ***borçlunun taraf olduğu ve işletmesinin faaliyetinin devamı için önem arz eden sözleşmeler*** ifadesi ekonomik olarak anlaşıldığında, işletme için önemli gelir getiren sözleşme olarak da anlaşılabilecektir.

Hükümde yer alan ***Sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunmasa dahi sözleşme, borçlunun konkordatoya başvurduğu gerekçesiyle sona erdirilemez.”***. düzenlemesi de önemlidir.

Eser sözleşmelerinde iş sahibi acaba TBK. 98 hükmünün koşulları mevcut olsa dahi, borçlarını vadesi geldiği hâlde ödeyemeyen veya vadesinde ödeyememe tehlikesi altında bulunan bir borçlu olarak konkordatoya başvurmuş olup, kendisine kesin mühlet verilmiş olan yükleniciye karşı aciz hali içinde olduğu gerekçesiyle teminat talep edip, söz konusu teminat verilmediğinde TBK. 98 hükmü uyarınca sözleşmeden dönebilecek midir? Hükmün ratio legisi işsahibinin bu yola başvurmasını engelleme ve yüklenici için hayatî önem taşıyan sözleşmelerin devamını sağlama amacını taşır gözükmektedir. Bununla birlikte, amaç yüklenici için büyük önem taşıyan sözleşmelerin (özellikle büyük çaplı projelerin) devamını sağlamak olduğuna göre, yüklenici işe zamanında başlamalı ve sözleşmede öngörüldüğü üzere işi sürdürmelidir. Nitekim İİK. 296/1 hükmünde “***Bu fıkra kapsamında geçici ve kesin mühlet süresince devam eden sözleşmeler nedeniyle borçlanılan edimler karşılıklı olarak ifa edilir.”***. denilmek suretiyle, yüklenicinin sözleşmeden doğan edimlerini ifa yükümlülüğünün aynen devam ettiğini ifade etmektedir. Buna aykırı davranan yükleniciye karşı TBK. 473/1 hükmünde düzenlenen özel dönme hakkının iş sahibinden esirgenmesi için kanaatimizce haklı bir neden bulunmamaktadır. Bu sebeple, iş sahibi TBK 473/1 hükmünün koşulları mevcutsa, işe zamanında başlamayan veya işi olması gereken tempoda yürütmeyen (konkordato talep etmiş olup, kesin mühletten yararlanmakta olan) yükleniciye karşı kendisine tanınan özel dönme hakkını kullanabilmelidir.

KAYNAKÇA

Antalya, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, cilt V/1,3, İstanbul 2019.

Arslan Ramazan / **Yılmaz** Ejder / **Taşpınar Ayvaz** Sema / **Hanağası** , Emel, İcra Ve İflâs Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2018.

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Ankara, 2017.

Gümüş, Mustafa Alper : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, cilt 2, İstanbul 2014.

Kurşat, Zekeriya : İnşaat Sözleşmesi, İstanbul 2017.

Kurt, Leyla Müjde : Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara 2012.

Oğuzman M. Kemal / **Öz** , M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası, İstanbul 2019, Cilt 1.

Öz, M. Turgut: İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, 3. Bası, İstanbul 2016.

Pekcanıtez ,Hakan / **Erdönmez** Güray: 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, İstanbul 2018

Serozan, Rona : İfa- İfa Engelleri- Haksız Zenginleşme, 7. Bası, İstanbul 2016.

Tandoğan Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt 2, 1989 Yılı Dördüncü Tıpkı Basımdan Beşinci Tıpkı Basım, İstanbul 2010.

Ürem, Müge: Eser Sözleşmesinde Erken Dönme, İstanbul 2017

Yavuz, Cevdet / **Acar**, Faruk / **Özen**, Burak: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10 Bası, İstanbul 2014.

ULUSLARARASI
HUKUK
SEMPOZYUMU
International Symposium on Law

ERTELENEN HÜKÜMLERİN TEKRAR YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNİN MEVCUT KİRA SÖZLEŞMELERİNE ETKİSİ SORUNUNUN TBK m. 325 ÖZELİNDE TARTIŞILMASI

Prof. Dr. Burak Özen
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
ORCID NO: 0000-0001-5558-0135

Sayın oturum başkanı ve değerli katılımcılar, hepinizi saygıyla selâmlayarak sözlerime başlıyorum.

6217 sayılı ve 31.3.2011 tarihli Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un geçici 2. maddesi ile 6098 sayılı TBK'nin işyeri kirası ile ilgili bazı maddelerinin uygulanması, belirli nitelikteki kiracılarla kurulan kira sözleşmeleri bakımından ertelenmiştir. Bu erteleme hükmünde 6353 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 3. maddesi ile düzeltmeler yapılmıştır. Erteleme hükmü değiştirilmiş hâliyle şu şekildedir: "Kiracının Türk Ticaret Kanunu'nda tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralarında 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 323, 325, 331, 340, 342, 343, 344, 346 ve 354'üncü maddeleri 1/7/2012 tarihinden itibaren 8 yıl süreyle uygulanmaz. Bu halde, kira sözleşmelerinde bu maddelerde belirtilmiş olan konulara ilişkin olarak sözleşme serbestisi gereği kira sözleşmesi hükümleri tatbik olunur. Kira sözleşmelerinde hüküm olmayan hallerde mülga Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır".

Bazı kiraya verenlerin neden özel olarak kayırılmak istendiği sorusunun kabul edilebilir bir cevabı olmadığı bellidir. Bu erteleme hükmünün, hatıra getirdiği bir dizi soru işareti dikkate alınırsa, böyle bir hükmün getirilmesindeki beklentileri karşılamaktan bile aciz olduğu söylenebilir. Hükmün lâfzına bakılırsa, ertelenen hükümlerin yerine, tarafların sözleşmede getirdiği düzenlemeler geçecek gibidir. Ama gerçekten de böyle midir? Erteleme hükmü yürürlükteyken, ertelenen hükümlerin kapsamına giren konularda "mutlak" bir sözleşme serbestliği var denilebilir miydi? Bu soruya verilecek cevap ne olursa olsun, erteleme hükmünü yürürlüğe koyanların ve onların arkasındaki çıkar gruplarının böyle sandığı açık.

Şimdi erteleme hükmünün akla getirdiği soruların bir dökümünü yapalım: Erteleme hükmü yürürlükteyken, taraflar, kira bedeli ile ilgili diledikleri gibi düzenleme yapabilirler miydi? Aynı şekilde, hüküm yürürlükteyken, kiraya veren için "akla hayale gelmedik" fesih sebepleri kabul edilebilir miydi? Kiracı erken tahliyeye yeltendiği takdirde, süre sonuna kadar işleyecek kira bedellerini ceza koşulu olarak ödeyeceği kararlaştırılabilir miydi? Kiracı aleyhine kabul edilen muacceliyet şartının akıbeti ne olacaktı? Ya kiracının belini bükecek bağlantılı sözleşmelere ne demeli, erteleme hükmü böylesine sözleşmelerin yapılmasını gerçekten engelleyebilecek miydi?

Erteleme hükmü, "mülga Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır" (tipik bir oksimoron) diyerek, sözleşmede bir düzenleme olmaması durumunda 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu'ndaki denk düşen düzenlemelerin uygulanmasını son sırada söz konusu olabilecek bir seçenek olarak sunmaktaydı. Sunmaktaydı ama, gerçekten de öyle olabilir miydi? Öte yandan, ertelenen hükümlerle ilgili 818 sayılı

Kanun'da bir hüküm olmamakla birlikte, 6570 sayılı Kanun'da bir hüküm içermekte ise ne olacaktı? Aynı oksimoronu devam ettirirsek, "mülga" Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktı da "mülga" 6570 sayılı Kanun uygulanmayacak mıydı? Bu son soru erteleme hükmünü kabul edenlere ve onların arkasındaki çıkar gruplarına mensup kişilere sorulsa, elbette 6570 sayılı Kanun uygulanmayacak cevabını vereceklerini tasarlamak için, kalpleri açıp içindekileri okuma becerisine sahip olmak gerekmez. Onların, kiraya verenleri her türlü sınırlayıcı düzenlemeden kurtarıp, diledikleri gibi sözleşme yapabilme olanağına kavuşturma ihtirasları, 6570 sayılı Kanun gibi getirdiği sınırlayıcı düzenlemelerle maruf bir Kanun'un erteleme hükmüne rağmen uygulanmasını kabul etmelerine elbette engel olurdu. Zaten 6570 Sayılı Kanun'un da uygulanabileceğini kabul etmek, ertelenen hükümleri uygulamadan kovup, bu hükümlerin esin kaynağı olan Kanun'u devreye sokmak anlamına gelirdi.

Oysa erteleme hükmünün nasıl anlaşılması gerektiğine ilişkin öğretide hâkim olan görüş, kanaatimce de haklı olarak, şu yolda biçimlenmişti: Ertelenen hükümlerle ilgili olarak tam bir sözleşme özgürlüğünden söz etmek mümkün görülmemeliydi. Zaten nasıl mümkün görülebilirdi ki? Ertelenen hükümlerin düzenlediği konularda tam anlamıyla bir sözleşme serbestisi var demek, bir yandan geçen onca zamanda Yargıtay'ın kökleşmiş içtihatlarıyla öne çıkmış, adeta örf ve adet hukuku katına çıkmış ilkeleri çöpe atmak demek olurdu; öte yandan, kamu vicdanının külliyen reddedeceği bir anlayışı benimsemek anlamına gelirdi. Yukarıda sıraladığımız bir dizi soruya tutarlı bir cevap vermek de büsbütün olanaksızlaşırdı. Hâkim diyebileceğimiz öğretinin geldiği bu noktada, şu sonuç kaçınılmaz olarak ortaya çıkıyordu: Ertelenen hükümlerin ele aldığı konularda, 6098 sayılı TBK'nun yürürlüğünden önceki düzen tüm kapsamıyla dikkate alınmalıydı ve bu konulara ilişkin olarak sözleşmelerde yer alan hükümler buna göre değerlendirilmeliydi. Şu halde, erteleme hükmü yürürlükteyken, 818 sayılı (eski) BK'nin ve 6570 Sayılı K'nin emredici hükümlerinin ve Yargıtay'ın yerleşik (örf ve adet katına çıkmış ilkelere vücut veren) sınırlayıcı uygulamasının elverdiği kadarıyla bir sözleşme özgürlüğünün olduğu kabul edilmeliydi.

Buna göre, yukarıda sıralanan sorulara verilecek cevaplar da şu şekilde ortaya çıkacaktı: Kira bedeline ilişkin sözleşmedeki hükümlerin, 6570 sayılı Yasa zamanındaki sınırlayıcı Yargıtay uygulamasıyla uyumlu olmasına özel bir özen gösterilmeliydi. Kira bedeli artışları, bu uygulamanın elverdiği koşullarla ve elverdiği kadarıyla gerçekleşmeliydi. Sözleşmelerdeki aksi yöndeki hükümler, emredici bir kimlikle ortaya çıkmış örf ve âdet hukukuna aykırı ve bu nedenle de geçersiz sayılmalıydı. Kiraya veren lehine olmak üzere tahliye sebeplerinin sınırlılığı ilkesinin aşılmasına izin verilmemesi ayrıca gerekliydi. Aksi takdirde, 6098 sayılı TBK'nin yürürlüğünden önceki durumla bağdaşmayan bir serbestlik elde edilirdi. Muacceliyet koşulları ve bağlantılı sözleşmelerin, erken tahliye durumu için öngörülen ceza koşullarının, işyeri kiraları için de yürürlükte olduğu açık olan 6098 sayılı TBK'nin GİK hükümleri (TBK m. 20-25) uyarınca içerik denetimine tabi tutulması kaçınılmazdı.

Ne var ki, uygulama, öğretideki bu eğilim doğrultusunda gelişmedi ve ertelenen hükümlerin ele aldığı konularla ilgili olarak sözleşme serbestisine kapılar alabildiğine açıldı.

Bugün için durum nedir? Ertelenen hükümler tekrar yürürlükte, ancak, bu hükümlere aykırı düzenlemeler içeren birçok sözleşmeler de önceden yapılmış ve halen devam eder durumda.

Örnek olarak, TBK m. 325'in tekrar yürürlük bulmasından önce yapılmış kira sözleşmelerinde yer alan, erken tahliyeye olasılığında ceza koşulu ödeneceğine ilişkin hükümler anılabilir. Bu örnek üzerinden, halen devam eden kira sözleşmelerinde yer alan, ertelenen hükümlere aykırı olarak vücut bulmuş düzenlemelerin akıbetinin ne olacağını ele alalım.

TBK m. 325 f. 1 aynen şöyledir: "*Kiracı, sözleşme süresine veya fesih dönemine uymaksızın kiralananı geri verdiği takdirde, kira sözleşmesinden doğan borçları, kiralananın benzer koşullarla kiraya verilebileceği makul bir süre için devam eder. Kiracının bu sürenin geçmesinden önce kiraya verenden kabul etmesi beklenebilecek, ödeme gücüne sahip ve kira ilişkisini devralmaya hazır yeni bir kiracı bulması hâlinde, kiracının kira sözleşmesinden doğan borçları sona erer*". Bu hüküm bu şekliyle 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu'nda yer almamaktadır. Daha çok, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 264. maddesiyle 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu'nun yürürlüğü zamanındaki Yargıtay uygulamasının bir sentezi niteliğindedir.

Eski Borçlar Kanunu, bünyesinde, kiracının sözleşmeyi süresinden önce sona erdirmesine ilişkin bir hükme yer vermemekteydi. Bu nedenle, belirli süreli bir kira sözleşmesini, süresi tamamlanmadan önce kiracının tek taraflı olarak sona erdirmesi mümkün olmamaktaydı. Kiracı, sözleşme süresi tamamlanana dek kira bedellerini ödemekle yükümlü olup, kiralananı önceden tahliye etmekle bu yükümlülükten kurtulmazdı. Bilâkis, kiracının kiralananı süresinden önce tahliye etmesi, bir sözleşmeye aykırılık sayılırdı ve kiracının sorumluluğunu doğururdu. Bu sorumluluk kiraya verenin ifaya olan menfaatinin karşılanmasını gerektirmekteydi. Bu gerekliliğin yerine getirilmesi, kira süresi tamamlanana kadar işleyecek olan kira bedellerine denk bir tazminat ödenmesiyle mümkündü. Yargıtay'ın o zamanki uygulaması belirttiğimiz bu esaslar üzerine kuruluydu. Ne var ki, Yargıtay, kiracının kira süresi tamamlanana denk işleyecek kira bedellerinden sorumlu olduğunu belirtse bile, kiraya verenin zararı arttırmama külfeti bulunduğunu da ayrıca dile getirmekteydi. Sözleşmeye dayanan sorumluluğun kapsamının belirlenmesinde haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlere yollama yapılmakta olduğuna göre (TBK m. 114/f.2, EBK m. 98 f. 2), haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler arasında yer alan müterafik (birlikte) kusura ilişkin hüküm (TBK m. 52 f. 1, EBK m. 44 f. 1) de bu yollamanın kapsamına girmekteydi. Buna göre, kiraya verenin, nasıl olsa kiracı kira süresi bitene kadar işleyecek kira bedellerinden sorumlu demesi ve boş durması uygun olmayıp, kiracı tarafından tahliye edilen kiralananı yeniden kiraya vermek için çaba göstermesi gerekirdi. Kiraya verenin bu çabayı göstermemesi, zararı arttırmama külfetine aykırılık oluşturan bir birlikte kusur teşkil ederdi. Sonuç olarak, birlikte kusuru nedeniyle, kiraya verenin kiracıdan isteyebileceği tazminatta bir indirime gidilmesi kaçınılmazdı. Buna göre, kiraya verenin, ancak, kiracı tarafından erken tahliye edilen kiralananı yeniden kiraya vermek için geçecek makul süre için işleyecek kira bedellerini istemesi mümkün olacak, bunun da ötesinde, kira süresinin sonuna kadar işleyecek kira bedellerinin tamamını istemesine cevaz verilmeyecekti.

Yargıtay'ın eski Kanun döneminde mevcut olan ve yukarıda özetlediğimiz uygulaması şu sonuçların çıkarılmasını gerektiriyordu: a) Kiracının süresinde önce tahliyesi sözleşmeye aykırılıktır, b)Kira süresi sonuna kadar işleyecek kira bedellerinden kiracının sorumluluğu sözleşmeye aykırılık tazminatıdır (müspet zararın tazmini), c) Kiracının erken tahliye ettiği yeri yeniden kiraya vermek için uğraşmaması kiraya veren bakımından bir birlikte kusur teşkil eder ve isteyebileceği tazminattan indirim yapılması gerekir, d) Bu indirimin sonucunda kiraya verence istenebilecek tazminat yeniden kiraya vermek için geçecek makul süreye inhisar eder.

İşte eski Kanun zamanındaki Yargıtay uygulamasından çıkan ve yukarıda dökümünü yaptığımız sonuçlar 6098 sayılı (yeni) Türk Borçlar Kanunu'nun 325. maddesinin biçimlendirilmesinde etkili olmuştur. Ne var ki, konu yeni Kanun'da ayrı ve özel bir hükümle düzenlenince, çok önemli bir yapısal değişiklik de ortaya çıkmıştır. Bugünkü şekliyle TBK m. 325'in varlığına şu şekilde bir sonuç bağlanabilir: Bu hükümle, kanımca, kiracıya kira süresinin tamamlanmasından önce kullanabileceği bir fesih hakkı tanınmıştır. Bir başka deyişle, kira sözleşmesinin belirli süreli olarak yapılması, kiracının hiçbir gerekçe göstermeden ve sürenin tamamlanmasını beklemeden sözleşmeyi tek taraflı sona erdirmesine engel olmayacaktır. Ne var ki, kiracı tarafından TBK m. 325'e dayanarak yapılacak fesih

beyanı derhal sonuç doğurmayacak, sözleşme kiralananın benzer koşullarla kiraya verilebilmesi için geçecek makul bir süre boyunca devam edecek, ancak böyle bir makul sürenin tamamlanmasıyla kira sözleşmesi son bulacaktır. TBK m. 325'te, sadece, makul süre boyunca kira bedellerinden sorumluluğun devam edeceğinin söylenilmesiyle yetinilmemiş, kiracının kira sözleşmesinden doğan borçlarının makul süre boyunca devam edeceği belirtilmiştir. TBK m. 325'in tercih ettiği bu söylem, yaptığımız yorum için en büyük destektir. Yani TBK m. 325, kiralananın süresinden önce tahliyesini bir sözleşmeye aykırılık olarak görmemekte, kiracıya bu yolla ve gerekçesiz olarak kullanabileceği bir fesih hakkı tanımaktadır. Ancak kiracıya böylesine bir fesih hakkı tanırken, menfaatler dengesini gözetmekte, kiraya verenin çıkarını da tamamıyla göz ardı etmemekte ve sözleşmenin yeniden kiraya verme için gerekecek makul bir süre boyunca devam edeceğini ayrıca belirtmektedir. Böylelikle kiraya veren, kiracı tarafından yapılan fesih beyanının sonuçlarıyla derhal karşılaşmamakta, duruma uyarlanması için kendisine bir süre tanınmakta, bu süreyi kullanarak kiralananı yeniden kiraya verebilme olanağına kavuşturulmaktadır. Yasa tarafından, kiracının sözleşmeden doğan borçlarının devam edeceğinin söylenmesinin, kira sözleşmesinin makul sürenin sonuna kadar devam edeceğini söylemekten farkı yoktur. Sadece yanlış anlaşılmaya elverişli ve birazdan özel olarak değineceğimiz bir sorunun ortaya çıkmasına yol açan bir ifade kullanılmış, kirazının bütün borçlarının devam edeceği izlenimi yaratılmıştır. Öte yandan, TBK m. 325'in kiracıya tanıdığı fesih bildiriminde bulunma hakkı, konut ve çatılı işyeri kiralarına uygulanan TBK m. 325 kuralının öngördüğü gibi yazılı olarak değil, özel hükmün verdiği bir olanak sayesinde, delâlet edici bir davranışla hayata geçirilecektir. Kiracının fesih iradesi, kiralananın zilyetliğini terk etme eyleminde içkin (zımnen mündemiç) sayılacaktır. Burada kira sözleşmesinin devam etmesinden söz ederken, yasanın söyleminde açık olmayan (açık olmak şöyle dursun yanlış anlaşılmaya elverişli), bir noktanın altını çizmek isterim. Kiracı, kiralanana zilyet olmaktan çıkacağına göre, zilyetliğe bağlı olarak ortaya çıkan borçların hâlâ daha devam etmesi söz konusu olamaz. Sözgelimi kiralananı özenle kullanma borcu, kiralananın ayıplarını bildirme borcu kiralanan taşınmazın bulunduğu yerde oturan diğer kimselere yönelik olan özen borcu devam edemez. Öte yandan kiraya veren, kiralananı başkasına kiraya da verebilir. Vermek için çaba göstermek zorundadır da zaten. Aksi takdirde, kiracının borçlarının, kiralananın yeniden kiraya verilmesine kadar "makul bir süre" devam edeceği kuralının içi boşalmış olur. Kiracının makul bir süre boyunca devam edecek borçları, "akçalı" borçlardan ibarettir. Şu hâlde, kira bedelini ödeme borcu ve belki de yan giderleri ödeme borcunun devamı düşünülebilir. Bu sonuncu borcun bile kiralananın kullanımıyla yakından ilgili olduğu, bu nedenle kullanıma son verecek kiracı açısından artık devam edemeyeceği, devam edecek yegâne borcun kira bedelini ödeme borcu olduğu düşüncesi de yabana atılacak gibi değildir ve pekâlâ haklı görülebilir. Şu hâlde, kira sözleşmesinin devamı, bütünüyle değil bölümsel olarak söz konusu olacaktır. Kiracının kiralananı terk etmesiyle delâlet edici davranışla gerçekleşen feshin derhâl etkili olacağını ve kira sözleşmesinin o anda sona ereceğini, TBK m. 325'in feshin parasal sonuçlarını düzenlediğini ileri sürecek olanlara da doğrusu karşı çıkacak değilim. Bence bu da savunulması gayet mümkün bir düşünce olur. Bu düşüncenin tutarlı uzantısı, derhal etkili olan feshin TBK m. 325 tarafından düzenlenen parasal sonucunun, makul bir süre işleyecek kira bedelinden kiraya verenin elde ettiği yararların düşülmesiyle ortaya çıkacak tutar olduğudur.

Görülüyor ki, eski Kanun zamanındaki Yargıtay uygulamasının TBK m. 325 bünyesine aktarılması, Yargıtay'ın konuyu ele alış biçimini kökünden değiştirip dönüştüren bir etki yaratmıştır. Eski Kanun zamanındaki uygulamada kiracının erken tahliyesi kiracının sorumluluğunu doğuran bir haksız fesih oluştururken, 6098 sayılı TBK'nin böyle bir davranışa açıkça yer ve cevaz verip "haksız" nitelendirmesinin önüne geçecektir. Öyle ya, yasanın verdiği bir olanağı kullanan bir kiracı, nasıl olur da haksız bir davranış içinde görülebilir? Erken tahliye eden kiracının, yeniden kiralama için gereken makul süre için işleyecek kira bedellerini ödemek zorunda olması, eski Kanun zamanında (kiraya

verenin birlikte kusuru nedeniyle indirilmiş) sözleşmeye aykırılık tazminatıdır. Buna karşılık, yeni Borçlar Kanunu, konuyu ele alış tarzına uygun olarak, makul süre boyunca kira bedellerinden sorumluluğun devam etmesini, bu süre boyunca kira sözleşmesinin bölümsel olarak devam etmesinin (yani kiracının erken tahliye ile gerçekleştirdiği feshin derhal etkili olmamasının) bir sonucu olarak görmüştür.

Gerçi öğretide TBK m. 325'in değerlendirmesini benim yukarıda yaptığım gibi yapanlar hâkim görüşü oluştursa bile, farklı değerlendirmelere rastlandığını söylemek gerçeğe saygının bir gereğidir: Bu farklı bakış açısına göre, TBK m. 325, kiracıya süresinden önce gerekçesiz kullanabileceği bir fesih hakkı veren bir hüküm değildir. Bu hükme rağmen, kiralananı süresinden önce tahliye eden kiracı, sözleşmeye aykırı davranıyor demektir. TBK m. 325, bu sözleşmeye aykırılığın parasal sonuçlarını düzenleyen bir hükümden ibarettir. Bu iki yaklaşımın pratik bir sonuç farkı da bulunmaktadır. Benim de katıldığım yoruma göre, kira sözleşmesi makul bir süre boyunca devam ettiği için, bu süre boyunca işleyecek kira bedellerini bir defada toptan ödemek gerekmez. Makul süre boyunca her ayın kirası vadesi geldiğinde ödenir. Oysa TBK m. 325'in erken tahliye eden kiracının sözleşmeye aykırı davranmış sayılmasını engellemediğini ve bundan doğan sorumluluğu düzenlediğini kabul edenlere göre, makul süre boyunca işleyecek kiraların baştan, toplu olarak ve tek defada verilmesi gerekir. Bir diğer pratik fark da şudur: Benim doğru bulduğum yorum biçimi, kiracının kira bedeli dışında kalan borçlarının makul bir süre boyunca devam ettiğini kabule daha elverişli olup, TBK m. 325'in lâfzına da daha uygundur. Yargıtay bu konuda hepten farklı bir anlayışa sahiptir ve bir bakıma eski Borçlar Kanunu'nun yürürlüğü zamanındaki yaklaşımını hâlâ devam ettirmektedir. Yargıtay, kiralananın erken iadesinin kira sözleşmesini sona erdirdiğini kabul etmekle birlikte, bir haksız fesih durumu olduğundan söz etmektedir. Kiralananın erken iadesini haksız fesih olarak algılayınca, kiracının kiraya verenin ifaya olan menfaatini tazmin etmek zorunda kalacağı sonucuna varması da Yargıtay için olağan bir sonuç olacaktır. Kiraya verenin ifaya olan menfaatinin tazmin edilmesinin, TBK m. 334 f. 2'nin dışında kalacağı besbellidir. Kiraya verenin ifaya olan menfaatinin tazmini, kural olarak, süre sonuna kadar işleyecek kira bedellerinin tutarına uygun bir zararın varlığını kabul etmeyi gerektirir. TBK m. 325'te istenebilecek kira bedellerinin yeniden kiraya vermek için gerekli olan makul süreyle sınırlanması, Yargıtay'a göre kiraya verenin zararı azaltma külfetinin bir gereğidir. Kiraya veren bu külfeti yerine getirmeyip yeni bir kiracı bulmazsa, talep edebileceği tazminat da yeni kiracı bulmak için normalde geçecek olan süreye ilişkin kira bedelleri toplamını aşamaz. Görülüyor ki, Yargıtay, TBK m. 325'in bir pozitif kural olarak varlığının, kiralananın erken iadesini kiracının bir hakkı durumuna getirdiği gerçeğini bir türlü kabullenmemekte, eski Borçlar Kanunu zamanındaki içtihadının dayalı olduğu düşüncenin hâlen daha geçerli olduğunu zannetmektedir.

