BAU
Bahçeşehir University

asoscongress

8

asoscongress

ULUSLARARASI HUKUK SEMPOZYUMU
INTERNATIONAL SYMPOSIUM ON LAW

TAM METİN KİTABI
CONFERENCE PROCEEDINGS

15-16-17 June 2022
Bahçeşehir Üniversitesi/İSTANBUL

www.asoscongress.com

8. Uluslararası Asos Congress Hukuk Sempozyumu Tam Metin Kitabı

ISBN: 978-625-8190-02-1

Editörler
Prof. Dr. K. Emre Gökyayla

Kapak Tasarımı
Dr. Bülent Polat

Erişime Açıldığı Tarih
27.10.2022

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

Sempozyum Onursal Başkanı

Prof. Dr. Aziz Can TUNCAY (Bahçeşehir Üniversitesi)

Sempozyum Düzenleme Kurulu Başkanı

Prof. Dr. Kadir Emre GÖKYAYLA (Bahçeşehir Üniversitesi)

Sempozyum Düzenleme Kurulu

Doç. Dr. Mehmet AKÇAAL (Selçuk Üniversitesi)

Doç. Dr. Zafer KAHRAMAN (Bahçeşehir Üniversitesi)

Doç. Dr. Bahar ÖCAL APAYDIN (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)

Doç. Dr. F. Burcu SAVAŞ KUTSAL (Bahçeşehir Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Mehmet Sinan ALTUNÇ (Bahçeşehir Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Ş. Deren GÜNDÜZ (Bahçeşehir Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Serkan KÖYBAŞI (Bahçeşehir Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Ayşe ŞAHİN (Bahçeşehir Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Gülen Sinem TEK (Bahçeşehir Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi İdil TUNCER KAZANCI (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Güner Hande ULUTÜRK (Bahçeşehir Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Adem YELMEN (İnönü Üniversitesi)

Arş. Gör. İlkin DEMİRTAŞ (Bahçeşehir Üniversitesi)

Arş. Gör. Efe EROĞLU (Bahçeşehir Üniversitesi)

Arş. Gör. Halil Mert ÖZEL (Bahçeşehir Üniversitesi)

Arş. Gör. Mertkan TORUN (Bahçeşehir Üniversitesi)

Bilim Kurulu

Prof. Dr. Richard ALBERT (University of Texas at Austin/ABD)

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

Prof. Dr. Elena DE CARVALHO GOMES (Universidade Federal de Minas Gerais/Brezilya)

Prof. Dr. Alexander GRASER (Universität Regensburg/Almanya)

Prof. Dr. Cyril GRIMALDI (Université Paris 13/Fransa)

Prof. Dr. Macarena GUERRERO LEBRON (Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla/İspanya)

Prof. Dr. Osman İSFEN (Fern Universität in Hagen/Almanya)

Prof. Dr. Eric JANUS (Mitchell Hamline Law School/ABD)

Prof. Dr. Yasemin KÖRTEK (Hochschule der Bundesagentur für Arbeit/Almanya)

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

Prof. Dr. Stefano PORCELLI (Università di Brescia/İtalya)

Prof. Dr. Holm PUTZKE (Universität Passau/Almanya)

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

Prof. Dr. Antonio SACCOCCIO (Sapienza Università di Roma/İtalya)

Prof. Dr. Mauro TESCARO (Università di Verona/İtalya)

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

Doç. Dr. Konstantina CHATZILAOU (Université de Cergy-Pontoise/Fransa)

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. Andra-Roxana TRANDAFIR (Universitatea Din Bucureşti/Romanya)

Dr. Öğretim Üyesi Ghofran HILAL (University of Jordan/Ürdün)

Dr. Öğretim Üyesi Xenia Elisa KARAMETAXAS (Universität Zürich/İsviçre)

Dr. Öğretim Üyesi Elaheh MOHSENI (Islamic Azad University/İran)

Prof. Dr. Faruk ACAR (Marmara Üniversitesi)

Prof. Dr. Levent AKIN (Ankara Üniversitesi)

Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL (TED Üniversitesi)

Prof. Dr. Sanem AKSOY DURSUN (İstanbul Üniversitesi)

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

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

Prof. Dr. S. Anlam ALTAY (Galatasaray Üniversitesi)

Prof. Dr. Atilla ALTOP (İstanbul Kültür Üniversitesi)

Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA (Akdeniz Üniversitesi)

Prof. Dr. Serap AMASYA (Galatasaray Üniversitesi)

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

Prof. Dr. Çetin ARSLAN (Hacettepe Üniversitesi)

Prof. Dr. Özge AYAN (Dokuz Eylül 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. Rıza AYHAN (Başkent Üniversitesi)

Prof. Dr. Ali AYLİ (Dicle Üniversitesi)

Prof. Dr. Tahir İrfan BARLASS (İstanbul Üniversitesi)

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

Prof. Dr. Murat BATI (Ondokuz Mayıs 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. Sezer ÇABRİ (İstanbul Medeniyet Üniversitesi)

Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)

Prof. Dr. Sezgin Seymen ÇEBİ (Antalya Bilim Üniversitesi)

Prof. Dr. Bilgehan ÇETİNER (İstanbul Üniversitesi)

Prof. Dr. Serkan ÇINARLI (İzmir Bakırçay Üniversitesi)

Prof. Dr. Cemile DEMİR GÖKYAYLA (İstanbul Bilgi Üniversitesi)

Prof. Dr. Ertan DEMİRKAPI (Bahçeşehir Üniversitesi)

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

Prof. Dr. Adnan DEYNEKLİ (Bahçeşehir Üniversitesi)

Prof. Dr. Murat DOĞAN (Erciyes Üniversitesi)

Prof. Dr. Vahit DOĞAN (İstanbul Aydın Üniversitesi)

Prof. Dr. Haluk EMİROĞLU (Bilkent Üniversitesi)

Prof. Dr. Baki İlkay ENGİN (İstanbul Üniversitesi)

Prof. Dr. Mehmet ERDEM (Galatasaray Üniversitesi)

Prof. Dr. Fikret EREN (Başkent Üniversitesi)

Prof. Dr. Serkan ERGÜNE (İstanbul Üniversitesi)

Prof. Dr. Fulya ERLÜLE (Marmara Üniversitesi)

Prof. Dr. İbrahim ERMENEK (Hacı Bayram Veli Üniversitesi)

Prof. Dr. Emre ESEN (İstanbul Üniversitesi)

Prof. Dr. Arzu GENÇ ARIDEMİR (İstanbul Üniversitesi)

Prof. Dr. İlke GÖÇMEN (Ankara Üniversitesi)

Prof. Dr. Cenker GÖKER (Ankara Üniversitesi)

Prof. Dr. Ece GÖZTEPE ÇELEBİ (Bilkent Üniversitesi)

Prof. Dr. Gülsen GÜNEŞ (Bahçeşehir Üniversitesi)

Prof. Dr. Devrim GÜNGÖR (Ankara Üniversitesi)

Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ (İstanbul Ticaret Üniversitesi)

Prof. Dr. Alpay HEKİMLER (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)

Prof. Dr. Emrehan İNAL (İstanbul Üniversitesi)

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

Prof. Dr. Aslı MAKARACI BAŞAK (Bahçeşehir Üniversitesi)

Prof. Dr. Yüksel METİN (Süleyman Demirel Üniversitesi)

Prof. Dr. Halûk Nami NOMER (İstanbul Aydın Üniversitesi)

Prof. Dr. Saibe OKTAY ÖZDEMİR (İstanbul Üniversitesi)

Prof. Dr. Cihan OSMANAĞAOĞLU KARAHASANOĞLU (İstanbul Üniversitesi)

Prof. Dr. Yusuf Mehmet ÖRNEK (Antalya Bilim Üniversitesi)

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

Prof. Dr. Burak ÖZEN (Marmara Üniversitesi)

Prof. Dr. Ercüment ÖZKARACA (Marmara Üniversitesi)

Prof. Dr. İpek SAĞLAM (Marmara Üniversitesi)

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

Prof. Dr. Özlem SÖĞÜTLÜ (TOBB-ETÜ)

Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER (Yaşar Üniversitesi)

Prof. Dr. Halûk Hâdi SÜMER (Selçuk Üniversitesi)

Prof. Dr. Cumhur ŞAHİN (HSK Üyesi)

Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK (Ankara Üniversitesi)

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA (Altınbaş Üniversitesi)

Prof. Dr. Murat TOPUZ (Marmara Üniversitesi)

Prof. Dr. Aziz Can TUNCAY (Bahçeşehir Üniversitesi)

Prof. Dr. Fatih UŞAN (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi)

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL (Başkent Üniversitesi)

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)

Prof. Dr. Veliye YANLI (İstanbul Bilgi Üniversitesi)

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ (İstanbul Medipol Üniversitesi)

Prof. Dr. Feridun YENİSEY (Bahçeşehir Üniversitesi)

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

Prof. Dr. Ali Kemal YILDIZ (Türk-Alman Üniversitesi)

Prof. Dr. Ejder YILMAZ (Bilkent Üniversitesi)

Doç. Dr. Güçlü AKYÜREK (MEF Üniversitesi)

Doç. Dr. Pınar ALTINOK ORMANCI (Bilkent Üniversitesi)

Doç. Dr. Alper Tunga AVCI (Atatürk Üniversitesi)

Doç. Dr. Mesut AYGÜN (Anadolu Üniversitesi)

Doç. Dr. Ece BAŞ SÜZEL (İstanbul Bilgi Üniversitesi)

Doç. Dr. Başak BAŞAKOĞLU KAPANCI (Piri Reis Üniversitesi)

Doç. Dr. Tuba BİRİNCİ UZUN (Akdeniz Üniversitesi)

Doç. Dr. Nur BOLAYIR (Galatasaray Üniversitesi)

Doç. Dr. Nilüfer BORAN GÜNEYSU (Anadolu Üniversitesi)

Doç. Dr. Yeliz BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU (İbn Haldun Üniversitesi)

Doç. Dr. Levent BÖRÜ (Hacettepe Üniversitesi)

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

Doç. Dr. Orhan Ersun CİVAN (TOBB ETÜ)

Doç. Dr. Anıl ÇAMYAMAÇ (İzmir Bakırçay Üniversitesi)

Doç. Dr. Efe DİRENİSA (Türk-Alman Üniversitesi)

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

Doç. Dr. Doruk GÖNEN (İstanbul Üniversitesi)

Doç. Dr. Gökhan GÜNEYSU (Anadolu Üniversitesi)

Doç. Dr. Burak HUYSAL (Bahçeşehir Üniversitesi)

Doç. Dr. Zafer KAHRAMAN (Bahçeşehir Üniversitesi)

Doç. Dr. Berk KAPANCI (MEF Üniversitesi)

Doç. Dr. Pelin KARAASLAN (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)

Doç. Dr. Nil KARABAĞ BULUT (İstanbul Üniversitesi)

Doç. Dr. Ahmet KARAKOCALI (Anadolu Üniversitesi)

Doç. Dr. Ulaş KARAN (İstanbul Bilgi Üniversitesi)

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

Doç. Dr. Ali Ersoy KONTACI (Ankara Üniversitesi)

Doç. Dr. Leyla Müjde KURT (Ankara Üniversitesi)

Doç. Dr. Nesibe KURT KONCA (Çankaya Üniversitesi)

Doç. Dr. Elif KÜZECİ (Bahçeşehir Üniversitesi)

Doç. Dr. Eda MANAV ÖZDEMİR (T.C. Cumhurbaşkanlığı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü)

Doç. Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN (Ankara Üniversitesi)

Doç. Dr. Hatice Tolunay OZANEMRE YAYLA (Çankaya Üniversitesi)

Doç. Dr. Seda ÖKTEM ÇEVİK (Bahçeşehir Üniversitesi)

Doç. Dr. Seda ÖRSTEN ESİRGEN (Ankara Üniversitesi)

Doç. Dr. Barış ÖZBİLEN (Bilkent Üniversitesi)

Doç. Dr. Ceren Zeynep PİRİM (Galatasaray Üniversitesi)

Doç. Dr. Öz SEÇER (Bahçeşehir Üniversitesi)

Doç. Dr. Selin SERT SÜTÇÜ (Akdeniz Üniversitesi)

Doç. Dr. Kazım Sedat SİRMEN (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)

Doç. Dr. Cüneyt SÜZEL (İstanbul Bilgi Üniversitesi)

Doç. Dr. Fahri Gökçen TANER (Ankara Üniversitesi)

Doç. Dr. Ahmet YAYLA (Bahçeşehir Üniversitesi)

Doç. Dr. Bilgehan YEŞİLOVA (Yaşar Üniversitesi)

Doç. Dr. Burçak YILDIZ (Ankara Üniversitesi)

Doç. Dr. Didem YILMAZ (Bahçeşehir Üniversitesi)

Doç. Dr. Fülürya YUSUFOĞLU BİLGİN (Galatasaray Üniversitesi)

Doç. Dr. Mehtap YÜCEL BODUR (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Beşir ACABEY (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Bige AÇIMUZ (Koç Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Kürşat AKÇA (İnönü Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Neslihan AKÇA (İnönü Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Hale AKDAĞ YÜKSEL (Antalya Bilim Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Evrim AKGÜN (Bahçeşehir Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Volkan ASLAN (İstanbul Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Ebru AY CHELLI (İzmir Demokrasi Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Ahu AYANOĞLU (Bahçeşehir Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Murat AYDIN (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Melike Belkıs AYDIN (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Bilge AYTUĞAR (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Eylem BAŞ BAYRAKTAROĞLU (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Cemal BAŞAR (Pamukkale Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Zehra BAŞER DOĞAN (Bahçeşehir Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Esra ÇALIŞKAN KAŞAK (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)

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

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

Dr. Öğretim Üyesi Burcu ERDİNÇ TAVİL (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Evrim ERİŞİR (İstanbul Bilgi Üniversitesi)

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

Dr. Öğretim Üyesi Nurten İNCE AKMAN (Marmara Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Z. Özen İNCİ (Ondokuz Mayıs Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Akasya KANSU KARADAĞ (Ufuk Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Ulaş KARADAĞ (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Fatma Gül KARAGÖZ (Galatasaray Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Furkan KARARMAZ (Akdeniz Üniversitesi)

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

Dr. Öğretim Üyesi Hasan KAYIRGAN (Gaziantep Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Şebnem KILIÇ (Bahçeşehir Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Sedef KOÇ TANGÜN (Galatasaray Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Timuçin KÖPRÜLÜ (Atılım Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Volkan MAVİŞ (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Beril ÖZCANLI (MEF Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Funda ÖZDİN (Marmara Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Berke ÖZENÇ (Türk-Alman Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Neva Övünç ÖZTÜRK (Ankara Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi İsmail PAMUK (Bahçeşehir Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Şafak PARLAK BÖRÜ (Ankara Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi İpek SARIÖZ BÜYÜKALP (Bahçeşehir Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi İlknur SERDAR (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Begüm SÜZEN (Bahçeşehir Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Zafer Ertunç ŞİRİN (İstanbul Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Melis TAŞPOLAT TUĞSAVUL (Bahçeşehir Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Ufuk TEKİN (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 Deniz UGAN ÇATALKAYA (Kadir Has Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Ertan YARDIM (Kadir Has Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Adem YELMEN (İnönü Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Zülfiye YILMAZ (Bilkent Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi İsmail YÜKSEL (Antalya Bilim Üniversitesi)

Misafir Öğretim Görevlisi Dr. Hande HEPER (Kadir Has Üniversitesi)

İçindekiler

AVRUPA BİRLİĞİ'NDE İNSANİ YARDIM POLİTİKALARININ SİYASALLAŞMASI SORUNU.....19

KANUNİ TEMSİLCİLERİN VE ŞİRKET ORTAKLARININ VERGİ BORÇLARINDAN SORUMLULUĞUNDA DÖNEMSELLİK İLKESİ.....33

SOSYAL İÇERİK ÜRETİCİLERİNİN VERGİLENDİRİLMESİNDE ÖZELLİK ARZ EDEN DURUMLAR.....51

KETMİ VERESEYE DAYALI OLARAK TAPU SİCİLİNİN DÜZELTİLMESİ.....56

KRİPTO VARLIK PİYASASINDAKİ RİSKLER VE YATIRIMCILARIN SERMAYE PİYASASI HUKUKU KAPSAMINDA KORUNMASI.....73

HASTA MAHREMİYETİ BAĞLAMINDA KİŞİSEL SAĞLIK VERİLERİNİ HUKUKA AYKIRI OLARAK VERME, YAYMA VEYA ELE GEÇİRME SUÇU.....85

İŞE İADE DAVASININ FESHE BAĞLI ALACAKLAR ÜZERİNDEKİ ETKİSİ.....116

İDARENİN HATALI TIBBİ MÜDAHALEDEN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞU130

OSMANLI DEVLETİNDE TOPLANMA ÖZGÜRLÜĞÜ.....146

AMERİKAN YÜKSEK MAHKEMESİNİN ROE V. WADE KARARI VE KARARDAN DÖNÜLMESİNİN MUHTEMEL ETKİLERİ ÜZERİNE.....157

COVİD-19 SALGININININ TÜRK MEVZUATINA ETKİLERİ.....178

İSLÂM HUKUK VE FİNANS UYGULAMALARINDA SELEM SÖZLEŞMESİ.....186

İCRA VE İFLAS KANUNUN'NUN 342. MADDESİ İLE TÜRK CEZA KANUNU'NUN 290. MADDESİ ARASINDAKİ İLİŞKİ.....199

YAPAY ZEKA İLE SUÇ TAHMİNİNDE BULUNMAK: ÖNYARGILARIN DİJİTALLEŞMESİ.....209

MEDENÎ USÛL HUKUKUNDA TANIK GÖSTERİLMESİ VE TANIK BEYANININ DEĞERLENDİRİLMESİNE İLİŞKİN ESASLAR.....217

RUSYA-UKRAYNA SAVAŞI BAĞLAMINDA ULUSLARARASI SİLAHLI ÇATIŞMALAR HUKUKUNDA SİVİLLERİN KORUNMASI.....244

3628 SAYILI KANUN M. 12 KAPSAMINDA EŞ VE VELAYET ALTINDAKİ ÇOCUKLARIN MAL VARLIĞIYLA İLGİLİ OLARAK GERÇEĞE AYKIRI BİLDİRİMDE BULUNMA SUÇU.....265

ANONİM ŞİRKETTE YÖNETİM KAYYIMININ HUKUKİ SORUMLULUĞU.....292

BAĞIMSIZ ve TARAFSIZ HAKİM İLKESİ KAPSAMINDA HAKİMLERİN SOSYAL MEDYA KULLANIMI.....325

ESNEK ÇALIŞMADAKİ İŞ KAZALARINDA İŞVERENİN CEZAİ SORUMLULUĞU 341

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA TOPLANTI VE GÖSTERİ YÜRÜYÜŞÜ ÖZGÜRLÜĞÜ 353

TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'DA SON DÖNEMLERDE YAPILAN USUL HUKUKUNA İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLERE YÖNELİK BİR DEĞERLENDİRME.....365

DOĞA ANA'NIN HAKLARININ TANINMASININ ANAYASA YARGISINA ETKİSİ 384

TÜRK HUKUKU AÇISINDAN BİR MODEL OLARAK ALMAN ANONİM ŞİRKETLERDE ELEKTRONİK GENEL KURUL TOPLANTISI HAKKINDA KANUN TASARISI.....403

YASAL DÜZENLEMELER VE MAHKEME KARARLARI IŞIĞINDA UNUTULMA HAKKI.....419

DİJİTAL PAZARYERLERİNDE GERÇEKLEŞEN TÜKETİCİ SATIŞLARINDA SATICININ VE ARACI PLATFORMUN BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ 433

TAŞINIR SATIŞINI AŞAN PREFABRİK YAPILARIN HUKUKİ NİTELİĞİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ.....443

SAĞLIK HİZMETLERİNDE HASTALARIN ADİL DEĞERLENDİRİLMEYİ İSTEME HAKKI.....457

***"EXTRANEUS"*UN ÖZGÜ SUÇLARDA DOLAYLI FAİL OLARAK CEZALANDIRILIP CEZALANDIRILAMAYACAĞI SORUNSALI 475**

BOŞANMANIN HUKUKÎ SONUÇLARININ ARABULUCULUK BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ.....488

DİJİTAL SOSYAL MEDYADA VELİLERİN ÇOCUK HAKKINDAKİ PAYLAŞIMLARI VE HUKUKA UYGUNLUK NEDENİ OLARAK ÇOCUĞUN RIZASI 506

7392 SAYILI KANUN İLE 6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'DA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER IŞIĞINDA MESAFELİ SÖZLEŞMELERDE ARACI HİZMET SAĞLAYICININ SORUMLULUĞU 535

SERMAYE PİYASASI HUKUKUNDA İÇSEL BİLGİ VEYA SÜREKLİ BİLGİLERE İLİŞKİN PİYASA BOZUCU EYLEMLER KABAHATİ.....546

TÜKETİCİNİN KORUNMASI İLE TÜKETİCİNİN HAKKINDA DEĞERLENDİRME

YAPTIĞI KİŞİNİN İTİBARININ KORUNMASI ARASINDA KURULAN DENGE: TÜKETİCİ DEĞERLENDİRMELERİNİN YAYIMLANMASINA YÖNELİK YENİ DÜZENLEMELER.....575

METAVERSE VE CEZA HUKUKU 588

HEKİMİN TIBBİ MÜDAHALESİ NEDENİYLE MEYDANA GELEN TAKSİRLE ÖLDÜRME VEYA YARALAMA SUÇLARI BAKIMINDAN BASİT TAKSİRİNİN Mİ YOKSA BİLİNÇLİ TAKSİRİNİN Mİ BULUNDUĞU MESELESİNİN YARGITAY KARARLARI ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ 594

GÜVENCESİZ ÇALIŞMADA ÇALIŞMA KOŞULLARININ DÜZENLENMESİ: TÜRK İŞ HUKUKUNDAKİ DURUMA AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU IŞIĞINDA BİR BAKIŞ 627

İCRA VE İFLAS KANUNU'NUN İCRANIN GERİ BIRAKILMASI HÜKÜMLERİ HAKKINDA 7343 SAYILI KANUNLA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ.....649

TRAFİK GÜVENLİĞİNİ TEHLİKEYE SOKMA SUÇU BAKIMINDAN 668

MOBESE VE KİŞİSEL VERİ DENGESİ.....668

TBK m. 420, II' NİN İŞ UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ.....684

HUKUK MÜCADELESİNDE ÖRNEK BİR DAVA VEKİLİ: TAKİYÜDDİN BEY 696

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA ANAYASA MAHKEMESİNİN BİREYSEL BAŞVURU KARARLARINDA SOSYAL HAKLARIN DOLAYLI KORUNMASI.....748

DİJİTAL HİZMETLER YASASI (DSA) TARTIŞMALARI VE TÜRKİYE'DE 'ERİŞİMİN ENGELLENMESİ' KARARLARI.....788

EL YAZILI VASİYETNAMEDE DÜZENLENME TARİHİNİN EKSİK VEYA HATALI OLMASI 816

ANLAŞMALI BOŞANMADAN SONRA MAL REJİMİNİN TASFİYESİNİN TALEP EDİLİP EDİLEMEYECEĞİ MESELESİ.....838

YÜKSEK SEÇİM KURULUNUN YAPISI VE KARARLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ 851

SAYIŞTAY KARARLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ 881

İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİNDE İŞVERENİN KALİTE YÖNETİM SİSTEMLERİNDEN FAYDALANMASI 913

TÜRK YABANCILAR HUKUKU KAPSAMINDA İNSAN TİCARETİ MAĞDURU

YABANCILARA TANINAN HAKLARIN VE ÖZELLİKLE İNSAN TİCARETİ MAĞDURU İKAMET İZNİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ.....927

İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİNDE ÇALIŞANLARIN İKLİM DEĞİŞİKLİĞİ VE KRİZİNE KARŞI KORUNMASI.....939

İCRA VE İFLAS KANUNU'NDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLE BORÇLUYA SATIŞ YETKİSİ VERİLMESİ 952

BORÇLAR HUKUKUNDA "SEBEP" (*CAUSA*) KAVRAMLARI* 962

İŞ KAZASINDA TAKSİR DEĞERLENDİRMESİ……..973

AVRUPA BİRLİĞİ'NDE İNSANİ YARDIM POLİTİKALARININ SİYASALLAŞMASI SORUNU

Arş. Gör. Dr. Gökçe Konyalı[1]

Özet

Avrupa Birliği insani yardım politikaları aracılığıyla, AB üyesi olmayan devletlerde yaşayan insanlara yardım sağlanması amaçlanmaktadır. Doğal veya insani etkilerle ortaya çıkan felaketler sonucunda kişilerin yaşamlarını sürdürmeleri zorlaşmakta veya imkânsız hale gelmektedir. Bu gibi durumlarda devletin yeterli yardımı sağlamadığı veya sağlayamadığı durumlarda, insani yardım kurumu bir kurtarıcı olmaktadır. Avrupa Birliği insani yardım alanında küresel alanda son derece etkin bir aktördür. Suriye, Irak, Afganistan ve Afrika gibi pek çok bölgede insani yardım konusunda milyarlarca Euro harcanmıştır. Zaman içerisinde Avrupa Birliği vatandaşları arasında da bu projeler desteklenir hale gelmiş ve insani yardım bilinci topluma aşılanmıştır. İnsani yardım politikasının yegâne amacı, çeşitli felaketler nedeniyle zor durumda kalan insanlara, insan onuruna yaraşır bir yaşam sürebilmeleri için ekonomik ve sosyolojik destek sağlamaktır. Dolayısıyla insani yardım kurumu, bir politika aracı olarak değerlendirilmemelidir. Siyasi ilişkiler ve hedefler ne olursa olsun, insan yaşamını korumak uluslararası toplumun temel görevlerinden bir tanesidir. Ancak zaman içerisinde Avrupa Birliği insani yardım politikalarının, dış politika ile paralel şekilde yürütülmesi söz konusu olmuştur. Özellikle AB Ortak Dış ve Güvenlik Politikasının (ODGP), insani yardım kurumu ile iç içe geçtiği haller, insani yardımın siyasallaşması sorununu doğurmuştur. İnsani yardım politikası esasen tarafsızlık, bağımsızlık ve bağlantısızlık temel ilkelerine dayanmaktadır. Bu temel değerler insani yardımı, diğer uluslararası yardım türlerinden ayıran özelliklerdir. Bu değerlere riayet edilmemesi, insani yardımın farklı amaçlarla kullanılmasına zemin hazırlayacaktır. AB hukukunda insani yardım kurumunun anlaşılabilmesi için öncelikle insani yardımın özellikleri ve AB hukukunda düzenleniş şekli üzerinde durulmalıdır. 1992 yılında kurulan Avrupa Topluluğu İnsani Yardım Ofisi'nin (ECHO) yapısı ve yıllar içerisinde gösterdiği değişimin ve ODGP Politikaları ile olan ilişkisinin ortaya konulması son derece önemlidir. İnsani yardım kurumlarının işleyişinin ve yapısının dış politika mekanizmalarıyla hukuki veya fiili bağlantılarının bulunmaması gerekmektedir. Bu doğrultuda AB kurumlarını yanı sıra insani yardım alanında faaliyet gösteren sivil toplum örgütlerine de büyük rol düşmektedir.

[1] Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Ana Bilim Dalı, gokcekonyali@gmail.com, Orcid: 0000-0003-1760-2262.

Anahtar Kelimeler: Avrupa Birliği, İnsani Yardım, ECHO, Dış Politika, Siyasallaşma

THE PROBLEM OF POLITICIZATION OF HUMANITARIAN AID IN THE EUROPEAN UNION

Abstract

Through the European Union's humanitarian aid policies, it is aimed to provide assistance to people living in non-member states. As a result of disasters that occur with natural or manmade effects, it becomes difficult or impossible for people to continue their lives. In such cases, where the state does not or cannot provide sufficient assistance to their people, the humanitarian aid institution becomes a savior. The EU is an important actor in the global humanitarian aid. Billions of Euros have been spent on humanitarian aid in many states and regions such as Syria, Iraq, Afghanistan and Africa. It seems that such projects have become supported among the citizens of the EU and the awareness of humanitarian aid has been instilled in the society. The sole purpose of the humanitarian aid is to provide economic and sociological support to people who are in a difficult situation due to various disasters so that they can lead a life compatible with human dignity. Therefore, the humanitarian aid institution should not be considered as a foreign policy tool. However, over time, the EU's humanitarian aid policies have been carried out in parallel with foreign policy. Particularly, the cases where the EU Common Foreign and Security Policy is intertwined with the humanitarian aids has given rise to the problem of politicization of humanitarian aid. Principles of impartiality, independence and impartiality are the main features that distinguishes humanitarian aid from other types of international aid. It is important to identify and eliminate the legal or de facto links between the functioning and structure of humanitarian aid institutions and foreign policy mechanisms. In this respect, in addition to EU institutions, non-governmental organizations operating in the field of humanitarian aid also play a major role.

Keywords: European Union, Humanitarian Aid, ECHO, Foreign Policy, Politicization

I. Giriş

Avrupa Birliği, tarihsel süreç içerisinde deprem, tsunami, kıtlık, salgın hastalıklar gibi doğal yollarla ortaya çıkan felaketlere ve silahlı çatışma ve savaş gibi beşerî nedenlerle ortaya çıkan krizlere yönelik pek çok alanda destek sağlamıştır. 1992 yılında Avrupa Sivil Koruma ve İnsani Yardım Operasyonları Birimi (ECHO) kurulmasıyla insani yardım politikalarının hangi yöntem ve birimlerle gerçekleştirileceği, bütçenin belirlenmesi ve yardımların dağıtılması konusunda ne şekilde karar alınacağına ilişkin bir sistem getirilmesi amaçlanmıştır. Buna ek olarak 2008 yılında Konsey, Komisyon ve

Parlamento tarafından Avrupa İnsani Yardım Mutabakatı ilan edilmiştir. Buna göre insani yardım operasyonları tarafsızlık (impartiality), bağsızlık / nötrlük (neutrality), bağımsızlık (independence) ve insancıllık (humanity) ilkelerine uygun şekilde yürütülecektir.

İnsani yardımın, dış politika ile kaçınılmaz bir bağlantısının bulunması, bu yardımları etkiye açık hale getirebilmektedir. Dolayısıyla insani yardıma ilişkin temel ilkelerin getirilmesi ve bunların bir hukuk normu şeklinde düzenlenmesi, son derece önem taşımaktadır. Ancak ne yazık ki Avrupa Birliği'nin insani yardım politikasının tarihsel gelişiminde, insani yardım ile siyasi ilişkiler arasındaki çizginin zaman zaman bulanıklaştığı göze çarpmaktadır. Özellikle ODGP alanında alınacak olan kararların insani yardım politikasına nazaran daha zahmetli prosedürlere tabi olmasıı, bu durumun başlıca etkenlerinden birisi olmuştur. Bu da insani yardımın doğasının zarar görmesi sonucunu doğurmaktadır.

İnsani yardım operasyonlarının sadece insani amaçlarla gerçekleştirilmesi, siyasi saiklerden uzak tutulması gerekmektedir. Aksi takdirde adil ve ihtiyaç temelinde yardım dağıtımının gerçekleşmesi mümkün olmayacaktır. Buna ek olarak, özellikle Avrupa Birliği üye devletlerinin askeri operasyonlar yürüttüğü bölgelere insani yardım yapıldığı hallerde, insani yardımın siyasetle iç içe geçtiği algısı oluşacak olursa, bu yardımları yürüten kişilerin zarar görmesi tehlikesi ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla bu operasyonların birbirinden tamamen bağımsız şekilde gerçekleştirildiği konusunda insanları temin edebilmek için, ECHO operasyonlarına ilişkin karar sürecinin şeffaf ve erişilebilir olması ve kurumların birbirlerini yönlendirmemesi önem taşımaktadır.

II. Avrupa Birliği'nde İnsani Yardım Politikasının Gelişimine Genel Bakış

Avrupa Birliği Hukukunda insani yardım politikası, Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma'nın (ABİA)[2] 214. maddesinde "*doğal ya da insan kaynaklı felaketlerin mağduru olan üçüncü ülke halklarına, bu farklı durumlar sonucunda ortaya çıkan insani gereksinimlerini karşılamak üzere, olay bazında (ad hoc) yardım, kurtarma ve koruma sağlamak*" olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla Avrupa Birliği insani yardım politikaları, AB üyesi olmayan devletlerin vatandaşı olan veya bu ülkelerin toprakları içerisinde bulunan bireylere yöneliktir. Zira bazı felaketler, küresel destek verilmesini gerektirir. Avrupa Birliği'nin insani yardım eylemleri 1992 yılında eski Yugoslavya'nın dağılması döneminde yaşanan krizlerle başlayıp, bu tarihten itibaren aktif olarak devam etmiş ve her yıl 150 milyondan fazla insana yardım sağlanmıştır.[3] Dolayısıyla Avrupa Birliği, küresel çapta kayda değer insani yardımların gerçekleştirilmesini sağlamaktadır.

[2] Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma (Treaty of the Functioning of The European Union), https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf adresinden erişildi. (E.T. 10.07.2022). Çalışmanın devamında ABİA kısaltması ile anılacaktır.

[3] Georgieva, K. (2014). Stakes and Challenges of EU Response to Global Emergencies: An EU Policy Perspective. I. Govaere ve S. Poli (Yay. Haz.) EU Management of Global Emergencies (s. 13-19). Brill & Nijhoff, s. 13-14.

Avrupa Birliği deprem, tsunami, kıtlık, salgın hastalıklar gibi doğal yollarla ortaya çıkan felaketlerin yanı sıra, silahlı çatışma ve savaş gibi beşerî nedenlerle ortaya çıkan felaketlere de destek sağlamaktadır. Dolayısıyla insani yardım politikalarının çerçevesinin son derece geniş olduğu söylenebilir. Avrupa Birliği insani yardım politikasının son dönemdeki en güncel örneği, Ukrayna'daki savaş mağdurlarına yapılan yardımdır. Avrupa Komisyonu Başkanı Ursula von der Leyen, Ukrayna'ya ve Ukrayna'dan kaçan mültecilere 554 milyon dolarlık insani yardım yapılacağını açıklamıştır. Aynı zamanda söz konusu mültecilere geçici koruma verileceği ve bu bağlamda barınma, eğitim ve iş imkanlarının sağlanacağını belirtmiştir.[4]

Avrupa Birliği'nin uluslararası toplumdaki bu önemli rolü, insani yardım politikalarına ilişkin hukuki düzenlemelerin elverişliliği ve tarafsızlığı konusunda bazı tartışmaların da ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Özellikle insani yardım politikalarının dış siyaset ile iç içe geçtiği haller eleştiri konusu olmaktadır. Bu bağlamda Avrupa Birliği hukukundaki düzenlemelere ve insani yardım politikalarının ne şekilde uygulandığına bakılması faydalı olacaktır.

Avrupa Birliği hukukunda insani yardım politikalarının tarihi 1960'lı yıllara kadar uzansa da 1990'lı yıllarda sistematik bir uygulama haline gelmeye başlamıştır.[5] 1992 yılına kadar insani yardım operasyonları Komisyon tarafından sağlanmaktaydı.[6] 1992 yılında Avrupa Sivil Koruma ve İnsani Yardım Operasyonları Birimi (ECHO)[7] kurulmuş ve insani yardım politikalarının hangi yöntem ve birimlerle gerçekleştirileceği, bütçenin belirlenmesi ve yardımların dağıtılması konusunda ne şekilde karar alınacağına ilişkin hukuki düzenlemelerin yapılması amaçlanmıştır. ECHO'nun esas faaliyet alanı acil durum yardımı, yiyecek yardımı ve mülteci yardımı olarak belirlenmiştir.[8] 1990'lı yıllarda ECHO'nun yapısı ve işleyişi hakkında birtakım eleştiriler gündeme gelmeye başlamıştır. Özellikle kötü yönetim, kaynakların sağlanmasında gecikmeler ve proje yönetimi, analiz ve değerlendirmelerde ihtimamsızlık gibi hususlar dile getirilmiştir.[9] Bu gibi sorunların giderilmesi için yapılan çalışmalardan biri 1996 yılında çıkarılan 1257/96

[4] EU announces humanitarian aid worth $554M in response to Ukrainian crisis. https://www.aa.com.tr/en/europe/eu-announces-humanitarian-aid-worth-554m-in-response-to-ukrainian-crisis/2522518#:~:text=EU%20Commission%20chief%20Ursula%20von,fleeing%20the%20war%20with%20Russia adresinden erişildi. (E.T. 10.07.2022).

[5] 1969 yılında Afrika, Karayip ve Pasifik ülkelerine insani yardım yapılmasına ilişkin çalışmalar yürütülmüştür. Detaylı bilgi için bkz. Orbie, J. ve Van Elsuvege, P. (2014). The EU's Humanitarian Aid Policy After Lisbon: Implications of a Neww Treaty Basis. I. Govaere ve S. Poli (Yay. Haz.) EU Management of Global Emergencies (s. 21-46). Brill & Nijhoff, s. 21.

[6] Mowjee, T. (1998). The European Community Humanitarian Office (ECHO): 1992-1999 and Beyond. Disasters 22(3), s. 250.

[7] Avrupa Sivil Koruma ve İnsani Yardım Operasyonları Birimi / European Civil Protection and Humaniratian Aid Operations. Çalışmanın devamında ECHO kısaltması ile anılacaktır.

[8] Harat, A., Chojnacki, M. ve Leksowski, K. (2015). Humanitarian Aid of the European Union and United Nations: Actions, Responsibilities and Finances. Bulletin of Geography. Socio-Economic Series, 29(2015), s. 68-69.

[9] Versylus, H. (2009). European Union Humanitarian Aid: Lifesaver or Political Tool? J. Orbie (Yay. Haz.). Europe's Global Role (s. 91-115). Ashgate Publishing, s. 93.

sayılı Konsey Tüzüğü'dür.[10] İlgili tüzüğün 1. maddesi uyarınca; Avrupa Topluluklarının insani yardım politikası, üçüncü ülkelerdeki bireylere, özellikle aralarında en korunmasız durumda olanlara ve gelişmekte olan ülkelerde bulunanlar başta olmak üzere doğal afetlerin, savaş ve silahlı çatışmalar gibi insan kaynaklı krizlerin ya da doğal veya insan kaynaklı afetlere benzer istisnai durum veya koşulların kurbanlarına yardım etmek için ayrım gözetmeyen bir temelde destek, yardım ve koruma operasyonlarının sağlanmasını içermektedir. Söz konusu yardımlara ilişkin kriterler ise şu şekilde sıralanmıştır;

i. Müdahaleler ihtiyaçlara göre şekillenecektir.
ii. "Unutulmuş krizlere"[11] özel olarak odaklanılacaktır.
iii. Kriz sonrası ortaya çıkan istikrarsız durumlara dikkat gösterilecektir.
iv. Stratejik yönelimler müdahalede bulunan diğer aktörlerle uyumlu ve tamamlayıcı olmalıdır.
v. ECHO'nun müdahalelerinin daha düzenli şekilde değerlendirmesi yapılacaktır.[12]

1257/96 sayılı Tüzük insani yardımlara ilişkin eksiksiz bir düzenleme getirebilmiş değildir ancak Avrupa Birliği hukukunda insani yardım politikalarının geliştirilmesi ve ilerleyen dönemde kurucu antlaşmalara dahil edilmesi için zemin hazırlamıştır.[13] Bu zeminin bir ayağı 2008 yılında Konsey, Komisyon ve Parlamento tarafından ilan edilen Avrupa İnsani Yardım Mutabakatı olmuştur.[14] Mutabakat temel olarak Avrupa Birliği'nin ortak bakış açısını ve uluslararası insani işbirliği, doğru bağışçılık, risk azaltımı ve hazırlığı, sivil koruma ve sivil-askeri ilişkiler gibi pek çok alandaki hedefleri ve ilkeleri tanımlamaktadır.[15] Mutabakatın insani yardım politikasına getirdiği en önemli katkı ise; tarafsızlık (impartiality), bağsızlık / nötrlük (neutrality), bağımsızlık (independence) ve

[10] Council Regulation (EC) No 1257/96 of 20 June 1996 Concerning Humanitarian Aid, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:31996R1257 adresinden erişildi. (E.T. 10.07.2022).
[11] ECHO'nun tanımına göre unutulmuş krizler, insanların yetersiz uluslararası yardım aldığı veya hiç uluslararası yardım almadığı ciddi ve uzun süreli krizlerdir. 2021 yılında unutulmuş krizlerin bulunduğu bölgelere ilişkin listeye Ukrayna da eklenmiştir. Bkz. ECHO. (2021). Forgotten Crisis Factsheet. https://civil-protection-humanitarian-aid.ec.europa.eu/what/humanitarian-aid/needs-assessment/forgotten-crises_en#:~:text=The%20EU%20Civil%20Protection%20and,insufficient%20or%20no%20international%20aid adresinden erişildi. (E.T. 10.07.2022).
[12] Brusset, E. vd. (2002). Trends and Risks in EU Humanitarian Action. J. Macrae (Yay. Haz.). The New Humanitarianisms: A Review of Trends in Global Humanitarian Action. (s. 51-62). Humanitarian Policy Group, s. 61.
[13] Bandov, G. ve Gosovic, G. (2018). The EU Humanitarian Aid As (In)dependent Instrument of EU's External Policies. Journal of Liberty and International Affairs, 4(2), s. 27.
[14] European Council. (2008). European Consensus on Humanitarian Aid. https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:025:0001:0012:EN:PDF adresinden erişildi. (E.T. 11.07.2022).
[15] European Parliament. (2020). Humanitarian Aid. https://www.europarl.europa.eu/factsheets/en/sheet/164/humanitarian-aid adresinden erişildi. (E.T. 11.07.2022).

insancıllık (humanity) ilkelerini düzenlemesidir. Avrupa Komisyonu tarafından yayınlanan raporda söz konusu ilkeler kısaca şu şekilde tanımlanmaktadır:[16]

i. Tarafsızlık: *"İnsani yardım etkilenen nüfuslar arasında veya içerisinde hiçbir ayrım yapmaksızın, salt ihtiyaç temelinde sağlanmalıdır."*
ii. Bağsızlık / Nötrlük: *"İnsani yardım, silahlı çatışma veya diğer ihtilafların hiçbir tarafını kayırmamalıdır."*
iii. Bağımsızlık: *"İnsani yardım hedefleri; her türlü siyasi, ekonomik, askeri veya diğer hedeften ayrı tutulmalıdır. İnsani yardımın yegâne amacı, insani krizlerde insanların acı çekmesini önlemek veya bu acıları azaltmak olmalıdır."*
iv. İnsancıllık: *"Özellikle hassas durumlarda bulunanlar olmak üzere, nerede olursa olsun, insanların çektiği acılar hafifletilmelidir."*

Söz konusu ilkelerin gereği gibi uygulanması, insani yardımın sadece insani yardım hedefiyle gerçekleştirilmesini sağlamak; belirli bir kesimi memnun etmek veya belirli bir siyasi yönelime avantaj sağlamaktan ziyade, tüm insanların yaşadığı acıları sonlandırmak gayesi üzerine odaklanılması açısından son derece önemlidir. Bu doğrultuda, insani yardım bir insan hakkı olarak görülmesi ve herkesin bu haktan eşit biçimde yararlanmasının sağlanması gerekmektedir.[17] Böylelikle insani yardımın siyasi etkilerden uzaklaştırılması da mümkün olacaktır.

İnsani yardımın, başta dış politika olmak üzere pek çok farklı politika ile yakın ilişki içerisinde olması, bu yardımları etkiye açık hale getirebilmektedir. Dolayısıyla insani yardıma ilişkin temel ilkelerin getirilmesi ve bunların bir hukuk normu şeklinde düzenlenmesi, son derece önem taşımaktadır. Lizbon Antlaşması ile insani yardımın kurucu antlaşmalar içerisinde hüküm altına alınması, bu hususu gerçekleştirmeye yöneliktir. ABİA m. 214/1 uyarınca; *"Birliğin insani yardım alanındaki operasyonları, Birliğin dış eyleminin ilkeleri ve hedefleri çerçevesinde yürütülür. Bu operasyonlar, doğal ya da insan kaynaklı felaketlerin mağduru olan üçüncü ülke halklarının, bu farklı durumlar sonucunda ortaya çıkan insani gereksinimlerini karşılamak üzere, olay bazında yardım, kurtarma ve koruma sağlamayı amaçlar. Birliğin ve üye devletlerin operasyonları birbirini tamamlar ve güçlendirir."* Görüldüğü üzere yaşanılan doğal veya insani kaynaklı felaketler sonucunda, her felaketin boyutuna ve etkilerine göre çeşitli yardım faaliyetlerinin gerçekleştirilmesi söz konusu olmaktadır. İlerleyen bölümde üzerinde daha detaylı şekilde durulacağı üzere, Avrupa Birliği'nin insani yardımlarının,

[16] Avrupa Komisyonu. (2014). Avrupa İnsani Yardım Mutabakatı – ECHO Bilgi Dosyası. https://ec.europa.eu/echo/files/aid/countries/factsheets/thematic/consensus_tr.pdf adresinden erişildi. (E.T. 11.07.2022).
[17] İnan, M. (2012). İnsani Yardım ve Avrupa Birliği Boyutu. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir, s. 29.

dış eylem ve dış eyleme ilişkin ilkelere uygun gerçekleştirileceğine dair ifade, insani yardımın temel ilkeleri ile uyuşur nitelikte değildir.

III. Avrupa Birliği İnsani Yardım Politikasının Temel Özelliklerinin Ve Siyasallaşmaya Yol Açan Başlıca Unsurların Değerlendirilmesi

İnsani yardım politikaları, ne yazık ki siyasi etkilerden her zaman uzak kalamamaktadır. Devletler veya uluslararası örgütler, uluslararası toplumda yaşanan bir krize siyasi amaçlarla destek verebilmektedir. Bu da insani yardımın siyasallaşması sorununu ortaya çıkarmaktadır. Siyasallaşma terimi genel olarak kapsamlı bir anlama sahip olmakla birlikte, çalışmamızda; insani yardımın tarafsızlık, bağsızlık, bağımsızlık ve insancıllık ilkelerine bağlı karakterinden saptıran önemli politika değişikliklerini ifade edecek şekilde kullanılacaktır.[18] Dany'nin sınıflandırmasına göre siyasallaşma; araçsallaştırma, askerileştirme ve kalkınma aracı haline getirme olarak farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Araçsallaştırma, insani yardımın siyasi, ekonomik veya güvenlik çıkarlarını ilerletmek amacıyla kullanılması; askerileştirme, insani ve askeri operasyonların aktörleri arasındaki sınırın bulanıklaşması; kalkınma aracı haline getirme ise, insani yardımın daha uzun süreli ve daha siyasi amaçlara yönelik olarak kapsamının genişletilmesi olarak tanımlanabilir.[19] Böylelikle insani yardım, iç veya dış politika hedeflerini gerçekleştirebilmek için bir siyaset mekanizması haline gelmekte ve uluslararası insancıl hukukun ihlal edilmesi sonucunu ortaya çıkarmaktadır.[20]

Avrupa Birliği'nin insani yardım politikasının tarihsel gelişiminde, insani yardımın siyasi etki altında kaldığı görülmektedir. Özellikle etkin bir Ortak Dış ve Güvenlik Politikası (ODGP) olmadığı ve ODGP alanında alınacak olan kararların insani yardım politikasına nazaran çok daha sıkı prosedürlere tabi olması sebebiyle, insani yardım operasyonlarının siyaset ile iç içe geçtiği dönemler olmuştur. Birlik, üçüncü ülkelere müdahale edebilmek ve uluslararası arenada etkinliğini hissettirebilmek için bu operasyonları gerçekleştirmiştir.[21] Bu durumun en dikkat çeken örneklerinden bir tanesi 1999 yılında gerçekleşen Kosova krizidir. Savaşın eski Yugoslavya'ya veya diğer Balkan ülkelerine sıçramasından endişe eden üye devletler, ECHO'nun bütçesinin %55'lik kısmını eski Yugoslavya bölgesindeki krize yönlendirmiştir.[22] Burada insani krizlere yönelik endişelerden ziyade, krizin coğrafi olarak kendilerine yakın olması ve artan mültecilerin kabul edilmesi konusunda devletlerin isteksiz davranması etkin faktörler

[18] Dany, C. (2015). Politicization of Humanitarian Aid in the European Union. European Foreign Affairs Review, 20(3), s. 423.
[19] Dany, s. 424.
[20] Bandov ve Gosovic, s. 27.
[21] Versylus, H. (2008). Depoliticising and Europeanising Humanitarian Aid: Success or Failure? Perspectives on European Politics and Society, 9(2), s. 212.
[22] Dobrowolska-Polak, J. (2014). Humanitarian Diplomacy of the European Union. B. Curylo vd. (Yay. Haz.) Open Europe: Cultural Dialogue across Borders Volume 5: New Diplomacy in Open Europe (s. 115-126). Opole: University of Opole, s. 123.

olmuştur.[23] Bu gibi durumlar insani yardım operasyonlarının siyasileştiği, amacından saptırıldığı üye devletlerin baskısı altında yürütüldüğü ve uyuşmazlık çözümü ve kalkınma stratejileri yerine kullanıldığı gibi eleştirilerin ECHO'ya yöneltilmesine sebep olmuştur.[24] Özellikle ECHO bütçesine önemli derecede bağışta bulunan devletlerin ECHO'nun yardım politikalarını kendi çıkarları doğrultusunda yönlendirmeye çalıştığı konusu gündeme sıkça gelen konulardan bir tanesidir.[25]

Bu dönemde ECHO'ya yöneltilen eleştiriler ve Kosova örneğiyle belirgin hale gelen orantısız dağılım sorununu gidermek üzere, "Unutulmuş Kriz Değerlendirmesi (Forgotten Crisis Assessment – FCA)" adı verilen program başlatılmıştır. Programın amacı, yardımların, ECHO bütçesine katkıda bulunan üye devletlerin öncelik verdiği bölgelerden ziyade, küresel ihtiyaçlar dikkate alınarak yapılan değerlendirmelerde belirlenen kriz bölgelerine kanalize edilmesidir.[26] FCA programının faaliyete geçmesi ile birlikte yardım dağılımda ciddi değişiklikler meydana gelmiştir. Örneğin eski Yugoslavya'ya yapılan yardımlar 2001'de %15'e, 2003'te ise %2'ye gerilemiş, bu dönemde yardımların büyük bir kısmı ihtiyaçlar temelinde Orta Asya ülkelerine yönlendirilmiştir.[27]

İnsani yardıma ilişkin normatif düzenlemelerin kurucu antlaşmalarda yer alması, insani yardım politikalarının istikrarını, denetlenebilirliğini ve güvenirliğini artırması bakımından önemli gelişmeler olmuştur. Lizbon Antlaşması, Avrupa Birliği'nin insani yardım politikasına ilişkin yönelimlerini ortaya koyan ilk kurucu antlaşmadır. Ancak ABİA kapsamındaki düzenlemelere bakıldığında, hala bazı çelişkili hükümler bulunduğu görülmektedir. ABİA m 214/1'e göre insani yardım operasyonları Birliğin dış eylemine yönelik ilkeler ve hedeflerle uyumlu olmalıdır. Ancak bu ifade, İnsani Yardım Mutabakatı'nda da açıkça belirtildiği şekli ile tarafsızlık, bağımsızlık, bağsızlık / nötrlük ve insancıllık ilkeleri ile örtüşmemektedir. Keza ABİA m. 214/2 uyarınca "*İnsani yardım operasyonları, uluslararası hukuk ilkeleri ile tarafsızlık, nötrlük ve ayrımcılık yapmama ilkelerine uygun olarak yürütülür.*" Görüldüğü üzere, aynı hükmün ilk iki cümlesinde bir uyuşmazlık söz konusudur. Burada insani yardımların nasıl hem uluslararası insancıl hukukun temel ilkeleri ile hem de dış politika hedefleri ile uyumlu olacağı anlaşılamamaktadır. 2011 yılı Uluslararası İş Birliği, İnsani Yardım ve Kriz Müdahalesinden Sorumlu Avrupa Komiseri Kristalina Georgieva, kendisine yöneltilen sorular üzerine konuya değinmiştir. Georgieva, Lizbon Antlaşmasında insani yardımın ODGP politikasından ve karar alma sürecinden tamamen farklı bir politika olarak

[23] Versylus, "Depoliticising", s. 212 vd.
[24] Elsuwege ve Orbie, s. 26.
[25] Gürdal Gençer, E. (2019). Avrupa Birliği'nin İnsani Yardım ve Sivil Koruma İmajı. Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2(33), s. 181.
[26] Dobrowolska-Polak, 121.
[27] Dobrowolska-Polak, 123.

düzenlendiğini belirtmiştir. İnsani yardımın ihtiyacı olan bireylere yardım etmekten başka bir hedefi olmadığını belirten Georgieva, insani yardıma ilişkin karar alma sürecinde siyasi, dini veya diğer hususları dikkate almadıklarını ifade etmiştir.[28]

İnsani yardım operasyonlarının temel ilkelerine riayet edilmesi bakımından, Birliğin dış eylemi ile uyumlu olmasına yönelik ifade, katı yorumlanmamalıdır. Burada daha ziyade üzerinde durulmak istenen husus, Birliğin uluslararası alandaki tüm eylemlerinde uyumluluğun sağlanmasıdır.[29] Burada "uyumluluk" ifadesi ile kastedilen, farklı Birlik politikalarının birbiri ile çatışmamasıdır.[30] Söz konusu hükmün katı bir şekilde yorumlanması durumunda, insani yardım operasyonlarının bağımsızlığı zedenelecektir. Bu da ABİA m. 214'ün ihlal edilmesi anlamına gelir. Dolayısıyla Birliğin dış eylemleri ile uyumluluk şartının, temel ilkeleri ihlal etmek için bir gerekçe olarak kullanılması mümkün olmayacaktır. Bu hususta yapılması gereken, dış eylemle uyumluluk koşulunun hükümden çıkarılması olmalıdır. Zira dış politika ile uyumsuz olan eylemlerin gerçekleştirilememesi söz konusu olabilir. Konuya ilişkin olarak doktrinde belirtilen görüş, dış eylemin amaçlarından birinin insani yardım operasyonları olduğu, dolayısıyla bu hükmün eylemleri engelleyici veya sınırlayıcı şekilde yorumlanmaması gerektiği olmuştur.[31]

ECHO'nun insani yardım operasyonları bakımından ilişkide olduğu birimlerden bir tanesi Avrupa Dış Eylem Servisi'dir (European External Action Service / EEAS). ECHO'nun faaliyetlerine ve karar alma mekanizmasına yöneltilen eleştirilerin önemli bir kısmı, bu birimle olan ilişkilerinden kaynaklanmaktadır. İki birim arasındaki ilişki temel olarak 2012 yılında çıkarılan "Dış İlişkiler Konularına İlişkin Komisyon Servisleri ile Avrupa Dış Eylem Servisi (EEAS) Arasındaki Çalışma Düzenlemeleri" ile belirlenmiştir.[32] İlgili düzenlemenin 2.5 numaralı paragrafı uyarınca, Dış Eylem Servisi, uluslararası alanda ECHO'nun faaliyetlerini etkileyebilecek değişiklikleri veya olayları Komisyon'a ve ECHO delegasyonuna bildirmekle yükümlüdür.[33] ECHO'nun faaliyet alanları ve kapsamı konusunda yönelimlerini belirleyebilmesi açısından Dış Eylem Servisi'nin katkısı önemli olmakla birlikte, ilgili insani yardım operasyonlarına ilişkin kararların dış ilişkilere ilişkin politikalar odak oluşturmaksızın alınması gerekmektedir.

2013 yılında Avrupa Birliği tarafından, gerçekleştirilen bir çalışmada, ilgililere; *"AB, genel kapsamlı veya spesifik krizlerde insancıl hukuk ilkelerine saygı gösterilmesi*

[28] International Review of the Red Cross. (2011). Discussion: What are the future challenges for humanitarian action? https://international-review.icrc.org/sites/default/files/irrc-884-interview.pdf adresinden erişildi. (ET: 12.07.2022)
[29] Elsuwege ve Orbie, s. 34-35.
[30] Broberg, M. (2014). EU Humanitarian Aid After The Lisbon Treaty. Journal of Contingencies and Crisis Management, 22(3), s. 169.
[31] Bandov ve Gosovic, s. 29.
[32] European Commission. (2012). Working Arrangements between Commission Services and the European External Action Service (EEAS) in relation to external relations issues. https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=SEC(2012)48&lang=tr adresinden erişildi. (ET: 13.07.2022).
[33] Detaylı bilgi için bkz. Bandov ve Gosovic, s. 32.

konusunda yeterince ısrar etti mi?" sorusu sorulmuştur.[34] Katılımcıların 22 tanesi "evet", 22 tanesi "hayır", 3 tanesi "bilmiyorum" şeklinde cevap vermiş, 8 katılımcı ise cevap vermemiştir. "Hayır" cevabı verenler, Avrupa Birliği'nin insani yardımı siyasetten uzak tutmak için daha çok çaba göstermesi gerektiğini belirtmiş ve bu bağlamda Dış Eylem Servisi'nin ECHO ile olan mesafesini koruması gerektiğini ve üye devletlerin Avrupa İnsani Yardım Mutabakatı'nı uygulamaya zorlanması gerektiğinin altını çizmiştir.[35]

Dış Eylem Servisi sadece ECHO ile değil pek çok birim ile ortak çalışmalar yürütmektedir. ODGP bu çalışmaların yürütüldüğü alanlardan bir tanesidir. ODGP dahilinde yürütülen çalışmalar ile insani yardım operasyonlarının üst üste bindiği hallerin meydana gelmesi mümkündür. Burada insani yardım operasyonlarının bağlı olduğu uluslararası insancıl hukuk ilkelerine zarar gelmemesi için ihtimam gösterilmesi gerekmektedir. Özellikle Avrupa Birliği üye devletlerinin askeri operasyonlar yürüttüğü bölgelere insani yardım yapıldığı hallerde, insani yardımın siyasetle iç içe geçtiği algısı oluşacak olursa, bu yardımları yürüten kişilerin zarar görmesi tehlikesi ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla bu operasyonların birbirinden tamamen bağımsız şekilde gerçekleştirildiği konusunda insanları temin edebilmek için, ECHO operasyonlarına ilişkin karar sürecinin şeffaf ve erişilebilir olması ve kurumların birbirlerini yönlendirmemesi önem taşımaktadır.

IV. Avrupa Birliği'nde İnsani Yardım Politikalarının Siyasallaşmasının Önlenmesi

ECHO'nun temel insancıl hukuk ilkelerine bağlı kalarak çalışmasını destekleyen en önemli husus, diğer uluslararası yardım kuruluşları ile ortaklık içerisinde olmasıdır. ECHO Kızılhaç, Kızılay, BM ajansları ve diğer Sivil Toplum Örgütleri ile ortak çalışmalar yürütmektedir. ECHO, bütçesinin önemli bir kısmını BM'ye devretmekte ve yardımlar buradan dağılmaktadır.[36] 2022 yılı için ECHO'nun insani yardım için ayırdığı bütçe 1.5 milyar Euro olarak belirlenmiştir. Genellikle bu bütçenin %30'dan fazlası BM'ye aktarılmaktadır.[37] Herhangi bir siyasi amaç gütmeyen kurumlarla ortak çalışılması ECHO'nun tarafsızlık, bağımsızlık, bağsızlık / nötrlük ve insancıllık ilkelerine olan bağlılığını desteklemektedir. Ancak insani yardım konusu, BM'nin uluslararası alandaki tek ve başlıca rolü değildir. Tam tersi BM öncelikle siyasi nitelikli bir örgüttür.

[34] Çalışmada ilgililer, 9 üye devlet; Sivil Toplum Kuruluşları ve Diğer Uluslararası Örgütler de dahil olmak üzere 31 ortak; 2 akademisyen; 9 birey ve kampanya ve lobi gruplarını içeren 4 diğer kuruluş olarak belirtilmiştir. Söz konusu çalışma belgesi için bkz. European Commission. (2013). The Union's Humanitarian Aid: Fit For Purpose? Summary Of Responses To The Stakeholder Consultation. https://ec.europa.eu/echo/files/policies/consultations/Fit-for-purpose_summary_en.pdf adresinden erişildi. (ET: 13.07.2022).

[35] European Commission. "The Union's Humanitarian Aid", s. 4.

[36] European Parliament, "Humanitarian Aid", s. 2.

[37] European Commission. (2022). EU at forefront of global humanitarian response: €1.5 billion for 2022. https://civil-protection-humanitarian-aid.ec.europa.eu/news-stories/news/eu-forefront-global-humanitarian-response-eu15-billion-2022-2022-01-17_en#:~:text=To%20help%20those%20most%20affected,%E2%82%AC1.5%20billion%20for%202022 adresinden erişildi. (ET: 14.07.2022).

Dolayısıyla bütçenin önemli bir payının BM ajanslarına aktarılması, ECHO'nun sözü edilen temel ilkelere olan bağlılığına ilişkin kanaatin olumsuz yönde etkilenmesine sebep olabilecek bir faktördür.[38] Bu bağlamda sivil toplum örgütleri ile daha yüksek bütçeli ortaklıklar yapılmasının daha faydalı olacağı söylenebilir.

ECHO, hangi sivil toplum örgütü ile ortak çalışma gerçekleştireceğine kendi içerisinde karar vermektedir. Burada doğrudan ilgili sivil toplum örgütünün seçilmesinden ziyade, oluşturulan projelerin değerlendirilmesi şeklinde bir yöntem izlenmektedir. Projelerin belirlenmesinin ardından ilgili kuruluş ile bir Ortaklık Antlaşması yapılmakta ve bu antlaşmanın temel insancıl hukuk ilkeleri ile uyumlu olması gerekmektedir.[39] Ancak burada ilgili projelerin insancıl hukuk ilkelerine uyumu bakımından tam olarak hangi kıstaslar üzerinden değerlendirildiği belirlenmiş değildir. Dolayısıyla projelerin seçimi, ortaklık antlaşmasının içeriğinin belirlenmesi ve uygulanması noktasında daha belirgin hukuk kurallarının oluşturulması gerekmektedir.

Sonuncusu 2018'de yayınlanmış olan ve bağımsız uzmanların katılımıyla hazırlanan AB İnsani Yardımlarının Kapsamlı Değerlendirmesine İlişkin Rapor'da genel olarak, AB'nin insani yardım alanında güçlü bir performans sergilediği; ortaklıklara yaklaşımı, saha ağı ve insani yardım sistemini şekillendirmedeki rolü bakımından ilkeli ve ihtiyaç temelli bir bağışçı olduğu belirtilmektedir.[40] Ancak, insancıl hukuk ilkelerinin ihlal edilmesinin önlenmesi açısından daha fazla bağımsız denetim, kontrol ve sistematik değerlendirme yapılması gerekliliği muhakkaktır.[41]

V. Sonuç

Dünya genelinde yaşanan doğal veya beşeri kaynaklı krizler, uluslararası toplumun yanıt vermesini gerektirecek kadar kapsamlı sonuçlar doğurabilir. Avrupa Birliği, bu krizlere hızlı ve sistematik bir yanıt verilebilmesi bakımından esasında son derece elverişli bir yapıya sahiptir. Üye devletlerden sağlanan bütçe katkıları ve dünyanın değişik yerlerindeki personeli ile Avrupa Birliği, BM ile birlikte uluslararası insani yardım konusunda son derece önemli görevler üstlenmektedir.

Avrupa Birliği'nin üstlendiği bu görev, uluslararası insancıl hukuk kapsamında gerçekleştirileceğinden, bazı temel ilkelere her daim riayet edilmesi önem taşımaktadır. İnsani yardım politikasının, ODGP gibi alanlarla iç içe geçtiği hallerde, söz konusu temel ilkelere riayet edilmesi zorlaşacaktır. Bu durum, insani yardım politikasının hedeflerini zedeleyeceği gibi, bu politikalara olan inancı ve güveni de zedeleyecektir. İnsani yardım müdahalesi adı altında farklı saiklerle yapılan eylemler, uluslararası toplumdaki algıyı

[38] Versylus, "European Union,, s. 110.
[39] Versylus, "European Union,, s. 111.
[40] European Commission. (2018). Comprehensive evaluation of the European Union humanitarian aid, 2012-2016 Final report. https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/b8c34b41-4122-11e8-b5fe-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF adresinden erişildi. (ET: 14.07.2022).
[41] Bandov ve Gosovic, s. 37.

olumsuz yönde etkileyecektir. Avrupa Birliği İnsani Yardım Mutabakatı'nda da belirtildiği üzere, insani yardım operasyonları bağımsızlık, tarafsızlık, bağsızlık/nötrlük ve insancıllık temel ilkeleri gözetilerek gerçekleştirilmelidir.