TBK m. 325'in nispî emredici bir hüküm olduğu yönünde öğretide bir mutabakat vardır diyebiliriz. Nispî emredici hükümler, taraflardan birinin menfaatini öne alırlar ve menfaati özetilen tarafın aleyhine olacak tarzda uygulamadan kovulamazlar. TBK m. 325 hükmü de kiracının menfaatine ağırlık vermekte olup, bu hükümle getirilen düzenin kiracının aleyhine olacak tarzda değiştirilmesi mümkün değildir. Buna karşılık, kiracının daha da lehine olan bir anlaşmayla söz konusu hükmün uygulamadan kovulması mümkündür. Söylediklerimizi somutlaştıralım: Nispî emredici nitelikteki TBK m. 325'le getirilen düzenin; kiracının, derhal etkili olacak ve gerekçesiz kullanabileceği bir fesih hakkına kavuşturulduğu, böyle bir fesih hakkını kullanmasının karşılığında da herhangi bir ödeme yapmasının gerekmeyeceği bir diğer düzenle değiştirilmesi mümkündür. Kira sözleşmesinde kiracının daha da lehine olacak tarzda böylesine bir düzen kurulursa, süresinden önce kiralananı tahliye eden kiracının hiçbir ödeme yapması gerekmeyecektir. Buna karşılık, kiracının sözleşmeyi süresinden önce fesih yoluyla sona erdirilmesini TBK m. 325'in öngördüğünden daha ağır koşullara bağlayan bir sözleşme hükmü geçersiz sayılır.

TBK m. 325 kiracı tarafını tacir olan kişilerle özel hukuk veya kamu hukuku tüzel kişilerinin oluşturduğu işyeri kiralarında, 01.07.2012 tarihinden itibaren sekiz yıl süreyle uygulamadan kaldırılmıştır (04.02.2012 tarihli ve 6353 sayılı Kanun'un 53.maddesi ile 31.03.2011 tarihli ve 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un geçici 2.maddesinde yapılan değişiklik). Sekiz yıllık erteleme süresi dolmuş, uygulanması ertelenen hükümlerin uygulanma kabiliyeti avdet etmiştir. Erteleme sırasında yapılan kira sözleşmelerindeki TBK m. 325'e aykırı düzenlemelerin, sözgelimi TBK m. 325'e aykırı olarak formüle edilmiş ve kiracıyı erken tahliye halinde süre sonuna kadar işleyecek tüm kira bedelini ceza koşulu olarak ödeme zorunda bırakan sözleşme hükmünün akıbeti de bir sorun olarak ortaya çıkacaktır.

Bu tür sözleşme hükümlerini ayakta tutmak için çaba gösterenler olacağını şimdiden söyleyebiliriz. Onların bu çabayı üzerine yaslayacağı temelin ne olduğunu kestirmek, kehanete varan bir sezgi yeteneğine sahip olmayı gerektirmez. Onlar şöyle diyeceklerdir: Her sözleşme (ve sözleşmenin her bir hükmü) geçerlik koşulları bakımından yapıldıkları zaman yürürlükte olan mevzuata tabidir. Bir sözleşme yapıldığı tarihte yürürlükte olan mevzuat çerçevesinde geçerli olarak kurulduğu takdirde, sonradan bu mevzuatta değişiklik olması ve söz konusu sözleşme türünden sözleşmeler için yeni geçerlilik koşulları getirilmesi olumsuz bir etkide bulunmayacaktır. Bir başka deyişle, bir yol geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmenin (veya sözleşmenin herhangi bir hükmünün), sonradan geçerlik koşulları bakımından yapılan değişiklikler nedeniyle geçersizleşmesi diye bir şey söz konusu olamaz. Yürürlük hukukunun (çağlar arası hukukun) bu çok önemli ilkesi, Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 1. maddesiyle, eski Borçlar Kanunu ve yeni Borçlar Kanunu'nun karşılıklı ilişkileri ve yürürlük sorunları bakımından ele alınmıştır. Bu düzenleme her ne kadar eski ve yeni Borçlar Kanun'ları bakımından yürürlük sorununu ele alıyorsa bile, kabul edilen ilkenin genelleştirilmesi mümkündür. Zaten söz konusu düzenleme biçimlendirilirken, yürürlük hukukunun çok önemli bir ilkesinin somutlaştırılması ve eski ve yeni Borçlar Kanunlarında aranan geçerlilik koşulları bakımından tekrar edilmesinden başka bir şey yapılmamıştır. Şu hâlde, madem ki TBK m. 325 (ve yürürlüğü ertelenen diğer hükümler) yürürlükte olmadığı sırada yapılan bir sözleşmedeki hükümler hukuka aykırılıktan ötürü geçersiz sayılmayacaktır, TBK m. 325'in (ve yürürlüğü ertelenen diğer hükümlerin) tekrar yürürlük kazanması önceden yapılan sözleşmelerdeki aksine düzenlemelerin geçersiz hâle gelmesine yol açmayacaktır.

Yukarıda ifade ettiğimiz düşünce biçimi ilk bakışta doğru gibi görünse bile, yürürlük hukukunun "her sözleşme yapıldığı zaman yürürlükte olan mevzuata tabidir" tarzındaki genel ilkesinin çok önemli bir istisnasına ters düşmektedir. Buna göre, yürürlüğe giren mevzuat genel ahlâka veya kamu düzenine ilişkinse, söz konusu mevzuat gerçekleştikleri tarihe bakılmaksızın bütün sözleşmelere uygulanır. Bu çok defa sanıldığını aksine bir geriye etkili olma sayılmaz. Bilâkis derhal etkili olma olarak görülmelidir. Şu hâlde, sonradan yürürlüğe giren kamu düzeni (veya genel ahlâkla) ilgili bir kanun maddesinin, önceden akdedilmiş bir sözleşmeye uygulanması ve bu sözleşmenin (veya sözleşmenin bir hükmünün) bundan böyle geçersiz sayılmasına yol açması pekâlâ mümkündür. Kamu düzeni ve genel ahlâkla ilgili kanun maddelerinin bu son derece istisnai yürürlük gücüne, Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulanma Şekli Hakkında Kanun'unun 2. maddesinde de yer verilmiştir. Mezkûr madde aynen şöyledir: "*Türk Borçlar Kanunu'nun kamu düzenine ve genel ahlâka ilişkin kuralları, gerçekleştikleri tarihe bakılmaksızın, bütün fiil ve işlemlere uygulanır*". Aynen zikrettiğimiz bu hükmün yine yürürlük hukukuyla ilgili genel bir ilkeyi somutlaştırdığı ortadadır ve bu haliyle 2020 yılı içerisinde tekrar yürürlük gücü kazanan TBK m. 325'te yer alan kuralı da (ve yürürlüğü ertelenmiş diğer hükümleri de) kapsamına alacaktır.

TBK m. 325, tekrar yürürlük kazandığı andan itibaren, gerçekleştikleri tarihe bakılmaksızın bütün sözleşmelere (ve bu sözleşmelerin her bir hükmüne) uygulanmalıdır, zira "kamu düzeni" ile ilgili bir kuraldır. Kamu düzeni kurallarının en önemli kategorilerinden birini, sözleşme taraflarından birini kategorik olarak koruyan kuralların oluşturduğu bilinen bir gerçektir. Bu bağlamda tüketicinin korunması amacını taşıyan kurallar, kefili koruma amacı taşıyan kurallar, işçiyi koruma amacı taşıyan kurallar ve nihayet kiracıları korumak amacıyla özel olarak getirilmiş kurallar, hep böyle kamu düzeni kurallarıdırlar. Bütün bu saydığımız kurallarda, sözleşme taraflarından biri (işçi, kefil, kiracı veya tüketici), somut olayda bu sözleşme tarafını kimin ve nasıl bir kişinin oluşturduğuna bakılmaksızın kategorik olarak korunmaktadır. Bu tip kategorik korumalar, kamu düzeni mülahazalarına dayanan hukuk politikası aracı olarak öngörülmüşlerdir. Nitekim bir hükmün emredici olup olmadığını anlamak için yapılan değerlendirmeler de burada hatırlanmalıdır. Bir hükmün emredici olduğu lâfzından anlaşılamıyorsa, o hükmün amacına bakılır. Hükmün amacı genel ahlâkın, kişiliğin ve kamu düzeninin korunmasına yönelikse, hükmün emredici olduğu kabul edilir. Hükmün amacının kamu düzeninin korunmasına yönelik olduğunu gösteren de iki temel belirti vardır. İlk belirti hükmün devletin ve kamusal yaşantının önemli menfaatlerine yönelik olmasıyken, ikinci belirti hükmün özel olarak korunmaya değer bir toplum kesiminin korunmasına yönelik olmasıdır. Kiracıların, yasa koyucu tarafından, (tıpkı işçiler, kefiller, tüketiciler veya genel işlem koşullarına maruz kalanlar gibi) korunmayı hak eden bir kesim olarak algılandığı bilinen bir gerçektir. TBK m. 325'in de kiracıları korumayı özel olarak amaçlayan hükümlerden biri olduğu, getirilen düzenlemeden açık olarak anlaşılmaktadır. Gerçekten de bu hükümle, belirli süreli sürekli sözleşme ilişkilerindeki genel ilkenin aksine bir düzenleme getirilmiştir. Bilindiği üzere, belirli süreli sürekli sözleşme ilişkilerinde, ancak ve ancak, haklı sebeple olağan fesih yolu açıktır. Yoksa hiçbir gerekçe göstermeden olağan bir fesih olanağı söz konusu olmaz. Yasa tarafından düzenlenen (tipik) bütün sürekli sözleşme ilişkilerinde bu söylediğimize uygun düzenlemelere rastlarız. Ne var ki, sadece kira sözleşmesindedir ki, kiracılar, hiçbir sebep göstermeden kira ilişkisini süresinden önce sona erdirme ayrıcalığına sahip kılınmışlardır. Kira sözleşmesinin özel olarak korunmaya değer gördüğü kiracı tarafına (üstelik İsviçre aslından da ayrılarak) bu ayrıcalığı TBK m. 325 hükmüyle bahşeden yasa koyucu, böylelikle, kiracıların korunması politikasının kamu düzeniyle ilgili olduğunu da bir kere daha vurgulamıştır. Nitekim hükmün kiracı menfaatini özel olarak kayırıp gözeten bir hüküm olduğunu ve bu hükmün arka planındaki kamu düzeniyle ilgili kaygıları tanılayan öğreti, ağız birliğiyle, bu hükmün nispî emredici yapısını da ayrıca kabul etmekte duraksama göstermemiştir.

TBK m. 325'i merkeze alarak yaptığımız bu açıklamalar, erteleme hükmünün süresi dolması üzerine yürürlük gücü avdet etmiş Türk Borçlar Kanunu'nun işyeri kiralarını da kapsamına alan (nispi emredici nitelikteki) diğer hükümlerinin mevcut sözleşmelerdeki aksine düzenlemelere etkisi bakımından da aynen geçerlidir. Kişisel kanaatim bu yönde olmakla birlikte, Yargıtay'ın kimi kararlarına değinmekte ve bu kararlardan Yüksek Mahkeme'nin düşünüş biçimi bakımından bazı ipuçları elde edilebilip edilemeyeceğini düşünmekte ayrıca yarar görmekteyim. Aşağıda bazı Yargıtay kararlarına değinilecektir. Söz konusu kararların künyesini verecek ve bu kararlardan çıkabilecek bazı sonuçlara değineceğim. Ne var ki, kolay ulaşılabilir bu kararların metinlerini zikrederek, tebliğin konusunu oluşturan ana düşüncenin takip edilmesini güçleştirmekte yarar görmüyorum. Bu kararlar sorunu TBK m. 325 çevresinde ele almaktadır. Ne var ki, kararlardan çıkartılacak ipuçlarının, yürürlüğü ertelenmiş nispi emredici nitelikteki diğer hükümler bakımından da belli bir bakış açısını yansıttığı söylenebilir.

Yargıtay 3 HD'nin E. 2017/784 ve K. 2017/258 sayılı, 18.01.2017 tarihli kararının ilişkin olduğu bir olayda, 01.03.2009 başlangıç tarihli bir kira sözleşmesi bulunmaktadır. Demek oluyor ki, söz konusu

kira sözleşmesi eski Borçlar Kanunu zamanında akdedilmiştir. Bu sözleşmenin bir maddesinde, "kiracı veya kiraya veren, kontrat bitmeden tahliye eder veya tahliye isterse, hem bakiye kira bedelleri tutarını hem de üç aylık kira bedeli tutarını karşılıklı olarak birbirlerine ceza koşulu olarak öderler ve aynı zamanda bu ceza koşulunun fahiş olmadığını kabul ederler" mealinde bir hüküm yer almaktadır. Bu hüküm, her iki tarafın da erken tahliyeyi gündeme getirebileceğini belirtmiş, ne var ki, böyle bir şeyi yapan tarafın diğerine bakiye kira bedelleri ve üç aylık kira bedeli tarzında yüklü bir ceza koşulu ödeyeceğini hükme bağlamıştır. Sözleşme bir yıl için yasa gereği uzamış, uzamanın gerçekleşmesinden sonraki yeni dönemde, kiralananın erken tahliye edilip edilmediği yolunda bir ihtilaf meydana gelmiştir. Olayın esası ile ilgili olarak ne sonuca varıldığı önemli değildir. Bizim için önemli olan nokta şudur: Yargıtay 3 HD, 8 yıllık erteleme hükmü nedeniyle TBK m. 325'in olayda uygulanmayacağına, tarafların erken tahliyeye ilişkin kararlaştırdıkları ceza koşulunun geçerli olduğuna hükmetmiştir. Yani erken tahliye olgusu gerçekleşirse hem dönem sonuna kadarki bütün kira bedelleri hem de üç aylık kira bedeli ödenmek gerekecektir. Demek oluyor ki, mevcut ilişkiye TBK m. 325 uygulanabilse, Yargıtay, bu hükmün getirdiği sınırların ötesinde talepte bulunmaya olanak veren bir ceza koşulu anlaşmasını geçerli saymayacaktır. Bu arada bir nokta daha dikkat çekmektedir: Yargıtay'ın ceza koşuluna ilişkin anlaşmayı geçerli sayıp saymamak için TBK m. 325'i uygulamamasının sebebi, bu hükmün uygulanmasının 8 yıl için ertelenmiş olmasıdır. Demek oluyor ki, böyle bir erteleme olmasa TBK m. 325, sözleşmedeki ceza koşuluna ilişkin anlaşmaya uygulanabilecek ve bu anlaşmanın geçersiz sayılmasına yol açabilecekti. Bu şu bakımdan önemlidir: Sözleşme eski Borçlar Kanunu zamanında, bir diğer deyişle, yeni Borçlar Kanunu'nun 325. maddesinin henüz yürürlükte olmadığı bir dönemde yapılmıştır. TBK m. 325'in henüz yürürlükte olmadığı bir zamanda yapılan sözleşmeye prensip olarak uygulanabileceğini, böyle bir uygulamayı engelleyen yegâne hususun erteleme anlaşması olduğunu söyleyen Yargıtay, aynı zamanda şunu da söylemiş oluyor: TBK m. 325, kamu düzeniyle ilgili bir hükümdür ve yürürlükte olmadığı zaman kurulan sözleşmelere de uygulanır. Bu bizim yaptığımız saptamayla uyumlu bir sonuçtur. Şu hâlde, TBK m. 325'in tekrar uygulanma kabiliyetine kavuştuğu andan itibaren (ki bugün için durum budur), 8 yıllık erteleme süresi içinde yapılan sözleşmeler bakımından da dikkate alınması gerekecektir diyebiliriz.

Yargıtay 3 HD'nin E.2017/1898, K. 2017/3140 sayılı ve 15.03.2017 tarihli kararında, 20.01.2014 başlangıç tarihli bir kira sözleşmesine TBK m. 325'in uygulanabileceği belirtilmiştir. Demek oluyor ki, söz konusu kira sözleşmesi, 8 yıllık erteleme hükmünün kapsamında kalan bir kira sözleşmesi değildir. Muhtemelen bir konut kirası sözleşmesidir. Bu sözleşmede erken tahliye hâlinde 3 aylık kira bedeli tutarının ceza koşulu olarak ödeneceği mealinde bir hüküm bulunduğu anlaşılmaktadır. Yargıtay, TBK m. 325'in uygulanma kabiliyeti olduğunu kabul etmekle birlikte, söz konusu ceza koşuluna ilişkin anlaşmayı TBK m. 325'e aykırılıktan ötürü geçersiz saymamıştır. Böyle bir anlaşmayla tarafların TBK m. 325'te belirtilen makul süreyi üç aylık bir süre olarak anladıklarını gösterdiklerini, bu nedenle de üç aylık kira bedelinin ödenmesine ilişkin sözleşme hükmüne uygun olarak mahkemece karar verilmesi gerektiğine hükmedilmiştir. Kanaatimce, Yargıtay'ın bu yaklaşımı, öğretideki TBK m. 325'in nispî emredici nitelik taşıdığı yönündeki genel kabule uygun değildir. TBK m. 325 nispî emredici bir hükümse ve kiracı aleyhine olarak aksinin kararlaştırılması mümkün değilse, bu hükümde belirtilen (aynı koşullarla yeniden kiraya vermek için gerekli) makul sürenin ne olduğunun objektif olarak belirlenmesi, bu belirlemenin yapılması için gerekirse bilirkişiye başvurulması gerekirdi. Sözleşmede belirtilen üç aylık süre, objektif olarak belirlenen makul sürenin altındaysa, kiracı lehine bir anlaşma olarak geçerli sayılmalı; buna karşılık, objektif olarak belirlenen makul süreden daha uzun kalıyorsa, üç aylık kira bedeline değil, makul süre için işleyecek kira bedeline hükmedilmeliydi.

Yargıtay 3 HD'nin E.2017/5541, K. 2019/4028 sayılı ve 02.05.2019 tarihli kararı, kanaatimce, konumuz bakımından en çok önem taşıyan karardır. Önemi şuradadır ki, karara konu olan olay, bir işyeri kirasına ilişkin olmayıp taşınır kirasına (motorlu araç kirasına) ilişkindir. Şu hâlde, TBK m. 325'e ilişkin sekiz yıllık erteleme hükmünün kapsamı dışında kalan bir kira ilişkisi söz konusudur. Sözleşme 36 ay süreli olarak akdedilmiştir. Sözleşmenin ilk yıl içinde kiracı tarafından sona erdirilmesi halinde, kalan süre boyunca işleyecek kira bedellerinin %55'inin ceza koşulu olarak ödeneceği kararlaştırılmıştır. Kiracı, sözleşmeyi ikinci yıl sona erdirirse, kalan kira bedellerinin %45'ini; üçüncü yıl sona erdirirse kalan kira bedellerinin %35'ini ceza koşulu olarak ödemeyi taahhüt etmiştir. Bu ceza koşulunun bu hâliyle, olaya uygulanabileceğinden kuşku olmayan TBK m. 325'e aykırı olduğu açıktır. Nispî emredici nitelikteki bu hükme aykırılık nedeniyle ceza koşuluna ilişkin anlaşmanın kesin hükümsüz sayılması gerekirken, Yargıtay, tam aksi yönde bir sonuca varmış ve kararlaştırılan ceza koşulunu geçerli kabul etmiştir. Gerekçe olarak, kiracının tacir olduğunu ve sözleşmenin ceza koşuluna ilişkin hükmünü özgür iradesiyle kabul ettiğini söylemiştir. Oysa benim görüşüme göre, TBK m. 325'in nispî emredici bir hüküm olarak dikkate alınmasında ve kiracının durumunu bu hükmün getirdiği düzenlemeye oranla ağırlaştıran ceza koşulunun geçersiz sayılmasında, kiracının tacir olup olmadığı bir fark yaratmamalıydı. Zira, TBK m. 325, kendi bünyesinde böyle bir farka yer vermemiştir.

Buna karşılık, Yargıtay 6 HD'nin E. 2016/9799, K. 2016/6337 sayılı ve 02.11.2016 tarihli kararında, TBK. m. 325'e aykırı düşen bir anlaşma geçerli sayılmamıştır. Karara konu olan olayda, sözleşmede erken tahliye durumunda, sözleşme süresinin sonuna kadar işleyecek bütün kira bedellerinin muaccel olacağı ve hepsinin birden ödenmesi gerektiği yolunda bir hüküm bulunmasına rağmen, bu hüküm geçersiz sayılmış ve TBK m. 325'in uygulanması yoluna gidilmiştir. Buna göre, kiracının sadece, yeniden kiraya vermek için geçecek makul süre için kira bedeli ödemekle yükümlü olduğu sonucuna varılması gerekecektir. Bir önceki kararla bu karar arasındaki farklılığın gerekçesi, bir önceki karardaki kiracının tacir olmasına karşılık bu karara konu olan olaydaki kiracının tacir olmamasında aranmalıdır diye düşünüyorum. Yargıtay'ca gözetilen bu ayrımdan da şöyle bir sonuç çıkartmak belki mümkün olur: Bir kira sözleşmesine TBK m. 325'in uygulanması mümkün olsa bile, bu hükme aykırı düşecek bir ceza koşulu anlaşmasının geçerli sayılıp sayılmamasında, kiracının tacir olması etkili olacaktır. Bana göre böyle bir ayrımın gözetilmesi doğru olmamakla birlikte, Yargıtay bu ayrımın yapılmasını gerekli görüyor gibidir. Hâl böyleyse, Yargıtay, TBK m. 325'teki makul süreyi aşan bir biçimde ceza koşulu kararlaştırılmasını caiz addediyor olabilir.

Yüksek Mahkeme'nin TBK m. 325'in nispi emredici bir karakter taşıdığını benimsemediğini en azından kiracı tacir olduğunda benimsemediğini gösteren kararları, bu hükmün kamu düzenine ilişkin olduğu yolunda bir sonuca ulaşmayabileceğinin göstergesi sayılabilir. Tekrar yürürlük gücü kazanan TBK m. 325'in kamu düzenine ilişkin olduğu tanılanmadığı takdirde, bu hükmün mevcut sözleşmelerdeki aksine düzenlemeleri geçersiz hâle getirici etkisi Yüksek Mahkeme tarafından reddedilebilir. Bu yönde gelişecek bir içtihadın isabetli olmadığını düşünüyor, aksi yönde bir gelişmenin ortaya çıkmasını tüm kalbimle diliyorum.

Tebliğimi dinleyerek beni onurlandırdığınız için hepinize teşekkür ederim

ULUSLARARASI
HUKUK
SEMPOZYUMU
International Symposium on Law

PANDEMİ (COVID-19) DÖNEMİNDE UÇUŞ İPTALLERİNDE YOLCULARIN HAKLARI

Dr. Öğr. Üyesi İlknur SERDAR[1]*

GİRİŞ

Havayolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik[2] uçuşa kabul edilmeme ile uçuşların iptal ve gecikmelerinde yolcuların haklarını düzenlememektedir. Yönetmeliğin dayanak başlığını taşıyan 3. maddesinin b bendinde Yönetmeliğin Avrupa Birliğinin 11.2.2004 tarihli ve (EC) 261/2004 sayılı Tüzüğüne[3] paralel olarak hazırlanmış olduğu düzenlenmiştir. Yönetmelik, AB Tüzüğünün hemen hemen birebir çevirisi olup, yolculara, AB Tüzüğündeki hakları sağlamaktadır. Bu nedenle, Yönetmeliği incelerken AB Tüzüğüne ilişkin literatür ve özellikle AB Tüzük hükümlerinin yorumlanması için ön karar yoluyla yapılan başvurular sonucu verilen Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) kararları da yol gösterici olacaktır.

2020 yılının başlarında başlayan COVID-19 salgını tedbirleri kapsamında alınan kapanma ve uçuş yasağı kararları nedeniyle uçuşlar neredeyse tüm dünyada iptal edilmiştir. Pandemi nedeniyle oluşan çok sayıda uçuş iptalleri nedeniyle yolcuların haklarını talep etmesi tüm dünyada olduğu ülkemizde de hava taşıma şirketlerini ekonomik olarak zor duruma sokmuştur. Bu durumun, sivil hava taşıma sektörünü çok fazla zarara uğratmaması için birçok ülkede tedbirler alınmıştır. Ülkemizde de 25.03.2020 tarihinde Yönetmeliğe eklenen geçici madde 1[4] ile 05.02.2020 tarihinden itibaren COVID-19 salgını nedeniyle yaşanan uçuş iptallerinde uçuşu icra eden hava taşıma işletmeleri yolcuların haklarına ilişkin 8, 9 ve 10. maddedeki yükümlülüklerinden uçuş yasağı kalktıktan sonraki iki ay sonuna kadar muaf tutulmuştur. Uçuşlar, iç hatlarda 01.06.2020 tarihinde; yurt dışı hatlarda ise ülkelere göre farklılık gösterse de 10.06.2020 tarihinden itibaren başlamıştır. Kısaca, Ağustos-Eylül 2020 itibariyle Geçici madde 1

[1]* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, email:ilknur.serdar@deu.edu.tr, ORCID:0000-0003-2790-677X

[2] Havayolu İle Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik (SHY-YOLCU), RG 03.12.2011, S.28131, (Yönetmelik olarak anılacaktır).