İnsani yardımların devletler veya devletlerin bir araya gelerek oluşturduğu siyasi niteliğe haiz uluslararası örgütler eli ile de gerçekleştirilmesi mümkündür. Ancak bu gibi aktörler çoğu zaman siyasi saiklerle hareket ederler. Ancak insani yardım alanında siyasi saik gözetilmemelidir. Uluslararası alanda insani yardım operasyonları düzenleyen sivil toplum kuruluşlarını bu gibi aktörlerden ayıran en önemli özellik bu olmaktadır. Her ne kadar devletler veya devletler eliyle oluşturulan uluslararası örgütlerin siyasi amaçları bulunsa da, insani yardım operasyonlarında uluslararası inancıl hukukun gözetilmesi ve siyasi saiklerin bir kenara bırakılması gerekmektedir. Ancak bu koşulun sağlanması ne yazık ki her zaman mümkün olmamaktadır.

Avrupa Birliği'nin insani yardım politikalarında üye devletler başta olmak üzere çıkar gruplarının etkisinin bulunması, sıkça eleştiri konusu olmuştur. Avrupa Birliği, çalışmada da incelendiği üzere, bu gibi endişeleri ortadan kaldırmak amacıyla ECHO'nun yapısı, kaynak dağılımı kriterleri ve yardım yapılacak bölgelerin seçimi gibi hususlarda önemli düzenlemeler getirmiştir. Bu gibi çalışmalar mson derece önemli olmakla birlikte, henüz yeterli olduğu konusunda şüpheler bulunmaktadır. Bu bağlamda özellikle yardım yapılacak projelerin değerlendirilmesi ve aktarılacak yardım miktarının belirlenmesi noktasında daha belirgin ve şeffaf bir sürecin oluşturulması beklenmektedir.

Kaynakça

Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma (Treaty of the Functioning of The European Union), https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf adresinden erişildi. (E.T. 10.07.2022).

Avrupa Komisyonu. (2014). Avrupa İnsani Yardım Mutabakatı – ECHO Bilgi Dosyası. https://ec.europa.eu/echo/files/aid/countries/factsheets/thematic/consensus_tr.pdf adresinden erişildi. (E.T. 11.07.2022).

Bandov, G. ve Gosovic, G. (2018). The EU Humanitarian Aid As (In)dependent Instrument of EU's External Policies. Journal of Liberty and International Affairs, 4(2), s. 25-39.

Broberg, M. (2014). EU Humanitarian Aid After The Lisbon Treaty. Journal of Contingencies and Crisis Management, 22(3), s. 166-173.

Brusset, E. vd. (2002). Trends and Risks in EU Humanitarian Action. J. Macrae (Yay. Haz.). The New Humanitarianisms: A Review of Trends in Global Humanitarian Action. (s. 51-62). Humanitarian Policy Group.

Council Regulation (EC) No 1257/96 of 20 June 1996 Concerning Humanitarian Aid, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:31996R1257 adresinden erişildi. (E.T. 10.07.2022).
Dany, C. (2015). Politicization of Humanitarian Aid in the European Union. European Foreign Affairs Review, 20(3), s. 419-438.
Dobrowolska-Polak, J. (2014). Humanitarian Diplomacy of the European Union. B. Curylo vd. (Yay. Haz.) Open Europe: Cultural Dialogue across Borders Volume 5: New Diplomacy in Open Europe (s. 115-126). Opole: University of Opole.
ECHO. (2021). Forgotten Crisis Factsheet. https://civil-protection-humanitarian-aid.ec.europa.eu/what/humanitarian-aid/needs-assessment/forgotten-crises_en#:~:text=The%20EU%20Civil%20Protection%20and,insufficient%20or%20no%20international%20aid adresinden erişildi. (E.T. 10.07.2022).
EU announces humanitarian aid worth $554M in response to Ukrainian crisis. https://www.aa.com.tr/en/europe/eu-announces-humanitarian-aid-worth-554m-in-response-to-ukrainian-crisis/2522518#:~:text=EU%20Commission%20chief%20Ursula%20von,fleeing%20the%20war%20with%20Russia adresinden erişildi. (E.T. 10.07.2022).
European Commission. (2012). Working Arrangements between Commission Services and the European External Action Service (EEAS) in relation to external relations issues. https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=SEC(2012)48&lang=tr adresinden erişildi. (ET: 13.07.2022).
European Commission. (2013). The Union's Humanitarian Aid: Fit For Purpose? Summary Of Responses To The Stakeholder Consultation. https://ec.europa.eu/echo/files/policies/consultations/Fit-for-purpose_summary_en.pdf adresinden erişildi. (ET: 13.07.2022).
European Commission. (2018). Comprehensive evaluation of the European Union humanitarian aid, 2012-2016 Final report. https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/b8c34b41-4122-11e8-b5fe-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF adresinden erişildi. (ET: 14.07.2022).
European Commission. (2022). EU at forefront of global humanitarian response: €1.5 billion for 2022. https://civil-protection-humanitarian-aid.ec.europa.eu/news-stories/news/eu-forefront-global-humanitarian-response-eu15-billion-2022-2022-01-17_en#:~:text=To%20help%20those%20most%20affected,%E2%82%AC1.5%20billion%20for%202022 adresinden erişildi. (ET: 14.07.2022).
European Council. (2008). European Consensus on Humanitarian Aid. https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:025:0001:0012:EN:PDF adresinden erişildi. (E.T. 11.07.2022).

European Parliament. (2020). Humanitarian Aid. https://www.europarl.europa.eu/factsheets/en/sheet/164/humanitarian-aid adresinden erişildi. (E.T. 11.07.2022).
Georgieva, K. (2014). Stakes and Challenges of EU Response to Global Emergencies: An EU Policy Perspective. I. Govaere ve S. Poli (Yay. Haz.) EU Management of Global Emergencies (s. 13-19). Brill & Nijhoff.
Gürdal Gençer, E. (2019). Avrupa Birliği'nin İnsani Yardım ve Sivil Koruma İmajı. Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2(33), s. 166-187.
Harat, A., Chojnacki, M. ve Leksowski, K. (2015). Humanitarian Aid of the European Union and United Nations: Actions, Responsibilities and Finances. Bulletin of Geography. Socio-Economic Series, 29(2015), s. 65-73.
International Review of the Red Cross. (2011). Discussion: What are the future challenges for humanitarian action? https://international-review.icrc.org/sites/default/files/irrc-884-interview.pdf adresinden erişildi. (ET: 12.07.2022)
İnan, M. (2012). İnsani Yardım ve Avrupa Birliği Boyutu. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir.
Mowjee, T. (1998). The European Community Humanitarian Office (ECHO): 1992-1999 and Beyond. Disasters 22(3), s. 250-267.
Orbie, J. ve Van Elsuvege, P. (2014). The EU's Humanitarian Aid Policy After Lisbon: Implications of a Neww Treaty Basis. I. Govaere ve S. Poli (Yay. Haz.) EU Management of Global Emergencies (s. 21-46). Brill & Nijhoff.
Versylus, H. (2008). Depoliticising and Europeanising Humanitarian Aid: Success or Failure? Perspectives on European Politics and Society, 9(2), s. 208-224.
Versylus, H. (2009). European Union Humanitarian Aid: Lifesaver or Political Tool? J. Orbie (Yay. Haz.). Europe's Global Role (s. 91-115). Ashgate Publishing.

KANUNİ TEMSİLCİLERİN VE ŞİRKET ORTAKLARININ VERGİ BORÇLARINDAN SORUMLULUĞUNDA DÖNEMSELLİK İLKESİ

Hakim Eyyüp Yüce[1]
Prof. Bernur Açıkgöz[2]
Arş. Gör. Burhanettin Onur Kireçtepe[3]

Özet
Türk Vergi Sisteminde, temsil genel olarak Vergi Usul Kanunu'nda vergi sorumluluğu başlığı altında düzenlenmiştir. Vergi sistemimizde temsil genel olarak, küçük ve kısıtlıların temsili ile tüzel kişilerin veya tüzel kişiliği olmayan kurumların temsili şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Vergi sorumlusu ile ilgili olarak sorumluluğun ne zaman başladığı ve ne zaman bittiği hukuki ihtilaflara neden olabilmektedir. Bu bildiride, kanuni temsilci ve ortak sıfatıyla ilgili genel açıklamalara yer verilmiş ve bu sıfatların ne zaman kazanılacağı veya kaybedileceği hususuyla ilgili kurallar irdelenmiştir. Bu sayede tüzel kişilerin kanuni temsilcileri ve ortaklarının sorumlu bulunduğu dönemlerin belirlenebilmesi için gerekli olan temel kurallara erişilmeye çalışılmıştır. Daha sonrasında ise, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu ile 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunda yer alan düzenlemeler incelenmiş ve bu düzenlemeler çerçevesinde örnek olaylara ve yargı kararlarına da değinilerek özellikle tüzel kişilerin kanuni temsilcileri ve limited şirket ortaklarının sorumluluğunun hangi dönemlerle sınırlı olması ve sorumluluk dönemlerinin sınırlarının nasıl çizilmesi gerektiğine ilişkin tespit ve değerlendirmelere yer verilerek çalışma sonlandırılmıştır.
Anahtar Kelimeler: Vergi sorumlusu, limited şirket ortaklarının vergisel sorumluluğu, Vergi sorumluluğunun başlaması, vergi sorumluluğunun bitişi.

1. Giriş

Kanuni temsilci veya ortakların vergi borçlarından sorumluluğuna ilişkin yasal düzenlemelere 213 sayılı Vergi Usul Kanunu (VUK) ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun'da (AATUHK) yer verilmiştir. Kanuni temsilciler ve limited şirket ortaklarıyla ilgili olarak yapılan düzenlemelerde ilgililerin asıl borçlu kişilerin borçlarından sorumlu bulundukları dönemlerin belirlenmesinde alacağın ilgili bulunduğu dönemde kanuni temsilci veya ortak olmaları kurala bağlanmasına rağmen, vergi idaresi tarafından, belirtilen yasalarda yer alan düzenlemelerin yanlış yorumlanması

[1] Van Vergi Mahkemesi Üyesi, eyyup_yuce21@outlook.com, ORCİD: 0000-0003-1453-0566
[2] İzmir Katip Çelebi Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Maliye Bölümü, e-posta: bernur.acikgoz@ikcu.edu.tr, ORCİD: 0000-0001-6040-4443
[3] Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı, e-posta: onurkirectepe@gmail.com, ORCİD: 0000-0002-4485-3983.

sebebiyle kanuni temsilciler veya ortakların sorumlu oldukları dönemler konusunda yapılan hatalı uygulamalar, bu kişilerin asıl borçlu şirketi temsile yetkili olmadıkları veya şirketten menfaat sağlamadıkları dönemlere ilişkin kamu alacaklarından da sorumlu tutulmalarına sebep olmaktadır.

Kanuni temsilciler ve ortaklar adına tesis edilen işlemlere ilişkin olarak yargı mercileri tarafından verilen kararlar incelendiğinde gerek ilk derece mahkemeleri gerekse de istinaf mercileri tarafından birbirinden farklı nitelikte ve çelişkili kararların verildiği ve bu kararların önemli bir bölümünün de temyiz sınırının altında kalması nedeniyle kesinleştiği görülmektedir. Yargı mercileri tarafından farklı doğrultuda kararların verilmesi durumu, yasal düzenlemelerin soyut nitelikte olması ve "alacağın ilgili bulunduğu dönem"in sınırlarının yasalarda net şekilde çizilmemesiyle açıklanabilecek olsa da aynı durumda olan kişiler hakkında farklı nitelikte ve çelişkili kararlar verilmesi vatandaşların hukuka olan güvenini ve hukuki istikrar ilkesini zedelemektedir.

Bütün bu açıklamalar göz önüne alındığında, asıl borçlu kişilerden tahsil edilemeyen vergi ve buna bağlı alacakların kanuni temsilciler veya ortaklardan tahsilinde ilgililerin sorumluluk dönemlerinin sınırlarının net şekilde çizilmesinin ve bu şekilde kanuni temsilci veya ortak olunmayan dönemlere ilişkin alacakların bu kişilerden tahsiline yönelik işlemlerin önüne geçilmesinin son derece önem arz ettiği anlaşılmaktadır. Bu çalışmanın temel amacı da kanuni temsilciler ve şirket ortaklarının vergi borçlarından sorumlu bulundukları dönemlerin sınırlarını literatürde yer alan veriler, yasal düzenlemeler ve Danıştay içtihatları ışığında açıklamak ve bu amaçla yapılacak çalışmalara kaynak oluşturmaktır.

2. Kanuni Temsilcilik Sıfatına İlişkin Genel Bilgiler

Tüzel kişilerin, tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin ve küçükler ile kısıtlıların vergilendirmeye ilişkin işlemlerinde vergi dairesiyle muhatap olacak kişi, kanundan aldığı yetkiyle bu kişileri veya teşekkülleri temsil yetkisine sahip olan kanuni temsilcidir. Diğer bir anlatımla kanuni temsilci; kendini ifade etme olanağına sahip bulunmayan kişilerin veya teşekküllerin, hukuki sonuç doğurabilecek nitelikte işlem yapabilmeleri amacıyla kanun tarafından görevlendirilen kişi olarak tanımlanabilir. (Köroğlu, 2020:35).

Gerçek kişilerde ergin olmayan küçüklerin kanuni temsilcileri velayetleri altında bulundukları veliler, kısıtlıların kanuni temsilcileri sulh hukuk mahkemesi tarafından atanan vasilerdir. (Dural ve diğerleri, 2016:420)

Tüzel kişilerde;

-Derneklerde; dernek yönetim kurulu üyeleri, yetkinin devredilmesi halinde yetki devredilen üye kanuni temsilcidir. (Öztan, 2014:363).

-Vakıflarda, vakıf yönetim organı veya vakıf senedinde gösterilmesi kaydıyla yönetim organınca belirlenen kişi kanuni temsilcidir. (Deniz, 2019:55)

-Anonim şirketlerde, şirketin maksat ve mevzuuna dahil olan işlemlerde yetkili bulunan yönetim kurulu üyeleri, yetkinin devredilmesi halinde yetki devredilen üye veya dışarıdan atanan müdürler kanuni temsilcilerdir. (Deniz, 2019:72).

Vergisel işlemler açısından yönetim kurulu tarafından temsil yetkisi verilen kişilerin anonim şirketin kanuni temsilcisi haline geldiği, yönetim yetkisi bulunmayan üyelerin ise vergisel işlemler açısından kanuni temsilci olarak sorumlu tutulamayacağı görüşü ağırlık kazanan görüş olarak karşımıza çıkmaktadır. (Karakoç, 2017:165).

Anonim şirketlerde temsilci olarak seçilen kişilerin sicile tescili ve ilanı zorunlu şart olarak öngörülmüştür. Diğer taraftan kanuni temsilcinin değişmesi halinde de durumun sicile tescil ve ilan edilmesi gerekmektedir (Barlas, 2005:115). Bu hükümlerde yer alan tescil ve ilan kurucu değil bildirici niteliktedir. Kanuni temsilcilik hususu sicilde tescil ve ilan edilmemiş olsa dahi alınan karar doğrultusunda yapılan işlemlerde yetkisiz olunduğundan bahsedilemeyecektir. Tescil ve ilan, temsil yetkisinin değiştiği veya sona erdiği hususunun üçüncü kişilere bildirilmesi açısından önem taşımaktadır. (Köroğlu, 2020:111). Diğer bir deyişle, temsil yetkisinin başladığı veya sona erdiği hususları, tescil ve ilana dayanılarak üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir.

Limited şirketlerde; aksi kararlaştırılmış olmadıkça ortaklardan her biri müdür sıfatıyla, yetkinin bir veya birkaç ortağa bırakılması halinde bu ortak veya atanan müdür kanuni temsilcidir. Kollektif şirketlerde; ortaklardan her biri, yetkinin ortaklardan birine bırakılması halinde yetki verilen ortak kanuni temsilcidir. (Şengöz, 2011:18). Komandit şirketlerde; komandite ortaklar ve/veya adı şirket unvanında yer alan komanditer ortak kanuni temsilcidir. (Pulaşlı, 2016:227). Kooperatiflerde; kooperatif yönetim kurulu üyeleri, yönetim kurulu tarafından yetkinin devredilmesi halinde yetkinin devredildiği yönetim kurulu üyesi kanuni temsilcidir. (Koban, 2013:30). Adi ortaklıklarda, ortaklığı temsille yetkilendirilen ortağın kanuni temsilci olduğu savunulmaktadır. (Conker, 2015:64, Kayar, 2018:338) Cemaatlerde, topluluğu temsil eden kişiler kanuni temsilci olarak sorumlu tutulabilir.

3. Kanuni Temsilcinin Vergi Borçlarından Sorumluluğunda Dönemsellik İlkesi

Vergi mevzuatımızda kanuni temsilcilerin vergi borçlarından sorumluluğuna ilişkin başlıca iki düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenlemelerden ilki 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun ''Kanuni Temsilcilerin Ödevi'' başlıklı 10. maddesidir. İkinci düzenleme ise 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un ''Kanuni Temsilcilerin Sorumluluğu'' başlıklı mükerrer 35. maddesidir.

3.1. Kanuni Temsilcilerin Sorumluluğuna İlişkin Yasal Düzenlemeler

213 sayılı VUK'un 10. maddesinde; ''Tüzel kişilerle küçüklerin ve kısıtlıların, vakıflar ve cemaatler gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mükellef veya vergi sorumlusu olmaları halinde bunlara düşen ödevler kanuni temsilcileri, tüzel kişiliği olmayan teşekkülleri idare edenler ve varsa bunların temsilcileri tarafından yerine getirilir.

Yukarıda yazılı olanların bu ödevleri yerine getirmemeleri yüzünden mükelleflerin veya vergi sorumlularının varlığından tamamen veya kısmen alınamayan vergi ve buna bağlı alacaklar, kanuni ödevleri yerine getirmeyenlerin varlıklarından alınır. Bu hüküm Türkiye'de bulunmayan mükelleflerin Türkiye'deki temsilcileri hakkında da uygulanır. Temsilciler veya teşekkülü idare edenler bu suretle ödedikleri vergiler için asıl mükelleflere rücu edebilirler.

Tüzel kişilerin tasfiye haline girmiş veya tasfiye edilmiş olmaları, kanuni temsilcilerin tasfiyeye giriş tarihinden önceki zamanlara ait sorumluluklarını da kaldırmaz.'' hükmüne yer verilmiştir.

Bu düzenleme kapsamında kanuni temsilciden talep edilebilecek alacaklar, vergisel ödevlerin yerine getirilmemesi nedeniyle ortaya çıkan ve VUK'un ilk 2 maddesi doğrultusunda Kanun kapsamında yer alan alacaklar olarak belirtilebilir. (Gerçek, 2005:185; Koban, 2013:39)

6183 sayılı Kanuna 25.05.1995 tarih ve 4108 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle eklenen mükerrer 35. maddede; ''Tüzel kişilerle küçüklerin ve kısıtlıların, vakıflar ve cemaatler gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mal varlığından tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacakları, kanuni temsilcilerin ve tüzel kişiliği olmayan teşekkülü idare edenlerin şahsi mal varlıklarından bu Kanun hükümlerine göre tahsil edilir.'' hükmü düzenlenmiştir.

3.2. Kanuni Temsilcilerin Vergi Borçlarından Sorumluluğuna Uygulanacak Düzenlemenin Belirlenmesi

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 10. maddesinde yer alan düzenleme ile 6183 sayılı AATUHK'nun mükerrer 35. maddesinde yer alan düzenleme karşılaştırıldığında, VUK'da yer alan düzenlemenin vergi ve vergiye bağlı alacaklar için düzenlenmesi, tüm alacaklar bakımından uygulama olanağının bulunmaması ve anılan Kanun tarh, tebliğ, tahakkuk aşamalarına ilişkin olmasına rağmen 10. maddede tahsil aşamasına ilişkin özel düzenleme bulunması nedenleriyle 6183 sayılı Kanuna göre özel hüküm niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır. Öte yandan, 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesinin gerekçesinde de bu düzenlemenin VUK kapsamına giren alacaklardan sorumlu olan kişilerin diğer amme alacaklarından da sorumlu olmasını sağlamak amacıyla getirildiği belirtilmiş olup bu ifadeden de VUK kapsamına giren alacaklarda 6183 sayılı Kanun'un

mükerrer 35. maddesinin uygulanamayacağı, VUK'un 10. maddesinin uygulanması gerektiği sonucu çıkmaktadır. (Öner, 2018:205).

Nitekim, 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesine 04.06.2008 tarih ve 5766 sayılı Kanunla eklenen ve kanuni temsilcilerin sorumluluklarına dair 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda yer alan hükümlerin 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesinde düzenlenen sorumluluğu kaldırmayacağını düzenleyen 4. fıkra, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen 19.03.2015 tarih ve 2014/144 E., 2015/29 K. sayılı karar ile iptal edilmiş olup, anılan kararın gerekçesinde de iki ayrı düzenlemeden hangisinin uygulanacağı konusunda belirsizlik oluştuğu görüşü savunulmuştur.

3.3. Vergisel Ödevlerin Yerine Getirileceği Zaman Açısından Dönemsellik İlkesinin Uygulanması

Vergi Usul Kanunu'nun kanuni temsilcilerin sorumluluğunu düzenleyen 10. maddesinde kanuni temsilciler vergisel ödevlerin yerine getirilmemesinden sorumlu tutulmuş, ancak anılan düzenlemede yerine getirilmesi gereken ödevlerin neler olduğuna ilişkin herhangi bir ibareye yer verilmemiştir. Mükellefler tarafından yerine getirilmesi gereken ödevlere ise Vergi Usul Kanunu'nun 153 ila 257. maddeleri arasında yer verilmiştir. Öte yandan, Kanun'un 257. maddesinde de Maliye Bakanlığı'na mükelleflerin bazı ödevleri konusunda değişiklik yapma yetkisi tanınmıştır. Bu düzenlemeler göz önüne alındığında, kanuni temsilciler tarafından yerine getirilmesi gereken ödevlerin, Vergi Usul Kanunu'nda yer alan ödevler ile Kanunun verdiği yetkiye dayanılarak Maliye Bakanlığı'nca belirlenen ödevler olduğu söylenebilir (Bilici, 2012:73).

Vergi Usul Kanunu'nun 153 ila 257. maddeleri arasında sayılan ödevler; bildirimde bulunma, defter tutma ve defter tasdik ettirme, belge düzenine uyma, kayıt nizamına uyma, belge düzenleme ve verme, defter ve belgeleri muhafaza ve ibraz ödevidir, Bunların dışında, Vergi Usul Kanunu'nda bu ödevler arasında düzenlenmemekle birlikte VUK'un 144. maddesi lafzından hareketle beyanname vermenin ödev olarak kabul edilmesi gerektiği kaynaklarda yer almaktadır (Koban, 2013:59) Bunların yanında vergi ödemenin bir ödev olup olmadığı ve kanuni 22 temsilcinin sorumluluğunda vergiyi vadesinde ödemeyen kanuni temsilcinin VUK 10. madde kapsamında sorumlu tutulup tutulamayacağı doktrinde tartışılmaktadır.(Barlas, 2005:60-63).

3.4. Vergi Ödeme Hususunun Kanuni Temsilcinin Sorumluluğu Açısından Değerlendirilmesi

Vergi ödeme, Anayasa'nın 73. maddesinde herkesin mali gücüne göre vergi ödemekle yükümlü olduğu kuralına yer verilerek açık bir şekilde mükellefler tarafından yerine getirilmesi gereken bir işlem olarak nitelendirilmiştir. Öte yandan verginin zamanında ödenmemesi halinde her ne kadar vergi ziyaı cezası uygulanmamakta ise de

vadeden sonra yapılan ödemeler gecikme zammına tabi tutulmaktadır ki aslında bu yaptırım da ödemenin geç yapılmasının tazmini olarak düzenlenmiştir. Bu örnekte, gerekli mali güce sahip olan bir tüzel kişinin kanuni temsilcisi tarafından borcun vadesinde ödenmemesi nedeniyle tahakkuk ettirilen gecikme zammının zamanında ödeme yapmayan kanuni temsilciden talep edilemeyeceğini söylemek kanımızca VUK 10. maddenin amacına açıkça aykırılık teşkil edecektir. Çünkü, anılan örnekte borcun asıl borçludan tahsili mümkün iken kanuni temsilcinin ödeme yapmaması nedeniyle tahsilat sağlanamamıştır.

Netice olarak vardığımız sonuç vergi ödemenin bir ödev olarak kabul edilmesi gerektiğidir. Vergi ödevi sadece beyanname verme, bildirimde bulunma vs. gibi şekli ödevleri değil, maddi edim şeklindeki vergi ödeme ödevini (Altaş, 2019:188, Yücel, 2010:51) de içermektedir. Ancak bu ödev, kanuni temsilcinin temsil ettiği kişinin mali imkânları doğrultusunda yapacağı ödemeden ibarettir.

3.5. Alacakların Tarh Şekline Göre Dönemsellik İlkesinin Uygulanması

3.5.1. Beyan Üzerine Tarh Edilen Vergilere İlişkin Alacaklar

Beyan üzerine tarhiyat usulünde, mükellef veya sorumlu tarafından verilen beyannamede gösterilen bilgiler üzerinden vergilere ilişkin tahakkuk fişi düzenlenerek vergi tarh ve tahakkuk ettirilir. Beyannamelerin ne zaman verileceği hususu ise vergilere ilişkin özel kanunlarda yer almaktadır.

Vergi Usul Kanunu'nun 10. maddesinde kanuni temsilcilerin sorumluluğu vergisel ödevlerin yerine getirilmemesine bağlı tutulmuştur. Bu açıdan beyan üzerine tarh edilen vergilerde vergisel ödevin ne olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Beyan üzerine tarh edilen vergilerde vergisel ödev, beyannamenin süresinde verilmesidir. Beyannamenin süresinde verilmemesi ya da hiç verilmemesi halinde vergisel ödevin yerine getirilmemesi durumu ortaya çıkacağından, beyannamenin verilmesi gereken tarihte kanuni temsilci olan kişinin sorumluluğu doğacaktır.

Beyannamenin verilmesi gereken son tarihte kanuni temsilci olan kişinin beyannamenin verilmemesinden kaynaklanan alacaklardan sorumlu tutulmasında herhangi bir kuşku bulunmamaktadır. Ancak, ilgili dönemde kanuni temsilci olan, ancak beyannamenin verilmesi gereken son tarihten önce kanuni temsilcilik yetkisi sona eren kişinin, beyannamenin süresinde verilmemesinden kaynaklanan alacaklardan Vergi Usul Kanunu'nun 10. maddesi kapsamında sorumlu tutulmaması gerekmektedir. Zira, kanuni temsilcinin ayrıldığı tarihte beyanname verme süresi henüz dolmadığından ve son tarihe kadar yeni kanuni temsilci tarafından beyanname verilmesi mümkün olduğundan, önceki kanuni temsilci açısından kanuni temsilcilik döneminde yerine getirilmeyen vergisel ödev bulunduğundan da bahsedilemeyecektir.

Beyan üzerine tarh edilen vergilerde beyanname verme ödevi yerine getirildikten sonra ikinci ödev olarak mükelleflerin en temel ödevi olan vergi ödeme ödevi karşımıza çıkmaktadır. Vergi beyannamesi verildikten sonra vergi idaresince Vergi Usul Kanunu'nun 25. maddesine göre vergi tahakkuk edilir ve alacağın vadesi ortaya çıkar. Bu durumdan sonra verginin vadesinde ödenmesi mükellefler açısından en temel ödevdir. Bu ödevin tüzel kişinin ödeme imkânı bulunmasına rağmen yerine getirilmemesinden de vade tarihinde kanuni temsilci olan kişi sorumludur. Vergi ödeme ödevinde dikkate alınacak tarih de vadenin son tarihidir.

3.5.2. Re'sen, İkmalen ya da İdarece Tarh Usulüne Göre Tarh Edilen Vergilere İlişkin Alacaklar

Resen, ikmalen ve idarece tarhiyat usulleri 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 29, 30 ve mükerrer 30.maddelerinde tanımlanmıştır. (Barlas, 2005:37). Re'sen tarh nedeni olarak Kanunda sayılan durumların, vergisel ödevlerin yerine getirilmemesi sonucunu doğurduğu, diğer bir deyişle bazı vergisel ödevlerin yerine getirilmemesine ilişkin somut durumların Kanunda re'sen tarh nedeni olarak düzenlendiğini söylememiz mümkündür, Örneğin; vergi beyannamesinin kanuni süresi geçtiği halde verilmemesi durumu beyanname verme ödevinin hiç yerine getirilmemesi; vergi beyannamesi kanuni süresinde verilmekle birlikte beyannamede verginin matrahına ilişkin bilgilerin gösterilmemesi durumu ise beyanname verme ödevinin eksik yerine getirilmesi anlamına gelmektedir. Yine, VUK'a göre tutulması mecburi olan defterlerin hepsi veya bir kısmının tutulmaması veya tasdik ettirilmemesi defter tutma ve defterleri tasdik ödevinin; defterlerin vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlara ibraz edilmemesi de defter ve belgeleri muhafaza ve ibraz ödevinin yerine getirilmemesi anlamına gelmektedir.

Bu durum, kanuni temsilcilerin dönemsel sorumluluğu açısından değerlendirildiğinde, re'sen tarh edilen vergi alacağının bulunması halinde tarh nedeninin gerçekleştiği dönemde kanuni temsilci olan kişinin alacağın vadesinde kanuni temsilci olmasa bile Vergi Usul Kanunu'nun 10. maddesi kapsamında sorumlu tutulabileceğini söylememiz mümkündür. Ancak bu sorumluluk sebebiyet verilen matrah ile sınırlıdır.

İkmalen tarhiyat mükellefin kusurundan kaynaklanabileceği gibi, idarenin herhangi bir sebeple eksik vergi tarh ettirmiş olmasından da kaynaklanabilir. İkmalen tarhın mükellefin kusurundan kaynaklanması halinde, ilk tarhın yapıldığı dönemde vergisel ödevin eksik yerine getirilmesi söz konusu olacağından, ilk tarhiyata ilişkin vergisel ödevin eksik bir şekilde yerine getirildiği tarihte kanuni temsilci olan kişi Vergi Usul Kanunu'nun 10. maddesi kapsamında sorumlu tutulabilecektir. Ancak ikmalen tarhın idarenin hatasından kaynaklanması halinde mükellef tarafından vergisel ödevin eksik yerine getirilmesinden bahsedilemeyeceğinden, kanuni temsilcinin Vergi Usul Kanunu'nun 10. maddesi kapsamında sorumlu tutulması mümkün bulunmamaktadır.

İdarece tarh usulünde ise; mükellef tarafından vergisel ödevin yerine getirilmemesi söz konusu olacağından, idareye müracaat edilmesi gereken son tarihte müracaatta bulunmayarak veya kanunlarla mükellefe yüklenilen sorumlulukların yerine getirilmesi gereken tarihlerde bu sorumluluğu yerine getirmeyerek idarece tarha sebebiyet veren kanuni temsilcinin, VUK'un 10. maddesi kapsamında sorumlu tutulması mümkündür.

3.5.3. Alacakların Yapılandırılması Halinde Dönemsellik İlkesinin Uygulanması

Alacakların yapılandırılması halinde kanuni temsilcilerin sorumluluklarının ne şekilde belirleneceğine ilişkin olarak yapılandırma yasasında hüküm bulunabilir. Bu takdirde, kanuni temsilcilerin sorumluluğu açısından özel kanun-genel kanun ilişkisi gereğince yapılandırma yasasında bulunan hükmün uygulanması gerektiğinde kuşku bulunmamaktadır.

Öte yandan, bazı kaynaklarda yapılandırma yasasında hüküm bulunmaması halinde, yapılandırma ile borcun tutarı, dönemi ve vadesinin değiştiği, borcun nitelik değiştirdiği, eski borcun sona erdiği ve yeni bir borcun doğduğu iddia edilerek yapılandırmadan önceki kanuni temsilcilerin sorumluluğunun da ortadan kalktığı savunulmaktadır (Deniz, 2019:72) Ancak, Vergi Usul Kanunu'nun 10. maddesinin amacı göz önüne alındığında bu görüşe pek katılmadığımızı belirtmemiz gerekmektedir.

Durumu bir örnekle açıklayacak olursak, sahte fatura düzenleme nedeniyle tüzel kişi adına tarh edilen vergi ve kesilen cezalardan sahte faturaları düzenleyen kanuni temsilci VUK 10. madde kapsamında sorumludur. Ancak alacağın sonradan kanuni temsilci olan kişi tarafından yapılandırıldığını ve hiç ödeme yapılmadığını ya da çok cüzi miktarda ödeme yapıldığını düşündüğümüzde, savunulan görüşe göre sahte fatura düzenleyen önceki kanuni temsilcinin sorumlu olmaması gerekmektedir. Ancak bu durum hakkaniyet ilkesine açıkça aykırıdır. Ayrıca bu yorumun kötüye kullanılması da mümkün bulunmaktadır. Bir diğer neden olarak yapılandırmada mevcut borç değişmemekte, miktarında herhangi bir artış değil, aksine bir azalma olmaktadır. Borcun yapılandırma kanununa istinaden tahakkuk etmesi yeni bir borç doğduğu anlamına gelmemektedir. Zira doğan borç aslında eski borcun devamı niteliğindedir.

Diğer taraftan bu yorumun kabulü halinde önceki tüm kanuni temsilcilerin sorumluluktan kurtulması, sadece yapılandırmayı yapan kanuni temsilci ile yapılandırmada belirlenen taksit vadeleri ve sonrasında kanuni temsilci olacak kişi/kişilerin sorumlu tutulması durumu ortaya çıkmaktadır. Bu durum da bir nevi alacağı yapılandıran kanuni temsilcinin cezalandırılması sonucunu doğurmaktadır.

Netice olarak, alacağın yapılandırılması ancak vadesinde ödeme yapılmaması halinde, tüzel kişinin durumuna göre ödeme yapılabilecek olmasına rağmen yapılandırma planında belirtilen tarihlerde taksitlere ilişkin ödemeleri yapmayan kanuni temsilcilerle

birlikte, hiç yapılandırma yapılmamış olması halinde alacaktan sorumlu tutulabilecek olan önceki kanuni temsilcilerin sorumluluğunun da devam ettiğinin kabulü gerekmektedir.

4. Limited Şirket Ortaklarının Vergi Borçlarından Sorumluluğunda Dönemsellik İlkesi

6183 sayılı Kanun'un 35. maddesinde limited şirket ortaklarının şirketten tahsil imkânı bulunmayan amme alacağından sermaye hisseleri oranında doğrudan doğruya sorumlu oldukları hükme bağlamış ve maddede borcun ortaklardan tahsili ile ilgili birtakım kurallara yer verilmiştir. Bu kurallar ortak olunan döneme göre limited şirketin borçlarından sorumluluğun belirlenmesine ilişkindir. Limited şirket ortaklarının hangi dönemlere ilişkin alacaklardan sorumlu olduğu yasal düzenlemede ifade edilmiş olup bu düzenlemelerde ortak olunan tarih baz alınmıştır.

4.1. Limited Şirket Ortaklarının Sorumluluğuna İlişkin Yasal Düzenleme ve Dönemsellik İlkesinin Uygulanması

Limited şirket ortaklarının şirketin borçlarından sorumluluğuna ilişkin düzenlemeye 6183 sayılı AATUHK'nın 35. maddesinde yer verilmiştir. Anılan düzenlemenin ilk fıkrasında; limited şirket ortaklarının, şirketten tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacağından sermaye hisseleri oranında doğrudan doğruya sorumlu olacakları ve bu Kanun hükümleri gereğince takibe tabi tutulacakları hükme bağlanmıştır.

6183 sayılı AATUHK'un 35. maddesine 5766 sayılı Kanun ile eklenen 2 .fıkrada; ortağın şirketteki sermaye payını devretmesi halinde, payı devreden ve devralan şahısların devir öncesine ait amme alacaklarının ödenmesinden birinci fıkra hükmüne göre müteselsilen sorumlu tutulacakları, 3. fıkrada ise; amme alacağının doğduğu ve ödenmesi gerektiği zamanlarda pay sahiplerinin farklı şahıslar olmaları halinde bu şahısların, amme alacağının ödenmesinden birinci fıkra hükmüne göre müteselsilen sorumlu tutulacakları hükme bağlanmıştır.

Birinci fıkrada limited şirket ortaklarının sorumluluğunda alacağın limited şirket nezdinde kesinleştirilmesi ve şirketten tahsil edilememesi veya tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması haricinde ayrıca ortakların kusurlu olması şartı aranmamıştır. Bu açıdan limited şirket ortaklarının sorumluluğu kusursuz sorumluluktur. Alacağın doğmasında veya vadesinde ödenmemesinde şirket ortaklarının hiçbir kusuru bulunmasa bile limited şirket ortakları alacağın ödenmesinden sorumlu tutulmuşlardır. Düzenlemede limited şirket ortaklarının sorumluluğu sermaye hisseleri oranıyla sınırlı tutulmuştur. Burada

dikkat edilmesi gereken husus, şirkete ödenen sermaye tutarıyla değil, sermaye hisseleri oranıyla sorumluluğun düzenlenmiş olmasıdır. (Altaş, 2019:201).

6183 sayılı AATUHK'un 35. maddesinin 2. fıkrasında; ortağın şirketteki sermaye payını devretmesi halinde, payı devreden ve devralan şahısların devir öncesine ait amme alacaklarının ödenmesinden birinci fıkra hükmüne göre müteselsilen sorumlu tutulacakları belirtilmiştir. Bu düzenlemeye göre payın devri halinde devreden ortağın devir tarihinden önceki dönemlerde doğmuş alacaklardan sorumluluğu devam etmektedir. Payı devralan ortak ise, kendi döneminde doğmamış olan bu alacakların ödenmesinden sorumlu tutulmaktadır.

4.1.1. Beyana Dayanan Vergiler

Bu kısımda üzerinde duracağımız nokta şudur: vergi beyannamenin verilmesi ile mi doğmaktadır, yoksa beyannamede yer alan matrahın elde edilmesini sağlayan hukuki işlem, fiil ya da muamelenin gerçekleştiği anda mı doğmaktadır?

Daha önce de belirtildiği üzere vergiyi doğuran olay her vergi bakımından kendi kanununda ayrı ayrı belirtilmiştir. Buna göre, Kurumlar Vergisi Kanunu'nda vergi kazancın elde edilmesi şartına bağlı tutulmuş, Katma Değer Vergisi Kanunu'nda; mal teslimi ve hizmet ifası hallerinde, malın teslimi veya hizmetin yapılması halinde vergiyi doğuran olayın gerçekleşeceği belirtilmiştir. Yine 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu'nda mal teslimi veya ilk iktisap hallerinde malın teslimi veya ilk iktisabı halinde vergiyi doğuran olayın gerçekleşeceği belirtilmiştir. Bu açıklamalardan da anlaşılmaktadır ki, beyana dayanan vergilerde vergi alacağı beyannamenin verilmesiyle değil, vergiyi doğuran olayın gerçekleşmesi ile doğmaktadır.

Beyana dayanan vergilerde vergiyi doğuran olay beyanname verilmesi değil, Kanunun vergiye tabi tuttuğu olayın vukuu ya da hukuki durumun tamamlanması şeklinde karşımıza çıkmakta, ancak beyannamenin verilmediği ya da verilmekle birlikte eksik vergi tarhı yapıldığı durumlarda verginin ne zaman doğduğunun tespiti hisselerini devreden ortağın sorumluluğu açısından önem arz etmektedir.

Re'sen, ikmalen ya da idarece tarh usullerine göre tarh edilen vergilerde bazı durumlarda vergi alacağı tarh nedeninin gerçekleşmesiyle doğduğundan, hisselerini devreden limited şirket ortağının sorumluluğu da devam etmektedir.

6183 sayılı AATUHK'un 35. maddesinin 3. fıkrasında; amme alacağının doğduğu ve ödenmesi gerektiği zamanlarda pay sahiplerinin farklı şahıslar olmaları halinde bu şahısların, amme alacağının ödenmesinden birinci fıkra hükmüne göre müteselsilen sorumlu tutulacakları belirtilmiştir. Bu düzenlemeye göre vergi alacağının doğduğu dönemde limited şirket ortağı olan kişinin sorumluluğu hisselerini devretmesiyle sona ermeyecek olup, bu kişi alacağın vadesinde veya daha sonra şirket ortağı olmasa bile bu

alacaklardan sorumluluğu devam edecektir. Yine alacağın doğduğu dönemlerde şirket ortağı olmayan, ancak alacağın vadesinin rastladığı dönemde limited şirket ortağı olan kişi de alacağın ödenmesinden sorumlu tutulabilecektir.

5. Örnek Yargı Kararları ve Değerlendirmeler

Danıştay 3. Dairesi'nin 20.04.2021 Tarih ve 2017/2949 E., 2021/2109 K. Sayılı Kararı

Açıklama: Danıştay 3. Dairesi aşağıda ilgili bölümlerine yer verilen kararında, bizim de önceki bölümlerde belirttiğimiz görüşümüzle aynı doğrultuda, sahte fatura kullanımı nedeniyle yapılan tarhiyatlara ilişkin alacaklarda, sahte faturaların kayıtlara alındığı tarihlerde kanuni temsilci olmayan şahsın sorumlu tutulamayacağına hükmetmiştir. Kararda ayrıca, yapılandırma ile yeni bir hukuki durumun ortaya çıktığı ve yapılandırma sırasında asıl borçlu şirketin kanuni temsilcisi olmayan kişinin söz konusu borçlardan sorumlu tutulamayacağı belirtilmiştir. Bu noktada daha önce de açıkladığımız üzere, alacakların yapılandırılması halinde yapılandırmayı yapan kanuni temsilcinin sorumlu tutulmasının yapılandırma yasalarının ruhuna aykırılık teşkil ettiğini, bu yorumda alacakların yapılandırılmasının vergisel bir ödevin yerine getirilmemesi gibi değerlendirildiğini, bu yorumun kötüye kullanıma açık olduğunu, yapılandırma halinde borcun miktarının azaldığını, yeni bir borç doğmadığını, yapılandırmayı yapan kanuni temsilcinin ancak taksitlerin vadelerinde asıl borçlu şirketin ödeme gücü bulunmasına rağmen ödeme yapmaması halinde vergisel bir ödevi yerine getirmemiş olması nedeniyle sorumlu tutulabileceğini, netice itibariyle vergisel ödevleri yerine getirmeyerek alacağın asıl borçludan tahsil edilememesine sebebiyet veren önceki kanuni temsilcinin alacakların yapılandırma neticesinde de asıl 34 borçludan tahsil edilememesi halinde sorumluluğunun devam ettiğini, bu nedenle aşağıda ilgili bölümlerine yer verilen kararın yapılandırılan alacaklarla ilgili kısmına katılmadığımızı belirtmemiz gerekmektedir.

Karar:

''... Yukarıda yer verilen yasal düzenlemelere göre, kanuni temsilcilik görevinin temsil ve ilzam yetkisinin ilan tarihi itibarıyla başladığı ve sona erdiğinin kabulü gerekmekle birlikte kamu alacağının kanuni temsilciden tahsili yoluna gidilebilmesi için vergi borcunu doğuran eylem ile kanuni temsilci arasında 213 sayılı Kanun'un 10. maddesinde aranan nedensellik ilişkisinin bulunması gerekmektedir. Başka bir anlatımla kanuni temsilcinin sorumluluğuna gidilebilmesi için kanuni temsilcilerin kendilerine yüklenen vergi ile ilgili ödevleri yerine getirmemiş olmaları şarttır.

Bu nedenle, dava konusu ödeme emirlerine konu kamu alacağının ortaya çıkmasına sebep olan eylemin, sahte faturanın kayıtlara alınması olduğu ve söz konusu faturaların bir kısmının davacının kanuni temsilci sıfatına sahip olmadığı 10/12/2010 tarihinden önce asıl borçlu şirket kayıtlarına intikal ettirildiği dikkate alındığında, kanuni temsilci sıfatıyla davacının sorumluluğuna gidilemeyeceğinden, Vergi Dava Dairesi kararının; 10 takip numaralı ödeme emri ile 11 ve 12 takip numaralı ödeme emirlerinin

sözü edilen tarihten önceki dönemlere ait kamu alacaklarına ilişkin hüküm fıkrasının bozulması gerekmiştir.

..Ayrıca, 6111 sayılı Yasa'nın 3. maddesi uyarınca yapılandırma sonucu şirkete ait kamu alacaklarına ilişkin yeni bir hukuki durum ortaya çıkmış olup yapılandırma sırasında borçlu şirketin kanuni temsilcisi olan davacının söz konusu borçlar nedeniyle sorumlu tutularak adına düzenlenen 7 ila 9 takip numaralı ödeme emirleriyle takibe alınmasında hukuka aykırılık bulunmadığından değinilen ödeme emirleri yönünden yazılı gerekçeyle davanın reddi yolundaki hüküm fıkrasına yöneltilen istinaf başvurusunun reddine dair hüküm fıkrasında sonucu itibarıyla hukuka aykırılık görülmemiştir."

Danıştay 4. Dairesi'nin 25.01.2021 Tarih ve 2016/7441 E., 2021/471 K. Sayılı Kararı

Açıklama: Danıştay 4. Dairesi aşağıda ilgili bölümlerine yer verilen kararında, bizim de görüşümüzle aynı doğrultuda, kanuni temsilci olunan dönemden önceki 35 dönemlerde sahte fatura kullanılması nedeniyle yapılan tarhiyatlardan sonradan kanuni temsilci olan, alacağın doğmasına tutum ve davranışlarıyla sebebiyet vermeyen ve borcun şirketten alınmamasında herhangi bir sorumluluğu bulunmayan kişinin sorumlu tutulamayacağına ilişkin ilk derece mahkemesi kararını onamıştır. Yalnız burada, her ne kadar kişi sonradan kanuni temsilci olmuş ise de şayet alacağın vadesinde kanuni temsilcilik görevi devam etmekteyse ve şirketin ödeme gücü bulunmaktaysa, bu noktadan sonra vergi borcunun ödenmesi şeklindeki vergisel ödevin yerine getirilmesi gerektiği ve alacağın ödenmemesi halinde sonraki kanuni temsilcinin de sorumlu tutulabileceği görüşünde olduğumuzu belirtmemiz gerekmektedir.

Karar:

''...İlk Derece Mahkemesi Kararının Özeti: Vergi Mahkemesince verilen kararda; davacının şirketteki sorumluluğunun, hisseleri devraldığı ve kanuni temsilci olarak seçildiği hususunun 24/11/2005 tarihinde yapılan tescil ve 29/11/2005 tarihli Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilan edildiği tarih itibarıyla başladığı, imza yetkisinin iptaline ilişkin 12/12/2005 tarih ve 15 sayılı ortaklar kurulu kararının 15/12/2005 tarihinde tescil edilerek 19/12/2005 tarihli Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilan edilmesi suretiyle kanuni temsilcilik görevinin sona erdiği göz önünde bulundurulduğunda, dava konusu ödeme emri içeriği borcun davacının fiilinden değil, kendinden önceki kanuni temsilci olan K. K. Ç. adlı kişinin kanuni temsilci olduğu dönemde (2005/2,3 dönemlerinde) sahte fatura kullanılmasından kaynaklandığı, bir başka ifadeyle anılan gerekçeyle yapılan tarhiyatın şirketin ortağı ve müdürü olmadığı döneme ait olduğu, bu itibarla şirket hakkında yapılan cezalı tarhiyata tutum ve davranışıyla sebebiyet vermeyen, borcun şirketten alınmamasında herhangi bir sorumluluğu bulunmayan davacının anılan döneme ait vergi borçlarından sorumlu tutulması mümkün olmadığından, aksi gerekçeyle davacı adına düzenlenen ödeme emrinde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Belirtilen gerekçelerle davanın kabulüne karar verilmiştir.

İNCELEME VE GEREKÇE: İdare ve vergi mahkemelerinin nihai kararlarının temyizen bozulması, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde yer alan sebeplerden birinin varlığı hâlinde mümkündür. Temyizen incelenen karar usul ve hukuka uygun olup, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir."

Danıştay 4. Dairesi'nin 19.01.2021 Tarih ve 2016/19354 E., 2021/352 K. Sayılı Kararı

Açıklama: Temyiz mercii, aşağıda ilgili bölümlerine yer verilen kararında, bizim görüşlerimizle de aynı doğrultuda, anonim şirketlerde temsil ve ilzam yetkisinin yönetim kurulu üyelerinden bir veya birkaçına bırakılması halinde münferiden temsil yetkisi bulunmayan diğer yönetim kurulu üyelerinin kanuni temsilci olarak sorumlu tutulamayacağına hükmetmiştir.

Karar:

''...Bu hükümler uyarınca, anonim şirketlerde, temsil ve ilzam yetkisinin yönetim kurulu üyelerinden bir kısmına ya da müdür sıfatıyla üçüncü bir kişiye verilebilmesi mümkün olup, bu yetkinin verilmesi halinde asıl borçludan alınamayan vergi borçlarının tahsili amacıyla ancak temsil ve ilzam yetkisi taşıyan kişiler nezdinde takip yapılabilecektir. Dolayısıyla, yönetim kurulu üyesi olmasına rağmen bu tür bir yetkisi bulunmayan kişilerin kanuni temsilci sıfatıyla şirket borçlarından sorumlu tutulabilmesi mümkün değildir.

Dosyanın incelenmesinden, davacının da aralarında bulunduğu üç kişinin bir yıl süre ile P... A.Ş.' nin yönetim kurulu üyeliğine seçildiği ve bu kişiler arasından yönetim kurulu başkanı olarak seçilen H.. Ş.. B..'ın münferiden şirketi temsil ve ilzama yetkili kılındığına dair kararların 12/10/2011 tarihinde tescil edildiği hususunun 17/10/2011 tarih ve 7922 sayılı Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilan edildiği anlaşılmaktadır.

Yukarıda yer verilen hususlar bir arada değerlendirildiğinde, şirketi temsil ve ilzam yetkisinin başka bir yönetim kurulu üyesine münferiden verildiği anlaşılan asıl borçlu şirketin ödenmeyen vergi borçlarının tahsili amacıyla ilgili dönemlerde yönetim kurulu üyesi olmakla birlikte şirketi temsil ve ilzama yetkili olmayan davacı 44 adına kanuni temsilci sıfatıyla düzenlenen ödeme emrinde hukuka uygunluk bulunmadığından kararın redde ilişkin kısmında isabet görülmemiştir."

Adana Bölge İdare Mahkemesi 1. Vergi Dava Dairesi'nin 14.04.2021 Tarih ve 2021/545 E., 2021/572 K. Sayılı Kararı

Açıklama: İstinaf mercii, aşağıda ilgili bölümlerine yer verilen kararında, bizim de görüşlerimizle aynı doğrultuda, hisselerin devredildiği tarihten sonra gerçekleştirilen sahte fatura düzenleme fiilinden kaynaklanan vergi ve cezalardan önceki ortağın sorumlu tutulamayacağı gerekçesiyle verilen ilk derece mahkemesi kararını onamıştır.

Karar:

''.. Mahkeme Kararı: Uyuşmazlık konusu olayda, dava konusu ödeme emri ile davacıdan tahsili amaçlanan amme alacağının; asıl kamu borçlu şirket hakkında düzenlenen vergi tekniği raporunda belirtildiği üzere, davacının asıl kamu borçlusu şirketteki tüm hisselerini devrettiği ve dolayısıyla hisse devrinin gerçekleştiği 09.07.2013 tarihinden itibaren söz konusu şirketin düzenlemiş olduğu tüm faturaların komisyon karşılığında düzenlenen sahte faturalar olduğunun tespit edildiğinden bahisle, söz konusu sahte faturalara isabet eden komisyon gelirinden kaynaklandığı anlaşılmış olup, bu haliyle davacıdan tahsili amaçlanan vergi ve cezaları doğuran olayların (sahte fatura düzenlenmesinin), davacının asıl kamu borçlusu şirketteki tüm hisselerini devrettiği ve şirket ortaklığından ayrıldığı 09.07.2013 tarihinden sonraki tarihlerde gerçekleştiği, bu halde davacının bahsi geçen amme alacaklarından şirket ortağı sıfatıyla sorumlu tutulmasının yasal olarak mümkün olmadığı, bu durumda, gerek borcun doğduğu tarihlerde gerekse borcun vade tarihinde şirket ortağı sıfatı bulunmayan dava konusu 111.02.2020 tarih ve 2020...1 sayılı ödeme emrinde hukuka uygunluk görülmediği gerekçesiyle davanın kabulüne dava konusu ödeme emrinin iptaline karar verilmiştir.

Hüküm veren Adana Bölge İdare Mahkemesi Birinci Vergi Dava Dairesi'nce dosyadaki belgeler incelenip istinaf başvurusu hakkında gereği görüşüldü:

Dosyanın incelenmesinden, istinaf istemine konu kararın usul ve hukuka uygun olduğu ve istinaf başvurusunda ileri sürülen sebepler ile dosyada mevcut bilgi ve belgeler kapsamında, ortada, kararın kaldırılmasını gerektiren nitelikte bir neden bulunmadığı sonucuna varılmıştır.''

Danıştay 7. Dairesi'nin 27.05.2021 Tarih ve 2017/1009 E., 2021/2493 K. Sayılı Kararı

Açıklama: Limited şirket ortaklarının sorumluluğuna ilişkin kuralların gümrükte alınan vergiler bakımından da uygulanabileceğini çalışmanın daha önceki bölümlerinde belirtmiştik. Danıştay 7. Dairesi, aşağıda ilgili bölümlerine yer verilen kararında, bizim de görüşlerimizle aynı doğrultuda, teşvik koşullarının ihlal edildiği tarihte gümrük yükümlülüğünün doğacağı, bu tarihten önce şirket ortaklığı sona eren kişinin, teşvik koşullarının ihlalinden kaynaklanan alacaklardan sorumlu tutulamayacağı gerekçesiyle verilen ilk derece mahkemesi kararını onamıştır.

Karar:

''.. Dava konusu istem: D… Limited Şirketi adına tescilli 01/10/2001 tarih ve 7377 sayılı beyanname ile, 22/08/2001 tarih ve 66542 sayılı yatırım teşvik belgesi kapsamında muafiyet uygulanarak ithal edilen eşyanın beş yıllık süre dolmadan satışının yapılması suretiyle teşvik şartlarının ihlal edildiğinden bahisle, tahakkuk ettirilen gümrük ve katma değer vergileri ile bu vergiler üzerinden hesaplanan faizin tahsili amacıyla

şirket ortağı sıfatıyla davacı adına düzenlenen ödeme emrinin iptali istemiyle dava açılmıştır.

İlk Derece Mahkemesi Kararının Özeti: Bozma kararına uymak suretiyle, olayda, D.. Limited Şirketine ait yatırım teşvik belgesi kapsamında ithal edilen eşyaya ilişkin muafiyet uygulanarak ithal edilen eşyaya dair gümrük yükümlülüğü, teşvik koşullarının ihlal edildiği tarih olan eşyanın satış tarihinde doğacak olup, davacı tarafından şirket hisselerinin devredilmesinden sonra, 2003 yılında Küçükçekmece 1. İcra Müdürlüğünce icra yoluyla satılan eşya nedeniyle tahakkuk ettirilen gümrük ve katma değer vergileri ile bu vergiler üzerinden hesaplanan faizin tahsili amacıyla şirket ortağı sıfatıyla sorumlu tutulmasına hukuken olanak bulunmadığından, davacı adına düzenlenen ödeme emrinde hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir. HUKUKİ DEĞERLENDİRME: ... Temyiz istemine konu yapılan kararın Dairemizin 18/02/2015 tarih ve E:2012/5053, K:2015/813 sayılı kararındaki esaslar doğrultusunda verildiği anlaşıldığından, temyiz konusu karar usul ve hukuka uygun olup, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir."

İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 6.Vergi Dava Dairesi'nin 26.02.2021 Tarih ve 2020/901 E., 2021/766 K. Sayılı Kararı

Açıklama: İstinaf mercii, aşağıda ilgili bölümlerine yer verilen kararında, bizim de görüşlerimizle aynı doğrultuda, beyandan kaynaklanan alacaklarda vade tarihinde ortak olunmasa bile alacağın doğduğu dönemlerde ortak olan kişinin sorumlu tutulabileceğini, re'sen tarhiyatlarda tarh sebebinin gerçekleştiği tarihte ortak olunması gerektiğini, ortaklıktan ayrıldıktan sonra şirket tarafından geçmişe dönük düzeltme beyannamesi verilmesi halinde tahakkuk eden alacaklardan ise önceki ortağın sorumlu tutulamayacağını belirtmiştir.

Karar:

''...Dava dosyasının incelenmesinden; davacının bir dönem kanuni temsilcisi olduğu asıl amme borçlusu Ç... Tic. Ltd. Şti.'nden 14.01.2013 tarihli Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde yayımlanan 31.12.2012 tarihli ortaklar kurulu kararı ile hisselerini devrederek şirket ortaklığından ayrıldığı anlaşılmaktadır. Öte yandan; dava konusu ödeme emirlerinin bir kısmının şirketin süresinde vermiş olduğu beyannameler bir kısmının ise idarece re'sen yapılan tarhiyatlara dayandığı görülmekte olup, şirketin 2012 ve 2013 yılları faaliyetlerine dair düzenlenen vergi tekniği raporunda, davacının ortaklıktan ayrılması sonrasında şirketin tek ortağı ve kanuni temsilcisi olan İ.. Ö... tarafından geçmişe dönük olarak 2012/12 döneme KDV'ne ilişkin 725.921,29-TL tutarındaki düzeltme beyanı verildiği, oysa ki süresinde verilen KDV beyannamesinde matrahın 22.815,69-TL olduğu, yine İ... Ö...'in şirkete devir aldıktan sonra sahte belge düzenleme faaliyeti için şirketi kullandığına dair tespitlere yer verildiği görülmektedir.

Şirket borçlarından, 2012 yılına ait beyan ile tahakkuk etmiş olan vergilere ilişkin olarak ise; limited şirket ortaklarının şirket borçlarından dönem ve vade tarihi itibariyle sorumlu olduğu, vadeleri her ne kadar şirket ortağının ortaklıktan ayrıldığı tarihe rastlamış olsa bile dönem itibariyle ortak oldukları borçlardan sorumludur. Dava konusu 20190201.....04 sayılı ödeme emrinin 24. ila 32. sırasında yer alıp, vadesi 03.01.2018 olan 2012/10-12 ve 2012/1-12 ve 2012/12 dönemine ait vergi ziyaı cezalı kdv, kurumlar vergisi ve gecikme zammı mahiyetli amme alacaklarına ilişkin olarak ise; söz konusu amme alacaklarının dayanağının re'sen tarhiyatlar olduğu, yukarıda bahsi geçen şirket adına düzenlenen vergi tekniği raporunda bu re'sen tarhiyatın sebebinin ise davacıdan sonraki tek ortak ve kanuni temsilci olan ve hakkında sahte belge düzenleme faaliyetlerinde bulunduğuna dair tespitler olan İ.. Ö… tarafından geçmişe yani davacının ortak olduğu 2012 Aralık dönemine dair verilen düzeltme beyanlarına konu sahte faturalara dair belgeler olduğu anlaşılmaktadır.

Bu durumda, davacının ortaklıktan ayrılmasından sonra sahte fatura ticareti faaliyetinde bulunduğu tespit edilen sonraki kanuni temsilci tarafından geçmişe dönük olarak verilen sahte beyanlar ve belgelere dair fiillerde, davacının herhangi bir eylemi ve kusuru bulunmadığından, sahte fatura işlemleri nedeniyle tarh edilen vergilerden davacı hakkaniyet gereği sorumlu değildir. Bu yüzden, söz konusu amme alacaklarının davacıdan tahsili için düzenlenen ödeme emrinde de hukuka uyarlık bulunmamaktadır."

6. Sonuç

Kanuni temsilci ve limited şirket ortaklarının sorumluluklarının tespiti için öncelikle kanuni temsilci ve ortaklık sıfatının nasıl kazanılacağı ve kaybedileceğinin bilinmesi önem arz etmektedir. Bu noktada başvurulacak kaynak ise TTK ve ilgili diğer kanunlardır. Bu kanunlara göre, temsil ve ortaklığa ilişkin hususlardaki değişiklikler açısından tescil ve ilan kurucu nitelikte olmamakla birlikte, durumun vergi idaresine karşı ileri sürülebilmesi açısından önem arz etmektedir. Bu nedenle sorumluluğun sona ermesi için de tescil ve ilanın gerekli olduğu uygulamada hakim görüş olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kanuni temsilcilerin sorumluluğunda iki ana düzenleme bulunmakla birlikte, gümrükte alınan vergi ve resimler haricindeki vergisel alacaklarda VUK 10. maddenin uygulanması gerekmektedir. Bu maddeye göre kanuni temsilcilerin sorumluluğunun tespitinde ise vergisel ödevlerin neler olduğunun ve ne zaman yerine getirilmesi gerektiğinin doğru bir şekilde belirlenmesi zorunludur. Aksi halde vergisel ödevi yerine getirmekle yükümlü olmayan kişilerin de alacaktan sorumlu tutulabilmesi mümkündür. Bu da idarenin mülkiyet hakkına hukuka aykırı müdahalesi sonucunu doğuracaktır.

Limited şirket ortaklarının sorumluluğu ise 6183 sayılı AATUHK'nın 35. maddesinde düzenlenmiştir. Limited şirket ortaklarının sorumluluğunda, kanuni temsilcilerden farklı olarak kusursuz sorumluluk öngörülmüştür. Bu nedenle ortakların

sorumluluğunda kanuni temsilcilerin sorumluluğu gibi vergisel ödevlerin yerine getirilip getirilmediğinin değerlendirilmesi yanlış bir uygulama olacaktır. Öte yandan, limited şirket ortaklarının sorumluluğu sermaye hisseleri oranıyla sınırlı olup ortakların sorumluluğunda bu hususa dikkat edilmelidir. Ayrıca, yasal düzenlemede sorumlulukta alacağın doğduğu dönemler özellikle dikkate alındığından her alacağın türüne göre değerlendirme yapılarak vergi alacağının ne zaman doğduğunun doğru bir şekilde tespiti zorunludur. Aksi halde, sorumlu olunmayan dönemlere ilişkin alacakların da kişilerden tahsili söz konusu olabilecek, bu durum da hem hukuka, hem de hakkaniyet ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

Son olarak, kanuni temsilcilerin ve limited şirket ortaklarının sorumluluğunda içtihat birliğinin bulunmadığını, temyiz ve istinaf mercileri arasında görüş farklılıkları bulunduğunu söylememiz yanlış olmayacaktır. Yargı mercilerince farklı kararlar verilmesi de kişilerin yargıya olan güvenini zedelemektedir. Bu nedenle hukuki istikrar ilkesi uyarınca görüş ayrılığı bulunan konuların netliğe kavuşturulması ve düzenlemelerin herkese aynı şekilde uygulanması sağlanmaya çalışılmalıdır.

Kaynakça

Altaş, S. (2019) Sermaye Şirketlerinin Ortakları İle Kanuni Temsilcilerinin Vergisel Sorumluluğu, Ankara: Seçkin Yayınları.

Barlas, İ. (2005) Anonim ve Limited Ortaklıklarda Kanuni Temsilcilerin Vergisel Sorumluluğu, Yayımlanmış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.

Bilici, N. (2012) Vergi Hukuku, 29.Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Conker, A. (2015) Türk Vergi Hukukunda Kanuni Temsilcilerin Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir.

Deniz, M. (2019) Kanuni Temsilcilerin Kamu Alacaklarından Doğan Sorumlulukları, Ankara: Yetkin Yayınları.

Dural, M. ve Gümüş, M. A. ve Öğüz, T. (2016) Türk Özel Hukuku, C:III (Aile Hukuku), 12.Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi.

Gerçek, A. (2005) Türk Vergi Hukukunda Vergi Sorumlusu, Sorumluluk Halleri ve Türlerinin İncelenmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 54, Sayı: 3, s.157-193

Karakoç, Y. (2017) Genel Vergi Hukuku, Ankara: Yetkin Yayınları.

Kayar, M. (2018) Ticaret Hukuku, 5.Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi.

Koban, C. D. (2013), Sermaye Şirketlerinde Kanuni Temsilcilerin Vergisel Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.

Köroğlu, Ö. A. (2020), Yargı Kararları Işığında Anonim ve Limited Şirketlerde Kanuni Temsilcilerin Vergisel Sorumluluğu, Ankara: Adalet Yayınevi.

Öner, E. (2018) Vergi Hukuku, 9.Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi.