[3]Die Verordnung (EG) Nr. 261/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.Februar 2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs-und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder grosser Verspätung von Flügen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr.295/91, (ABl L 46 17.2.2004 s.1), (ABTüzük olarak anılacaktır).

[4] Havayolu İle Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik (SHY-Yolcu) 'De Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (RG T. 25.03.2020, S.31079)

ile getirilen bu muafiyet sona ermiştir. Bu düzenleme ile uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin yükümlülüklerine muafiyet getirilen dönemde yolcuların uçuş iptallerinde Yönetmelik kapsamında kendilerine tanınan hakları kullanmaları mümkün değildir. Geçici madde 1'de öngörülen muafiyet sona erdiğinden yolcular Yönetmelik kapsamında uçuş iptallerinde kendilerine tanınan haklara COVID-19 nedeniyle meydana gelen uçuş iptallerinde de sahiptirler.

COVID-19 salgınının sona ermemesi, salgında zaman zaman yaşanan dalgalar nedeniyle vakaların artış eğilimi gösterdiği zamanlarda hâlâ kısıtlamalara gidilmesi ve bunun uçuşların iptaline sebebiyet vermesi söz konusudur. Biz tebliğimizde Yönetmelik kapsamında uçuş iptali durumunda yolculara tanınan hakları ve pandemi (COVID-19) döneminde alınan önlemler kapsamında getirilen kısıtlamalar nedeniyle yaşanan iptallerde bunların yolcuların haklarına yansımalarını inceleyeceğiz.

I.YÖNETMELİĞİN DÜZENLENME AMACI VE UYGULAMA ALANI

Yönetmelik, havayoluyla seyahat eden yolcuların, taşıma nedeniyle oluşan tüm olumsuzlardaki haklarını değil, sadece uçuşa kabul edilmeme, uçuşun iptal edilmesi ve gecikmesi nedeniyle taşımada yaşanan aksaklıklardaki haklarını düzenlemektedir. Yönetmeliğin amacı hava taşımacılık sektörünün gelişmesi sonucu hava taşıma işletmeleri karşısında zayıf konumda olan yolcunun durumunu iyileştirmek ve güçlendirmektir. Yönetmelik düzenlemelerinin mantığında bu nedenle, tüketicinin korunması ilkeleri yatmaktadır. Burada yolcu kavramı, tüketici kavramından daha geniş anlam ifade eder. Çünkü şahsi sebeplerle seyahat eden kişi de mesleki nedenlerle seyahat eden kişi de yolcudur ve hakları korunmaktadır.

Yönetmelik kapsamında yolcunun muhatabı olan, hakların talep edileceği ve bunları yerine getirmekle sorumlu kişi, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesidir. Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi ile yolcu arasında bir taşıma sözleşmesi olması gerekli değildir. Yönetmelik kapsamında yolcunun seyahatini bir taşıma sözleşmesi kapsamında yapması gerekir. Fakat bu sözleşmenin tarafının uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi olması şart değildir. Yolcu ile bir sözleşme ilişkisi olmasa da uçuş, fiilen söz konusu hava taşıma işletmesi tarafından gerçekleştiriliyorsa, Yönetmelik kapsamında bu işletme, yolcuya karşı sorumludur. Bunun nedeni hava taşıma sektöründe yolcuya bilet satan ile uçuşu gerçekleştiren işletmelerin her zaman aynı olmamasıdır. Hava taşıma sektöründeki sıkça kullanılan Code-share sözleşmeleri kapsamında yolcuya bilet satan ile uçuşu gerçekleştiren işletmeler farklı olabilir. Taşıma sözleşmesini yaptığı işletme ile uçuşu gerçekleştiren işletme arasındaki bu hukuki ilişkileri bilmesi ve kime karşı ne talepte bulunacağını tespit etmesi gibi zorluklardan yolcuyu kurtarmak adına Yönetmelik uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi yolcuya karşı sorumlu olarak kabul etmiştir. Bu sayede yolcu hızlı ve kolayca haklarını talep edebilecek bir muhatap bulabilecektir. Bu da yolcunun haklarını elde etmesini kolaylaştıracaktır. Ayrıca Yönetmelik kapsamında yer alan taşımanın aksamasına neden olan durumlarda (iptal, tehir, uçağa kabul edilmeme) havaalanında yolcunun karşısında bulabileceği ve bu aksaklıklar nedeniyle oluşan sıkıntılara müdahale edebilecek olan uçuşu icra eden hava taşıma işletmesidir. Örneğin; uçuş iptali durumunda Yönetmelik kapsamında 10.

maddede yer alan yolcuya yiyecek, içecek sunulmasını o sırada havaalanında bulunmayan fakat taşıma sözleşmesinin tarafı olan hava taşıma işletmesinden beklemek çok anlamlı olmayacaktır. Bu nedenle yolcu ile arasındaki sözleşme ilişkisine bakılmaksızın uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi sorumlu tutularak, yolcunun haklarını kolayca ve hızlı şekilde talep edeceği bir muhatap bulmasını sağlanmak amaçlanmıştır.

Yolcuya Yönetmelikte tanınan haklar, taşımaya ilişkin sözleşmeden kaynaklanan haklarından bağımsız olarak düzenlenmiştir. Taşımada yaşanan aksaklıklar nedeniyle Yönetmelik hükümleri kapsamında tam olarak karşılanamayan ya da Yönetmelik kapsamında düzenlenmeyen haklarını yolcunun sözleşmeye dayanarak sözleşmenin tarafından talep etmesi mümkündür. Bunu Yönetmeliğin 2. maddesinin 3. fıkrası ile 13. maddesinde yer alan düzenlemeler de desteklemektedir. Bu nedenle COVID-19 salgını nedeniyle uçuşun iptalinde uçuşu icra eden hava işletmelerini bu Yönetmeliğin 8, 9 ve 10. maddelerdeki yükümlülüklerinden muaf tutan Yönetmeliğin geçici madde 1 hükmü taşıma sözleşmesi kapsamındaki ilişkilerde uygulama alanı bulmayacaktır.

Yönetmeliğin 2. maddesinin 1. fıkrasının a bendi uyarınca Yönetmelik hükümleri Türkiye çıkışlı tüm uçuşlara uygulanacaktır. Yurt dışı çıkışlı uçuşlarda ise Yönetmelik hükümleri sadece Türk menşeili hava taşıma işletmeleri tarafından yapılan seferler için uygulama alanı bulacaktır. Bu nedenle, yurt dışından Türkiye'ye yabancı menşeili bir hava taşıma işletmesinin yapmış olduğu bir uçuşa Yönetmelik hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Bu uçuşlar Yönetmeliğin uygulama alanı içinde olmadığından COVID-19 salgını nedeniyle iptal edilmeleri durumunda haliyle Yönetmelik geçici madde 1'de yer alan muafiyet söz konusu olmayacaktır.

II. UÇUŞUN İPTAL EDİLMESİ

Yönetmeliğin 4. maddesinin g bendine göre iptal; önceden planlanmış olan ve en azından bir yerin rezerve edildiği bir uçuşun gerçekleştirilmemesidir. İptalinden bahsedilmesi ancak hava taşıma işletmesinin en azından bir yolcuya seferi yapma hususunda bir borç altına girdiği, taahhütte bulunduğu bir uçuşun gerçekleşmemesi halinde mümkün olacaktır. Uçuş gecikmeli olsa da yapılmış ise Yönetmelik kapsamında bir iptalden bahsedilemez. Özellikle uzun gecikmeler ve iptalin birbirinden ayrılmasının güçlüğü ve uzun gecikmelerde de yolcuların uçuşun iptal edilmesiyle aynı sıkıntıları yaşamalarından dolayı uzun gecikmelerde de yolculara uçuşun iptalindeki hakların tanınmasının gerekip gerekmediği oldukça tartışılmıştır. Bu konuya yolcuların haklarına ilişkin açıklamalarımızda değineceğiz.

Yönetmelik kapsamında uçuşun iptali, uçuşun yapılmamasını gerektirdiğinden iptal ancak uçuşu fiilen icra eden hava taşıma işletmesi tarafından yapılabilir. Yolcunun COVID-19 salgınını ileri sürerek uçuştan vazgeçmesi ve biletini iptal etmek istemesi bu nitelikte olmayıp Yönetmeliğin kapsamı içinde yer almamaktadır.

Yönetmelikte sadece uçuşun iptalinde yolcuların hakları düzenlenmemiştir. Uçağa kabul edilmeme durumu ve bu durumdaki yolcunun hakları da yönetmelik kapsamında düzenlenmiştir.

Yönetmeliğin 4. maddesinin n bendindeki düzenlemeye göre uçağa kabul edilmeme; sağlık, emniyet, güvenlik, uygun olmayan seyahat belgeleri gibi makul gerekçelerin bulunduğu durumlar hariç yolcunun söz konusu uçuş için onaylanmış rezervasyon kaydı olan geçerli bir bilete sahip olmasına rağmen uçağa alınmamasıdır. Belirli sefer için yolcunun onaylı bileti olmasına rağmen yolcudan kaynaklanmayan bir nedenle, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi tarafından uçağa alınmazsa, yolcu, Yönetmelik kapsamında düzenlemiş haklara sahip olur. Uçağa alınmaması yolcudan kaynaklı olup ve uçağa kabul edilmeme açısından haklı bir sebep teşkil ediyorsa, Yönetmelik kapsamında uçağa kabul edilmemeden bahsedemeyiz. Böyle bir durumda, yolcu, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesine karşı ileri sürebileceği haklara da sahip olamaz. COVID-19 salgınında her ülke farklı kurallar getirmiş olsa da genellikle seyahat edecek kişilerden aşı olduklarını belgeleyen aşı kartı (pasaportu) ya da belirli bir süre (uçuş saatinden maksimum 48 saat/72 saat) önce yapılmış negatif PCR testini ibraz etmeleri istenmektedir. COVID-19 salgını tedbirleri kapsamında bazı dönemlerde tam kapanma uygulanmıştır. Bu tam kapanma dönemlerinde yolculardan ayrıca seyahat izin belgesi ibraz etmesi de istenmiştir. Yolcunun talep edilen nitelikte negatif PCR testi, aşı kartı ya da HES kodu ibraz etmemesi durumunda uçağa alınmaması Yönetmelik kapsamında uçağa kabul edilmeme olarak nitelendirilemez. Böyle bir durumdan dolayı yolcunun Yönetmelik kapsamında uçuşu icra eden hava taşıma işletmesine karşı yöneltebileceği haklar da mevcut değildir.

III. UÇUŞUN İPTALİNDE YOLCULARIN HAKLARI

Yönetmelikte uçuş iptalinde yolcuların sahip oldukları haklar 6. maddenin atfıyla 8., 9. 10. ve ayrıca 15. maddelerde düzenlenmiştir. Buna göre uçuşun iptalinde yolcular, Yönetmelik kapsamında dört hakka sahiptir. Bunların üçü uçuşun iptaline özgü yolcu haklarıdır, diğeri ise uçuşu iptal edilenler de dahil tüm yolcuların sahip olduğu genel yolcu hakkıdır. Genel olarak ifade

etmek gerekirse bu haklardan ilki 8.maddede düzenlenmiş olan uçuşun yapıldığı mesafeye göre değişen maktu tazminat hakkıdır. Diğeri seçimlik hak olarak yolcunun tercihine bırakılmıştır. Yönetmeliğin 9. maddesine göre yolcu ya uçuştan vazgeçer ve ödemiş olduğu bilet parasının iadesini ister ya da iptal edilen uçuştaki varma yerine mümkün olan en çabuk şekilde bir başka uçuşla taşınmasını ister veya iptal edilen uçuştaki varma yeri için daha sonra tarihini bildireceği bir zamanda taşımanın gerçekleştirilmesini tercih eder. Yolcunun üçüncü hakkı ise 10. madde uyarınca bekleme süresine uygun olarak ücretsiz olarak içecek ve yiyecek, iletişim ile konaklama imkânı sağlanmasıdır. Sonuncu hak ise, Yönetmeliğin 15. maddesinde düzenlenmiş olan uçuşun iptali de dahil genel olarak yolcuların hakları konusunda aydınlatılması sağlayan bilgilendirilme hakkıdır.

COVID-19 salgını döneminde Yönetmeliğe eklenen geçici madde 1'e göre "COVID-19 salgını nedeniyle 5/2/2020 tarihinden itibaren uçuşun iptal edilmesi durumunda bu iptaller sebebiyle uçuşu icra eden veya etme taahhüdünde bulunan hava taşıma işletmesi 8 inci 9 uncu ve 10 uncu maddelerde yer alan hükümlerden uçuş yasakları kalktıktan sonraki iki ay sonuna kadar muaftır. COVID-19 salgını nedeniyle uçuşu iptal edilen yolcunun, hava taşıma işletmesinin boş koltuk durumuna bağlı olarak istediği bir tarih için bilette değişiklik yapma veya bileti açığa alma hakkı vardır. Yolcu, açığa alınıp kullanılmayan biletin iadesini uçuş yasakları kalktıktan sonraki iki ayın sonrasında hava taşıma işletmesinden alabilir."

Bu düzenleme COVID-19 salgının başladığı ilk dalgada tüm dünyanın kapanma kararı kapsamında alınan uçuş yasağı nedeniyle yaşanan uçuş iptallerinde yapılmıştır. Bu dönemde COVID-19 salgını nedeniyle tüm ülkeler uçuşlara kapılarını kapatmış, bu kapatmanın ne zaman sona ereceğine ilişkin bir tarih de verilmiş değildi. Hava taşıma işletmeleri, tüm uçuşlarının iptal edilmesi sonucu astronomik sayıda yolcuların hak talepleriyle karşı karşıya kalmışlardı. Sektörün bir anlamda nefes alması adına geçici madde 1'deki düzenlemede 5 Şubat 2020 tarihinden başlayarak uçuş yasağının kalkmasından iki ay sonrasına kadar getirilen muafiyet ile uçuş iptallerinden dolayı yolcuların hakları bir anlamda askıya alınmıştır. Uçuşlar, iç hatlarda 01.06.2020 tarihinde; yurt dışı hatlarda ise -ülkelere göre farklılık gösterse de- 10.06.2020 tarihinden itibaren başlamıştır. Kısaca, Ağustos-Eylül 2020 itibariyle bu muafiyet sona ermiştir. Bu düzenleme ile muafiyet getirilen dönemde hâliyle yolcuların bahsettiğimiz hakları mevcut değildir.

Yönetmeliğin geçici madde 1 ile düzenlediği muafiyet sona ermiştir. Fakat COVID-19 salgınının bazı dönemlerde dalga yaparak vakıaların artması neticesinde ülkeler zaman zaman uçuşlara yasak getirmeyi sürdürmektedirler. Bu, genel uçuş yasağı ya da sadece belirli ülkelerden gelen uçuşlara yönelik yasaklama şeklinde olabilmektedir. COVID-19 salgını nedeniyle uçuşun iptal edilmesi halinde uçuşu icra eden hava taşıma işletmelerinin yolculara karşı Yönetmelik kapsamındaki yükümlülüklerinde şu anda bir muafiyet söz konusu değildir.

Yönetmelik geçici madde 1, COVID-19 salgını nedeniyle uçuş iptallerinde uçuşu icra eden hava işletmelerinin sadece Yönetmelik 8, 9 ve 10. maddelerindeki yükümlülüklerine muafiyet

getirmiştir. Yönetmelik kapsamında yer almayan yolcuların taşıma sözleşmesi ya da taşımayı içine alan başka bir sözleşme ilişkisi kapsamında sahip oldukları haklar dolayısıyla hava taşıma işletmesinin yükümlülüklerine getirilen bir muafiyet yoktur.

A- Tazminat Hakkı: Uçuşun iptali durumunda yolcu için önemli haklardan birisi Yönetmeliğin 8. maddesinde düzenlenmiş olan tazminat hakkıdır.

İç hat uçuşlarda; uçuşun iptal edilmesi durumunda yolcuya 100 Avronun Türk Lirası cinsinden karşılığı tutarında tazminat verilir.

Dış hat uçuşlarında; uçuşun iptal edilmesi durumunda tazminatın miktarı, uçuş mesafesine göre belirlenmektedir. Dış hat uçuşlarında, yolculara; *1500 km veya daha kısa tüm uçuşlar için 250 Avronun Türk Lirası cinsinden karşılığı, *1500 ile 3500 km arası uçuşlar için 400 Avronun Türk Lirası cinsinden karşılığı, *3500 km daha uzun uçuşlar için 600 Avronun Türk Lirası cinsinden karşılığı tutarında tazminat verilir.

Yolcunun tazminat hakkının ortadan kalması, bir başka ifadeyle, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulması iki durumda mümkündür. Bunlardan ilki; Yönetmeliğin 6. maddesinin 2. fıkrasında öngörüldüğü şekilde uçuşun iptal edildiğinin uçuştan belirli bir süre önce yolcuya bildirilmesi durumudur. İkincisi ise, uçuşun iptalinin olağanüstü haller nedeniyle meydana gelmesidir. Yönetmeliğin 6. maddesinin 4. fıkrasında uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin, tüm tedbirleri almasına rağmen olağanüstü hallerin uçuşun iptaline neden olduğunu kanıtlayabilmesi halinde tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulacağı düzenlenmiştir[5]. Yönetmeliğin 4. maddesinin 1. fıkrasının ğ bendine göre, olağanüstü haller; uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin çalışmasını etkileyen özellikle siyasi istikrarsızlık, ilgili uçuşun gerçekleştirilmesine uygun olmayan meteorolojik şartlar, doğal afetler, güvenlik riskleri, beklenmedik uçuş emniyeti noksanlıkları ve grev gibi durumları ifade eder. Bir olayın, olağanüstü hal olarak nitelendirilmesi için iki şartın oluşması gereklidir[6]. Bunlardan ilki, söz konusu olayın, ilgili uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin faaliyetinin normal icrası içinde yer almaması, ikincisi ise, olayın doğası ya da sebebi dolayısıyla uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi tarafından kontrol edilemez, olmasıdır. Bu iki şartında da bir arada oluşması gerekir[7].

COVID-19 salgını nedeniyle uçuşun iptalinde uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin Yönetmeliğin 6. maddesinin 4. fıkrasına dayanarak tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulması mümkün olabilecektir. Bunun için uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, faaliyetinin rutini içinde, bunun bir parçası olmayan, tüm makul önlemleri alsa da engel olamadığı bir olayın uçuşun

[5] Serdar, İ. (2019). Uçuşun iptaline ve uzun gecikmesine sebebiyet veren "olağanüstü hallerde" sorumluluktan kurtulma, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.21, S.1, s.233 vd.

[6] Serdar (2019), s.240.

[7] 22.12.2008 C-549/07 Wallentin-Hermann/ Alitalia, no 23 (NJW 2009, s.349); Hukuk Sözcüsü Yves Bot'un C-315/15 28.07.2016 tarihli Görüşü, no 26 (ECLI: EU: C:2016:623); Marti,U. (2017). Fluggastrechte gemäss der Verordnung (EG) Nr.261/2004, Zürich, s.189.

iptaline neden olduğunu kanıtlamalıdır. COVID-19 salgını tedbirleri kapsamında getirilen uçuş yasağı nedeniyle uçuş iptal edilmişse, Yönetmeliğin 6.maddesinin 4. fıkrası kapsamında uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulduğunu söyleyebiliriz. Uçuşun iptaline neden olan bu durum, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin faaliyetinin rutin uygulamasının bir parçası olmayıp, hava taşıma işletmesinin bunun kontrol etmesi de beklenemez. Bu durumda uçuşun iptali nedeniyle yolcunun tazminat talebi mümkün değildir. Genel bir uçuş yasağı söz konusu olmamasına rağmen COVID-19 riski nedeniyle önlem olarak belirli ülkeler veya belirli ülke vatandaşları için yasak getirilmiş olması da mümkündür. Böyle bir durum da bu ülkelerden yapılacak uçuşların iptali uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi tazminat sorumluluğundan kurtulacaktır. Fakat kabin personelinde ya da pilotlarda COVID-19 pozitif olması nedeniyle uçuşun iptal edilmesi durumunda uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi 6. maddenin 4. fıkrasına dayanarak tazminat ödemekten kurtulamayacaktır. Çünkü bu durum, yani mürettebatın hastalanması uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin işletme riski içinde olup, olağanüstü hal niteliğinde değildir[8].

COVID-19 salgını nedeniyle 5/2/2020 tarihinden itibaren uçuşun iptal edilmesi durumunda uçuşu icra eden hava taşıma işletmesini yolcuya karşı yükümlülüklerinden muaf kılan Yönetmelik geçici madde 1'de tazminat sorumluğunu düzenleyen 8. madde de zikredilmiştir. Muafiyet getirilen dönemde genel bir uçuş yasağı söz konusu olduğu için bu dönemdeki COVID-19 salgını nedeniyle oluşan uçuş iptallerinde Yönetmeliğin 6. maddesinin 4. fıkrası gereğince zaten uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin tazminat yükümlülüğünün mevcut olmadığına dikkat çekmek yerinde olacaktır. Aslında olmayan bir yükümlülüğe muafiyet getirilmiş olmaktadır.

Yönetmelikte yolcunun tazminat hakkı, uçuşun iptal edilmesi durumunda tanımış olduğu halde, uçuşun uzun gecikmesi halinde tazminat hakkı tanınmamıştır. Daha önce belirttiğimiz gibi Yönetmelik, AB Tüzüğü dayanak alınarak hazırlanmıştır. AB Tüzüğü'nde de uzun gecikmelerde yolcuya tazminat hakkı tanımamıştır. Bununla birlikte uçuşun iptal edilmesi ile uçuşun uzun gecikme sonrası gerçekleştirilmesi arasında yolcunun yaşadığı sıkıntılar arasında fark bulunmadığından uçuşun uzun gecikmelerinde de tazminat hakkı tanınması gerektiğine ilişkin tartışmalar neticesinde ABAD'nın, 19.11.2009 tarihinde verdiği kararla uzun gecikmelerde (3 saat ve üzerindeki gecikmeler) yolculara tazminat hakkı tanınmıştır[9]. Uçuş iptallerinde olduğu gibi olağanüstü hallerin neden olduğu uzun gecikmelerde de uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin tazminat ödemekten kurtulması mümkündür. Yönetmelikte uzun gecikmelerde yolcuya tazminat hakkı tanınmamıştır. Yönetmeliğin açıklığa kavuşturulması için 02.09.2015

[8] Marti (2017), s.215 Blankenburg, D.(2015).10 Jahre Art. 5 Abs. 3 VO (EG) Nr. 261/2004-bisherige und aktuelle Probleme im Rahmen der aussergewöhnlichen Umstände, RRa 4/2015, s.170 ve dn 107 deki kararlar.

[9] 19.11.2009 C-402/07 Sturgeon vd./ Condor (NJW 2010, s.43 vd) Bu kararı sonradan 23.10.2012 tarihli ABAD kararları takip etmiştir (23.10.2012 C-581/10 Nelsson u.a/Lufthansa Kararı, C-629/10 TUI Travel u.a/Civil Aviaton Authority Kararı (ECLI: EU: C:2012:657)).

tarihli Genelge[10] ile yolcu hakları uygulama esasları belirlenmiştir. Genelge-2015 Genel Prensipler madde 9 ile uzun gecikmelerin iptal gibi değerlendirileceği düzenlenmiş olup yolcuya uzun gecikmelerde de tazminat hakkı tanınmıştır. Fakat yetki ve usulde paralellik ilkesi gereğince bu değişikliğin Genelge ile değil Yönetmelikle yapılması gerektiği gerekçesiyle Genelgenin bu hükmünün, iptali dava edilmiştir. 2015/4595 Esas sayılı bu dava kapsamında Danıştay 10. Dairesi, 17.05.2016 tarihinde, Genelgenin Genel Prensipler başlıklı birinci bölümünün 9. maddesi hakkında yürütmeyi durdurma kararı vermiştir. Bu karara ilişkin yapılan itiraz üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 21.12.2016 tarih 2016/1226 sayılı Kararla, yürütmeyi durdurma kararına ilişkin itirazı reddetmiştir[11]. Daha sonra ise Danıştay 05.02.2020 tarih 2020/3452 sayılı Kararla Genelgenin 9. madde hükmünü iptal etmiştir[12]. Bu nedenle, hukukumuzda uzun gecikmelerde Yönetmelik kapsamında yolcuların bir tazminat hakkı bulunmamaktadır.

B- Bilet İadesi veya Güzergâh Değişikliğini Talep Etme Hakkı (Seçimlik Haklar): Yönetmelik 9. maddesinde uçuş iptallerinde yolcuya iki seçimlik hak tanımıştır. Yolcu iki seçimlik hakkından birini kullanabilir. Yolcunun seçimlik haklarından ilki; uçuştan vazgeçip bilet ücretinin iadesini talep etmek ve seyahatinin ilk başlangıç noktasına ilk fırsatta dönüş uçuşunun ücretsiz sağlanmasını istemektir. İkincisi ise, uçuşa devam etmeyi isteyip, ikame bir uçuş talep etmektir. Bu hakkı seçtiğinde de yolcunun iki imkânı vardır. Bunlardan ilki; mümkün olan en erken fırsatta bir ikame uçuşla seyahate devam etme; ikinci imkânı ise ikame uçuşla taşımanın yolcunun uygun göreceği sonraki bir tarihte yapılmasını istemektir.