Öztan, B. (2014) Medeni Hukukun Temel Kavramları, 39.Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi.
Pulaşlı, H. (2016) Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 4.Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.
Şengöz, E. K. (2011) Yargı Kararları Işığında Tüzel Kişilerin Kanuni Temsilcilerinin Vergisel Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011
Yücel, T. (2010) Anonim ve Limited Şirketlerde Kanuni Temsilcilerin Şirketin Vergi Borçlarından Doğan Sorumlulukları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.

Mahkeme Kararları

Adana Bölge İdare Mahkemesi 1. Vergi Dava Dairesi'nin 14.04.2021 Tarih ve 2021/545 E., 2021/572 K. Sayılı Kararı
İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 6.Vergi Dava Dairesi'nin 26.02.2021 Tarih ve 2020/901 E., 2021/766 K. Sayılı Kararı
Danıştay 3. Dairesi'nin 20.04.2021 Tarih ve 2017/2949 E., 2021/2109 K. Sayılı Kararı
Danıştay 4. Dairesi'nin 19.01.2021 Tarih ve 2016/19354 E., 2021/352 K. Sayılı Kararı
Danıştay 4. Dairesi'nin 25.01.2021 Tarih ve 2016/7441 E., 2021/471 K. Sayılı Kararı
Danıştay 7. Dairesi'nin 27.05.2021 Tarih ve 2017/1009 E., 2021/2493 K. Sayılı Karar

SOSYAL İÇERİK ÜRETİCİLERİNİN VERGİLENDİRİLMESİNDE ÖZELLİK ARZ EDEN DURUMLAR

Arş. Gör. Burhanettin Onur Kireçtepe[1]
Prof. Bernur Açıkgöz[2]

Özet

Sosyal medya üzerinden sosyal içerik üreticiliği yaparak gelir sağlanması, özellikle internet ve sosyal medya kullanımının yaygınlaşması ile birlikte sürdürülebilir bir iş modeli haline gelmiştir. Bireyler ve hatta kurumlar sosyal medya üzerinden yayın yaparak sosyal medyayı hem bir reklam mecrası haline getirmiş hem de bu sayede özellikle internete erişimi olan ve sosyal medya kullanımı yüksek bireyleri hedefleyen markalar bu reklam mecrasını etkili bir şekilde kullanmaya başlamıştır. Sosyal medyadan yayın yaparak gelir elde edilmesi için farklı metotlar kullanılmaktadır. Bunlardan ilki sosyal medya platformlarının yayın yapan (influencer, youtuber, vb.) kişilere kendi reklam gelirlerinden pay vermeleridir. Bir diğer yöntemde ise ürünün reklamını yapmak isteyen firmalar doğrudan içerik üreticilerine ulaşarak bir ücret karşılığında ilgili ürünün veya firmanın reklamını yaptırtmaktadır. Bir diğer yöntem olarak ise, firmalar reklamını yaptırmak istedikleri ürün için ücretsiz bir örneğini göndermekte ve kişilere başka bir ödeme yapmamaktadır. Bu üç iş yönteminden de gelir elde edenler, belli şartlar altında 2022 yılında Gelir Vergisi Kanunu'nda yapılan değişiklikle "Sosyal İçerik Üreticiliği ile Mobil Cihazlar İçin Uygulama Geliştiriciliğinde Kazanç İstisnası" kapsamına dahil edilmişlerdir. Bu çalışmada her üç tip gelir elde edilme yöntemi kapsamında farklılıklar incelenecektir. Bu istisnanın kapsamı ve özellik arz eden durumların analizi yapılacak ve istisna kapsamında değerlendirilmek için yapılması gereken uygulamalara da açıklık getirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Sosyal içerik üreticilerinin vergilendirilmesi, sosyal içerik üreticiliğinde kazanç istisnası, sosyal medyanın vergilendirilmesi.

[1] Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı, e-posta: onurkirectepe@gmail.com, ORCİD: 0000-0002-4485-3983.
[2] İzmir Katip Çelebi Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Maliye Bölümü, e-posta: bernur.acikgoz@ikcu.edu.tr, ORCİD: 0000-0001-6040-4443

1. Giriş

İnternet kullanımın yaygınlaşması ile birlikte, interneti kullanarak gelir elde etme modelleri de yaygınlaşmaya başladı. İnternet kullanımının yaygınlaşmasının bir neticesi olarak kurumsal firmalar kendi ürünlerini, doğrudan kendi online mağazalarında satmanın yanı sıra, online pazar yeri[3] olarak değerlendirilebilecek internet mecralarında da satmaya başladı. İnternetin yaygınlaşması kurumsal firmaların yanı sıra bireysel kullanıcıların da ekonomik birer aktör olarak internet üzerinden işlem yapmalarına olanak verdi. Küçük üreticilerin online pazar yerlerinde ürün satmalarından başka, bireyler sosyal paylaşım sitelerinde içerik üreterek de kazanç sağlamaya başladılar.

Sosyal içerik üreticiliğinin bir kazanç elde etme yöntemi olmaya başlaması ile birlikte de hem ülkemizde hem de başka ülkelerde sosyal içerik üreticilerinin vergilendirilmesine yönelik çabalar da arttı[4]. Ülkemizde sosyal içerik üreticilerinin, Gelir Vergisi Kanunu'nda (GVK) sayılan gelir unsurlarından herhangi birisine dahil edilebilecek bir gelir elde edip etmediği tartışılmaya başlandı[5]. Bu soruya olumlu yanıt verilmesi halinde ise elde edilen kazancın serbest meslek kazancı mı yoksa ticari kazanç olarak mı değerlendirilmesi gerektiği noktasında yeni bir tartışma baş gösterdi[6].

Kanun koyucu; sosyal içerik üreticiliği için GVK içerisinde "sosyal içerik üreticiliği ile mobil cihazlar için uygulama geliştiriciliğinde kazanç istisnası"nı GVK'nın mükerrer 20/c maddesinde düzenleyerek bu tartışmayı bir sonuca bağladı. Bu bağlamda Türk Vergi Sistemi açısından sosyal içerik üreticiliğinden elde edilen kazançlar; Türkiye'de kurulu bankalarda yer alan münferit bir hesapta tahsil edilmeleri, kazanç toplamının GVK 103. Maddede yazılı tarifenin dördüncü gelir diliminde yer alan tutarı aşmaması şartıyla vergiden istisna edildi. Aynı kanun maddesiyle münferit hesabın bulunduğu bankalara, sosyal içerik üreticilerine yapılan ödemelerden %15 tevkifat uygulama görevi verilerek bu kazançlar açısından tam bir vergi dışılığın da önüne geçilmeye çalışıldı.

2. Sosyal İçerik Üreticiliği ile Kazanç Elde Etme Modelleri ve İstisna Karşısında Özellik Arz Eden Hususlar

Sosyal içerik üreticileri birbirlerinden farklı yöntemler ile kazanç elde etmektedirler. Bu yöntemleri temelde üç ana başlık altında incelemek mümkündür. Bu

[3] Marangoz, M. (2011) Girişimciler İçin Sinirsiz Ticaret: E-Ticaret, Girişimcilik ve Kalkınma Dergisi, 6/1, s. 186.
[4] Ocak Adıyaman, S. (2021) Vergi kanunlarına ilişkin düzenleme içeren teklif Plan ve Bütçe Komisyonunda kabul edildi, 06.10.2021, https://www.aa.com.tr/tr/politika/vergi-kanunlarina-iliskin-duzenleme-iceren-teklif-plan-ve-butce-komisyonunda-kabul-edildi/2384710 , s.e. 28.07.2022.
[5] Avcı, O. (2019) Youtuber'larin Vergilendirilmesi ve Vergi Takibi, Law in Positive and Social Sciences (LAWPOS) 10-12 Ekim 2019 içinde (s. 56-58) Konya, Türkiye.
[6] Aydemir, R. Ve Bakaç, S. (2020) Youtuber'lık Faaliyeti ve Vergisel Boyutu, Mali Çözüm Dergisi, 30(158), s. 271 vd.

ana başlıklardan ilkinde, içerik üreticisi yapmış olduğu yayından veya üretmiş olduğu içerikten dolayı, yayının yapıldığı veya içeriğin paylaşıldığı internet sitesi veya bilgisayar programından doğrudan kazanç elde etmektedir. Bu yöntemde içerik üreticisi ürettiği içeriği yüklediği veya yayınladığı mecradan ya izlenme başına bir ödeme almakta ya da sabit bir ödeme almaktadır. Bazı durumlarda sabit ödemenin yanı sıra izlenme başına bir ödeme de yapılabilmektedir.

Bu modelde, kazanç istisnası için belirlenen şartların gerçekleşmesi hususunda sorun olabilecek veya ekstra özellik arz eden bir durum bulunmamaktadır. İçerik üreticisi, elde ettiği kazancı Türkiye'de kurulu bankalarda münferit olarak bu kazancın tahsili amacıyla kullandığı bir banka hesabı aracılığıyla tahsil etmesi ve kazancın belirlenen üst sınırı geçmemesi halinde sosyal medya içerik üreticiliği istisnasından faydalanabilecektir. Bu istisnadan faydalanması için herhangi bir başvuru şartı bulunmamaktadır. Sadece ilgili bankanın tevkifat yapabilmesi için bilgilendirilmesinde yarar vardır.

İkinci ana başlık olarak, ilk ana başlıktan elde edilen kazanca ek olarak veya ilk ana başlıktan hiç kazanç sağlanmaksızın, doğrudan reklam verenlerden bir kazanç sağlanması değerlendirilebilir. İçerik üreticisinin, ürettiği içerikte kullanması veya hakkında içerik üretmesi şeklinde çeşitli ürünlerin reklamını yapması karşılığında bir kazanç sağlayabilmektedir. Bu kazancın nakdi olarak alınması halinde GVK'da getirilen kazanç istisnası açısından problematik bir durum oluşmayacaktır. İnternet sitesi veya bilgisayar programından, yayın yapmak veya içerik üretmek neticesinde kazanç elde etmesi halinde bu kazancın tahsili için kullandığı banka hesabını aynı zamanda reklamlardan elde edeceği kazancın tahsili için de kullanması şartıyla ve toplam kazancın istisna tutarının altında kalması halinde, sosyal içerik üreticisi istisnasından faydalanabilecektir. İlk ana başlık türünden hiç kazanç elde etmemesi ve sadece reklamlardan nakdi kazanç elde etmesi durumunda, münferiden bu kazancı tahsil etmek için Türkiye'de kurulu bir bankada yer alan hesabın kullanılması ve kanunda belirtilen sınırın geçilmemesi halinde sosyal içerik üreticisi istisnasından faydalanılabilecektir. Bu durumda da herhangi bir başvuruya gerek yoktur fakat hesabın bulunduğu bankanın tevkifatı yapabilmesi için bilgilendirilmesinde yarar vardır.

Reklam için nakdi kazanç sağlanılmadığı fakat reklamı yapılacak ürünün içerik üreticisine "hediye" edildiği durumlarda ise vergisel anlamda bir problem oluşacağından bahsetmek olasıdır. Bu durumda vergi uygulaması açısından yanıtlanması gereken sorular ortaya çıkmaktadır. Bu sorulardan ilki hediye edilen bu ürünün ayni bir kazanç olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorusudur. Yine bu soruya yanıt verilirken bahse konu hediyenin değerinin bu soruya verilecek yanıtı değiştirip değiştirmeyeceği de yine mühim bir sorudur. Oldukça düşük değerdeki ürünler ile birkaç asgari ücret ile alınabilecek özellikle elektronik ürünlerin birbirinden farklı değerlendirileceği düşünülebilir. Bu farklılaşmanın değerlendirilirken göz önüne alınması halinde ise hangi

miktarın altında bir hediyenin gerçekten hediye olduğuna ve bu miktarın üstündeki bir "hediyenin" ayni kazanç olduğuna karar verilecektir? Sosyal içerik üreticiliği istisnasını düzenleyen GVK'nın mükerrer 20. Maddesinin c bendinin "faaliyete ilişkin tüm gelirlerini ikinci fıkrada belirtilen şartlara göre tahsil etmeyenler bu istisnadan faydalanamaz" hükmünde yer alan tahsil şartı ayni ödemeleri de kapsayacak şekilde mi yorumlanmalıdır. Bu şekilde yorumlanması halinde içerik üreticisi sadece bahse konu reklam nedeniyle aldığı ayni ödeme tutarı kadarının değil sosyal içerik üreticiliği kazançlarının tamamının istisna dışında kalması gibi bir durumla karşılaşacaktır.

Reklam karşılığında ayni ödeme alan bir içerik üreticisinin, istisnadan yararlanabilmesi için, ayni kazanç olarak değerlendirilebilecek olan ürünün bedeli kadar bir tutarı münferiden içerik üreticiliği kazancı için kullandığı banka hesabına yatırması önerilebilir. Bu durumda ayni kazanç da ikinci fıkrada belirtilen şartlara göre tahsil edilmiş sayılacaktır. Kanaatimizce bu şekilde ikinci fıkrada belirtilen şartlara göre tahsil edilmemiş ve doğrudan ayni tahsilat yapıldığı durumlarda sosyal içerik üreticiliğinin istisnasından, bütün sosyal içerik kazançları için, faydalanılması mümkün değildir.

Sosyal içerik üreticilerinin üçüncü kazanç elde etme yöntemi olarak doğrudan ürün satarak kazanç elde etmeleri gösterilebilir. İçerik üreticisinin, içerikleri için doğrudan kazanç sağlaması veya reklam verenlerden kazanç sağlamasına ek olarak veya bunlar olmaksızın doğrudan ürün satarak kazanç sağlaması da mümkündür. Fakat kanaatimizce bu şekilde ürün satılarak kazanç elde edilmesi, sosyal içerik üreticiliğinden kazanç elde edilmesi olmayıp, sosyal içerik üreticiliğinin kullanılarak serbest meslek kazancı veya ticari kazanç elde edilmesi şeklinde değerlendirilmelidir.

Sosyal içerik üreticisinin doğrudan ürün satarak kazanç elde etmesi halinde, elde ettiği bu kazançtan ötürü sosyal içerik üreticisi istisnasından faydalanamayacağı açıktır. Bir istisna olarak düzenlenen sosyal içerik üreticisi istisnası, sosyal içerik üreticilerinin elde ettiği kazançları değil, sosyal içerik üretilerek elde edilen kazançları vergi dışında bırakmaktadır. Bu bağlamda sosyal içerik üretimi konusundan bağımsız bir şekilde bu mecralar kullanılarak ürün satılması halinde elde edilen kazancın konu itibariyle istisnanın içerisinde olmayacağı açıktır. Fakat satılan ürünlerin esnaf muaflığı içerisinde sayılan ürünler olup olmadığına ve elde edilen kazancın esnaf muaflığında belirtilen sınırın altında kalıp kalmadığına da bakılmalıdır. Eğer esnaf muaflığı şartları sağlanıyorsa bahse konu ürünlerin internet üzerinden satılıyor olması esnaf muaflığını ortadan kaldırmayacaktır.[7]

3. Sonuç

Sosyal içerik üreticiliğinden elde edilen kazancın vergilendirilip vergilendirilmeyeceği veya ne şekilde vergilendirileceği hususundaki tartışmalar kanun

[7] Akbulut, K. (2022) Evde Üretilen Ürünlerin İnternetten Satışında Esnaf Muaflığı Uygulaması, Mali Çözüm Dergisi, 32(170), s. 333 vd.

koyucunun 14.10.2021 tarihinde yapmış olduğu düzenleme ile GVK mükerrer 20/c maddesinde sosyal içerik üreticiliği istisnası Türk Vergi Sistemine dahil olması ile nihayete erdi. Özellikle nakdi kazancın kavranma noktasında başarılı olarak değerlendirilebilecek olan istisnanın, ayni kazanç noktasında net bir düzenlemeye sahip olmaması ise bu istisnanın formüle edilmesinde ortaya çıkan bir zafiyet olarak değerlendirilebilir. Kanaatimizce ayni kazanç elde edilmesiyle ilgili olarak ortaya çıkabilecek hukuki uyuşmazlıkların önüne geçilmesi için bu konuyu da kapsayacak ek bir düzenlemenin kanun koyucu tarafından yasalaştırılması en ideal çözüm olacaktır.

Ayrıca sosyal içerik üreticilerinin doğrudan ürün satmaları halinde de bir sosyal içerik üreticiliği istisnasından bahsetmek olanaklı değildir. Fakat bu durumun da olası hukuki uyuşmazlıkları engelleyecek şekilde kanunda açıkça formüle edilmesinde fayda vardır. Ancak bu kişilerin gerekli şartları sağlaması halinde esnaf muaflığından faydalanmasına engel bir durum bulunmamaktadır.

Kaynakça

Akbulut, K. (2022) Evde Üretilen Ürünlerin İnternetten Satışında Esnaf Muaflığı Uygulaması, Mali Çözüm Dergisi, 32(170), s. 331-336.

Avcı, O. (2019) Youtuber'larin Vergilendirilmesi ve Vergi Takibi, Law in Positive and Social Sciences (LAWPOS) 10-12 Ekim 2019 içinde (s. 56-58) Konya, Türkiye.

Aydemir, R. Ve Bakaç, S. (2020) Youtuber'lık Faaliyeti ve Vergisel Boyutu, Mali Çözüm Dergisi, 30(158), s. 265-285.

Marangoz, M. (2011) Girişimciler İçin Sinirsiz Ticaret: E-Ticaret, Girişimcilik ve Kalkınma Dergisi, 6/1, 181-201.

Ocak Adıyaman, S. (2021) Vergi kanunlarına ilişkin düzenleme içeren teklif Plan ve Bütçe Komisyonunda kabul edildi, 06.10.2021, https://www.aa.com.tr/tr/politika/vergi-kanunlarina-iliskin-duzenleme-iceren-teklif-plan-ve-butce-komisyonunda-kabul-edildi/2384710, s.e. 28.07.2022.

KETMİ VERESEYE DAYALI OLARAK TAPU SİCİLİNİN DÜZELTİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Numan TEKELİOĞLU*

Özet

Mirasçıların kanun gereğince kendiliğinden kazandıkları terekedeki haklar üzerinde tasarrufta bulunabilmeleri için mirasçılık sıfatını ispat etmeleri gerekmektedir. Bu amaçla Türk Medeni Kanunu'nda mirasçılara, mirasçılık belgesi talep etme hakkı verilmiştir. Mirasçılık belgesi, bilhassa terekede bulunan taşınmazların mirasçılar adına intikali ve sonrasında üçüncü kişilere devri bakımından önem taşımaktadır. Zira miras bırakanın ölümü, onun adına tapu sicilinde var olan kaydın kendiliğinden düzeltilerek mirasçılar adına tescil edilmesini sağlamaz. Bunun için, en azından mirasçılardan birinin mirasçılık belgesini ibraz ederek tapu müdürlüğüne başvurması gerekmektedir. Ancak mirasçılık belgesinin gerçek hak durumunu yansıtmaması, bu belgeye dayalı olarak yapılan tescilin yolsuz olması sonucunu doğuracaktır. Gerçekte mirasçılık sıfatına sahip olan fakat mirasçılık belgesinde adı yazılmadığı için tapu sicilinde malik olarak görünmeyen mirasçı, kendi mirasçılığının gizlendiği iddiası ile tapu sicilinin düzeltilmesi davası açabilir. Uygulamada ketmi vereseye dayalı tapu iptal ve tescil davası denilen bu dava, yolsuz tescilin düzeltilerek taşınmazın tekrar terekeye dönmesini amaçlamaktadır. Yargıtay bu dava bakımından ön koşul olarak, önceki mirasçılık belgesinin yanlış olduğuna dair çekişmeli bir mirasçılık belgesi alınması gerektiğini belirtmektedir. Öte yandan, gerçek hak durumunu göstermeyen mirasçılık belgesine dayalı olarak üçüncü kişiye yapılan devirlerde, iyiniyetle kazanımın korunması önemli bir sorun teşkil etmektedir. Ketmi vereseye dayalı olarak tapu sicilinin düzeltilmesi istemi, mirasın paylaşılmasından sonra da gündeme gelebilir. Dolayısıyla, bu dava neticesinde verilen kararın miras paylaşımına nasıl etki edeceği üzerinde de durulmalıdır. Çalışmada, bahsi geçen hususlar Yargıtay içtihatları çerçevesinde irdelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Ketmi Verese, Mirasçılık Belgesi, Tapu Sicilinin Düzeltilmesi, Mirasın Paylaşılması

Abstract

In accordance with the law, the heirs must prove their title of heir in order to be able to dispose of the rights in the estate that they have acquired spontaneously. For this purpose,

* Pamukkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Denizli, Türkiye, (numantekelioglu@gmail.com), ORCID: 0000-0001-5787-4137.

in the Turkish Civil Code, heirs are given the right to demand a certificate of inheritance. The certificate of inheritance is especially important in terms of the transfer of the immovable properties in the name of the heirs and their subsequent transfer to third parties. Because the death of the inheritor does not automatically correct the existing record in the land registry in his name and register it in the name of the heirs. For this, at least one of the heirs must apply to the land registry office by presenting the certificate of inheritance. However, if the inheritance certificate does not reflect the real right, the registration based on this document will result in corruption. The heir, who actually has the title of heir but does not appear as the owner in the land registry because his name is not written in the inheritance document, can file a lawsuit for the correction of the land registry with the allegation that his heirship is hidden. In practice, this lawsuit, called the "ketmi verese", aims to correct the corrupt registration and return the immovable to the estate. The Court of Cassation states that as a prerequisite for this case, a contested certificate of inheritance must be obtained, indicating that the previous certificate of inheritance was incorrect. On the other hand, in the transfers made to third parties based on the certificate of inheritance that does not show the real right, the protection of the gain in good faith poses an important problem. The request for the correction of the land registry based on the ketmi verese, may also come to the agenda after the division of inheritance. Therefore, it should be emphasized how the decision made as a result of this case will affect the division of inheritance. In the study, the aforementioned issues were examined within the framework of the Supreme Court's jurisprudence.

Keywords: Ketmi Verese, Certificate of Inheritance, Rectification of Land Registry, Division of Inheritance.

Giriş

Mirasçılar külli intikal ilkesi gereğince, miras bırakanın ölümü anında bir bütün olarak mirası kazanırlar (TMK m. 599/1, ZGB Art. 560, Abs. 1)[1]. Bunun sonucunda, miras bırakanın ayni hakları, alacakları, diğer malvarlığı hakları ile taşınır ve taşınmazlar üzerindeki zilyetlikleri de kendiliğinden mirasçılara intikal eder (TMK m. 599/2).

[1] Eren, F. ve Yücer Aktürk, İ. (2021). Türk Miras Hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 18; Dural, M. ve Öz, T. (2021). Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 403; Antalya, O.G. ve Sağlam, İ. (2021). Miras Hukuku. Ankara: Seçkin Yayınları, s. 477; İmre, Z. ve Erman, H. (2018). Miras Hukuku. İstanbul: Der Yayınları, s. 342; Serozan, R. ve Engin, B. İ. (2021). Miras Hukuku. Ankara: Seçkin Yayınları, s. 497; İnan, A. N. , Ertaş, Ş. ve Albaş, H. (2019). Miras Hukuku, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 69; Ayan, M. (2016). Miras Hukuku, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 271; Öztan, B. (2020). Miras Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 21; Escher, A. (1960). Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht. Zürich: Schulthess Verlag. Vorbem. zu Art. 560, N. 2; Wolf, S. ve Genna, G. S. (2015). Schweizerisches Privatrecht Band IV, Erbrecht. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, s. 66; Göksu, T. (2016). CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht. Zürich: Schulthess Verlag, Art. 560, N. 4; Müller, F. ve Lieb-Lindenmeyer, S. (2016). OFK-Orell Füssli Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch. Zürich: Orell Füssli Verlag, Art. 560, N. 1.

Mirasçıların kanun gereği doğrudan doğruya kazandıkları bu haklar üzerinde tasarrufta bulunabilmeleri için mirasçılık sıfatını ispat etmeleri gerekmektedir. İşte bu ihtiyaca binaen kanun koyucu, TMK m. 598 (ZGB Art. 559) hükmünde hem yasal hem de atanmış mirasçılar için "mirasçılık belgesi *(Erbbescheinigung)*" adlı özel bir belge verilmesini öngörmüştür[2]. Söz konusu belge ile mirasçılar tereke unsurlarının devrine yönelik tasarruf işlemleri yapma imkânına kavuşurlar. Özellikle terekede yer alan taşınmazlarla ilgili işlemlerde mirasçıların mirasçılık belgelerini ibraz etmeleri gerekmektedir. Söz gelimi, terekede bulunan taşınmazın mirasçılar adına elbirliği mülkiyet şeklinde tescil edilmesi ya da üçüncü bir kişiye devri gibi işlemler böyledir.

Mirasçılık belgesinin muhtelif sebeplerle gerçek hak sahipliğini göstermemesi mümkündür. Bunun en sık karşılaşılan hali ise, uygulamada "ketmi verese" olarak adlandırılan mirasçılığın gizlenmesidir. Gerçekte mirasçı olduğu halde mirasçılık belgesinde yer almayan kişilerin tereke unsurları üzerinde tasarruf etmeleri mümkün değildir. Bu durumda, mirasçılık belgesinde yer alan kişilerin tereke unsurları üzerinde tasarrufta bulunmaları gerçek hak sahibi olan fakat ketmedilmiş (gizlenmiş) mirasçıların haklarını ihlal edecektir. Konu özellikle terekedeki taşınmazlar bakımından önem arz etmektedir. Uygulamada mirasçılık belgesinde yer alan kişilerin terekedeki taşınmazları kendi adlarına tescil ettirdikten ya da üçüncü kişilere devrettikten sonra, ketmedildiğini ileri süren mirasçıların söz konusu taşınmazların tapu kayıtlarının iptalini talep ettikleri görülmektedir. Dolayısıyla ketmedildiği gerekçesiyle dava açan mirasçı, dava konusu taşınmazların tekrar miras bırakanın terekesine döndürülmesini amaçlamaktadır. Bu çerçevede açılan davalara uygulamada, "ketmi verese hukuksal nedenine dayalı tapu iptal ve tescil davası" denilmektedir. Şu halde ketmi verese davası, esasen tapu sicilinin düzeltilmesi davasıdır. Kanunda bu davaya ilişkin doğrudan hiçbir düzenleme yoktur. Bu nedenle, ketmi verese davası Yargıtay içtihatları çerçevesinde şekillenmiştir.

I. Ketmi Verese Kavramı

Arapça kökenli bir kelime olan *"ketm"*, bir sözü, haberi ya da sırrı gizlemek anlamına gelmektedir[3]. Nitekim sır saklayan ya da ağzı sıkı olan kişiler için kullanılan *"ketum"* sözü de aynı köke dayanmaktadır[4]. *Ketmi verese* ise kısaca mirasçılığın gizlenmesini ifade eder. Daha açık bir deyişle, gerçekte mirasçı sıfatına sahip olan bir kişinin bu sıfatının gizlenerek mirasın intikal etmesine ketmi verese denilmektedir[5].

[2] Erişgin, N. (2013). Mirasçılık Belgesi. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 2; Kocaağa, K. (2005). Mirasçılık Belgesi (MK m. 598). Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. IX (1-2), s. 85.
[3] Akbıyık, C. (2017). Özellikle Taşınmaz Mallara Yönelik Ketmi Verese Davası. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi. C. 23(3), s. 487.
[4] https://www.nisanyansozluk.com/kelime/ketum adresinden erişildi. (E.T: 21.07.2022)
[5] Akbıyık, s. 487.

Ketmi verese çeşitli sebeplerden kaynaklanabilir. Uygulamada en sık karşılaşılan durumların başında nüfus kayıtlarındaki yanlışlıklar gelmektedir. Örneğin miras bırakanın gerçekte alt soyu olan kişi, nüfus kayıtlarında görünmediği için mirasçılık belgesinde de mirasçı olarak yer almaz. Bu durumda mirasçılık sıfatına ilişkin durumlar tamamen farklı bir hal alabilir. Miras bırakanın nüfus kayıtlarına göre alt soyu yoksa mirasçılık sıfatı ikinci zümreye (ana-baba zümresi) geçecek ve mirasçılık belgesinde bu zümrede olan kişiler mirasçı görünecektir. Hâlbuki gerçek durumda miras bırakanın alt soyu bulunduğu için, ikinci zümreden hiç kimse mirasçı olamayacaktır. Miras bırakanın ketmedilen mirasçı dışında alt soyu ya da sağ kalan eşi varsa, bu sefer onların miras payları ketmi verese olgusundan dolayı artmış olacaktır.

Nüfus kayıtları ile bağlantılı olarak soybağı hukukuna dair meseleler de ketmi verese olgusunu meydana getirebilir. Söz gelimi, miras bırakanın evlilik dışı ilişkisinden olup aralarında soybağı kurulmamış olan çocuğu, onun ölümünde mirasçılık belgesinde yer almayacaktır. Zira hukuken soybağı kurulmadığı için, nüfus kayıtlarında da miras bırakanın alt soyu olarak görünmeyecektir. Yine toplumumuzda karşılaşılan ve hatalı olarak "evlatlık verme" şeklinde ifade edilen, başkasının çocuğunu nüfus idaresinde kendi çocuğu olarak kaydettirme hallerinde de benzer bir sonuç ortaya çıkar. Başkasının nüfusuna kaydedilen çocuk, gerçekte soybağı bulunan üst soyunun ölümü halinde onun mirasçısı olarak mirasçılık belgesinde yer alamayacaktır.

Uygulamada mirasçılık belgesini düzenleyen makamın hatası nedeniyle de ketmi verese olgusu gerçekleşebilir. Mirasçılık belgesini bütün mirasçılar birbirlerinden bağımsız olarak farklı zamanlarda ve farklı yerlerden alabilmektedir. Bu durumda her bir mirasçılık belgesinin aynı kişileri mirasçı olarak göstermesi gerekmektedir. Ancak özellikle mirasçı sayısının fazla olduğu hallerde, bir ya da birden fazla mirasçının mirasçılık belgesinde yer almadığı durumlarla karşılaşılabilmektedir. Mirasçılık belgesinde yer alan mirasçılar, hata sonucu belgede yazılmamış olan mirasçıları yok sayarak tereke unsurları üzerinde işlem yaptıkları takdirde ketmi verese olgusu ortaya çıkar.

Yasal mirasçılar dışında, atanmış mirasçıların ketmedilmesi de ihtimal dâhilindedir[6]. Örneğin miras bırakana ait el yazılı vasiyetnamede mirasçı olarak atanan kişi, bu vasiyetnamenin ortaya çıkmaması ya da başka mirasçılar tarafından gizlenmesi nedeniyle mirasçılık belgesi alamayacak ve böylelikle tereke üzerinde tasarrufta bulunamayacaktır.

[6] Akbıyık, s. 487.

II. Ketmi Verese Davasının Ön Koşulu Olarak Çekişmeli Mirasçılık Belgesi Alınması

Yargıtay'ın kökleşmiş içtihatlarına göre, ketmi verese olgusuna dayalı olarak tapu sicilinin düzeltilmesi talebinde bulunabilmek için öncelikle çekişmeli mirasçılık belgesi (hasımlı veraset ilamı) alınması zorunludur. Yüksek mahkemenin pek çok kararında, ketmi verese hukuksal nedenine dayalı tapu iptali davalarında uyuşmazlığın çözümü için, hasımlı veraset ilamı alınmak üzere açılacak bir dava sonucu miras bırakanın tüm mirasçılarının belirlenmesi ve ketmedildiğini ileri süren davacının bu mirasçılar arasında yer alıp almadığının tespit edilmesi gerektiği ifade edilmektedir[7]. Hatta yüksek mahkeme, tapu sicilindeki işlemlerde ispat vasıtası olarak kullanılan mirasçılık belgesinden sonra, hasımsız olarak alınan yeni mirasçılık belgesini de kabul etmemektedir[8]. Şu halde, ketmedilmek suretiyle miras payını alamadığını ileri süren mirasçı, öncelikle mevcut mirasçılık belgesinin iptalini ve gerçek duruma uygun yeni mirasçılık belgesi verilmesini amaçlayan çekişmeli bir dava ikame etmelidir.

Mirasçılık belgesi *(Erbbescheinigung)*, mirasçıların başvurusu üzerine yetkili makam tarafından verilen ve mirasçılık sıfatının ispatı işlevini gören belgedir[9]. Mirasçılık belgesi, TMK m. 598 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre, başvurusu üzerine yasal mirasçı oldukları belirlenenlere sulh mahkemesi veya noterlik tarafından mirasçılık sıfatlarını gösteren bir belge verilecektir (TMK m. 598/1). Ayrıca bir ölüme bağlı tasarruf ile mirasçı atanan kişilere de, mirasçılar tarafından kendilerine bildirilmesinden itibaren bir ay içerisinde itiraz edilmedikçe, atanmış mirasçı olduğunu gösteren bir belge verilir (TMK m. 598/2). Dolayısıyla hem yasal hem de atanmış mirasçılar mirasçılık belgesi alabilmektedir.

Mirasçılık belgesi, lehine düzenlenen kişiye tereke unsurları üzerinde yapılacak işlem ve tasarruflar bakımından yetkili olduğunu ispatlama imkânı verir[10]. Dolayısıyla mirasçılık belgesi miras hakkı ihdas etmeyen fakat bu hakkın varlığına karine teşkil eden

[7] Yarg. 1. HD, E. 2016/13472, K. 2019/5639, T. 4.11.2019; Yarg. 1. HD, E. 2021/319, K. 2021/2441, T. 21.4.2021; Yarg. 1. HD, E. 2021/330, K. 2021/1997, T. 5.4.2021.
[8] Yarg. 1. HD, E. 2016/9764, K. 2019/4260, T. 1.7.2019; Yarg. 1. HD, E. 2013/18803, K. 2014/5176, T. 10.3.2014.
[9] Serozan ve Engin, s. 489; Eren ve Yücer Aktürk, s. 441; Öztan, s. 382; İmre ve Erman, s. 333; Dural ve Öz, s. 400; Knubel, E. (2001). Der Erbenschein (Erbbescheinigung nach Art. 559 ZGB und Art. 18 GBV). Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung, s. 236; Boson, I. (2003). Le certificat d'héritier. Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung, s. 204; Völk, Tamara M. (2016). CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht. Zürich: Schulthess Verlag, Art. 559, N. 2; Müller/Lieb-Lindenmeyer, OFK-ZGB, Art. 559, N. 1; Hubert-Froidevaux, A. (2012). SHK - Stämpflis Handkommentar. Commentaire du droit des successions. Bern: Stämpfli Verlag, Art. 559, N. 1.
[10] Kocaağa, s. 85; Boson, s. 204; Knubel, s. 236; Völk, CHK-ZGB, Art. 559, N. 2; Müller/Lieb-Lindenmeyer, OFK-ZGB, Art. 559, N. 1.

bir belgedir[11]. Mirasçılık belgesine sahip olan kişinin, gerçekten mirasçılık sıfatına sahip olduğu karine olarak kabul edilir[12]. Bununla birlikte, mirasçılık belgesinin içerdiği bu karinenin aksi her zaman iddia ve ispat edilebilir[13]. Nitekim Kanunda, mirasçılık belgesinin geçersizliğinin her zaman ileri sürülebileceği açıkça düzenlenmiştir (TMK m. 598/3).

Sulh mahkemesi veya noterlik tarafından düzenlenen mirasçılık belgesi, TMK m. 7 anlamında resmi senetlerdendir[14]. Bu nedenle iptal edilene kadar, mirasçılık belgesinde gösterilen kişilerin mirasçı sıfatına sahip olduğuna dair delil teşkil eder. Mirasçılık belgesi düzenlenmesi, her bir mirasçı tarafından bağımsız olarak talep edilebilen bir çekişmesiz yargı işidir[15]. Belge talebinde bulunan kişinin hasım göstermesi gerekmez. Nitekim 2011 yılında 6217 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonucu, yasal mirasçılara noterlerden de mirasçılık belgesi alma imkânı tanınmıştır[16]. O halde, mirasçılık belgesine ilişkin kararlar maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez[17]. Yargıtay ise, mirastan ketmedildiğini ileri süren kişinin maddi anlamda kesin hüküm teşkil edecek çekişmeli bir mirasçılık belgesi almasını öngörmektedir. Dolayısıyla ketmi verese olgusu meydana geldiği takdirde öncelikle mevcut mirasçılık belgesinin iptali için dava açılmalı ve bu davada mirasçılık belgesinde hak sahibi görünenlerin tamamı hasım (davalı) olarak gösterilmelidir. İptale konu olan mirasçılık belgesi noterlikçe düzenlenmiş olsa bile, iptal talebi yalnızca mahkemede ileri sürülebilir.

Mirasçılık belgesinin iptali davasında ispat yükü, mirastan ketmedildiğini ileri süren davacıdadır. Zira mirasçılık belgesi resmi senet niteliğinde olduğundan, bunun gerçeği yansıtmadığını ileri süren tarafın ispatla yükümlü olması gerekir. Kanunda ayrıca bir düzenleme bulunmadığından (TMK m. 7/2), mirasçılık belgesinin içeriğinin doğru olmadığı her türlü delille ispatlanabilir[18]. Mirasçılık belgesinde yer almayan kişi, kendisinin de mirasçı sıfatına sahip olduğunu ispat ettiği takdirde, mahkeme gerçek durumu yansıtmayan mirasçılık belgesini iptal eder[19]. Bunun yanında, yine mahkeme tarafından ketmedilen mirasçının yer aldığı yeni bir mirasçılık belgesi düzenlenmesi

[11] Baran Çelik, N. (2019). Türkiye'de Yabancılık Unsuru İçeren Mirasçılık Belgelerinin Düzenlenmesi. Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 24 (41), s. 442; İyilikli, A. C. (2017). Mirasçılık (Veraset) Belgesinin Hukuk Yargılamasındaki Görünümü. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi. C. 5 (9), s. 284; Hubert-Froidevaux, SHK-ZGB, Art. 559, N. 1.
[12] İmre ve Erman, s. 337; Akbıyık, s. 489; Knubel, s. 236; Boson, s. 204; Müller/Lieb-Lindenmeyer, OFK-ZGB, Art. 559, N. 1.
[13] Baran Çelik, s. 442.
[14] Kocaağa, s. 97.
[15] İyilikli, s. 286; Kocaağa, s. 95; Akbıyık, s. 489; Erişgin, s. 141.
[16] Dural ve Öz, s. 401.
[17] Erişgin, s. 141; İyilikli, s. 286.
[18] İmre ve Erman, s. 336; Akbıyık, s. 491. Aksi görüşte: Erişgin, s. 155. Yazara göre mirasçılık belgesi, aksi her yolla kanıtlanabilir bir belge değildir. Mirasçılık belgesinin aksi, yalnız miras hukukuna ilişkin davalarda kanıtlanabilir.
[19] Akbıyık, s. 491.

gerekir. Zira bir veya birden çok mirasçının ketmedildiğinin ortaya çıkması halinde mirasçılık sıfatları ve miras payları değişecektir. Bazı durumlarda, iptal edilen mirasçılık belgesinde yer alan kişilerin yeni mirasçılık belgesinde hiç yer almamaları sonucu doğabilir. Söz gelimi, miras bırakanın gerçekte alt soyundan bir kişi olduğu halde bu mirasçı ketmedilip miras ikinci zümreye geçmiş olabilir. Ketmedilen mirasçı çekişmeli mirasçılık belgesine ilişkin davada bu durumu ispatladığı takdirde, artık mirasçılık belgesinde tek başına mirasçı olarak yer alacaktır. Diğer durumlarda ise genellikle ketmedilen mirasçı, iptal edilen mirasçılık belgesinde belirtilen mirasçılarla birlikte yeni düzenlenen belgede yer alır. Bu ihtimalde miras paylarının da yeniden düzenlenerek belgede gösterilmesi gerekecektir.

Mirasçılık belgesinin iptali talebi, herhangi bir zamanaşımına ya da hak düşürücü süreye tabi değildir[20]. Belgenin düzenlenmesinin üzerinden ne kadar süre geçerse geçsin, bunun gerçek hak durumunu yansıtmadığı iddiasıyla iptal davası açılabilir. Öğretide, bir veya daha fazla mirasçının gizlenerek mirasçılık belgesi alındığı hallerde, süre sınırı olmaksızın belgenin iptal edilebileceği ifade edilmektedir[21].

Mirasçılık belgesinin iptali davasında çekişmeli yargı yoluna başvurulduğundan dolayı, taraflar arasında mirasçılık sıfatı konusunda var olan ihtilafın maddi hukuk bakımından kesinleştirilmesi söz konusu olur[22]. Diğer ifadeyle, bu dava sonucunda miras bırakanın mirasçılarının kim ya da kimler olduğu kesin olarak tespit edilir. Mirasçılık belgesi iptal edildiği takdirde, yeni mirasçılık belgesinde yer alan kişiler kesin olarak mirasçı sıfatına sahiptir. İptal davasının reddi halinde ise, dava konusu edilen mirasçılık belgesi kesin hükme konu oluşturur ve artık belgede yer alan kişilerin mirasçılık sıfatına itiraz edilemez[23].

Mirasçılık belgesinin iptaline ilişkin hüküm, yenilik doğuran bir hüküm veya eda hükmü niteliğinde değildir[24]. Bu nedenle, mirasçılık belgesinin iptaline karar verilmesi halinde bu belgeye dayanılarak daha önce yapılan işlemlerin de düzeltilmesi gerekmektedir[25]. Özellikle, iptal edilen mirasçılık belgesi kullanılarak terekede bulunan taşınmazlara dair gerçekleştirilmiş olan işlemlerin düzeltilmesi önem taşımaktadır. Hal böyle olmakla birlikte, mirasçılık belgesinin iptaline karar verilmesi, buna dayanılarak yapılan işlemlerin de kendiliğinden ortadan kalkması sonucunu doğurmamaktadır[26]. Bu bağlamda, iptal edilen mirasçılık belgesi çerçevesinde tapu sicilinde gerçekleştirilen

[20] Erişgin, s. 196; Akbıyık, s. 494.
[21] Erişgin, s. 196.
[22] Akbıyık, s. 493.
[23] Akbıyık, s. 493.
[24] Kocaağa, s. 102; Akbıyık, s. 495; Erişgin, s. 197.
[25] Kocaağa, s. 102.
[26] Akbıyık, s. 496.

kayıtların düzeltilmesi için, TMK m. 1025 hükmüne göre tapu sicilinin düzeltilmesini dava etme zorunluluğu doğmaktadır[27].

Mirasçılık belgesinin iptali davasında görevli mahkeme, asliye hukuk mahkemesidir[28]. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ya da diğer mevzuatta mirasçılık belgesinin iptali davalarında görevli mahkemeye dair özel bir hüküm bulunmamaktadır. Mirasçılık belgesinin iptali davasının hasımlı olarak açılması zorunlu olduğundan, çekişmeli yargı kapsamındadır. Bu nedenle, mirasçılık belgesi verilmesinin aksine, sulh hukuk mahkemesinin görev alanında değildir. Yetkili mahkeme noktasında ise HMK m. 11/3 hükmünde, mirasçılık belgesinin iptali ve yeni mirasçılık belgesi verilmesine ilişkin davalarda, mirasçıların her birinin oturduğu yer mahkemesinin de yetkili olduğu düzenlenmiştir. Ancak burada kesin yetki kuralı bulunmadığından, miras bırakanın son yerleşim yeri mahkemesinde de mirasçılık belgesinin iptali davası açılabilir.

III. Ketmi Verese Olgusuna Dayalı Olarak Tapu Sicilinin Düzeltilmesi

Terekede bulunan taşınmazların mülkiyeti, miras bırakanın ölümü ile birlikte kanun gereği mirasçılara intikal eder. Böylelikle mirasçılar, taşınmaz mülkiyetini tescilsiz olarak kazanmış olurlar. Ancak mirasçıların terekedeki taşınmazlar üzerinde tasarruf edebilmeleri için yine de tescile ihtiyaç vardır. Bu durum, miras bırakanın tek mirasçısının olması halinde de aynıdır. Miras bırakanın ölümü, tapu sicilinde onun adına var olan kaydın kendiliğinden düzeltilip mirasçılar adına tescilin yapılmasını sağlamaz. Bunun için uygulamada kısaca "intikal" olarak adlandırılan, mirasçılar adına açıklayıcı tescilin yapılması gerekir[29]. Diğer ifadeyle, terekedeki taşınmaz mirasçılar adına elbirliğiyle mülkiyet şeklinde tescil edilmelidir. Tek mirasçının bulunması ihtimalinde ise, miras ortaklığı meydana gelmeyeceği için elbirliği mülkiyeti söz konusu olmaz. Öte yandan, terekede bulunan taşınmazın mirasçılardan biri adına ya da üçüncü bir kişi adına tescil edilmesi de gündeme gelebilir. Ancak bunun için yine de öncelikli olarak intikal işlemi yapılıp mirasçılar adına açıklayıcı tescilin gerçekleştirilmesi zorunludur.

Mirasçıların taşınmazları kendi adlarına elbirliği mülkiyeti şeklinde tescil ettirebilmeleri için tapu memuruna mirasçılık belgesini ibraz etmeleri gerekmektedir (TST m. 20/1-a). Tapu memuru mirasçılık belgesinin gerçek hak durumunu yansıtıp yansıtmadığını araştırmak zorunda değildir[30]. Hatta tapu memuru mirasçılık belgesinde bir veya daha fazla mirasçının yazılmadığını ve bu nedenle belgenin doğru olmadığını tespit etse bile, tescil işlemini yapmaktan kaçınamaz[31]. Zira tapu memurunun görevi,

[27] Kocaağa, s. 102; Boson, s. 215.
[28] İyilikli, s. 327.
[29] Serozan ve Engin, s. 490.
[30] Boson, s. 215; Akbıyık, s. 494.
[31] Knubel, s. 240; Boson, s. 215; Akbıyık, s. 495.

kendisine ibraz edilen mirasçılık belgesinin yetkili makam tarafından ve içeriğinde bulunması gereken yasal unsurlara uygun olarak düzenlendiğini kontrol etmekten ibarettir. Hal böyle olmakla birlikte, ketmi verese olgusu nedeniyle gerçek hak durumunu yansıtmayan bir mirasçılık belgesine dayanılarak yapılan tescil yolsuzdur[32]. Gerçeği yansıtmayan mirasçılık belgesinin iptali sağlandığı takdirde, yolsuz tescilin düzeltilerek, tapu sicilinin gerçek duruma uygun hale getirilmesi talep edilebilir.

Yargıtay'a göre, çekişmeli mirasçılık belgesi alınmaksızın ketmi verese olgusuna dayalı olarak tapu sicilinin düzeltilmesi davası açıldığı takdirde, davacıya çekişmeli mirasçılık belgesine ilişkin dava açması için süre verilmelidir[33]. Yüksek mahkeme, tapu sicilinin düzeltilmesi davasında mirasçıların mirasçılık sıfatlarının kesin olarak tespitinin bekletici mesele yapılmasını öngörmektedir[34]. Davacı, çekişmeli mirasçılık belgesi aldığı takdirde davaya devam olunacak ve kesinleşen mirasçılık sıfatı çerçevesinde tapu sicilinin düzeltilmesi talebi hakkında karar verilecektir. Yargıtay, çekişmeli mirasçılık belgesi alınmasına dair davanın, tapu sicilinin düzeltilmesi davasıyla birlikte de açılabileceğini kabul etmektedir[35].

Ketmi verese olgusuna dayalı tapu sicilinin düzeltilmesi davası terekeyle ilgili olduğundan, bütün mirasçıların davaya taraf olması veya terekeye temsilci atanmak suretiyle davanın görülmesi zorunludur. Ayrıca, ketmedilen birden fazla mirasçı varsa, bunlardan yalnızca birinin dava açması mümkündür. Ketmi verese davası, terekedeki hakların korunmasıyla doğrudan ilgilidir. Kanunda mirasçılardan her birinin terekedeki hakların korunmasını isteyebileceği düzenlenmiştir (TMK m. 640/4). Mirasçılardan birinin açtığı dava sonucu sağlanan korumadan diğer mirasçılar da yararlanır.

Ketmedildiğini iddia eden mirasçı, çekişmeli mirasçılık belgesi almak suretiyle bu durumu ispatladığı takdirde mahkeme, yolsuz tescile konu olan taşınmazların tapu kayıtlarının iptaline ve çekişmeli mirasçılık belgesinde gösterildiği şekilde bütün mirasçılar adına miras payları oranında elbirliği mülkiyeti şeklinde tescile hükmetmelidir[36]. Mirasçılık belgesinde miras paylarının gösterilmesi, mirasçıların tereke üzerinde elbirliğiyle hak sahibi olmalarını değiştirmez. Dolayısıyla dava konusu taşınmazlar bakımından da elbirliği mülkiyeti devam etmektedir. Çekişmeli mirasçılık belgesinde, miras bırakanın gerçekte tek mirasçısının bulunduğu ve onun da ketmedildiği ortaya çıkmışsa, yalnızca bahsi geçen mirasçı adına tescil söz konusu olacaktır. Şu halde, ketmi verese olgusuna dayalı tapu sicilinin düzeltilmesi davasının amacı, dava konusu

[32] Akbıyık, s. 496.
[33] Yarg. 1. HD, E. 2016/ 18038, K. 2018/413, T. 18.1.2018; Yarg. 1. HD, E. 2008/4043, K. 2008/8842, T. 15.7.2008; Yarg. 1. HD, E. 2013/20736, K. 2014/20, T. 13.1.2014.
[34] Yarg. 1. HD, E. 2014/13849, K. 2016/1293, T. 8.2.2016.
[35] Akbıyık, s. 496.
[36] Akbıyık, s. 497.

edilen taşınmazların miras bırakanın terekesine döndürülerek, yolsuz tescilden önceki durumun yeniden tesis edilmesidir.

Ketmi verese olgusuna dayalı olarak açılan tapu sicilinin düzeltilmesi davasında asliye hukuk mahkemeleri görevlidir. Zira malvarlığı haklarına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir (HMK m. 2). Yetkili mahkeme ise, taşınmaz üzerindeki ayni hakka ilişkin olduğundan HMK m. 12/1 gereğince taşınmazın bulunduğu yer mahkemesidir. Bu yetki kesin nitelikte olduğundan, mahkemenin yetkisizliği davanın her aşamasında taraflarca ileri sürülebileceği gibi, hâkim tarafından da re'sen dikkate alınır. Dava, terekede bulunan birden çok taşınmaz hakkında açılacaksa, taşınmazlardan birinin bulunduğu yerde diğerleri hakkında da açılabilir (HMK m. 12/3).

IV. Ketmi Verese Davasında Üçüncü Kişilerin Güveninin Korunması

Gerçek hak durumunu yansıtmayan mirasçılık belgesine dayanılarak tapu sicilinde mirasçılar adına açıklayıcı tescil yapıldıktan sonra, terekede bulunan taşınmazların üçüncü kişiye devredilmesi mümkündür. Uygulamada sık karşılaşılan bu durumda, esasen üçüncü kişi adına yapılan tescil yolsuzdur. Zira bir veya daha fazla mirasçının ketmedilmesi nedeniyle gerçek hak durumunu yansıtmayan mirasçılık belgesi, bu belgede yer alan kişiler adına yapılan tescilin yolsuz olması sonucunu doğurur. Dolayısıyla, mirasçıların taşınmazı üçüncü kişi adına tescil ettirmeleri halinde de yolsuz tescil meydana gelmektedir. Hal böyle olmakla birlikte, terekedeki taşınmaz üzerinde ayni hak kazanan üçüncü kişinin iyiniyetli olması halinde, TMK m. 1023 çerçevesinde bu kazanımı korunur. Ayni hakkı kazanan üçüncü kişi, tapuda mirasçılar adına var olan açıklayıcı tescile güvenmektedir[37]. Bununla birlikte, tescilin yolsuz olduğunu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi, bu tescile dayanamaz (TMK m. 1024/1). Tescile dayanak oluşturan mirasçılık belgesinin gerçek hak durumunu göstermediğini bilen üçüncü kişi iyiniyetli sayılmaz ve bu nedenle onun tapu sicilindeki kazanımı korunmaz. Yargıtay da ketmi verese olgusuna dayalı tapu sicilinin düzeltilmesi davalarında, üçüncü kişinin TMK m. 1023 hükmünün koruyuculuğundan yararlanma imkânının incelenmesi gerektiğini ifade etmektedir[38]. Yüksek mahkeme, özellikle miras bırakan ve diğer mirasçılar ile yakınlığı olan durumlarda, üçüncü kişinin durumu bilen ya da kendisinden beklenen özeni göstermesi halinde bilebilecek konumda olan kişi olarak iyiniyetli sayılamayacağını belirtmektedir[39].

Mirastan ketmedilen kişi, terekedeki taşınmazların halen mirasçılar adına kayıtlı olduğu durumlarda, tapu sicilinin düzeltilmesi davasıyla birlikte ihtiyati tedbir talebinde

[37] Akbıyık, s. 499.
[38] Yarg. 1. HD, E. 2016/8472, K. 2019/6396, T. 10.12.2019.
[39] Yarg. 1. HD, E. 2019/863, K. 2019/1690, T. 7.3.2019.

de bulunabilir. Geçici hukuki koruma olan ihtiyati tedbir kararı, mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hâle geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hâllerinde verilebilmektedir (HMK m. 389/1). Tapu sicilinde malik olarak görünen mirasçıların, taşınmazı iyiniyetli üçüncü kişiye devretmeleri durumunda, ketmedilen mirasçının bu taşınmaz üzerindeki hakkını elde etmesi imkânsız hale gelecektir. Hatta üçüncü kişi iyiniyetli olmasa bile, ketmedilen mirasçının hakkını elde etmesi önemli ölçüde zorlaşacaktır. Zira bu ihtimalde ketmedilen mirasçının, üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığını da ispat etmesi gerekmektedir. Yargıtay da ketmi verese olgusuna dayalı tapu sicilinin düzeltilmesi davalarında, ihtiyati tedbir talep edilebileceği kanaatindedir[40].

Üçüncü kişinin iyiniyeti sebebiyle tapu sicilinin düzeltilmesi mümkün olmadığı takdirde, ketmedilen mirasçının taşınmazı devreden mirasçılardan tazminat talep etmesi mümkündür[41]. Nitekim uygulamada ketmi verese olgusuna dayalı davaların terditli olarak öncelikle tapu iptali ve tescil, olmadığı takdirde taşınmazın değeri üzerinden bedelin tahsiline karar verilmesi şeklinde açıldığı görülebilmektedir[42]. Davacı, çekişmeli mirasçılık belgesi alarak mirastan ketmedildiğini ispatladığı takdirde, taşınmazın dava tarihindeki değeri üzerinden ve yine dava tarihinden itibaren faiz işletilerek miras payı oranında tazminat ödenmesine karar verilmektedir[43]. Yargıtay'a göre, ketmi verese nedeniyle bedel ödenmesine ilişkin taleplerde her bir davalının sorumlu olduğu miktar, iptaline karar verilen mirasçılık belgesinde davacının mirasçı olarak yer almaması nedeniyle yasal miras paylarından fazla intikal eden kısımla sınırlıdır[44]. Yüksek mahkemeye göre, hükmedilen tazminat miktarının davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilemez[45]. Dolayısıyla her bir davalının sorumlu olduğu miktarın ayrı ayrı hesaplanarak hüküm kurulması gerekmektedir. Öte yandan Yargıtay, ketmedilen mirasçının bedelden kaynaklanan talebinin 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu fikrindedir. Hâlbuki yüksek mahkemenin içtihadı, miras ortaklığına hâkim olan ayni ikame ilkesi ile çelişmektedir. Öğretide de haklı olarak belirtildiği üzere[46], ketmi verese nedeniyle yeniden düzenlenen mirasçılık belgesinde gösterilen mirasçılar arasında paylaşmaya kadar elbirliği ile hak sahipliği devam etmektedir. Dolayısıyla, ayni ikame ilkesi gereğince terekede yer alan bir mal veya hak herhangi bir şekilde elden çıkmış ve bunun yerine başka bir şey verilmişse, verilen şey kendiliğinden terekeye dâhil olur. Şu

[40] Yarg. 1. HD, E. 2012/7381, K. 2012/8346, T. 3.7.2012.
[41] Akbıyık, s. 500.
[42] Yarg. 1. HD, E. 2021/545, K. 2021/2071, T. 7.4.2021.
[43] Akbıyık, s. 500.
[44] Yarg. 1. HD, E. 2016/5627, K. 2019/4860, T. 26.9.2019.
[45] Yarg. 1. HD, E. 2021/545, K. 2021/2071, T. 7.4.2021.
[46] Akbıyık, s. 500.

halde gerçek hak durumunu göstermeyen mirasçılık belgesine dayalı olarak terekeden çıkan taşınmazın bedelinin terekeye girdiğini kabul etmek gerekmektedir. Terekeye giren bedel üzerinde, yeni mirasçılık belgesinde gösterilen bütün mirasçılar elbirliği ile hak sahibidir. Bu nedenle, ketmedilen mirasçının bedel alacağı bakımından diğer mirasçıların müteselsilen sorumlu olduklarını ifade eden görüşe katılmaktayız. Bunun sonucu olarak da ketmedilen mirasçı tarafından taşınmazın bedeline yönelik talep bakımından 10 yıllık zamanaşımı süresi söz konusu olmayacaktır[47].

V. Tapu Sicilinde Hak Sahibi Gözüken Kişilerin Kazandırıcı Zamanaşımı Sonucu Mülkiyeti Kazanması

Gerçek hak durumunu göstermeyen mirasçılık belgesi uyarınca tapu sicilinde malik olarak gözüken kişilerin kazandırıcı zamanaşımı yoluyla mülkiyet hakkını kazanıp kazanamayacakları hususu önem taşımaktadır. TMK m. 712 hükmüne göre, geçerli bir hukuki sebep olmaksızın tapu kütüğüne malik olarak yazılan kişi, taşınmaz üzerinde davasız, aralıksız ve iyiniyetli olarak on yıl süreyle zilyetliğini sürdürdüğü takdirde, onun bu şekilde kazanmış olduğu mülkiyet hakkına itiraz edilemez. Öğretide bu duruma, taşınmaz mülkiyetinin olağan zamanaşımı yoluyla kazanılması denilmektedir[48]. Öte yandan TMK m. 713 hükmü çerçevesinde, tapu sicilinde kayıtlı bulunmayan veya kayıtlı olup da sicilden gerçek hak sahibinin kim olduğu anlaşılamayan bir taşınmazın mülkiyetinin davasız ve aralıksız malik sıfatıyla yirmi yıl devam eden zilyetliğe dayalı olarak kazanılmasına da olağanüstü zamanaşımı yoluyla kazanma denilmektedir[49].

Yargıtay'ın süreklilik kazanan içtihatlarına göre, tereke söz konusu olduğunda mirasçılar arasında kazandırıcı zamanaşımı uygulanamaz[50]. Söz konusu kural hem olağan hem de olağanüstü zamanaşımı bakımından geçerlidir. Zira mirasçılar, miras bırakanın ölümüyle birlikte terekede bulunan taşınmazlar üzerinde elbirliği halinde malik olurlar. Paylı mülkiyete tabi taşınmazlar üzerindeki paylar zamanaşımı yoluyla kazanmaya elverişliyken, elbirliği mülkiyeti bakımından aynı durum geçerli değildir[51]. Dolayısıyla, ketmedilen mirasçıya karşı diğer mirasçıların zamanaşımı yoluyla mülkiyet

[47] Akbıyık, s. 500.
[48] Tekinay, Selahattin Sulhi vd. (1989). Tekinay Eşya Hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 724; Oğuzman, K., Seliçi, Ö. ve Oktay-Özdemir, S. (2021). Eşya Hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 487; Eren, F. (2016). Mülkiyet Hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 265; Sirmen, A.L. (2020). Eşya Hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 390; Kılıçoğlu, A.M. (2021). Eşya Hukuku. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 352; Akçaal, M. (2021). Eşya Hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 427.
[49] Sirmen, s. 393; Eren, s. 276; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 493; Kılıçoğlu, s. 358; Akçaal, s. 432.
[50] Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, 26.05.1954 Tarih ve 7/17 Sayılı. Ayrıca bkz: Albaş, H. (2007). Tapu Siciline Kayıtlı Taşınmazlar Bakımından Olağanüstü Zamanaşımı İle Taşınmaz Mülkiyetinin Kazanımında Mirasçılar Arasında Zamanaşımının İşlememesi Sorunu. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 9 (2), s. 1 vd; Paksoy, M.S. (2015). Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı Işığında Tapuya Kayıtlı Taşınmazlarda Olağanüstü Kazandırıcı Zamanaşımı. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası. C. 73 (1), s. 444.
[51] Akkanat, H. (2004). Taşınmaz Mülkiyetinin Olağan Zamanaşımı Yoluyla Kazanılması. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası. C. 62 (1-2), s. 321.

kazandıklarını ileri sürmelerinin hukuki bir sonucu yoktur. Ayrıca, mirasçılardan birinin ya da bazılarının gizlendiğinin bilinmesi, olağan zamanaşımı bakımından iyiniyet şartının gerçekleşmesini engelleyecektir.

VI. Ketmi Verese Davası Sonucunda Tapu Sicilinin Düzeltilmesinin Miras Paylaşımına Etkisi

Ketmi verese olgusuna dayalı olarak tapu sicilinin düzeltilmesi kararı verildiği takdirde, dava konusu edilen taşınmazın yeni mirasçılık belgesinde gösterilen mirasçılar adına elbirliği mülkiyeti şeklinde tesciline karar verilecektir. Şayet ketmi verese davasından önce mirasçılar arasında bir paylaşım söz konusu olduysa, bunun akıbetinin ne olacağı önem taşımaktadır.

Mirasın paylaşılması ya mirasçılar arasında yapılan bir sözleşme ile ya da mahkeme kararı ile gerçekleşir. Mirasçılar aralarında yapacakları yazılı bir paylaşma sözleşmesi ile ya da elden paylaşma şeklinde tereke unsurlarını paylaşabilirler (TMK m. 676/1)[52]. Ancak taşınmazlar bakımından elden paylaşma mümkün olmayıp, en azından adi yazılı bir paylaşma sözleşmesi yapılmalıdır. Paylaşma sözleşmesine bütün mirasçıların taraf olması ve paylaşmaya dair irade beyanlarının sözleşmede yer alması zorunludur[53]. Diğer deyişle, miras paylaşma sözleşmesine bütün mirasçıların katılmaları ve imzalamaları gerekmektedir. Bu itibarla, mirasçılardan birinin dahi katılmadığı paylaşma sözleşmesi kanaatimizce yok hükmündedir[54]. Zira bu sözleşme bakımından bütün mirasçıların irade beyanlarının varlığı, sözleşmenin kurucu unsurudur. Ketmi verese durumunda da gerçekte mirasçı olan kişi gizlendiği için paylaşma sözleşmesine taraf olamaz. O halde, ketmedilen mirasçı olmaksızın yapılan sözleşmenin yokluğundan bahsedilebilir[55]. Ancak öğretide bazı yazarlar ve Yargıtay, mirasçılardan bazılarının taraf olmadığı paylaşma sözleşmelerinin geçersiz olduğunu ifade etmektedir[56]. Paylaşma sözleşmesinin yok hükmünde olmasının pratik sonucu, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde sayılmamasıdır. Ketmi verese nedeniyle yeni mirasçılık belgesi alındığı takdirde, bu belgede gösterilen mirasçılar arasında tekrar paylaşma sözleşmesi yapılabilir.

Mirasın paylaşılması konusunda mirasçılar anlaşamadığı takdirde her bir mirasçının paylaşma davası açma hakkı vardır. Uygulamada genellikle terekede bulunan taşınmazlar hakkında gündeme gelen paylaşma davasına da ortaklığın giderilmesi (İzale-i Şuyu) davası denilmektedir. Ketmi verese olgusuna dayalı olarak tapu sicilinin düzeltilmesi talep edildiği takdirde, daha önceden mirasçılar arasında görülüp kesinleşen böyle bir davanın kesin hüküm etkisi gösterip göstermeyeceği tereddüt oluşturabilir.

[52] Ayrıntılı bilgi için bkz: Tekelioğlu, N. (2021). Miras Paylaşma Sözleşmesi. Ankara: Seçkin Yayınları, s. 113 vd.
[53] Tekelioğlu, s. 157.
[54] Tekelioğlu, s. 164.
[55] Akbıyık, s. 503.
[56] Bkz: Tekelioğlu, s. 164 vd.