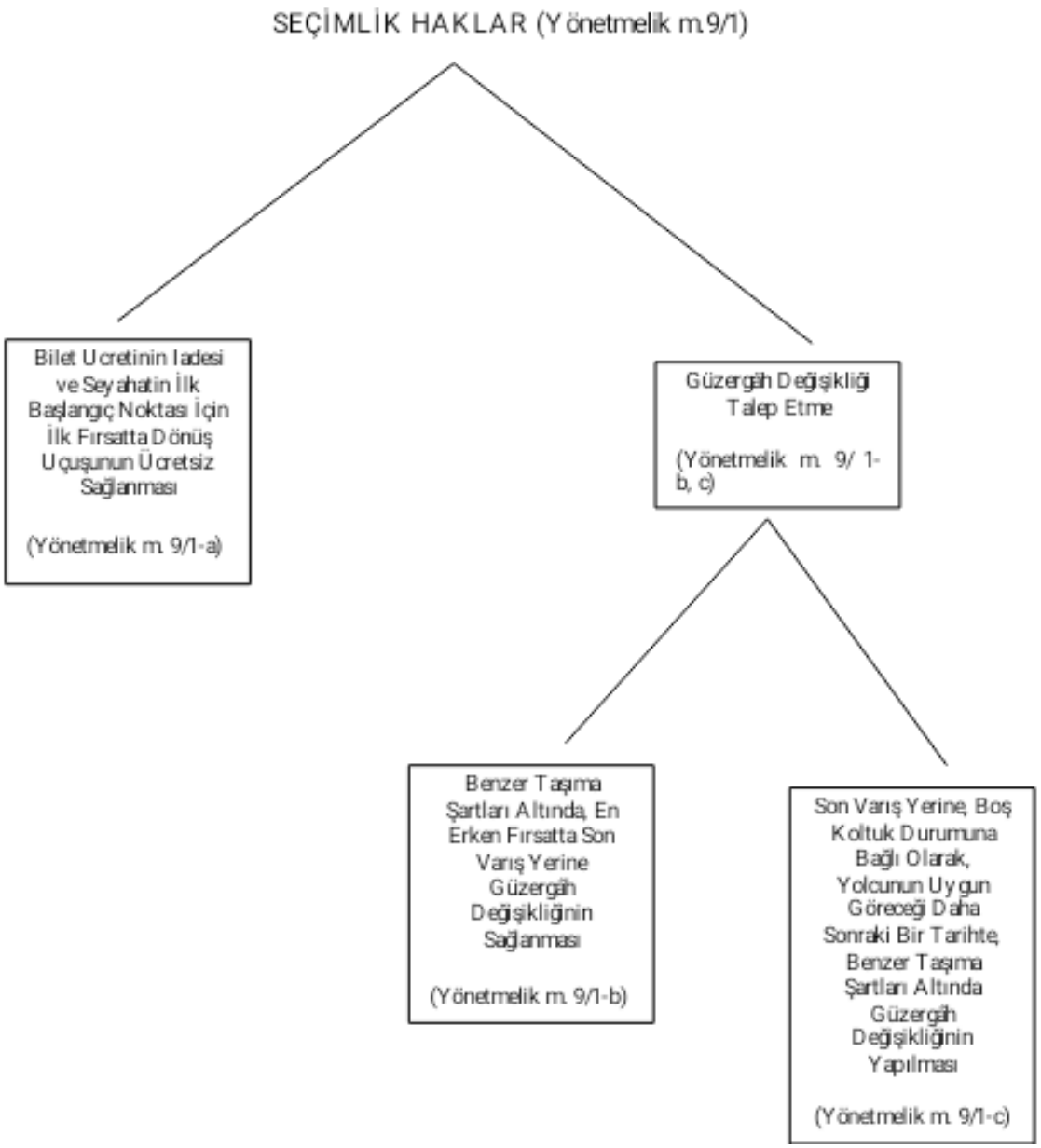
Uçuşun iptalinde uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin bu seçimlik haklar nedeniyle oluşan sorumluluğundan kurtulma imkânı yoktur. Bir başka deyişle, burada, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesini tazminatta olduğu gibi onu bu yükümlülükten kurtaracak bir düzenleme mevcut değildir. Olağanüstü hal durumunda da yolcunun söz konusu seçimlik hakları mevcuttur. Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, bu hakların tümünü yolcunun seçimine sunmak zorundadır. Yolcu, bu haklardan istediğini seçme özgürlüğüne sahiptir. Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi seçimlik haklarının tümünü yolcuya sunmayarak, yolcunun hakkını özgürce seçmesine engel olacak bir tutum içine girmemelidir. Bununla birlikte birçok hava taşıma işletmesi bilet ücretinin iadesinin oluşturacağı mali yükten kurtulmak için yolcuyu diğer seçimlik hakka yönlendirmektedir. Yolcunun bilet ücretinin iadesini talep etmesi halinde ise, bu iadeyi yolcuya seyahat çeki/fişi vererek yerine getirme yetkisi olduğuna dair bir intiba yaratarak, iadeyi bu şekilde gerçekleştirmeye çalışmaktadırlar. Daha sonra açıklayacağımız gibi Yönetmelik, bilet

[10] T.C. Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü, T. 02.09. 2015, S. 98063956-090.99/E.1234, Yolcu Hakları Uygulama Esasları Genelgesi-2015, Genelge HUD-2015/3, (http://web.shgm.gov.tr/documents/sivil havacılık/files/mevzuat/sektorel/genelgeler/Yolcu_Haklari_2015.pdf) (E.T.27.03.2020).

[11] Bu bilgi şifahen 08.03.2019 tarihinde SHGM Hukuk Müşavirliğinden alınmıştır.

[12] Danıştay 10. Daire E. 2015/4595 K.2020/3452 T.05.10.2020 (www.sinerjimevzuat.com.tr) (E.T.27.03.2021).

ücretinin iadesinin seyahat çekleri ile yerine getirilmesinin ancak bu hususta yolcunun yazılı mutabakatı varsa mümkün olacağını düzenlemiştir. Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin bilet ücretinin iadesini bu şekilde yapma konusunda bir yetkisi olmadığı gibi yolcunun da bu teklifi kabul etme zorunluluğu yoktur.



1-Bilet Ücretinin İadesi ve Seyahatin İlk Başlangıç Noktası İçin İlk Fırsatta Dönüş Uçuşunun Ücretsiz Sağlanması: Yolcu, uçuşun iptal edilmesinde bilet ücretinin iade edilmesi seçimlik hakkını kullanmışsa, kural olarak yolcuya seyahatin gerçekleştirilemeyen kısmına tekabül edilen bilet ücretinin iadesi yapılır.

Uçuşun iptali neticesinde seyahatin tamamlanmasının bir anlamının kalmaması halinde ise, sadece seyahatin gerçekleştirilmeyen bölümüne tekabül eden kısmını değil, seyahatin gerçekleştirilmiş olan kısımları da dahil olmak üzere bilet ücretinin tamamının iadesi yapılacaktır.

İadesi talep edilen bilet ücreti, satın alınmış olunan fiyat üzerinden yolcuya nakit olarak, elektronik banka havalesi, banka ödeme emirleri ya da banka çekleri ile ödenebilir.

Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, bilet ücretinin iadesini seyahat fişleri ve/veya diğer hizmetler şeklinde yapmak isterse, bu ancak yolcunun imzalı mutabakatı olması durumunda mümkün olacaktır. Yolcunun imzalı mutabakatının uçuş iptal edildikten ve bilet ücretinin iadesi seçimlik hakkının kullanılması sonrasında alınması gerekir. Yani, henüz seçimlik hak kullanılmadan önce, hatta uçuş iptali öncesindeki imzalı bir mutabakat ya da genel işlem şartları içinde yer alan bir imzalı beyan geçerli olmamalıdır. Aynı zamanda yolcuya mutabakatı öncesinde bilet ücretinin iadesinin, nakit, banka havalesi vs. yollarla sağlanmasını isteme hakkı olduğuna ilişkin bilgilendirme yapılmalıdır. Ancak bu haklarını bilen yolcunun uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin bilet ücretinin iadesini seyahat fişleri ve/veya diğer hizmetler şeklinde yapma teklifini imzalı şekilde kabul etmesi geçerli olmalıdır.

Bilet ücreti, hangi yolla iade edilecek olursa olsun, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi tarafından iadenin en geç 7 gün içinde yapılması gerekir. Yönetmeliğin 9. maddesinde bilet ücretinin iadesi için 7 günlük süre düzenlenmiş, fakat sürenin başlangıç anı düzenlenmemiştir.

Bilet ücretinin iadesi en geç 7 gün içinde yapılmalıdır, fakat bu süre hangi tarihten itibaren başlayacaktır. Burada üç duruma göre sürenin başlangıç tarihini ayrı ayrı tespit etmek gerekir. Yolcunun seyahatin yapılmamış kısmına ilişkin bilet ücretinin iadesini istemesinde, talebin, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesine vardığı anda 7 günlük süre işlemeye başlamalıdır. Yolcu seyahatin yapılmış olan kısmı da dahil seyahatin tamamına ilişkin bilet ücretinin iadesini talep ediyorsa, yolcu, seyahatin tamamlanmasının artık bir anlamının kalmadığını kanıtlamalıdır. Bu durumda 7 günlük süre, yolcunun bunu kanıtlaması anından itibaren başlamalıdır. Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi biletin iadesini seyahat fişleri ve/veya diğer hizmetler şeklinde yapmak isterse, bu ancak yolcunun imzalı mutabakatı olması durumunda mümkün olacağından, bu durumda 7 günlük sürenin, yolcunun imzalı mutabakatından itibaren işlemeye başlaması gerekir.

Yolcunun birinci seçimlik hakkı, bilet ücretinin iadesini talep etmekten ibaret değildir. Bilet ücretinin iadesi yanında yolcunun seyahatinin ilk başlangıç noktasına ilk fırsatta dönmesini sağlayacak bir dönüş uçuşunun ücretsiz olarak sağlanmasını isteme hakkı da vardır.

COVID-19 nedeniyle uçuş iptallerinin yaşandığı salgın döneminde, uçuşu icra eden hava taşıma şirketlerinin bilet ücretinin iadesini seyahat çekleriyle yapma konusunda bir baskısı oluşmuştur. Bunun nedeni, pandemi döneminde çok fazla uçuşun iptal edilmesinin ve yolcuların çoğunluğunun bilet ücretinin iadesi haklarını kullanmalarının hava taşıma işletmelerini mali açıdan zor duruma düşürmüş olmasıdır. Uçuşu icra eden hava taşıma işletmeleri, bilet ücretinin iadesini talep eden yolcuya, bu iadeyi seyahat çeki ile yapabilmek için her yolu denemektedirler. Uçuşu icra eden hava taşıma işletmeleri, bilet ücretinin iadesinin seyahat çeki ile yapma teklifini yolcunun kabul etmesini sağlamak, seyahat çekini cazip hale getirmek için bilet ücretinden daha yüksek bedelde seyahat çeki sunmaktadırlar. COVID-19 salgını nedeniyle iptallerde, yolcular, seçimlik haklarını uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin online sistemi üzerinden kullanmaktadırlar. Yolcular sisteme ulaştıklarında, bilet ücretinin iadesi için sadece seyahat çeki seçeneğinin aktif olması ve bunu tercih etmek istemediklerinde başka opsiyonun olmaması durumu ile karşılaşmaktadırlar.

COVID-19 salgını döneminde uçuş iptallerinin ve iptal edilen uçuşların yolcularının da bilet ücretinin iadesi talebinin oldukça fazla olması nedeniyle hava taşıma işletmelerinin yaşadığı sıkıntıları bir nebze azaltmak ve sektöre destek vermek adına bilet ücreti iadesinin seyahat çekleri ile yapılması iyi bir çözüm olabilir. Fakat bu, ancak yolcunun mağdur olmasına imkân verilmemesi şartıyla kabul edilebilir bir çözüm olur. Bunun için her şeyden önce seyahat çekinin verilmesi yolcunun kabulüne bağlı olup, hiçbir şekilde yolcuya bunu kabul etme zorunluluğu getirilememelidir. Verilen seyahat çeki/kuponunun uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin iflasına karşı devletin garantisinde olmalıdır. Ayrıca, seyahat çeki/kuponu en az 12 ay geçerli olmalıdır. Yolcunun seyahat çeki/kuponunu kullanmaması durumunda ise bedeli, seyahat çekinin/kuponun geçerliliğinin bitiş tarihinden en geç 14 gün sonra yolcuya iade edilmelidir. Ancak böyle bir durumda biletin ücretinin iadesin seyahat çeki/kuponu ile yapılmasında yolcunun mağdur olmayacağı genel kabul görmektedir.

THY da birçok hava taşıma işletmesi gibi seyahat çeki uygulaması yapmaktadır. THY seyahat çeki kural ve şartlarını ayrıntılı olarak düzenlenmiş ve bu kurallar web sayfasında yer almaktadır[13]. Bu kuralların, yolcunun mağdur olmasına imkân vermeyecek onun korunmasını gözetecek nitelikte olduğunu söylemek güçtür. THY seyahat çekinin kullanım süresini 2 yıl olarak belirlemiştir. Bazı durumlarda eski bilet ücretinin %15 ek tutarlı seyahat çeki verilmektedir. THY seyahat çeki kural ve koşullarını değiştirme hakkını saklı tutmuştur. Ayrıca,

[13] https://www.turkishairlines.com/tr-int/duyurular/iade-talepleri/seyahat-ceki/

seyahat çekleri iptal edilip karşılığında para iadesi alınamayacak, seyahat çekleri ancak başka bir seyahat ile değiştirilebilecektir.

COVID-19 salgını nedeniyle oluşan uçuş iptallerinde yolcular seçimlik haklarını uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin online sistemi üzerinden kullanmaktadırlar. Oluşan yoğunluk nedeniyle çoğu zaman online sistemin hata vermesi, çökmesi söz konusu olmakta, bu nedenle yolcular, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesine ulaşamamaktadırlar. Yolcular, sisteme ulaştıklarında ise, arzu ettikleri şekilde taleplerini oluşturacak opsiyonlar bulamamaktadırlar. Tüm bunları başarıp, bilet ücretinin iadesi talebinde bulunduklarında ise, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi tarafından öne sürülen bir takım itirazlarla bu talepleri reddedilmekte ya da reddedilemese bile Yönetmelikte düzenlendiği gibi iade 7 gün içinde gerçekleşmemektedir. Kısacası çoğu zaman yolcular, bilet ücretinin iadesini, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinden Yönetmelik kapsamında temin edememektedirler. Böyle bir durumda yolculara bilet ücretinin iadesini temin edecekleri bir yolun daha olduğunu hatırlatmakta fayda görüyoruz. Günümüzde uçak biletleri çoğunlukla online şekilde satın alınmakta, ücretleri de çoğunlukla kredi kartı ile ödenmektedir. Bilet ücretini kredi kartıyla ödeyen yolcu, uçuşu iptal edildiğinde bilet ücretinin iadesini talep etmesine rağmen uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi tarafından kendisine iade yapılmazsa; yolcu, kredi kartını aldığı bankasına başvurup, ödeme yaptığı halde hizmeti (taşıma) alamadığını, ödemeyi iade talebinin reddedildiğini ya da tepkisiz kalındığını belgeleyerek charge-back (ters ibraz) talebinde bulunup, bilet ücretinin iadesinin banka tarafından yapılmasını sağlayabilir. Bu imkân, yolculara ya da uçuş iptallerine özgü değildir, kredi kartı ile bir mal ve hizmet için ödeme yapılmasına rağmen mal ya da hizmetin elde edilmediği her işlem için geçerlidir.

2- Güzergâh Değişikliği Talep Etme: Seyahatine devam etmek isteyen yolcu için uçuşu talep etmeyerek, bilet ücretinin iadesi seçimlik hakkını kullanması uygun olmayacaktır. Seyahate devam etmek isteyen yolcunun tercih etmesi gereken ikinci seçimlik hak ise güzergâh değişikliğini talep etmektir. Yolcu, uçuşun iptali sonrasında benzer taşıma şartları altında son varış yerine güzergâh değişikliği sağlanmasını, bir başka deyişle, ikame bir uçuşu talep etme hakkına sahiptir. Yolcunun bu ikinci seçimlik hakkı, Yönetmeliğin 9. maddesinin 1. fıkrasının b ve c bendinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, yolcu, benzer taşıma şartları altında, en erken fırsatta son varış yerine güzergâh değişikliğinin sağlanmasını ya da son varış yerine, boş koltuk durumuna bağlı olarak, kendisinin uygun göreceği daha sonraki bir tarihte, benzer taşıma şartları altında güzergâh değişikliğinin yapılmasını talep edebilecektir. Böylece, seyahate devam etmek isteyen yolcuya bunu sağlayacak ikame uçuş ve bunun zamanını belirleme imkânı tanınmaktadır. Uçuşun iptali sonrası, yolcu, seyahatine ara vermeden devam etmek istiyorsa en erken fırsattaki; eğer seyahatine hemen devam etmek istemiyorsa, kendisi tarafından belirlenecek bir tarihteki bir başka uçuşun kendisine sağlanmasını talep edebilecektir. Ancak, yolcunun daha sonra kendi belirleyeceği tarihteki bir uçuşla seyahat etme hakkını kullanması, istediği tarihteki boş koltuk durumuna tabi olarak mümkün olacaktır.

COVID-19 salgını nedeniyle yaşanan uçuş iptallerinde özellikle yolcunun en erken fırsatta bir güzergâh değişikliği sağlanması seçim hakkı (m.9/1-b) ile ilk seçim hakkı kapsamında yer alan yolcunun seyahatinin ilk başlangıç noktasına ilk fırsatta dönmesini sağlayacak dönüş uçuşunun ücretsiz sağlanması hakkı (m.9/1-a) etkilenmiştir. COVID-19 salgını tedbirleri kapsamında alınan ve sona erme tarihi belirli olmayan uçuş yasağı nedeniyle uçuşun iptalinde, bu seçim haklarında yer alan "en erken fırsat" ile "ilk fırsat" ın ne zaman olacağı sorusunu yanıtlamak zordur. Devletin uçuşları durdurduğu veya belirli bir ülkeden gelen uçuşları engellediği böyle durumlarda, ne zaman aynı şartlarda bir taşımanın mümkün olacağı belirsiz olup, "en erken fırsat" ya da "ilk fırsat" çok geç bir tarih de olabilir. Yolcu, seçim hakkını bu durumu bilerek kullanmalıdır. Bu belirsizlik nedeniyle, çoğu zaman, yolcu, bu seçimlik haklarını kullanmayı tercih etmeyecektir. Fakat bu belirsizliğe rağmen, yolcu, bu seçimlik hakkını kullanabilir. Kural olarak, bu seçimlik hakkını tercih eden yolcu, hava yoluyla taşınmalıdır. COVID-19 salgını tedbirleri kapsamında uçuş yasağı getirilmiş olmakla birlikte, diğer ulaşım vasıtalarıyla seyahatin yapılması, bir takım kısıtlamalar olmasına rağmen güvenli ve mümkünse; bu durumda, havayolu yerine taşımanın diğer ulaşım vasıtalarıyla sağlanabileceği bilgilendirilmesinin yolcuya uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi tarafından yapılması yerinde olacaktır. Yolcu, bunu kabul ederse, diğer ulaşım araçlarıyla yolcunun taşınması, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi tarafından sağlanmalıdır. COVID-19 salgını tedbirleri kapsamında sadece uçuş yasağı mevcut olmayıp, tam bir kapanmaya gidilmiş ve seyahat yapılması mümkün değilse, doğal olarak diğer ulaşım araçlarından faydalanılması mümkün olmayacaktır.

Yönetmeliğe eklenen geçici madde 1 ile muafiyet getirilen dönemde, hâliyle yolcunun bahsettiğimiz seçimlik hakları mevcut değildir. Fakat geçici madde 1'in 2. fıkrasında muafiyet döneminde yolcuya güzergâh değişikliği seçimlik hakkına benzer bir hak tanınmıştır. Söz konusu düzenlemeye göre "COVID-19 salgını nedeniyle uçuşu iptal edilen yolcunun, hava taşıma işletmesinin boş koltuk durumuna bağlı olarak istediği bir tarih için bilette değişiklik yapma veya bileti açığa alma hakkı vardır. Yolcu, açığa alınıp kullanılmayan biletin iadesini uçuş yasakları kalktıktan sonraki iki ayın sonrasında hava taşıma işletmesinden alabilir." Geçici madde 1'in 2. fıkrası ile yolcuya tanınan hak, 9. maddenin 1. fıkrasının c bendinde düzenlenen güzergâh değişikliğini talep etme seçimlik hakkına benzemekle birlikte, şu yönlerden farklılık arz ettiğini söyleyebiliriz. Geçici madde 1'de yolcuya tanınan hak kapsamında yolcu, iptal edilen uçuş biletini bir tarih belirterek değiştirebileceği gibi, hiçbir tarih belirlemeden, istediği bir zamanda, tarih bildirme imkânını kendisine sağlayacak şekilde biletini açığa da alabilir. Havayoluyla yapılan seyahatlerde yolcuların biletlerini açığa alma imkânları genel olarak vardır. Biletin açığa alınması hava taşıma işletmesinin tespit ettiği kurallara göre olmakla birlikte, genel olarak promosyon biletlerde açığa alınma için bir bedel ödenmesi gerekir ya da bu tür biletlerin açığa alınmasına hiç imkân verilmeyebilir. Geçici madde 1'de yolcuya tanınan bileti açığa alma hakkı çerçevesinde, iptal edilen uçuştaki biletin türü dikkate alınmaksızın, yolcu, bileti açığa alma hakkını kullanabilecektir. Ayrıca, biletin açığa alınma işlemlerinde genel olarak uygulanan, yolcunun ödemesi gereken ek ücretler, geçici madde 1 kapsamında yapılan açığa alma

işlemlerinde uygulanmayacaktır. Seçimlik haklar, yenilik doğuran haklar olmaları nedeniyle kullanıldıktan sonra, sona ererler, yani 9. madde kapsamında güzergâh değişikliği seçimlik hakkını kullanan yolcu, daha sonra bilet ücretinin iadesini talep edemez. Ayrıca, genel olarak biletin açığa alınması uygulamasında, açığa alınan biletin iadesini yolcunun talep etmesi mümkün değildir. Bu kuralların aksine, geçici madde 1 kapsamında biletin açığa alınmasını tercih eden yolcu, bileti kullanmadıysa uçuş yasakları kalktıktan sonraki 2 ayın sonunda isterse bilet ücretinin iadesini talep edebilecektir. Geçici madde 1'in 2. fıkrasında yapılan düzenleme ile; COVID-19 önlemleri kapsamında alınan uçuş yasağı nedeniyle oluşan uçuş iptallerinin özelliği ve bu iptaller nedeniyle belirli dönem (uçuş yasaklarının kalkmasını takip eden 2 ayın sonuna kadar) yolcunun haklarını uçuşu icra eden hava taşıma şirketine karşı kullanmasını engelleyen muafiyet nedeniyle oluşan yolcunun mağduriyetini gidermek adına yolcular lehine biletin açığa alınma ve bilet ücretinin iadesine ilişkin genel kurallardan, farklı haklar tanınmak istenmiştir.

C- Hizmet Hakkı: Uçuş iptallerinde seyahate devam etme yönünde tercihte bulunarak mümkün olan en erken fırsatta güzergâh değişikliğinin sağlanmasına ilişkin seçimlik hakkını kullanan yolcunun, bu ikame uçuşu havalimanında beklerken yaşayacağı sıkıntıları, duyacağı ihtiyaçlarını gidermek ve bu süreçte ona destek ve himaye sağlamak amacıyla uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi yolcuya bir takım hizmetler sunmakla yükümlü kılınmıştır. Bu kapsamda Yönetmeliğin 10. maddesine göre bekleme süresine uygun olarak iki ile üç saat arası beklemelerde makul ölçüde sıcak ve soğuk içecekler; üç ile beş saat arası beklemelerde sıcak ve soğuk içecekler ile günün zamanına göre kahvaltı veya yemek; beş saat ve üzeri beklemelerde sıcak ve soğuk içecekler ile günün zamanına göre kahvaltı veya yemek, ilave sıcak ve soğuk içecekler ile ilave hafif ara yemeği ile yolculara ücretsiz olarak süre kısıtlaması olmaksızın iki telefon görüşmesi, faks mesajı veya e-posta hizmeti teklif edilmesi zorunludur. Güzergâhın değiştirildiği hallerde yeni uçuşun beklenen kalkış zamanının, iptal edilen uçuş için planlanmış olan kalkış zamanından sonraki gün veya günler içerisinde olması nedeniyle konaklamanın gerekli olduğu durumlarda yolcunun otelde veya uygun bir yerde konaklaması ile havaalanı ve konaklama yeri arasındaki ulaşımının da sağlanması gerekir.

Yolcu, son varış yerine, boş koltuk durumuna bağlı olarak, kendisinin uygun göreceği daha sonraki bir tarihte, benzer taşıma şartları altında güzergâh değişikliğinin sağlanmasına ilişkin seçimlik hakkını kullanmışsa, bu hak kapsamında havaalanında ikame uçuşu beklemeyecektir. Kendisinin uygun göreceği sonraki bir tarihte ikame uçuşu talep edecektir. Doğal olarak, güzergâh değişikliği seçim hakkını bu şekilde kullanan yolcunun, Yönetmeliğin 10. maddesi kapsamında sunulacak hizmetlere ihtiyacı olmayacağından bu yolcular hizmet hakkına sahip değillerdir.

Yönetmeliğin 10. maddesindeki düzenlemeden uçuş iptallerinde hizmet hakkına; mümkün olan en erken fırsatta güzergâh değişikliğinin sağlanmasına ilişkin seçimlik hakkını kullanan yolcuların sahip olduğu anlamı çıkıyor olsa da, yolcu, bilet ücretinin iadesi seçimlik hakkını kullandığında da hizmet hakkına sahip olmalıdır. Çünkü yolcunun bu seçimlik hakkı sadece bilet

ücretinin iadesinden oluşmamaktadır. Bilet ücretinin iadesi yanında yolcuya seyahatin ilk başlangıç noktasına ilk fırsatta dönmesini sağlayacak bir dönüş uçuşunun ücretsiz olarak sağlanması da gerekir. Bu dönüş uçuşunu bekleyen yolcunun, güzergâh değişikliği seçim hakkını kullanan ve en erken fırsattaki ikame uçuşu bekleyen yolcudan bir farkı yoktur. Bu nedenle, yolcu, ilk seçimlik hakkını (bilet ücretinin iadesi) kullanmış olsa da, eğer seyahatinin ilk başlangıç noktasına gitmek için kendisine dönüş uçuşu sağlanması gerekiyorsa, Yönetmeliğin 10. maddesinde düzenlenmiş olan hizmet hakkına sahip olmalıdır.

Uçuşun iptalinin olağanüstü hal nedeniyle olması durumunda uçuşu icra eden hava taşıma işletmesini tazminat ödeme borcundan kurtaran Yönetmeliğin 6. maddesinin 4. fıkrasındaki gibi bir düzenleme 10. madde kapsamındaki hizmet sunma yükümlülüğü için mevcut değildir. Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, uçuşun iptalinin olağanüstü hal nedeniyle olması durumunda yolcuya tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulsa da, hizmet yükümlülüğünden kurtulması mümkün değildir[14]. Yönetmeliğin 10. maddesi kapsamındaki hizmetlerin sunulması bir süreyle ya da belirli bir bedelle de sınırlanmış değildir. Yolcuya güzergâh değişikliği kapsamında ikame uçuş ya da seyahatinin ilk başlangıç noktasına ulaşması kapsamında dönüş uçuşu sağlanıncaya kadar uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin 10. maddedeki hizmetleri sunma yükümlülüğü devam edecektir[15].

COVID-19 salgını nedeniyle iptal edilen uçuşlarda da uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi güzergâh değişikliği kapsamında ikame uçuşu ya da seyahatinin ilk başlangıç noktasına ulaşması kapsamında dönüş uçuşunu bekleyen yolcuların bekleme süresine göre yeme içme hizmeti sunmakla yükümlüdür. Bekleme süresi iki ile üç saat arasında ise makul ölçüde sıcak ve soğuk içecekler; üç ile beş saat arasında ise sıcak ve soğuk içecekler ile günün zamanına göre kahvaltı veya yemek; beş saat ve üzerinde ise sıcak ve soğuk içecekler ile günün zamanına göre kahvaltı veya yemek, ilave sıcak ve soğuk içecekler ile ilave hafif ara yemek sunulmalıdır.

Ayrıca, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, yolculara ücretsiz olarak süre kısıtlaması olmaksızın iki telefon görüşmesi, faks mesajı veya e-posta hizmeti de sunmalıdır. Günümüzde herkes tarafından yaygın şekilde kullanılan cep telefonları düşünüldüğünde, bu düzenleme anlamsız gelse de, bulunulan yerdeki teknik alt yapının yeterli olmaması nedeniyle cep

[14] 2010 yılında İzlanda'da Eyjafjallajökull Volkanı'nın etkin hale gelmesiyle küllerin oluşturduğu bulut tabakası, 15-23 Nisan tarihleri arasında İrlanda ve Britanya'nın da dâhil olduğu Kuzey Avrupa'nın hava sahasının uçuşlara kapatılmasına neden olmuş ve 100.000'den fazla uçuşun iptali sonucu, yaklaşık 10 milyon yolcuyu etkilemiştir. Olağanüstü halin devamı müddetince konaklama, yeme-içme, iletişim ve transferleri kapsayan hizmet edimi yükümlülüğü, yolcular tarafından talep edildiğinde, olağanüstü hal nedeniyle sorumluluktan kurtulmanın kapsamına, bu edim yükümlülüğünün de girip girmediği tartışma konusunu olmuştur. ABAD C-12/11 sayılı 2013 tarihli McDonagh Kararında Tüzükte olağanüstü hallerde uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin sadece tazminat yükümlülüğünün ortadan kalkacağı düzenlenmiş olduğundan, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin hizmet edimine ilişkin yükümlülüğünden kurtulmasının mümkün olmadığı ve her hangi bir zaman ya da miktar sınırı olmaksızın bu yükümlüğü yerine getirmek zorunda olduğu sonucuna varmıştır 31.01.2013, C-12/11 McDonagh/Ryanair Ltd., (ECLI: EU: C:2013:43) (ECLI: EU: C:2013:43).

[15] 31.01.2013, C-12/11 McDonagh/Ryanair Ltd., (ECLI: EU: C:2013:43)

telefonlarının çalışmaması/sinyal almaması ya da elektrik kesintisi nedeniyle şarjlarının bitmesi gibi sebeplerle cep telefonlarının kullanılamaması durumunda yolcunun iletişim ihtiyacı duyması söz konusu olabilecektir.

Güzergâh değişikliği kapsamında en erken ikame uçuşu ya da seyahatinin ilk başlangıç noktasına ulaşması kapsamında en erken dönüş uçuşu beklenirken bir veya daha fazla gece konaklamanın gerekli hale geldiği durumlarda, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi yolcuya otelde veya uygun bir konaklama tesisinde konaklama sağlamalıdır (m.10). Konaklama yeri havaalanı dışında ise havaalanı ile konaklama yeri arasındaki ulaşımın da uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi tarafından sağlanması gerekir (10). COVID-19 salgını tedbirleri kapsamında uçuşun yasaklanması nedeniyle oluşan iptallerde, uçuşların ne zaman başlayacağının belirsiz olması, yolcunun en erken fırsatta güzergâh değişikliğinin sağlanması seçimlik hakkını tercih etmemesine neden olacaktır. Fakat bu belirsizliğe rağmen, yolcu, bu seçimlik hakkını kullanırsa, ancak COVID-19 salgını nedeniyle konulan uçuş yasağının kalkması ile en erken fırsatta güzergâh değişikliği sağlanması mümkün olacağından pandemi döneminde bir veya daha fazla gece konaklamanın gerekli hale gelmesi kaçınılmaz olacaktır.

D- Bilgilendirilme Hakkı: Yolcuların, Yönetmelikte tanınan haklarından gerektiği gibi istifade edebilmeleri, haklarını bilmeleri ile mümkündür. Bu nedenle, hakları konusunda bilgilendirilmeleri gerekir. Yönetmeliğin 15. maddesinde uçuşu icra eden hava taşıma işletmeleri, yolculara haklarını bildirmekle yükümlü kılınmıştır. Bu sadece uçuşu iptal edilen yolcular için değil, onları da içine alan tüm yolculara karşı olan bir yükümlülüktür. Söz konusu düzenleme uyarınca, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, uçuş öncesi kontrol (check-in) işlemi sırasında, "uçağa kabul edilmediğiniz, uçuşunuz iptal edildiği veya en az iki saat tehir edildiği takdirde, alacağınız hizmetler ile ilgili haklarınızı belirten metni check-in kontuarından veya uçağa biniş kapısından isteyiniz" ifadesini içeren Türkçe ve İngilizce bir bildirimin okunaklı bir şekilde yolcular tarafından açıkça görülebilmesini sağlamak zorundadır. Bunun yanı sıra, yolcuyu uçağa kabul etmeyen veya bir uçuşu iptal eden hava taşıma işletmesi, etkilenen her yolcuya bu Yönetmeliğe göre tazminat ve yardım kurallarını belirleyen yazılı bir bildirim sunmakla yükümlüdür. Ayrıca, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi en az iki saatlik bir tehirden etkilenen her yolcuya, bu kapsamda sözlü, yazılı ve/veya elektronik formatta bunu bildirmekle yükümlüdür. Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi görme engelli yolculara karşı bu bilgilendirme yükümlülüğünü onların durumlarına uygun alternatif yöntemleri kullanarak yerine getirmek zorundadır.

Yönetmeliğin 15. maddesinde yer alan uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin yolcuyu hakları konusunda bilgilendirme yükümlüğü, COVID-19 salgını döneminde yeterli olmayıp, buna ilave olarak bazı hususlarda da yolcunun bilgilendirilmesi gerekecektir. Özellikle, yolcunun en erken fırsatta bir güzergâh değişikliği sağlanması seçim hakkı (m.9/1-b) ile ilk seçim hakkı kapsamında yer alan, yolcunun seyahatinin ilk başlangıç noktasına ilk fırsatta dönmesini sağlayacak dönüş uçuşunun ücretsiz sağlanması hakkında (m.9/1-a) ek bilgilendirmeye ihtiyaç vardır. COVID-19

salgını tedbirleri kapsamında alınan ve sona erme tarihi belirli olmayan uçuş yasağı nedeniyle uçuşun iptalinde, bu seçim haklarında yer alan "en erken fırsat" ile "ilk fırsat" ın ne zaman olacağı sorusunu yanıtlamak zordur. Devletin uçuşları durdurduğu veya belirli bir ülkeden gelen uçuşları engellediği böyle durumlarda ne zaman aynı şartlarda bir taşımanın mümkün olacağı belirsiz olup, "en erken fırsat"ya da "ilk fırsat" çok geç bir tarih de olabilir. COVID-19 pandemi tedbirleri kapsamında alınan uçuş yasağının ne zaman sona ereceğine ilişkin bir tarih mevcut değilse, bu belirsizlik çok daha kuvvetli olacaktır. Bu durumu bilerek yolcunun seçim hakkını kullanması gerekir. Bu belirsizlik nedeniyle, çoğu zaman, yolcu, bu seçimlik haklarını kullanmayı tercih etmeyecektir. Fakat bu belirsizliğe rağmen bu yönde seçim yapan yolcunun, kural olarak, hava yoluyla taşınması gerekir. COVID-19 salgını tedbirleri kapsamında uçuş yasağı getirilmiş olmakla birlikte, diğer ulaşım vasıtalarıyla seyahatin yapılması, bir takım kısıtlamalar olmasına rağmen güvenli ve mümkünse bu durumda, havayolu yerine taşımanın diğer ulaşım vasıtalarıyla sağlanabileceği bilgilendirilmesinin yolcuya uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi tarafından yapılması yerinde olacaktır.

COVID-19 salgını tedbirleri kapsamında getirilen uçuş yasağı nedeniyle uçuşun iptali durumunda; uçuş yasağı ile ilgili durum, yasağın ne zaman kalkacağı, COVID-19 önlemleri kapsamında yolcuların yapması gereken ya da uyması gereken kuralların neler olduğu konusunda da bilgilendirmenin, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi tarafından yapılması gerekir. Özellikle, yurtdışı uçuşlarda yaşanan bu tür iptallerde uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi tarafından yapılacak olan bu bilgilendirme daha da önem kazanacaktır.

Yönetmelikte düzenlenen kurallara, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi tarafından uyulmamasının, yaptırımı Yönetmeliğin 20. maddesinde düzenlenmiştir. Uçuşu icra eden hava taşıma işletmeleri, sadece 15. madde kapsamında bilgilendirme yükümlülüğüne aykırı davranışta değil, bahsettiğimiz uçuş iptallerinde yolcu haklarına ilişkin 8, 9 ve 10. maddelerdeki kuralları ihlallerinde de söz konusu yaptırımla karşı karşıya kalacaktır. Yönetmeliğin 20. maddesi hükmüne göre "bu Yönetmelik kapsamına giren işletmeciler Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü tarafından denetlenir. Bu yönetmelikte belirtilen kurallara uymayan kurum ve kuruluşlara 14/10/1983 tarihli ve 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunun 143. maddeye göre işlem yapılır".

SONUÇ

Yönetmelikte uçuş iptalinde yolcuların sahip oldukları haklar, 6. maddenin atfıyla 8., 9. 10. ve 15. maddelerde düzenlenmiştir. Buna göre, uçuşun iptalinde yolcular Yönetmelik kapsamında dört hakka sahiptir. Bunların üçü uçuşun iptaline özgü yolcu haklarıdır, diğeri ise uçuşu iptal edilenler de dahil tüm yolcuların sahip olduğu genel yolcu hakkıdır. Bunlardan ilki 8. maddede düzenlenmiş olan uçuşun yapıldığı mesafeye göre değişen maktu tazminat hakkıdır. Diğeri, seçimlik hak olarak yolcunun tercihine bırakılmıştır. Yönetmeliğin 9. maddesine göre yolcu ya uçuştan vazgeçer ve ödemiş olduğu bilet parasının iadesini ister ya da iptal edilen uçuştaki varma yerine mümkün olan en çabuk şekilde bir başka uçuşla taşınmasını ister veya iptal edilen uçuştaki varma yeri için daha sonra tarihini bildireceği bir zamanda taşımanın gerçekleştirilmesini tercih

eder. Yolcunun üçüncü hakkı ise 10. madde uyarınca bekleme süresine uygun olarak ücretsiz olarak içecek ve yiyecek ile iletişim imkânı sağlanmasıdır. Ayrıca iptal edilen uçuş sonrası gerçekleştirilecek uçuşun bir gün sonra olması halinde yolcunun konaklamasının gerekeceği durumlarda otel ile havaalanı ve otel arasındaki ulaşımın sağlanması da gereklidir. Sonuncu hak, 15. maddede düzenlenmiş olup, uçuşun iptali de dahil genel olarak yolcuların hakları konusunda aydınlatılmasını sağlayan bilgilendirilme hakkıdır.

25.03.2020 tarihinde Yönetmeliğe eklenen geçici madde 1 ile 05.02.2020 tarihinden itibaren COVID-19 salgını nedeniyle yaşanan uçuş iptallerinde, uçuşu icra eden hava taşıma işletmeleri, yolcuların haklarına ilişkin 8, 9 ve 10. maddedeki yükümlülüklerinden uçuş yasağı kalktıktan sonraki iki ay sonuna kadar muaf tutulmuştur. Uçuşlar, iç hatlarda 01.06.2020 tarihinde; yurt dışı hatlarda ise ülkelere göre farklılık gösterse de 10.06.2020 tarihinden itibaren başlamıştır. Kısaca, Ağustos-Eylül 2020 itibariyle bu muafiyet sona ermiştir. Bu düzenleme ile muafiyet getirilen dönemde hâliyle yolcuların bahsettiğimiz hakları mevcut değildir. Muafiyetin sona ermesiyle, herhangi bir kısıtlama olmaksızın COVID-19 nedeniyle meydana gelen uçuş iptallerinde yolcuların hakları mevcuttur.

COVID-19 salgını nedeniyle alınan önlemler kapsamında yaşanan tam kapanmalarda getirilen uçuş yasağı, bir ülkeye ilişkin getirilen uçuş yasağı nedeniyle ya da bir uçuştaki bir yolcunun COVID-19 pozitif olması sonucu tüm yolcuların karantinaya alınması nedeniyle uçuşun iptali, Yönetmelik madde 6/4 kapsamında uçuşu icra eden hava taşıma işletmesini yolculara tazminat ödeme borcundan kurtaran bir olağanüstü haldir. Bu nedenle, olağanüstü hal niteliğindeki COVID-19 salgını sebebiyle meydana gelen uçuş iptallerinde yolcuların 8.madde kapsamında tazminat hakkı mevcut değildir. Yukarıda bahsettiğimiz dönem için Geçici madde 1 ile getirilen muafiyet olmasaydı da yolcular tazminat hakkına sahip olamayacaklardı.

COVID-19 nedeniyle uçuşun iptalinde de yolcu, Yönetmeliğin 9. maddesinde yer alan seçimlik haklara sahip olup, bu seçim hakkını serbestçe kullanabilir. Yolcu, bilet ücretinin iadesini talep etmişse, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin iadeyi seyahat çeki/kuponu ile yapmayı teklif etme hakkı vardır. Böyle bir teklif doğrultusunda bilet ücretinin iadesinin seyahat çeki/kuponu ile ifa edilmesinin geçerliliği, Yönetmeliğin 9.maddesinin 1. fıkrasının a bendi uyarınca yolcunun bunu imzalı olarak kabulüne bağlıdır. Yolcunun seyahat çeki teklifini kabul zorunluluğu yoktur. Özellikle pandemi döneminde uçuşu icra eden hava taşıma işletmelerinin bilet ücretinin iadesini seyahat çekleriyle yapma konusunda bir baskısı oluşmuştur. Uçuşu icra eden hava taşıma işletmeleri, bilet ücretinin iadesini talep eden yolcuya, bu iadeyi seyahat çeki ile yapabilmek için her yolu denemektedirler. Bilet ücretinin iadesinin seyahat çeki/kuponu ile yapılması ancak yolcunun mağdur olmasına imkân verilmemesi şartıyla kabul edilebilir bir çözüm olur. Bunun için her şeyden önce seyahat çekinin verilmesi yolcunun kabulüne bağlı olup, hiçbir şekilde yolcuya bunu kabul etme zorunluluğu getirilememelidir. Verilen seyahat çeki/kuponunun uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin iflasına karşı devletin garantisinde olmalıdır. Ayrıca, seyahat çeki/kuponu en az 12 ay geçerli olmalıdır. Yolcunun seyahat çeki/kuponunu kullanmaması

durumunda ise bedeli, seyahat çekinin/kuponun geçerliliğinin bitiş tarihinden en geç 14 gün sonra yolcuya iade edilmelidir. Ancak böyle bir durumda biletin ücretinin iadesin seyahat çeki/kuponu ile yapılmasında yolcunun mağdur olmayacağı genel kabul görmektedir.

Yolcu, bilet ücretinin iadesi seçimlik hakkını kullanmışsa; iade en geç 7 gün içinde yapılmalıdır. Fakat Yönetmelikte bu sürenin hangi tarihten itibaren başlayacağı düzenlenmemiştir. Burada üç duruma göre sürenin başlangıç tarihini ayrı ayrı tespit etmek gerekir. Yolcu seyahatin yapılmamış kısmına ilişkin bilet ücretinin iadesini istiyorsa, buna ilişkin talebinin uçuşu icra eden hava taşıma işletmesine vardığı andan itibaren 7 günlük süre işlemeye başlar. Yolcu seyahatin yapılmış olan kısmı da dahil seyahatin tamamına ilişkin bilet ücretinin iadesini talep ediyorsa, yolcu, seyahatin tamamlanmasının artık bir anlamının kalmadığını kanıtlamalıdır. Bu durumda 7 günlük süre, yolcunun bunu kanıtlaması anından itibaren işlemeye başlamalıdır. Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi biletin iadesini seyahat fişleri ve/veya diğer hizmetler şeklinde yapmak isterse, bunun ancak yolcunun imzalı mutabakatı olması durumunda mümkün olacağından bu durumda 7 günlük sürenin yolcunun imzalı mutabakatından itibaren işlemeye başlaması gerekir.

COVID-19 salgını nedeniyle yaşanan uçuş iptallerinden, özellikle yolcunun en erken fırsatta bir güzergâh değişikliği sağlanması seçim hakkı (m.9/1-b) ile ilk seçim hakkı kapsamında yer alan yolcunun seyahatinin ilk başlangıç noktasına ilk fırsatta dönmesini sağlayacak dönüş uçuşunun ücretsiz sağlanması hakkı (m.9/1-a) etkilenmiştir. COVID-19 salgını tedbirleri kapsamında alınan sona erme tarihi belirli olmayan uçuş yasağı nedeniyle uçuşun iptalinde, bu seçim haklarında yer alan "en erken fırsat" ile "ilk fırsat" ın ne zaman olacağı sorusunu yanıtlamak zordur. Devletin uçuşları durdurduğu veya belirli bir ülkeden gelen uçuşları engellediği böyle durumlarda ne zaman aynı şartlarda bir taşımanın mümkün olacağı belirsiz olup, "en erken fırsat" ya da "ilk fırsat" çok geç bir tarih de olabilir. Yolcu, seçim hakkını bu durumu bilerek kullanmalıdır. Bu belirsizlik nedeniyle çoğu zaman yolcu bu seçimlik haklarını kullanmayı tercih etmeyecektir. Bu belirsizliğe rağmen yolcu bu seçimlik hakkını kullanabilir. Kural olarak bu seçimlik hakkını tercih eden yolcu, hava yoluyla taşınmalıdır. COVID-19 salgını tedbirleri kapsamında uçuş yasağı getirilmiş olmakla birlikte, diğer ulaşım vasıtalarıyla seyahatin yapılması, bir takım kısıtlamalar olmasına rağmen güvenli ve mümkünse, bu durumda havayolu yerine taşımanın diğer ulaşım vasıtalarıyla sağlanabileceği bilgilendirilmesinin yolcuya, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi tarafından yapılması yerinde olacaktır. Yolcu, bunu kabul ederse, diğer ulaşım araçlarıyla yolcunun taşınması uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi tarafından sağlanmalıdır. COVID-19 salgını tedbirleri kapsamında sadece uçuş yasağı mevcut olmayıp, tam bir kapanmaya gidilmiş ve seyahat yapılması mümkün değilse doğal olarak diğer ulaşım araçlarından faydalanılması mümkün olmayacaktır.

Yönetmeliğe eklenen geçici madde 1 ile muafiyet getirilen dönemde haliyle yolcunun bahsettiğimiz seçimlik hakları mevcut değildir. Fakat geçici madde 1'in 2. fıkrasında muafiyet döneminde yolcuya güzergâh değişikliği seçimlik hakkına benzer bir hak tanınmıştır. Söz konusu düzenlemeye göre "COVID-19 salgını nedeniyle uçuşu iptal edilen yolcunun, hava taşıma

işletmesinin boş koltuk durumuna bağlı olarak istediği bir tarih için bilette değişiklik yapma veya bileti açığa alma hakkı vardır. Yolcu, açığa alınıp kullanılmayan biletin iadesini uçuş yasakları kalktıktan sonraki iki ayın sonrasında hava taşıma işletmesinden alabilir." Geçici madde 1'in 2. fıkrası ile yolcuya tanınan hak 9. maddenin 1. fıkrasının c bendinde düzenlenen güzergâh değişikliğini talep etme seçimlik hakkına benzemekle birlikte, şu yönlerden farklılık arz ettiğini söyleyebiliriz. Geçici madde 1'de yolcuya tanınan hak kapsamında yolcu, iptal edilen uçuş biletini bir tarih belirterek değiştirebileceği gibi, hiçbir tarih belirlemeden, istediği bir zamanda tarih bildirme imkânını ona sağlayacak şekilde biletini açığa da alabilir. Havayoluyla yapılan seyahatlerde yolcuların biletlerini açığa alma imkânları genel olarak vardır. Biletin açığa alınması hava taşıma işletmesinin tespit ettiği kurallara göre olmakla birlikte, genel olarak promosyon biletlerde açığa alınma için bir bedel ödenmesi gerekir ya da bu tür biletlerin açığa alınmasına hiç imkân verilmeyebilir. Geçici madde 1'de yolcuya tanınan bileti açığa alma hakkı çerçevesinde, iptal edilen uçuştaki biletin türü dikkate alınmaksızın, yolcu, bileti açığa alma hakkını kullanabilecektir. Ayrıca, biletin açığa alınma işlemlerinde genel olarak uygulanan, yolcunun ödemesi gereken ek ücretler, geçici madde 1 kapsamında yapılan açığa alma işlemlerinde uygulanmayacaktır. Seçimlik haklar, yenilik doğuran haklar olmaları nedeniyle kullanıldıktan sonra, sona ererler, yani 9. madde kapsamında güzergâh değişikliği seçimlik hakkını kullanan yolcu, daha sonra bilet ücretinin iadesini talep edemez. Ayrıca genel olarak biletin açığa alınması uygulamasında, açığa alınan biletin iadesini, yolcunun talep etmesi mümkün değildir. Bu kuralların aksine, geçici madde 1 kapsamında biletin açığa alınmasını tercih eden yolcu, bileti kullanmadıysa, uçuş yasakları kalktıktan sonraki 2 ayın sonunda isterse bilet ücretinin iadesini talep edebilecektir. Geçici madde 1'in 2. fıkrasında; COVID-19 önlemleri kapsamında alınan uçuş yasağı nedeniyle oluşan uçuş iptallerinin özelliği ve bu iptaller nedeniyle belirli dönem (uçuş yasaklarının kalkmasını takip eden 2 ayın sonuna kadar) yolcunun haklarını uçuşu icra eden hava taşıma şirketine karşı kullanmasını engelleyen muafiyet nedeniyle yolcunun oluşan mağduriyetini gidermek adına yolcular lehine biletin açığa alınma ve bilet ücretinin iadesine ilişkin genel kurallardan farklı haklar tanınmak istenmiştir.

Yönetmeliğin 10. maddesinde yolcunun hizmet hakkı düzenlenmiştir. Bu düzenlemeden uçuş iptallerinde, hizmet hakkına, mümkün olan en erken fırsatta güzergâh değişikliğinin sağlanmasına ilişkin seçimlik hakkını kullanan yolcuların sahip olduğu anlamı çıkıyor olsa da, yolcu, bilet ücretinin iadesi seçimlik hakkını kullandığında da hizmet hakkına sahip olmalıdır. Çünkü yolcunun bu seçimlik hakkı, sadece bilet ücretinin iadesinden oluşmamaktadır. Bilet ücretinin iadesi yanında yolcuya seyahatin ilk başlangıç noktasına ilk fırsatta dönmesini sağlayacak bir dönüş uçuşunun ücretsiz olarak sağlanması da gerekir. Bu dönüş uçuşunu bekleyen yolcunun, güzergâh değişikliği seçim hakkını kullanan ve en erken fırsattaki ikame uçuşu bekleyen yolcudan bir farkı yoktur. Bu nedenle, yolcu, ilk seçimlik hakkını (bilet ücretinin iadesi) kullanmış olsa da, eğer seyahatinin ilk başlangıç noktasına gitmek için kendisine dönüş uçuşu sağlanması gerekiyorsa, Yönetmeliğin 10. maddesinde düzenlenmiş olan hizmet hakkına sahip olmalıdır.

Uçuşun iptalinin olağanüstü hal nedeniyle olması durumunda uçuşu icra eden hava taşıma şirketini tazminat ödeme borcundan kurtaran Yönetmeliğin 6. maddesinin 4. fıkrasındaki gibi bir düzenleme 10. madde kapsamındaki hizmet yükümlülüğü için mevcut değildir. Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, uçuşun iptalinin olağanüstü hal nedeniyle olması durumunda yolcuya tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulsa da hizmet yükümlülüğünden kurtulması mümkün değildir. Güzergâh değişikliği kapsamında en erken ikame uçuş ya da seyahatinin ilk başlangıç noktasına ulaşması kapsamında en erken dönüş uçuşu beklenirken bir veya daha fazla gece konaklamanın gerekli hale geldiği durumlarda, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi yolcuya otelde veya uygun bir konaklama tesisinde konaklama sağlamalıdır (m. 10). Konaklama yeri havaalanı dışında ise havaalanı ile konaklama yeri arasındaki ulaşımın da uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi tarafından sağlanması gerekir (m.10). COVID-19 salgını tedbirleri kapsamında uçuşun yasaklanması nedeniyle oluşan iptallerde, uçuşların ne zaman başlayacağının belirsiz olması, yolcunun en erken fırsatta güzergâh değişikliğinin sağlanması seçimlik hakkını tercih etmemesine neden olacaktır. Fakat bu belirsizliğe rağmen, yolcu, bu seçimlik hakkını kullanırsa, ancak COVID-19 salgını nedeniyle konulan uçuş yasağının kalkması ile en erken fırsatta güzergâh değişikliği sağlanması mümkün olacağından pandemi döneminde bir veya daha fazla gece konaklamanın gerekli hale gelmesi kaçınılmaz olacaktır.