Ancak paylaşma sözleşmesinde olduğu gibi, paylaşma davasında da bütün mirasçıların davaya taraf olarak katılmalarının sağlanması gerekmektedir. Ketmi verese nedeniyle bütün mirasçıların katılımının mümkün olmadığı bir dava sonucu verilen karar kesin hüküm etkisi göstermez[57]. Mirasçıların paylaşmayı talep hakkı zamanaşımına ve hak düşürücü süreye tabi değildir[58]. Gerçek hak durumunu gösteren çekişmeli mirasçılık belgesi sonucunda miras payları değişecek ve yeni duruma göre tekrar paylaşım yapılması gerekecektir. O halde, diğer mirasçılar hâlihazırda taşınmaz hakkında kesinleşmiş bir mahkeme kararı olduğunu ileri sürseler bile, bunun sonuca etkisi olmayacaktır.

Mirasın paylaşılması, tereke malları üzerindeki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi şeklinde de olabilir. Mirasçılar paylaşma sözleşmesinde paylı mülkiyete dönüştürme kararı verebilecekleri gibi (TMK m. 676/2), içlerinden birinin bu yönde mahkemeden talepte bulunması da mümkündür (TMK m. 644/1). Ketmedilen mirasçının açtığı tapu sicilinin düzeltilmesi davasından önce, iptal edilmiş olan mirasçılık belgesine dayanılarak taşınmazların paylı mülkiyete çevrilmesi söz konusu olabilir. Paylı mülkiyete çevirme, eğer paylaşma sözleşmesi uyarınca yapılmışsa, bu sözleşme ketmi verese olgusu nedeniyle yok hükmünde olduğundan tapuda paylı mülkiyet şeklinde gerçekleşen tescil yolsuzdur. Tapu sicilinin düzeltilmesi davası neticesinde bu şekilde yapılan tescil iptal edilecek ve yeni mirasçılık belgesi çerçevesinde elbirliği mülkiyeti şeklinde tescile karar verilecektir. Paylı mülkiyete çevirmenin mahkeme kararı ile gerçekleşmesi halinde de aynı durum geçerlidir. Zira ketmedilen mirasçının tarafı olmadığı bir dava sonucunda paylı mülkiyete geçilmesi mümkün değildir[59]. Dolayısıyla bu ihtimalde de yeni mirasçılık belgesi uyarında elbirliği mülkiyeti olarak tescile hükmedilecektir.

Sonuç

Mirasçılar, külli halefiyet ilkesi gereğince kendiliğinden intikal eden tereke unsurları üzerinde tasarruf edebilmek için mirasçılık sıfatlarını ispat etmek durumundadırlar. Bunun için kanunda mirasçılık belgesi, uygulamada ise veraset ilamı denilen resmî belgeye başvurulmaktadır. Yasal mirasçıların belirlenmesinde genellikle nüfus kayıtları belirleyicidir. Nüfus kayıtlarında yanlışlık olması durumunda, mirasçılık belgesinin de yanlış olması kaçınılmazdır. Diğer ifadeyle, böyle bir ihtimalde mirasçılık belgesi gerçek hak durumunu yansıtmayacaktır. Bu durumda gerçekte mirasçılık sıfatına sahip olduğu halde, mirasçılık belgesinde gösterilmeyen kişi veya kişilerin bulunması

[57] Akbıyık, s. 504.
[58] Tekelioğlu, s. 66.
[59] Akbıyık, s. 506.

ihtimal dahilindedir. Gerçekte mirasçı sıfatına sahip olan bir kişinin bu sıfatının gizlenerek mirasın intikal etmesine ketmi verese denilmektedir.

Ketmi verese, özellikle terekede bulunan taşınmazlar bakımından önem arz eder. Zira çoğunlukla ekonomik olarak terekenin en değerli varlıkları taşınmazlar olmaktadır. Gerçek hak durumunu göstermeyen mirasçılık belgesinde yer alan kişiler, bu belgeye dayalı olarak terekedeki taşınmazları kendi adlarına tescil ettirebilir veya üçüncü kişilere devredebilirler. İşte bu gibi durumlarda terekeden çıkmış olan taşınmazların tekrar terekeye dönmesi amacıyla uygulamada "ketmi vereseye dayalı tapu iptali ve tescil" adı verilen davalar açılmaktadır. Yargıtay'ın istikrar kazanan içtihatlarında, ketmi verese olgusuna dayalı olarak tapu sicilinin düzeltilmesi talebinde bulunabilmek için öncelikle çekişmeli mirasçılık belgesi (hasımlı veraset ilamı) alınması gerektiği ifade edilmektedir. Çekişmeli mirasçılık belgesine ilişkin talebin, tapu sicilinin düzeltilmesi talebiyle birlikte ileri sürülmesi mümkündür. Bu durumda mahkeme, öncelikle mirasçılık belgesine dair uyuşmazlığı çözüme kavuşturacaktır. Böylelikle kimlerin mirasçılık sıfatına sahip olduğu kesin olarak tespit edilerek yeniden mirasçılık belgesi düzenlenecektir. Sonrasında dava konusu taşınmazın ya da taşınmazların tapu kayıtları düzeltilerek, yeni mirasçılık belgesinde gösterilen kişiler adına elbirliği mülkiyeti şeklinde tescil edilecektir. Ancak bu süreçte ketmedilen mirasçının terekedeki taşınmaz üzerindeki hakkını elde etmesi bakımından tehlike arz eden önemli bir durum vardır. Söz konusu durum terekedeki taşınmazın iyiniyetli üçüncü kişilere devredilmiş olmasıdır. Bu ihtimalde, iyiniyetli üçüncü kişi TMK m. 1023 hükmü gereğince korunacaktır. Ketmedilen mirasçının taşınmazı devreden mirasçılardan tazminat talep etmesi mümkündür. Hatta ketmi verese olgusuna dayalı davalar terditli olarak öncelikle tapu iptali ve tescil, olmadığı takdirde taşınmazın değeri üzerinden bedelin tahsiline karar verilmesi şeklinde açılabilmektedir.

Ketmi verese davasından önce terekenin paylaşılmış olması, ketmedilen mirasçının mülkiyet hakkını elde etmesi bakımından bir engel teşkil etmez. Zira hukuka uygun bir miras paylaşımından bahsedebilmek için, mirasçılık sıfatına sahip olan herkesin katılımı zorunludur. Bu bakımdan paylaşmanın dava ya da sözleşme yoluyla yapılması arasında temelde bir fark yoktur. Ketmedilen mirasçı her halükarda paylaşıma katılmamış olacağından, önceden yapılmış olan miras paylaşımına dayalı olarak hak iddia edilemeyecektir.

Kaynakça

Akbıyık, C. (2017). Özellikle Taşınmaz Mallara Yönelik Ketmi Verese Davası. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 23(3), 485-506.

Akçaal, M. (2021). Eşya Hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları.

Akkanat, H. (2004). Taşınmaz Mülkiyetinin Olağan Zamanaşımı Yoluyla Kazanılması. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 62 (1-2), 318-332.

Albaş, H. (2007). Tapu Siciline Kayıtlı Taşınmazlar Bakımından Olağanüstü Zamanaşımı İle Taşınmaz Mülkiyetinin Kazanımında Mirasçılar Arasında Zamanaşımının İşlememesi Sorunu. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 9 (2), 1-28.

Antalya, O.G. ve Sağlam, İ. (2021). Miras Hukuku. Ankara: Seçkin Yayınları.

Ayan, M. (2016). Miras Hukuku, Ankara: Seçkin Yayınları.

Baran Çelik, N. (2019). Türkiye'de Yabancılık Unsuru İçeren Mirasçılık Belgelerinin Düzenlenmesi. Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 24 (41), 439-511.

Boson, I. (2003). Le certificat d'héritier. Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung, 203-224.

Dural, M. ve Öz, T. (2021). Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi.

Eren, F. (2016). Mülkiyet Hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları.

Eren, F. ve Yücer Aktürk, İ. (2021). Türk Miras Hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları.

Erişgin, N. (2013). Mirasçılık Belgesi. Ankara: Turhan Kitabevi.

Escher, A. (1960). Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht. Zürich: Schulthess Verlag.

Göksu, T. (2016). CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht. Zürich: Schulthess Verlag.

Hubert-Froidevaux, A. (2012). SHK - Stämpflis Handkommentar. Commentaire du droit des successions. Bern: Stämpfli Verlag.

İmre, Z. ve Erman, H. (2018). Miras Hukuku. İstanbul: Der Yayınları.

İnan, A. N. , Ertaş, Ş. ve Albaş, H. (2019). Miras Hukuku, Ankara: Seçkin Yayınları.

İyilikli, A. C. (2017). Mirasçılık (Veraset) Belgesinin Hukuk Yargılamasındaki Görünümü. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, C. 5 (9), 281-382.

Kılıçoğlu, A.M. (2021). Eşya Hukuku. Ankara: Turhan Kitabevi.

Knubel, E. (2001). Der Erbenschein (Erbbescheinigung nach Art. 559 ZGB und Art. 18 GBV). Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung, 235-244.

Kocaağa, K. (2005). Mirasçılık Belgesi (MK m. 598). Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IX (1-2), 83-105.

Müller, F. ve Lieb-Lindenmeyer, S. (2016). OFK-Orell Füssli Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch. Zürich: Orell Füssli Verlag.

Oğuzman, K., Seliçi, Ö. ve Oktay-Özdemir, S. (2021). Eşya Hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi.

Öztan, B. (2020). Miras Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları.

Paksoy, M.S. (2015). Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı Işığında Tapuya Kayıtlı Taşınmazlarda Olağanüstü Kazandırıcı Zamanaşımı. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 73 (1), 441-464.

Serozan, R. ve Engin, B. İ. (2021). Miras Hukuku. Ankara: Seçkin Yayınları.

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

Tekelioğlu, N. (2021). Miras Paylaşma Sözleşmesi. Ankara: Seçkin Yayınları.

Tekinay, Selahattin Sulhi vd. (1989). Tekinay Eşya Hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi.

Völk, Tamara M. (2016). CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht. Zürich: Schulthess Verlag.

Wolf, S. ve Genna, G. S. (2015). Schweizerisches Privatrecht Band IV, Erbrecht. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag.

KRİPTO VARLIK PİYASASINDAKİ RİSKLER VE YATIRIMCILARIN SERMAYE PİYASASI HUKUKU KAPSAMINDA KORUNMASI

Av. Müge ÇETİN[1]

Özet

Kripto varlık piyasası, son yıllarda küresel ölçekte yatırımcıların ilgisini çekmekte ve hacmini genişletmektedir. Kripto varlıkların, merkeziyetsiz ve farklı alanlarda kullanılma imkanı veren doğası, kripto varlık piyasasını geleneksel finansal piyasalardan farklı bazı risklere de açık hale getirmektedir. Bunun yanında, piyasanın ve piyasa aktörlerinin nasıl regüle edileceğine ilişkin ulusal ve uluslararası kapsamda çalışmalar sürerken, ülkemizde de henüz yasal bir düzenleme yapılmamıştır.

Kripto varlık piyasasında doğabilecek riskler, hem kripto varlık ilk arzlarının gerçekleştiği birincil piyasadan hem de kripto varlık hizmeti sağlayan platformların işlem gerçekleştirdiği ikincil piyasadan doğabilir. Piyasadaki yasal belirsizlik ve piyasa katılımcılarının hukuki konumunun bilinmiyor oluşu, onu piyasa katılımcıları açısından riskli hale getirmektedir.

Sermaye piyasası hukuku düzenlemelerinin en önemli amaçlarından biri, yatırımcının korunmasıdır. Kripto varlık piyasalarındaki katılımcıların, hangi durumlarda sermaye piyasası hukuku kapsamında yatırımcı olarak ele alınıp korunabileceği, güncel bir hukuki sorundur. Bu çerçevenin çizilmesi, yatırımcılar açısından belirsizliği kaldırarak onları hukuki güvence altında hissettirecek, kripto varlık piyasasına da güven unsurunu artırarak piyasanın gelişmesini sağlayacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kripto varlık, Sermaye Piyasası, Yatırımcının Korunması, Kripto varlık piyasasındaki riskler, kripto varlık hizmet sağlayıcıları

[1] Avukat, İzmir Barosu Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Öğrencisi
mugecetin@me.com
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-9825-3262

RISKS IN THE CRYPTO ASSET MARKET AND PROTECTION OF THE INVESTORS IN THE SCOPE OF THE CAPITAL MARKET LAW

Abstract

Crypto asset market is recently taking the attraction of the investors in the global scale and extending its volume. The nature of the crypto assets, that is decentralized and enables usage in different areas, exposes it to certain risks different from the conventional financial markets. In addition to this, while national and international activities continue on how to regulate the market and market players, no legal arrangement was made in our country too.

The risks that may arise in the crypto asset market may emerge both in the primary market where the first launchings of crypto asset take place and in the secondary market where the platforms providing crypto asset services perform the transactions. The legal uncertainty in the market and not knowing the legal status of the market participants make it risky with respect to the market participants.

One of the most important targets of the capital market law regulations is to protect the investors. In which cases were the participants in the crypto asset markets is deemed and protected as the investor in the scope of capital market law is a current legal issue. Drawing this framework would make that the investors feel that they are under legal assurance by eliminating the uncertainty with respect to them and ensure that the market develops by increasing the trust factor to the crypto asset markets.

Keywords: crypto asset, capital markets, protecting investors, risks in the crypto asset market, crypto market service providers

Giriş

Yeni bir teknoloji olarak ortaya çıkan blokzincir, birçok farklı alanda kullanım olanağı sunmaktadır. Bunlardan biri de finansal piyasalardır. Finansal piyasalar, teknolojinin gelişiminden etkilenen başlıca alanlardan biridir. Finansman arayışı, teknolojik gelişmelerden yararlanarak çeşitlenmekte ve bununla birlikte yeni finansal araçlar da ortaya çıkmaktadır. Blokzincir üzerine yazılan kodlar vasıtasıyla yaratılabilen kripto varlıkların yaratımı büyük masraf veya emek gerektirmemektedir. Bu da onların finansman sağlama metodlarında kullanımı bakımından kolaylık sağlamaktadır.

Kripto varlıklar, ilk olarak ödeme hizmetlerine bir alternatif olmak üzere yaratılan bitcoin ile ortaya çıksa da, birçok farklı alanda ve farklı şekillerde kullanım olanağı göstermesi ile çeşitliliğini artırmıştır. Kripto varlıklar, bir finansman metodu olarak

yaratılıp arz edilerek ortaya çıkarılmakla birlikte, bir alternatif ödeme yönteminde kullanılmak ya da bir dijital ürün veya hizmetten yararlanmayı sağlamak için de yaratılabilir. Kripto varlıklar, kendi aralarında ve itibari para birimleriyle değişim göstermesi ya da kripto varlıkların saklama hizmetlerinin sağlanması için kripto varlık hizmet sağlayıcısı adı verilen çevrimiçi platformlarda işlem görmektedir.

Kripto varlık piyasası, kripto varlıkların üretilip arz edilmesi ve kripto varlık hizmet sağlayıcı platformlarda alınıp satılmasındaki işlemleri kapsar. Halen oldukça yeni olan bu piyasa, piyasa katılımcıları bakımından birçok riski de beraberinde getirmektedir. Kripto varlık piyasalarındaki katılımcıların, hangi durumlarda sermaye piyasası hukuku kapsamında yatırımcı olarak ele alınıp korunabileceği bu bakımdan oldukça önemlidir. Kripto varlık piyasasında doğabilecek risklerin belirlenerek, piyasa katılımcıları açısından hukuki güvenin sağlanması gerekir. Her ne kadar henüz Türk hukukunda bu kapsamda bir düzenleme yapılmamış olsa da, müstakbel bir düzenleme bakımından kripto varlık piyasa katılımcıları açısından belirsizliğin kaldırılıp, piyasaya hukuki güvenin getirilmesi şarttır.

1. Kripto Varlık ve Kripto Varlık Piyasasına İlişkin Genel Esaslar

Kripto varlıkların üzerinde anlaşılmış tek bir tanımı yoktur. Kripto varlık *(crypto asset)*, blokzincir tarafından desteklenen ve kriptografiden yararlanarak şifrelenen, elektronik olarak depolanmaya ve aktarılmaya olanak veren bir değer ya da sözleşmeye dayalı hakkın temsili olarak tanımlanabilir[2]. Kripto varlık, onu yaratan kişi veya kişiler tarafından kendisine atfedilecek işlev ve anlama göre farklı alanlarda ve şekillerde kullanım olanağına sahip olabilir. İlk kripto varlık *bitcoin,* Bitcoin Eşlerarası Elektronik Ödeme Sistemi ile ortaya çıkmıştır. Bitcoin ödeme sistemi, bir finansal aracıya ihtiyaç olmaksızın tarafların elektronik ödeme yapabilmesine imkan sağlamak amacıyla 2008 yılında *Satoshi Nakamoto* mahlasındaki kimliği halen bilinmeyen kişi veya kişilerce yaratılmış bir elektronik ödeme sistemidir[3]. Bu sistemin teknolojisine ise blokzincir *(blockchain)* adı verilmektedir.

Blokzincir, üzerine eklenen kayıtları kronolojik bir sıra ile tutmaya olanak sağlayan merkeziyetsiz *(decentralized)* ve dağıtık *(distributed)* dijital bir veri tabanıdır[4]. Blokzincir, eşler arası *(peer to peer)* biçimde işlem yapmaya olanak sağlar. Eşler arası sistemlerde veriler ağın bir parçası olarak eş zamanlı biçimde her bir bilgisayarda

[2] Financial Conduct Authority (FCA). Guidance on Cryptoassets Consultation Paper (2019). s.8.
[3] Nakamoto, S. (2008). Bitcoin: A Peer to Peer Electronic Cash System, s. 1.
[4] Wright A. ve De Filippi P. (2015). Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia, s. 7; Rohr J. ve Wright A. (2017) Blockchain-Based Token Sales, Initial Coin Offerings, and the Democratization of Public Capital Markets. Cardozo Legal Studies Research Paper, 527, s. 469.

tutulmaktadır[5]. Sistemdeki her bir kayıt, blok *(block)* olarak isimlendirilen daha küçük veri kümeleri halinde tutulur ve bu her bir blok kronolojik biçimde birbiri ardına eklenerek dijital bir zincir meydana getirir. Her blok, belirli sayıda işlem hakkında bilgi, blokzincirdeki bir önceki bloğa referans değer ve bu blokla ilişkili verileri doğrulamak için kullanılan bir *hash* değer içerir. Blokzincirin bir kopyası ağdaki her bilgisayarda saklanır ve bu bilgisayarlar hepsinin aynı paylaşılan veri tabanına sahip olduğunun doğrulanması için periyodik olarak senkronize edilir[6].

Blokzincirdeki işlemler, ağ katılımcıları tarafından kendine has bir yöntem ile onaylanır ve veri tabanına eklenir. Mutabakat sistemleri farklı biçimlerde olsa da, genellikle kullanılan mutabakat yöntemine göre ağdaki kullanıcılar ağ üzerinde yeni yapılan işlemin geçerliliği konusunda fikir birliğine varırlar *(proof of stake)*[7]. Blokzincire bir kere eklenen veri artık silinemez ve değiştirilemez. Ağdaki kişilerce eklenen veriye erişilebilir ve doğrulanabilir[8].

Kripto varlıklar blokzincir teknolojisi sayesinde yaratılmakta ve işlem görebilmektedir. Kripto varlıklar sistemin işleyişinin bir sonucu olarak yaratılabilir. Bitcoin blokzincirinde, her bir bloğun *hash* değerinin bulunması ile sistemin bu blokları bulana verdiği ödül ile *bitcoin* yaratılmaktadır. Bu işleme madencilik *(mining)*, işlemi gerçekleştirene madenci *(miner)* adı verilir[9]. Aynı zamanda, blokzincir üzerinde bir takım kodların yazılmasıyla da kripto varlıklar yaratılabilmektedir. Bu tür kripto varlıklara *token* adı verilir.

Kripto varlıklar, sağladığı özelliklere göre üçlü bir ayrıma tabi tutulabilir. Kripto varlıklar bir internet platformundan mal ve hizmetlere erişim sağlayabilir (yararlanma hakkı veren kripto varlıklar, *utility tokens*), para gibi mal ve hizmetlerin alım satımından alternatif bir ödeme aracı olarak kullanılabilir (para benzeri kripto varlıklar, *exchange tokens*) ya da bir girişimde ortaklık ya da alacaklılık hakkı verebilir (menkul kıymet benzeri kripto varlıklar, *security tokens*)[10].

Kripto varlıklar da tıpkı geleneksel mal ve hizmetlerin alınıp satıldığı bir pazar yerinde olduğu gibi kendilerine özgü platformlarda alınıp satılmaktadır. Kripto varlıklar bir girişimin çıkardığı kripto varlıkları ilk kez arz etmesi ile birincil piyasa işlemlerine konu olabilir. Ya da, kripto varlık alım satımına imkan sağlayan kripto varlık hizmet

[5] Fromberger M. (2022). Technical and Factual Background. Maume P., Maute L., Fromberger M. (ed) The Law of Crypto Assets. Beck Publishing, s. 3.
[6] Wright ve De Fillipi, s. 6-7.
[7] Finck M. (2018). Blockchains: Regulating the Unknown. German Law Journal, 19, s. 667.
[8] Wright ve De Fillipi, s. 8.
[9] Çekin M.S. (2019). Borçlar Hukuku ile Veri Koruma Hukuku Açısından Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler: Hukuk Düzenimizde Bir Paradigma Değişimine Gerek Var Mı?. İstanbul Hukuk Mecmuası, 77 (1), s. 321-322.
[10] FCA Guidance, s. 8.

sağlayıcılarında kripto varlık veya itibari para karşılığında el değiştirebilmektedirler. Bu anlamda da ikincil piyasa işlemler söz konusudur.

Kripto varlık hizmet sağlayıcısı *(crypto asset service providers)*, uygulamada "kripto varlık borsası" olarak ifade edilse de, bu platformların hukuki niteliğinin borsa olmadığını ifade etmek gerekir. 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (SerPK) m. 3/ç borsayı tanımlanmaktadır. Bu anlamda borsa, SerPK'a uygun olarak yetkilendirilen ve düzenleme faaliyeti gösteren sistemler ve pazar yerleridir. Kripto varlık hizmet sağlayıcıları SerPK kapsamında düzenlenen borsa niteliğini karşılayamamaktadır. Kanaatimizce bu piyasa tezgahüstü piyasa niteliği göstermektedir.

2. Kripto Varlık Piyasasındaki Riskler

Kripto varlık piyasasındaki riskler; asimetrik bilgi, kripto varlık ilk arzına katılanlara *white paper* ile sunulan hakların sağlanmaması, piyasanın düzeni ve işleyişinden kaynaklanabilecek sorunlar, operasyonel ve siber riskler olarak sayılabilir.

a. Asimetrik Bilgi

Ekonomik birimlerden bir tarafın diğerine oranla daha fazla bilgiye sahip olması asimetrik bilgi *(asymmetric information*) kavramı ile ifade edilir. Asimetrik bilginin geçerli olduğu durumlarda etkileşim içerisinde bulunan ekonomik aktörlerden daha çok bilgiye sahip olan haksız bir üstünlük elde eder[11]. Satış sözleşmesinde satıcı sözleşme konusu mal hakkında daha çok bilgi sahibi olan durumundayken; alıcı, satıcının ona verdiği bilgi ve kendi araştırması neticesinde öğrenebileceği kadar bilgi sahibi olması asimetrik bilgiye örnek verilebilir[12].

Finansal bir sözleşmede de tarafların bilgisi eşit oranda olmayabilir. Halka arzda ihraççı yatırımcıya göre daha avantajlı bir konumda bulunmaktadır[13]. Asimetrik bilgi, ekonomik faaliyetlerin etkin bir biçimde gerçekleşmesini engeller. Bu durum da önemli piyasa aksaklıklarına sebebiyet verir[14].

Kripto varlık ilk arzlarında asimetrik bilgi görülebilmektedir. Kripto varlıkların ilk arzı *(Initial Coin Offering, ICO)*, bir girişimin kendi projesine finansman sağlamak amacıyla, kripto varlık yaratıp bunları halka sunarak karşılığında fon toplaması olan bir

[11] Karahan Ö. (2006). Asimetrik Bilgi ve Para Politikasının Etkinliği. Yönetim ve Ekonomi. 13/2, s.151.
[12] Akerlof, G. A. (1970). The Market For Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. The MIT Press, The Quarterly Journal of Economics, 84, s. 488-490.
[13] Kibar A. F. (2018). Sermaye Piyasası Hukuku Açısından Asimetrik Bilgi Sorunsalı ve Çözüm Yolları. TFM, 4/2, s. 192.
[14] Çetinkaya Ş. (2012). Asimetrik Bilginin Piyasalara Etkileri ve Finansal Krizlerdeki Rolü. Sakarya İktisat Dergisi, 1/2, s. 47.

finansman yöntemidir[15]. İlk kez 2013 yılında *Mastercoin* projesi ile gerçekleştirilmiştir. Kripto varlık ilk arzı, token satışları olarak da ifade edilebilmektedir[16]. Kripto varlık ilk arzının kitle fonlamasına benzerliği doktrinde ifade edilse de[17] Türk SerPK'da kitle fonlaması itibari para karşılığında ve kitle fonlaması platformları aracılığıyla gerçekleştirildiğinden kripto varlık ilk arzlarının kitle fonlamasını aşan bazı yönleri bulunmaktadır.

Bu finansman yöntemine ilişkin ülkemizde henüz yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak kripto varlık ilk arzlarına ilişkin SPK'nın 27.09.2018 tarih ve 47/1102 sayılı kararı uyarınca yaptığı duyuruya göre; kripto varlık ilk arzları konusunda yatırımcıları uyarmış, bu kripto varlık satışlarının birçoğunun kendi düzenleme ve gözetim alanı dışında kaldığını ifade etmiştir[18].

Kripto varlık ilk arzında, girişimci kripto varlık arzına ilişkin katılımcıları *white paper* adı verilen bir belge ile bilgilendirir. *White paper* her kripto varlık ilk arzında farklı özellikler taşımaktadır. Bu anlamda da bir yeknesaklık bulunmamaktadır. Ancak *white paper* genellikle, projenin ana hatları, ayrıntılı açıklaması, yatırım detayları, çıkarılacak kripto varlık ile elde edilecek haklar gibi detayları içerir.

White paper'ın yasal bir standarta kavuşmamış olması, kripto varlık ilk arzına katılan katılımcıları risklere açık kılar[19]. Oysa SerPK m. 4; *"Sermaye piyasası araçlarının halka arz edilebilmesi veya borsada işlem görebilmesi için izahname hazırlanması ve hazırlanan bu izahnamenin Kurulca onaylanması zorunludur."* hükmü ile izahnamenin hazırlanma zorunluluğunu ve SPK'nın onay şartını düzenlemiş bulunmaktadır. Böyle bir onayın kripto varlık ilk arzlarında olmayışı, asimetrik bilgi sorununa yol açmakta, halka arzdaki kamuyu aydınlatma aracı olan izahnamenin kripto varlık ilk arzlarında olmayışı kripto varlık ilk arzlarındaki katılımcıları risklere karşı korumamaktadır. Kripto varlıklar, yukarıda ifade edildiği gibi, farklı biçimlerde yaratılabiliyor olsa da menkul kıymet benzeri kripto varlıklar geleneksel menkul kıymetler ile benzerlik taşıyabilmektedir. Kanaatimizce, menkul kıymet benzeri kripto varlık ilk arzlarındaki *white paper* için yasal düzenlemeler getirilmesi ve kamuyu aydınlatmanın sağlanması şarttır. Somut durumda ise her bir kripto varlık ilk arzındaki arz edilen kripto varlığın niteliğinin belirlenerek kapsam içinde kalanların yasal düzenlemeye tabi olması bu riski azaltacaktır.

[15] Crosser N. (2018). Initial Coin Offerings As Investment Contracts: Are Blockchain Utility Tokens Securities. University of Cansas Review. 67, s. 379-380; Chwierut M. vd. (2018) The Characteristic of Token Investors. Inclusive Fintech. Lee D. Ve Low L. (ed) World Scientific Publishing, s. 125.
[16] Crosser, s. 379-380.
[17] Debler, J. (2018). Foreign Initial Coin Offerin Issuers Beware: The Securities and Exchange Commission Is Watching. Cornell International Law Journal, 51, s. 251.
[18] SPK (2018) https://www.spk.gov.tr/Bulten/Goster?year=2018&no=42 adresinden erişildi. (ET:11.07.2022)
[19] Zetzsche D. A. vd. (2020) The Markets in Crypto-assets Regulation (MICA) and the EU Digital Finance Strategy. EBI Working Paper Series 77, s. 15.

Asimetrik bilgi, kripto varlıkların mevcut durumu ile gelecekteki meydana gelebilecek olası durumu hakkında katılımcıları daha çok bilgilendirerek giderilebilir. Kripto varlık ilk arzları için getirilecek olası düzenlemeler, kripto varlık çıkaran girişimin de olası bir piyasa başarısızlığını engelleyebilir[20].

b. Kripto Varlık İlk Arzı Katılımcılarına *White Paper* İle Sunulan Hakların Sağlanmaması

Kripto varlık ilk arzlarının *white paper* ile katılımcılara sunulmuş hakların sağlanamaması birincil piyasaya ilişkin bir başka risktir. *White paper* ile kripto varlık ilk arzına katılanların ileride elde edebileceği haklar açıklanmaktadır. Ancak, kripto varlık ilk arzının sonrasında, *white paper* ile ortaya konulan katılımcıların menfaatleri bir takım yeni koşullardan etkilenebileceği gibi, yine tek taraflı bir biçimde girişimin bunu sağlamaması ile de neticelenebilir. Katılımcıların, bu anlamda onlara sunulması vadedilen haklarını etkileyecek durumlara örnek olarak, kripto varlık ilk arzı sonrasında girişim tarafından yeni bir kripto varlığın daha kullanıma sokulması, kripto varlık miktarının tek taraflı olarak artırılması sayılabilir[21].

Kripto varlık ilk arzlarında katılımcılara *white paper* ile sunulan hakların değiştirilmeyeceğinin garanti altına alınması gerekmektedir[22]. Kripto varlık ilk arzlarında *white paper* ile sunulan hakların niteliğine ve yine arz ile sunulan kripto varlığın menkul kıymete benzerliğinin değerlendirilip, getirilecek bir düzenleme ile en azından bazı kripto varlık ilk arzlarında katılımcıya sunulan hakların korunması gerekmektedir.

Yine *white paper* ile katılımcılara yüksek kâr potansiyeli sunulduğu da görülmektedir. Fakat bu piyasalardaki volatilitenin oldukça yüksek olması bu alana dönük yatırımlar için oldukça önemli bir risk teşkil etmektedir[23]. *White paper* ile katılımcılara sunulan yüksek kâr beklentisi de yasal düzenleme altına alınması gereken bir başka sorundur.

c. Piyasanın Düzeni ve İşleyişinden Kaynaklanabilecek Sorunlar

Piyasa düzeni; piyasanın güvenilir, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda çalışmasını ve bu ortamın korunmasını ifade eder[24]. Sermaye piyasası hukuku bakımından düzenleyici otorite olarak SPK, SerPK'dan doğan yetkisi ile piyasada denetim yapma, denetim sonucu tespit ettiği usulsüzlükler ve kanuna aykırı davranışlar sebebiyle kanunda öngörülen tedbirleri almaktadır. Burada söz konusu olan SPK'nın

[20] Zickgraf C. (2022). Initial Coin Offerings (ICOs) Maume P., Maute L., Fromberger M. (ed) The Law of Crypto Assets. Beck Publishing, s. 181.
[21] Evin H. İ. (2019). Sermaye Piyasalarında Kripto Para Arzları, s. 14, 20.
[22] Evin, s. 20
[23] Büberkökü Ö. (2021). Kripto Para Piyasalarında Finansal Risk Yönetimi, FESA Dergisi. 6, s.751.
[24] Sancak E ve Gündoğdu A. (2015). Türk Sermaye Piyasasında Yeni Piyasa Düzeni ve Yeni Rejimin Başarı Koşulları. Legal Banka ve Finans Dergisi, 16, s. 2.

denetimi, SerPK kapsamındaki tüm kurum ve kuruluş ile ilgili diğer gerçek ve tüzel kişilerin SerPK ve diğer mevzuatın sermaye piyasasına ilişkin hükümleriyle ilgili faaliyet ve hükümlerini kapsamaktadır[25]. Oysa kripto varlık piyasası bakımından ilgili piyasa henüz ülkemizde düzenlenmiş değildir. Dolayısıyla kripto varlık piyasası bakımından sermaye piyasası hukukunda olduğu gibi piyasa düzeni ve işleyişini korumaya yönelik düzenlemeler getirilmiş de değildir.

Sermaye piyasasında piyasa düzenini korumaya yönelik olarak piyasa suçları ve piyasa bozucu eylemler düzenlenmiş bulunmaktadır. Piyasa suçları, SerPK m. 106 ve devamında düzenlenmiştir. SerPK'na göre piyasa suçları; bilgi suistimali, piyasa dolandırıcılığı, usulsüz halka arz, izinsiz sermaye piyasası faaliyeti, güveni kötüye kullanma ve sahtecilik, bilgi ve belge vermeme ile denetimin engellenmesi, yasal defterlerde muhasebe ve kayıtlarda ve finansal tablo ve raporlarda usulsüzlük, sır saklama yükümlülüğüne aykırılık olarak sayılmaktadır. Bu suçlardan bir kısmı sermaye piyasasına özgü bir takım suçlarken, diğer kısmı TCK'da düzenlenen suç tiplerinin nitelikli halleridir[26].

Kripto varlık piyasası henüz sermaye piyasası otoritesi SPK düzenlemesi kapsamında düzenlenmemiştir. Bu nedenle de SerPK'da piyasa düzenini korumak için getirilmiş düzenlemelerden yararlanamamaktadır. Oysa kripto varlıklar, küresel biçimde işlem yapmaya olanak sağladığından, yasadışı işlemlerde kullanılabilir. Kripto varlıkların, suç işlenmesinde kullanılması, suça konu olması ve blokzincir teknolojisi adli ve idari makamları da bu konuda yeni hukuki sorunlarla karşı karşıya getirmektedir[27].

Bunun yanında sermaye piyasası bakımından SerPK'da suç olarak düzenlenmeyen ancak borsa ve teşkilatlanmış diğer piyasaların güven, açıklık ve istikrar içinde çalışma niteliklerini bozacak olan eylemler de Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği (VI- 104.1) ile düzenlenmektedir. Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği m.1 Tebliğin amacını, *"Makul bir ekonomik veya finansal bir gerekçeyle açıklanamayan, borsa ve teşkilatlanmış diğer piyasaların, güven, açıklık ve istikrar içinde çalışmasını bozacak nitelikteki eylem ve işlemlerin belirlenmesi ile bu eylem ve işlemleri gerçekleştirenler hakkında uygulanacak yaptırımların belirtilmesi olarak ifade etmektedir."* Yine aynı Tebliğ'in m.3/ı bendinde piyasa bozucu eylem *"Makul bir ekonomik veya finansal gerekçeyle açıklanamayan, borsa ve teşkilatlanmış diğer piyasaların güven, açıklık ve istikrar içinde çalışmasını bozacak nitelikte olan ve bir suç oluşturmayan eylem"* olarak

[25] Adıgüzel B. (2018) Sermaye Piyasası Hukuku Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı. Adalet Yayınevi, s. 301.
[26] Adıgüzel, s. 326.
[27] Balcı M ve Çakır K. (2021) Kripto Paraların Karapara Aklama Yöntemi Olarak Kullanılması. Ceza Hukuku Dergisi 46, s.316.

tanımlanmaktadır. Piyasa bozucu eylem ve işlemlerin neler olduğunun tespiti SPK'ya bırakılmıştır[28].

Kripto varlık piyasaları, borsa ve teşkilatlanmış diğer piyasalar kapsamında değildir. Bu sebeple de kripto varlık piyasalarında gerçekleştirilen eylemler her ne kadar bu piyasası olumsuz yönde etkiliyor olsa da piyasa bozucu eylem olarak nitelendirilemez. Bu durum da kripto varlık piyasasını teşkilatlanmış diğer piyasalardaki hukuki korumadan mahrum bırakmaktadır. Kripto varlık piyasa katılımcıları sermaye piyasasındaki aktörlere oranla hukuki anlamda korunamamaktadır.

Oysa, kripto varlık piyasalarının da, SerPK ile düzenlenen ve piyasa düzenini korumaya yönelik düzenlemelere ihtiyacı bulunmaktadır. Kripto varlıkların asli değerlerinin olmayışı, spekülatif biçimde değerlerinin değişebilmesi ayrıca bu alana yatırım yapan yatırımcıların bu tür piyasaların temel dinamiklerinin ne olduğu konusunda henüz yeterli düzeyde teknik bilgiye sahibi olmamaları, kripto varlık piyasalarına dönük yatırımları oldukça riskli hale getirebilmektedir[29].

d. Operasyonel ve Siber Riskler

Kripto varlık piyasaları açısından operasyonel riskler söz konusu olabilir. Bu anlamda operasyonel risklerin başında operasyonu yapacak yeterli ve tecrübeli bir ekibin bulunmaması gelmektedir[30]. Kripto varlık ilk arzlarında, asgari yasal bir standartın olmayışı sebebiyle kripto varlık ilk arzını gerçekleştirilen ekibin yeterli veya tecrübeli olup olmadığı kesinlik arz etmemektedir. Asgari yasal bir standartı olmayan kripto varlık ilk arzları, katılımcılar bakımından yüksek risk taşımakta, katılımcılar yalnızca *white paper* ile duyurulmuş bulunan bilgiye güvenmek durumunda kalmaktadır.

Siber riskler de hem kripto varlık ilk arzları hem de kripto varlık hizmet sağlayıcı platformlar için söz konusudur. Kripto varlık sahipleri, kripto varlık alım satım işlemlerini kripto varlık hizmet sağlayıcıları üzerinde gerçekleştirdikten sonra, kripto varlıklarını, soğuk depolama denilen yalnızca kendilerinin erişimi olacak biçimde çevrimdışı bir biçimde depolamayabilir. Bunun yerine, kripto varlıklarını kripto varlık hizmet sağlayıcı platformun onlara sağladığı hesap üzerinde çevrimiçi biçimde tutabilmektedir. Dolayısıyla kripto varlık hizmet sağlayıcıya yapılacak olası bir saldırıda kripto varlık hizmet sağlayıcı üzerinde tutulan kripto varlıkların çalınma riski bulunmaktadır.

[28] Alan B. (2019) Sermaye Piyasası Kurulu'nun İdari Yaptırım Yetkisinin İdarenin Takdir Yetkisi Kapsamında Değerlendirilmesi ve Yargısal Denetimi. On İki Levha Yayıncılık s.110
[29] Büberkökü, s.751.
[30] Tevetoğlu M. (2021) Hukuki Yönleriyle Kripto Varlıklar ve Kripto Varlıkların İlk Arzı Genişletilmiş 2. Baskı, Aristo Yayınevi, s. 306.

Bu olası siber saldırılar bakımından kripto varlık sahiplerini koruyucu bir eylem olarak kripto varlık sahiplerinin kripto varlıklarını yalnızca kendilerinin erişebildiği ve kripto varlık hizmet sağlayıcı platform dışında depolamasıdır. Bu durum siber saldırı durumunda kripto varlıkların kripto varlık sahiplerinin rızası dışında ellerinden çıkmasını engelleyecektir. Ancak bu model bu konuda yeterli donanım ve yazılım bilgisine sahip olmayan kripto varlık sahipleri, kurumsal yatırımcı gibi bazı gruplar için uygunluk taşımamaktadır[31]. Bu nedenle de, kripto varlık hizmet sağlayıcıların gerekli siber güvenlik önemlerini aldıkları ve uygunluğunun denetlenerek, bir gözetimden geçmesi, kripto varlık sağlayıcılar için asgari bazı düzenlemeler getirilmesi siber riskler açısından kripto varlık piyasasındaki katılımcıları koruyacaktır.

Sonuç

Kripto varlık, blokzincir tarafından desteklenen ve kriptografiden yararlanarak şifrelenen, elektronik olarak depolanmaya ve aktarılmaya olanak veren bir değer ya da sözleşmeye dayalı hakkın temsilidir. Kripto varlık piyasası ile kast edilen kripto varlıkların hem birincil hem ikincil piyasa işlemleridir. Kripto varlıklar bir girişimin çıkardığı kripto varlıkları ilk kez arz etmesi ile birincil piyasa işlemlerine ya da kripto varlık alım satımına imkan sağlayan kripto varlık hizmet sağlayıcılarında kripto varlık veya itibari para karşılığında el değiştirmesi ile ikincil piyasa işlemlerine konu olmaktadır.

Kripto varlık piyasaları geleneksel finansal piyasalardan farklı bazı riskler taşımakta, bu piyasanın ve piyasa aktörlerinin nasıl düzenleneceğine ilişkin ulusal ve uluslararası kapsamda çalışmalar sürmektedir. Ülkemizde de bu konuda henüz yasal bir düzenleme yoktur. Kripto varlık piyasaları birçok farklı şekillerde katılımcılar bakımından riskler taşımaktadır. Bu bakımdan, menkul kıymet benzeri kripto varlıkların belirlenerek bunlara ilişkin arzlarda *white paper* denilen kripto varlık ilk arzına ilişkin katılımcıları bilgilendirme amacı taşıyan belge bakımından asgari yasal standartın belirlenmesi ve bu konuda düzenleme yapılması gerekir. Böylelikle asimetrik bilgi ve *white paper* ile düzenlenen katılımcılara kripto varlık ilk arzı ile vadedilen hakların sağlanması yasal düzenleme altına alınabilir.

Bunun yanı sıra kripto varlık piyasası kural olarak henüz sermaye piyasası otoritesi SPK düzenlemesi kapsamında değildir. Bu nedenle de SerPK'da düzenlenen piyasa suçları gibi piyasa düzenini korumak için getirilen yasal düzenlemelerden yararlanamamaktadır. Kripto varlık piyasa katılımcıları sermaye piyasasındaki aktörlere oranla hukuki anlamda korunmaması da bir diğer risk olup, kripto varlık piyasalarını

[31] ESMA (2019) Initial Coin Offerings and Crypto Assets. https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma50-157-1391_crypto_advice.pdf adresinden erişildi. (ET:11.07.2022), s.15-16.

ilgilendiren da bu anlamda yasal düzenlemeler getirilmesi piyasanın güvenilirliğini sağlayacaktır.

Son olarak kripto varlık hizmet sağlayıcılar bakımından operasyonel ve siber risklerin olması, bu platformların kripto varlıkları saklama faaliyetlerini de üstlenebildiğinden bahisle, bu platformların asgari standartlara kavuşturulması da kripto varlık piyasasındaki katılımcıları koruyacaktır. Kripto varlık hizmet sağlayıcıları bakımından uygulamada platformlar için borsa ifadesi kullanılsa da bu platformların hukuki niteliği borsa değildir. Kripto varlık hizmet sağlayıcıları SerPK kapsamında düzenlenen borsa niteliğini karşılayamamaktadır. Ancak tezgahüstü piyasa niteliği göstermektedir.

Kaynakça

Adıgüzel B. (2018) Sermaye Piyasası Hukuku Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı. Adalet Yayınevi.

Akerlof, G. A. (1970). The Market For Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. The MIT Press, The Quarterly Journal of Economics, 84, s.488-500.

Alan B. (2019) Sermaye Piyasası Kurulu'nun İdari Yaptırım Yetkisinin İdarenin Takdir Yetkisi Kapsamında Değerlendirilmesi ve Yargısal Denetimi. On İki Levha Yayıncılık.

Balcı M ve Çakır K. (2021) Kripto Paraların Karapara Aklama Yöntemi Olarak Kullanılması. Ceza Hukuku Dergisi 46, s.311-332.

Büberkökü Ö. (2021). Kripto Para Piyasalarında Finansal Risk Yönetimi, FESA Dergisi 6, s.735-755.

Chwierut M. vd. (2018) The Characteristic of Token Investors. Inclusive Fintech. Lee D. ve Low L. (ed) World Scientific Publishing.

Crosser N. (2018). Initial Coin Offerings As Investment Contracts: Are Blockchain Utility Tokens Securities. University of Cansas Review, 67, s. 379-422.

Çekin M.S. (2019). Borçlar Hukuku ile Veri Koruma Hukuku Açısından Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler: Hukuk Düzenimizde Bir Paradigma Değişimine Gerek Var Mı?. İstanbul Hukuk Mecmuası, 77/1, s.315-341.

Çetinkaya Ş. (2012). Asimetrik Bilginin Piyasalara Etkileri ve Finansal Krizlerdeki Rolü. Sakarya İktisat Dergisi, 1/2, s.46-63.

Debler, J. (2018). Foreign Initial Coin Offerin Issuers Beware: The Securities and Exchange Commission Is Watching. Cornell International Law Journal, 51, s.245-272.

Evin H. İ. (2019). Sermaye Piyasalarında Kripto Para Arzları.

Financial Conduct Authority (FCA) (2019) Guidance on Cryptoassets Consultation Paper, London.

Finck M. (2018). Blockchains: Regulating the Unknown. German Law Journal, 19, s.666-692.

Fromberger M. (2022). Technical and Factual Background. Maume P., Maute L., Fromberger M. (ed) The Law of Crypto Assets. Beck Publishing, Singapure.

Karahan Ö. (2006). Asimetrik Bilgi ve Para Politikasının Etkinliği. Yönetim ve Ekonomi. 13/2, s.151-163.

Kibar A. F. (2018). Sermaye Piyasası Hukuku Açısından Asimetrik Bilgi Sorunsalı ve Çözüm Yolları. TFM, 4/2, s.187-210.

Nakamoto, S. (2008). Bitcoin: A Peer to Peer Electronic Cash System.

Rohr J. ve Wright A. (2017) Blockchain-Based Token Sales, Initial Coin Offerings, and the Democratization of Public Capital Markets. Cardozo Legal Studies Research Paper, 527.

Sancak E ve Gündoğdu A. (2015). Türk Sermaye Piyasasında Yeni Piyasa Düzeni ve Yeni Rejimin Başarı Koşulları. Legal Banka ve Finans Dergisi, 16, s.81-110.

Tevetoğlu M. (2021) Hukuki Yönleriylr Kripto Varlıklar ve Kripto Varlıkların İlk Arzı Genişletilmiş 2. Baskı, Aristo Yayınevi.

Wright A. ve De Filippi P. (2015). Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia

Zetzsche D. A. vd. (2020) The Markets in Crypto-assets Regulation (MICA) and the EU Digital Finance Strategy. EBI Working Paper Series 77.

Zickgraf C. (2022). Initial Coin Offerings (ICOs) Maume P., Maute L., Fromberger M. (ed) The Law of Crypto Assets. Beck Publishing.

HASTA MAHREMİYETİ BAĞLAMINDA KİŞİSEL SAĞLIK VERİLERİNİ HUKUKA AYKIRI OLARAK VERME, YAYMA VEYA ELE GEÇİRME SUÇU

Dr. Uğur ARSLAN[1]

Özet

Hastanın kişisel sağlık bilgisi, bireyin kimliğini ortaya koyan fiziksel ve mental sağlığı ile ilgili kayıtlı bilgilerin tümü olarak tanımlanmaktadır. Hastanın bakım veya tedavi amacıyla ya da başka bir sebeple açıklamak zorunda olduğu ancak başkalarının bilgisinden saklamak istediği özel bilgileri veya bireyin kendi kişisel sağlık bilgilerine erişebilmeyi belirleme hakkı şeklinde tanımlanan hasta mahremiyeti, sağlık profesyonellerince elde edilen hasta ile ilgili birtakım bilgilerin ifşa edilmemesi anlamına gelmektedir. Mahremiyet hakkı tanı/teşhis, tedavi, tedavi sonrası gibi sağlık hizmetinin her aşamasında gündeme gelen bir konudur. Sağlıkla ilgili kişisel veriler, veri sahibinin geçmiş, şimdiki veya gelecekteki fiziksel veya ruhsal sağlık durumları hakkında bilgi sağlayan tüm verilerdir. Bu nevi hassas veriler için genel kural bu verilerin işlenmesinin yasak olmasıdır. Nitekim bireylerin tıbbi ve psikiyatrik sorunları ve durumları hakkındaki bilgiler sadece sağlık hizmeti sağlayıcılarının fiziksel veya dijital klinik notlarında kayıt altına alınabilmekte ve korunmaktadır. Hastaların tıbbi bilgilerinin gizli tutulmasının temelini hastanın özel hayatına saygı ilkesi ve kişisel verilerin korunması hakkı oluşturmaktadır. Kişilerin sağlık ile ilgili verileri aynı zaman da kişisel veri niteliğinde olduğundan kişisel verilerin ve dolayısıyla özel hayatın gizliliğinin korunmasına ilişkin açıklamalar hasta mahremiyeti açısından da geçerlidir. Gerek örf ve âdet kuralları gerekse de pozitif hukuk düzeni bireye diğer insanlardan kendi mahrem/sır alanına saygı gösterilmesini isteme hakkını tanımıştır. Bu alanı ihlal eden davranışlar ise kişilik hakkını ihlal edilmesi anlamına gelmektedir. Ülkelerin hem iç hukukları hem de uluslararası belgeler sağlık ile ilgili bilgileri özel hayatın bir parçası olarak kabul etmekte ve bunların yasal olmayan paylaşımını özel hayatın ihlali olarak görmektedir. İHAM da gizli tıbbi bilgilerinin ifşa edilmesinin özel yaşamına saygı hakkına dair bir müdahale oluşturduğuna ve Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu çalışmada özel hayata saygı ve kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı bağlamında hasta mahremiyeti ve hasta mahremiyetin ihlali halinde oluşabilecek idari ve cezai sorumluluk ve müeyyideler (Dünya Hekimler Birliği Hasta Hakları Bildirgesi, Amsterdam, Bali ve Santiago bildirgeleri, Cenevre Bildirisi gibi) uluslararası s özleşmeler, 1982 Anayasası'nın 20/3

[1] Dr, Kamu Hukuku, Avukat/Ankara, e-posta: avarslanugur@gmail.com, ORCID:0000-0002-3987-8465

maddesi, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, TCK ve Hasta Hakları Yönetmeliği kapsamında ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Hasta Mahremiyeti, Kişisel Verilerin Korunması, Özel Hayata Saygı İlkesi, Kişisel Sağlık Verileri

OFFENSE OF UNLAWFULLY GIVING, DISSEMINATING OR CAPTURING PERSONAL HEALTH DATA IN THE CONTEXT OF PATIENT PRIVACY

Abstract

The personal health information of the patient is defined as all the recorded information about the physical and mental health of the individual that reveals the identity of the individual. Patient privacy, which is defined as the right of the patient to determine the private information that the patient has to disclose for care or treatment or any other reason, but wants to keep from the information of others, or the right of the individual to access his/her own personal health information, means that certain information about the patient obtained by healthcare professionals is not disclosed. The right to privacy is an issue that comes to the fore at every stage of health care, such as diagnosis, treatment, and post-treatment. Health-related personal data is all data that provides information about the past, present or future physical or mental health status of the data subject. The general rule for such sensitive data is that the processing of this data is prohibited. As a matter of fact, information about the medical and psychiatric problems and conditions of individuals can only be recorded and protected in the physical or digital clinical notes of health care providers. The principle of respect for the private life of the patient and the right to protect personal data form the basis of keeping the medical information of the patients confidential. Since the health-related data of individuals is also personal data, the explanations regarding the protection of personal data and therefore the privacy of private life are also valid in terms of patient privacy. Both the customary rules and the positive legal order have given the individual the right to demand respect from other people for his/her private/secret area. Behaviors violating this area mean violating personal rights. Both domestic laws and international documents of countries accept health-related information as a part of private life and see their illegal sharing as a violation of private life. The ECHR has also decided that the disclosure of confidential medical information constitutes an interference with the right to respect for his private life and that there is a violation of Article 8 of the Convention. In this study, in the context of respect for private life and the right to demand the protection of personal data, patient privacy and administrative and penal responsibilities and sanctions that may occur in case of violation

of patient privacy (such as World Medical Association Patient Rights Declaration, Amsterdam, Bali and Santiago declarations, Geneva Declaration), international conventions, 1982 Constitution will be handled within the scope of the Personal Data Protection Law No. 6698, the Turkish Penal Code and the Patient Rights Regulation.

Keywords: Patient Privacy, Protection of Personal Data, Principle of Respect for Private Life, Personal Health Data

Giriş

Hasta mahremiyeti hastanın bakım veya tedavi amacıyla ya da başka bir sebeple açıklamak zorunda olduğu ancak başkalarının bilgisinden saklamak istediği özel bilgileri veya bireyin kendi kişisel sağlık bilgilerine erişebilmeyi belirlemesi ve sağlık profesyonellerince elde edilen bu nevi bilgilerin ifşa edilmemesi anlamına gelmektedir.[2] Hasta mahremiyeti hakkı tanı/teşhis, tedavi, tedavi sonrası gibi sağlık hizmetinin her aşamasında gündeme gelen ve farklı biçimlerde tezahür edebilen bir konudur. İHAM'a göre, sağlık verilerinin gizliliğine saygı temel bir ilkedir. Bir hastanın özel hayatına saygı, tıp mesleğine ve genel olarak da sağlık hizmetlerine güveni korumak açısından önemlidir. Tıbbi yardıma ihtiyaç duyanlar böyle bir koruma olmadan, uygun tedaviyi görmek için gerekli olan kişisel sağlık verilerini vermekten veya bu nedenle gerekli tıbbi yardımı aramaktan cayabilirler. Bu husus kişinin hem kendi sağlığını hem de toplumsal sağlık açısından tehdit oluşturabilir. Bu nedenle ilgili ulusal hukuk, kişisel sağlık verilerinin sözleşme madde 8 teminatlarına aykırı olabilecek bir şekilde yayılmasını veya ifşasını önleyecek uygun güvenceleri sağlamalıdır.[3]

Hekime başvuran kimse, zorunlu olarak, kendisi veya yakınları ile ilgili hassas veri niteliğinde olan birtakım özel bilgileri aktarmaktadır. Yasal olmayan kürtaj, evlilik dışı gebe kalma, intihar, psikolojik rahatsızlıklar, cinsel yolla bulaşan hastalıklar gibi toplumca hoş karşılanmayan/ayıplanan bilgiler bu kabildendir. Kişisel sağlık verileri olarak adlandırılan bu verileri doktorların meslek sırrı olarak saklaması yasal bir zorunluluk olup aksi yöndeki tutum hukuki ve cezai sorumluluğu müstelzim olacaktır. Hekimin bir başka mükellefiyeti de tıbbi tedaviyle ilgili bilgileri kayda geçirmek, belgeleri dosyalamak ve bunları saklamaktır. Sağlık hizmetinin tüm aşamalarında tedavi verilerinin ve bilgilerinin kayıt altına alınması tedavinin sürekliliğinin yanı sıra bilimsel ve istatistiksel değerlendirmeler için de önemli kaynak işlevi görmekte, bu bilgiler toplum sağlığına önemli katkılarda bulunmaktadır.

Geçmişte hastalara ilişkin kayıtlar konvansiyonel olarak kayıt altına alınırken, tekrardan kaçınma ve zamandan kazanma, bilgilere hızlı ulaşım, arşivlemede kolaylık

[2] Can, N. (2022). Hasta mahremiyeti hakkı, TBB Dergisi, 2022, S. 147, s. 185.
[3] AİHM, Z /Finlandiya, & 95; Mockutė /Litvanya, & 93-94.

gibi birçok avantajı sağladığı için kişisel sağlık verileri otomasyon sistemlerinde depolanmakta ve işlenmektedir. 6698 sayılı KVKK mucibince, kişisel sağlık verilerinin işlenmesinde hastanın bilgilendirilmesi, hastanın rızasının/onamının alınması, hastaya ait kişisel verilerin sınırlı bir şekilde toplanması ve işlenmesi, bu verilerin amacına uygun olarak kullanılması ve bu verilerin korunması için gerekli önlemlerin alınması gibi temel ilkelere riayet edilmesi icap etmektedir.

Sayılan avantajlarına rağmen kişisel verilerin bilişim sistemlerinde depolanması ve işlenmesi hasta mahremiyetini ihlal eden vakıaların artışında da önemli bir etken olmuştur. Öte yandan bahse konu sistemleri kamu kurum ve kuruluşları dışında kendisine yetki verilen özel hastaneler, eczaneler, kordon kanı bankaları, üreme sağlığı merkezleri, engelli bakım merkezleri, genetik tanı merkezleri ve özel laboratuvarlar gibi sağlık kuruluşları da kullanmakta birbirine bağlı ağlar yoluyla özel kurumlar kamu kurumlarının veri tabanında bulunan kişisel sağlık verilerine erişebilmektedir. Bu durum ise kişisel sağlık verisine erişimi olan sağlık meslek mensupları alanını oldukça genişletmekte haliyle de kişisel sağlık verilerinin ihlali riskini oldukça artırmaktadır. Nitekim geçtiğimiz günlerde; kişinin sağlık sorunları, hekimi ile arasındaki ilişkisi, hastalığının ne olduğu, kullandığı ilaçlar, kendisine uygulanan tedavi, vücut özellikleri, tahlil ve görüntüleme sonuçları gibi birçok bilgiyi bünyesinde tutan "e-nabız" adı verilen sistemin bilgisayar korsanlarınca hacklendiği ve milyonlarca kişiye ait verinin sızdırıldığı iddiası kamuoyunu önemli derecede meşgul etmiştir.

Çalışmamızda öncelikle mahremiyet kavramı incelendikten sonra hastaya ait özel/hassas/mahrem kişisel veriler baz alınarak TCK md. 136'da yer alan kişisel verilerin hukuka aykırı olarak verme ele geçirme ve yayma suçu; korunan hukuki değer, suçun unsurları, suçun özel görünüş biçimleri ve soruşturma kovuşturma yaptırım ve zamanaşımı başlıkları altında incelenecektir.

I. Mahremiyet Kavramı ve Hasta Mahremiyeti

A. Mahremiyet Hakkı

Yukarıda ifade edildiği üzere, kişinin kendi özel hayatı üzerinde kontrole sahip olabilmesi için mahremiyet alanına ihtiyaç vardır. Mahremiyet kavramı bireyin özel yaşamı ile kamusal yaşamı arasındaki sınırların belirginleşmesi ve bir kavram olarak bireyin ortaya çıkmasıyla gündeme gelmiştir. Modern ve post-modern dönemlerdeki gelişmeler, bireysel özgürlükler ve özerklikler bireyin mahremiyet hakkının yasal güvence altına alınması ihtiyacı doğurmuştur. Mahremiyet kavramı göreceli olduğu için toplumlara yansımaları da farklı biçimlerde olmuştur. Örneğin Doğu toplumları

görünmezlik; Batı toplumları ise *dokunulmazlık* üzerine mahremiyet kavramını inşa etmişlerdir.[4]

Mahremiyet hakkı sadece bir kimsenin özel ve aile hayatına saygı görmesini kapsamaz aynı zamanda kişinin kişisel bilgileri üzerinde denetimi ya da egemenlik hakkını, hatta fiziki ve ahlaki bütünlüğü üzerindeki mahremiyet iddiaları kadar, onun kişiliğini geliştirip başkalarıyla kişisel ilişkiler kurma özgürlüğünü, iş yaşamına ilişkin etkinliklerini muhafaza etme yetkisini de içerir.[5]

Mahremiyet hakkı hem bir şey yapma şeklinde pozitif hem de bir şey yapmaktan kaçınma anlamında negatif yükümlülükler içerir. Nitekim mahremiyet sadece dış müdahalelerden muaf olma hakkını değil, aynı zamanda bazı şartların varlığı halinde bir kimsenin özel hayatını yaşamasına yardım etme mükellefiyetini de ihtiva etmektedir.[6]

B. Mahremiyet Kavramı

Arapça bir kelime olan "*haram"* (حرام) kelimesinden türeyen "mahremiyet*"* gizlilik anlamındadır.[7] Mahremiyet kavramının Latincedeki karşılığı kamusal alandan inzivaya çekilme anlamında *"privatus"* kelimesidir.[8] *"Privat"* (Alm.), *"private"* (İng.) "*privado"* (İsp.), *"privato"* (İt.) *"privé"* (Fra.) kelimeleri Latince *"privatus"* kelimesinden türeyerek Avrupa dillerine girmiştir. Yine Latince "*privatus"* kelimesinin karşıtı olarak kamusal anlamına gelen *"publicus"* sözcüğü halka ait olanı tanımlamaktadır.[9]

Simmel, mahremiyetten; *"her insanın etrafında bulunan ideal bir alan"* olarak bahseder. Boyut olarak ve kişiye göre farklılık gösterse de bireyin kişiliği yok edilmedikçe bu alana girilemez.[10] Mahremiyet insanın başkalarınca ne ölçüde bilindiği ne ölçüde onların odağında olması ile ilgili bir kavramdır. Bir görüşe göre, mahremiyet

[4] Livberber Göçmen, T. (2018). "Toplumsal yaşamda bireylerin mahremiyet yönelimleri: sosyal ağ kullanıcıları üzerine bir saha araştırması", Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, s. 11.
[5] Laurie, Graeme, *Law and Ethics of Genetic Privacy*, Cambridge University Press, New York, 2002, s. 249'dan aktaran Yüksel, M. (2009). Mahremiyet hakkına ve bireysel özgürlüklere felsefi yaklaşımlar, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt 64, Sayı 01, s. 279.
[6] Laurie, s. 249'dan aktaran Yüksel, s. 279.
[7] TDK Sözlükleri, Güncel Türkçe Sözlük, https://sozluk.gov.tr/, E.T.:15.03.2022
[8] Lexico Dictionary, https://www.lexico.com/definition/private, (E.T.:15.05.2022)
[9] Latin Dictionary, https://latin-dictionary.net/search/latin/publicus, (ET:15.03.2022); Habermas, J. (2017). Kamusallığın yapısal dönüşümü, Çev. Bora, Tanıl-Sancar, Mithat, 14. Baskı, İstanbul: İletişim Yayınları, s. 62; Eski Yunanda *"koine"* ve *"oikos"* (οἶκος) ve eski Roma'da *"res publica-res privatus"* kavramları kamusal alan ve özel alan ayrımı işaret etmekte birlikte günümüz kullanımından oldukça farklıdır. Buna göre özel alan zorunlu olan, yapılması icap eden görevlerin alanı iken; kamusal alan özgürlük demektir. Çünkü özel alanda oikos despotunun veya pater familiasın mutlak egemenliği mevcuttur. Bu egemenlik adeta ikinci derece kamusal iktidardır. Nitekim kamusal alan özgür erkeklere aitken, özel alan kadınlar, çocuklar ve kölelere ayrılmıştır. Habermas, s. 60-63.
[10] Simmel, Georg, "*The Secret and the Secret Society" In The Sociology of Georg Simmel"*, Ed. Kurt H. Wolff, 1950, s. 321'den aktaran Coll, S. (2012). "The social dynamics of secrecy: rethinking ınformation and privacy through georg simmel", International Review of Information Ethics, Vol.17, s. 17, https://informationethics.ca/index.php/irie/article/view/211/209, adresinden erişildi (ET:17.12.2021)

bireyin yalnız kalması ile sosyal hayata girme arzusu arasındaki diyalektik süreci ifade eder. Mahremiyet hakkı bireylerin, kurumların, grupların birbirine temasında kendilerine dair bilgiyi ne zaman ve ne ölçüde vereceklerini belirleme hakkı olarak tanımlamıştır. Bir başka görüşe göre ise, mahremiyet; bireyin sosyal hayattan gönüllü olarak vazgeçmesi, bir kimsenin kendisine veya belirlediği bir alana ulaşılma çabası üzerindeki seçici kontrolüdür.[11]

Mahremiyet, özel hayatın sırra bakan yönünü yani gizli hayat alanı tarif etmek için kullanılan bir kavramdır. Bu bağlamda mahremiyet kavramının özel hayata göre daha dar bir alanı ifade ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır.[12] Nitekim kişinin özel hayat alanına ait hususlardan yakın ve sınırlı bir çevreyle paylaştıklarının mahrem alanı ilgilendirdiği ifade edilmiştir.[13] Kişinin bağımsız kararlar aldığı ve sadece yakınlarıyla ya da çevresindeki diğer kişilerle paylaştığı ve kanunda öngörülen haller haricinde müdahale edilemeyen alanda yer alan bilgiler bu kabildendir. Öte yandan, bir olayın özel yaşamın sır alanına girdiğinin kabulü için ilgili bilginin sır sahibinin güvendiği sınırlı sayıda kişinin haricinde bilinmemesi şeklinde objektif şartın ve sır sahibinin bahse konu olayın gizli kalması yönündeki iradesinin varlığı olarak ifade edilen sübjektif şartın bir arada bulunması icap etmektedir.[14] Bireyin mahrem alanını oluşturan dar anlamdaki özel yaşam alanı veyahut özel hayatın sır alanı da kişilik hakları kapsamında dokunulmaz niteliktedir. Bu alanı ihlal eden davranışlar ise kişilik hakkını ihlal edilmesi anlamına gelmektedir.