Yönetmeliğin 15. maddesinde yer alan uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin yolcuyu, hakları konusunda bilgilendirme yükümlüğü, COVID-19 salgını döneminde yeterli olmayıp, buna ilave olarak bazı hususlarda da yolcunun bilgilendirilmesi gerekecektir. Özellikle, yolcunun en erken fırsatta bir güzergâh değişikliği sağlanması seçim hakkı (m.9/1-b) ile ilk seçim hakkı kapsamında yer alan yolcunun seyahatinin ilk başlangıç noktasına ilk fırsatta dönmesini sağlayacak dönüş uçuşunun ücretsiz sağlanması hakkında (m.9/1-a) ek bilgilendirmeye ihtiyaç vardır. COVID-19 salgını tedbirleri kapsamında alınan sona erme tarihi belirli olmayan uçuş yasağı nedeniyle uçuşun iptalinde, bu seçim haklarında yer alan "en erken fırsat" ile "ilk fırsat" ın ne zaman olacağı sorusunu yanıtlamak zordur. Devletin uçuşları durdurduğu veya belirli bir ülkeden gelen uçuşları engellediği böyle durumlarda ne zaman aynı şartlarda bir taşımanın mümkün olacağı belirsiz olup, "en erken fırsat"ya da "ilk fırsat" çok geç bir tarih de olabilir. COVID-19 pandemi tedbirleri kapsamında alınan uçuş yasağının ne zaman sona ereceğine ilişkin bir tarih mevcut değilse, bu belirsizlik çok daha kuvvetli olacaktır. Bu durumu yolcunun bilerek seçim hakkını kullanması gerekir. Bu belirsizlik nedeniyle, çoğu zaman, yolcu, bu seçimlik haklarını kullanmayı tercih etmeyecektir. Buna rağmen, bu yönde seçim yapan yolcunun kural olarak, hava yoluyla taşınması gerekir. Bununla birlikte, COVID-19 salgını tedbirleri kapsamında uçuş yasağı getirilmiş olmakla birlikte, diğer ulaşım vasıtalarıyla seyahatin yapılması, bir takım kısıtlamalar olmasına rağmen güvenli ve mümkünse bu durumda havayolu yerine taşımanın diğer ulaşım vasıtalarıyla sağlanabileceği bilgilendirilmesinin yolcuya, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi tarafından yapılması yerinde olacaktır.

COVID-19 salgını tedbirleri kapsamında getirilen uçuş yasağı nedeniyle uçuşun iptali durumunda uçuş yasağı ile ilgili durum, yasağın ne zaman kalkacağı, COVID-19 önlemleri kapsamında yolcuların yapması gereken ya da uyması gereken kuralların neler olduğu konusunda da bilgilendirmenin uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi tarafından yapılması gerekir. Özellikle yurtdışı uçuşlarda yaşanan bu tür iptallerde, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi tarafından yapılacak olan bu bilgilendirme daha da önem kazanacaktır.

BOŞANMA SONRASINDA BİRLİKTE VELÂYETİN KULLANILMASI

Dr. Öğr. Üyesi İlknur SERDAR[16]*

GİRİŞ

Ana ve baba, çocuğun bakımını sağlamalı, onu koruyup, gözetmeli, tehlikelerden muhafaza etmeli, çocuğun kendi ayakları üzerinde duran donanımlı yetişkin bir birey olarak topluma katılması sürecinde ona kılavuzluk etmelidir. Ana ve babanın, yetişkin olma yolculuğunda çocuğa eşlik etmeleri, ona deneyimlerini aktarmaları, bakıp gözetmeleri, fiziken ruhen, ahlaken gelişimini sağlamaları, kişiliğini şekillendirmeleri hem hakları hem de yükümlülükleridir. Velâyet, ana ve babanın çocuğa karşı olan bu hak ve yükümlülüklerinin bütünüdür. Bu nedenle, velâyet yüküm-hak olarak nitelendirilmektedir. İşin doğası gereği, çocuk konusunda hak ve yükümlülüklere ana ve babanın her ikisi de eşit olarak sahiptir. Çocuğun da hem anasına hem de babasına ihtiyacı vardır.

Hukukumuzda, ana ve babanın her ikisinin de velâyete sahip olması yani birlikte velâyet, ana ve babanın evli olması ve evliliğin devam etmesi durumunda açıkça düzenlenmiştir. Türk Medeni Kanunu'nun 335. maddesinde çocuğun ana ve babasının velâyetinde olduğu ifade edilmiş olup, 336. maddede evliliğin devam ettiği sürece ana ve babanın velâyeti birlikte kullanacağı hükme bağlanmıştır.

Evliliğin sona ermesi durumunda velâyet, ana babadan birisine tevdii edilir, yani boşanma sonrası birlikte velâyet söz konusu olmaz. Evliliğin sona ermesi, evliliğin hükümsüz kılınması ile de söz konusu olabilir. Evliliğin hükümsüz kılınmasında da boşanmaya ilişkin hükümler uygulanacağı için boşanma sonrası birlikte velâyete ilişkin kurallar bu durumda da geçerli olacaktır.

Boşanma sonrası birlikte velâyetin söz konusu olmayacağına ilişkin yaklaşım, 90'lı yıllardan itibaren eleştirilmeye başlanmıştır. Buna, 70'li yıllardan itibaren başlayan, kadının çalışma hayatında etkin şekilde varolmasının giderek artmasının, kadın ev işlerini yapar, çocuğa bakar, erkek çalışır, masrafları karşılar, evin geçimini sağlar şeklindeki klasik işbölümü algısının değişmesinin ve bunun çocuk-ebeveyn ilişkisine yansımasının neden olduğunu söyleyebiliriz. Özellikle, çocuk-ebeveyn ilişkisinde baba rolü; sadece çocuğun masraflarını karşılayan, çocukla mesafeli bir ilişkiyi tercih eden hatta sevgisini dahi uluorta göstermeyen babadan, çocuğun günlük bakımını, beslenmesini üstlenen, onunla oyunlar oynayan, sevgisini göstermekten çekinmeyen, çocuğun fiilen hayatında olan babaya evrilmiştir. Ayrıca, velâyet konusundaki yaklaşımın değişiminde çocuk haklarının gelişimi ve kabul görmesiyle, çocuğun, toplumda, sadece

[16]* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, email:ilknur.serdar@deu.edu.tr, ORCID:0000-0003-2790-677X

korunmaya ihtiyaç duyan değil, hakları olan, saygı duyulması gereken bir birey olarak kabul edilmeye başlanması da etkili olmuştur. Velâyet sadece ana ve baba bakımından yüküm-hak olarak nitelense de ana baba tarafından sahip olunan bir hak değildir. Çocuğun da birey olarak hakları olup, bunlardan biri de ana ve babasının velâyeti altında olma hakkıdır. Çocuğun gelişmesi ve yetişmesinde ana ve babasının her ikisine de ihtiyacı vardır. Bu noktada; çocuğun söz konusu olduğu her meselenin çözümünde dikkate alınması zaruri olan, çocuğun yararının her zaman dikkate alınıp, üstün tutulacağına ilişkin çocuğun üstün yararı ilkesi kapsamında bakıldığında da, çocuğun yararının ana ve babasının velâyeti altında olmasının çocuğun menfaatine olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Bu nedenle, çocuğun ana ve babasının velâyeti altında olması yani birlikte velâyet, ana babanın medeni durumlarına bağlı olmamalıdır. Birçok ülkede ana babanın medeni durumlarından bağımsız olarak birlikte velâyet kabul edilerek kanuni bir düzenlemeye kavuşturulmuştur. Almanya ve İsviçre gibi bazı ülkelerde ise birlikte velâyet kural olarak düzenlenmiştir. Yani, ana babanın medeni durumlarından bağımsız olarak çocuğun velâyetine ana ve baba birlikte sahiptirler. Ancak çocuğun menfaatinin gerektirdiği durumlarda velâyet, ana veya babadan birisine tevdii edilebilir.

Boşanma sonrasında birlikte velâyet hususunda hukukumuzda açık bir kanuni düzenleme henüz mevcut olmasa da ülkemiz açısından da benzer bir süreç yaşandığı söylenebilir. Hukukumuzda da yukarıda bahsettiğimiz gelişmeler ve argümanlar paralelinde doktrinde boşanma sonrası birlikte velâyet tartışılmaya başlanmıştır. Bu konuda ilk eser, Prof. Dr. Cengiz Koçhisarlıoğlu[17] hocamız tarafından kaleme alınmıştır. Tartışmanın başlarında, doktrinde ağırlık kazanan görüş ile uygulamadaki görüş, özellikle Yargıtay'ın görüşü, boşanma sonrası birlikte velâyetin söz konusu olamayacağı yönünde olsa da, sonradan diğer ülkelerde yaşanan yukarıda bahsettiğimiz gelişmeler ve argümanların da etkisiyle doktrinde boşanma sonrası birlikte velâyete kanunda bir engel olmadığı, birlikte velâyetin boşanma sonrasında da mümkün olacağına ilişkin görüş ağırlık kazanmıştır[18]. Yargıtay, aksi görüşte olmaya devam etse de uygulamada bazı ilk derece mahkemeleri anlaşmalı boşanmalarda doktrinde ağırlık kazanan görüşe katılarak birlikte velâyete ilişkin hükümler vermişlerdir. 2017 yılına gelindiğinde ise 11 No'lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşme'ye Ek 7 No'lu Protokol'ün 5. maddesine dayanarak Yargıtay 20.02.2017 tarihli kararı[19] ile boşanma sonrasında birlikte

[17] Koçhisarlıoğlu, c. (2004). Boşanmada birlikte velâyet ve yasanın aşılması. Ankara: Turhan Kitabevi.

[18] Koçhisarlıoğlu (2004), s. 237-244; Öztan, B. (2015). Aile hukuku. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 1090; Serdar. İ. (2008). Birlikte velâyet., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, s. 180; Kurt, L.M. (2018). Boşanma durumunda birlikte (ortak) velâyet", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, S. 2, s. 174; Apaydın.E (2018). Ortak hayata son verilmesi sonrası ortak velâyet hususunda yasal düzenleme gereği. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 1s. 446;Baygın. C. (2010). Soybağı hukuku. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, s. 265-268; Akyüz. E.(2015) Çocuk hukuku. Ankara: Pegem Akademi, s.236; Erlüle, F. (2019). İsviçre medeni Kanunu'nda yapılan değişiklikler ışığında boşanmada birlikte velâyet. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 324-325; İnce. N. (2018). K karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi durumunda birlikte velâyet., TAAD, Y. 9, S.34, s.221.

[19] 2. HD. 20. 02. 2017 Tarih, E. 2016/15771, K. 2017/1737 (www.kazanci.com)

velâyetin kamu düzenine aykırı olmayacağını kabul etmiştir. Bir anlamda, Yargıtay, boşanma sonrası birlikte velâyetin mümkün olmayacağına ilişkin kararını değiştirmiştir.

Yargıtay'ın 2017 tarihli bu kararı sonrasında birçok mahkeme tarafından -özellikle anlaşmalı boşanmalarda-, boşanma sonrasında da çocuğun velâyetine ana ve babanın her ikisinin de sahip olacağına, yani birlikte velâyete karar verilmiştir[20]. Boşanma sonrası birlikte velâyete karar verilmesi ve ebeveynlerin çocuklarının velâyetine beraberce sahip olmaları, meselenin sadece bir kısmını nihayete erdirmiştir. Asıl üzerinde durulması gereken ve tebliğimizin de konusunu oluşturan mesele, boşanma sonrasında birlikte velâyeti ana ve babanın nasıl kullanması gerektiği noktasında toplanmaktadır. Bu konuda, kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Boşanma sonrası çocuğun velâyetine ana ve babanın beraberce sahip olmasının, çocuğun menfaatine uygun olmasının nedeni; çocuğun hayatında hem ana hem de babanın varolmaya devam etmesi, onun yetiştirilmesi ve geliştirilmesinde söz sahibi olup, bu sorumluluğu eşit olarak üstlenmeleridir. Böylece, hayatında hem ana hem de babasına ihtiyaç duyan çocuk, birini tercih etmek zorunda kalmayacak, boşanmanın sebep olduğu travmaları daha kolay atlatacaktır. Her iki ebeveyn de çocuğun hayatında yer alıp, onun gelişmesi ve yetiştirilmesinde eşit şekilde söz hakkına sahip oldukları ve bunun sorumluluğunu taşıdıkları için çocuğu boşanma öncesinde yaşadıkları olaylardan dolayı birbirlerinden intikam alma aracı olarak kullanmayacaklardır. Boşanma sonrasında birlikte velâyet ile sağlanan ve çocuğun yararına olacağından kuşku duyulmayacak bu sonuçlar, ana ve babanın, birlikte velâyeti maksada uygun kullanılması ile elde edilebilir. Yoksa boşanma sonrası birlikte velâyete karar vermek başlı başına bir sihirli değnek misali, özellikle boşanmanın çocuk açısından getirmiş olduğu tüm sorunları giderip, birlikte velâyetten beklenen sonuçları kendiliğinden meydana getirmez. Bu nedenle, şu anda hukukumuzda boşanma sonrası birlikte velâyetin mümkün olup olmadığı tartışmasından daha ziyade üzerinde durulup, çözüm sağlanması gereken mesele uygulamada özellikle 2017 tarihindeki Yargıtay kararı sonrasında verilen boşanma sonrası birlikte velâyet kararları neticesinde birlikte velâyete sahip olan ebeveynlerin, birlikte velâyeti nasıl kullanacağıdır. Türk Medeni Kanunu'nda, bu hususta bir düzenleme yer almamaktadır. Bu nedenle, tebliğimizde boşanma sonrası birlikte velâyet mümkün müdür sorusu üzerinde değil, boşanma sonrasında birlikte velâyete karar verildiğinde -bu tür kararlar mevcut ve hali hazırda birçok boşanmış olan ebeveyn, velâyete birlikte sahipler- velâyetin kullanılmasında ne gibi sorunların çıkabileceği ve bunların çözümünün nasıl sağlanabileceği soruları üzerinde durup bu meseleye çözüm arayacağız. Kuşkusuz, velâyete ister ebeveynlerden biri sahip olsun, ister her ikisi sahip olsun, değişmeyen kural, velâyetin çocuğun menfaatine uygun şekilde kullanılması ve velâyetin kullanılmasında yaşı, olgunluğu nispetinde çocuğun görüşlerinin dikkate alınması, ona saygı gösterilmesidir. Hâliyle bu kurallar, boşanma sonrasında birlikte velâyetin kullanılmasında da geçerlidir. Bu konuları değerlendirmeye

[20] Bu kararlara örnek olarak bakınız Ankara BAM 1. HD 10. 05. 2017 tarih ve E. 2017/121 K. 2017/601 sayılı karar ile birlikte velâyeti ebeveynlerin anlaşmasına bağlayan Ankara BAM 2. HD 05. 12. 2017 tarih ve E. 2017/1132 K. 2017/1471 sayılı kararı (naklen Apaydın (2018), s. 465-466)

başlamadan önce söylemek gerekir ki hem birlikte velâyet hem de birlikte velâyetin nasıl kullanılacağına ilişkin tüm hususların kanuni düzenlemeye kavuşturulmasına ihtiyaç vardır ve en kısa sürede bunun sağlanması yerinde olacaktır.

I. ÇOCUĞUN NEREDE, KİMİN YANINDA KALACAĞI SORUNU

Boşanma sonrasında doğal olarak, müşterek yaşam birliği sona erip, her ebeveyn ayrı yaşam düzeni kuracaklardır. Bununla birlikte, bazı boşanmalarda boşanmaya rağmen, müşterek yaşam birliği sürmekte, kişiler, evlilik birliği devam ediyormuş gibi aynı şekilde beraber yaşamayı sürdürebilmektedir. Bunun birçok sebebi olabilir. En yaygın olan iki sebepten bahsedebiliriz. Bunlardan ilki; bazı kişilerin evli olma statüsünü psikolojik bir yük görmeleri, müşterek yaşamlarında hiçbir değişiklik olmamasına rağmen, bu statüden kurtulmak istemeleridir. İkincisi ise yanlış bir hukuk terminolojisi ile "muvazaalı boşanma" olarak tabir edilen durumdur. Buradaki motivasyon, çoğunlukla kadının babasının vefatı nedeniyle ondan yetim aylığı almasını mümkün kılmaktır. Tabiri caizse, bu durumlarda, kişiler, kâğıt üstünde boşanırlar, yani boşanmaya rağmen müşterek yaşam birliği, evli oldukları gibi sürer, beraberce yaşamaya devam ederler. Böyle bir boşanmada, birlikte velâyete karar verilmiş olması durumunda, çocuğun nerede, kimin yanında kalacağı, hangi ebeveyni ile birlikte yaşayacağı sorunu söz konusu olmaz.

Bu tür boşanmalar dışında, boşanma sonrası, doğal olarak müşterek yaşam birlikteliği sona erecek ve ana-baba, birlikte velâyete sahip olsalar da, çoğu zaman beraber yaşamayacaklardır. Velâyet, çocuğun velâyeti altında olduğu ana ve babası ile birlikte yaşamasını da gerekli kılar. Çocuk, velâyeti altında olduğu ana babasından yasal bir sebep olmadan alınamaz ve ana ve babasının rızası olmaksızın evden ayrılamaz. Boşanma sonrasında birlikte velâyette ayrı yaşayan iki ebeveynin velâyeti altında olan çocuk, aynı anda farklı iki yerde olamayacağı için kural olarak, fiilen bir ebeveynin yanında, onun bakım ve gözetiminde yaşayacaktır. Bu nedenle, boşanma sonrası birlikte velâyette çocuğun, nerede, kimin yanında kalacağı, hangi ebeveyni ile birlikte yaşayacağına karar verilmesi gerekir. Bu kararı velâyete sahip ana ve baba birlikte oybirliği ile verir ana veya babadan biri tek başına bu kararı veremez. Anlaşmalı boşanmada bu husus mutlaka taraflarca kararlaştırılmalı ve hâkim tarafından uygun bulunarak onaylanmalıdır. Hâkim, yapılan anlaşmayı çocuğun menfaatine uygun görmezse, bu anlaşmayı onaylamaz, gerekli değişikliği yapar, bu hususlar taraflarca kabul edilmezse dava reddedilecektir.

İster ebeveynler tarafından isterse hâkim tarafından çocuğun nerede, kimin yanında oturacağı, hangi ebeveyni ile birlikte yaşayacağına nasıl karar verileceğine ilişkin bir kanun hükmü mevcut değildir. Boşanmada birlikte velâyetin mümkün olup olmayacağı tartışmalı olsa da, boşanma sonrası çocuğun velâyetinin ana veya babaya verilmesi hususunda bir tartışma söz konusu değildir. Türk Medeni Kanunu'nda çocuğun boşanmada velâyetinin ana ya da babadan hangisine verileceği hususunda da bir düzenleme yoktur. Hâkim bu konuda çocuğun üstün yararı ilkesi çerçevesinde takdir yetkisini kullanarak karar verir. Boşanma sonrasında velâyetin hangi ebeveyne bırakılmasının çocuğun menfaatine olacağını belirlemede içtihatlarla bir takım kriterler oluşmuştur. Bu kriterlerin boşanma sonrasında birlikte velâyette çocuğun nerede kiminle

kalacağını, hangi ebeveyni ile birlikte yaşayacağına ilişkin kararın verilmesi için de uygulanması mümkündür. Ayrıca doktrinde genellikle boşanma sonrası birlikte velâyette çocuğun nerede kimin yanında kalacağının hangi ebeveyninin himayesinde, bakım ve gözetiminde onunla beraber yaşayacağının tespit edilmesinde kullanılması önerilen iki model mevcuttur. Bunlardan ilki klasik, sabit model tek evli ya da tek merkezli yerleşim modeli olarak adlandırılan modeldir. Diğeri ise değişimli model, çift ev modeli olarak adlandırılan modeldir[21].

Tek merkezli yerleşim modelinde; çocuk ebeveynlerinden birinin yanında kalır, onunla birlikte yaşar. Diğer ebeveynin çocukla kişisel ilişkisi düzenlenir.

İkinci model, çocuğun, her iki ebeveynle fiilen yaşamasını mümkün kılan dönüşümlü model ya da çift ev modelidir. Söz konusu modelde velâyet kapsamında yer alan aktörlerden (ebeveynler ve çocuk) biri sabittir. Bu model de, sabit olan tarafa göre içinde ikiye ayrılır. Değişimli ve Yuva Modeli. Yaygın kullanımı olan dönüşümlü modeldir.

Değişimli modelde; ebeveynler sabit olup, çocuk değişim içindedir. Çocuğun iki evi vardır ve çocuk fiilen her iki ebeveyninin de yanında kalıp, onunla yaşamaktadır. Bu modelde çocuk belirlenen zamanlarda ebeveynlerinin yanında kalmaktadır. Her ebeveynde kalma süresinin eşit olması şart olmamakla birlikte, bu model için asgari 70:30 luk bir paylaşımın olması gerektiği kabul edilmektedir. Zaman paylaşımı, bir haftanın günleri şeklinde olabileceği gibi, haftalık, aylık şekilde de olabilir. Örneğin; çocuğun bir hafta annede bir hafta babada kalacağı ya da pazartesi-çarşamba annede, perşembe-pazar babada kalacağı kararlaştırılabilir. Bu modelin seçilebilmesi için ebeveynlerin ve çocuğun bir takım kriterlere uygun olması gerekir. Ancak bu durumda bu modelin tercih edilmesi çocuğun menfaatine uygun olacaktır. Bunlar; çocuğun yaşı, karakteri, ebeveynlerin evlerinin birbirine uzaklığı, ebeveynlerin bu hususta istekli olmaları gibi kriterlerdir. Örneğin; çok küçük henüz yaşına girmemiş bir çocuk için bu model uygun olmadığı gibi, ebeveynlerin birbirinden çok uzakta oturması ya da ayrı şehirlerde yaşamaları durumunda da bu modelin tercih edilmesi çocuğun menfaatine uygun değildir.

Yuva modelinde ise, sabit olan çocuk, değişim halinde olan ebeveynlerdir. Yaygın bir kullanımı olmayan bu modelde, çocuğun düzeni bozulmaz, genellikle evlilik birliği devam ederken ailenin oturduğu evde çocuk yaşamaya devam eder. Anne ve babanın kendilerine ait evleri vardır. Belirlenen zamanlarda ebeveynlerden her biri çocuğun yanında kalmaktadır. Bu modelin olumlu yönü, çocuğun düzeninin bozulmaması, kendi alıştığı ortamdan ayrılmamasıdır. Bununla birlikte, çocuğun evlilik birliği devam ederken yaşadığı ortamda kalması, çocuğun doğum günü, özel bir

[21] Bu modellere ilişkin ayrıntılı bilgi için bakınız Öztan, B. ve Öztan, F. (2020). Boşanmada birlikte velâyet ve birlikte velâyetin uygulanmasına ilişkin modeller. Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Arş. Gör. Ceren Damar Armağanı C.5 S.1, s.2569 vd.; Sunderhauf H. (2013). Wechselmodell: psychologie – recht – praxis, abwechselnde kinderbetreuung durch eltern nach trennung und scheidung. Wiesbaden: Springer VS, s. 75 vd. ; Yılmaz, C. (Ed.) (2019). Birlikte velâyet çerçevesinde alternatif (dönüşümlü) himaye. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, s. 213 vd; Serdar, İ. (2019). Mukayeseli hukuk ışığında birlikte velâyetin kullanılmasının değerlendirilmesi. İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C.19 S.2, s.272.

gün, bayram gibi bazı zamanlarda ebeveynlerin çocuğun kaldığı evde aynı anda bulunmaları, çocuğun boşanmayı kabul etmesine ve boşanma gerçeği ile yüzleşmesine engel olur. Boşanmış ailelerin çocukları, çoğu zaman boşanmayı kabul etmez ve anne babasının tekrar bir araya geleceğine inanırlar, bu da boşanma sonrası travmayı atlatmalarını zorlaştırır. Ayrıca, ebeveynlerinin hayatına başka birisinin girmesi, tekrar evlenmeleri çocuğun büyük bir hayal kırıklığına uğramasına ve bu durumu çok zor kabul etmesine de sebep olur. Bu da yuva modelinin olumsuz bir yönü olarak karşımıza çıkar. Bu model için olumsuz olarak görülecek bir diğer nokta, bu modelin uygulanmasının çok maliyetli olmasıdır. Maliyet dışında, kendi hayatlarını tekrar ayrı ayrı kuran, belki tekrar evlenen ebeveynlerin zamanlarının bir kısmını düzenli olarak çocuğun kaldığı evde geçirmelerinin de hayatın gerçeklerine çok uygun olduğu söylenemez. Bu nedenle, bu modelin yaygın şekilde tatbik edilmesi olası görülmemektedir. Bu modelin yaygın bir kullanımı mümkün olmasa da şartları buna uygun olan ailelerde ya da çocuğun durumunun özellik arz ettiği durumlarda bu modelin tatbiki ve olumlu netice alınması mümkündür.