Özel yaşam alanına hâkim olan iki ilke bağımsızlık ve gizliliktir. Nitekim, kamusal alan görülür, kolektif ve herkesin denetimine açık iken; özel alan gizli, bireysel ve tikeldir.[15] *Locke*'a göre özel alan duygusallığın, aşkın, özverinin sembolü iken; kamusal alan erkek, polis, savcı veya askerdir. *Rousseau* ve *Hegel*'e göre, kadınların çocukların engellilerin dünyası özel; devletlerle özdeşleşen erkeklerin dünyası ise kamusal yaşam alanıdır. [16]

[11] Westin, s. 7'den aktaran Mokrosinska, D. (2022). Why states have no right to privacy, but may be entitled to secrecy: a non-consequentialist defense of state secrecy", Critical Review of International Social and Political Philosophy, Vol.23 (4), s. 419, https://doi.org/10.1030/13698230.2018.1482097 adresinden erişildi (ET:16.12.2021)
[12] Solak Akman, İ. (2012). Vergi mahremiyetini ihlal, Doktora tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, s. 11.
[13] Araslı, O. (1979). "Özel yaşamın gizliliği hakkı ve T.C. Anayasasında düzenlenişi", Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, Ankara, s. 3'ten aktaran Solak Akman, s. 14, 15.
[14] Aksoy, H. C. (2010). Medeni hukuk ve özellikle kişilik hakkı yönünden kişisel verilerin korunması, Ankara: Çakmak Yayınevi, s. 52, 53.
[15] Özbek, M. (Ed.) (1989). Kamusal alanın sınırları, Özbek, Meral, Kamusal Alan. İstanbul: Hil Yayınları, s. 44; Sennett, R. (2019). Kamusal insanın çöküşü, 6. Basım, (Çev. Durak, S. ve Yılmaz, A.) İstanbul: Ayrıntı Yayınları, s. 32, 41.
[16] Çaha, Ö. (1998). İdeolojik kamusalın sivil kamusala dönüşümü, Doğu Batı Dergisi, (5), s. 76, 77.

C. Hasta Mahremiyeti: Uluslararası ve Ulusal Müktesebat

Hastanın bakım veya tedavi amacıyla ya da başka bir sebeple açıklamak zorunda olduğu ancak başkalarının bilgisinden saklamak istediği özel bilgileri veya bireyin kendi kişisel sağlık bilgilerine erişebilmeyi belirleme hakkı şeklinde tanımlanan hasta mahremiyeti, sağlık profesyonellerince elde edilen bazı bilgilerin ifşa edilmemesi anlamına gelmektedir.[17] Mahremiyet hakkı tanı/teşhis, tedavi, tedavi sonrası gibi sağlık hizmetinin her aşamasında gündeme gelen bir konudur.[18] Doktrinde hasta mahremiyeti fiziksel, sosyal, psikolojik ve bilgi mahremiyeti olarak dört başlık altında ele alınmıştır.[19]

Hasta mahremiyetini düzenleyen ilk metin 1981 yılında Lizbon'da imzalanan Dünya Hekimler Birliği Hasta Hakları Bildirgesi'dir. Bu bildirge, 1995 ve Bali 2005 Santiago bildirgeleriyle güncellenmiştir.[20] Lizbon Bildirgesi'nin 4. maddesine göre; *"Hasta, kendisiyle ilgili tüm tıbbi ve kişisel bilgilerin gizliliğine gereken saygıyı göstermesini hekiminden bekleme hakkına sahiptir."* [21] Hasta mahremiyetini düzenleyen diğer bir düzenleme ise 1994 Amsterdam Bildirgesi'dir. Bahse konu metnin 4.8. maddesinde göre; "*Sağlık kurumlarına başvuran hastalar, özellikle sağlık personelinin kişisel bakımlarını veya muayene ve tedavilerini yapacağı durumda kurumların özel hayatlarının korunmasını sağlayan fiziksel özelliklere sahip olmasını bekleme hakkına sahiptirler*." [22] 1995 tarihli Bali Bildirgesi "*Onur Hakkı"* kenar başlıklı 10. maddesinde yine hasta mahremiyeti ele alınmıştır: *"Tüm tıbbi bakım ve eğitim sürecinde hastanın onuruna ve özel yaşamına onun kültür ve değerleri göz önüne alınarak saygı gösterilmelidir."*[23] *Hipokrat Yemini'*nde ve Dünya Tabipler Birliği'nin *Hekimlik Andı* olarak isimlendirilen Cenevre Bildirisi'nde (2017) hekimler hastaya ilişkin sırları, hastanın ölümünden sonra bile, saklamakla yükümlü tutulmuşlardır.[24] 2012 yılında imzalanan Uluslararası Hemşireler Birliği'nin (ICN), "Hemşirelik Etik Kodları" isimli

[17] Can, s. 185.

[18] Sankar, P. ve Moran, S. ve Merz, J. F. ve Jones, N. L. (2003). "Patient Perspectives on Medical Confidentiality: A Review of the Literature", *Journal of General Internal Medicine,* 18(8), s. 659'dan aktaran Arslan, E. T. ve Demir, H. (2017). Sağlık çalışanlarının hasta mahremiyetine ilişkin tutumu: nitel bir araştırma, AİBÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 17, Y.17, S. 4, s. 196.

[19] Hastanın vücuduna temas edilmemesi fiziksel mahremiyete; hastanın toplumla münasebetinin kontrolü sosyal mahremiyete, hastanın psişik durumuyla ilgili bireysel kimliğin korunması psikolojik mahremiyete ve bireyin kendisi ile ilgili bilgilere başkaları tarafından ne ölçüde erişildiğini kontrol etmesi ise bilgi mahremiyeti olarak tarif edilmektedir. Bkz. Akyüz, E. ve Erdemir, F. (2013). Surgical patients and nurses opinions and expectations about privacy in care, Nursing Ethics, 2013, s. 3.

[20] Santiago Bildirgesi, http://www.oas.org/en/sedi/dsd/RiskManagement/Mandates/Declaration_Santiago.pdf adresinden erişildi. (E.T.19.03.2022)

[21] Hasta Hakları, Lizbon Bildirgesi, https://www.med.or.jp/dl-med/wma/lisbon_e.pdf adresinden erişildi. (E.T.19.03.2022)

[22] Hasta Hakları, Amsterdam Bildirgesi, http://www.nurs.uoa.gr/fileadmin/nurs.uoa.gr/uploads/Nomothesia_Nosilefton/Evropaika_keimena/eu_declaration1994_1_.pdf adresinden erişildi (E.T.19.03.2022)

[23] Hasta Hakları, Bali Bildirgesi https://dosyaism.saglik.gov.tr/Eklenti/27597,balibildirgesi1995pdf.pdf?0&_tag1=B11585D119972BBDC2B4602EA47A5671C9CA3A6A adresinden erişildi. (E.T.19.03.2022)

[24] The World Medical Association, https://www.wma.net/policies-post/wma-declaration-of-geneva/, (ET:26.03.2022)

düzenlemeye göre, hemşire hastaya ait kişisel bilgiyi gizli tutmakla mükelleftir. Keza Türk Hemşireler Derneği'nin kabul ettiği "Hemşireler İçin Etik İlke ve Sorumluluklar" isimli düzenlemede de mahremiyet ve sır saklama ilkelerine yer verilmiştir.[25]

Taraflarını hasta ile doktorun oluşturduğu ilişkide doktor hastanın durumunun teşhisi ve tedavisi ile ilgili olabilecek utanç verici veya damgalayıcı olarak nitelendirilebilecek bazı kişisel sağlık bilgilerini öğrenmektedir. Hasta, sağlık çalışanının bilgilerini sadece tedavi için kullanacağına dair güvenle bilgilerini muhatabına iletmektedir Hastanın, mahremiyetin gözetildiğine dair inancı beraberinde güveni getirecek bu da hastanın daha açık ve dürüst olarak bilgilerini paylaşmasına imkân verecektir.[26]

Hekimlerle beraber sağlık hizmetini sunan diğer sağlık çalışanları da hasta mahremiyetine özen göstermeleri gerekmekle[27] birlikte sağlık hizmeti sunumunda bilgiye erişim, araştırma ve tedavi süreci için elzem olmakla birlikte sağlık personeli ve yöneticileri bakımından mahremiyet ihlali olasılıkları da gündeme gelebilmektedir.[28] Ülkelerin hem iç hukukları hem de uluslararası belgeler sağlık ile ilgili bilgileri özel hayatın bir parçası olarak kabul etmekte ve bunların yasal olmayan paylaşımını özel hayatın ihlali olarak görmektedir. AİHM de hastanın gizli tıbbi bilgilerinin ifşa edilmesinin başvuranların özel yaşamına saygı hakkına dair bir müdahale oluşturduğuna ve bu bağlamda Sözleşme'nin 8. maddesinin (özel yaşama ve aile hayatına saygı hakkı) ihlal edildiğine karar vermiştir.[29]

İç hukukumuzda da hasta mahremiyetinin sağlanması/ihlal edilmemesi için ihdas olunan çeşitli düzenlemelerden Hasta Hakları Yönetmeliği (HHY)'nin 5. maddesinde sağlık hizmetlerinin sunulmasında uyulması gereken ilkeler sayılmış, müteakiben (f) bendinde de kanun ile müsaade edilen haller ile tıbbi zorunluluklar dışında, hastanın özel hayatının ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı hususu hüküm altına alınmıştır. Bir başka kural ise HHY md. 18/5'tir. Buna göre, hastanın bilgilendirilmesi uygun ortamda ve hastanın mahremiyeti korunarak yapılmalıdır. Keza, HHY'nin "*Mahremiyete Saygı Gösterilmesi*" başlıklı 21. maddesi:

"Mahremiyete Saygı Gösterilmesi

[25] Aktan G. G. ve Eşer İ. ve Kocaçal E. (2019). Hemşirelerin hasta mahremiyetini koruma ve sürdürme durumları ile etkileyen faktörler, Koç Üniversitesi Hemşirelikte Eğitim ve Araştırma Dergisi, 16 (4), s. 302.
[26] Avaner, E. (2018). Mahremiyet nedir? mahremiyetin sağlık hizmetleri penceresinden görünürlüğü nasıldır? Türkiye Biyoetik Dergisi, Vol. 5, No. 3, s. 113.
[27] Arslan-Demir, s. 196.
[28] Avaner, s. 113.
[29] Panteleyenko/Ukrayna (2006), L.L./Fransa (2006), Armonas/Litvanya ve Biriuk/Litvanya (2003), Avilkina ve Diğerleri/Rusya (2013), L.H./Letonya (2014), Konovalova/Rusya (2014)

Madde 21- Hastanın, mahremiyetine saygı gösterilmesi esastır. Hasta mahremiyetinin korunmasını açıkça talep de edebilir. Her türlü tıbbi müdahale, hastanın mahremiyetine saygı gösterilmek suretiyle icra edilir. Mahremiyete saygı gösterilmesi ve bunu istemek hakkı;

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, kapsar. Ölüm olayı, mahremiyetin bozulması hakkını vermez. Eğitim verilen sağlık kurum ve kuruluşlarında, hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olmayanların tıbbi müdahale sırasında bulunması gerekli ise; önceden veya tedavi sırasında bunun için hastanın ayrıca rızası alınır."

hükümlerini amirdir.

Benzer biçimde HHY'nin "*Bilgilerin Gizli Tutulması*" başlıklı 23. maddesi; sağlık hizmetinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgilerin kanun ile müsaade edilen haller dışında hiçbir şekilde açıklanamayacağını, hukuki ve ahlaki yönden geçerli ve haklı bir sebebe dayanmaksızın hastaya zarar verme ihtimali bulunan bilginin ifşa edilmesinin personelin ve diğer kimselerin hukuki ve cezai sorumluluğunu muktezi olduğunu ve araştırma ve eğitim amacı ile yapılan faaliyetlerde de hastanın kimlik bilgilerinin hastanın rızası olmaksızın açıklanamayacağını belirtmiştir.

Yukarıda sayılanlar haricinde Biyotıp Sözleşmesi[30] Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi[31], Psikiyatri Meslek Etiği Kuralları[32] ve Hekimlik Meslek Etiği Kuralları[33] gibi farklı düzenlemelerde sağlık mesleği mensuplarının[34] sır saklama yükümlülüğüne yer verilmiş ve hastanın ölmesi ya da hekimle ilişkisinin sona ermesinin bu yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağı belirtilmiştir.

---

[30] *Madde 10 – Herkes kendi sağlığıyla ilgiler bilgiler bakımından, özel yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Herkes kendi sağlığı hakkında toplanmış herhangi bir bilgiyi öğrenme hakkına sahiptir. Bununla beraber, bireylerin, bilgilendirilmeme istekleri de gözetilecektir. İstisnai durumlarda, 2. Paragrafta belirtilen hastanın yararı bakımından kanuni kısıtlamalar öngörülebilir."*

[31] *Madde 4 – Tabip ve diş tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, kanuni mecburiyet olmadıkça, ifşa edemez. Tıbbi toplantılarda takdim edilen veya yayınlarda bahis konusu olan vakalarda, hastanın hüviyeti açıklanamaz*

[32] *Sır Saklama Yükümlülüğü*

Madde 6. Herhangi bir psikiyatrik muayene ve sağaltım altındaki kişiyle ilgili bütün bilgiler hasta-hekim ilkeleri çerçevesinde saklı tutulmalıdır. Bu bilgi yalnızca hastanın ruh sağlığını korumak ve geliştirmek amacı ile ve hastanın oluru alınarak gerektiğinde ve hastanın yararı için gereken ölçüde aile ile paylaşılabilir ya da başka uzman hekimlerle danışma amacı ile kullanılabilir. Ruh hekimleri, kişisel haklar, tedavi hakkı, yanlış mesleki uygulamalar vb. durumlarla ilgili olarak hastasının yararı söz konusu olmadıkça, kendi siyasal, yönetsel, medyatik ya da maddi çıkarları, akademik, mesleki veya kişisel yararları doğrultusunda hastasıyla ilgili bilgileri açıklamamalıdır.

Hasta hekim ilişkisi içinde edinilmiş olan bilgiler gerekli görüldüğünde mahkemede tanıklıktan ya da bilirkişilikten çekilmek için bir gerekçe oluşturabilir. Kişinin özel yaşamı, özel ilişkileri, savunma düzenekleri gibi psikolojik yapısıyla ilgili özel bilgiler istenildiğinde bunların mahkemede sunulması kişinin açık ve anlaşılır iznine bağlıdır. Ruh hekimi kişi için yararlı olmadığını düşündüğünde, kişi izin vermiş de olsa, bu tür bilgileri açıklamak zorunda olmadığını bilmelidir.

Gizlilik kuralı ancak hastanın kendisine ya da çevresine ciddi bedensel, ruhsal ya da ekonomik zarar verme olasılığı varsa bozulabilir. Ruh hekimi gizlilik ilkesini bozmayı gerektirecek önemde bir durumla karşılaşmışsa, olabiliyorsa meslektaşları ile de danışarak, uygun göreceği yerlere ya da kişilere açıklama yapmak zorunda kalabilir. Bu durumlarda ruh hekimi bundan sonra atacağı adımla ilgili olarak koşullar elveriyorsa önce hastayı uyarmalıdır.

Ruh hekimi hastasının tanınmasına yol açacak ya da olası davranışlarının tahminine ilişkin herhangi bir bilgiyi başkalarına ya da herhangi bir kuruluşa veremez. Kişi adı, kimlik bilgileri, yüz görünümü gibi kişiyi tanıtacak tüm özelliklerin gizlenmesi koşuluyla, bilimsel bir tartışmada, eğitim süresinde, denetim ve konsültasyon amacı ile hekimler arasında hastalıkla ilgili bilgilerin aktarılması bu kuralın dışındadır.

Yasal zorunluluk durumlarında hekimin rapor düzenlemesi meslek sırrının açıklanması anlamına gelmez.

[33] *Sır Saklama Yükümlülüğü*

Madde 9-Hekim, hastasından mesleğini uygularken öğrendiği sırları açıklayamaz. Hastanın ölmesi ya da o hekimle ilişkisinin sona ermesi, hekimin bu yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Hastanın onam vermesi ya da sırrın saklanmasının hasta ya da öteki insanların yaşamını tehlikeye sokması durumunda, hastanın kişilik haklarının zedelenmemesi koşuluyla, hekim bu sırrı saklamakla yükümlü değildir. Yasal zorunluluk durumlarında hekimin rapor düzenlemesi de, meslek sırrının açıklanması anlamına gelmez. Hekim, tanık ya da bilirkişi olarak mahkemeye çağrıldığında olayın meslek sırrı olduğunu ileri sürerek bu görevlerinden çekilebilir.

[34] Sağlık meslek mensupları TCK md. 280'de *"tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler"* olarak sayılmıştır.

II. KİŞİSEL SAĞLIK VERİLERİ BAĞLAMINDA KİŞİSEL VERİLERİ HUKUKA AYKIRI OLARAK VERME, YAYMA VEYA ELE GEÇİRME SUÇU (TCK MD. 136)[35]

A. Genel Olarak

6698 sayılı Kanun, kişisel verilerin ihlali durumunda TCK'nın ilgili hükümlerine atıf yaptığı görülmektedir. Bunun dışında 6698 sayılı Kanun'un idari bir takım denetim mekanizmalarına da yer verdiği görülmektedir. Söz gelimi, veri sahiplerine Kanun'un uygulanmasına ilişkin taleplerini iletebilmeleri ve kişisel verilerine ilişkin haklarını korumaları için bir ihbar ve şikâyet gibi takım hak arama yöntemleri getirilmiştir. Böylelikle veri sahipleri (hastalar/hasta yakınları/mirasçıları) kişisel verilerinin korunmasına ilişkin olarak doğrudan idari yargı yoluna başvurabilecekleri gibi Kurula ihbar ve şikâyet başvurusunda da bulunabilirler. Nitekim 6698 sayılı Kanun'un 22. maddesine göre kişisel verilerle ilgili haklarının ihlal edildiğini ileri sürenlerin şikâyetlerini karara bağlamak ve şikâyet üzerine veya ihlal iddiasını öğrenmesi durumunda resen görev alanına giren konularda kişisel verilerin kanunlara uygun olarak işlenip işlenmediğini incelemek ve gerektiğinde bu konuda geçici önlemler almak Kurulun görevleri arasında sayılmıştır. Kanun'un Kurul'a vermiş olduğu bir diğer yetki ise resen incelemedir. 6698 sayılı Kanun'un "*Şikâyet Üzerine veya Resen İncelemenin Usul ve Esasları*" başlıklı 15. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca Kurul, şikâyet üzerine veya ihlal iddiasını öğrenmesi durumunda resen, görev alanına giren konularda gerekli incelemeyi yapabilmektedir. Ayrıca Kişisel Verileri Koruma Kurumu Teşkilat Yönetmeliği madde 7/(k) uyarınca Kanun'da öngörülen idari yaptırımlara karar vermekle görevli olan Kurul kararlarını süresinde yerine getirmeyen veri sorumlusu hakkında idari para cezasına da hükmedebilmektedir.

Çalışmanın bundan sonraki kısmında kişisel sağlık verilerinin ihlalinin ceza hukuku denetimi olarak, 6698 sayılı Kanun'un TCK'ya atıf yapmış olduğu maddelerden TCK md. 136'da yer alan kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme, yayma veya ele geçirme suçu detaylı olarak incelenecektir.

B. Korunan Hukukî Değer

TCK md. 136'da yer alan kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme, yayma veya ele geçirme suçu konusunu kişisel verilerin oluşturduğu 6 suçtan bir tanesi olarak TCK'nın *"Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar"* başlıklı Dokuzuncu Bölümünde yer verilen suçlardan bir tanesidir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere

[35] Kanaatimizce, TCK md.136'nın madde başlığında "*verme*" veya "*ele geçirme*" ibaresi bulunurken maddenin 1. fıkrasında kişisel verilerin hukuka aykırı olarak bir başkasına "*verilmesi*", "*yayılması*" veya "*ele geçirilmesi*" davranışlarının suç olarak düzenlenmesi ve yine madde kenar başlığında "*verileri*" terimine yer verilirken madde içeriğinde suçun konusu olarak "*kişisel veriler"* teriminin kullanması kanun yapma tekniğine uygun değildir.

çalışmamız sağlık verileri ile sınırlandırılmış olduğundan aşağıda kişisel veri olarak ifade edilen hususların "*sağlık verileri"* olarak anlaşılması uygun olacaktır.

Kişisel verilerin korunmasının teorik temelini izah eden görüşler arasında; *Mülkiyet Hakkı Teorisi, Fikrî Mülkiyet Hakkı Teorisi, Ekonomik Hak Teorisi,* insan hakları, ifade özgürlüğü ve özel hayatın korunması bağlamında kişisel verilerin korunması görüşleri ön plana çıkmaktadır.[36] Dolayısıyla kişisel verilerin mevzu bahis olduğu suçlarda korunan hukuki değer de bu görüşlerden hangisinin esas alınacağı noktasında düğümlenmektedir. Kıta Avrupa'sında ve ülkemizde hâkim olan düşünce kişisel verilerin gizliliği ve korunması insan onuru ile doğrudan ilişkili olduğu, kişiliğin korunması ve serbestçe geliştirilmesi bakımından kişisel verilerin gizli kalması ve haksız müdahalelerden beri olması yönündedir.[37] AİHM'nin de kişisel sağlık verilerine ilişkin başvuruları özel hayatın gizliliğin korunması bağlamında ele aldığı görülmektedir.[38] Bu kapsamda TCK md. 136 ile korunan hukukî değer insan onurunu ve kişinin kendi özel/mahrem bilgileri hakkında karar verme hürriyetini korumak ve bu verileri hukuksuz müdahalelerden azade tutmaktır.[39] Kişisel verilerin korunması yalnızca veri gizliliğini korumakla kalmayıp aynı zamanda kişisel hak ve hürriyetlerin de, özellikle de özel hayatın gizliliğinin, korunmasını amaçlar.[40]

[36] *Ekonomik Hak Teorisi* özellikle Kuzey Amerika'da kabul gören liberal bir anlayış olup kişisel veriler üzerinde devlet müdahalesinin asgari olması gerektiği, bireylerin kişisel verileri üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği yönünde ve kişisel verilerin ticarete konu olmasında sakınca görmeyen görüştür. Bkz. Üçüncü, S. H. (2018). "Medenî yargılama hukukunda kişisel verilerin ve sırların korunması", Doktora tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, s. 27-29; *Mülkiyet Hakkı Teorisi* ise kişisel verilerin toplanması, kullanılması ve korunması faaliyetlerinin maliyetli işlemler olduğunu, bu nedenle piyasa odaklı ve mülkiyete dayalı bir sistemin gerekliliğini, bu verilerin serbest piyasa ekonomisi içerisinde ve özel hukuk sözleşmelerine konu olabilecek meta olarak değerlendirilebileceği düşüncesini savunmaktadır. Bkz. Küzeci, E. (2019). Kişisel verilerin korunması, Ankara: Turhan, s. 60; *Fikrî Mülkiyet Hakkı Teorisi* ise eser sahibinin eser üzerindeki eseri umuma arz etme, eserde değişiklik yapma gibi manevi hakları ile kişisel verilerin mahiyeti arasındaki benzerliğe dayanmaktadır. Bkz. Aksoy, s. 60, 61. İç hukukta mülkiyet ve fikri mülkiyet eksenli görüşlerin de benimsediği görülmektedir. Bkz. Akgül, A. (2014). Kişisel verilerin korunması, İstanbul, s. 74; Aydın S.E. (2015). AİHM içtihatları bağlamında kişisel verilerin kaydedilmesi suçu, İstanbul, s. 15 vd. ayrıca bu suçla korunan hukuki yararın İletişim hürriyeti veya kişilik hakkı olduğu yönünde görüşler de mevcuttur Bkz. Bayraktar, K. (2018). Kişisel verilerin ele geçirilmesi, yayılması ve yok edilmemesi, *özel ceza hukuku*, C. III, Hürriyete, şerefe, özel hayata hayatın gizli alanına karşı suçlar, İstanbul: On İki Levha Yay, s. 633-635.

[37] Akyürek, G. (2011). "Kişisel veriler ve özel hayatın gizliliği hakkı", Suç ve Ceza – Ceza Hukuku Dergisi, Türk Ceza Hukuku Derneği yayını, S.3, s. 44. Üçüncü, s. 27-29; Parlar, A. (2005). Türk ceza kanunu şerhi, C. II, Ankara, s. 1549; TCK, kişisel verilerin ceza hukuku açısından korunması açısından 135 ila 140. maddeler arasında kişisel verilerin kaydedilmesi, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme, verileri yok etmeme fiilleri yaptırıma bağlanmıştır.

[38] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 8 Rehberi, Özel Hayata ve Aile Hayatına, Konuta ve Haberleşmeye Saygı Hakki, Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2019, https://www.echr.coe.int/ Documents/Guide_Art_8_TUR.pdf adresinden erişildi (ET: 13.05.2022)

[39] Kama Işık, S. (2019). Avrupa veri koruma hukukuna anayasal bir bakış, Doktora tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, s. 53, 54.

[40] Özbek, V. ve Doğan K. ve Bacaksız P. (2021). Türk ceza hukuku özel hükümler, Ankara: Seçkin, 16. Baskı, s. 592; İtişgen, R. (2015). "Türk Ceza hukukunda kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçu", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 23, Ankara, s. 180.

Öğretide bu suçla hedeflenen korunan hukuki değerin salt kişisel verilerin korunması hakkı olduğu yönünde de birtakım görüşlerin savunulduğu görülmektedir.[41] Bu düşünceye göre, kişisel verilerin korunması hakkı özerk bir hak alanı olarak 07.05.2010 tarihinde yürürlüğe giren 5982 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle bizatihi Anayasal güvence altına alınmıştır.[42] Bu suçla korunan hukuki değer bakımından üçüncü bir görüş ise bu suçla korunan hukuki menfaatin genel kişilik hakkı olduğu yönündedir.[43]

C. Suçun Unsurları

1. Suçun Maddi Unsurları

a. Fail

Madde metninde sadece "*kişi*" ibaresi geçtiği için bu suçun faili Türk veya yabancı uyruklu kamu görevlisi ya da kamu görevlisi olmayan herhangi bir kişi olabilir. Fail, hastaya ait kişisel sağlık verilerini hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kimsedir.

TCK md. 137'de nitelikli hal olarak belirlenen suçun "*kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle"* işlenmesi durumunda failin belli bir özelliğe sahip olması arandığından özgü suç söz konusudur.

b. Mağdur

Anayasa'nın 20/3 maddesi ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile kişisel verilerle ilgili yasal çerçeve çizilmiştir. Anılan yasal düzenlemelerde genel olarak kişisel veri; *"belirli ya da belirlenebilir bir gerçek kişiye ait herhangi bir bilgi*" olarak tanımlandığından çalışmamızın konusu olan suçun mağduru kişisel verileri hukuka aykırı olarak ele geçirilen veyahut ifşa olunan gerçek kişidir.

c. Suçun Konusu

TCK m. 136'da yer alan suçun konusu kişisel verilerdir. Çalışmamız sağlık verileri ile sınırlandırılmış olduğundan önce kişisel veri kavramı tanımlanacak ardından da sağlık verisinin ne anlama geldiği hususu irdelenecektir.

Kişisel veriler kişilik hakkını oluşturan değerler olarak tanımlanabilir. Kişisel verilerin gizliliğinin özü mahiyetinde olan kişilik hakkı, kişiliği oluşturan değerlerin tamamını kapsayan şahsa sıkı sıkıya bağlı, doğumla kazanılan ve herkese karşı ileri

---

[41] Küzeci, s. 70; Dülger, M. V. (2016). "Kişisel verilerin korunması kanunu ve Türk ceza kanunu bağlamında kişisel verilerin ceza normlarıyla korunması", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3 (2), İstanbul, s. 104.

[42] Sınar H. (2022). "Kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme, yayma veya ele geçirme suçu (TCK Md. 136)", Kişisel Verileri Koruma Dergisi, C. II, S. I, Ankara, s. 36.

[43] Börekçi, E. B. (2022). Kişisel Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme, Yayma veya Ele Geçirme Suçu, İstanbul: On İki Levha Yay, s. 50.

sürülebilen mutlak bir haktır.[44] Kişisel verilerin korunması temel bir haktır ve kişinin özel hayatı ile ilgilidir.[45] Kişisel verilerin korunması hakkı bireylerin kendileri ile ilgili kişisel verilerin ilgisiz üçüncü kişilerin eline geçmemesi konusunda gerekli tedbirlerin alınmasını isteme, kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsayan temel bir haktır.

Kişisel verilerin korunmasının ve gizli tutulmasının amacı, kişinin kendi özel/mahrem bilgileri hakkında karar verme hürriyetini korumak ve bu verileri hukuksuz müdahalelerden azade tutmaktır.[46] Kişisel verilerin korunması yalnızca veri gizliliğini korumakla kalmayıp aynı zamanda kişisel hak ve hürriyetlerin de, özellikle de özel hayatın gizliliğinin, korunmasını amaçlar. Bu bağlamda, kişisel verilerin sınırlı bir şekilde toplanması ve işlenmesi, amacına uygun olarak kullanılması ve bu verilerin korunması için gerekli önlemlerin alınması gibi temel ilkeler benimsenmiştir.[47]

Gerek iç hukukumuz da gerekse de karşılaştırmalı hukukta kişisel verilerin işlenmesi ile ilgili genel prensipler kabul edilmiştir. Söz gelimi, kişisel veriler bireylerin rızası dahilinde dürüstlük kuralına ve hukuka uygun doğru ve güncel olarak işlenmeli, mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilmeli, bireylerin rızasının alınmasına gerek olmayan haller söz konusu ise bu haller mutlaka kanunlarla belirlenmeli, kişisel veriler amacına uygun, amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü şekilde toplanmalı ve meşru amaçlarla bağdaşmayan bir şekilde kullanılması yasaklanmalı, verinin tutulması için yeterli bir sebep kalmamışsa veriler yok edilmeli, bireylere kendi verilerine erişim, bu verileri düzeltme ya da bunları silmeyi talep hakkı gibi haklar sağlanmalıdır.[48]

Kişisel verilerin korunması hakkı Anayasa'nın "*Özel hayatın gizliliği ve korunması*" başlıklı 20. maddesinde 2010 yılında yapılan değişiklikle mevzuatımıza girmiştir. Madde 20/1'de, herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini

---

[44] Aksoy, s. 38, 43, 44.

[45] AİHM, Z./Finlandinya Başvurusu, &95; Cate, Fred H., *Privacy in the Information Age*, Washington D.C, 1997, s. 42'den aktaran Aksoy, s. 55.

[46] Kama Işık, s. 53, 54.

[47] Henkoğlu, T. ve Uçak, N. (2016). Information security and the protection of personal data in universities, International Journal of Business and Management Invention, Volume. 5, Issue. 11, s. 31.

[48] KVKK, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Uygulaması, https://kvkk.gov.tr/yayinlar, E.T. 20.07.2022; Elektronik haberleşme sektöründe kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğin korunmasına yönelik usul ve esasları belirleyen Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi Ve Gizliliğin Korunmasına İlişkin Yönetmelik'te kişisel verilerin işlenmesine yönelik olarak kişisel verilerin; hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olarak işlenmesi, doğru ve gerektiğinde güncel olması, belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenmesi, işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olması, ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilmesi, milli güvenlik gerekçesiyle trafik ve konum verilerinin yurt dışına çıkarılmaması gibi birtakım ilkeler benimsenmiştir.

isteme hakkına sahip olduğu, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı vurgulanmış; md. 20/2'de, özel hayatın gizliliğine çeşitli sebeplere bağlı kalınarak sınırlamalar getirilebileceği belirtilmiş, bu hakkın mutlak olmadığı kabul edilmiş; md. 20/3'te ise herkesin kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahip olduğu, bu hakkın kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsadığı ifade edilmiştir.

Kişisel verilerin tanımı, neleri kapsadığı gibi hususlar hakkında BM, OECD, AK ve AB bünyesinde birçok düzenleme ihdas olunmuştur.[49] Kişisel verilerin korunması hakkında uzunca bir süre başat düzenleme olarak kabul edilen Avrupa Konseyinin mülga 95/46/EC sayılı Direktifine göre[50], kişisel veri kavramının unsurları, "*bilgi", "kimliği belirli veya belirlenebilir bir kişi"* ve *"bilginin kişiye ilişkin olması"*dır. Dünya Hekimler Birliği'nin Sağlık Veri Tabanları ile İlgili Etik Düşünceler Bildirgesi'ne göre hastanın kişisel sağlık bilgisi; "*bireyin kimliğini ortaya koyan fiziksel ve mental sağlığı ile ilgili kayıtlı tüm bilgi*" olarak tanımlanmıştır. Türkiye'de ise Anayasa'nın 20/3 maddesi ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile kişisel verilerle ilgili yasal çerçeve çizilmiştir. Anılan yasal düzenlemelerde genel olarak kişisel veri; *"belirli ya da belirlenebilir bir gerçek kişiye ait herhangi bir bilgi*" olarak tanımlanmıştır. Kişinin maddi ve manevi varlığına ilişkin, kimliği ile ilgili, cinsel yaşamına ilişkin bilgiler kişisel veridir. Kişinin adı, fotoğrafı, telefon numaraları, kimliği, etnik kökeni, fiziksel özellikleri, eğitim, meslek, cinsel yaşamı, aile hayatı, başkaları ile yaptığı haberleşmeler, ikamet adresi, iletişim bilgileri, kimlik numarası, kredi kartı bilgileri, düşünce ve inançlar,

[49] *Özel Yaşamın Korunması ve Kişisel Verilerin Sınır Ötesi Akışına İlişkin Rehber İlkeler* (OECD), *Bilgisayarla İşlenen Kişisel Veri Dosyalarına İlişkin Rehber İlkeler* (BM) Bkz. Ayözger A. Ç. (2016). Elektronik haberleşme sektöründe kişisel verilerin korunması, Doktora tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul., s. 68; Fransa Bilgi Teknolojisi ve Özgürlükler Ulusal Komisyonu (CNIL), https://www.cnil.fr/fr/reglement-europeen-protection-donnees adresinden erişildi (ET: 29.03.2022); Kişisel Verileri Koruma Kurumu, https://www.kisiselverilerinkorunmasi.org/wpcontent/uploads/2017/09/GDPRT.pdf adresinden erişildi (ET: 29.03.2022)

[50] Mezkûr Tüzük haricinde AB müktesebatında kişisel verilerle ilgili birçok düzenleme bulunmaktadır. Maastricht Antlaşması, Amsterdam Antlaşması, 2002/58/EC sayılı *Elektronik Veri Koruma Direktifi*, 2009/136/EC sayılı *Avrupa Birliği Vatandaşlık Hakkı Direktifi*; 103 sayılı *Kişisel Verilerin Otomatik İşlenmesi Sırasında Gerçek Kişilerin Korunmasına İlişkin Sözleşme* ve Sözleşme *103+ Revizyonu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, AB Temel Haklar Şartı, 95/46/EC Sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Serbest Dolaşımı Bakımından Bireylerin Korunmasına İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Direktifi*, 97/66/EC sayılı *Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Özel Yaşamın Korunması Direktifi*, Avrupa Topluluğu (Amsterdam) Antlaşmasının 286. maddesi, 2016/680 sayılı *Polis Veri Koruma Yönergesi (Police Data Protection Directive),* 2002/58/EC sayılı *Elektronik İletişimde Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Özel Yaşamın Korunması Direktifi*, 45/2001/EC sayılı *Topluluk Kurum ve Organları tarafından Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Verilerin Serbest Dolaşımı bakımından Bireylerin Korunması Direktifi,* 2006/24/EC sayılı *İletişim Trafik Verilerinin Saklanması Direktifi (Kamu İletişim Ağları veya Kamuya Açık İletişim Servislerinde Üretilen veya İşlenen Verilerin Saklanması Direktifi*), 2016/ 679/ EC sayılı *Tüzük* ve *Lizbon Antlaşması* bu kabildendir. Bkz. Kama Işık, s. v, vi; OECD, https://www.oecd.org/internet/ieconomy/oecdguidelinesontheprotectionofprivacyandtransborderflowsofpersonaldata.htm adresinden erişildi (ET: 20.02.2022)

dernek ve sendika üyelikleri, alışveriş alışkanlıkları ve sağlık durumu ile ilgili kayıtlar bu kabildendir.[51] Kişisel verileri ele alan bir diğer Kanun ise 6698 sayılı KVKK'dır. Kanun'un 3/2b-d maddesinde uluslararası hukuk ve AİHM içtihatları ile uyumlu olarak kişisel veri, "kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi" olarak tanımlanmıştır.[52] Benzer yönde bir tanım da TCK md. 135'te bulunmaktadır.

Mevzuatta kişilerin sağlığına ilişkin veriler özel nitelikli kişisel veriler olarak sayılmış, söz konusu verilerin, kural olarak, ilgilinin açık rızası olmadan işlenmesi yasaklanmıştır. Söz gelimi Avrupa Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR)'nün 9. maddesi; "*Irk veya etnik köken, siyasi görüşler, dini veya felsefi inançlar ya da sendika üyeliğinin ifşa edildiği kişisel verilerin işlenmesi ve bir gerçek kişinin kimlik teşhisinin yapılması amacıyla genetik veriler ile biyometrik verilerin, sağlık ile ilgili verilerin veya bir gerçek kişinin cinsel yaşamı veya cinsel eğilimine ilişkin verilerin işlenmesi yasaktır."* hükmünü amirdir. Benzer biçimde 6698 sayılı KVKK'nın 6. maddesinde; "*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."* şeklinde kişiye ait sağlık verilerinin *"özel kişisel veri"* olduğu belirtilmiştir. Kişisel sağlık verileri ile ilgili düzenleme ise 21.06.2019 tarihli Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik'tir. Yönetmeliğin "*Tanımlar"* başlıklı 4. maddesine göre kişisel sağlık verisi, kimliği belirli ya da belirlenebilir gerçek kişinin fiziksel ve ruhsal sağlığına ilişkin her türlü bilgi ile kişiye sunulan sağlık hizmetiyle ilgili bilgileri ifade eder.

Yukarıda da detaylı olarak ifade edildiği üzere TCK md. 136'daki suçun konusu kişisel verilerdir. Ve fakat Yargıtaya göre suç konusu kişiye ait görüntü veya ses ise TCK md. 136 değil, TCK md. 134 söz konusu olur. Aksi takdirde sosyal yaşamda mutat olarak

---

[51] AYM de 2013 yılında vermiş olduğu bir kararda kişisel veriyi tanımlamış ve çerçevesini çizmiştir: *"Kişisel veri kavramı, belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla, bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade etmektedir. Bu bağlamda adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi bireyin sadece kimliğini ortaya koyan bilgiler değil; telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, genetik bilgiler, IP adresi, e-posta adresi, hobiler, tercihler, etkileşimde bulunulan kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri gibi kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm veriler kişisel veri kapsamındadır."* Bkz. AYM, E.2013/122, K.2014/74, K.T. 09/04/2014.

[52] Madde gerekçesi şu şekildedir: *"Maddeyle, Kanunda kullanılan bazı terimlerin tanımları yapılmıştır. Kişisel veri, kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi ifade etmektedir. Bu bağlamda sadece bireyin adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi onun kesin teşhisini sağlayan bilgiler değil, aynı zamanda kişinin fiziki, ailevi, ekonomik, sosyal ve sair özelliklerine ilişkin bilgiler de kişisel veridir. Bir kişinin belirli veya belirlenebilir olması, mevcut verilerin herhangi bir şekilde bir gerçek kişiyle ilişkilendirilmesi suretiyle, o kişinin tanımlanabilir hale getirilmesini ifade eder. Yani verilerin; kişinin fiziksel, ekonomik, kültürel, sosyal veya psikolojik kimliğini ifade eden somut bir içerik taşıması veya kimlik, vergi, sigorta numarası gibi herhangi bir kayıtla ilişkilendirilmesi sonucunda kişinin belirlenmesini sağlayan tüm halleri kapsar. İsim, telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, genetik bilgiler gibi veriler dolaylı da olsa kişiyi belirlenebilir kılabilme özellikleri nedeniyle kişisel verilerdir."* Bkz. TBMM Tutanak Dergisi, https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/
TBMM/d26/c006/tbmm26006040ss0117.pdf adresinden erişildi (ET: 12.06.2022)

değerlendirilebilecek birçok fiil TCK md. 136'yı ilgilendirecek olup bu husus ceza sorumluluğunun Kanun Koyucunun öngörmediği bir biçimde genişlemesine yol açabilir. Yargıtayın tutumu söz konusu mahzurları asgariye indirebilecek bir değerlendirme olsa da ne TCK md. 136'nın lafzı ne de TCK md. 136'nın gerekçesi bu durumu desteklemektedir.[53]

Suçun konusu bakımından değinilmesi gereken bir başka husus da kişisel materyallerdir. Kan gibi parmak izi gibi anacak muayyen tetkik ve analizlerden sonra kime ait olduğu belirlenebilen materyaller kişisel veri olmayıp suç konusunu bu nevi materyaller oluşturuyorsa TCK md. 136 söz konusu olmayacaktır.

d. Fiil

Suçun maddi unsurunun fiil kısmı maddede seçimlik olarak verme, yayma ve ele geçirme olarak sayılmıştır. TDK Sözlüğüne göre verme; *üzerinde, elinde veya yakınında olan bir şeyi birisine eriştirmek, iletmek; bırakmak veya bağışlamak, düşünce veya bilgi anlatan şeyleri başkalarına iletmek*, bildirmek olarak tanımlanmıştır.[54] Madde metninde verme fiilinin ne şekilde gerçekleştirilebileceğine ilişkin herhangi bir sınırlama söz konusu değildir. Dolayısıyla verme fiili çok çeşitli yöntemlerle gerçekleştirilebilir. Mezkûr fiil elden ele aktarma/verme biçiminde fiziksel olarak, veyahut failin suç konusu bilgiyi bir başkasına e-posta ile göndermesi şeklinde icra olunabilir.

Yaymak ise *birçok kimseye duyurmak* anlamındadır. Buna göre verme fiili tek bir kişiyle yapılabileceği halde, yaymak fiilinde suç konusu veriler birden fazla kişinin bilgisine sunulmaktadır. Suç konusunun üçüncü bir kişiye elektronik posta gönderilmesi vermek olarak nitelendirilebilir. Öte yandan aynı suç konusu bir TV yayınında ya da sosyal medya platformunda paylaşılırsa bu fiil artık *yaymak* olarak değerlendirilebilir.

Verilen veya yayılan kişisel verinin içeriğinin başkaları tarafından öğrenilmiş olup olmaması, suçun oluşması açısından önemsizdir. Keza, suç konusu bilgileri failin hukuka uygun olarak temin etmesi de suçun oluşması bakımından önem taşımaz,

TDK Sözlüğüne göre ele geçirmek; *bir şeyin sahibi olmak veyahut gizlenmek istenen bir şeyi temin etmek* olarak tarif edilmiştir.[55] TCK md. 136 bakımından kişisel

---

[53] TCK md. 136'nın gerekçesi şu şekildedir: *"Bu madde hükmü ile hukuka uygun olarak kaydedilmiş olsun veya olmasın, kişisel verileri hukuka aykırı olarak başkalarına vermek, yaymak veya ele geçirmek bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır."*

[54] Kanun koyucunun bu fiilleri birer sırf davranış suçu olarak düzenlediği görülmektedir. Bu davranışların sonucunda veri sahiplerinin herhangi bir zarara uğramış olması aranmamaktadır. Fiiller, soyut tehlike suçu olarak düzenlenmiştir Bkz. Yokuş, Sevük, H. (2003). "Tıp ceza hukukunda kişisel verilerin açıklanması", Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, s. 288; Öğretide kişisel verilerin hukuka aykırı olarak verilmesi veya ele geçirilmesi suçunun soyut tehlike suçu olarak düzenlenmesini eleştirilmiş, bu suçun somut tehlike suçu olarak düzenlenmesi gerektiği savunmuştur.

[55] TDK Sözlükleri, https://sozluk.gov.tr/ adresinden erişildi (ET:13.05.2022)

verilerin ele geçirilmesi yetkisi olmadığı halde bir başkasına ait kişisel verileri elde etmesi veyahut temin etmesidir.

Ele geçirme fiili birçok yöntemle, birçok şekilde meydana gelebilir. Suç konusunu bulunduğu yerden alma ele geçirmeye verilebilecek klasik bir örnektir. Bunun yanında bakma, görme veyahut öğrenme fiilleri ile de ele geçirme söz konusu olabilir. Somut olayda kişisel verileri herhangi bir yere kaydetme şeklinde ele geçirme söz konusu ise bu fiil TCK md 135'te ayrıca cezalandırıldığından TCK md. 136'nın değil, md. 135'in tatbiki iktiza eder.[56]

Somut olayda hem vermek hem de yaymak fiilleri mevcutsa TCK md. 136'da seçimlik hareketli suç söz konusu olduğundan iki ayrı suç değil tek bir suç mevcuttur.

TCK m. 136 sırf hareket ve soyut tehlike suçu olarak formüle edildiğinden yukarıda sayılan fiillerin yapılması ile suç tamamlanmış olur. Herhangi bir zarar veyahut zarar tehlikesinin oluşması aranmaz.

Somut olayda alenileştirilmiş veya anonimleştirilmiş kişisel veriler söz konusu ise suç konusuz kalacağından işlenemez suç gündeme gelecektir.

2. Nitelikli Unsur

TCK md. 257'de düzenlenen görevi kötüye kullanma suçun özel bir görünümü olarak da değerlendirilen nitelikli hal, suçun kamu görevlisi[57] tarafından görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi olarak belirlenmiştir [(TCK md. 137/(1) a)] Mezkûr nitelikli halin söz konusu olabilmesi için kamu görevlisi olan failin görevin vermiş olduğu yetkiyi suistimalle suçu irtikap etmiş olması icap etmektedir. Bu nitelikli hal, kamu görevlisinin görevini kötüye kullanarak başkalarının kişisel verilerini hukuka aykırı olarak ele geçirmesi veya bu verileri hukuka uygun olarak elinde bulundurmak ile

[56] Özbek ve Doğan ve Bacaksız, s. 592.

[57] 5237 sayılı TCK md. 6/1-c'de düzenlenmiş olan kamu görevlisi kavramı 765 sayılı TCK'daki memur kavramından çok daha geniş olarak tarif edilmiştir. Nitekim, TCK'da memur kelimesi yerine "kamu görevlisi" ifadesi kullanılmış ve maddede oldukça geniş bir şekilde kamu görevlisi tanımı yapılmıştır. 5237 sayılı TCK, 765 sayılı mülga TCK'dan farklı olarak, kamu görevi ve kamu hizmeti ayrımı yapmadan kamusal faaliyet eksenli bir tanımı kabul etmiş ve böylelikle kamu hizmeti yerine getiren kişiler de kamu görevlisi kabul edilerek görev suçlarının kapsamı ve içeriği genişlemiştir. TCK md. 6/1-c'de kamu görevlisi, kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi olarak tanımlanmıştır. Madde gerekçesinde, kişinin kamu görevlisi sayılması için kamusal bir faaliyet yürütmesi gerektiği, kamusal faaliyetin ise Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş bir siyasi kararla hizmetin kamu adına yürütülmesi olduğu ifade edilmiştir. Devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, kamu hizmetini ifa etmek için, usulüne uygun olarak, sürekli veya süreli olarak atanan, seçilen ya da görevlendirilen kişi kamu görevlisi olarak tanımlanabilir. TCK m.6/1-c'deki tanıma göre, bir kişiyi kamu görevlisi olarak kabul etmek için, kamusal bir faaliyetin söz konusu olması, kamusal faaliyetin yürütülmesine katılma şeklinin atama, seçilme veya herhangi bir suretle gerçekleşmesi iktiza etmekte olup bu faaliyetin niteliğinin sürekli, süreli veya geçici olması arasında bir fark bulunmamaktadır. Bkz. Arslan, U. (2020). Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk suçları, Ankara: Yetkin Yayınevi, s. 558, 558.

birlikte, kamu görevinin vermiş olduğu yetkiyi kötüye kullanmak suretiyle ve hukuka aykırı olarak başkalarına vermesi veya yayması şeklinde ortaya çıkar. İhlal eylemi kamu görevlisinin görev ve yetki alanı dışında ise nitelikli hal söz konusu olmaz.[58]

TCK md. 137/(1) a açısından özgü/mahsus suçun söz konusu olduğu ifade edilebilir.[59] TCK md. 6/1-c'de kamu görevlisi, kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi olarak tanımlanmıştır. Madde gerekçesinde, kişinin kamu görevlisi sayılması için kamusal bir faaliyet yürütmesi gerektiği, kamusal faaliyetin ise Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş bir siyasi kararla hizmetin kamu adına yürütülmesi olduğu ifade edilmiştir. Devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, kamu hizmetini ifa etmek için, usulüne uygun olarak, sürekli veya süreli olarak atanan, seçilen ya da görevlendirilen kişi kamu görevlisi olarak tanımlanabilir. Bu meyanda, TCK m.6/1-c'deki tanıma göre, bir kişiyi kamu görevlisi olarak kabul etmek için, kamusal bir faaliyetin söz konusu olması, kamusal faaliyetin yürütülmesine katılma şeklinin atama, seçilme veya herhangi bir suretle gerçekleşmesi iktiza etmekte olup bu faaliyetin niteliğinin sürekli, süreli veya geçici olması arasında bir fark bulunmamaktadır.[60],

Kamu görevlisinin görev ve yetki alanı KVKK, ilgili kamu kurum veya kuruluşunun görev ve yetki kanunu gerekse de yönerge gibi birtakım ikincil mevzuat hükümleri dikkate alınarak tespit edilecektir.

Çalışmamızın konusu suç bakımından TCK md. 137'de yer alan ikinci nitelikli hal ise suçun belirli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesidir (TCK md.137/1-b). Öğretide madde metnindeki ve bağlacının veya olarak anlaşılması gerektiği aksi takdirde mevzu bahis nitelikli halin tatbikinin uygulamada neredeyse imkânsız olacağı savunulmuştur.[61]

TDK Sözlükte meslek; *"belli bir eğitim ile kazanılan sistemli bilgi ve becerilere dayalı, insanlara yararlı mal üretmek, hizmet vermek ve karşılığında para kazanmak için*

---

[58] Sınar, s. 40; "*Olay tarihinde Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğünde sosyal güvenlik denetmen yardımcısı olarak görev yapan şüphelinin yetkileri çerçevesinde erişmemesi gereken bilgi ve belgelerden uzak durmayarak, yönetmelikte belirtilen görev-yetki ve sorumluluklarına, bilgi güvenliği kurallarına aykırı olarak makul bir iş gerekçesi olmadan* kurumun *bilişim sistemine girerek Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanının çocuklarının kişisel bilgilerini sorgulaması şeklinde anlatılan eylemin suçtan zarar gören kişiler yönünden ayrı ayrı temel suç tanımı TCK'nın 136/1. maddesinde düzenlenen "Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme" suçunun, eylemlerin kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle işlenmekle TCK'nın 137/1-a maddesinde düzenlenen nitelikli halini oluşturduğu…"* Bkz. İzmir BAM, 10. CD, E. 2017/1122, K. 2017/1114, T. 05.07.2017'den aktaran Sınar, s. 50.

[59] Börekçi, s. 50; İtişgen, s. 180.

[60] Dönmez, B. (2017). "Ceza muhakemesi uygulamasında görev suçu", DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C. 19, s. 2733.

[61] Sınar, s. 36.

yapılan, kuralları belirlenmiş iş" şeklinde; sanat ise, bu "*bir şey yapmada gösterilen ustalık, zanaat"* şeklinde tanımlanmıştır.[62] Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için, failin icra ettiği meslek veya zanaatın TCK md. 136'daki suçun irtikabı bakımından faile kolaylık sağlamaya elverişli olması ve failin bu kolaylıktan yararlanmak suretiyle suçu ika etmiş olması icap eder.[63] Öğretide madde metnindeki kolaylık ibaresiyle meslek veya zanaatın icrası ile suçun işleniş biçimi arasında bir nedensellik ilişkisinin bulunmasıdır.[64] Meslek veya sanatın bağımsız icra edilmesi nitelikli halin uygulanması yönünden önem taşımaz.[65] Bu durumda bağımsız olarak kendi kliniğinde hizmet veren bir hekim de bu suçun faili olabilir.

3. Manevi Unsur

TCK md. 136'deki suçun oluşumu için bilmek ve istemekten ibaret olan genel kast yeterlidir. Failin kastının varlığından bahsedebilmemiz için ele geçirdiği verinin sağlıkla ilgili mahrem mahiyette bilgi olduğunu bilmesi gerekir. Madde metninde özel olarak "*hukuka aykırı olarak*" ibaresine yer verildiğinden failin özel olarak hukuka aykırılık bilinci ile hareket etmesi aranır.

Soyut tehlike suçlarında fail söz konusu tehlikeyi istemese bile ceza sorumluğu doğduğu için failin kastının tehlikeyi kapsaması gerekmez. Ayrıca failin suçu irtikap ederken hangi saikle hareket ettiği bir önem taşımaz.

Suç doğrudan veya olası kastla işlenebilir. Olası kastın varlığı için failin suç konusu oluşturabileceğini öngörmesine rağmen tipiklikte yer alan fiilleri gerçekleştirmiş olması gerekir.[66]

Taksirle bu suç irtikâp edilemez

3. Hukuka Aykırılık Unsuru

Öğretide, TCK md. 136'daki "hukuka aykırı olarak" ibaresinin suç tipinin maddi unsurlarına dâhil olmayıp fiilin genelini değerlendiren bir unsur niteliği taşıdığı ifade edilmiştir. Başka bir söyleyişle mezkûr ibare suçun maddi unsuruna dâhil değildir.[67]

---

[62] TDK Sözlükleri, Güncel Türkçe Sözlük, https://sozluk.gov.tr/ adresinden erişildi. (ET.15.03.2022)

[63] Özbek ve Doğan ve Bacaksız, s. 592.

[64] Özbek ve Doğan ve Bacaksız, s. 592.

[65] Sınar, s. 51.

[66] Buna karşın, TCK md. 136'da "*hukuka aykırı olarak*" ibaresine yer verildiği için somut olayda failin hukuka aykırılık bilinci ile hareket etmesi arandığından bu suçun yalnızca doğrudan kast ile işlenebileceğini savunulmuştur. Bkz. Yaşar, O. ve Gökcan, H. T. ve Artuç, M. (2014). Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu (III). Ankara: Yetkin Yayıncılık, s. 4435.

[67] Kangal, Z. T. (2019). Kişisel verilerin ceza ve kabahatler hukukunda korunması. İstanbul: On İki Levha Yayınevi, s. 120.

Arşiv işlemleri, veri sahibinin açık rızası ve anonimleştirme işlemleri ile kişilerin sağlık verilerine ait mahremiyetin ortadan kalkması söz konusu olduğundan bahse konu işlemlerin hukuka uygunluk sebebi olduğu söylenebilir. Nitekim, Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik md. 7; "*Kişisel sağlık verilerinin, ilk fıkrada sayılan amaçlar dışında anonim hale getirilmeden işlenmesi için ilgili kişiye ait verilerin işlenme gerekçesi ile ilgili olarak ayrıntılı bir şekilde bilgilendirilmesi, yazılı rızasının alınması ve bu rızanın muhafaza edilmesi gerekir."* hükmünü amirdir.

Anonim hâle getirme KVKK md. 3/1-b'de *"kişisel verilerin, başka verilerle eşleştirilerek dahi hiçbir surette kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiyle ilişkilendirilemeyecek hâle getirilmesi"* olarak tanımlanmıştır. Anonimleştirme, GDPR md.89'a göre bilimsel veya tarihi araştırma veya istatistiki çalışmalar amaçlarıyla verilerin anonim hale getirilmesi olup bu veriler, sağlık hizmetlerine ilişkin strateji geliştirmek, bilimsel araştırma yapmak ve benzer amaçlarla kişisel veri ihlaline yol açmadan kullanılabilecektir. Böylelikle bilim insanları basılı materyaller üzerinde bu verilerden yararlanabilecektir. Bu yöntem uyarınca; verinin belirli bir kişi ile ilişkilendirilebilir olma unsuru kaldırılır yahut gerçek veri sahibinin ismi başka bir isimle değiştirilir. İç hukukta da Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik'te "*açık sağlık verisi"", "kimliksizleştirme"* ve "*maskeleme*" ifadeleri ile Kişisel verilerin; kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiyle ilişkilendirilememesi için teknik ve idari tedbirlerin alınması şartıyla ve farklı bir ortamda muhafaza edilen diğer verilerle bir araya getirilmeksizin ilgili kişiyle ilişkilendirilemeyecek şekilde işlenmesi, sağlık verilerinin açık hale getirilmesi ve kişisel verilerin belirli alanlarının, kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiyle ilişkilendirilemeyecek şekilde silinmesi, üstlerinin çizilmesi, boyanması ve yıldızlanması hususlarına yer verilmiştir. Keza, kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik md.16'da KVKK md.28/1-b'ye uygun olarak bilimsel çalışmalarda veri sorumlusunun sağlık verilerini anonim hale getirilmesi ile kullanılabileceği düzenlenmiştir. Benzer biçimde Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik md. 5/7'de yer alan; "*Kişisel sağlık verileri anonim hale getirilmek kaydıyla; sağlık politikalarının belirlenmesi, sağlık maliyetlerinin hesaplanabilmesi, sağlık hizmetlerinin geliştirilmesi, bilimsel faaliyetler ve istatistiksel çalışmalarda kullanılmak üzere yayımlanabilir ve aktarılabilir.''* hükmüyle anonimleştirmeden bahsedilmiştir.

6698 sayılı KVKK'nın 6 maddesine göre sağlık ile ilgili kişisel veriler özel nitelikli kişisel veri olup açık rıza olmaksızın işlenmesi caiz değildir. Ve fakat bu veriler koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü

altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. Dolayısıyla mezkûr işlemler hukuka uygunluk sebebidir.

Ayrıca TCK md. 136 bakımından ilgilinin rızası da hukuka uygunluk sebebidir. Bunun için rızanın kişinin özgür iradesine dayanması ve kişinin açıkça bilgilendirilmiş olması koşulu aranmaktadır. [68]

TCK md. 136 bakımından *kanunun hükmünü ifa* da diğer bir hukuka uygunluk sebebidir. Söz gelimi, CMK md. 75 ve 76 da yer alan beden muayenesi, vücuttan örnek alınması veya moleküler genetik inceleme işlemleri kapsamında yapılan işlemler bu kabildendir. Bu konuda verilebilecek diğer bir örnek de TCK'nın 280. maddesidir. Kural olarak, sağlık mesleği mensupları görevlerini icra ettikleri sırada hasta ve hasta yakınlarıyla ilgili öğrendikleri sırları açıklamamakla mükellef oldukları halde görevleri sırasında suç işlendiğine yönelik bir belirtiyle karşılaştıklarında bu durumu yetkili makamlara bildirmekle TCK md. 280 mucibince yükümlü kılınmıştır. Sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi suçu sır saklama yükümlülüğünün kanuni bir istisnası aynı zamanda TCK md. 136 bakımından da hukuka uygunluk nedenidir.[69]

CMK'nın 46/1-b ve 70. maddeleri gereğince hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınlarına ilişkin ceza soruşturması ve kovuşturmasında tanıklıktan ve bilirkişilikten çekinme hakkı tanınmıştır. Ancak çekinme sebebi olmasına ve hastanın da tanıklığa ilişkin rızası bulunmamasına rağmen hekimin tanıklık yapması durumunda hekimin TCK md. 136 uyarınca sorumluluğu gündeme gelebilir.

4. Kusurluluk

Karşı konulamayan veya kurtulma imkânı bulunmayan cebir, şiddet ve muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdidin etkisiyle suç konusu kişisel veriler elde edilir, verilir veyahut ifşa edilirse cebir, şiddet, korkutma ve tehdit kullanan kişiler bizatihi suçun faili olup (dolaylı fail), tipikliğin maddi unsurunu gerçekleştiren fail hakkında kınama

---

[68] Azınlıkta kalan bir düşünceye göre, şikâyete ilişkin istisnai düzenleme Kanun Koyucu nezdinde bireyin değil, kamunun menfaatinin daha ağır bastığını göstermektedir. Dolayısıyla bu suçta ilginin rızasının hukuka uygunluk nedeni olamayacağı ileri sürülmüştür.

[69] Son tahlilde, CMK md. 46 ile TCK md. 280 arasında bir çelişki olduğu açıktır. Hekime bir taraftan tanıklıktan çekinme hakkı sağlanırken diğer taraftan hekim TCK mucibince suçu bildirme yükümlülüğü altına girmektedir. Bir düşünceye göre, sağlık mesleği mensuplarının hem sır saklama hem de suçları bildirim yükümlülüğü altında bulunmalarının birbiriyle bağdaşmadığını, sağlık mesleği mensuplarının kamu yararı ile hastalarının mahremiyetinin korunması arasında ikileme düştüğü, bu nedenle TCK md. 280'in yeniden ele alınması gerektiği ve hatta Anayasa'ya aykırı olduğu, savunulmuştur. Bkz. Can, s. 217; Tezcan, D. ve Erdem, M. R. ve Önok, M. (2018). Teorik ve pratik ceza özel hukuku, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 16. Baskı, s. 1256; Buna karşın, işlenen bir suçun saklanmasının sır saklama yükümlülüğü kapsamında olmadığını savunan görüşler de mevcuttur.

yargısında bulunulamayacağından bu kişi kusursuz sayılır ve ceza verilmez (TCK md. 28).

D. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

1. Teşebbüs

Fail elverişli hareketlerle suçun icrasına doğrudan doğruya başlayıp da hareketlerini tamamlayamaz ise teşebbüsten sorumludur. TCK m. 136 açısından, failin suç konusu kişisel verileri elde etmesi yayması veyahut ele geçirmesiyle suç tamamlanmış olacaktır. Dolayısıyla TCK md. 136 bağlamında sırf hareket suçu söz konusu olup kural olarak bu suça teşebbüs mümkün olmamakla beraber icra hareketleri parçalara bölünebiliyorsa teşebbüs söz konusu olabilir. İcra hareketleri başladıktan sonra engel bir neden yüzünden hareketin yarıda kalması durumu böyledir.

Failin irtikap ettiği eylem/eylemlerin hazırlık hareketi mi olduğu icra hareketi mi olduğunun tespitinde gerçekleştirilen hareket/hareketlerin şüpheye yer bırakmayacak şekilde kastı gösterir mahiyette olması (Sübjektif Teori), failin suçun kanûnî tanımındaki fiili/fiilleri doğrudan doğruya icraya başlaması (Maddi Objektif Teori), yani irtikap edilmek istenen suçla yakınlığı/bağlantısı olan hareketlerin varlığı/ifası (Frank Formülü) ve suçun konusu bakımından tehlikeye sebebiyet verip vermediği (Objektif Teori) esas alınacaktır.[70] Bu açıklamalar kapsamında, kanunî tanımda yer alan "*elde etme", "verme"* ve *"yayma"* hareketi ve bununla yakın bağlantısı olan diğer hareketlerin veya failin kastının gösteren veya suçu konusunu tehlikeye düşüren hareketlerin varlığı durumunda failin teşebbüs aşamasında olduğu kabul edilir. Failin suç konusu bilgilerin muhafaza edildiği kilitli dolabı açmaya çalışırken yakalanması bu kabildendir.

Fail suç konusu kişisel verileri elde etmeye veyahut yaymaya matuf hareketlere başlamış ve fakat kendi rızasıyla bu hareketi sonlandırmış ise gönüllü vazgeçmeden bahsedilebilir (TCK m. 36). Failin suç konusu bilgilerin muhafaza edildiği kilitli dolabı açmaktan son anda vazgeçmesi veyahut dolabı açtıktan sonra ulaşmak istediği dosyayı almaktan cayması bu kabildendir.

2. İştirak

İştirak bakımından genel kurallar geçerlidir. Dolayısıyla iştirakin her hali madde 136'te yer alan suç bakımından mümkündür. Suçun kanunî tanımında yer alan fiilleri *(*Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına vermek, yaymak veya ele geçirmek birlikte işleyen kişilerden her biri müşterek fail olarak sorumluluğu doğacaktır (TCK m. 37/1). Bu durumda müşterek faillerden her birinde birlikte suç işleme kararının varlığı ve fiil üzerinde ortak fonksiyonel hakimiyet kurup kurmadıklarına bakmak icap eder.

[70] Tozman, Ö. (2015). Suça teşebbüs, 1. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 99-105.

Öte yandan, fail m. 136'da tanımlı olan suçu işlerken bir başka kişinin iradesi üzerinde hakimiyet kurarak kişiyi vasıta olarak kullanmış ise dolaylı fail olarak sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Fiil üzerinde hâkimiyet kurmayıp sadece suçun işlenmesine yardım edenler TCK m. 39 gereğince yardım eden sıfatıyla sorumludur.

3. İçtima

TCK md. 136'daki suç işlenirken bu suçun işlenmesinden önce ve sonrasında başkaca suçlar fail tarafından irtikâp olunabilir. Fail suç konusu bilgiyi elde ettikten sonra yayarsa madde metni seçimlik hareketli suç olarak formüle edildiğinden tek suç söz konusu olur. Suç bir örgüt faaliyeti kapsamında irtikap edilmişse fail hakkında hem örgüt (TCK md. 220/314) hem de TCK m. 136 hükümleri gereğince cezalandırılacaktır (TCK md. 220/4).

Farklı zaman dilimlerinde peyderpey suç konusu bilgiler elde edilirse failin aynı suç işleme kararında olduğunu tespit edebilmek ve zincirleme suç hükümleri uygulanabilmesi için *"suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesindeki özellikler, fiillerin işlendikleri yer ve işlenme zamanı, fiiller arasında geçen süre, korunan değer ve yarar, hareketin yöneldiği maddi konunun niteliği, olayların oluşum ve gelişimi ile dış dünyaya yansıyan diğer tüm özellikler"* değerlendirilerek karar vermek gerekir.[71] Zincirleme suç

[71] *"Ceza Genel Kurulunun 14.01.2014 gün ve 384-2, 03.12.2013 gün ve 1475-577, 30.05.2006 gün ve 173-145, 03.07.2003 gün ve 189-207, 13.10.1998 gün ve 205-304, 20.03.1995 gün ve 48-68 ile 02.03.1987 gün ve 341-84 sayılı kararlarında "aynı suç işleme kararı" kavramından, kanunun aynı hükmünü birçok kez ihlal etme hususunda önceden kurulan bir plan, genel bir niyetin anlaşılması gerektiği, bu bağlamda failin suçu işlemeden önce bir plan yapmasının veya bu suça niyet etmesinin, fakat fiili bir defada yapmak yerine, kısımlara bölmeyi ve o surette gerçekleştirmeyi daha uygun görmesinin, hareketinin önceki hareketinin devamı olmasının ve tüm hareketleri arasında sübjektif bir bağlantı bulunmasının anlaşılması gerektiği kabul edilmiş, ilk eylemle ikinci eylem arasında makul sayılamayacak uzunca bir sürenin geçmesinin, sanığın aynı suç işleme kararıyla değil, çıkan fırsatlardan yararlanmak suretiyle suçu işlediğini gösterdiği belirtilmiştir."... Suç kastından daha geniş bir anlamı içeren suç işleme kararı, suç kastından daha önce gelen genel bir karar ve niyeti ifade etmektedir. Önce suç işleme kararı verilmekte ve bundan sonra bu genel kararın icrası farklı zamanlardaki suçlarla gerçekleştirilmektedir. Kararın gerçekleştirilmesi için gerekli suçların her birinde ayrı suç kastları, bir başka deyişle bir suç için gerekli olan maddi ve manevi unsurlar ayrı ayrı yer almaktadır. Böylece suç işleme kararı denilen genel plân, niyet veya karar, zinciri oluşturan ve her biri birbirinden bağımsız olan suçları birbirine bağlayan ortak bir zemini oluşturur. Suç işleme kararının yenilenip yenilenmediği, birden çok suçun aynı karara dayanıp dayanmadığı, aynı zamanda suçlar arasındaki süre ile de ilgilidir. İşlenen suçların arasında kısa zaman aralıklarının olması suç işleme kararında birlik olduğuna; uzun zaman aralıklarının olması ise suç işleme kararında birlik olmadığına karine teşkil edebilecektir. Yine de çeşitli suçlar arasında az veya çok uzun zaman aralığının var olması, bu suçların aynı suç işleme kararının etkisi altında işlendiğini ya da işlenmediğini her zaman göstermeyecektir. Diğer bir anlatımla, sürenin uzunluğu kararın yenilendiğini düşündürebileceği gibi, kısalığı da her zaman kararın yürürlükte olduğunu göstermeyebilecektir. ...Failin iç dünyasını ilgilendiren bu kararın varlığının her olayın özelliğine göre suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesindeki özellikler, fiillerin işlendikleri yer ve işlenme zamanı, fiiller arasında geçen süre,* korunan *değer ve yarar, hareketin yöneldiği maddi konunun niteliği, olayların oluşum ve gelişimi ile dış dünyaya yansıyan diğer tüm özellikler değerlendirilerek belirlenmesi gerekecektir. Görüldüğü üzere, zincirleme suçun oluşumu için işlenen suçlar arasında ne kadar zaman geçmesi gerektiği konusunda genel ve mutlak bir kural koymak mümkün olmadığından, hangi süre içerisinde işlenirse işlensin, işlenen suç başlangıçtaki genel niyete veya suç işleme konusundaki tek karara dayanıyor ise zincirleme suç hükümleri uygulanacak, ancak işlenen suç failin yeni bir suç*

hükümlerinin uygulanması için suç konusu kişisel verilerin aynı nitelikte olması aranmaz.[72]

Öte yandan tek bir fiille fail hem TCK m. 136'da yer alan suçu hem de *özel hayatın gizliliğini ihlal* (TCK md. 134) hem de Haberleşmenin gizliliğini ihlal (TCK md. 132) gibi farklı suçları da işleyebilir. Bu durumda farklı neviden fikrî içtima hükümleri gereğince faili cezası daha ağır olan suçtan sorumlu tutmak gerekir (TCK md. 44).

Öğretide genel olarak kabul edilen fikre göre TCK md. 134 ile TCK md. 136 arasında özel norm-genel norm ilişkisi vardır. Somut olayda TCK md. 136'nın koşulları oluşmamışsa TCK md. 134 gündeme gelebilecektir.[73] Söz gelimi suç konusunun kişisel veriler olmaması bu kabildendir.

TCK md. 134 ve TCK md. 136 arasındaki ilişkiye dair bizim de iştirak ettiğimiz bir diğer fikre göre ise, suç konusunun kişisel veriler olduğu somut olayda fail tek bir fiil ile Kanun'un birden fazla maddesini ihlal ettiğinden farklı neviden fikri içtima kuralları uygulanacak ve fail cezası daha ağır olan suçtan sorumlu tutulacaktır.[74]

Fail bilişim sistemine yetkisiz olarak erişip orada bulunan suç konusu kişisel verileri temin ederse somut olayda hem bilişim sistemine girme ve hem de sistemdeki kişisel veriyi elde etme biçiminde iki ayrı hareket ve amaç suç-araç suç ilişkisi mevzubahis olduğundan gerçek içtima hükümleri tatbik olunur. TCK md. 244'ün son fıkrasında *"...başka bir suç oluşturmaması halinde.."* ibaresi bu suç bakımından gerçek içtima hükümlerinin söz konusu olmayacağını ifade etmiş olsa da bu hüküm bizatihi bilişim sistemine girme hareketini kapsadığından somut olayda gerçek içtima hükümlerinin tatbiki mümkündür.

E. Soruşturma, Kovuşturma, Yaptırım ve Zamanaşımı

TCK md. 136'da yer alan suçun soruşturması ve kovuşturması resen yapılır.

TCK md. 136'da yer alan suçun temel hali için 2 yıldan 4 yıla kadar hapis cezası belirlenmiştir. TCK md. 137'de nitelikli unsur olarak yer verilen suçun kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle veya belli bir meslek veya sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmiş olması halinde verilecek ceza yarı oranında artırılır.

---

işleme kararına dayanıyorsa artık zincirleme suç söz konusu olmayacaktır. Bkz. Yargıtay CGK, 2013/465 E, 2014/276 K.

[72] Kangal, s. 121.

[73] Akyürek, s. 44.

[74] Börekçi, s. 50.

Suç olası kastla işlenirse somut cezada 1/3'ten 1/2'ye kadar indirim yapılır (TCK md. 21/2).

Söz konusu suçlarla ilgili davalar 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un "*Asliye ceza mahkemesinin görevi"* başlıklı 11. maddesine göre asliye ceza mahkemelerin görev alanı içerisindedir.

Hapis cezasına mahkûmiyet halinde fail hakkında belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakma tedbiri tatbik edilir (TCK md. 53).

Suçun işlenmesinde kullanılan araçlar iyiniyetli 3. kişiye ait olmamak şartıyla müsadere edilebilir (TCK md. 54).

TCK md. 136'da yer alan suç açısından TCK md. 66'ya göre zamanaşımı süreleri suçun temel hali için 8 yıl; nitelikli hali için 15 yıldır.

SONUÇ

Kişisel veriler kişilik hakkını oluşturan değerler olarak tanımlanmıştır. Kişisel verilerin gizliliğinin özü mahiyetinde olan kişilik hakkı, kişiliği oluşturan değerlerin tamamını kapsayan şahsa sıkı sıkıya bağlı, doğumla kazanılan ve herkese karşı ileri sürülebilen mutlak bir haktır. Kişisel verilerin korunması hakkı bireylerin kendileri ile ilgili kişisel verilerin ilgisiz üçüncü kişilerin eline geçmemesi konusunda gerekli tedbirlerin alınmasını isteme, kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsayan temel bir haktır.

Kişisel verilerin korunmasının ve gizli tutulmasının amacı, kişinin kendi özel/mahrem bilgileri hakkında karar verme hürriyetini korumak ve bu verileri hukuksuz müdahalelerden azade tutmaktır. Kişisel verilerin korunması yalnızca veri gizliliğini korumakla kalmayıp aynı zamanda kişisel hak ve hürriyetlerin de, özellikle de özel hayatın gizliliğinin, korunmasını amaçlar. Bu bağlamda, kişisel verilerin sınırlı bir şekilde toplanması ve işlenmesi, amacına uygun olarak kullanılması ve bu verilerin korunması için gerekli önlemlerin alınması gibi temel ilkeler benimsenmiştir.

Kişisel verilerin tanımı, neleri kapsadığı gibi hususlar hakkında BM, OECD, AK ve AB bünyesinde birçok düzenleme ihdas olunmuştur. İç hukukta ise Kişisel verilerin korunması ile ilgili ana mecra Anayasanın 20. maddesidir. Gerçekten de, Anayasa'nın "*Özel hayatın gizliliği ve korunması*" başlıklı 20. maddesinde herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı vurgulanmış; md. 20/2'de özel hayatın gizliliğine

çeşitli sebeplere bağlı kalınarak sınırlamalar getirilebileceği belirtilmiş, bu hakkın mutlak olmadığı kabul edilmiş; md. 20/3'te ise herkesin kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahip olduğu, bu hakkın kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsadığı ifade edilmiştir.

Hukukumuz kişisel verilerin korunmasını sağlamak için çeşitli idari ve adli mekanizmalar oluşturmuştur. Bu cümleden olarak, 6698 sayılı Kanun'da idari bir takım denetim mekanizmalarına da yer verdiği görülmektedir. Nitekim, veri sahiplerine Kanun'un uygulanmasına ilişkin taleplerini iletebilmeleri ve kişisel verilerine ilişkin haklarını korumaları için bir ihbar ve şikâyet gibi takım hak arama yöntemleri getirilmiştir. Böylelikle veri sahipleri (hastalar/hasta yakınları/mirasçıları) kişisel verilerinin korunmasına ilişkin olarak doğrudan idari yargı yoluna başvurabilecekleri gibi Kurula ihbar ve şikâyet başvurusunda da bulunabilirler. Ayrıca, 6698 sayılı Kanun'un 22. maddesine ile kişisel verilerle ilgili haklarının ihlal edildiğini ileri sürenlerin şikâyetlerini karara bağlamak ve şikâyet üzerine, veya ihlal iddiasını öğrenmesi durumunda resen, kişisel verilerin kanunlara uygun olarak işlenip işlenmediğini incelemek ve gerektiğinde bu konuda geçici önlemler almak amacıyla Kişisel Verileri Koruma Kuruluna görev verildiği görülmektedir. Ayrıca Kişisel Verileri Koruma Kurumu Teşkilat Yönetmeliği madde 7/(k) uyarınca Kanun'da öngörülen idari yaptırımlara karar vermekle görevli olan Kurul kararlarını süresinde yerine getirmeyen veri sorumlusu hakkında idari para cezasına da hükmedebilmektedir.

Ceza adaleti bakımından 6698 sayılı Kanun TCK'nın ilgili hükümlerine atıf yapmaktadır. Bu çalışma da mezkûr maddelerden TCK md. 136 esas alınarak sağlık verilerinin ceza hukuku yolu ile korunması ele alınmıştır. Öğretide TCK md. 136'da düzenlenen suçun KVKK'ya ithali ve bu nevi suçların TCK'dan çıkarılarak idari ceza hukuku alanına kaydırılması, yine bu neviden suçlara adli yerine idari yaptırımlar uygulanması gerektiği çünkü ceza adaleti sisteminin son çare olduğu savunulmaktadır. TCK'da yer alan suçların KVKK sistemine kazandırılmasının idareye caydırıcılık anlamında büyük bir güç vereceği kuşkusuz olmakla beraber bu düşünceye temkinli yaklaşılması uygun olacaktır. Bu suçların KVKK' ya aktarılması suç ve ceza kanunilik prensibine uygun olsa da idari mercilere yargılama ve cezalandırma yetkisi verilmesi hukuk eğitimi ve hukuk nosyonu olmayan kişi ve kuruluşların usul ve yasaya aykırı iş ve işlemlerinin ortaya çıkması gibi olumsuz sonuçları da beraberinde getirebilir. Nitekim benzer problemlerin tahkim ve arabuluculuk uygulamasında yaşandığı görülmektedir.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, TCK md. 136'da yer alan hükmün gerek başlığına gerekse de içeriğine yönelttiğimiz eleştirilerin dikkate alınması ve Kanun

Koyucu tarafından gerekli düzenlemelerin yapılması uygun olacaktır. Söz gelimi, TCK md. 135, 136 ve 137'nin tek bir maddenin farklı fıkraları olacak şekilde tevhidi bu kabildendir. Keza bu çalışmanın da ana konusunu oluşturan sağlık mesleği mensubunun hasta mahremiyetini ifşa etmesinin bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

Akgül, A. (2014). Kişisel verilerin korunması, İstanbul.

Aktan G. G. ve **Eşer** İ. ve **Kocaçal** E. (2019). Hemşirelerin hasta mahremiyetini koruma ve sürdürme durumları ile etkileyen faktörler, Koç Üniversitesi Hemşirelikte Eğitim ve Araştırma Dergisi, 16 (4), 301-305.

Aksoy, H. C. (2010). Medeni hukuk ve özellikle kişilik hakkı yönünden kişisel verilerin korunması, Ankara: Çakmak Yayınevi.

Arslan, E. T. ve **Demir**, H. (2017). Sağlık çalışanlarının hasta mahremiyetine ilişkin tutumu: nitel bir araştırma, AİBÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 17, Y.17, S. 4, 191-220.,

Arslan, U. (2020). Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk suçları, Ankara: Yetkin Yayınevi.

Akyüz, E. ve **Erdemir,** F. (2013). Surgical patients and nurses opinions and expectations about privacy in care, Nursing Ethics, 2013, 660-671.

Avaner, E. (2018). Mahremiyet nedir? mahremiyetin sağlık hizmetleri penceresinden görünürlüğü nasıldır? Türkiye Biyoetik Dergisi, Vol. 5, No. 3, 110-116.

Aydın S.E. (2015). AİHM içtihatları bağlamında kişisel verilerin kaydedilmesi suçu, İstanbul.

Ayözger A. Ç. (2016). Elektronik haberleşme sektöründe kişisel verilerin korunması, Doktora tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.

Bayraktar, K. (2018). Kişisel verilerin ele geçirilmesi, yayılması ve yok edilmemesi, özel ceza hukuku, C. III, Hürriyete, şerefe, özel hayata hayatın gizli alanına karşı suçlar, İstanbul: On İki Levha Yay.

Börekçi, E. B. (2020). Kişisel Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme, Yayma veya Ele Geçirme Suçu, İstanbul: On İki Levha Yay.

Çaha, Ö. (1998). İdeolojik kamusalın sivil kamusala dönüşümü, Doğu Batı Dergisi, (5). 74-95.

Can, N. (2020). Hasta mahremiyeti hakkı, TBB Dergisi, 2020, S. 147, 183-219.

Coll, S. (2012). "The social dynamics of secrecy: rethinking ınformation and privacy through georg simmel", International Review of Information Ethics, Vol.17, https://informationethics.ca/index.php/irie/article/view/211/209, adresinden erişildi (ET:17.12.2021)

Dönmez, B. (2017). "Ceza muhakemesi uygulamasında görev suçu", DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C. 19,

Dülger, M. V. (2016). "Kişisel verilerin korunması kanunu ve Türk ceza kanunu bağlamında kişisel verilerin ceza normlarıyla korunması", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3 (2), İstanbul.

Habermas, J. (2017). Kamusallığın yapısal dönüşümü, Çev. Bora, Tanıl-Sancar, Mithat, 14. Baskı, İstanbul: İletişim Yayınları.

Henkoğlu, T. Ve Uçak, N. (2016). Information security and the protection of personal data in universities, International Journal of Business and Management Invention, Volume. 5, Issue. 11, 30-43.

İtişgen, R. (2015). "Türk Ceza hukukunda kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçu", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 23, Ankara.

Kama Işık, S. (2019). Avrupa veri koruma hukukuna anayasal bir bakış, Doktora tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.

Kangal, Z. T. (2019). Kişisel Verilerin Ceza ve Kabahatler Hukukunda Korunması. İstanbul: On İki Levha Yayınevi.

Küzeci, E. (2019). Kişisel verilerin korunması, Ankara: Turhan.

Livberber Göçmen, T. (2018). "Toplumsal yaşamda bireylerin mahremiyet yönelimleri: sosyal ağ kullanıcıları üzerine bir saha araştırması", Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya.

Mokrosinska, D. (2020). Why States Have No Right To Privacy, But May Be Entitled To Secrecy: A Non-Consequentialist Defense Of State Secrecy", Critical Review of International Social and Political Philosophy, Vol.23 (4), https://doi.org/10.1080/13698230.2018.1482097 adresinden erişildi (ET:16.12.2021)

Özbek, M. (Ed.) (1989). Kamusal alanın sınırları, Özbek, Meral, Kamusal Alan. İstanbul: Hil Yayınları.

Sennett, R. (2019). Kamusal insanın çöküşü, 6. Basım, (Durak, S. ve Yılmaz, A. Çev.) İstanbul: Ayrıntı Yayınları.

Tezcan D. ve **Erdem** M. R. ve **Önok** M. (2018). Teorik ve pratik ceza özel hukuku, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 16. baskı.

Yaşar, O. ve **Gökcan**, H. T. ve **Artuç**, M. (2014). Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu (III). Ankara: Yetkin Yayıncılık

Yokuş, Sevük, H. (2008). "Tıp ceza hukukunda kişisel verilerin açıklanması", Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara.

Sınar H. (2020). "Kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme, yayma veya ele geçirme suçu (TCK Md. 136)", Kişisel Verileri Koruma Dergisi, C. II, S. I, Ankara.

Tozman, Ö. (2015). Suça teşebbüs, 1. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.

Üçüncü, S. H. (2018). "Medenî yargılama hukukunda kişisel verilerin ve sırların korunması", Doktora tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.

Yüksel, M. (2009). Mahremiyet hakkına ve bireysel özgürlüklere felsefi yaklaşımlar, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt 64, Sayı 01, 275-298.

Solak Akman, İ. (2012). Vergi mahremiyetini ihlal, Doktora tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 8 Rehberi, Özel Hayata ve Aile Hayatına, Konuta ve Haberleşmeye Saygı Hakki, Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2019, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_TUR.pdf, (E.T. 13.05.2022)

Fransa Bilgi Teknolojisi ve Özgürlükler Ulusal Komisyonu (CNIL), https://www.cnil.fr/fr/reglement-europeen-protection-donnees, E.T. 29.03.2022.

Kişisel Verileri Koruma Kurumu, https://www.kisiselverilerinkorunmasi.org/wpcontent/uploads/2017/09/GDPRT.pdf adresinden erişildi. (ET. 29.03.2022)

Santiago Bildirgesi, http://www.oas.org/en/sedi/dsd/RiskManagement/Mandates/Declaration_Santiago.pdf adresinden erişildi. (E.T.19.03. 2022)

Hasta Hakları, Lizbon Bildirgesi, https://www.med.or.jp/dl-med/wma/lisbon_e.pdf adresinden erişildi. (E.T.19.03.2022)

Hasta Hakları, Amsterdam Bildirgesi, http://www.nurs.uoa.gr/fileadmin/nurs.uoa.gr/uploads/ Nomothesia_Nosilefton/Evropaika_keimena/eu_declaration1994_1_.pdf adresinden erişildi (E.T.19.03.2022)

Hasta Hakları, Bali Bildirgesi https://dosyaism.saglik.gov.tr/Eklenti/27597,bali bildirgesi1995pdf.pdf?0&_tag1=B11585D119972BBDC2B4602EA47A5671C9 CA3A6A adresinden erişildi. (E.T.19.03.2022)

Lexico Dictionary, https://www.lexico.com/definition/private adresinden erişildi. (E.T.15.05.2022)

OECD, https://www.oecd.org/internet/ieconomy/oecdguidelinesontheprotectionofprivacyand transborderflowsofpersonaldata.htm adresinden erişildi. (ET. 20.02.2022.)

The World Medical Association, https://www.wma.net/policies-post/wma-declaration-of-geneva/adresinden erişildi. (E.T.26.03.2022)

TDK Sözlükleri, Güncel Türkçe Sözlük, https://sozluk.gov.tr/ adresinden erişildi. (ET.15.03.2022)

TBMM Tutanak Dergisi, https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM /d26/c006/tbmm26006040ss0117.pdf, E.T. 12.06.2022

İŞE İADE DAVASININ FESHE BAĞLI ALACAKLAR ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Arş. Gör. Tuğçe YABA*

Özet

İş Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca açılan işe iade davası sonucunda feshin geçersizliğine karar verilir ise İş Kanunu'nun 21. maddesine göre işveren işçiyi bir ay içerisinde işe başlatmak, işe başlatmaz ise işçinin kıdemine ve feshin ağırlığına göre dört ilâ sekiz aylık çıplak(temel) ücret tutarı olan işe başlatmama tazminatı ödemek zorundadır. Ayrıca işveren, işçinin başvurusu üzerine, işe başlatma şartına bağlı olmaksızın geçersiz fesih tarihini takip eden dört aylık giydirilmiş brüt ücret tutarı olan boşta geçen süre ücretini ödemekle yükümlüdür. İşe iade davasına özgü bu alacakların yanı sıra Yargıtay içtihatları uyarınca boşta geçen dört aylık sürenin işçinin fiili çalışma süresinden sayılması nedeniyle işçinin feshe bağlı alacakları olan kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık izin ücreti alacağı da bu davadan etkilenmektedir. İşçinin kıdemine dört aylık sürenin eklenmesi ve işe başlatmama yolu ile gerçekleşen fesih tarihindeki ücrete göre yeniden kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık izin ücreti alacağı hesaplanması gerekmektedir. Kıdem tazminatı tavanı da işe başlatmama yolu ile gerçekleşen fesih tarihine göre belirlenmelidir. Geçersiz fesih ile yapılan ödemeler var ise bunlar mahsup edilmeli, bakiye alacaklara ise işe başlatmama yolu ile gerçekleşen fesih tarihinden itibaren faiz işletilmelidir. Mahsup sonrası işçinin elinde fazla ödeme kalır ise işverene iade etmesi gerekir.

Anahtar Kelimeler: Boşta Geçen Süre, Kıdem Tazminatı, İhbar Tazminatı, Yıllık İzin Ücreti Alacağı, Mahsup.

EFFECT OF REINSTATEMENT LAWSUIT ON EMPLOYEE'S RECEIVABLES ARISING FROM TERMINATION

Abstract

If the termination is declared invalid as a result of the reinstatement lawsuit filed pursuant to Article 20 of the Labor Law, the employer must reinstate the employee within one-month according to Article 21. If the employer doesn't reinstate, has to pay compensation for not reinstating, which is the amount of basic wages of four to eight-months, depending

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku A.B.D., yabatugce@gmail.com, 05312929232, ORC-ID: 0000-0002-6025-1800.

on the employee's seniority and the severity of the termination. In addition, the employer must to pay the idle time wage, which is the gross wage amount of four-months following the invalid termination date, upon the application of the employee and regardless of the condition of reinstate. Besides these receivables specific to the reinstatement lawsuit, the employee's severance payment, payment in lieu of notice and paid annual leave receivables arising from termination, because the four-month idle period is counted as the employee's actual working time in accordance with the Court of Cassation case law, is also affected by this lawsuit. It is necessary to calculate receivables arising from termination again according to the wage on the date of termination by not reinstate and by adding four-months to the employee's seniority. The severance payment's upper limit should also be determined according to the date of termination due to not reinstating. If there are payments made with invalid termination, these should be set off and get interest on the remaining labor receivables the date of termination by not reinstate. If the overpayment remains after the set off, the employee must refund it to the employer.

Keywords: Idle Period, Severance Payment, Payment in Lieu of Notice, Paid Annual Leave, Set Off.

GİRİŞ

İş Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca açılan işe iade davası sonucunda feshin geçersizliğine karar verilir ise yine kanunun 21. maddesi uyarınca işveren işçiyi bir ay içerisinde işe başlatmak, işe başlatmaz ise belirlenen işe başlatmama tazminatı ödemek ve işçinin başvuruda bulunması şartı ile işe başlatma olgusundan bağımsız olarak dört aylık giydirilmiş ücret tutarı olan boşta geçen süre ücretini ödemek zorundadır. İşe iade davasına özgü bu alacakların yanı sıra Yargıtay içtihatları uyarınca boşta geçen dört aylık sürenin işçinin fiili çalışma süresinden sayılması nedeniyle işçinin feshe bağlı alacakları olan kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık izin ücreti alacağı da bu davadan etkilenmektedir. İşçinin kıdemine dört aylık sürenin eklenmesi ile yeniden kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık izin ücreti alacağı hesaplanması gerekmektedir. Önceki feshin geçersiz sayılması nedeniyle işe başlatmama tarihi, yeni fesih tarihi olduğundan alacaklar bu tarihteki ücret üzerinden hesaplanmalıdır. Kıdem tazminatı tavanı da işe başlatmama yolu ile gerçekleşen fesih tarihine göre belirlenmelidir. İşe iade hâlinde ise işverenin önceden yaptığı ödemelerin mahsubu gündeme gelir.

Çalışmamızda feshin geçersiz sayılması ve sonuçlarına ILO'nun 158 No'lu Sözleşmesi, Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu ve 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında kısaca değinildikten sonra işçinin yeniden işe başlatılmaması durumunun kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve yıllık izin ücreti alacağı üzerindeki etkileri doktrin görüşleri

ve yargı içtihatları ışığında detaylıca incelenmiştir. Ayrıca İş Kanunu'nun 21. maddesinin 5. fıkrasının ilk cümlesi uyarınca işçinin işe iade edilmesi hâlinde peşin ödenen bildirim süresi ücreti ile kıdem tazminatının boşta geçen süre ücretinden mahsup edilmesi, mahsup sonrası fazla ödeme yahut bakiye alacak bulunması konularıa da çalışmamızda yer verilmiştir.

I. İŞE İADE DAVASI İLE FESHİN GEÇERSİZ SAYILMASININ GENEL SONUÇLARI

ILO'nun[75] 158 No'lu Hizmet İlişkisine Son Verilmesi Sözleşmesi'nin[76] 4. maddesi ve devamında iş güvencesinin kapsamına, fesih usulüne, feshe itiraz usulüne ilişkin tavsiye hükümleri yer almaktadır. Ancak Sözleşme'nin 10. maddesi ile sözleşmeyi onaylayan ülkelere işe iade ve tazminat yaptırımları konusunda tercih hakkı tanınmıştır. Bu kapsamda İş Kanunu'nun[77] 21. maddesinde geçersiz feshin sonuçları öncelikle işe iade, işe başlatılmadığı takdirde tazminat modeli ile düzenlenmiştir[78]. İşçi kesinleşen mahkeme kararının tebliğinden itibaren on iş günü içinde işverene işe başlamak için başvuruda bulunmalı, işveren de işçiyi bir ay içerisinde işe başlatmalıdır. İşçi on iş günü içerisinde işverene başvurmaz ise fesih artık geçerli kabul edilir ve işçi iş güvencesine bağlı olarak boşta geçen süre ücreti ile işe başlatmama tazminatını talep hakkını kaybeder[79].

İşveren işçiyi işe başlatmış olup olmamasına bakılmaksızın işçiye dört aylık boşta geçen süre ücretini ödemek zorundadır. Boşta geçen süre ücreti dava tarihindeki giydirilmiş brüt ücret üzerinden hesaplanır ve İş Kanunu'nun 34. maddesi uyarınca ücret nev'inden alacak olması nedeniyle işverenin temerrüt tarihinden itibaren mevduata uygulanan en yüksek faiz uygulanır[80].

İşveren işçinin başvurusu üzerine bir ay içerisinde işçiyi işe başlatmaz ise mahkemenin belirlediği işe başlatmama tazminatını ödemekle yükümlü olur. Dört ilâ sekiz aylık ücret tutarında olan bu tazminat miktarı Yargıtay'a göre işçinin kıdemi esas

[75] Uluslararası Çalışma Örgütü merkezi Cenevre'de olan bir Birleşmiş Milletler özel ihtisas kuruluşu olup işçi-işveren ilişkilerinde sosyal adaleti ve buna bağlı olarak dünya barışını temine, uluslararası evrensel ve asgari standartlar oluşturmaya yönelik çalışmalar yapmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Andaç, F. (2018). Sosyal güvenlik hukuku ve ilgili kuruluşlar. İstanbul: Legal Yayıncılık, 48 vd.

[76] ILO Kabul Tarihi 02.06.1982, RG 09.06.1994, Sayı: 21964, Türkiye'de 04.01.1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

[77] RG 10.06.2003, Sayı: 25134.

[78] Alp, M. (2003). İşçinin feshe karşı korunması (iş güvencesi yasası). Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(1), 23.

[79] Sümer, H. H. (2020) İş hukuku, 25. baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 108.

[80] Centel, T. (2020). İş güvencesi, 2. baskı. İstanbul: Legal Yayıncılık, 218-221; Sümer, 109; Sümer, H. H. ve Kayırgan, H. (2021) İşçilik alacakları ve hesaplamaları, 2. baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 371-377; Uşan, M. F. ve Erdoğan, C. (2020) İş ve sosyal güvenlik hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 163-164; Çil, Ş. (2020). İş uyuşmazlıklarında Yargıtay uygulamaları. Ankara: Yetkin Yayınları, 225; Kar, B. (2020). İş güvencesi ve uygulaması, 4. baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 483-484.

alınarak belirlenmelidir; altı ay ilâ beş yıl arası kıdemi olan işçi için dört aylık, beş ilâ on beş yıl arası kıdemi olan işçi için beş aylık, on beş yıldan fazla kıdemi olan işçi için altı aylık, feshin ağırlığına göre yedi yahut sekiz aylık işe başlatmama tazminatına hükmedilmelidir[81]. Fesih sendikal bir nedene dayanıyor ise STİSK'nun[82] 25. maddesinin 4. fıkrası gereği ödenecek tazminat bir yıllık brüt ücret tutarından daha az olamaz. İşe başlatmama tazminatı dava tarihindeki çıplak(temel) brüt ücret üzerinden hesaplanır ve işçinin işe başlatılmadığı tarihten itibaren yasal faiz uygulanır[83].

İş Kanunu'nun 21. maddesinin son fıkrası uyarınca işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücreti maddede belirtilen sınırlardan farklı olarak kararlaştırılamaz, bu hükümler mutlak emredici niteliktedir. Bu hükmün sözleşme özgürlüğüne aykırı olması gerekçesi ile Anayasaya aykırılığına ilişkin yapılan başvuruda Anayasa Mahkemesi işçi ile işveren arasındaki hak ve yükümlülükler bakımından Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ölçülere uygun bir denge bulunduğu gerekçesiyle iptal istemini reddetmiştir[84]. Ancak kanaatimizce bu hüküm mutlak emredici olarak değil, nispi emredici bir hüküm olarak düzenlense idi özellikle toplu iş sözleşmesi yolu ile işçiler lehine miktar artırımına imkân tanıyarak daha işçi lehine bir düzenleme teşkil edebilirdi.

Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nun[85] 1a maddesinin 1. fıkrasına göre işçi işe iade davası açmayıp yalnızca kıdem tazminat ödenmesini talep edebilir, 2. fıkra uyarınca kıdem tazminatı her bir tam yıl için yarım aylık ücret olarak hesaplanır.

Kanunumuzdan farklı olarak Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nun 9. maddesinin 1. fıkrasında işçinin yahut işverenin talebi ile iş ilişkisinin sürdürülmesi beklenemez nitelikte ise mahkemenin yalnızca kıdem tazminatına hükmedebileceği düzenlemesine yer verilmiştir. Kanunun 10. maddesinin 1. fıkrası uyarınca bu tazminat işçinin on iki aylık kazancına kadar olan bir kıdem tazminatı olarak belirlenir. Kanunun 10. maddesinin 2. fıkrasına göre işçi elli yaşını doldurmuş ve kıdemi en az on beş yıl ise kıdem tazminatı on beş aya kadar; işçi elli beş yaşını doldurmuş ve kıdemi en az yirmi yıl ise on sekiz aya kadar ücret kıdem tazminatı olarak tespit edilir. Aynı maddenin son fıkrasına göre kıdem tazminatı hesabında işçiye fesih tarihinde normal çalışma süresinde ödenen giydirilmiş brüt ücret dikkate alınır.

Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nun 11. maddesine göre iş ilişkisinin devam etmesi hâlinde işçiye işten çıkarıldığı tarihten yeniden işe başladığı tarihe kadar olan giydirilmiş brüt ücretinin tamamı ödenir. Ancak bu ücretten işçinin başka bir işten sağladığı kazanç yahut kötü niyetli olarak kaçındığı kazanç ile işsizlik sigortası

[81] Yargıtay 9. HD. 18.03.2021, 2021/1679 Esas, 2021/6380 Karar; Yargıtay 22. HD. 17.12.2019, 2019/8509 Esas, 2019/23526 Karar, https://www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 16.03.2022.
[82] RG 07.11.2012, Sayı: 28460.
[83] Sümer ve Kayırgan, 381-386; Centel, 237-238; Uşan ve Erdoğan, 163; Çil, 218.
[84] AYM 19.10.2005, 2003/66 Esas, 2005/72 Karar, (RG 24.11.2007, Sayı: 26710).
[85] Kündigungsschutzgesetz, Ausfertigungsdatum: 10.08.1951.

kapsamında aldığı yardım mahsup edilir. Kanunumuzdaki gibi dört aylık bir süre ile kısıtlama Alman hukukunda söz konusu değildir ve kanaatimizce Alman hukuku düzenlemesi daha isabetlidir.

Alman hukukunda işe iade kararı verildiğinde işçi başka bir işverenin yanında çalışıyor ise bir haftalık bir süre içerisinde yazılı olarak bildirerek işe iade talebinden vazgeçebilir. İşçinin böyle bir tercihte bulunması hâlinde 11. maddeye göre ödenmesi gereken boşta geçen süre ücreti fesih tarihi ile yeni iş ilişkisinin başladığı tarih arasındaki süre için ödenir.

II. İŞÇİNİN İŞE BAŞLATILMAMASI HÂLİNİN FESHE BAĞLI DİĞER ALACAKLARA ETKİSİ

Feshin mahkeme kararı ile geçersiz sayılması akabinde işçi işe başlatılmaz ise iş sözleşmesi işe başlatılması gereken sürenin sonunda işveren tarafından feshedilmiş sayılır[86]. Fesih tarihi değiştiğinden dolayı işveren tarafından işçiye feshe bağlı alacaklar için ödenme yapılmış olsa dahi işçinin kıdemi yeniden belirlenmeli ve kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve yıllık izin ücreti alacağı bakımından fark alacakları hesaplanıp işçiye ödenmelidir[87].

İş Kanunu'nun 21. maddesinin 6. fıkrası gereğince işçi kesinleşen mahkeme kararının tebliğinden itibaren on iş günü içerisinde işe başlamak üzere işverene başvuruda bulunmaz ise yapılan fesih geçerli hâle geleceğinden dört aylık boşta geçen sürenin işçinin kıdemine eklenmesi mümkün değildir[88]. Bu nedenle işçinin feshe bağlı diğer alacakları da artık geçerli hâle gelen ilk fesih tarihine göre hesaplanmalıdır. Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir[89]. İşçinin başvuruda bulunduktan sonra işverenin daveti üzerine işe başlamaması durumunda ise Yargıtay işçinin başvurusunun samimi olmadığı, gerçek amacının işe başlamak olmadığı hususlarını gözeterek yine İş Kanunu'nun 21. maddesinin 6. fıkrası uyarınca artık feshin geçerli bir fesih sayılması gerektiği ve işçinin işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süre ücretini talep edemeyeceği kanaatindedir[90].

A. Kıdem Tazminatı Üzerindeki Etkisi

Kıdem tazminatı kısaca en az bir yıl kıdeme sahip işçinin kanunda öngörülen hâllerden biri ile iş sözleşmesinin sona ermesi durumunda mevcut kıdemi ve ücreti

[86] Çelik, Nuri vd. (2021). İş hukuku dersleri, 34. bası. İstanbul: Beta Yayıncılık, 633; Süzek, S. (2021) İş hukuku, 21. baskı. İstanbul: Beta Yayıncılık, 661; Sümer ve Kayırgan, 386.
[87] Ekmekçi, Ö. ve Yiğit, E. (2021). Bireysel iş hukuku dersleri, 3. baskı. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 669; Sümer ve Kayırgan, 387; Kurt, R. ve Koç, M. (2021). İş sözleşmesinin sona erdirilmesi, iş güvencesi ve işe iade davaları, 5. baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 508.
[88] Çelik, 634-635; İbat, Emine Esra, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, 89.
[89] Yargıtay 9. HD. 05.12.2018, 2018/9620 Esas, 2018/22323 Karar; Yargıtay 9. HD. 10.04.2018, 2015/14244 Esas, 2018/8207 Karar, https://www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 16.03.2022.
[90] Yargıtay HGK 15.04.2021, 2016/1257 Esas, 2021/498 Karar; Yargıtay 9. HD. 23.06.2021, 2021/5917 Esas, 2021/10686 Karar, https://www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 16.03.2022.

dikkate alınarak ödenen tazminat olarak tanımlanabilir[91]. 1475 sayılı İş Kanunu'nun[92] 14. maddesinin 1. fıkrasına göre işçiye geçen her bir tam yılı için otuz günlük ücreti tutarınca kıdem tazminatı ödenir, artan süreler aynı oran üzerinden hesaplanır. Kıdem tazminatı 1475 sayılı Kanun'un 14. maddesinin 9 ve 11. fıkraları uyarınca işçinin son brüt ve giydirilmiş ücreti üzerinden hesaplanır[93]. Kıdem tazminatına fesih tarihinden itibaren 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinin 11. fıkrasında belirtildiği üzere fiilen bir yıl ve daha uzun vadeli mevduata uygulanan en yüksek faiz işletilir[94].

İş hukuku ilkeleri gereği esasen ilk feshin geçersiz sayılması ile işçinin işe başlatılmaması ile yapılan fesih arasındaki sürenin tamamı işçinin kıdemine eklenmelidir. Ancak Yargıtay feshe bağlı alacakların hesabında yalnızca dört aylık boşta geçen sürenin kıdeme eklenmesi gerektiği görüşündedir[95]. Kanun koyucu işe iade davalarının dört ayda görülmesi temennisi ile bu düzenlemeyi getirmiş ise de mevcut yargılama süreleri gözetildiğinde yalnızca dört ayın kıdeme eklenmesi işçiler aleyhine bir durum teşkil etmektedir. İşçiler aleyhine olan bu durum, kanunun yalnızca boşta geçen süreyi dört ay ile sınırladığı, düzenlemenin kıdem süresi ile ilgili olmadığı gerekçesi ile doktrinde eleştirilmektedir[96].

İşe başlatmama hâlinde dört ayın eklenmesi ve yeni fesih tarihindeki ücrete göre yapılan hesap ile işçinin kıdem tazminatı miktarı artabileceği gibi bazı durumlarda dört ayın eklenmesi ile kıdem tazminatına hak kazanamamış işçiye kıdem tazminatı ödemesi yapılması gerekliliği de doğabilir.

2017 yılında İş Kanunu'nun 21. maddesine eklenen 4. fıkra uyarınca işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücreti dava tarihindeki ücret esas alınarak belirlenmektedir. Ancak kıdem tazminatı işçinin işe başlatılmaması üzerine gerçekleşen fesih tarihindeki ücrete göre hesaplanmalıdır[97], Yargıtay kararları da bu doğrultudadır[98].

---

[91] Sümer ve Kayırgan, 257.
[92] RG 01.09.1971, Sayı: 13943.
[93] Detaylı bilgi için bkz. Sümer ve Kayırgan, 288-297; Çil, 239-241; Uysal İbat, E. E. (2018) Feshin geçersizliği ve işçilik alacakları. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 125.
[94] Yargıtay 9. HD. 14.04.2021, 2021/2953 Esas, 2021/8160 Karar; Yargıtay 9. HD. 04.11.2020, 2016/30321 Esas, 2020/14838 Karar; Yargıtay 9. HD. 14.09.2020, 2016/22989 Esas, 2020/7472 Karar, https://www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 16.03.2022.
[95] Yargıtay 9. HD. 15.12.2020, 2017/9926 Esas, 2020/18626 Karar; Yargıtay 9. HD. 10.12.2020, 2017/18389 Esas, 2020/15521 Karar; Yargıtay 9. HD. 05.11.2020, 2016/27113 Esas, 2020/15061 Karar, https://www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 14.03.2022.
[96] Süzek, 662; Centel, 219-222; Eyrenci, Ö., Taşkent, S. ve Ulucan, D. (2019). Bireysel iş hukuku, 9. baskı. İstanbul: Beta Yayıncılık, 227; Güven, E. ve Aydın, U. (2020). Bireysel iş hukuku, 6. baskı. Eskişehir: Nisan Kitabevi, 316-317; Alp, 23-24; Sarıbay, G. (2007) Türk iş hukukunda iş güvencesi kapsamında fesih usulü, feshe itiraz ve feshe itirazın sonuçları. İstanbul: Legal Yayıncılık, 205-208.
[97] Çelik, 635; Süzek, 662; Sümer ve Kayırgan, 387; Çil, 226.
[98] Yargıtay 9. HD. 12.11.2019, 2016/8224 Esas, 2019/19618 Karar, https://www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 14.03.2022.

Kıdem tazminatına işletilecek faizin başlangıç tarihi de Yargıtay kararlarında vurgulandığı üzere işe başlatmama yolu ile gerçekleşen fesih tarihi olmalıdır[99]. Kıdem tazminatı tavanı da işçinin işe başlatılmaması ile gerçekleşen fesih tarihine göre belirlenmelidir[100].

İşverenin geçersiz sayılan ilk fesih tarihinde yaptığı kıdem tazminatı ödemesi avans niteliğinde kabul edilmeli, işçinin işe başlatılmaması ile gerçekleşen fesih tarihine göre yapılan kıdem tazminatı hesabından yasal faiz işletilerek mahsup edilmelidir[101].

B. İhbar Tazminatı Üzerindeki Etkisi

İhbar tazminatı, haklı neden olmaksızın İş Kanunu'nun 17. maddesinde belirtilen ihbar sürelerine uyulmadan belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden tarafın yine 17. maddenin 4. fıkrası uyarınca bildirim süresine ilişkin ücret tutarında karşı tarafa ödemekle yükümlü olduğu tazminat olarak tanımlanabilir[102]. İhbar süreleri İş Kanunu'nun 17. maddesinin 2. fıkrasında kıdem esas alınarak düzenlenmiştir. İhbar süresi tanımak yerine işveren İş Kanunu'nun 17. maddesinin 5. fıkrasına göre bildirim süresine ait ücreti peşin ödeme yolu ile de derhal fesih yolunu seçebilir, bu durumda işçi ihbar tazminatı talep edemez. İhbar tazminatı işçinin son brüt ve İş Kanunu'nun 17. maddesinin son fıkrası uyarınca giydirilmiş ücreti üzerinden hesaplanır[103]. İhbar tazminatına temerrüt tarihinden itibaren yasal faiz işletilir[104].

İş Kanunu'nun 21. maddesinin 4. fıkrası uyarınca işçiye geçersiz sayılan fesih öncesinde bildirim süresi kullandırılmamış yahut bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemiş ise işçiye ihbar tazminatı ödenmesi zorunludur.

2017 yılında İş Kanunu'nun 21. maddesine eklenen 4. fıkra uyarınca işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücreti dava tarihindeki ücret esas alınarak belirlenmektedir. Ancak ihbar tazminatı işçinin işe başlatılmaması üzerine gerçekleşen fesih tarihindeki ücrete göre hesaplanmalıdır[105], Yargıtay kararları da bu doğrultudadır[106]. Yargıtay işçinin işe başlatılmaması üzerine gerçekleşen fesih tarihindeki ücretinin asgari

---

[99] Yargıtay 9. HD. 11.12.2019, 2016/10791 Esas, 2019/22179 Karar, https://www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 14.03.2022.

[100] Yargıtay 9. HD. 05.04.2021, 2021/3306 Esas, 2021/7614 Karar; Yargıtay 9. HD. 16.02.2021, 2019/8192 Esas, 2021/3909 Karar, https://www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 14.03.2022.

[101] Yargıtay 9. HD. 05.04.2021, 2021/3306 Esas, 2021/7614 Karar; Yargıtay 22. HD. 02.04.2019, 2016/9647 Esas, 2019/7325 Karar, https://www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 14.03.2022.

[102] Mollamahmutoğlu, H., Astarlı, M. ve Baysal, U. (2021) İş hukuku ders kitabı, cilt 1: bireysel iş hukuku, 5. baskı. Ankara: Lykeion Yayıncılık, 285; Sümer ve Kayırgan, 310.

[103] Detaylı bilgi için bkz. Sümer ve Kayırgan, 316-318; Uysal İbat, 112.

[104] Yargıtay 9. HD. 15.12.2021, 2021/12328 Esas, 2021/16463 Karar; Yargıtay 9. HD. 11.10.2021, 2021/9924 Esas, 2021/14072 Karar; Yargıtay 9. HD. 11.03.2021, 2021/1721 Esas, 2021/6017 Karar, https://www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 16.03.2022.

[105] Çelik, 635; Süzek, 663; Sümer ve Kayırgan, 387; Çil, 227.

[106] Yargıtay 9. HD. 12.11.2019, 2016/8224 Esas, 2019/19618 Karar, https://www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 14.03.2022.

ücrete oranlanarak yapılmasının hatalı olduğuna, emsal ücretin tespit edilmesi gerektiğine hükmetmiştir[107].

İşe başlatmama hâlinde dört aylık sürenin kıdeme eklenmesi ile İş Kanunu'nun 17. maddesinde düzenlenen kıdemlere göre daha uzun bildirim süresi verilmesi gerekliliği nedeniyle işçi daha fazla ihbar tazminatına hak kazanabilir. İşçinin kıdemi dört ayın eklenmesi sonrasında bir sonraki bildirim süresine tekabül etmese dahi işe başlatmama yolu ile yapılan fesih tarihindeki ücret üzerinden yeniden hesaplama yapılması durumunda da fark ihbar tazminatı alacağı doğabilir[108].

Yargıtay'ın görüşü güncel kararlarında ihbar öneli bölünemeyeceğinden ihbar öneli kullandırılmış yahut bildirim süresi ücreti peşin ödeme yolu ödenmiş ise işe başlatılmama hâlinde ihbar tazminatına hak kazanılamayacağı, fakat geçersiz sayılan ilk fesih için ihbar tazminatı ödenmiş ise bu ödemelerin işe başlatmama yoluyla gerçekleşen fesih gereğince ödenmesi gereken ihbar tazminatından mahsup edileceği yönündedir[109] [110]. Ancak kanaatimizce Yargıtay'ın önceki kararlarında[111] benimsediği görüş daha isabetli olup ihbar önelinin bölünmezliği ilkesi gereği verilen önel geçerli olmadığı ve kesinleşen işe iade kararı ile ilk fesih tüm sonuçlarıyla ortadan kalktığı için öncesinde ihbar öneli kullandırılsa dahi ihbar tazminatı talebi reddedilmemeli, işe başlatmama yolu ile gerçekleşen fesih tarihine göre ihbar tazminatı hesaplanmalı ve fark ihbar tazminatı mahsup ile tespit edilmelidir. Kanaatimizce İş Kanunu'nun 21. maddesinin 5. fıkrasının Yargıtay'ın güncel kararlarındaki gibi yorumlanması işçi aleyhine ve hukuki tutarlılığa aykırı bir durum teşkil etmektedir.

C. Yıllık İzin Ücreti Alacağı Üzerindeki Etkisi

İş Kanunu'nun 53. maddesi uyarınca niteliği gereği yıllık izne elverişli bir işyerinde fiilen bir yıl çalışan işçi yıllık izne hak kazanır[112]. Yıllık izin hakkı ancak iş sözleşmesinin sona ermesi ile ücret alacağına dönüşür, iş sözleşmesi devam ederken işçi anayasal ve vazgeçemeyeceği bir hak olan yıllık iznini kullanmak yerine o süreye ilişkin ücreti talep edemez, bu yöndeki anlaşma geçersizdir[113]. Böyle bir durumun varlığı hâlinde

[107] Yargıtay 9. HD. 14.09.2021, 2021/7239 Esas, 2021/11640 Karar; Yargıtay 9. HD. 03.06.2021, 2021/5613 Esas, 2021/9852 Karar; Yargıtay 9. HD. 18.05.2021, 2021/5107 Esas, 2021/9115 Karar, https://www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 18.03.2022.
[108] Bilgili, A. (2013). İşe iade davası lehine sonuçlanan işçinin işe başlatılmaması durumunda ihbar tazminatı. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15(Özel Sayı), 860.
[109] Yargıtay 9. HD. 16.02.2021, 2019/8192 Esas, 2021/3909 Karar; Yargıtay 9. HD. 11.04.2019, 2017/9677 Esas, 2019/8475 Karar, https://www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 14.03.2022.
[110] Kararların eleştirisi için bkz. Çil, 228; Kar, 501-503.
[111] Yargıtay 9. HD. 12.02.2019, 2016/21438 Esas, 2019/3371 Karar; Yargıtay 22. HD. 22.06.2020, 2017/29301 Esas, 2020/7401 Karar; Yargıtay HGK 23.12.2009, 2009/525 Esas, 2009/582 Karar, https://www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 14.03.2022.
[112] Detaylı bilgi için bkz. Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, 401-405; Sümer ve Kayırgan, 330-337.
[113] Yargıtay 9. HD. 25.05.2021, 2021/3264 Esas, 2021/9506 Karar; Yargıtay 9. HD. 20.05.2021, 2021/5062 Esas, 2021/9277 Karar, https://www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 16.03.2022.

o dönem yıllık izin kullanılmadığı kabul edilerek hesaplama yapılır ve yapılan ödemeler avans kabul edilerek fesih ile ödenmesi gereken yıllık izin alacağından yasal faizi ile mahsup edilir[114].

İşçiye verilecek yıllık izin süresi İş Kanunu'nun 53. maddesinin 4. fıkrasında kıdem esas alınarak düzenlenmiştir. İş sözleşmesinin sona ermesi ile ücret alacağına dönüşen yıllık izin ücreti alacağı Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği'nin[115] 21. maddesinin 1. fıkrasında da vurgulandığı üzere çıplak(temel) ücret üzerinden hesaplanır[116]. Kullandırılmayan yıllık izinlere ilişkin ücret alacağı hak kazanılan yıldaki ücret üzerinden değil, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihteki brüt ücret üzerinden hesaplanır[117]. Yıllık izin ücreti alacağına temerrüt tarihinden itibaren yasal faiz işletilir[118]. Ancak Yargıtay'ın faiz konusundaki görüşü yıllık izin ücretinin geniş anlamda ücretten sayılması, bu sürenin çalışılmış süre gibi kabul edilmesi ve İş Kanunu'nun 34. maddesi uyarınca mevduata uygulanan en yüksek faizin işletilmesi gerektiği gerekçeleri ile doktrinde eleştirilmiştir[119].

2017 yılında İş Kanunu'nun 21. maddesine eklenen 4. fıkra uyarınca işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücreti dava tarihindeki ücret esas alınarak belirlenmektedir. Ancak yıllık izin ücreti alacağı işçinin işe başlatılmaması üzerine gerçekleşen fesih tarihindeki ücrete göre hesaplanmalıdır[120], Yargıtay kararları da bu doğrultudadır[121].

Yıllık izin ücreti alacağı her tam yıl için hesaplanır, bir yıldan daha az süreler için oranlama yolu ile yıllık izin ücreti alacağı hesaplanamaz[122]. Bu nedenle dört aylık sürenin eklenmesi bazı durumlarda yıllık izin ücreti alacağında fark alacak oluşturmayabilir. Ancak dört aylık sürenin eklenmesi ile bir tam yılı daha dolduran işçiler ile iş sözleşmesi sona erdiğinde bir tam yılı bulunmayan, ancak dört ayın eklenmesi ile bir tam yılı tamamlayan işçiler için fark alacak oluşur. Bir başka ihtimalde ise yıllık izin ücreti alacağı işe başlatmama yolu ile fesih tarihindeki ücret üzerinden hesaplanacağı için işçinin ücretinin yükselmesi nedeni ile fark yıllık izin ücreti alacağı meydana gelebilir.

III. İŞÇİNİN İŞE BAŞLATILMASI HÂLİNDE MAHSUP

[114] Yargıtay 9. HD. 30.06.2020, 2019/2158 Esas, 2020/6678 Karar, https://www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 16.03.2022.
[115] RG 03.03.2004, Sayı: 25391.
[116] Sümer ve Kayırgan, 350-351.
[117] Ankara BAM 7. HD. 24.03.2017, 2017/787 Esas, 2017/619 Karar, (Sümer ve Kayırgan, 352).
[118] Yargıtay 9. HD. 20.12.2021, 2021/12454 Esas, 2021/16665 Karar; Yargıtay 9. HD. 01.10.2020, 2017/15187 Esas, 2020/ 2307 Karar, https://www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 16.03.2022.
[119] Öztürk, M. O. (2012) Kullandırılmayan yıllık ücretli izin hakkı sebebiyle iş kanunu çerçevesinde yapılan ödemeler. Çalışma ve Toplum Dergisi, (4), 89-90.
[120] Çelik, 635; Sümer ve Kayırgan, 387.
[121] Yargıtay 9. HD. 12.11.2019, 2016/8224 Esas, 2019/19618 Karar, https://www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 14.03.2022.
[122] Sümer ve Kayırgan, 330.

İşe iade davasının kabulü sonrasında işveren bir ay içerisinde işçiyi işe başlattığı takdirde İş Kanunu'nun 21. maddesinin 5. fıkrasının ilk cümlesi uyarınca peşin ödenen bildirim süresi ücreti ve kıdem tazminatı boşta geçen süre ücretinden mahsup edilir. Kanun maddesi ile belirlenen mahsup işlemi işverenin yasal hakkı olduğundan işçinin rızası aranmaz[123], işçi mahsup nedeni ile İş Kanunu'nun 34. maddesi kapsamında iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınamaz[124]. Eğer işçiye geçersiz sayılan fesih nedeni ile kıdem tazminatı, ihbar tazminatı veya peşin ödenen bildirim süresi ücreti hiç ödenmemiş ise mahsup işlemi olmaksızın işçiye boşta geçen süre ücreti tam olarak ödenir[125].

Mahsup akabinde işçinin elinde fazladan ödenen bir tutar kaldığı takdirde bu ödemenin işverene iadesi gerekir. Bizim de katıldığımız görüşe göre İş Kanunu'nun 21. maddesinin 5. fıkrası özel bir düzenleme olarak kabul edilmeli, Türk Borçlar Kanunu'nun sebepsiz zenginleşme hükümlerine gidilmemeli, işçinin takas için rızası bulunmuyor ise mahkeme ya da icra yolu ile işçinin ücretinden İş Kanunu'nun 35. maddesine riayet edilerek kesinti yapılabilmelidir[126].

İş Kanunu'nun 21. maddesinin 5. fıkrasında açıkça geçersiz sayılan fesih için ödenen kıdem tazminatı, ihbar tazminatı veya peşin ödenen bildirim süresi ücreti belirtildiği için işveren geçersiz fesih nedeni ile madde metninde belirtilenlerden başkaca ödemeler yapmış ise de bu fıkra kapsamında mahsup edilmesi mümkün değildir, bu ödemeler işçinin işe başlaması sonrasında sözleşme yahut sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca işçiden talep edilebilir[127]. Özellikle feshin geçersiz sayılması sonrasında işçinin işe başlatılması hâlinde iş sözleşmesi kesintiye uğramaksızın devam ettiğinden işçinin yıllık izin hakkı ücret alacağına dönüşemez, bu nedenle geçersiz fesih için ödenen yıllık izin ücretlerinin işçi tarafından iadesi gereklidir[128]. Ancak uzun bir yargılama sonunda geçimi için muhtemelen harcadığı para için işçiyi iade ile yükümlü tutmanın işçiyi cezalandırma anlamına geldiği gerekçesi ile Yargıtay'ın bu görüşü doktrinde eleştirilmiştir[129].

Mahsup işlemi brüt ücretler üzerinden değil, hem işçinin boşta geçen süre ücretinin hem de ödenen kıdem tazminatı, ihbar tazminatı veya peşin ödenen bildirim süresi ücretinin net miktarı üzerinden yapılmalıdır[130].

[123] Centel, 226; Uysal İbat, 127; Uçum, M. (2008) işe iade sonucuna bağlı olarak doğan haklara ilişkin bazı uygulama sorunları. Sicil İş Hukuku Dergisi, (11), 50; Sarıbay, 225.
[124] Kar, 500.
[125] Bilgili, A. (2014). İşe iade davasını kazanarak işe başlatılan işçinin durumu. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 20(1), 514.
[126] Centel, 227; Kar, 500-501; Sarıbay, 226-227.
[127] Kar, 500; Uçum, 51.
[128] Yargıtay 9. HD. 24.11.2020, 2016/32079 Esas, 2020/16628 Karar; Yargıtay 9. HD. 15.10.2020, 2016/25817 Esas, 2020/12037 Karar, https://www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 20.03.2022.
[129] Öztürk, 87-88; Şakar, M. (2018) İş hukuku uygulaması, 12. baskı. İstanbul: Beta Yayıncılık, 200.
[130] Bilgili, İşe başlatılan işçi, 513.

Mahsup işlemi sonrasında eğer işçinin boşta geçen süre ücreti ödenen kıdem tazminatı, ihbar tazminatı veya peşin ödenen bildirim süresi ücretinden fazla ise işçinin bakiye alacağı kalır. İşçinin bu ücretleri geçersiz fesih tarihini takip eden dört aya ilişkin olduğundan muacceldir ve işçi işe başlatılırken ödenmesi gerekir, ödenmediği takdirde ücret nev'inden alacak olduğu için mevduata uygulanan en yüksek faiz işletilir, ayrıca işçi İş Kanunu'nun 24. maddesinin 2. fıkrasının e bendi uyarınca haklı nedenle fesih hakkına ve İş Kanunu'nun 34. maddesi uyarınca iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınma hakkına sahiptir[131].

Geçersiz fesih işveren tarafından yapıldığı için ödenen kıdem tazminatı, ihbar tazminatı veya peşin ödenen bildirim süresi ücreti faiz uygulanmaksızın boşta geçen süre ücretinden mahsup edilmelidir[132]. Ancak işçi işe başlarken fazla ödenen tutarı iade etmez ise bu tarihten itibaren bakiyeye faiz işletilir; fakat uygulanacak faiz mevduata uygulanan en yüksek faiz değil, yasal faizdir[133].

SONUÇ

İşe iade davası işçi lehine sonuçlandığında ve işçi on iş günü içerisinde işe başlamak için işverene başvurduğunda, İş Kanunu'nun 21. maddesinin 3. fıkrası uyarınca işçi işe başlatılsa da başlatılması da geçersiz sayılan fesih tarihini takip eden dört aylık giydirilmiş brüt ücret tutarı olan boşta geçen süre ücretine hak kazanır. Ayrıca işveren işçiyi işe başlatmaz ise işçinin kıdemi ve feshin ağırlığı gözetilerek İş Kanunu'nun 21. maddesinin 1. fıkrasına göre işçiye dört ilâ sekiz aylık çıplak(temel) ücreti oranında işe başlatmama tazminatı ödenmesi gerekir. İşe iade davasına özgü bu alacakların yanı sıra işe iade davasını kazanan işçinin feshe bağlı alacakları da dava sonucundan etkilenmektedir.

Kanun koyucunun yalnızca boşta geçen süre ücretini dört ay ile kısıtladığı, bu hususu kıdem açısından düzenlemediği, davaların yıllar sürdüğü hususları gözetildiğinde kanaatimizce geçersiz sayılan fesih tarihi ile işe başlatmama yolu ile yapılan fesih tarihi arasındaki tüm süre işçinin kıdem süresine eklenmelidir. Ancak Yargıtay bu sürenin tamamının değil, yalnızca dört aylık sürenin kıdeme dahil olduğu yönünde kararlar vermektedir. İşe başlatmama hâlinde dört aylık bu sürenin eklenmesi ve yeni fesih tarihindeki ücrete göre yapılan hesap ile işçinin kıdem tazminatı miktar olarak artıp fark alacağı doğabileceği gibi bazı durumlarda dört ayın eklenmesi ile geçersiz fesih tarihinde

[131] Bilgili, İşe başlatılan işçi, 514.
[132] Tulukcu, B. (2017) İş güvencesi işe iade. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 354; Kar, 500; Şakar, 200; Bilgili, İşe başlatılan işçi, 512; Sarıbay, 228.
[133] Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, 319; Centel, 227; Tulukcu, 354; Bilgili, İşe başlatılan işçi, 512; Kurt ve Koç, 492-493; Sarıbay, 229-230.

kıdem tazminatına hak kazanamamış işçiye kıdem tazminatı ödemesi yapılması gerekliliği de doğabilmektedir. İşverenin geçersiz sayılan ilk fesih tarihinde kıdem tazminatı ödemesi yapması hâlinde bu ödeme avans niteliğinde kabul edilmeli, yeniden hesaplanan kıdem tazminatından yasal faiz işletilerek mahsup edilmelidir.

İşe başlatmama hâlinde dört aylık sürenin kıdeme eklenmesi ile İş Kanunu'nun 17. maddesinde düzenlenen kıdemlere göre işçiye daha uzun bildirim süresi verilmesi gerekliliği nedeniyle işçi daha fazla ihbar tazminatına hak kazanabileceği gibi, ekleme sonrasında bildirim süresi artmasa da işe başlatmama yolu ile yapılan fesih tarihindeki ücret üzerinden yeniden hesaplama yapılması durumunda da fark ihbar tazminatı alacağı doğabilmektedir. Yine işverenin geçersiz sayılan ilk fesih tarihinde yaptığı ihbar tazminatı ödemesi avans niteliğinde kabul edilmeli, yeniden hesaplanan ihbar tazminatından yasal faiz işletilerek mahsup edilmelidir. Yargıtay ihbar öneli bölünemeyeceğinden ihbar öneli kullandırılmış yahut bildirim süresi ücreti peşin ödeme yolu ödenmiş ise işe başlatılmama hâlinde ihbar tazminatına hak kazanılamayacağı, fakat geçersiz sayılan ilk fesih için ihbar tazminatı ödenmiş ise bu ödemelerin işe başlatmama yoluyla gerçekleşen fesih gereğince ödenmesi gereken ihbar tazminatından mahsup edileceği yönünde güncel kararlar vermektedir. Fakat kanaatimizce Yargıtay'ın ihbar önelinin bölünmezliği ilkesi gereği geçersiz sayılan fesih için verilen önelin geçerli olmaması ve kesinleşen işe iade kararı ile ilk feshin tüm sonuçlarıyla ortadan kalkması nedeniyle öncesinde ihbar öneli kullandırılsa dahi ihbar tazminatının hesaplanması gerektiği yönündeki eski kararları daha isabetlidir.