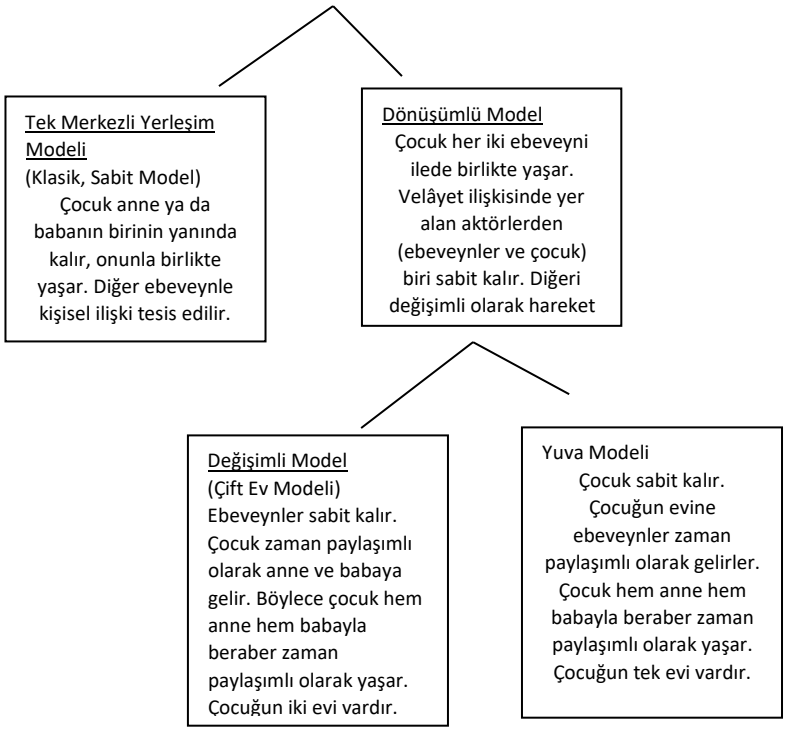
Boşanma sonrasında çocuğun kimin yanında oturacağı hangi ebeveyni ile birlikte yaşayacağına ilişkin sorunun çözümünde yukarıda bahsettiğimiz modeller içerisinde birlikte velâyettin amacına en uygun olan, hâliyle de çocuğun yararına uygun olacağı düşünülen model değişimli modeldir. Boşanma sonrasında velâyetin, ebeveynlerden birine tevdi edilmemesi, her iki ebeveynin velâyete sahip olduğu birlikte velâyetin tercih edilmesinin nedeni; çocuğun, anne babasının her ikisine de ihtiyacı olmasıdır. Bu nedenle, çocuğun menfaati, anne ve babasının velâyeti altında olmasıdır. Böylece her iki ebeveyn de çocuğun hayatında olur, vakit geçirmez hayatı paylaşırlar. Böylece çocuk, birini diğerine tercih etme duygusunu yaşamaz.

Boşanma sonrasında birlikte velâyette tek merkezli yerleşim modelinin seçilmesi halinde çocuğun anne ya da babasından birisinin yanında onunla beraber yaşaması söz konusu olacaktır. Çocuğun yanında yaşamadığı ebeveyni ile kişisel ilişki tesis edilecektir. Bu kişisel ilişki, velâyetin tek ebeveyne verilmesinde olduğundan daha kapsamlı olsa da tesis edilen kişisel ilişki çoğunlukla, çocuğun yanında yaşamadığı ebeveyninin, çocuğun hayatına dahil olmasını gerçekleştiremeyecektir. Çocukla ebeveyni arasındaki ilişki sadece vakit geçirmekten ibaret kalacak, hayatı paylaşmayacaklardır. Bu nedenle her ikisi de birbirinin hayatında tam olarak varolamayacaklardır. Bu ise birlikte velâyet ile elde edilmek istenen maksada uygun değildir. Hatta bu durumun bazı hallerde, velâyetin tek ebeveyne verilmesinden daha da sıkıntılı olması mümkün olabilir. Çünkü çocuğun yanında yaşamadığı ebeveyni, çocuğun yaşamına dahil olamadığı halde velâyete sahip olması nedeniyle, çocukla ilgili meselelerde söz sahibi olacaktır. Çocuğun yanında yaşadığı ebeveyni, çocukla ilgili meselelerde karar almak için diğer ebeveyne ihtiyaç duyacak, çoğu zaman bu, çocukla yaşayan ebeveyn için daha büyük sıkıntılara neden olabilecektir. Eğer, fiilen yaşanan, velâyetin tek ebeveynde olması durumundan farklı değilse, hatta bazı zamanlarda bundan daha sıkıntılı ise, zaten bu velâyete, birlikte velâyet demek de mümkün değildir. Boşanma sonrasında birlikte velâyete karar verilmesine rağmen, bunun fiilen uygulanmadığı bu durumun çocuğun yararına olduğu da söylenemez. Böyle bir durumda birlikte

velâyetin değiştirilmesi istenmesi ve velâyetin ebeveynlerden birine tevdii edilmesinin talep edilmesi her zaman mümkündür.

Tek merkezli yerleşim (tek ev) modelinin tercih edilmesinin çoğu zaman fiilen velâyetin tek ebeveyne verilmesi halinden farklı bir durum yaratmayacağı gerçekliği karşısında boşanma sonrasında birlikte velâyetin amacına, doğal olarak da, çocuğun menfaatine uygun olacak modelin dönüşümlü model-özellikle değişimli model- olduğu söylenebilir. Avrupa Konseyi de 2079 sayılı 02.10.2015 tarihli Tavsiye Kararı[22] ile dönüşümlü modelin birlikte velâyete ve çocuğun yararına daha uygun olması sebebiyle üye Devletlere kanunlarında dönüşümlü modeli düzenlemelerini ve birlikte velâyette dönüşümlü modelin teşvik edilmesini önermiştir. Ebeveynler ve çocuk bu modelin kriterlerine uygunsa boşanma sonrasında birlikte velâyette, çocuğun nerede oturacağı hangi ebeveyni ile beraber yaşacağına ilişkin kararın verilmesinde dönüşümlü modelin -özellikle değişimli modelin- tercih edilmesi uygun olacaktır. Ayrıca boşanma sonrası birlikte velâyete ilişkin yapılacak kanuni düzenlemede de bu hususun dikkate alınması yararlı olacaktır.

BOŞANMA SONRASINDA BİRLİKTE VELÂYETTE ÇOCUĞUN NEREDE KİMİNLE YAŞAYACAĞINA İLİŞKİN MODELLER



[22] Resolution 2079 (2015) 02. 10. 2015 Gleichheit Und Gemeinsame Elterliche Verantwortung: Die Rolle Der Väter.

II. ÇOCUĞUN YERLEŞİM YERİNİN (İKAMETGÂHININ) BELİRLENMESİ SORUNU

Velâyet altında bulunan çocuğun yerleşim yeri ile ilgili kanunda düzenleme mevcuttur. Türk Medeni Kanunu'nun 21. maddesinin 1. fıkrasında velâyet altında bulunan çocuğun yerleşim yeri hükme bağlanmıştır. Bu hükme göre; velâyet altında bulunan çocuğun yerleşim yeri ana ve babasının yerleşim yeridir. Ana ve babanın ortak yerleşim yeri yoksa çocuğun yerleşim yeri, çocuğun kendisine bırakıldığı ana veya babanın yerleşim yeridir. Diğer hallerde çocuğun oturma yeri, onun yerleşim yeri sayılır.

Boşanma sonrasında birlikte velâyette, çocuğun yerleşim yerinin tayin edilmesi için Türk Medeni Kanunu'nun 21 maddesinin 1. fıkrası hükmü yol gösterici olacaktır. Boşanma sonrasında yukarıda da belirttiğimiz gibi ebeveynler müşterek yaşam birliğini sonlandırmamışlarsa, yani beraber yaşamaya devam ediyorlarsa, bu durumda velâyete sahip ana ve babanın ortak yerleşim yeri söz konusu olacaktır. Bu durumda boşanma sonrasında birlikte velâyet altındaki çocuğun yerleşim yeri, Türk Medeni Kanunu'nun 21. maddesinin 1. fıkrası uyarınca ana ve babanın ortak yerleşim yeridir.

Boşanma sonrasında ebeveynlerin müşterek yaşam birlikteliğine devam etmesi ve beraber yaşamaları istisnai bir durumdur. Boşanma sonrasında, işin doğası gereği ebeveynler ayrı yaşamaya başlarlar. Her ebeveynin bir yerleşim yeri mevcuttur, yani ebeveynlerin ortak yerleşim yerinden bahsetmek söz konusu değildir. Bu durumda, boşanma sonrasında birlikte velâyette, tek merkezli yerleşim modeli benimsenmiş ve çocuğun ana ya da babanın yanında oturacağı onunla yaşacağına karar verilmişse, çocuğun yerleşim yerini belirlemede bize yine Türk Medeni Kanunu'nun 21. maddesinin 1. fıkrası yol gösterici olacaktır. Söz konusu hükme göre, ana ve babanın ortak yerleşim yeri yoksa çocuğun yerleşim yeri, çocuğun kendisine bırakıldığı ana veya babanın yerleşim yeridir. Bu hüküm aslında boşanma sonrası birlikte velâyet düşünülerek düzenlenmiş değildir. Evli kişilerin ortak bir yerleşim yerine sahip olma zorunluluğu yoktur. Eskiden olduğu gibi Türk Medeni Kanununda evli kadının yerleşim yerini kocasının yerleşim yerine bağlayan bir düzenleme de mevcut değildir. Evlilik devam ederken evli ebeveynlerin birlikte velâyetinde de ana ve babanın ortak yerleşim yerine sahip olmamaları mümkündür. Kanun koyucu bu olasılığı düşünerek, velâyet altında bulunan çocuğun yerleşim yerini düzenlerken bu hükmü getirmiştir. Bu hüküm, boşanma sonrasında birlikte velâyette tek merkezli yerleşim modelinin tercih edildiği durumlarda da çocuğun yerleşim yerini tespit etmede uygulama alanı bulacaktır. Bu durumda boşanma sonrasında birlikte velâyet altındaki çocuğun yerleşim yeri, Türk Medeni Kanunu'nun 21. maddesinin 1. fıkrası uyarınca çocuğun kendisine bırakıldığı (yanında kaldığı beraber yaşadığı) ana veya babanın yerleşim yeridir.

Boşanma sonrası birlikte velâyette dönüşümlü modelin tercih edilmesi halinde, çocuğun yerleşim yerini belirlemek, yukarıdaki durumlardaki kadar kolay olmayacaktır. Yaygın bir uygulaması olmayan yuva modelinde daha önce açıkladığımız gibi çocuğun sürekli kaldığı bir ev söz konusudur. Ebeveynlerinde kendilerine ait olan evleri mevcuttur. Ebeveynler belirledikleri zaman paylaşımına uygun şekilde dönüşümlü olarak çocuğun evinde kalmaktadır. Bu modelde Türk

Medeni Kanunu'nun velâyet altındaki çocuğun yerleşim yerini belirlemede kullandığı kriterler içinde yer alan ne ana ve babanın ortak yerleşim yeri ne de çocuğun kendisine bırakıldığı ebeveyn mevcuttur. Her ne kadar velâyet altında bulunan çocuğun yerleşim yeri velâyete sahip olan kişinin yerleşim yerine tabi kılınmış olan bağlı yerleşim yeri olsa da yuva modelinde bu kuraldan ayrılmak ve çocuğun yerleşim yerinin tespitinde Türk Medeni Kanunu'nun 21. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesini uygulamak yerinde olacaktır. Söz konusu hükme göre diğer hallerde çocuğun oturma yeri, onun yerleşim yeri sayılır. Bu hükmün uygulanması sonucu, yuva modelinde çocuğun yaşadığı evi (oturma yeri), onun yerleşim yeri olarak kabul etmek gerekecektir.

Boşanma sonrasında birlikte velâyette değişimli modelin tercih edildiği durumlarda da velâyet altında bulunan çocuğun yerleşim yerini, Türk Medeni Kanunun 21. maddesinin 1. fıkrasında yer alan kriterlerle tespit etmek mümkün olmayacaktır. Değişimli modelde de ana ve babanın ortak bir yerleşim yeri olmadığı gibi, çocuğun kendisine bırakıldığı ebeveynden de bahsetmek mümkün değildir. Çünkü değişimli modelde çocuğun iki evi vardır ve çocuk her iki ebeveyni ile de birlikte yaşamaktadır. Bu nedenle, her iki ebeveyn de Türk Medeni Kanunu'nun 21. maddesinin 1. fıkrası anlamında çocuğun kendisine bırakıldığı ebeveyn niteliğine sahiptir. Buna göre, Türk Medeni Kanunu'nun 21. maddesinin 1. fıkrası uygulanarak her iki ebeveynin (çocuğun kendisine bırakıldığı ana veya babanın) yerleşim yeri de çocuğun yerleşim yeridir sonucuna ulaşılamaz. Hukukumuzda Türk Medeni Kanunu'nun 19. maddesinin 2. fıkrası uyarınca yerleşim yerinin tekliği ilkesi geçerli olup, bir kişinin aynı anda iki yerleşim yeri olamayacağından her iki ebeveynin yerleşim yeri de çocuğun yerleşim yeri olur şeklinde bir çözüm üretmek mümkün olamaz.

Peki, çözüm nasıl sağlanacaktır? Değişimli modelde velâyet altında bulunan çocuğun yerleşim yerini belirlemek iki şekilde mümkün olabilir. Bunlardan ilki; eğer değişimli modelde zaman paylaşımı ebeveynler arasında eşit, yani 50:50 paylaşım söz konusu değilse, zaman olarak çocuğun daha fazla yanında kaldığı ebeveynin Türk Medeni Kanunu'nun 21. maddesinin 1. fıkrası kapsamında çocuğun kendisine bırakıldığı ebeveyn niteliğinde olduğu kabul edilerek; çocuğun yerleşim yeri, söz konusu ebeveynin yerleşim yeri olarak kabul edilerek mesele çözülebilir Değişimli modelde zaman paylaşımı eşitse, yani 50:50 ise bu durumda çocuğun daha fazla yanında kaldığı bir ebeveyninden söz edilemeyeceği için çocuğun yerleşim yerinin belirlenmesinde yukarıda verdiğimiz çözüm, burada uygulama alanı bulamayacaktır. Bu durum için Türk Medeni Kanunu'nun 21. maddesinin 1. fıkrasında yer alan hükümden yola çıkarak, bir çözüm sağlamak da mümkün görülmemektedir. Boşanma sonrasında birlikte velâyette eşit zaman paylaşımlı 50:50 değişimli model tercih edilmişse, ana ve babanın çocuğun yerleşim yerine karar vermesi uygun olacaktır. Bir başka deyişle, böyle bir durumda ana ve babanın çocuğun yerleşim yerinin hangi ebeveynin yerleşim yerine bağlı olacağına karar vermeleri gerekir. Çocuğun yerleşim yerine ilişkin ana ve babanın ortak bir karar verememesi durumunda hâkimin buna karar vermesi yerinde olacaktır. Boşanma sonrası birlikte velâyette özellikle eşit zaman paylaşımlı

değişimli modelin tercih edilmesi durumunda hâkimin çocuğun yerleşim yerinin belirlenmesi hususuna ayrıca dikkat etmesi gerekir. Hukukumuzda ileride boşanma sonrası birlikte velâyete ilişkin kanunda yapılacak düzenlenmede velâyet altında bulunan çocuğun yerleşim yerini hükme bağlayan Türk Medeni Kanunu'nun 21. maddesinde bu durumun açıklığa kavuşturulmasının gözden kaçırılmaması yerinde olacaktır.

III. VELÂYET KAPSAMINDA YER ALAN ÇOCUKLA İLGİLİ MESELELERDE NASIL KARAR ALINACAĞI SORUNU

Çocuğun bakımı, eğitimi, temsil edilmesi, korunması, mallarının yönetimi velâyet kapsamı içinde yer almakta olup, velâyete sahip olan ebeveyn/ebeveynler bu hususlara ilişkin karar alma ve uygulama yetkisine sahiptirler. Bu kararların alınması ve uygulanması hususunda velâyette sahip olan ebeveyn/ebeveynlerin nasıl hareket etmeleri gerektiği Türk Medeni Kanunu'nun 339. maddesinde düzenlenmiştir. Velâyet ister ana babadan birisinde isterse her ikisinde olsun velâyet kapsamında yer alan çocukla ilgili hususlarda karar alınması ve uygulanmasında 339. maddede yer alan kurallar geçerlidir. Bir başka deyişle, boşanma sonrasında birlikte velâyette de velâyete sahip olan ana ve baba, Türk Medeni Kanunu'nun 339. maddesine tabidir. Çocukların söz konusu olduğu her durumda, öncelikli ilke olarak karşımıza çıkan çocuğun üstün yararı ilkesine uygun olarak, Türk Medeni Kanunu'nun 339. maddesi velâyete sahip olan ebeveynlerin çocukla ilgili meselelerdeki kararları alırken ve uygularken çocuğun menfaatini göz önünde tutacaklarını düzenlemiştir. Ayrıca ana ve baba kararları alırken, olgunluğu ölçüsünde çocuğun da kendi hayatını düzenleme olanağı çerçevesinde bu kararlara katılmasını sağlayacaktır. Özellikle, önemli konularda çocuğun düşüncesini göz önünde tutarak kararların alınması gerekir. Velâyetin tek veya her iki ebeveynde olması önemli olmaksızın velâyetin kapsamındaki çocukla ilgili konularda kararların alınması ve uygulanmasında Türk Medeni Kanunu'nun 339. maddesinde yer alan bu düzenlemeye uygun hareket edilmesi söz konusudur. Bu nedenle bu kuralların uygulanması açısından boşanma sonrası birlikte velâyete ilişkin özellikli bir durum mevcut değildir.

Velâyet kapsamında yer alan meselelerle ilgili kararları, velâyete sahip ana ve baba beraber alacaklardır. Türk Medeni Kanunu'nda evli ebeveynlerin velâyeti birlikte kullanacağı düzenlenmiştir (TMK m.336/1). Velâyet kapsamında alınacak kararların nasıl alınacağına ilişkin başka bir düzenleme mevcut değildir. Velâyete sahip olan ana ve baba eşit olup, kararların alınmasında da eskiden Medeni Kanunda yer aldığı gibi babanın oyunun üstün tutulması gibi bir durum söz konusu değildir. Bu düzenleme ışığında velâyetin kapsamında yer alan konularda çocukla ilgili tüm kararların velâyete sahip ana baba tarafından oybirliği ile alınması gerekecektir.

Birlikte velâyette ana ve babanın çocukla ilgili kararları oybirliği ile alması, evlilik birliğinin devam ettiği hallerde müşterek yaşam birlikteliğinin dinamiği içinde sorun teşkil etmeyecektir. Fakat istisnasız bütün kararların oybirliği ile alınmasının boşanma sonrasında birlikte velâyette aynı şekilde sorunsuz olacağını söylemek güçtür. Bununla birlikte, boşanma sonrasında da ebeveynlerin müşterek yaşam birliğini devam ettirerek, beraber yaşadıkları durumda evlilik birliğine benzer bir ilişki dinamiği söz konusu olduğundan birlikte velâyete sahip ebeveynlerin

kararları oybirliği ile alması sorun yaratmayacaktır. Aynen, evlilik birliğinde olduğu gibi, beraber yaşamanın getirdiği müşterek yaşam dinamiği içinde bu kararların oybirliği ile alınması mümkün olacaktır.

Boşanma sonrası birlikte velâyete sahip ebeveynlerin boşanmadan sonra işin doğası gereği ayrı yaşamaya başladıkları durumda ise, velâyet kapsamında yer alan konularda çocukla ilgili tüm kararların oybirliği ile alınması, pratik olarak çok mümkün olmadığı gibi hayatın gerçeklerine de uygun değildir. Özellikle, çocuğun bakım ve gözetimi kapsamında günlük olarak karar alınması gereken rutin birçok meselede, beraber yaşamayan ebeveynlerin oybirliği ile karar alıp, uygulamalarını onlardan beklemek yaşam gerçekleriyle örtüşmez. Boşanma sonrasında birlikte velâyet, ebeveynler arasında asgari bir işbirliği, koordinasyon ve iletişimi gerekli kılsa da, ayrı yaşayan boşanmış ebeveynlerdeki bu iletişim, hiçbir zaman müşterek bir yaşam birlikteliği içinde beraber yaşayan ebeveynlerle aynı olamaz. Bu sebeple, boşanma sonrası birlikte velâyetin kabul edilerek kanunen düzenlendiği ülkelerde, velâyet kapsamında alınacak tüm kararların ana ve babanın oybirliği ile alınması kabul edilmiş değildir. Bu düzenlemelere bakıldığında, birlikte velâyete sahip ebeveynlerin oybirliği ile almaları gereken kararlar olduğu gibi, her ebeveynin tek başına alabileceği kararlar da mevcuttur. Ülkelerin tercih ettikleri sistemlere göre birlikte velâyette ebeveynlerin tek başlarına alabilecekleri kararların kapsamı değişiklik gösterse de çocuğun yaşamını etkilemeyecek, etkilerinin kolayca bertaraf edileceği önemli olmayan, günlük rutin işlere ilişkin kararların, her ebeveyn tarafından tek başına alınabileceği, bu işler için alınacak kararlarda oybirliğine gerek olmadığı, genel kabul görmektedir[23].

Boşanma sonrasında birlikte velâyette velâyet kapsamındaki konularda ebeveynlerin her zaman oybirliği ile karar almaları gerekip gerekmediği sorununa, mehaz kanun niteliği nedeniyle İsviçre Medeni Kanunu'nun düzenlemesini dikkate alarak çözüm sağlamak mümkün olabilir. İsviçre Medeni Kanunu, birlikte velâyette ebeveynlerin kararları kural olarak oybirliği ile alacağını düzenlemekle birlikte, bu kurala istisnalar da getirerek sorunu çözme yolunu tercih etmiştir. Bu nedenle, birlikte velâyette, kural, kararların oybirliği ile alınması olsa da her ebeveynin velâyet kapsamında yer alan çocukla ilgili meselelerde tek başına alabileceği kararlar da düzenlenmiştir. Buna göre, birlikte velâyette her ebeveyn günlük hayata ilişkin işlerde, acil işlerde ile diğer ebeveyne ulaşmak için tüm çabayı göstermesine rağmen ulaşamadığı durumlarda velâyet kapsamında yer alan çocukla ilgili meseleleri tek başına karara bağlamaya yetkilidir. Bu düzenlemeye rağmen, birlikte velâyette ebeveynin tek başına karar alma yetkisini tayinde hangi işlerin, günlük hayata dair önemli olmayan iş niteliğinde olduğu; diğer ebeveyne ulaşmak için gösterilmesi gereken tüm çabadan ne anlaşılması gerektiği gibi hususlar ebeveynler arasında ihtilaf konusu olabilmektedir[24].

---

[23] Ayrıntılı bilgi için bakınız Serdar, (2019), s.267 vd.

[24] Buchler, A ve Clausen, S. (2017) .Die wirkungen des kindesverhältnisses / erster abschnitt : die gemeinschaft der eltern und kinder / art. 301- 301a, scheidung band ı : zgb / band ıı : anhänge, Bern: Stämpfli Verlag Ag, s. 884.

Boşanma sonrası birlikte velâyette ayrı yaşayan ebeveynlerin velâyet kapsamında yer alan çocukla ilgili meselelerde karar alırken; günlük, önemli olmayan işlerle ilgili oybirliği gerekmeksizin her ebeveynin tek başına karar alabilmesini mümkün görmek, hem pratik hem de hayatın gerçeklerine uygun olması nedeniyle isabetli olacaktır. Boşanma sonrasında birlikte velâyette ebeveynler her gün ya da rutin olarak yapılan çocuğun yaşamı boyunca etkilerini taşımayacağı, etkilerinin kolayca bertaraf edilebileceği yani günlük, önemli olmayan işlerde çocukla ilgili kararları tek başlarına alabilmelidirler. Örneğin; beslenme, giyinme, rutin doktor kontrolleri, ev ödevinin imzalanması gibi[25].

Çocuğun yaşamı boyunca izlerini taşıyacağı, etkilerini yaşamı boyunca gösterecek, yaşamının hangi yönde seyredeceğine tesir edecek ve sonrasında da bu etkilerin kolay kolay bertaraf edilemeyeceği meselelerde işin tabiatı gereği ebeveynlerin tek başlarına karar almaları mümkün olmamalıdır. Örneğin; çocuğun hangi okula gideceği, meslek seçimi, din seçimi ve din eğitimi, çocuğa yapılacak cerrahi müdahaleler, çocuğun oturduğu yerin/yerleşim yerinin seçilmesi, çocuğun oturduğu yerin/yerleşim yerinin değiştirilmesi gibi hususlar önemli işler niteliğinde olup, ebeveynlerin bu kararları oybirliği ile almaları gerekir. Ayrıca belirtmek gerekir ki bu konularda ebeveynler birlikte karar alırken, Türk Medeni Kanunu'nun 339. maddesinin 3. fıkrası uyarınca olgunluğu ölçüsünde çocuğun düşüncesini de göz önünde tutmalıdırlar. Daha önce de belirttiğimiz gibi bu, boşanma sonrasında birlikte velâyete sahip olan ebeveynlerin de uyması gereken bir kuraldır.

Bunun yanında boşanma sonrası birlikte velâyette, bir ebeveynin alacağı karar, diğer ebeveynin velâyeti kullanmasını güçleştiriyor, hatta imkânsız hale getiriyorsa, bu nitelikte bir kararın da ebeveynin tek başına almasına imkân tanınmamalıdır. Örneğin; çocuğun müzik/resim/spor kurslarına kaydedilmesi ebeveynin tek başına alabileceği kararlar içinde yer almaktaysa da eğer boşanma sonrası birlikte velâyette tek merkezli yerleşim modeli tercih edilmiş ve çocuk birlikte yaşamadığı ebeveynle kişisel ilişki tesisi kapsamında her hafta sonu görüşüyorsa, hafta sonu için çocuğun kursa yazdırılması ve diğer ebeveynin velâyeti kullanması, çocukla görüşmesi engellenerek kısıtlanıyorsa, çocuğun birlikte yaşadığı ebeveynin çocuğu böyle bir kursa yazdırmak konusunda tek başına karar vermesi söz konusu olamayacaktır[26].