İş sözleşmesinin sona ermesi ile işçiye kullandırılmayan yıllık izin süreleri ücret alacağına dönüşür. Yıllık izin ücreti alacağı her tam yıl için hesaplandığı ve artık süreler için oranlama yoluyla hesaplama yapılmadığından dört aylık sürenin kıdeme eklenmesi bazı durumlarda yıllık izin ücreti alacağında yıl bazında artışa neden olmayabilir. Ancak işe başlatmama yolu ile yapılan fesih tarihindeki ücret üzerinden hesaplama yapılacağı için işçinin ücretinin yükselmesi nedeni ile de fark alacağı doğabilmektedir.

İş Kanunu'nun 21. maddesinin 5. fıkrasının ilk cümlesi uyarınca işe iade davasını kazanıp işe başlatılan işçiye geçersiz fesih nedeni ile yapılan kıdem tazminatı, ihbar tazminatı veya peşin ödenen bildirim süresi ücreti ödemesi faiz uygulanmaksızın işçinin boşta geçen süre ücretinden mahsup edilir. İşveren başka alacak kalemleri için yaptığı ödemelere ilişkin olarak bu madde kapsamında mahsup yoluna gidemez. Mahsup akabinde işçinin elinde fazladan yapılan bir ödeme kalırsa bunu işverene iade etmesi gerekir, işçi iade etmez ise kanaatimizce işveren işçinin takas için rızası bulunmuyor ise mahkeme ya da icra yolu ile işçinin ücretinden İş Kanunu'nun 35. maddesine riayet ederek kesinti yapabilir. Mahsup sonrasında işçinin işverenden bakiye boşta geçen süre alacağı kalır ise işçi bakiye ödeme yapılmadığı takdirde mevduata uygulanan en yüksek

faizin işletilmesini talep edebilir, ayrıca iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir yahut iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınma hakkını kullanabilir.

KAYNAKÇA

Alp, M. (2003). İşçinin feshe karşı korunması (iş güvencesi yasası). Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(1), 1-40.

Andaç, F. (2018). Sosyal güvenlik hukuku ve ilgili kuruluşlar. İstanbul: Legal Yayıncılık.

Bilgili, A. (2014). İşe iade davasını kazanarak işe başlatılan işçinin durumu. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 20(1), 507-520 (İşe başlatılan işçi).

Bilgili, A. (2013). İşe iade davası lehine sonuçlanan işçinin işe başlatılmaması durumunda ihbar tazminatı. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15(Özel Sayı), 847-868 (İhbar tazminatı).

Centel, T. (2020). İş güvencesi, 2. baskı. İstanbul: Legal Yayıncılık.

Çelik, Nuri vd. (2021). İş hukuku dersleri, 34. bası. İstanbul: Beta Yayıncılık.

Çil, Ş. (2020). İş uyuşmazlıklarında Yargıtay uygulamaları. Ankara: Yetkin Yayınları.

Ekmekçi, Ö. ve **Yiğit,** E. (2021). Bireysel iş hukuku dersleri, 3. baskı. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Eyrenci, Ö., **Taşkent,** S. ve **Ulucan,** D. (2019). Bireysel iş hukuku, 9. baskı. İstanbul: Beta Yayıncılık.

Güven, E. ve **Aydın,** U. (2020). Bireysel iş hukuku, 6. baskı. Eskişehir: Nisan Kitabevi.

Kar, B. (2020). İş güvencesi ve uygulaması, 4. baskı. Ankara: Yetkin Yayınları.

Kurt, R. ve **Koç,** M. (2021). İş sözleşmesinin sona erdirilmesi, iş güvencesi ve işe iade davaları, 5. baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Mollamahmutoğlu, H., **Astarlı,** M. ve **Baysal,** U. (2021) İş hukuku ders kitabı, cilt 1: bireysel iş hukuku, 5. baskı. Ankara: Lykeion Yayıncılık.

Öztürk, M. O. (2012) Kullandırılmayan yıllık ücretli izin hakkı sebebiyle iş kanunu çerçevesinde yapılan ödemeler. Çalışma ve Toplum Dergisi, (4), 73-98.

Sarıbay, G. (2007) Türk iş hukukunda iş güvencesi kapsamında fesih usulü, feshe itiraz ve feshe itirazın sonuçları. İstanbul: Legal Yayıncılık.

Sümer, H. H. (2020) İş hukuku, 25. baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Sümer, H. H. ve **Kayırgan,** H. (2021) İşçilik alacakları ve hesaplamaları, 2. baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Süzek, S. (2021) İş hukuku, 21. baskı. İstanbul: Beta Yayıncılık.

Şakar, M. (2018) İş hukuku uygulaması, 12. baskı. İstanbul: Beta Yayıncılık.

Tulukcu, N. B. (2017) İş güvencesi işe iade. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Uçum, M. (2008) işe iade sonucuna bağlı olarak doğan haklara ilişkin bazı uygulama sorunları. Sicil İş Hukuku Dergisi, (11), 43-58.

Uşan, M. F. ve **Erdoğan,** C. (2020) İş ve sosyal güvenlik hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
Uysal İbat, E. E. (2018) Feshin geçersizliği ve işçilik alacakları. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Çevrimiçi Kaynaklar

https://www.sinerjimevzuat.com.tr

İDARENİN HATALI TIBBİ MÜDAHALEDEN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞU

Doç. Dr. Müzeyyen EROĞLU DURKAL[1]

Özet

Sağlık hizmetleri özelinde idarenin hatalı tıbbi müdahale nedeniyle sorumluluğu önemli olan ve sağlık hizmetlerinin gerek nicelik gerekse nitelik açısından gelişmesiyle de önemini her geçen gün artıran bir konudur. İdarenin sorumluluğunun gelişiminde olduğu gibi tıbbi müdahale nedeniyle idarenin sorumluluğu da Danıştay içtihatlarıyla şekillenmektedir. Danıştay içtihatları arasında birlik bulunmasa da özellikle Yüksek Mahkeme'nin 2015 yılından itibaren verdiği kararlarda hatalı tıbbi müdahale nedeniyle idarenin sorumluluğu konusunda sorumluluğun şartı olarak kabul ettiği ağır kusur kriterinden vazgeçerek idarenin sorumluluğu için kusurun varlığını aradığı, ağır kusur kriterini ise sadece riskli tıbbi müdahale ve operasyonlar bakımından uyguladığı görülmektedir. Söz konusu içtihat değişikliği gerekli olmakla birlikte yeterli görülmemektedir. Günümüzde sağlık alanında yaşanan gelişmeler neticesinde zorunlu aşı uygulamaları, AIDS, Hepatit-C gibi bulaşıcı tehlike içeren hastalıklar ile kan ürünlerinin nakli ve tedavi için gerekli olmakla birlikte sonucu tam olarak bilinmeyen riskli yöntemlerin kullanılması gibi tıbbi müdahale kaynaklı açılan tam yargı davalarında belirli durumlarda, somut olayın özelliği ve tıp bilimindeki gelişmeler de göz önünde bulundurularak kusursuz sorumluluk ilkesinin de kabul edilip uygulanabilmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Sağlık hizmeti, tıbbi müdahale, hatalı tıbbi müdahale, idarenin sorumluluğu, rücu.

GİRİŞ

En genel anlamıyla idarenin eylem ya da işlemleriyle bireylere vermiş olduğu zararları tazmin etmesi anlamına gelen idarenin sorumluluğu ilkesi, sağlık hizmetinin yerine getirilmesinde de söz konusu olmaktadır. Sağlık hizmeti bir kamu hizmeti olup Anayasanın 56.maddesinde Devletin, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlardan yararlanarak ve onları denetleyerek yerine getireceği hüküm altına alınmıştır. Sağlık hizmetinin yürütülmesi sırasında bireylerin zarara uğraması durumunda

[1] Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ORCID NO: 0000-0002-5341-3613

ortaya çıkan zararların idarece tazmin edilmesi hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Ülkemizde sağlık hizmetlerinin işletilmesi nedeniyle ortaya çıkan zararların tazmini, hizmet kusuru esaslarına göre tazmin edilmekte, bu alanda idarenin kusursuz sorumluluğu kabul edilmemektedir. Sağlık hizmetinin yerine getirilmesindeki kusur da sağlık hizmetinin kuruluşunda ve/veya işletilmesinde yetersizlik veya hatalı tıbbi müdahale şeklinde meydana gelebilir. Çalışmada idarenin tıbbi müdahale hatalarından kaynaklanan sorumluluğu gerek doktrin gerekse Danıştay kararlarından yararlanılarak ele alınacaktır.

1. Genel Olarak İdarenin Sorumluluğu

İdarenin sağlık hizmetleri nedeniyle sorumluluğu konusunu daha iyi kavrayabilmek için öncelikle idarenin sorumluluğu kavramı ve bu sorumluluğun çeşitlerinden kısaca bahsetmek gerekmektedir. İdarenin sorumluluğu konusu, çok kapsamlı bir konu olduğu için çalışmada sadece tanımlar üzerinden gidilerek kısa açıklamalar yapılmakla yetinilecektir.

En genel anlamıyla idarenin sorumluluğu; idarenin eylem ya da işlemleriyle bireylere vermiş olduğu zararları tazmin etmesidir. İdarenin sorumluluğu, 1982 Anayasa'nın başta 125.maddesi olmak üzere çeşitli maddelerinde düzenlenmekle birlikte[2] söz konusu düzenlemede sorumluluğun çeşitleri, şartları gibi hususlara yer verilmemiştir. Dolayısıyla idarenin sorumluluğu ilkesi tamamen yargı içtihatlarıyla gelişmiş ve halen de gelişmekte olan bir ilkedir. Bu içtihatlar ve doktrinle birlikte idarenin sorumluluğunun çeşitleri, şartları gibi hususlar açıklığa kavuşmuştur. Bilimsel ve yargısal içtihatlar doğrultusunda idarenin sorumluluğunun iki sebebe dayandığı görülmektedir. Bunlardan tarihsel gelişim sürecinde ilk ortaya çıkanı hizmet kusuru iken diğer sorumluluk sebebi ise kusursuz sorumluluktur.

İdarenin asli sorumluluk sebebi olarak kabul edilen hizmet kusurunun tam ve kapsamlı bir tanımını yapmak zor olmakla birlikte doktrinde hizmet kusuru genel olarak; idari hizmetin iyi kurulmamasından, idari örgütün ve örgüt çalışmalarının iyi ve doğru planlanamamasından, araç ve gereçlerin hizmet gereklerine uygun ve yeterli olmamasından, hizmetin iyi ya da gereği gibi yürütülmemesinden veya denetlenememesinden dolayı hizmetin kötü ya da geç yerine getirilmesi yahut hiç yerine getirilmemesi olarak tanımlanmaktadır.[3] İdarenin hizmet kusuruna dayanılarak sorumlu tutulabilmesi için idarenin kusurlu olduğunun ispatı gerekmektedir. Hizmet kusuruna

[2] 1982 Anayasası'nın 19/son, 40/3 ve 129/5.maddelerinde de idarenin sorumluluğuna ilişkin hükümler yer almaktadır.
[3] Sarıca, Ragıp (1949). "Hizmet Kusuru ve Karakterleri". İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: XV, S:4, s. 858; Karavelioğlu, Celal (2001). İdari Yargılama Usulü Kanunu, C: 1, Madde: 1-14. 5. Baskı, Kayseri, s. 211; Duran, Lütfi (1974). Türkiye İdaresinin Sorumluluğu. Ankara: Sevinç Matbaası, s. 301-302; Akyılmaz, Bahtiyar - Murat Sezginer- Cemil Kaya (2020). Türk İdari Yargılama Hukuku, Ankara: Savaş Yayınevi, s. 492; Atay, Ender Ethem (2021). İdari Yargılama Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 364.

ilişkin çeşitli sınıflandırmalar yapılsa da genel olarak benimsenip uygulanan sınıflandırma; "hizmetin gereği gibi işlememesi (hizmetin kötü işlemesi)", "hizmetin geç işlemesi" ve "hizmetin hiç işlememesi" şeklindeki sınıflandırmadır.[4] Danıştay da vermiş olduğu kararlarda hizmet kusurunun bu sınıflandırmasına değinmekle birlikte az sayıda kararı dışında[5] çoğunlukla somut olayda hizmetin gereği gibi işlemediği, kötü işlediği ya da hiç işlemediği tespitini yapmaksızın sadece hizmet kusurunun varlığını saptamakla yetinmektedir.[6]

Zamanla idarenin faaliyetlerinin gerek nicelik gerekse nitelik olarak artması sonucu, bireylerin idarenin faaliyetleri sonucu uğradığı zararların tazmininde hizmet kusuru yetersiz kalmaya başlamıştır. Bu nedenle idarenin faaliyetleri nedeniyle uğranılan zararların tazmininde sosyal hukuk devletinin bir gereği olarak kusur şartı bir kenara bırakılmış ve idarenin faaliyeti ile ortaya çıkan zarar arasında illiyet bağının kurulabildiği hallerde idarenin kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın uğranılan zararların tazmini yoluna gidilmeye başlanmıştır. Bu sorumluluk hali de tamamlayıcı (ikincil, tali) nitelikte olduğu kabul edilen idarenin kusursuz sorumluluğu olarak adlandırılmıştır. İdarenin kusursuz sorumluluğu kapsamında da risk ilkesi ve kamu külfetleri karşısında eşitlik (fedakarlığın denkleştirilmesi) ilkesi olmak üzere iki ilke söz konusudur.[7]

Bazen idari faaliyetin kendisi veya faaliyete tahsis edilen kamu malları / hizmet araç ve gereçleri, hem kamu görevlileri hem de hizmetten yararlananlar için nitelikleri itibariyle bünyelerinde tehlike barındırmalarına rağmen, kendilerinden beklenen fayda sürekli ve oldukça fazla olduğu için idare bu faaliyetleri yürütmeye, araç-gereçlerden yararlanmaya devam etmektedir. Söz konusu bu faaliyetler veya faaliyete tahsis edilen kamu malları / hizmet araç ve gereçleri kimi zaman öngörülemeyen, kamu hizmetlerinin olağan külfetlerini aşan, anormal ve istisnai nitelikte zararlara yol açabilir. İşte idarenin kusuru olmasa bile yürüttüğü tehlikeli faaliyetler ya da kullandığı tehlikeli araç ve gereçler nedeniyle ortaya çıkan zararları tazmin etmesi yükümlülüğü, risk ilkesi olarak tanımlanmaktadır.[8] Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi ise idarenin kamu yararı amacıyla ve hukuka uygun olarak yerine getirdiği hizmetleri sebebiyle bazı kişilerin

[4] Duran, s. 28; Atay, E.Ethem- Hasan Odabaşı- Hasan Tahsin Gökcan (2003). Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Ankara: Seçkin Kitabevi, s. 71; Sarıca, s. 887.
[5] Danıştay 10.D., 25.02.1998, E: 1996/3181, K: 1998/834; Danıştay 5.D., 20.04.1999, E: 1996/985, K: 1999/1055; Danıştay 5.D., 08.07.2005, E: 2003/6682, K: 2005/3464 (Erişim: Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 08.07.2022).
[6] Danıştay 10.D., 25.02.1998, E: 1996/4292, K: 1998/833; Danıştay 10.D., 20.11.2007, E: 2005/7545, K: 2007/5333; Danıştay İDDK, 24.12.2009, E: 2006/3106, K: 2009/3385; Danıştay 10.D., 26.12.2013, E: 2009/9893, K: 20013/9475; Danıştay 15.D., 14.12.2017, E: 2017/276, K: 2017/7556 (Erişim: Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 08.07.2022).
[7] Atay, s. 382-384; Akyılmaz- Sezginer- Kaya, s. 526-527.
[8] Atay, s. 384-385; Akyılmaz- Sezginer- Kaya, s. 527.

uğradığı özel ve olağanüstü ağırlıkta zararların, yine idarece tazmin edilmesi olarak tanımlanabilir.[9]

İdarenin sorumsuzluğu anlayışından idarenin sorumluluğuna geçişte, idarenin tazmin yükümlülüğünü sınırlandırılması amacıyla yargı içtihatlarında ağır kusur- basit kusur ayrımına gidilmiştir. [10] 1961 Anayasası'nın kabulünden günümüze kadar olan süreçte idarenin sorumluluğu için ağır hizmet kusuru aranan haller giderek azalmış ve basit kusurun varlığı idarenin sorumluluğu için yeterli görülmeye başlanmıştır.[11]

2. Sağlık Hizmetleri Nedeniyle İdarenin Sorumluluğu

İnsan hayatının devamı açısından önemli olan faaliyetlerden biri de sağlık hizmetleridir. Sağlık hizmeti, bir kamu hizmeti olup Anayasa'nın 56. maddesinde de devletin yürütmekle yükümlü olduğu hizmetler arasında sayılmıştır. Devlet, sağlık hizmetini kendisi doğrudan yerine getirebileceği gibi kendi gözetim ve denetimi altında özel kişilere de gördürebilir.

224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun'un 2.maddesinde sağlık hizmetleri *"İnsan sağlığına zarar veren çeşitli faktörlerin yok edilmesi ve toplumun bu faktörlerin tesirinden korunması, hastaların tedavi edilmesi, bedeni ve ruhi kabiliyet ve melekeleri azalmış olanların işe alıştırılması (Rehabilitasyon) için yapılan tıbbi faaliyetler"* olarak tanımlanmıştır. Madde uyarınca sağlık hizmetleri; "koruyucu sağlık hizmetleri", "teşhis ve tedavi edici sağlık hizmetleri" ve "rehabilite edici sağlık hizmetleri" olmak üzere üç kategoride toplanabilir.

Kamuya ait hastaneler, vatandaşlara sağlık hizmeti sunmak için kurulmuş teşkilatlar olup burada gerçekleşen her türlü tıbbi müdahalelerden doğan yahut sağlık hizmetinin kuruluşundan veya hizmetin işleyişinden kaynaklanan kusurlardan doğacak zararlardan idare hizmet kusuru esaslarına göre sorumlu tutulmaktadır. Bu kapsamda sağlık alanındaki hizmet kusuru *"sağlık kurum ve kuruluşlarının (idarenin) yerine getirmekle yükümlü olduğu herhangi bir sağlık kamu hizmetinin kuruluşunda, düzenlenmesinde veya teşkilatında, yapısında, personelinde veya işleyişinde gereken emir, direktif ve talimatın verilmemesi, gözetim, denetim ve teftişin icra olunmaması, hizmete tahsis olunan araçların yetersiz, elverişsiz, kötü olması, gereken tedbirlerin alınmaması, geç, vakitsiz hareket edilmesi şeklinde ortaya çıkan bir takım aksaklık, aykırılık, bozukluk, düzensizlik, eksiklik, sakatlıktır"* şeklinde tanımlanabilir.[12]

---

[9] Atay, s. 390-391; Akyılmaz- Sezginer- Kaya, s. 535.
[10] Duran, s. 37;
[11] Sarıca, s. 867-883; Özdemir, Necdet (1963). Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu. Ankara, s. 100-105.
[12] Kalabalık, Halil (2012). "Sağlık Hukukunda Kamu Görevlilerinin Sorumluluğu". Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi III. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 25-26 Nisan 2011, Ankara: Adalet Yayınevi, s.279; Kızılyel, Serkan (2008). "İdarenin Sağlık Hizmetinden Doğan Tazminat Sorumluluğu". Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3

Sağlık hizmetleri teşhis, tıbbi müdahale, tedavi ve rehabilitasyon şeklinde karşımıza çıkan, niteliği itibariyle riskli faaliyetlerdir. Sağlık hizmetinin kusurlu yürütüldüğü iddiasıyla açılan tam yargı davalarında; idare hukukunun ilkeleri ve Danıştay'ın önceki içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için zararın, idarenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması Danıştay'ın ifadesiyle *"kusurun bir dereceye kadar ağır ve bir önemli olması"* gerekmekteydi. [13] Danıştay söz konusu içtihadını 2015 yılına kadar sürdürmüştür. Aslında Danıştay'ın bu dönemki kararları incelendiğinde, sağlık hizmetlerinde hangi uygulamalarda hizmet kusuru ya da ağır hizmet kusurunu aradığına yönelik herhangi bir kriter belirlemeden her somut olayın özelliğine göre karar verdiği, bu nedenle de hizmet kusuru-ağır hizmet kusuru ayrımına belirgin bir biçimde uymadığı görülmektedir.[14]

Danıştay genel olarak 2015 yılından itibaren verdiği kararlarında; tedavi hizmetleri nedeniyle ortaya çıkan zararların tazmininde idarenin sorumluluğu için ağır hizmet kusuru yerine hizmet kusuru kriterini yeterli görmeye başlamıştır.[15] Yüksek Mahkeme bu görüşü doğrultusunda sağlık hizmetinin sunumuna yönelik araç ve personel yetersizliği,[16] tıbbi tedavi eksikliği, [17] hastanın tetkik ve takip konusunda yönlendirilmediği ve takip konusunda gerekli özenin gösterilmediği,[18] hastaya uygulanan test sonuçlarının yanlış değerlendirildiği,[19] tetkik ve tedavi imkânlarından faydalandırılmadığı[20] hususlarında idarenin sorumluluğu için hizmet kusurunu yeterli

Kasım 2007, Ankara: Ankara Barosu Yayınları, s. 206, Erişim: http://www.ankarabarosu.org.tr/siteler/1940-2010/Kitaplar/pdf/s/s1-1.pdf, 20.06.2022.

[13] Danıştay 10.D., 03.04.2001, E: 2000/227, K: 2001/1241; Danıştay 10.D., 19.09.2007, E: 2004/6540, K: 2007/4237; Danıştay 10.D., 10.04.2006, E: 2005/1870, K: 2006/2294; Danıştay 10.D., 19.09.2007, E: 2004/6540, K: 2007/4230; *"İdare Hukuku ilkeleri ve Danıştayın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için, zararın, idarenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olmasının gerektiği; bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararının tazmininin, ancak idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabileceği…"* Danıştay İDDK, 24.11.2011, E: 2007/2113, K: 2011/1468 (Erişim: Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 20.07.2022)

[14] Akgül, Aydın (2016). "İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazmin Sorumluluğu ve Danıştayın Yeni Yaklaşımı". Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XX, Y: 2016, s. 281.

[15] Danıştay 15.D., 05.02.2019, E: 2014/3146, K: 2019/290; Danıştay 15.D., 12.02.2019, E: 2018/3317, K: 2019/515; Danıştay 10.D., 17.02.2020, E: 2019/6257, K: 2020/543; Danıştay 10.D., 14.05.2020, E: 2019/10302, K: 2020/1374 (Erişim: Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 21.07.2022).

[16] Danıştay 15.D., 24.12.2015, E: 2015/7924, K: 2015/9158, Erişim: Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 21.07.2022.

[17] Danıştay 15.D., 17.12.2015, E: 2015/4214, K: 2015/8979, Erişim: Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 21.07.2022.

[18] Danıştay 15.D., 18.02.2016, E: 2015/534, K: 2016/990, Erişim: Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 21.07.2022.

[19] Danıştay 15.D., 11.04.2016, E: 2013/4471, K: 2016/2461, Erişim: Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 21.07.2022.

[20] Danıştay 15.D., 03.03.2016, E: 2015/7637, K: 2016/1327, Erişim: Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 21.07.2022.

görmüştür. Danıştay kararlarında, söz konusu içtihat değişikliğinin nedeni belirtilmeksizin sadece hizmet kusurunun varlığının aranması gerektiği belirtilmiştir.[21]

3. İdarenin Hatalı Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Sorumluluğu ve Söz Konusu Sorumluluğun Gelişimi

Danıştay kararlarından ve doktrindeki sınıflandırmalardan yola çıkılarak sağlık hizmetleri özelinde hizmet kusuru genel olarak, tıbbi müdahale (uygulama) hatalarından kaynaklanan hizmet kusuru ve sağlık hizmetlerinin organizasyonundan kaynaklanan hizmet kusuru şeklinde bir ayırıma tabi tutulabilir.[22]

İdarenin hatalı tıbbi müdahaleden kaynaklanan sorumluluğundan bahsedebilmek için öncelikle tıbbi müdahale ve hatalı tıbbi müdahaleden kısaca bahsetmek gerekmektedir. 1998 tarihli Hasta Hakları Yönetmeliği'nin[23] 4/g maddesinde tıbbi müdahale *"Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişim"* olarak tanımlanmaktadır. 2005 tarihli Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler Ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmeliğin[24] 3.maddesinde ise müdahale *"Tabip veya diğer sağlık personeli tarafından tanı, tedavi, rehabilitasyon veya önlem amacıyla yapılan muayene, tedavi veya diğer tıbbî işlemler"* olarak tanımlanmaktadır. Bu düzenlemeler uyarınca yetkili sağlık personeli tarafından sağlığından bozulmasından önce önleme amaçlı yapılan müdahaleler, sağlığın bozulmasından sonra teşhis ve tedaviye yönelik olarak yapılan müdahaleler, sağlığın devamı için yapılan rehabilite edici müdahaleler ile kanunlardan kaynaklanan müdahaleler tıbbi müdahale olarak kabul edilmektedir. Bir başka ifadeyle tıbbi müdahale amaçlarına göre; koruma amaçlı, tedavi amaçlı, rehabilite amaçlı, adli görev amaçlı ve deney amaçlı olarak tasnif edilmektedir.[25] Doktrinde de tıbbi müdahale konusunda çok fazla tanım yapılmakla birlikte[26] tıbbi müdahale genel olarak hasta üzerinde hekim

[21] Danıştay 15.D., 18.02.2015, E: 2013/4361, K: 2015/890; Danıştay 15.D., 21.04.2015, E: 2014/5867, K: 2015/2320; Danıştay 15.D., 04.06.2015, E: 2014/5822, K: 2015/3658 (Erişim: Danıştay UYAP Bilişim Sistemi, 20.07.2022).
[22] Sever, Dilşad Çiğdem (2018). Danıştay Kararları Işığında Sağlık Hizmetlerinden Dolayı İdarenin Sorumluluğu, in: Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları. Ankara, s.269.
[23] 01.08.1998 tarih ve 23420 sayılı Resmî Gazete.
[24] 01.06.2005 tarih ve 25832 sayılı Resmi Gazete.
[25] Demir, Simge (2018). Kamu Görevlisi Hekimlerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Sorumluluğu. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 38-39.
[26] Gökcan, Hasan Tahsin (2013). Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.39; Ayan, Mehmet (1991). Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk. Ankara: Kazancı Yayınları, s.5; Yılmaz, Battal (2010). Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu. Ankara: Adalet Yayınevi, s.1; Çakmut (Yenerer), Özlem (2003). Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul: Legal Yayınevi, s.24; Günday, Rezzan (2012). Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk. Ankara: Adalet Yayınevi, s.3; Savaş, Halide (2013). Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları. Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 26; Gencer, Zafer Adem (2014). Ceza Hukuku Kapsamında Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu. Ankara: Bilge Yayınevi, s.17; Ersöz, Kürşat (2010). "Tıbbi Müdahale Kavramı ve Tıbbi Müdahalenin

tarafından dolaylı ya da doğrudan tedavi amacına yönelik gerçekleştirilen tüm faaliyetler olarak tanımlanabilir.

Daha önce de değinildiği üzere tıbbi müdahale koruma, rehabilite etme, tedavi, adli görev veya deney amaçlı yapılabilir. Hangi amaçla yapılırsa yapılsın tıbbi müdahalenin hukuka uygun kabul edilebilmesi için yetkili sağlık personeli tarafından yapılması, tıp biliminin verilerine göre gerekli ve bu verilere uygun olarak yapılması (endikasyon şartı), tıbbi standartlara uygun olması ve tıbbi zorunluluklar çerçevesinde yapılması ile hastanın aydınlatılmış rızasının bulunması gerekmektedir.[27]

İdarenin sorumluluğuna neden olan hatalı tıbbi müdahale ise hukuken tanımlanmamış olmakla birlikte öğretide tıbbi hata, meslek hatası, tıbbi uygulama hataları ve son dönemde özellikle malpraktis olarak adlandırılmaktadır.[28] Hatalı tıbbi müdahale bazen sağlık kamu hizmetinin niteliğinden bazen de hizmeti yerine getiren kamu görevlisinin kusurundan kaynaklanabilir. Hizmet kusuru olarak kabul edilen hatalı tıbbi müdahale, hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği, bilgisizliği, deneyimsizliği ya da hastaya tedavi vermemesi gibi ilgisizliği nedeniyle hastanın zarara uğraması olarak tanımlanabilir.[29] Danıştay da vermiş olduğu bazı kararlarda hatalı tıbbi müdahaleyi tanımlayarak ayrıntılı açıklamalarda bulunmuştur: *"Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 13. maddesinde, tıbbi hata tanımlanmaktadır. Tıp biliminin standartlarına ve tecrübelere göre gerekli olan özenin bulunmadığı ve bu nedenle de olaya uygun gözükmeyen her türlü hekim müdahalesi uygulama hatası (malpraktis) olarak anlaşılmaktadır. Diğer bir ifadeyle, hastanın tanı ve tedavisi sırasında standart uygulamanın yapılmaması, bilgi ve beceri eksikliği, hastaya uygun tedavi uygulanmaması; tıbbi hata olarak tanımlanabilir. Bu noktada hatalı tıbbi uygulama sonucu doğacak sorumluluk 'kusura dayalı genel sorumluluk'tur. Hekimin*

Hukuka Uygunluğunun Şartları". Terazi Hukuk Dergisi, Yıl: 5, Sayı: 45, s.106; Uysal, Büşra (2011). "İdarenin Sağlık Hizmetlerinde Kusurlu Sorumluluğu". Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S: 77-78, s.221; Bayındır, M. Savaş (2007). "Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu". Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:XI, S:1-2, s. 560; Canbolat, Ferhat (2009). "Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Kaynaklanan Sorumluluğunun Dayanağı". Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:80, s.159.

[27] Ayrıntılı bilgi için bkz. Hakeri, Hakan (2019). Tıp Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 115-240; Kirkit, Ecem (2016). Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu. Ankara: Adalet Yayınevi, s.15; Hızal, Abdullah- Serkan Çınarlı (2015). "Hatalı Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Tam Yargı Davalarında Tazmin Borcunun Kapsamı". İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2 (1), 152; Ersöz, Kürşat (2010). Tıbbi Müdahale Kavramı ve Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartları". Terazi Hukuk Dergisi, C: 5, S: 45, s. 107-121.

[28] *"Hekimin özen yükümlülüğünün ihlali, üç alanda yoğunlaşmaktadır; birincisi, hastanın tedavisinde yani teşhis, endikasyon, tıbbi tedbirin seçimi, bu tedbirin uygulanması, tedavi yahut cerrahi girişim sonrası bakım alanındadır. İkincisi, hastanın aydınlatılması ve anamnez alınmasıdır. Üçüncüsü, klinik organizasyonu [(personelin niteliği, yeterli sayıda personel bulundurulması, hekimlerin birbiriyle işbirliği (Konsültasyon)] alanındadır. Bu üç alandaki kusuru, sırasıyla uygulama kusuru (tedavide hata), aydınlatma kusuru ve organizasyon kusuru olarak değerlendirmek mümkündür. Bu üç kusura "Tıbbi Uygulama Hatası" (Malpraktis) adı verilmektedir."* Danıştay 15.D., 10.03.2016, E:2015/8936, K: 2016/1604, Erişim: Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 18.07.2022

[29] Polat Oğuz - Işıl Pakiş (2011). "Tıbbi Uygulama Hatalarında Hekim Sorumluluğu". Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi, C: 2, S: 3, s.119-120.

hukuksal sorumluluğu bakımından ölçü; tecrübeli bir uzman hekim standardıdır. Hekim, objektif olarak olayların normal gelişimine ve subjektif olarak da kendi kişisel tecrübesine, kişisel yeteneğine, bireysel mesleki bilgisine, eğitiminin nitelik ve derecesine göre, hastanın sağlığında bir zarar gelmesini önceden görebilecek durumda olmalıdır. Bu halde karşımıza özen yükümlülüğü çıkmaktadır. Hekimin özen yükümlülüğünün ihlali, üç alanda yoğunlaşmaktadır; birincisi, hastanın tedavisinde yani teşhis, endikasyon, tıbbi tedbirin seçimi, bu tedbirin uygulanması, tedavi yahut cerrahi girişim sonrası bakım alanındadır. İkincisi, hastanın aydınlatılması ve anamnez alınmasıdır. Üçüncüsü, klinik organizasyonu [(personelin niteliği, yeterli sayıda personel bulundurulması, hekimlerin birbiriyle işbirliği (Konsültasyon)] alanındadır. Bu üç alandaki kusuru, sırasıyla uygulama kusuru (tedavide hata), aydınlatma kusuru ve organizasyon kusuru olarak değerlendirmek mümkündür. Bu üç kusura 'Tıbbi Uygulama Hatası' (Malpraktis) adı verilmektedir. Bu noktada tıbbi standart kavramına açıklık getirilmelidir. Tıbbi standart kavramı ile, tıp ilminin genel olarak tanınıp kabul edilmiş meslek kuralları kastedilmektedir. Tıbbi standart ihlali değişik şekillerde gerçekleşebilir; teşhis, tedavi (endikasyon eksikliği, yanlış tedavi yönteminin seçimi) ve müdahale sonrası bakım yönetimi bunlardan bazılarıdır."[30].

İdarenin tıbbi müdahale hataları nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için tıbbi müdahalenin yukarıda da belirtilen hukuka uygunluk şartlarını taşımaması, teşhis ve tanı hatası ile tedavi hatası bulunması ve tedavi sonrası yükümlülüklerin ihlal edilmesi gerekmektedir.[31] Danıştay tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarından yetkili sağlık personeli tarafından yapılmamasını,[32] tıbbi kural ve ilkeler doğrultusunda yapılmamasını (endikasyon dışı girişim),[33] tıp biliminin genel olarak tanınıp kabul edilmiş kurallarına bir başka ifadeyle tıbbi standartlara uygun olmamasını,[34] hastanın aydınlatılmış rızasının

[30] Danıştay 15.D., 10.03.2016, E: 2015/8936, K: 2016/1604; Danıştay 15.D., 08.10.2015, E: 2015/6119, K: 2015/5733; Danıştay 15.D., 04.02.2016, E: 2015/455, K: 2016/601 (Erişim: Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 21.07.2022).

[31] Gümüşay, İpek Nur (2021). Danıştay Kararları Işığında Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluk. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 89; Kızılyel, s. 210-215.

[32] Danıştay 15.D., 10.11.2016, E: 2013/4251, K: 2016/5328; *"…idrar sondasının sağlık çalışanı olmayan tarafından takılması ve çıkarılmasının uygun olmadığı, bu konuda sorumluluğun ona bu talimatı verenlerde olduğu…"* Danıştay 15.D., 24.03.2016, E: 2015/8595, K: 2016/1990 (Erişim: Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 23.07.2022).

[33] *"…onaylı endikasyon ve standart doz dâhilinde ilaçla tedavisi mümkün olan hastalıklar için endikasyon dışı ilaç kullanımına izin verilmeyeceği, ancak bilimsel veriler doğrultusunda belirgin avantaj sağlayan tedavi seçeneklerinde endikasyon dışı ilaç kullanım talebinin değerlendirileceği, dolayısıyla ruhsatlı tedavi seçeneği varken, onaylı endikasyon ve standart doz dahilinde ilaçla tedavisi mümkün olan hastalar için endikasyon dışı ilaç kullanımının mümkün olmayacağı…"* Danıştay İDDK, 20.10.2021, E: 2021/44, K: 2021/31; *"…tüm bilgiler ve mevcut bulguların değerlendirilmesi ışığında hekimin endikasyon dışı bir girişimde bulunduğu tespitleri yapılarak hekimin bu eyleminden dolayı kusurlu olduğu…"* Danıştay 15.D., 19.11.2015, E 2015/171, K: 2015/7824; *"…Op. Dr. 'nun ameliyatı hatalı endikasyonla yapması nedeniyle, ameliyat sırasındaki özensizliği nedeniyle davalı idare olan … Devlet Hastanesi'ndeki işlemlerin tıp kurallarına uygun olmadığı…"* Danıştay 15.D., 19.06.2018, E: 2018/1822, K: 2018/5887 (Erişim: Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 23.07.2022).

[34] *"Tıbbi standart kavramı ile, tıp ilminin genel olarak tanınıp kabul edilmiş meslek kuralları kastedilmektedir. Tıbbi standart ihlali değişik şekillerde gerçekleşebilir; teşhis, tedavi (endikasyon eksikliği, yanlış tedavi yönteminin seçimi) ve müdahale sonrası bakım yönetimi bunlardan bazılarıdır.*

bulunmamasını[35] tıbbi müdahale hatası olarak kabul ederek idarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğuna hükmetmektedir. Rahatsızlıkları nedeniyle sağlık kuruluşlarına başvuran hastaların muayene ve tetkik sonuçlarının değerlendirilmesi sonucu varsa hastalığın ya da şikayet sebeplerinin tespit edildiği teşhis ve tanı aşamasında; hastaya önceden konulmuş teşhislerin dikkate alınmaması, hasta beyanlarının dikkate alınmaması, gereken araştırma, tahlil ve tetkiklerin hiç ya da gereği gibi yapılmaması, hastaya ilişkin bulgular belirli bir hastalığın belirgin özelliklerini taşımasına rağmen hastaya yanlış tanı konulması, konsültasyon gereken hallerde konsültasyon yapılmaması gibi hatalar da hatalı tıbbi müdahale kapsamında idarenin sorumluluğuna yol açmaktadır.[36] Yine Danıştay uygun teşhis konulması üzerine hastanın rahatsızlıklarını gidermeye yönelik tıbbi girişimlerde bulunulmasını ifade eden tedavi aşamasında yapılan hatalar[37] ile sağlık personeli tarafından tedavi sonrası bakım ve rehabilitasyon yükümlülüklerinin ihlal edilmesini[38] de hatalı tıbbi müdahale olarak kabul ederek idarenin sorumluluğuna hükmetmektedir.

Danıştay kararları incelendiğinde *"...idarenin tazmin sorumluluğunun doğması için aranılan 'ağır hizmet kusuru'; riskli tıbbi müdahaleler ve operasyonlar bakımından geçerli olup; sağlık hizmeti içinde değerlendirilmekle beraber, tıbbi operasyon kapsamına dahil edilemeyecek birtakım bakım, gözetim ve yan müdahalelerin hiç veya gereği gibi yapılmaması dolayısıyla oluşan zararlarda, idarenin sorumluluğundan söz*

Komplikasyon; Komplikasyon ise, tıbbi girişim sırasında öngörülmeyen, öngörülse bile önlenemeyen durum, istenmeyen sonuçtur; ancak bunun bilgi ve beceri eksikliği sonucu olmaması gerekir. Bu tanıma göre, hekimin tıbben kabul ettiği normal risk ve sapmalar çerçevesinde davranarak gerekli dikkat ve özeni göstermesine rağmen ortaya çıkan istenmeyen sonuçlardan yasal olarak sorumlu olmayacağı belirtilmektedir... Öte yandan, yapılan operasyonun birden fazla aşamalı olmayıp tek süreçte sonlandırılabilen bir operasyon olması nedeniyle adli tıp kurumunca ikinci bir müdahale ile giderilebilecek olunmasının, durumu bir komplikasyon olmaktan çıkardığı da tartışmasızdır. Bu durumda operasyonda göz kapaklarına yapılan müdahalenin tıbbi standart dışına çıkılarak cerrahi müdahalenin kusurlu yapılması nedeniyle oluştuğu açık olup anılan tıbbi olumsuzlukların hizmet kusuru kavramının niteliği dikkate alındığında komplikasyondan öte, gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi ve meslekte acemilikten doğduğu sonucuna varılmıştır." Danıştay 15.D., 10.03.2016, E: 2015/8936, K: 2016/1604, Erişim: Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 15.07.2022.

[35] Danıştay 15.D., 03.04.2018, E: 2013/12187, K: 2018/3310; Danıştay 15.D., 17.04.2018, E: 2013/10806, K: 2018/3855; Danıştay 10.D., 01.04.2021, E: 2019/4946, K: 2021/1542; Danıştay 10.D., 05.04.2021, E: 2019/9688, K: 2021/1558 (Erişim: Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 15.07.2022).

[36] Hancı, Hamit (2006). Malpraktis: Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.101; Günday, Rezzan (2012). Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 53-56; Danıştay 1.D., 01.11.2007, E: 2007/1183, K: 2007/1294; Danıştay 15.D., 09.06.2016, E: 2013/4042, K: 2016/4202; Danıştay 15.D., 07.04.2016, E: 2013/4133, K: 2016/2390; Danıştay 15.D., 14.12.2017, E: 2017/276, K: 2017/7556Danıştay 15.D., 30.01.2015, E: 2014/7136, K: 2015/413 (Erişim: Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 16.07.2022).

[37] Danıştay 15.D., 08.02.2018, E: 2017/1357, K: 2018/1288; Danıştay 15.D., 10.11.2016, E: 2013/4251, K: 2016/5328; Danıştay 15.D., 10.03.2016, E: 2014/5674, K: 2016/1586; Danıştay 15.D., 31.01.2017, E: 2016/2473, K: 2017/83 413 (Erişim: Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 16.07.2022).

[38] Danıştay 15.D., 18.04.2016, E: 2015/7589, K: 2016/2661; Danıştay 15.D., 23.12.2015, E: 2015/7877, K: 2015/9091; Danıştay 15.D., 04.02.2016, E: 2015/455, K: 2016/601 (Erişim: Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 16.07.2022).

edebilmek için ağır hizmet kusurunun aranmasına gerek bulunmamaktadır."[39] şeklinde hüküm tesis etmek suretiyle sağlık hizmetinin yerine getirilmesinde ağır kusur kriterinin sadece riskli tıbbi müdahale ve operasyonlar için geçerli olup, bu kapsamda değerlendirilmeyen bakım, gözetim ve yan müdahalelerde, idarenin sorumluluğu için kusurun varlığını aradığı görülmektedir. Yüksek Mahkemenin bu doğrultuda verdiği kararların özellikle 2015 yılından sonra arttığı, 2015 yılından önce bu konuda az sayıda karar olduğu görülmektedir. Danıştay söz konusu içtihadını tam bir içtihat birliği bulunmasa da istikrarlı şekilde sürdürmektedir.

Danıştay'ın hatalı tıbbi müdahaleler dâhil sağlık hizmetlerinin birçoğu bakımından idarenin sorumluluğu için ağır kusur ayrımından vazgeçip basit kusuru sorumluluğun gerçekleşmesi için yeterli görmeye başlaması doktrinde de yerinde görülen bir uygulama olmuştur.[40] Nitekim kusurun ağırlığı, sorumluluğunun varlığı için değil sadece tazminat miktarının tespitinde ve kusurun derecesi de rücu hakkının kullanımında göz önüne alınması gereken bir husus olmalıdır.[41] Ancak şunu da belirtmek gerekir ki sağlık hizmetlerinin bünyesinde risk barındırması nedeniyle Danıştay'ın özellikle riskli tıbbi müdahale ve operasyonlarda idarenin sorumluluğu için ağır kusur kriterini araması ve bunu da her somut olayın özelliğine göre değerlendirmesi içtihadı da yerindedir.

2015 yılından günümüze Danıştay'ın içtihatlarının aynı yönde devam ettiği ve konuyla ilgili Yüksek Mahkeme'nin içtihat değişikliğine gitmediği görülmektedir.

Yüksek Mahkemenin 2015 yılından bu yana süregelen içtihadı gerekli olmakla birlikte kanaatimce yeterli değildir. İdarenin sunduğu sağlık kamu hizmetinin gerek nitelik gerek nicelik olarak artması nedeniyle diğer alanlarda olduğu gibi tıbbi müdahaleler alanında da idarenin sorumluluk alanının genişlemesi kaçınılmazdır. Fransız Danıştay'ı 1992 yılına kadar tıbbi faaliyetler konusunda idarenin sorumluluğu için ağır kusur şartını ararken, 1992 yılında Epoux V. kararıyla bu içtihadından vazgeçerek tıbbi faaliyetler konusunda idarenin sorumluluğu için kusurun yeterli olduğunu kabul etmiştir. Hatta Yüksek Mahkeme zorunlu aşı, AIDS ve Hepatit-C gibi bulaşıcı tehlike içeren hastalıklar ile kan ürünlerinin nakli konusunda ortaya çıkan zararlı sonuçların idareye

---

[39] *"…hekim tarafından işlem yapılmadan önce parmağın röntgenin çekilmesinin talep edilip hastanın parmağının durumu görüldükten sonra ortopedi konsültasyonu da yapılarak ortopedist hekiminin önerisi de alınarak birlikte dikiş işlemine geçilmesinin daha uygun olacağının bu hususların tıbbi uygulamada eksik bırakıldığı …"* Danıştay 10.D., 05.11.2004, E: 2005/3719, K: 2007/4316; Danıştay 10.D., 24.09.2007, E: 2005/3719, K: 2007/4316; Danıştay 15.D., 30.05.2016, E: 2013/4482, K: 2016/3888 (Erişim: Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 22.07.2022).

[40] Akyılmaz- Sezginer- Kaya, s. 507; Bereket Baş, Zuhal (2004). Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi Sonucu Ortaya Çıkan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu. Danıştay ve İdari Yargı Günü 135.Yıl, 9 Mayıs 2003 Sempozyumu, s.73.

[41] Özgüldür, Serdar (2004). "İdarenin Hukuki Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları", in İl Han ÖZAY, Günışığında Yönetim. İstanbul: Filiz Kitabevi, s.843; Gürsoy, Kemal Tahir (1980). "İdarenin Sorumluluğuna İlişkin İlkelerde Son Gelişmeler ve İsviçre Hukukunda İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Ana Hatları", İdare Hukuku Alanında Sorumluluk. İstanbul: Fakülteler Matbaası, s. 131; Eroğlu Durkal, Müzeyyen (2019). "Yargı Kararları Işığında Hizmet Kusuru". Terazi Hukuk Dergisi, C:14, S: 150, s.278.

yüklenebildiği ölçüde herhangi bir kusuru olmasa dahi, idarenin bundan hukuken sorumlu tutulması gerektiğini kabul ederek bu konuda idarenin kusursuz sorumluluğunu benimsemiştir.[42]

Danıştay ise kusursuz sorumluluğun uygulanabileceği birçok uyuşmazlıkta, davanın kabulü yönünde verilen kararları, idarenin kusurunun bulunmaması gerekçesiyle bozmuştur. Örneğin; sağlık ocağında çocuklarına uygulanan oral polio aşısı (OPV) nedeniyle çocuklarında felç oluştuğu iddiasıyla açılan tam yargı davasında idare mahkemesince, olayda idarenin hizmet kusuru saptanamamakla birlikte, zarar ile idarenin eylemi arasında nedensellik bağının bulunması sebebiyle idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmedilmiştir. Danıştay ise kararın temyiz incelemesinde, *"...çocuğun rahatsızlığının uygulanan oral polio aşısına bağlı olarak geliştiğinin tespit edilmiş olması ve Adli Tıp Kurumu ... Adli Tıp İhtisas Kurulunca verilen raporda da, OPV (oral polio aşısı) sonrası gelişen bulguların 'aşıya bağlı paralitik poliomyelit' ile uyumlu bulunduğu, hastalığın aşıya bağlı bir komplikasyon olarak ortaya çıktığı, aşı uygulamasının tıp kurallarına uygun olduğu, idareye yönelik hizmet kusuru tespit edilmediği şeklinde görüş bildirilmesi karşısında, idareye atfedilecek bir kusur bulunmadığı sonucuna varıldığı, davalı idarenin hizmet kusuru çerçevesinde tazmin yükümlülüğünün bulunmadığı, idarece önceden öngörülmesi ya da önlenmesi mümkün olmayan komplikasyonlar gelişmesi riskini içinde barındıran sağlık hizmetleri söz konusu olduğunda, kusursuz sorumluluk ilkesi uygulanmak suretiyle idareye tazmin yükümlülüğü yüklenmesi mümkün bulunmadığından, davacıların uğradığı zararın davalı idare tarafından kusursuz sorumluluk esasına göre karşılanmasına da hukuken olanak bulunmamaktadır."* diyerek idarenin sorumluluğu için kusurun varlığını aramış ve kusursuz sorumluluk uyarınca verilen idare mahkemesi kararını bozmuştur.[43]

Günümüzde sağlık alanında yaşanan gelişmeler neticesinde zorunlu aşı uygulamaları, AIDS, Hepatit-C gibi bulaşıcı tehlike içeren hastalıklar ile kan ürünlerinin nakli ve tedavi için gerekli olmakla birlikte sonucu tam olarak bilinmeyen riskli yöntemlerin kullanılması gibi tıbbi müdahale kaynaklı açılan tam yargı davalarında belirli durumlarda, somut olayın özelliği ve tıp bilimindeki gelişmeler de göz önünde bulundurularak kusursuz sorumluluk ilkesinin kabul edilip uygulanabilmesi gerekmektedir.

4. Hatalı Tıbbi Müdahale Kaynaklı Tam Yargı Davalarında Husumetin Kime Yöneltilmesi Gerektiği Sorunu

[42]Gözler, Kemal (2009).İdare Hukuku Cilt:II. 2.Baskı, Bursa: Ekin Kitabevi, s. 1087-1089; Atay- Odabaşı-Gökcan, s. 34.

[43] Danıştay 10.D., 23.03.2021, E: 2019/12744, K: 2021/1332, Erişim: Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 11.07.2022.

Kamuya ait olan hastaneler, vatandaşlara sağlık kamu hizmeti sunmak için kurulan ve idari yapı içerisinde yer alan teşkilatlardır. Burada gerçekleşen her türlü müdahalelerden doğan yahut bizzat hizmetin kuruluşundan veya hizmetin işleyişinden kaynaklanan eksikliklerle ilgili olarak doğacak olan problemler, idare hukuku esaslarına göre çözümlenecektir. Bu bağlamda idare tarafından doğrudan yürütülen sağlık hizmetinin sunumu nedeniyle kişilerin uğradığı maddi ve/veya manevi zararların, idarenin sorumluluğu ilkesi kapsamında idarece tazmini gerekmektedir. Sağlık hizmeti nedeniyle uğranıldığı öne sürülen zarar, idari yargıya özgü bir dava türü olan tam yargı davası yoluyla karşılanmaktadır.

Sağlık hizmetinden dolayı idarenin hukuki sorumluluğundan söz edilebilmesi için yerleşik Danıştay içtihatları gereği sağlık hizmetinin kusurlu yürütülmesi, bir zararın ortaya çıkması, kusurlu yürütülen sağlık hizmeti ile ortaya çıkan zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekmektedir.[44]

Sağlık hizmeti özelinde hatalı tıbbi müdahale nedeniyle ortaya çıkan zararların tazmini için açılan tam yargı davaları, gerek Anayasanın 40/3[45] ve 129/5[46] gerekse DMK 13/1.[47] maddeleri gereği kamu görevlisi olan doktor ve sağlık personeline karşı doğrudan açılamamaktadır. Dava ilgili idare aleyhine açılmaktadır. Zarara sebebiyet veren tıbbi müdahalede sağlık personelinin kusurunun bulunması durumunda, idare aleyhine açılan tam yargı davasında idare tazminat ödemek durumunda kalırsa, idarenin personele rücu hakkı saklıdır.[48]

Uygulamada da bu tür davaların, sağlık hizmetini yürüten idareye karşı açıldığı, olayla ilgisi bulunan hekimlerin, davalı idare yanında gerek idare mahkemesi aşamasında gerekse istinaf ve temyiz aşamasında davaya müdahil oldukları, şayet müdahale talepleri mahkeme aşamasında kabul edilmemişse, mahkemece verilen kararın temyiz mercii tarafından usul yönünden bozulduğu görülmektedir. Nitekim Danıştay verdiği kararlarda *"Bu durumda, dava konusu olaya ilişkin sorumluluğu olan kişi veya kişilere davalı idare tarafından rücu edebileceği dikkate alındığında, bakılan davanın sonucunun bu kişilerin menfaatlerini etkileyeceği açıktır…Bu itibarla, yukarıda belirtilen Kanun hükümlerinde*

---

[44] Kızılyel, s. 216-237.

[45] *"Kişinin, Resmî görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır."*

[46] *"Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir."*

[47] *"Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Ancak, Devlet dairelerine tevdi veya bu dairelerce tahsil veya muhafaza edilen para ve para hükmündeki değerli kağıtların ilgili personel tarafından zimmete geçirilmesi halinde, zimmete geçirilen miktar, cezai takibat sonucu beklenmeden Hazine tarafından hak sahibine ödenir. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır."*

[48] Danıştay 10.D., 07.10.2021, E: 2019/5441, K: 2021/4643, Erişim: Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 01.07.2022.

öngörülen davanın ihbarı için geçerli koşulların oluştuğu anlaşılmakta olup; Mahkemece, dava konusu olayda idare ile arasında rücu ilişkisi doğabilecek olan kişi veya kişilerin tespit edilmesi suretiyle davanın res'en ilgili veya ilgililere ihbar edilmesi gerektiğinden, bu husus gözetilmeksizin yapılan yargılama sonucunda verilen kararda hukuka uygunluk bulunmamaktadır."[49] demek suretiyle rücu ilişkinin söz konusu olduğu durumlarda sağlık personelinin menfaati olduğu için davaya müdahil edilmeleri gerektiğini açıkça belirtmektedir.

Yine davacıların çocuğunun ameliyatı sırasında sağ yerine sol kolunun ameliyat edilmesinde davalı idarenin hizmet kusuru bulunduğundan bahisle uğranıldığı ileri sürülen zararın tazmini istemiyle açılan davada; Adli Tıp Kurumu raporunda, sağlam olan kolun yanlışlıkla ameliyat edilmesinden dolayı ameliyatı yapan hekimin 8/8 oranında kusurlu olduğu belirtilmiştir. Bu rapora dayanarak tazminat istemini kabul eden idare mahkemesi kararı ise ameliyatı gerçekleştiren hekimin müdahale isteminin mahkeme aşamasında kabul edilmemesi nedeniyle Danıştay tarafından *"Olayda; davalı idare yanında müdahale isteminde bulunan ?'ın, davacılardan ?'in, Balta Limanı Metin Sabancı Kemik Hastalıkları Hastanesinde 21.9.2000 tarihinde yapılan ameliyatı sırasında sağ yerine sol kolunu ameliyat eden doktor olması ve bu davanın davalı Sağlık Bakanlığı aleyhine sonuçlanması halinde, Sağlık Bakanlığı'nca doktor ?'a rücu edilecek olması karşısında; davalı idare yanında müdahale isteminde bulunan ?'ın müdahale istemi kabul edilip, savunması alınarak dosyanın usule uygun tekemmül ettirilmesi suretiyle davanın karara bağlanması gerekirken, davalı yanında müdahale istemi kabul edilmeksizin verilen temyize konu kararda usule uyarlık bulunmamaktadır."* denilerek usul yönünden bozulmuştur.[50]

SONUÇ

Ülkemizde idarenin, hatalı tıbbi müdahale nedeniyle sorumluluğu kabul edilmektedir. Tıbbi müdahale hataları nedeniyle idarenin sorumluluğunda özellikle 2015 yılına kadar idarenin sorumluluğunun şartı olarak "ağır hizmet kusuru" şartı aranmakla birlikte bu konuda Danıştay kararları arasında içtihat birliği olduğunu söylemek güçtür. Özellikle 2015 yılından itibaren Danıştay'ın tıbbi müdahale hataları nedeniyle idarenin sorumluluğunda ağır kusur kriterinden vazgeçerek kusurun varlığını aradığı, ağır kusur kriterinin ise sadece riskli tıbbi müdahale ve operasyonlar bakımından arandığını söylemek mümkündür. Kararlarda özellikle riskli tıbbi müdahale ve operasyonlarda idarenin sorumluluğu için ağır kusur kriterinin aranması ve bunun da her somut olayın

[49] Danıştay 10.D., 07.10.2021, E: 2019/5441, K: 2021/4643; Danıştay 10.D., 30.03.2021, E: 2019/6760, K: 2021/1480; Danıştay 10.D., 24.09.2020, E: 2019/6424, K: 2020/3238; Danıştay 10.D., 16.11.2020, E: 2019/6474, K: 2020/4956 (Erişim: Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 01.07.2022).

[50] Danıştay 10.D., 11.06.2010, E: 2007/4932, K :2010/5301, Erişim: Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 24.07.2022.

özelliğine göre değerlendirildiği görülmektedir. Danıştay, söz konusu içtihadını, tam bir içtihat birliği bulunmasa da, 2015 yılından bu yana daha istikrarlı şekilde sürdürmektedir. içtihadı da yerindedir. Yüksek Mahkeme'nin tıbbi müdahale hataları dâhil sağlık hizmetlerinin birçoğu bakımından idarenin sorumluluğu için ağır kusur şartından vazgeçip kusurun varlığını sorumluluğun gerçekleşmesi için yeterli görmeye başlaması yerinde olmakla birlikte, Fransız Danıştay'ının 1992 yılından bu yana zorunlu aşı, AIDS ve Hepatit-C gibi bulaşıcı tehlike içeren hastalıklar ile kan ürünlerinin nakli konusunda ortaya çıkan zararlı sonuçların idareye yüklenebildiği ölçüde herhangi bir kusuru olmasa dahi, idarenin bundan hukuken sorumlu tutulması gerektiğini kabul ederek bu konuda idarenin kusursuz sorumluluğunu benimsediği de dikkate alındığında yeterli değildir. Günümüzde sağlık alanında yaşanan gelişmeler neticesinde zorunlu aşı uygulamaları, AIDS, Hepatit-C gibi bulaşıcı tehlike içeren hastalıklar ile kan ürünlerinin nakli ve tedavi için gerekli olmakla birlikte sonucu tam olarak bilinmeyen riskli yöntemlerin kullanılması gibi tıbbi müdahale kaynaklı açılan tam yargı davalarında belirli durumlarda, somut olayın özelliği ve tıp bilimindeki gelişmeler de göz önünde bulundurularak kusursuz sorumluluk ilkesinin kabul edilip uygulanabilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Akgül, Aydın (2016). "İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazmin Sorumluluğu ve Danıştayın Yeni Yaklaşımı", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XX, Y: 2016, s. 269-302.

Atay, E.Ethem- Odabaşı, Hasan -Gökcan, Hasan Tahsin (2003). Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Ankara: Seçkin Kitabevi

Atay, Ender Ethem (2021). İdari Yargılama Hukuku, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Ayan, Mehmet (1991). Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk. Ankara: Kazancı Yayınları.

Bahtiyar Akyılmaz- Murat Sezginer- Cemil Kaya (2020). Türk İdari Yargılama Hukuku, Ankara: Savaş Yayınevi.

Bayındır, M. Savaş (2007). "Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu". Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:XI, S:1-2, s. 511-590.

Bereket Baş, Zuhal (2004). Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi Sonucu Ortaya Çıkan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu, Danıştay ve İdari Yargı Günü 135.Yıl, 9 Mayıs 2003 Sempozyumu, Ankara.

Canbolat, Ferhat (2009). "Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Kaynaklanan Sorumluluğunun Dayanağı". Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 80, s.156-181.

Çakmut (Yenerer), Özlem (2003). Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul: Legal Yayınevi.
Demir, Simge (2018). Kamu Görevlisi Hekimlerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Sorumluluğu, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
Duran, Lütfi (1974). Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Ankara: Sevinç Matbaası.
Eroğlu Durkal, Müzeyyen (2019). Yargı Kararları Işığında Hizmet Kusuru, Terazi Hukuk Dergisi, C:14, S: 150, s.265-283.
Ersöz, Kürşat (2010). "Tıbbi Müdahale Kavramı ve Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları". Terazi Hukuk Dergisi, Yıl: 5, Sayı: 45, s. 105-122.
Ersöz, Kürşat (2010). Tıbbi Müdahale Kavramı ve Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartları". Terazi Hukuk Dergisi, C: 5, S: 45, s. 105-122.
Gencer, Zafer Adem (2014). Ceza Hukuku Kapsamında Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu. Ankara: Bilge Yayınevi.
Gökcan, Hasan Tahsin (2013). Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
Gözler, Kemal (2009).İdare Hukuku Cilt:II, 2.Baskı, Bursa: Ekin Kitabevi.
Gümüşay, İpek Nur (2021). Danıştay Kararları Işığında Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluk, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
Günday, Rezzan (2012). Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara: Adalet Yayınevi.

Günday, Rezzan (2012). Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk. Ankara: Adalet Yayınevi.
Gürsoy, Kemal Tahir (1980). "İdarenin Sorumluluğuna İlişkin İlkelerde Son Gelişmeler ve İsviçre Hukukunda İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Ana Hatları", İdare Hukuku Alanında Sorumluluk, İstanbul: Fakülteler Matbaası, s. 71-133.
Hakeri, Hakan (2019). Tıp Hukuku, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
Hancı, Hamit (2006). Malpraktis: Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
Hızal, Abdullah- Serkan Çınarlı (2015). "Hatalı Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Tam Yargı Davalarında Tazmin Borcunun Kapsamı", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2 (1), 143-184.
Kalabalık, Halil (2012). "Sağlık Hukukunda Kamu Görevlilerinin Sorumluluğu", Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi III. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 25-26 Nisan 2011, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 239-325.
Karavelioğlu, Celal (2001). İdari Yargılama Usulü Kanunu, C: 1, Madde: 1-14. 5.Baskı, Kayseri.
Kızılyel, Serkan (2008). "İdarenin Sağlık Hizmetinden Doğan Tazminat Sorumluluğu", Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007, Ankara: Ankara Barosu Yayınları, s. 203-

241, Erişim: http://www.ankarabarosu.org.tr/siteler/1940-2010/Kitaplar/pdf/s/s1-1.pdf, 20.06.2022.
Kirkit, Ecem (2016). Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu. Ankara: Adalet Yayınevi.
Özdemir, Necdet (1963). Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu. Ankara.
Özgüldür, Serdar (2004). "İdarenin Hukuki Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları", in İl Han ÖZAY, Günışığında Yönetim, İstanbul: Filiz Kitabevi.
Polat Oğuz - Işıl PAKİŞ (2011). "Tıbbi Uygulama Hatalarında Hekim Sorumluluğu". Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi, C: 2, S: 3, s. 119-125.
Sarıca, Ragıp (1949). "Hizmet Kusuru ve Karakterleri". İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: XV, S:4, s. 858- 895.
Savaş, Halide (2013). Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları. Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
Sever, Dilşad Çiğdem (2018). Danıştay Kararları Işığında Sağlık Hizmetlerinden Dolayı İdarenin Sorumluluğu, in: Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Ankara.
Uysal, Büşra (2011). "İdarenin Sağlık Hizmetlerinde Kusurlu Sorumluluğu". Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S: 77-78.
Yılmaz, Battal (2010). Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu. Ankara: Adalet Yayınevi.

OSMANLI DEVLETİNDE TOPLANMA ÖZGÜRLÜĞÜ

Emir Efe EGEMEN *

Özet

Bu çalışmada, Osmanlı Devletinde toplanma özgürlüğü konusuna üzerinde durulmuştur. Bu doğrultuda; demokratik toplumlarda çok önemli bir konuma sahip olan toplanma özgürlüğü bağlamında, Osmanlı Devletindeki hukuki düzenlemeler araştırılmıştır. Böylece toplanma özgürlüğü hakkındaki anayasal ve yasal düzenlemeler irdelenmiştir. Bu bağlamda; çalışma, toplanma özgürlüğü hakkındaki açıklamalar ve mevzuat hükümleri eksenindeki değerlendirmeler olmak üzere, iki bölümden oluşmaktadır.

Çalışmada ilk olarak, öğretideki hususlar ışığında, toplanma özgürlüğü kavramı hakkında, açıklamalar yapılmıştır. Çalışmanın ikinci bölümünde ise; konu hakkında düzenlemeler içeren mevzuata odaklanılmıştır. Bu bağlamda; 1876 Anayasası ile 1909 ve 1912 tarihli iki Kanun incelenmiştir. Böylece ilgili mevzuat hükümleri ve yaşanan gelişmeler doğrultusunda, Osmanlı Devletinin toplanma özgürlüğüne bakışı hakkında değerlendirmeler yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Toplantı, Toplanma Özgürlüğü, Düşünce Özgürlüğü, İfade Özgürlüğü.

THE FREEDOM OF ASSEMBLY IN THE OTTOMAN STATE

Abstract

In this study, it has been dealt with the issue of the freedom of assembly in the Ottoman State. In this direction; in the context of the freedom of assembly which has a very significant position in democratic societies, legal regulations in the Ottoman State have been investigated. Thus, constitutional and legal regulations about the freedom of

* Türk Alman Üniversitesi Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi, ORCID: 0000-0002-1310-9713, lawlexius@gmail.com

assembly have been examined. In this context; this study consists of two parts: explanations about the freedom of assembly and evaluations in legislation axis.