Velâyet kapsamında yer alan çocukla ilgili işlerin niteliğinin (önemli iş-günlük, önemli olmayan iş) ve bunun sonucu olarak ebeveynin buna ilişkin kararı tek başına verip veremeyeceğinin belirlenmesi her zaman yukarıda verdiğimiz örneklerdeki kadar kolay olmayabilir. Örneğin; çocuğun din seçimi ve din eğitimine ilişkin kararlar, önemli iş niteliğinde olup, bu hususta kararı ebeveynlerin oybirliği ile almaları gerekir. Din seçimi hususunda ebeveynler oybirliği ile karar aldıktan sonra, söz konusu dine ilişkin ibadetlerin, ritüellerin yerine getirilmesinde her ebeveynin

[25] Ayrıntı için bakınız Serdar, (2019), s.274 vd.

[26] Serdar, (2019), s.278.

tek başına karar vermeye yetkili olabileceği söylenebilir. Örneğin; ebeveynlerin oybirliği ile çocuğa İslam dinine uygun eğitim vermeyi seçmeleri durumunda, baba, çocuğu Cuma namazına ya da bayram namazına götürmek konusunda tek başına karar verebilir. Fakat baba, çocuğun ne zaman sünnet olacağına ilişkin kararı tek başına veremez. Örneğin; çocuğun beslenmesi, günlük işlerden olup, ebeveynin tek başına karar vermesi mümkün iken, çocuğun beslenme tarzına ilişkin alınacak karar için aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Örneğin; çocuğun vejetaryen ya da vegan şekilde beslenmesine ilişkin kararı ebeveynler tek başlarına alamazlar. Örneğin; çocuğun boş vakitlerinin değerlendirilmesi için bir spor faaliyetine ya da kursa yazdırılması önemli olmayan işlerden olup, ebeveyn buna tek başına karar verebilecektir. Fakat söz konusu spor tehlikeli neticeler doğuracak extrem bir spor ise bu kararı ebeveyn tek başına alamayacaktır. Örneğin; çocuğu her 6 ayda bir göz doktoruna ya da diş hekimine kontrole götürmek konusunda her ebeveyn tek başına yetkilidir yani bunun için oybirliği ile karar almaya gerek yoktur. Fakat çocuğun aşı olması hususunda kararı ebeveyn tek başına veremez, bu konuda oybirliği ile karar almaları gerekir.

Boşanma sonrasında birlikte velâyette özellikle ebeveynlerin boşanma sonrasında ayrı yaşadıkları hallerde, velâyet kapsamında yer alan konulardan çocukla ilgili hangi meselelerde tek başlarına karar almaya yetkili olduklarının açıklığa kavuşturulması yerinde olur. Tüm kararların oybirliği ile alınması çok pratik ve hayatın gerçeklerine uygun olmadığından, günlük önemli olmayan işlerde ebeveynlerin tek başına karar alabileceğinin kararlaştırılması ve günlük önemli işlerin neler olduğuna açıklık getirilmesi ilerde yaşanacak ihtilafları önlemek ve boşanma sonrasında birlikte velâyettin çocuğun menfaatine uygun şekilde kullanılabilmesi açısından gereklidir. Özellikle anlaşmalı boşanmada, ebeveynler, boşanma sonrası birlikte velâyeti talep ediyorlarsa, hazırladıkları protokolde çocukla ilgili günlük önemli olmayan işlerde her ebeveynin tek başına karar alıp uygulayabileceğini düzenleyip, daha sonra ihtilafa konu olmaması adına günlük önemli işlerin neler olduğuna açıklık getirmelidirler.

Kanunda ileride yapılacak boşanma sonrasında birlikte velâyetin düzenlemesinde de özellikle velâyet kapsamında yer alan çocukla ilgili meselelerde ebeveynlerin nasıl karar vereceğinin, hangi hususlarda tek başlarına karar almaya yetkili olduklarının, ihtilafa sebebiyet vermeyecek açıklıkta belirlenerek hüküm altına alınması yararlı olacaktır. Çünkü boşanma sonrasında birlikte velâyetin kullanılmasında en çok ihtilaf çocukla ilgili kararların alınmasında söz konusu olmaktadır. Birlikte velâyetin çocuğun menfaatine uygun olarak kullanılması ve arzu edilen faydayı sağlaması, ancak çocukla ilgili kararların alınması konusunun pratik, hayatın gerçeklerine uygun ve şüpheye yer vermeyecek açıklıkta düzenlenmesi ile mümkün olacaktır. Her ebeveyn-çocuk ilişkisinin kendisine özgü niteliğinin olması nedeniyle çocukla ilgili kararların alınmasına ilişkin bir düzenleme yapılsa dahi boşanma sonrası birlikte velâyette bu düzenleme çerçevesinde ayrıntıların düzenlendiği ebeveynler arasında yapılacak bir sözleşmenin de yararlı olacağı gözden uzak tutulmamalıdır. Bu konuda kanunlarında düzenleme bulunan ülkeler dahi birlikte velâyetin sorunsuz olarak kullanılmasını temin etmek için ebeveynlerin bu tür sözleşmeler yapmasını

tavsiye etmektedir. Boşanma sonrası birlikte velâyeti isteyen ebeveynler mümkünse birlikte velâyeti nasıl kullanacaklarının ayrıntılarını belirledikleri özellikle çocukla ilgili kararların nasıl alınacağını ileride ihtilafa yer vermeyecek şekilde kurallara bağladıkları böyle bir sözleşmeyi bir hukukçu ve bir pedagog yardımıyla düzenlerlerse çok daha faydalı olacaktır. Böyle bir sözleşme boşanma sonrası velâyetin ihtilafsız şekilde kullanılmasında fayda sağlayacaktır, bunun ise çocuğun yararına uygun olacağı şüphesizdir.

IV. EBEVEYNLERİN OYBİRLİĞİ İLE KARAR ALMASI GEREKEN VELÂYET KAPSAMINDA YER ALAN ÇOCUKLA İLGİLİ KONULARDA ANLAŞAMAMALARI SORUNU

Birlikte velâyette ana ve babanın velâyet kapsamında yer alan çocukla ilgili konularda karar alırken anlaşamamaları durumunda sorunun ne şekilde çözüleceğine ilişkin bir hüküm Medeni Kanunumuzda yer almamaktadır. Evlilik birliği devam ettiği sürece evli olan ebeveynler birlikte velâyete sahip olmalarına rağmen, Kanunumuzda velâyetin kullanımında karar alırken ebeveynlerin anlaşamamaları halinde bunun nasıl çözüleceği düzenlenmemiştir. Evlilik birliği kapsamında müşterek bir yaşam birlikteliği içinde yaşayan evli ebeveynlerde, kararın alınmasında anlaşmazlığın çözümünün, müşterek yaşamın kendine özgü dinamiği içinde sağlanması mümkündür. Ebeveynlerin, velâyet kapsamında yer alan çocukla ilgili konularda karar alırken anlaşamamaları durumunda, aynı çözüm tarzı kendisini, boşanma sonrasında birlikte velâyette ebeveynlerin boşandıktan sonra da müşterek yaşam birlikteliği içerisinde beraber yaşamaya devam etmeleri durumunda da gösterecektir.

Evli ebeveynlerin, birlikte velâyette, velâyet kapsamında yer alan çocukla ilgili konularda karar alırken yaşadıkları anlaşmazlık birlikte yaşamanın kendine özgü dinamikleri içinde giderilemezse; evlilik birliğinin korunması kapsamında Türk Medeni Kanunu'nun 195. maddesi kapsamındaki tedbirlerle çözümün sağlanması önerilmektedir. Boşanma sonrasında birlikte velâyette velâyet kapsamında yer alan çocukla ilgili konularda karar alınırken yaşanan anlaşmazlığın çözümünün evlilik birliğini koruyan hükümler yoluyla sağlanması işin doğası gereği mümkün olmayacaktır.

Boşanma sonrasında birlikte velâyette, boşanma sonrasında ayrı yaşayan ebeveynlerin velâyet kapsamında yer alan çocukla ilgili oybirliği ile karar alınması gereken yukarıda da açıkladığımız önemli kararlarda anlaşmazlık yaşama olasılıkları, beraber yaşayan ebeveynlere nazaran daha yüksektir. Velâyet kapsamında yer alan çocukla ilgili konularda karar alırken yaşanacak bu anlaşmazlığın çözümüne ilişkin kanunda bir düzenleme yer almadığı gibi, ebeveynler beraber yaşamadıkları için anlaşmazlığın giderilmesinde müşterek yaşamın kendine özgü dinamiklerinin de devreye girmesi olası değildir. Velâyet kapsamında yer alan çocukla ilgili konularda karar alınırken yaşanan anlaşmazlık, ebeveynlerce çözülemiyor ve söz konusu karar alınamıyorsa, Türk Medeni Kanunu'nun 346 vd. maddelerinde düzenlenen çocuğun korunmasına ilişkin önlemlerin alınması yoluyla, bir çözüm sağlanması düşünülebilecektir. Bu hükümlerin uygulanabilmesi ve çocuğu koruyan önlemlerin alınabilmesi için çocuğun menfaatinin tehlikeye düşmüş olması

gerekir. Ebeveynlerin çocukla ilgili karar alamaması, çocuğun menfaatini tehlikeye düşürüyorsa, hâkim, Türk Medeni Kanunu'nun 346 vd. maddelerindeki koruma tedbirlerini alabilecektir. Bu kapsamda hâkim uygun tedbir olarak anlaşmazlık yaşanan kararı alma yetkisini ebeveynlerden birine vererek çözüm sağlayabilmelidir. Hâkim, burada, ebeveyni tayin ederken, şüphesiz öncelikli olarak çocuğun üstün yararını dikkate alacaktır. Bunun yanı sıra, çocuk, temyiz kudretine ve kendisi hakkında alınacak karar konusunda görüş bildirecek olgunluğa sahipse, hâkim, söz konusu kararın alınmasında ya da bu yönde karar alma hususunda ebeveynlerin hangisinin tercih edileceği noktasında çocuğun görüşüne de değer vermelidir. Bu tedbirlerin en ağırı, velâyetin ana ve babadan veya bunlardan birinden alınmasını düzenleyen Türk Medeni Kanunu'nun 348 vd. maddelerinde düzenlenen velâyetin kaldırılmasıdır. Hâkim, velâyetin kaldırılması şartları oluşmuşsa, Türk Medeni Kanunu'nun 348. maddesi uyarınca velâyeti ana babanın her ikisinden alıp, çocuğa vasi atayabileceği gibi, ana babanın sadece birisinin velâyetini de kaldırabilir. Ebeveynlerin ilk anlaşmazlığa düşerek, karar alamadıkları durumda, kural olarak en ağır tedbirin alınması söz konusu olmayacaktır. Ayrıca, boşanmada çocuğun velâyetine ilişkin karar nihai olmayıp, durumun yeniden değerlendirilmesini gereken her halde, gereken değişikliği hâkim Türk Medeni Kanunu'nun 183. maddesine dayanarak re'sen yapabilir. Boşanma sonrası birlikte velâyete ilişkin verilen kararın da durumun değişmesi halinde hâkim tarafından yeniden değerlendirilmesi ve kararda gereken değişikliğin yapılması mümkündür. Hâkim, ebeveynlerin işbirliği ve iletişimi sağlayamadıklarını, birlikte velâyetin çocuğun yararına olmadığını görürse, bu durumda velâyete ilişkin kararın değiştirilmesi yoluyla çocuğun velâyetini ana veya babadan birisine tevdii edilmesine de karar verebilir.

Boşanma sonrasında birlikte velâyeti gerçekten isteyen ebeveynler, çocukla ilgili kararların alınmasında bir şekilde anlaşma sağlayarak, karar almayı başarma konusunda çaba gösterecekler ve karar alamama gibi bir durumla karşı karşıya kalmak istemeyeceklerdir. Çünkü karar alamamaları, velâyetin kaldırılması ya da birlikte velâyet yerine velâyetin ebeveynlerden birine tevdii edilmesi sonucu doğurabilecektir. Her iki durumda da ebeveyn sahip olduğu velâyeti kaybetme tehlikesi ile karşı karşıya kalacaktır. Velâyeti kaybetmek istemeyen, birlikte velâyetin sürmesini isteyen ebeveynler, velâyet kapsamında yer alan çocukla ilgili konularda oybirliği ile karar almaları gereken meselelerde kendilerini birbirleriyle uzlaşmaya varmak ve anlaşmazlığı çözmek zorunda hissedeceklerdir.

SONUÇ

Birlikte velâyettin sağlayacağı fayda ve çocuğun yararı ancak velâyetin kullanılmasının buna uygun şekilde düzenlenmesiyle mümkündür. Her ne kadar günümüzde uygulamada boşanma sonrasında birlikte velâyete ilişkin kararlar verilmekte ise de birlikte velâyetin nasıl kullanılacağına ilişkin bir düzenleme olmaması bizi birlikte velâyetin özellikle çocuk bakımından amaçlanan faydayı sağlayamayacağı endişesine sevk etmektedir. Boşanma sonrası birlikte velâyete, genellikle anlaşmalı boşanmalarda karar verilmesi nedeniyle kanuni düzenleme eksikliği, birlikte velâyetin nasıl kullanacağının, hazırlanan boşanma protokolünde ayrıntılı

olarak düzenlenmesi ile giderilebilecektir. Boşanma protokolün hazırlanmasında taraflar birlikte velâyetin kullanılmasına ilişkin aşağıda belirteceğimiz hususların bulunmasına önem vermelidirler. Boşanma sonrası birlikte velâyete karar verirken hâkimlerin de bu hususların düzenlenmesine dikkat etmeli yerinde olacaktır. Ancak bu şekilde boşanma sonrası birlikte velâyetten özellikle çocuk açısından beklediğimiz faydayı sağlayabiliriz. Tabiki en doğrusu en kısa zamanda hem birlikte velâyetin hem de birlikte velâyetin kullanılmamasının kanuni düzenlemeye kavuşturulmasıdır.

Boşanmada birlikte velâyette en önemli hususlardan biri çocuğun nerede, kimin yanında kalacağının belirlenmesidir. Bu hususta iki model arasında tercih yapılarak konu düzenlenebilir. Bu modellerden ilki klasik, sabit, tek merkezli yerleşim modeli olarak anılan modeldir. Bu modelde; çocuk, asıl olarak ebeveynlerinden birinin bakım ve gözetiminde olup, onunla birlikte yaşamaktadır. Diğer ebeveynle, çocuk arasında kişisel ilişki kurulmaktadır. Her modelin olumlu ve olumsuz yönleri vardır. Bu modelde, çoğunlukla, çocuğun yanında kaldığı ebeveyn, anne olmaktadır. Anneler, çocuğun bakım ve gözetimini üstlenip, babanın sadece çocukla kişisel ilişki kapsamında görüşmesine rağmen, çocukla ilgili kararlarda babanın oyuna ihtiyaç duymaları durumu zorlaştırmaktadır. Esasen bu model, fiilen velâyetin tek ebeveyne verilmesinden farklı bir durum yaratmamaktadır. Bu nedenle tek merkezli yerleşim modeli birlikte velâyet ile ulaşılması arzu edilen faydaların elde edilmesi için uygun bulunmamaktadır.

İkinci model, çocuğun, her iki ebeveynle fiilen yaşamasını mümkün kılan, değişimli model ya da çift ev modelidir. Söz konusu modelde velâyet kapsamında yer alan aktörlerden (ebeveynler ve çocuk) biri sabittir. Bu model de, sabit olan tarafa göre içinde ikiye ayrılır. Dönüşümlü ve Yuva Modeli. Yaygın kullanımı olan dönüşümlü modeldir. Bu modelde çocuk her iki ebeveyniyle de birlikte yaşamaktadır. Her iki ebeveyn çocuğun gerçekten hayatının içindedir, ilişkileri vakit geçirmek niteliğinde değil hayatı paylaşmak niteliğindedir. Çocuğun iki evi olup, hiçbir ebeveyninin evinde kendini misafir olarak hissetmez, ayrıca her iki ebeveyni de hayatının içinde fiilen yer aldığından çocuk, bir ebeveynini diğerine tercih ediyormuş duygusunu da yaşamaz. Son yıllarda artan eğilim, birlikte velâyette çocuğun bakım ve gözetiminin de ebeveynler arasında dağılımını sağlayan dönüşümlü modelin –özellikle de değişimli model- tercih edilmesi yönündedir. Avrupa Konseyi 2079 sayılı 02.10.2015 tarihli Tavsiye Kararında da üye ülkelere kanunlarında dönüşümlü modeli düzenlemelerini önermiştir. Boşanma sonrası birlikte velâyette de ebeveynlerin ve çocuğun şartları uygun olduğu ölçüde dönüşümlü modelin tercih edilmesi ve bu model tercih edildiğinde çocuğun ebeveynlerinin evinde kalma süresinin ve kurallarının mümkün olduğunca açıklıkla belirlenmesi faydalı olacaktır.

Boşanma sonrasında birlikte velâyette çocuğun yerleşim yerinin belirlenmesinde Türk Medeni Kanunun 21 maddesi genel olarak çözüm sağlamaktadır. Fakat değişimli modelde çocuğun iki evi vardır ve çocuk her iki ebeveyni ile de birlikte yaşamaktadır. Bu nedenle, her iki ebeveyn de Türk Medeni Kanunu'nun 21. maddesinin 1. fıkrası anlamında çocuğun kendisine bırakıldığı ebeveyn niteliğine sahiptir. Eğer değişimli modelde zaman paylaşımı ebeveynler arasında eşit,

yani 50:50 paylaşım söz konusu değilse, zaman olarak çocuğun daha fazla yanında kaldığı ebeveynin Türk Medeni Kanunu'nun 21. maddesinin 1. fıkrası kapsamında çocuğun kendisine bırakıldığı ebeveyn niteliğinde olduğu kabul edilerek; çocuğun yerleşim yeri, söz konusu ebeveynin yerleşim yeri olarak kabul edilerek mesele çözülebilir. Değişimli modelde zaman paylaşımı eşitse yani 50:50 ise bu durumda çocuğun daha fazla yanında kaldığı bir ebeveyninden söz edilemeyeceği için çocuğun yerleşim yerinin belirlenmesinde yukarıda verdiğimiz çözüm, burada uygulama alanı bulamayacaktır. Boşanma sonrasında birlikte velâyette eşit zaman paylaşımlı 50:50 değişimli model tercih edilmişse, ana ve babanın çocuğun yerleşim yerine karar vermesi, bir başka deyişle, böyle bir durumda ana ve babanın çocuğun yerleşim yerinin hangi ebeveynin yerleşim yerine bağlı olacağına karar vermeleri gerekir. Çocuğun yerleşim yerine ilişkin ana ve babanın ortak bir karar verememesi durumunda hâkimin buna karar vermesi yerinde olacaktır. Boşanma sonrası birlikte velâyette özellikle eşit zaman paylaşımlı değişimli modelin tercih edilmesi durumunda hâkim çocuğun yerleşim yerinin belirlenmesi hususuna ayrıca dikkat etmelidir.

Birlikte velâyetin ruhuna uygun olan değişimli modelin seçilmiş olması, birlikte velâyetin kullanılmasına ilişkin sorunları sona erdirmemektedir. Birlikte velâyette, her iki ebeveyn de velâyete sahip olduklarından, prensip olarak çocukla ilgili kararları birlikte almaları gerekir. Fakat bu, özellikle ayrı yaşayan ebeveynler için pratik olmadığı gibi, hayatın gerçeklerine de uygun bir çözüm değildir. Birlikte velâyette ebeveynlerin tek başına karar alma yetkisinin de kabulü gerekir. Bu noktada tek başına alınacak kararların neler olduğunun ve bunu almaya hangi ebeveynin yetkili olduğunun belirlenmesi önemlidir. Şu anda mahkemeler tarafından verilen birlikte velâyete ilişkin kararlarda da hangi ebeveyn tarafından çocukla ilgili hangi kararların tek başına alınabileceği, hangi kararların oybirliğiyle alınacağı hususlarında ebeveynlerin anlaşması sağlanmalı, bu mümkün olmazsa, mahkeme ebeveynlerin tek başına alacağı ve oybirliğiyle alacakları kararları belirlemelidir. Özellikle, uygulamada çok fazla ihtilafa sebebiyet veren çocuğun eğitimi, oturma yerinin belirlenmesi ve bunun değiştirilmesi gibi kararlar hususunda açıklık sağlanması yararlı olacaktır. Her ebeveyn-çocuk ilişkisinin kendisine özgü niteliğinin olması nedeniyle, çocukla ilgili kararların alınmasına ilişkin kanunda bir düzenleme yapılsa dahi boşanma sonrası birlikte velâyette bu düzenleme çerçevesinde ayrıntıların düzenlendiği ebeveynler arasında yapılacak bir sözleşmenin yapılmasının da yararlı olacağı gözden uzak tutulmamalıdır. Bu konuda kanunlarında düzenleme bulunan ülkelerde dahi birlikte velâyetin sorunsuz olarak kullanılmasını temin etmek için ebeveynlerin bu tür sözleşmeler yapması tavsiye edilmektedir. Boşanma sonrası birlikte velâyeti isteyen ebeveynler, birlikte velâyeti nasıl kullanacaklarının ayrıntılarını belirledikleri, özellikle de çocukla ilgili kararların nasıl alınacağını, ileride ihtilafa yer vermeyecek şekilde kurallara bağladıkları böyle bir sözleşmeyi bir hukukçu ve bir pedagog yardımıyla düzenlerlerse çok daha faydalı olacaktır. Böyle bir sözleşme, boşanma sonrası velâyetin ihtilafsız şekilde kullanılmasına fayda sağlayacaktır, bunun ise çocuğun yararına uygun olacağı şüphesizdir.

Boşanma sonrası birlikte velâyette, ebeveynler, velâyet kapsamında yer alan çocukla ilgili konularda oybirliği ile almaları gereken kararlarda anlaşmaya varamıyorlarsa; bu hususa yönelik özel bir düzenleme mevcut olmadığından, çözümün Türk Medeni Kanunu'nun 346 vd. maddelerinde düzenlenen çocuğun korunmasına ilişkin önlemlerin alınması yoluyla sağlanması düşünülebilecektir. Bu hükümlerin uygulanabilmesi ve çocuğu koruyan önlemlerin alınabilmesi için çocuğun menfaatinin tehlikeye düşmüş olması gerekir. Ebeveynlerin çocukla ilgili karar alamaması, çocuğun menfaatini tehlikeye düşürüyorsa, hâkim, Türk Medeni Kanunu'nun 346 vd. maddelerindeki koruma tedbirlerini alabilecektir. Bu kapsamda hâkim uygun tedbir olarak anlaşmazlık yaşanan kararı alma yetkisini ebeveynlerden birine vererek çözüm sağlayabilmelidir. Hâkim, burada, ebeveyni tayin ederken, şüphesiz öncelikli olarak çocuğun üstün yararını dikkate alacaktır. Bunun yanı sıra, çocuk, temyiz kudretine ve kendisi hakkında alınacak karar konusunda görüş bildirecek olgunluğa sahipse, hâkim, söz konusu kararın alınmasında ya da bu yönde karar alma hususunda ebeveynlerin hangisinin tercih edileceği noktasında çocuğun görüşüne de değer vermelidir. Bu tedbirlerin en ağırı, velâyetin ana ve babadan veya bunlardan birinden alınmasını düzenleyen Türk Medeni Kanunu'nun 348 vd. maddelerinde düzenlenen velâyetin kaldırılmasıdır. Hâkim, velâyetin kaldırılması şartları oluşmuşsa, Türk Medeni Kanunu'nun 348. maddesi uyarınca velâyeti ana babanın her ikisinden alıp, çocuğa vasi atayabileceği gibi, ana babanın sadece birisinin velâyetini de kaldırabilir. Ebeveynlerin ilk anlaşmazlığa düşerek, karar alamadıkları durumda, kural olarak en ağır tedbirin alınması söz konusu olmayacaktır. Ayrıca, boşanmada çocuğun velâyetine ilişkin karar nihai olmayıp durumun yeniden değerlendirilmesini gereken her halde gereken değişikliği hâkim Türk Medeni Kanunu'nun 183. maddesine dayanarak resen yapabilir. Boşanma sonrası birlikte velâyete ilişkin verilen kararın da durumun değişmesi halinde hâkim tarafından yeniden değerlendirilmesi ve gereken değişikliğin yapılması mümkündür. Hâkim, ebeveynlerin işbirliği ve iletişimi sağlayamadıklarını, birlikte velâyetin çocuğun yararına olmadığını görürse, bu durumda velâyete ilişkin kararın değiştirilmesi yoluyla çocuğun velâyetini ana veya babadan birisine tevdii edilmesine de karar verebilir.

Son olarak boşanma sonrasında birlikte velâyete karar verildiğinde velâyette sahip olan ebeveynlerin çocuk için bakım (iştirak) nafakası ödemeyeceği şeklinde yanlış bir düşünce olduğunu ifade etmeliyiz. Boşanma sonrasında birlikte velâyette karar verildiğinde de bakım (iştirak) nafakası söz konusudur. Özellikle boşanma sonrasında birlikte velâyette tek merkezli yerleşim modeli tercih edilmişse, çocuk, ebeveynlerinden birinin yanında kalır, onunla beraber yaşar. Diğer ebeveynle çocuk arasında kişisel ilişki tesisi edilir. Çocuğun yanında yaşamadığı ebeveynin çocuk için bakım (iştirak) nafakası ödemesi söz konusu olacaktır. Boşanma sonrasında birlikte velâyette, özellikle tek merkezli yerleşim modeli tercih edilmişse, bakım (iştirak) nafakası açısından durum, velâyetin ebeveynlerden birine tevdii edilmesinden farklı olmayacaktır.

Boşanma sonrasında birlikte velâyette değişimli modelin tercih edilmesi durumunda da ebeveynlerin kural olarak bakım (iştirak) nafakası borcu mevcuttur. Sadece boşanma sonrasında birlikte velâyette eşit paylaşımlı 50:50 değişimli model tercih edildiği durumlarda eğer çocuğun

bakımına ilişkin kendisine düşen kısmın tamamını ebeveynler, çocuğun bakımını fiilen gerçekleştirerek yerine getiriyorlarsa, ancak bu durumda bakım (iştirak) nafakası borcundan bahsedilemez.