In the study, firstly, in the light of the doctrine, the explanations have been made about the concept of the freedom of assembly. In the second part of the study; it has been focused on legislation that includes regulations on the subject. In this context; The 1876 Constitution and the two laws of 1909 and 1912 have been examined. Thus, in view of the provisions of the legislation and the developments experienced, the view of the Ottoman State on the freedom of assembly has been assessed.

Key Words: Assembly, the Freedom of Assembly, the Freedom of Thought, the Freedom of Expression**.**

Giriş

"Toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü" veya "toplanma özgürlüğü", adına ne dersek diyelim, her iki kavram da esasında, aynı hususa işaret etmektedir. Türk anayasa hukukunda, önceleri *(1876, 1921 ve 1924 Anayasalarında)* "toplanma özgürlüğü" kavramı, daha sonraları ise *(1961 ve 1982 Anayasalarında)*"toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü" kavramı kullanılmıştır. Ayrıca İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesinde yani Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde (AİHS),*(11. madde) "freedom of peacefulassembly"* kavramı yani *"barışçıl toplanma özgürlüğü"* ifadesi kullanılmıştır. Görüldüğü üzere; AİHS'nin 11. maddesinde "gösteri yürüyüşü" ifadesi sadece kelime olarak bulunmamaktadır. Fakat Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), 11. maddede geçen "toplantı özgürlüğü" kavramını içtihatlarıyla "gösteri özgürlüğü"nü de kapsayacak şekilde genişletmiştir (Akbulut, 2013: 383). Ayrıca Doğru (2006: 43)'nun belirttiği üzere; toplanma *(assembly)* kavramı, açık ve kapalı toplantıları, yürüyüşler, gösteriler ve oturma eylemleri gibi, her türlü bir araya gelmeleri içerecek şekilde yorumlanmıştır. Son olarak belirtmek gerekir ki; Osmanlı Devletindeki hukuki düzenlemelerde, "toplanma özgürlüğü" kavramı kullanıldığı için, bu çalışma kapsamında, bu kavram tercih edilmiştir.

1. Toplanma Özgürlüğü

Toplanma; aynı yerde ikiden fazla şahsın belli bir amaçla bir araya gelmesi, buluşması veya karşılaşması olayıdır (Anayurt, 1998: 7). Yine benzer şekilde, başka bir tanıma göre; toplanma, kişilerin, görüşlerini açıklamak, fikir alışverişinde bulunmak için, özel veya kamuya ait, açık veya kapalı alanlarda bir araya gelmeleridir (Reisoğlu, 2001: 90). Görüldüğü gibi; her iki tanımda da, kişilerin belli amaçlar doğrultusunda, belirli ortamlarda bir araya gelmeleri vurgulanmaktadır.

Toplanma özgürlüğü kavramı hakkında, mevzuatımızda tek tanım bulunmaktadır. Toplanma özgürlüğü kavramı, 10.02.1963 tarih ve 171 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hürriyetti Hakkında Kanunun *(RG Tarih: 18.02.1963, Sayı: 11337)* gerekçesinde, *"belirli meseleler üzerinde müzakere icra ve karar ittihaz etmek üzere genel yani herkesin girebileceği yerlerde geçici toplantılar yapılmasına teşebbüs ve temin hakkı"* (Güngör ve Kavalalı, 1990: 24) şeklinde tanımlanmıştır.

Toplanma özgürlüğü, demokratik bir toplumda temel haklardan biri olup, demokratik toplumun kurucu unsurlarındandır (Doğru, 2006: 43). Yönetenlerin, yönetilenler tarafından kontrol edilebildiği bir ülke üzerinde, devletin, vatandaşlarına tanıdığı haklardan biri olan (Yarsuvat, 1968: 27)toplanma özgürlüğü, bir toplantının düzenlenmesini, yürütülmesini ve buna katılmayı içerir (Alpkaya, 2001: 9). Yani öğretide, toplanma özgürlüğünün birden fazla özgürlüğü içerdiği kabul görmektedir. Nitekim Aygen (1959: 295)'e göre; bu özgürlük, bir yere gitmek, orada bir araya gelmek; siyasi, içtimai veya mesleki bir meseleyi münakaşa ve müzakere etmek ve hatta bir karara varılacak olursa bunun icrasını temin için çalışmak hususlarını içeren mürekkep bir özgürlüktür. Yine Kaboğlu (1992: 118; 1999: 256) da bu özgürlüğün toplantıyı düzenleme, katılım ve serbest ifade öğelerini kapsadığını belirtmektedir. Görüldüğü üzere; toplanma özgürlüğü, kendi içerisinde birden fazla özgürlüğü barındıran kapsamlı bir özgürlük niteliğindedir.

Toplanma özgürlüğü, öğretide, düşünce özgürlüğü ile birlikte anılmaktadır. Toplanma özgürlüğünün, düşünce özgürlüğünün bir devamı, tamamlayıcısı sayılabileceğini ifade eden Akın (1964: 545)'a göre; insanoğlunun düşündüğünü ortaya atması, fikirlerini savunması, en önemli özgürlüklerinden biri olan, toplanma özgürlüğüne bağlıdır. Yarsuvat (1968: 21) da toplanma özgürlüğünün önemi itibariyle, düşünce özgürlüğüne sıkı surette bağlı olduğunu ve kişinin düşündüğünü açıklayabilmesi, fikirlerini savunabilmesi için böyle bir özgürlüğe ihtiyacı olduğunu ifade etmektedir. Ayrıca Reisoğlu (2001: 90) da benzer şekilde, toplanma özgürlüğünü çağdaş toplumlarda düşünceyi açıklama özgürlüğünün bir uzantısı ve bu özgürlüğün önemli bir gerçekleştirme aracı olduğunu vurgulamaktadır.

Öğretide, *"hakikî veya hükmî şahısların muhtelif maksat ve gayelerle geçici olarak toplanmaları"*Ozanalp (1957: 10) şeklinde tanımlanan toplanma özgürlüğü, ifade özgürlüğüyle de bağlantılıdır. Çünkü düşüncenin serbestçe yayılma araçlarından biri de insanların bir araya gelmeleri, karşılıklı olarak düşündüklerini birbirlerine aktarmalarıdır (Akın, 1964: 545). O halde, toplanma özgürlüğü, bireylerin düşüncelerinin topluca ifade edilmesine imkân vermektedir. Toplanma özgürlüğü ile düşünce değişiminde bulunmak veya ortak çıkarları savunmak amacıyla geçici olarak bir araya gelen kişi gruplaşması korunur (Kaboğlu, 1989: 81). Sunay (2001: 182) da, toplanma özgürlüğünün bir fikir ya

da görüşün toplu olarak açıklanmasını ifade eden bir özgürlük çeşidi olduğunu vurgulamaktadır. Özetle, toplanma özgürlüğü, bireylerin düşünce değişiminde bulunmak veya belli ortak çıkarları savunmak amacıyla bir araya gelerek belli fikir ve kanaatler çerçevesinde kamuoyu oluşturma ya da siyasal karar organlarını etkileme ereğine yönelmektedir (Kaboğlu, 1992: 118; 1999: 256).

Kanımızca toplanma özgürlüğü bağlamında, şiddet içermemek şartıyla, toplum genelinin kabulünün dışındaki farklı ve hatta bunlara zıt düşünceler dahi, özgürce aktarılabilmelidir. Bunun için ise ihtiyaç duyulan en önemli şart, demokratik bir toplum düzeninin sağlanabilmesidir. Çünkü toplumun geneli tarafından kabul görmeyen farklı düşünceler, ancak demokratik toplumlarda rahatça ifade edilebilir (Çözeli, 2016a: 121). Daha geniş bir ifadeyle; farklı düşüncelerin hayat bularak kendini gösterebilmesi, demokrasinin ve hukukun üstünlüğünün bir gereğidir ve ancak demokrasinin egemen olduğu, insan haklarının yerleştiği bir ortam bunu sağlayabilir (Çözeli, 2016b: 1).

Toplanma özgürlüğü, bireylerin doğrudan girişimiyle kullanılabileceği gibi dernek, sendika ve partilerin örgütlü toplu özgürlük özneleri olarak sürekli başvurdukları bir haktır (Kaboğlu, 1992: 118; 1999: 257). Toplanma özgürlüğünü, *"gerek kişinin, gerek toplulukların düşünce ve söz hürriyetlerine açıldığı kapı"* olarak tanımlayan Yarsuvat'a (1968: 27) göre; bu hak vasıtasıyla insanlar kendi âlemlerinden çıkarak dışa dönebilmekte, fikir ve düşüncelerini başkalarına söyleyebilmekte ve yine başkaları ile tartışabilmekte, siyasi hayata karışabilmektedir. Yine Ozanalp (1957: 10), *"Bu hürriyet; umumî efkârı aydınlatmağa, olgunlaştırmağa hizmet eder."* diyerek toplanma özgürlüğünün kamuoyunu aydınlatma ve olgunlaştırma işlevlerine dikkat çekmiştir. Buna benzer şekilde; Yarsuvat (1968: 27) da, kamuoyunun oluşmasının bu özgürlük sayesinde olduğunu ifade etmektedir.

Kaboğlu (1992: 118; 1999: 257), her gerçek veya tüzel kişinin, toplantı düzenleme, bu gruplaşmaya katılma ve bu toplu eylem çerçevesinde serbestçe anlatım hakkına sahip olduğunu belirtmektedir. Toplanma özgürlüğü, çok değişik amaçları gerçekleştirmek için kamu düzeni sınırları içinde kullanılabilir (Kaboğlu, 1989: 81). Nitekim Anayurt (1998: 7)'un belirttiği üzere; toplum içerisinde bireyler, zaman zaman kendi güçlerini iktidarlara karşı hissettirmek, zaman zaman rakip gruplarla mücadele etmek, zaman zaman ahlâki, bilimsel, dinî açılardan tam bir kaynaşma ihtiyacı içerisinde olmak için toplanma ve gösteri yürüyüşü hakkından faydalanmış ve faydalanmaktadır. Ayrıca toplanma özgürlüğü ile bireyler, belirli konular hakkında güçlü ve etkin bir şekilde kamuoyu oluşturabilme fırsatına da sahip olur.

Demokratik bir ülkede, demokrasinin olmazsa olmazı olarak, siyasal ve sosyal çoğulculuğu/çeşitliliği korumanın yolu, her türlü düşüncenin serbestçe ve barışçıl bir şekilde ifade edilebilmesidir (Eryılmaz ve Seyhan, 2007: 46). Bunun uygulamada sıkça

rastlanan örneklerinden birisi de toplantı ve gösteri yürüyüşleridir. Çünkü Sunay (2001: 182)'a göre; herkese açık olması, kullanımı bakımından basın araçlarında olduğu gibi fertlerin ekonomik durumunu göz önüne almaması, fikir ve düşüncelerin toplu bir şekilde ifadesine imkân sağlaması, toplantı ve gösteriyi en sık başvurulan baskı ve ifade aracı haline dönüştürmüş durumdadır. Ayrıca benzer şekilde; Tanör (1994: 107) de, bu etkinliklerin özellikle halk kitleleri için elverişli, pratik, ucuz ve etkili bir ifade ve baskı aracı olduğuna işaret etmektedir.

Yönetilenlerin, iktidarın politikalarından ne kadar memnun olduklarını gösterme yollarından biri olan (Eryılmaz ve Seyhan, 2007: 46) toplantı ve gösteri yürüyüşleri; bireylerin belli ortak çıkarları savunmak, düşünce değişiminde bulunmak ve belli fikir ve kanaatler çerçevesinde kamuoyu oluşturmak için geçici olarak bir araya gelmeleridir (İşgören, 2011: 147). Gösteri ve yürüyüşler; siyasal, sosyal, mesleki ve ekonomik konularda, bir karara, bir düzenlemeye veya uygulamaya karşı protesto veya hoşnutsuzluğu ortaya koyma yahut bir hak istemini dile getirme biçiminde, kitlelerin belli konularda kanaatlerini toplu olarak açıklamasıdır (Kaboğlu, 1989: 63). Kişiler, siyasi, sosyal, kültürel vb. nedenlerle toplanırlar ve gösteriler, yürüyüşler, mitingler düzenleyerek görüşlerini toplu olarak ifade ederler (Doğru ve Nalbant, 2013: 430). Yine toplantı, gösteri yürüyüşü ve basın açıklaması ile bireyler fikirlerini ve özellikle de tepkilerini özgürce ortaya koyarlar (Hançerli ve diğerleri, 2013: 110).

2. Osmanlı Devletindeki Hukuki Düzenlemelerde Toplanma Özgürlüğü

Yarsuvat (1968:81)'a göre; çağdaş düşüncenin anladığı anlamda bir toplanma özgürlüğüne, iktidar üzerinde etki yapabilecek kamuoyunun teşekkülünü sağlayacak bir toplanma hakkına, Osmanlı İmparatorluğunun asırlar süren tarihi boyunca, son devirlerindeki çok kısa bir süre hariç, rastlanmamaktadır.Gerçekten de aşağıda yer verilecek hukuki düzenlemelerin tarihine bakıldığında, bu durum açıkça görülecektir. Ayrıca Osmanlı Devletinde, toplantı ve gösteri yürüyüşleri, daha çok yeniçeri isyanları şeklinde ortaya çıkmış ve padişah ve vezir değiştirilmesi amacına dönük olmuştur (İşgören, 2011: 30).

Yönetilenler tarafından yönetenlerin iktidarlarını sınırlandırma konusunda atılan ilk adım niteliğindeki (Yarsuvat, 1968: 83) Sened-i İttifakta, Türklerin "ilk Haklar Beyannamesi" olarak kabul edilen (Kapani, 2013: 96) Tanzimat Fermanında veya ana hedefi, Müslümanlar ile gayrimüslimler arasında her yönden tam bir eşitlik sağlamak olan (Gözler, 2015: 15-16) Islahat Fermanında ya da Türkiye'nin anayasal insan hakları tarihinde "adalet" ve "hakkaniyet" kavramlarının yoğun biçimde kullanıldığı ilk anayasal belge olan (Şahin, 2014: 239) Adalet Fermanında, toplanma özgürlüğünden söz edilmemiştir. Yarsuvat (1968: 83)'a göre; memleketin içinde bulunduğu şartlar göz önüne alınır ve söz konusu belgelerin tedaviye çalıştığı konulara dikkat edilirse, toplanma özgürlüğünün varlığı için zamanın henüz erken olduğu görülür. O halde,Türk Hukukunda

toplanma özgürlüğünün pozitif bir hak olarak kullanımını görebilmek için en azından Kanun- i Esasi'yi beklemek gerekir (Anayurt, 1998: 101).

2.1. 1876 Anayasası (Kanun-i Esasi)

Kapani (2013: 103)'ye göre; kişi hak ve özgürlükleri ilk defa, klasik esaslara uygun, oldukça geniş bir liste halinde 1876 Anayasasındayer almıştır. Fakat bunlar arasında hiçbir kolektif hak yer almamaktadır (Akın, 1964: 556; Kaboğlu, 1989: 51; Anayurt, 1998: 101 ve 103). 1876 Anayasasında yer alan haklar listesinin, ilk bakışta zamanın liberal anlayışına göre düzenlenmiş Batılı örneklerinden pek geri kalır bir tarafı olmadığını vurgulayan Kapani (2013: 103)'ye göre; herhangi bir güvenceye bağlanmadıklarından dolayı, aslında buradaki bütün sayılan haklar ve hürriyetler sadece platonik bir değer taşımaktan öteye gitmemektedir. 1876 Anayasasının şekil bakımından, halk iradesine dayanan, halkın seçtiği bir meclis tarafından yapılmış gerçek bir Anayasa olmadığını, hükümdarın kendi iradesi ile millete bağışlanmış bir berat mahiyetinde olduğunu belirten Kapani (2013: 103)'ye göre; bu Anayasa, hükümdarın yetkilerini en geniş ölçüde tutmakta, onun şahsını sorumsuz ve "mukaddes" saymaktadır.

1876 Anayasasının ilk halinde, toplanma özgürlüğüne yer verilmemiştir. 1876 Anayasası, II. Abdülhamid'in tahttan indirilmesinden kısa bir süre sonra ilk önce 1909'da sonra 1912, 1914, 1916 yıllarında toplam sekiz kez değiştirilmiştir (Mumcu ve Küzeci, 2012:174). Yapılan değişiklikler, Kapani (2013: 105)'ye göre; genel olarak hükümdarın yetkilerinin sınırlanması, buna karşılık parlamentonun yetkilerinin genişletilmesi yönünde olmuş, yasama ve yürütme organları arasında bir denge kurularak klasik parlamenter sistemin ruhuna uygun bir mekanizma meydana getirilmek istenmiştir.

1876 Anayasası ile fertlere tanınan hak ve hürriyetler, 1909'daki değişikliklerle takviye olunmuş, ayrıca Anayasanın ilk şeklindekilere, bazı yeni hak ve hürriyetler ilave edilmiştir (Anayurt, 1998: 103). Kişi hak ve hürriyetleri alanındaki değişikliklerin pek geniş sayılamayacağını ifade eden Kapani (2013: 105)'ye göre; bu konuda belki en önemli yenilik, bu değişiklik olmuştur.En kapsamlı değişiklik olan 1909 değişikliğiyle, Anayasanın 1876 yılındaki yapısı hemen hemen temelinden yenilenmiş ve böylece Türk tarihinde gerçek anayasal rejim kurulmuştur (Mumcu ve Küzeci, 2012:174). Gözler (2015: 25)'e göre; 1909 değişiklikleriyle artık Osmanlı rejimi bir "meşrutî (sınırlı, anayasal) monarşi" haline gelmiştir.

1909 değişiklikleri bir takım yeni hak ve hürriyetleri getirmesinin yanı sıra bunları koruyucu, güçlendirici bir takım tedbirlere de yer vermiş, yasama faaliyetinin padişahın iradesine göre yapılmasının büyük ölçüde önüne geçilmiştir (Anayurt, 1998: 103). Yapılan değişiklikle birlikte, 1876 Anayasasının ilk şeklinde yer almayan iki kolektif hakka yer verilmiştir (Anayurt, 1998: 103; İşgören, 2011: 35). Metne eklenen yeni bir madde ile (120. madde) Osmanlı vatandaşlarına toplantı ve dernek kurma özgürlükleri

tanınmıştır (Akın, 1964: 556; Yarsuvat, 1968: 84; Kaboğlu, 1989: 53; Anayurt, 1998: 103; Mumcu ve Küzeci, 2012:174; Kapani, 2013: 105).

1876 Anayasasının 120. maddesinde, *"Kanun-u mahsusuna tebaiyet şartı ile Osmanlılar hakkı içtimaa maliktir."* denmekte (Akın, 1964: 556; Yarsuvat, 1968: 84; Anayurt, 1998: 103) ve böylece ilk defa toplanma hakkı, kabul edilmiş olmaktadır (Yarsuvat, 1968: 84). Bu maddeye göre; kanunda belirtilecek usul ve şartlar dairesinde Osmanlıların toplanma özgürlüğüne sahip oldukları açıkça belirtilmektedir (Anayurt, 1998: 103).Görüldüğü üzere; buradaki düzenleme, oldukça kısa ve genel bir hüküm niteliğindedir. Yine de ilk olması açısından elbette ki çok önemlidir. 120. maddede sözü edilen Kanun-u Mahsusa (Özel Kanun) 1909'da "İçtimaat-ı Umumiye Kanunu" (Genel Toplantılar Kanunu) adı ile çıkmış, ayrıca 1912'de "Tecemmuat Hakkında Kanunu Muvakkat" (Toplanmalar Hakkında Geçici Kanun) çıkarılmıştır (Ozanalp, 1957: 13; Akın, 1964: 556; Yarsuvat, 1968: 84-87; Anayurt, 1998: 104).

2.2. İçtimaat-ı Umumiye Kanunu

II. Meşrutiyet döneminde, 1876 Anayasasında yer alan toplanma özgürlüğünü düzenlemek konusunda, 27 Mayıs 1325 tarihli İçtimaat-ı Umumiye Kanunu çıkarılmış ve 4 Haziran 1325'te (9 Haziran 1909) neşir ve ilan edilmiştir (Yarsuvat, 1968: 84). İçtimaat-ı Umumiye Kanunu, 1881 tarihli Fransız Genel Toplanmalar Kanunu örnek alınarak/göz önünde bulundurularak kaleme alınmıştır (Yarsuvat, 1968: 85; Anayurt, 1998: 104). Yarsuvat (1968: 85), bu Kanunun İmparatorluk devrinde yapılmış olmasına rağmen liberal görünüşte olduğunu vurgulamaktadır. Anayurt (1998: 104)'a göre de, kanuna tamamen liberal bir hava hakimdir.

İçtimaat-ı Umumiye Kanununa göre; toplantı yapmak için önceden izin almak gerekmez (Akın, 1964: 556; Atalay, 1995: 36). Nitekim Kanunun birinci maddesine göre; *"Osmanlı gayrı müsellah olmak üzere umumî içtimalar aktinde hürdür. Mevadıâtiyede münderiç ahkâma riayet edilmek şartiyle ruhsat istihsaline hacet yoktur."* denilmektedir (Akın, 1964: 556-557; Yarsuvat, 1968: 86). Böylece, Kanun izin sistemini yasaklamıştır (Anayurt, 1998: 104). Bu madde, Kanunun liberal karakterini açık bir şekilde ortaya koymaktadır (Aygen, 1959: 296). Ortaya çıktığı tarih düşünüldüğünde, Kanunun zamanına göre oldukça özgürlükçü olduğu açıktır (Çözeli, 2016b: 101-102).

Görüldüğü üzere; İçtimaat-ı Umumiye Kanununa göre; toplanma özgürlüğünün kullanılmasında izin alınması gerekmemektedir. İzin gerekmemesi yönündeki bu hükmün o zamanda bile var olması gerçekten önemlidir (Çözeli, 2016b: 102). İzin söz konusu olduğunda toplantı ve gösterinin yapılması adı üstünde otoritelerin belirli bir izin vermesine bağlı iken, Türkiye'de olduğu gibi "önceden haber verme" (bildirim) sisteminde, gösteriyi yapacak olanların sadece otoriteleri durumdan haberdar etmeleri yeterlidir (Tanyar, 2011: 617). Toplantılar düşünce ve görüşlerin dolaysız ifade yollarını oluştururlar (Alpkaya, 2001: 6). O halde, özgür bir ülkede yaşayanlar, ellerindeki hakları

koruyabilmek için serbestçe toplanabilmeli, düşündüklerini birbirlerine aktarabilmelidir (Akın, 1964: 545).

İçtimaat-ı Umumiye Kanunu, toplanma yapılmadan önce en az iki kişi tarafından imzalı bir beyanname verilmesi esasını getirerek önceden bildirim rejimini benimsemiştir (Anayurt, 1998: 104). Nitekim Kanunun 2. maddesi, toplanmadan önce toplanmanın yeri, günü ve saatini belirtir bir beyannamenin toplanma yerinde ikamet eden, siyasî ve medenî haklara sahip en az kişi tarafından açık kimlikleri ile tanzim ve imzasını şart koşmaktadır (Çalen, 2008: 93). Bildirim rejiminde, genel olarak, bir özgürlüğün kullanılabilmesi için önceden herhangi bir izin alma gereği yoktur (Anayurt, 1998: 92).

İçtimaat-ı Umumiye Kanununun 6. maddesinde, Padişah Sarayı ile toplu bulundukları sırada Meclis-i Ayan ve Meclis-i Mebusan binalarının üç kilometre mesafesi içerisinde açık yerlerde toplanılamayacağı hükme bağlanmıştır (Anayurt, 1998: 104). 7. maddenin 2. fıkrasında da güneşin batışından doğuşuna kadar geçen süre içerisinde toplanılamayacağı belirtilmiştir (Anayurt, 1998: 104). Kanunun 9. maddesine göre; toplantılarda hükümet tarafından bir memur bulundurulabilmektedir (Yarsuvat, 1968: 87).

3 Mart 1328 tarihinde, "İçtimaat-ı Umumiye Kanunu Müzeyyel Kanunu Muvakkat" adlı tek maddeden ibaret bir düzenlemeyle, hükümete, toplanmaların yasaklanmasında geniş takdiri yetkiler tanınmıştır (Anayurt, 1998: 105). Bu kanun, *"açık yerlerde vuku bulacak içtimaatı, memleketin huzur ve sükûnunu muhafazaten hükümet men edebilir."* demekteydi (Yarsuvat, 1968: 85-86). Görülen lüzum üzerine çıkarılan bu Kanun, hükümete emniyet ve asayiş bakımlarından mahzurlu bulunan toplanmaları men etmek yetkisi tanınmıştır (Ozanalp, 1957: 14). Bu durum İçtimaat-ı Umumiye Kanununun liberal havasına büyük ölçüde son vermiştir (Anayurt, 1998: 105). Çünkü ek düzenlemeyle birlikte, bildirim sistemi yerine izin sistemine geçilmiştir (Anayurt, 1998: 108). Anlaşılacağı üzere; oldukça liberal düzenlemeler içeren bildirim sisteminin varlığı, ancak 3 yıl sürmüştür. Bu kısa sürenin ardından, uzunca yıllar devam edecek izin sistemi kabul edilmiştir. İzin sistemi toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünün önündeki en büyük engeldir ve oldukça katı bir uygulamadır (Çözeli, 2016b: 115).İzin sistemini eleştiren Aygen (1959, 295-296), izin verme yetkisine sahip olan makamların siyasi makamların etkisi altında kalacağını ve yetkileri keyfi olarak kullanma eğiliminde olacaklarını ifade etmektedir.

İçtimaat-ı Umumiye Kanunu Müzeyyel Kanunu Muvakkat, 10.06.1946 tarihli 4921 sayılı "İçtimaatı Umumiye Kanununa Müzeyyel Kanunun Kaldırılmasına Dair Kanun"un*(RG Tarih: 13.06.1946, RG Sayı: 6332)* 1. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. İçtimaat-ı Umumiye Kanunu ise, 27.06.1956 tarih ve 6761 sayılı "Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hakkında Kanun"un*(RG Tarih: 30.06.1956, RG Sayı: 9346)*20. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.

2.3. Tecemmuat Hakkında Kanunu Muvakkat

İçtimaat-ı Umumiye Kanununda, kanunsuz toplanmalarla ilgili olarak herhangi bir hükme yer verilmemiştir (Anayurt, 1998: 104; İşgören, 2011: 37). Bu yüzden İçtimaat-ı Umumiye Kanununun ihtiyacı karşılamadığı anlaşılınca (Ozanalp, 1957: 14), 3 Mart 1328'de (3 Mart 1912),"Tecemmuat Hakkında Kanun-u Muvakkat" ile bu yönde yeni hükümler getirilmiştir (Anayurt, 1998: 104). Bu Kanunda; belirtilen şartlara uymayan toplanmaların dağıtılma prosedürü ve verilecek cezalara değinilerek İçtimaat-ı Umumiye Kanununun bu konudaki boşlukları giderilmeye çalışılmıştır (Anayurt, 1998: 105). Kanunun kabul tarihine bakıldığında; İçtimaat-ı Umumiye Kanunu Müzeyyel Kanunu Muvakkat ile aynı gün kabul edildiği görülmektedir. Ayrıca Tecemmuat Hakkında Kanun-u Muvakkat, İçtimaat-ı Umumiye Kanununu yürürlükten kaldırmamıştır. Yani toplanma özgürlüğü konusunda, her iki kanun aynı anda yürürlükte olmuştur. İlk kanunda özgürlük tanınmış; eksiklikler ve ihtiyaçlar ise ek madde ile ve aynı gün çıkarılan ikinci kanun ile giderilmeye çalışılmıştır.

Tecemmuat Hakkında Kanunu Muvakkat, 27.06.1956 tarih ve 6761 sayılı "Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hakkında Kanun"un*(RG Tarih: 30.06.1956, RG Sayı: 9346)* 20. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.

Sonuç

Bireylerin düşüncelerinin belirli amaçlar ekseninde topluca ifade edilmesine imkân veren toplanma özgürlüğü sayesinde, bireyler, düşüncelerini daha güçlü ve etkin bir şekilde ifade edebilmekte ve kamuoyu oluşturabilme fırsatı bulabilmektedir. Ayrıca bu özgürlüğün kullanılabilmesi, demokratik bir toplum düzeninin varlığını gerektirmektedir. Çünkü düşüncelerin serbest bir şekilde dışarıya yansıtılabilmesi için insan hakları ve demokrasinin sağlam temeller üzerinde yaşatılması gerekmektedir.

Osmanlı Devletinde, toplanma özgürlüğü ile ilgili olarak, ilk düzenlemeye 1876 Anayasasında yer verilmiştir. Fakat 1876 Anayasasının ilk halinde bu özgürlükten söz edilmemiştir. Toplanma özgürlüğü hususundaki ilk düzenleme, 1909 yılında gerçekleştirilen yenilikler doğrultusunda, 1876 Anayasasında kendine yer edinmiştir.

1876 Anayasasının 120. maddesinde, toplanma özgürlüğü hakkında, oldukça sade, genel ve kısa bir açıklama yapıldığı görülmektedir. Buradaki düzenlemede, toplanmaların kendi özel kanunu çerçevesinde serbest olduğu anlaşılmaktadır. Bu bağlamda; aynı yıl,yani 1909'da, İçtimaat-ı Umumiye Kanunu kabul edilmiş ve böylece toplanma özgürlüğü kapsamındaki hususlar, yasal çerçevede açıklanmıştır.

İçtimaat-ı Umumiye Kanunu, toplanma özgürlüğü hakkında izin sistemi yerine daha özgürlükçü nitelikteki bildirim esasını kabul etmiştir. Bu durum, özgürlüklerin serbestçe yaşanabilmesi adına sevindirici bir durum niteliğindedir. Kanun kapsamında ortaya çıkan bazı eksiklikler, başka düzenlemeleri de beraberinde getirmiştir. Nitekim Kanunun çıkarılmasından 3 yıl sonra, Tecemmuat Hakkında Kanunu Muvakkat isimli bir

Kanun çıkarılmış ve kanunsuz toplanmalar hakkında bazı düzenlemeler kabul edilmiştir. Ayrıca aynı tarihte, İçtimaat-ı Umumiye Kanununda ek bir düzenleme yapılarak, bildirim esasından vazgeçilerek uzun yıllar yürürlükte kalacak olan izin sistemine geçilmiştir. Özgürlükler açısından olumsuz bir gelişme olarak değerlendirilebilecek bu gelişmenin ardında, elbette ki zamanın olumsuz koşullarının büyük etkisi bulunmaktadır. Çünkü düşünce ve ifade özgürlüğü ile bağlantılı olan toplanma özgürlüğünün serbestçe tanınabilmesi için demokratik ve insan haklarına dayalı bir ortama ihtiyaç duyulmaktadır. Ayrıca toplanma özgürlüğünün özgürce kullanılabilmesi, kargaşa ve savaş gibi büyük olumsuzluklardan uzak bir ortamın varlığını gerektirmektedir. O halde, savaşın ve iç huzursuzlukların olduğu bir ortamda, özgürlüklerin tam anlamıyla yaşanması, haliyle tehlikeye girebilmektedir.Burada önemli olan husus ise, özgürlükler hakkında düzenlemeler yapılırken, gerçekleştirilen aşırı müdahaleler aracılığıyla özgürlüklerin yok edilmemesidir.

KAYNAKÇA

Akbulut, O. (2013). Toplantı ve Örgütlenme Özgürlükleri. Sibel İnceoğlu (Ed.), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, 3. Baskı içinde, s. 381-423, İstanbul: Beta Yayınları.

Akın, İ. F. (1964). Toplanma Özgürlüğü. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.30 (3-4), 545-567.

Alpkaya, G. (2001). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Uygulamasında Toplanma Özgürlüğüne Hak. Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.56 (3), 1-18.

Anayurt, Ö. (1998). Toplanma Hürriyeti Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Toplanma Hürriyeti. İstanbul: Kazancı Yayınları.

Atalay, E. (1995). Türkiye'de Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Aygen, C. (1959). Toplantı Hürriyeti. Yüzüncü Yıl Armağan'ı, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları.

Çalen, M. K. (2008). II. Meşrutiyet Döneminde Osmanlı Meclis-i Mebusanı'nın Çalışmaları (1908-1912). Yüksek Lisans Tezi, Trakya Üniversitesi, Edirne.

Çözeli, Y. (2016a). Karşılaştırmalı Olarak Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgelerinde Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü. Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S. 2016/2, 121-172.

Çözeli, Y. (2016b), "Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Ekseninde Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü ve Türkiye Örneği. Ankara: Adalet Yayınevi.

Doğru, O. (2006). İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Uygulamasında Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğü. Türkiye Barolar Birliği Dergisi. S. 64, 39-69.

Doğru, O. ve Nalbant A. (2013), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar: 2. Cilt, İstanbul: Legal Yayıncılık.

Eryılmaz, M. B. ve Seyhan, K. (2007). Türk ve İngiliz Hukukunda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı. Türk İdare Dergisi, S. 455, 45-79.

Gözler, K. (2015). Türk Anayasa Hukukuna Giriş, Güncelleştirilmiş ve Düzeltilmiş 9. Baskı. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım.

Güngör, Ş. ve Kavalalı, A. M. (1990). Uygulamada Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri. Ankara: Yetkin Yayınları.

Hançerli, S. vd. (2013). Toplumsal Olaylarda ve Kanunsuz Eylemlerde Katılım ve Saldırganlık", Polis Bilimleri Dergisi. C.15(2), 109-134.

İşgören, A. (2011). Türk Hukukunda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Kaboğlu, İ. Ö. (1989). Kolektif Özgürlükler. Diyarbakır: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Kaboğlu, İ. Ö. (1992). Dernek ve Toplantı Özgürlükleri. İnsan Hakları Yıllığı, C.14(1), 109-129.

Kaboğlu, İ. Ö. (1999). Özgürlükler Hukuku, İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı. Güncelleştirilmiş 5. Baskı, İstanbul: AFA Yayınları.

Kapani, M. (2013). Kamu Hürriyetleri. 7. Baskı (Tıpkı Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları.

Mumcu, A. ve Küzeci, E. (2012). İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri (Kavramlar, Evrensel ve Ulusal Gelişimleri, Bugünkü Durumları). Yenilenmiş 6. Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları.

Ozanalp, Ş. (1957). İdare Hukukunda Toplanma Hürriyeti-Toplantılar ve Gösteri Yürüyüşleri. Ankara: Ayyıldız Matbaası.

Reisoğlu, S. (2001). Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları. İstanbul: Beta Basım Yayım.

Sunay, R. (2001). Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları. Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu.

Şahin, A. (2014). Batı'lı Anlamda Özgürlük Versus İktidar, Trabzon: Celepler Matbaacılık.

Tanör, B. (1994). Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Genişletilmiş Yenilenmiş 3. Baskı. İstanbul: BDS Yayınları.

Tanyar, Z. Ç. (2011). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C.60(3), 593-634.

Yarsuvat, D. (1968). Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hürriyeti ve İlgili Ceza Hükümleri, Doktora Tezi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

AMERİKAN YÜKSEK MAHKEMESİNİN ROE V. WADE KARARI VE KARARDAN DÖNÜLMESİNİN MUHTEMEL ETKİLERİ ÜZERİNE

Ar. Gör. Gülçin Demircan*

Özet

Amerika Birleşik Devletlerindeki (ABD) en üst düzey federal yargı organı olan Amerikan Yüksek Mahkemesinin 22 Ocak 1973 tarihli Roe v. Wade kararı, kadınların kürtaj hakkının anayasal bir temele dayandırılması bakımından oldukça önemli bir karar olup ABD'de kadın hakları için 1973 yılı bir milat olmuştur. Kararda bu hak, mutlak ve sınırsız olarak kabul edilmemiş ve kadınların hamilelik süreçleri üç aşamada incelenerek hamileliğin özellikle ikinci ve üçüncü üç aylık süreçlerinde, kürtaja sınırlamalar getirilmesi ve hatta yasaklanmasında devletin menfaatinin olabileceği tespit edilmiştir. Karar verildiği tarihten itibaren ABD'deki en önemli tartışma konularından biri olagelmiştir. Roe v. Wade kararının son dönemde de sıklıkla tartışılmasının nedeni, Amerikan Yüksek Mahkemesinin önüne gelen Dobbs v. Jackson's Women's Health Organization davasıdır. Amerikan Yüksek Mahkemesinin değişen yapısı sonrası bu dava ile Roe v. Wade'deki içtihattan dönülmesi ve kürtaj hakkı konusunda düzenleme yapma yetkisinin eyalet yasama organlarına bırakılması özellikle muhafazakâr eyaletlerde bulunan kadınların kürtaja erişimi noktasında olumsuz sonuçlar doğurabilecektir. Çalışmada Roe v. Wade kararı açıklanarak kararın etkileri üzerinde durulacak ve ABD'de karardan dönülmesi halinde ortaya çıkabilecek riskler açıklanmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Roe v. Wade, Amerikan Yüksek Mahkemesi, Kürtaj Hakkı.

Giriş

ABD'de özellikle Cumhuriyetçiler ve Demokratlar arasında başta olmak üzere süregelen tartışmalarda, en önemli konu başlıklarından biri kürtaj hakkıdır. Amerikan Yüksek Mahkemesinin 22 Ocak 1973 tarihli Roe v. Wade kararı, kürtaj hakkına yönelik getirdiği çerçeve ile bu tartışmalarda sıklıkla anılan önemli bir noktasını teşkil etmektedir. Bu karar ile Mahkeme, kadının hayatını tehlikeye düşüren durumlar istisnai olmak kaydıyla kürtajı yasaklayan Texas Ceza Kanununun, ABD Anayasasının On Dördüncü Değişikliği bağlamında anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir. Mahkeme, anayasanın bireylerin mahremiyet alanlarını koruduğu ve mahremiyet alanının kadınların hamileliklerini sonlandırma kararını da kapsadığı sonucuna varmıştır. Kürtaj hakkına yönelik sınırlamalar, sıkı inceleme standardını (strict scrutiny standart) karşılamak zorunda olup bu standart ise sınırlamada zorlayıcı devlet çıkarı (compeling state interest) olmasını

* İzmir Demokrasi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı. gulcin.demircan@idu.edu.tr. Tebliğ ile ilgili değerli görüşlerini paylaşan Lisa Key'e teşekkürü bir borç bilirim.
İzmir Demokrasi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ORCID NO: 0000-0002-6528-3756

gerektirmektedir. Çoğunluk adına kararı kaleme alan Yargıç Blackmun, devletin hem hamile kadını hem de bir noktada potansiyel bir insan hayatını korumakla yükümlü olduğunu belirtmiş ve bu şekilde kürtaj hakkının sınırlanmasında devletin çıkarı belirlenmiştir. Mahkeme, mahremiyet hakkı ve devletin potansiyel bir yaşamı koruma çıkarını dengelemek için kadının hamilelik sürecini üç döneme ayırarak kürtaj hakkının ne zaman sınırsız olacağını ve hangi dönemlerde devletin zorlayıcı çıkarının daha yüksek olduğunu ortaya koymuştur. Yakın zamanda ele aldığı Dobbs v. Jackson Women's Health Organization davasında ise Yüksek Mahkemedeki altı muhafazakâr yargıcın on beş haftalık hamilelikten sonra neredeyse tüm kürtajları yasaklayan bir Mississippi yasasını destekleme niyetlerini gösteren beyanları üzerine bazı eyaletler, Roe v. Wade kararından çoktan dönülmüş gibi hareket etmiş, on beş haftalık hamilelikten sonra kürtajı yasaklayan yasalar çıkarmıştır. Kürtaj yaptıran kadınların büyük çoğunluğu federal yoksulluk sınırının altında yaşamaktadır. Kendi bedenleri üzerinde söz sahibi olabilmek için gereken zaman ve parayı sağlayamayacak kadınlar için kürtaj hakkının sınırlanması ve hatta tamamen yasaklanması uzun vadede sağlık sorunları başta olmak üzere olumsuz sonuçlar ortaya çıkabilecektir. Çalışmada öncelikle Roe v. Wade kararına zemin hazırlayan atmosfere kısaca yer verilecek ikinci başlık altında karar açıklanacaktır. Roe v. Wade'den sonraki süreç günümüzdeki tartışmalara ışık tutması bakımından irdelenecek bir başka başlıktır. Son olarak ABD'de karardan dönülmesi ile ortaya çıkabilecek riskler açıklanmaya çalışılacaktır.

I. Roe v. Wade'den Önce

Amerikan Yüksek Mahkemesinin 1973 tarihli Roe v. Wade kararı, kürtaj hakkı bakımından önemli köşe taşlarından biri olup[1] kararın verildiği tarihten bugüne ABD'de en önemli tartışma başlıklarından biri olmuştur. Roe v. Wade ile Amerikan Yüksek Mahkemesi, bir kadının hamileliği hakkında kendi kararlarını verme hakkının en yüksek düzeyde anayasal korumayı hak ettiğine karar vermiştir. Kararda Yüksek Mahkeme, mahremiyeti On Dördüncü Değişikliğin yasal süreç maddesiyle korunan kişisel özgürlük kavramının içine yerleştirerek mahremiyet hakkı üzerinden bir değerlendirme yapmıştır. Ancak bu hakkın mutlak olmadığını ve devletin anne sağlığını ve potansiyel yaşamı korumada geçerli çıkarları olduğunu kabul etmiştir. Buna göre bir kadının hayatını veya sağlığını korumak için gerekli olmadıkça, belli bir dönem sonunda zorunlu olmasa da kürtaj yasaklanabilir.[2] Karar, Amerika'da kürtaj hakkı bağlamında mahremiyet hakkı açısından oldukça önemli bir yere sahiptir ve daha ayrıntılı bir şekilde karardan

[1] Weiner, M. H. Roe v. Wade Case. https://oxcon.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeccol/law-mpeccol-e564, adresinden erişildi. (ET:13.07.2022), s. 2.

[2] Jane Roe, et al., Appellants, v. Henry Wade, 410 U.S. 113, 22.01.1973, https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/410/113 adresinden erişildi. (ET:06.05.2022).

bahsedilecektir. Ancak ilk olarak Roe v. Wade kararına giden yoldaki gelişmelere kısaca yer verilecektir.

1960'lı yıllarda gerçekleştirilen bir anket çalışması, New York City'de düşük gelirli kadınlar arasında kürtaj yaptıran her on kadından sekizinin tehlikeli bir prosedüre başvurmak zorunda kaldığını ortaya koymuştur.[3]1965 yılında, sadece resmi raporlara göre yasadışı bir şekilde gerçekleştirilen kürtaj operasyonları sırasında gerçekleşen ölümlerin, ABD'de kadınların hamilelik süreçlerinde gerçekleşen tüm ölümlerin altıda birini oluşturduğu belirtilmektedir. Bu kapsamda kürtajı yasaklama girişimlerinin özellikle düşük gelir grubundaki kadınlara zarar verdiği ifade edilmektedir.[4] Bu nedenle 1960'lı yılların sonunda ABD'de pek çok eyalette yürürlükte olan ve kürtaj yaptırmayı kısıtlayan ya da kürtaja cezai bir sonuç bağlayan yasalarda reform yapmak için girişimler başlatılmıştır. Sağlık hizmeti sunanlar, kadın hakları üzerinde uzmanlaşan avukatlar ve hukuk toplulukları, eyaletlerin yasama organlarında lobi faaliyetleri yürüterek mevcut düzenlemelerin değiştirilmesi ve iyileştirilmesi için çaba harcamıştır. 1967 ile 1973 arasında Alaska, Hawaii, New York ve Washington eyaletleri kürtaj yasaklarını yürürlükten kaldırırken on üç eyalet daha sınırlı reformlar gerçekleştirmiştir. Roe v. Wade'de Amerikan Yüksek Mahkemesi kararını açıklamadan önce üreme hakkı, doğum kontrol hakkı ile ilgili davalar, bazı eyalet mahkemelerinde incelenmeye başlanmıştır ve bu davalarda mahkemelerin değerlendirmelerinin Roe v. Wade kararına zemin hazırladığı ifade edilmektedir.[5]

Bu davalardan örnekler vermek gerekirse Skinner v. Oklahoma[6] davasında üç kez hüküm giymiş bir suçlunun mahkeme kararıyla kısırlaştırılmasına izin veren bir eyalet yasası ele alınmıştır. Mahkeme, yasayı eşit koruma maddesini ihlal ettiği için iptal etmiştir. Ancak konu bakımından önem arz eden husus, Amerikan Yüksek Mahkemesinin değerlendirmesine ayrıca üreme hakkını temel bir özgürlük olarak kabul ettiğine dair önemli bir gerekçe eklemesidir. Yüksek Mahkemenin bu şekilde mahremiyet hakkının geliştirilmesinde önemli bir adım attığı belirtilmektedir.[7] Griswold v. Connecticut[8] davasında ise evli çiftlerin doğum kontrol haplarını kullanmasını yasaklayan bir Connecticut yasasının anayasaya aykırı olduğu iddiasında bulunulmuştur. Mahkeme düzenlemeyi iptal ederken doğum kontrol yöntemlerini kullanma hakkı da dahil olmak

[3] Planned Parenthood. Roe v. Wade Overturned: Supreme Court Gives States the Right to Outlaw Abortion. https://www.plannedparenthoodaction.org/issues/abortion/roe-v-wade adresinden erişildi. (ET: 20.07.2022).

[4]Planned Parenthood. Roe v. Wade: Its History and Impact. https://www.plannedparenthood.org/files/3013/9611/5870/Abortion_Roe_History.pdf adresinden erişildi. (ET:28.04.2022).

[5] https://www.plannedparenthood.org/files/3013/9611/5870/Abortion_Roe_History.pdf.

[6] Skinner v. State of Oklahoma ex rel. Williamson, 316 U.S. 535, 01.06.1942, **https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/316/535** adresinden erişildi. (ET:10.06.2022).

[7] Holmes Snedaker, K. (1987). Reconsidering Roe v. Wade: Equal Protection Analysis As An Alternative Approach. New Mexico Law Review, s. 119.

[8] Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479, 07.06.1965, **https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/** adresinden erişildi. (ET:19.06.2022).

üzere evlilik ilişkisinin bir mahremiyet bölgesi tarafından korunduğunu ve yasanın anayasaya aykırı olduğunu ifade etmiştir.[9] Eisenstadt v. Baird[10] kararında Yüksek Mahkeme, üreme ile ilgili mahremiyet hakkını, evli çiftler dışında bekar bireylere genişletmiştir. Dava konusu Massachusetts düzenlemesi, doktorların ve eczacıların hamileliği önlemek için evli çiftlere kontraseptif dağıtmalarına izin vermekteydi ancak aynı amaçla bekar kişilere bu yöntemlerin dağıtımını yasaklamıştı. Yüksek Mahkeme, yasanın özel hayatın gizliliği hakkını anayasaya aykırı olarak ihlali ettiğini belirtmiştir. Mahkemenin eğilimi, daha fazla hak ve özgürlüğün kapsanması adına mahremiyetin sınırlarını genişletmek olmuştur. Tüm bu kararların ortak noktası, kişilerin veya ailelerin hayatlarını oldukça etkileyebilecek nitelikteki kararları kontrol etme hakkının tanınması olmuştur.[11]

II. Kısaca Roe v. Wade Kararı

22 Ocak 1973'te Amerikan Yüksek Mahkemesi, bir kadının hayatı tehlikede olmadığı sürece kürtaj yaptırmasını suç haline getiren bir Teksas yasasına karşı açılan Roe v. Wade davasındaki kararını açıklamıştır. Davada, hamileliğini güvenli ve yasal bir şekilde sonlandırmak isteyen bekar bir kadın olan Jane Roe başvurucu olarak yer almıştır. Yüksek Mahkeme kararı ile ilk kez mahremiyet hakkının bir kadının hamileliğini sonlandırıp sonlandırmama kararını kapsayacak kadar geniş olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme, Roe v. Wade kararında devletin üreme, evlilik ve aile hayatının diğer yönleriyle ilgili belirli kişisel kararlara müdahale edemeyeceğini belirleyen içtihatlardan yararlanmıştır. Roe öncesinde birçok eyalette bir kadının hayatını kurtarmak veya sağlığını korumak, tecavüz, ensest ya da fetal anomali vakaları gibi sınırlı nedenler dışında pek çok eyalet kürtajı yasaklamışken Roe v. Wade'de verilen karar ile bu yasaların anayasaya aykırı hale geldiği, kürtaj hizmetlerinin ülke genelinde kadınlar için çok daha güvenli ve erişilebilir olduğu ifade edilmektedir. Karar ayrıca Yüksek Mahkeme önündeki kürtaja erişim kısıtlamalarını içeren otuzdan fazla davayı etkileyen bir emsal oluşturmuştur.[12]

Kararı daha ayrıntılı bir şekilde ele almak gerekirse Teksas, Dallas County'de ikamet eden hamile bir bekar kadın olan Jane Roe (Dava sürecinde da bir takma ad kullanmıştır.), 4 Mart 1970'te Teksas'ın kürtaj operasyonuna cezai bir sonuç bağlayan Teksas Ceza Kanununun ilgili maddelerinin anayasaya aykırı olduğuna dair açıklayıcı bir karar ile bu maddelerin kendisi için uygulanmasını engelleyen bir tedbir kararı alınmasını

[9] https://www.plannedparenthood.org/files/3013/9611/5870/Abortion_Roe_History.pdf.
[10] Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438, 22.03.1972, **https://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/438/** adresinden erişildi. (ET:19.06.2022).
[11] https://www.plannedparenthood.org/files/3013/9611/5870/Abortion_Roe_History.pdf.
[12] https://www.plannedparenthood.org/files/3013/9611/5870/Abortion_Roe_History.pdf.

istemiştir.[13] Annenin hayatını kurtarmak amacıyla tıbbi bir tavsiye olması dışında kürtaj yaptırmayı veya kürtaj girişiminde bulunmayı yasaklayan Teksas Eyalet Ceza Kanununun 1191 ile 1194 arasındaki maddelerinin ve 1196. maddesinin anayasaya uygunluğu konusunda bir dava açmıştır. Bu düzenlemeler, annenin hayatını kurtarmak amacıyla tıbbi tavsiye sonucu gerçekleştirilen kürtaj dışında, kürtaj yaptırmayı suç haline getirmekteydi.[14] Amerikan Yüksek Mahkemesinin Roe v. Wade kararında da belirtildiği üzere, Teksas ilk olarak 1854'te kürtaja cezai bir sonuç bağlayan bir yasayı kabul etmiştir. Bu düzenleme 1970'li yıllara kadar büyük ölçüde değişmeksizin aynı kalmış olup her birinde son fıkra, annenin hayatını kurtarmak amacıyla tıbbi tavsiye ile yapılan kürtaj için Roe v. Wade'de Yüksek Mahkemenin incelediği Teksas Eyalet Ceza Kanununun 1196. maddesinde olduğu gibi istisna getirmiştir.[15]

Roe, bekar ve hamile olduğunu belirterek hamileliğini yetkin, lisanslı bir doktor tarafından güvenli, klinik koşullar altında gerçekleştirilen bir kürtajla sonlandırmak istediğini, hayatı, hamileliğinin devam etmesi nedeniyle tehdit altında görünmediği için Teksas yasal düzenlemeleri nedeniyle yasal olarak kürtaj yaptıramadığını ve güvenli koşullar altında yasal bir kürtaj yaptırabilmek için başka eyaletlere seyahat etmeyi göze alamayacağını belirtmiştir. Kürtaj yaptırmayı bir suç haline getiren Teksas düzenlemelerinin anayasaya aykırı olarak belirsiz olduğunu ve kişisel mahremiyet hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Roe, başvurusunda yalnızca kendisi için değil, diğer tüm kadınlar adına da dava açtığını vurgulamıştır.[16]

Yüksek Mahkeme öncelikle kürtajın tarihini çeşitli yönlerden kısaca incelemiş ve ardından kürtaja cezai sonuç bağlayan yasaların arkasındaki devlet çıkarını ortaya koymayı amaçlamıştır. Özellikle eyaletlerin çoğunda yürürlükte olan kürtajla ilgili kısıtlayıcı yasaların nispeten yakın tarihli olduğunun çoğunlukla göz ardı edildiğini belirtmiştir. Buna göre hamile kadınların hayatını korumak için gerekli olmadıkça hamilelik sürecinin herhangi bir aşamasında kürtaj girişimini yasaklayan ya da sınırlayan bu yasalar, eski veya ortak hukuk kökenli değildir. Bu nitelikteki düzenlemeler, genellikle 19. yüzyılın ikinci yarısında gerçekleştirilen yasal değişikliklerden türemiştir. Mahkeme geniş bir inceleme yaparak Pers İmparatorluğu zamanında kürtaj yaptıranların bilindiğini ve suç teşkil eden kürtajların ciddi şekilde cezalandırıldığını, Roma ve Yunan döneminde ise kürtaja başvurulduğu tespit etmiştir. Yunan ve Roma yasalarının henüz doğmamış olanlara çok az koruma sağladığını, kürtajın bazı yerlerde kovuşturulduğunu ama kovuşturmanın babanın çocuğu üzerindeki hakkının ihlali kavramına dayanarak yapıldığını belirtilmiştir. Bu nedenle ABD Anayasasının kabul edildiği sırada ve 19. yüzyılın büyük bir bölümünde, bir kadının hamileliği sonlandırmak için Roe v. Wade

[13] Jane Roe, et al., Appellants, v. Henry Wade, prg. 8.
[14] Jane Roe, et al., Appellants, v. Henry Wade, prg. 6.
[15] Jane Roe, et al., Appellants, v. Henry Wade, prg. 7.
[16] Jane Roe, et al., Appellants, v. Henry Wade, prg. 9.

kararının verildiği tarihte en azından hamileliğin erken evresi ile ilgili olarak çoğu eyalette olduğundan çok daha geniş bir hakka sahip olduğunu tespit etmiştir.[17]

Yüksek Mahkeme, 19. yüzyılda kürtaja cezai sonuç bağlayan yasaların yürürlüğe girmesini tarihsel olarak açıklamak ve varlıklarını sürdürmesini haklı çıkarmak için üç neden ileri sürüldüğünü belirtmiştir. Zaman zaman bu yasaların, yasa dışı cinsel davranışları caydırmak için Viktorya döneminin sosyal kaygısının ürünü olduğu tartışılmıştır. Ancak Texas'ın mevcut davada bu gerekçeyi ileri sürmediği ifade edilmiştir. İkinci neden ise tıbbi bir prosedür olarak kürtajla ilgilidir. Kürtaja cezai sonuç bağlayan yasaların çoğu ilk kez yürürlüğe girdiğinde, prosedür kadınlar için tehlikeliydi. Bu nedenle eyaletlerin bu türden düzenlemeleri yürürlüğe koymadaki asıl kaygısının hamile kadını korumak yani kadının hayatını ciddi derecede tehlikeye sokan bir prosedüre razı gelmesini engellemek olduğu ileri sürülmüştür. Modern tıbbi teknikler bu durumu değiştirmiştir. Prosedürün yasal olduğu durumlarda, erken kürtaj yaptıran kadınlarda ölüm oranları, normal doğum oranları kadar veya daha düşük görünmektedir. Amerikan Yüksek Mahkemesi, sağlık ve tıbbi standartlar alanlarında önemli devlet çıkarlarının devam ettiğini, diğer tıbbi prosedürler gibi kürtajın da hasta için maksimum güvenliği garanti eden koşullar altında yapılmasını sağlamakta devletin meşru bir çıkara sahip olduğunu belirtmiştir. Ayrıca Mahkeme, hamileliği devam ettikçe kadın için riskin arttığını ve bu nedenle, hamileliğin ileri bir döneminde kürtaj gerçekleştirilmek istendiğinde, devletin kadının bizzat kendisinin sağlığını ve güvenliğini koruma konusunda kesin çıkarı olduğunu ifade etmiştir. Son neden ise devletin doğum öncesi yaşamı korumadaki çıkarıdır. Bu gerekçeye yönelik bazı argümanlar, hamile kalma anından itibaren yeni bir insan yaşamının mevcut olduğu teorisine dayanmaktadır. Devletin yaşamı korumaya yönelik çıkarının ve genel yükümlülüğünün bu durumda doğum öncesi yaşamı da kapsadığı ileri sürülmektedir. Ancak hamile kadının kendi hayatı tehlikedeyken içinde taşıdığı hayatla dengelendiğinde, embriyonun veya fetüsün menfaatinin üstün gelmemesi gerektiği ifade edilmiştir. Yüksek Mahkeme bu üç sebebi belirledikten sonra Roe v. Wade davasının bu çıkarlardan hangisine verilecek ağırlıkla ilgili olduğunu belirtmiştir.[18]

Yüksek Mahkeme üyelerinin çoğunluğu adına kararı yazan Yargıç Blackmun, öncelikle mahremiyet hakkının dayanağının ister On dördüncü Değişikliğin kişisel özgürlük kavramında ve devlet eylemleri üzerine getirdiği kısıtlamalarda görülsün isterse de Dokuzuncu Değişikliğin bazı hakların anayasada sıralanmış olmasının diğer hakların reddedilmesi veya küçümsenmesi olarak yorumlanmayacağı hükmünde bulunsun bir kadının hamileliğini sonlandırıp sonlandırmayacağı kararını kapsayacak kadar geniş

[17] Jane Roe, et al., Appellants, v. Henry Wade, prg. 34-47; Kürtaj, doğum kontrolü gibi, tüm dünyadaki kültürlerde eski köklere sahiptir. Ancak 1800'lerin sonlarında ve 1900'lerin başlarında Amerika'daki hemen hemen her eyalet kürtajı yasa dışı hale getirmiştir. https://www.plannedparenthoodaction.org/issues/abortion/roe-v-wade.
[18] Jane Roe, et al., Appellants, v. Henry Wade, prg. 69-75.

olduğunu tespit etmiştir. Devletin bu tercihi toptan reddederek hamile kadına vereceği zararın ortada olduğunu ifade etmiştir. Mahkemeye göre, annelik veya birden fazla çocuk sahibi olmak, kadını sıkıntılı bir yaşama sokabilir veya gelecekte zor koşullarda yaşamasına neden olabilir ya da psikolojik olarak zarar verebilir. Bir çocuğu psikolojik, ekonomik veya başka türlü nedenlerle bakamayacak durumda olan bir aileye getirme sorunu da bir diğer önemli husustur. Ayrıca evli olmayan annenin toplum içerisinde damgalanması söz konusu olabilir.[19]

Mahkeme, mahremiyet hakkını tanıyan kararların bu hakla korunan alanlarda bazı devlet düzenlemelerinin söz konusu olabileceğini kabul ettiğini belirtmiştir. Devlet, sağlığın korunmasında, tıbbi standartların sürdürülmesinde ve potansiyel yaşamın korunmasında önemli menfaatlerini uygun şekilde ileri sürebilir. Hamileliğin bir noktasında, bu ilgili çıkarlar, kürtaj kararını yöneten faktörlerin düzenlenmesini sürdürmek için yeterince zorlayıcı hale gelir. Bu nedenle Mahkemeye göre mahremiyet hakkının mutlak olduğu söylenemez. Aslında, bir kişinin kendi bedeniyle sınırsız bir şekilde istediği gibi hareket etme hakkına sahip olduğu yönünde ileri sürülen iddianın, Mahkeme kararlarında daha önce dile getirilen mahremiyet hakkıyla yakın bir ilişkisi olup olmadığı net değildir. Yüksek Mahkeme bu nedenle, kişisel mahremiyet hakkının kürtaj kararını da içerdiğini ancak bu hakkın koşulsuz olmadığı sonucuna varmıştır.[20] Hakkın mutlak olmadığını ve bazı sınırlamalara tabi olduğunu ve bir noktada sağlığın korunması, tıbbi standartlar ve doğum öncesi yaşam konularında devletin çıkarlarının baskın hale geldiğini belirtmiştir. Bazı temel haklar söz konusu olduğunda, Mahkeme, bu hakları sınırlayan düzenlemenin yalnızca "zorlayıcı bir devlet çıkarı" (compelling state interest) tarafından haklı gösterilebileceğine karar vermiştir.[21] Devletin insanların sağlığının korunmasında önemli ve meşru bir çıkarı olduğunu belirtmiştir. Kadının hamilelik dönemleri değiştikçe bu çıkarların her biri önemli ölçüde büyümekte ve hamilelik sırasında bir noktada zorlayıcı hale gelmektedir. Devletin annenin sağlığına yönelik önemli ve meşru menfaati açısından, mevcut tıbbi bilgiler ışığında zorlayıcı nokta, yaklaşık olarak ilk üç aylık dönemin sonlarında başlamaktadır. İlk üç aylık dönemin sonuna kadar kürtajdaki ölüm oranı normal doğumdaki ölüm oranından daha az olabilir. Bu noktadan sonra devlet kürtaj prosedürünü, düzenlemenin makul ve anne sağlığının korunması ile ilgili olması şartıyla düzenleyebilir. Bu alanda izin verilen devlet düzenlemelerinin örnekleri; kürtajı yapacak kişinin niteliklerine, prosedürün gerçekleştirileceği tesise (hastane mi yoksa klinik mi olacağına ilişkin), tesisin ruhsatlandırılmasına ilişkin olabilecektir. Bu zorlayıcı noktadan önceki hamilelik dönemi için ilgili hekim, hastasıyla istişare ederek devletin müdahalesi olmaksızın kürtajı

[19] Jane Roe, et al., Appellants, v. Henry Wade, prg. 77.
[20] Jane Roe, et al., Appellants, v. Henry Wade, prg. 78-79.
[21] Jane Roe, et al., Appellants, v. Henry Wade, prg. 83.

gerçekleştirilebilecektir. Devletin potansiyel yaşamın korunması noktasındaki önemli ve meşru menfaatiyle ilgili olarak zorlayıcı nokta, yaşayabilirliktir. Bunun nedeni, fetüsün muhtemelen anne rahminin dışında anlamlı bir yaşam yeteneğine sahip olmasıdır. Devlet, canlılıktan sonra cenin yaşamını korumakla ilgileniyorsa, annenin yaşamını veya sağlığını korumak için gerekli olmadıkça bu süre zarfında kürtajı yasaklayacak kadar ileri gidebilir. Özetle hamileliğin yaklaşık olarak ilk üç aylık dönemin bitiminden önceki aşama için, kürtaj kararı ve bunun uygulanması, hamile kadının ve doktorunun tıbbi yönden yapacağı inceleme sonrası kadının vereceği karara bırakılmalıdır. Yaklaşık olarak ilk üç aylık dönemin bitiminden sonraki aşama için devlet, annenin sağlığına olan ilgisini artırmak için isterse kürtaj prosedürünü anne sağlığı ile makul bir şekilde düzenleyebilir. Son üç aylık aşama için fetüsün muhtemelen yaşayabilir olduğu noktada ve anne sağlığını korumak için gerekli olan durumlar dışında, devletin potansiyel insan yaşamını korumak için zorunlu bir çıkarı vardır. Devlet bu noktada kürtajı düzenleyebilir ve hatta yasaklayabilir.[22]

Bu standartlara göre Teksas Ceza Yasası'nın 1196. maddesi, yasal kürtajları annenin hayatını kurtarmak amacıyla tıbbi tavsiyeyle alınan veya denenen hallerle sınırlandırırken çok geniş kapsamlı bir düzenleme getirmiştir. Kanun, hamileliğin erken döneminde yapılan kürtajlar ile daha sonra yapılan kürtajlar arasında bir ayrım yapmamaktadır ve annenin hayatını kurtarmak tek istisna olarak getirilmiştir.[23] Roe kararının müteakip kürtaj kararları için açıkça devletin çıkarlarını, kadının mahremiyet hakkıyla dengelemeyi amaçlayan analitik bir çerçeve sağladığı ifade edilmektedir.[24]

Roe v. Wade kararının kürtaj sorununu çözmediği ancak bu kararın 1973'ten beri Amerikan kamu politikası için bir ölçüt olarak hizmet ettiği ifade edilmektedir. Karar, yasal kürtajın ülke genelinde daha erişilebilir hale gelmesine izin vermiştir. Ancak diğer yandan da eyaletlerin takdirine izin vererek, kürtaj politikasını ulusallaştırmak yerine federalleştirdiği ve böylece eyaletleri, kürtaj politikaları geliştirmede kilit oyuncular haline getirdiği vurgulanmaktadır.[25] Bu nedenle sonraki süreç özellikle ABD'de son dönemde Roe v. Wade kararında geri dönülmesi tartışmalarına ışık tutması bakımından önem taşımaktadır.

III. Roe v. Wade'den Sonraki Süreç

[22] Jane Roe, et al., Appellants, v. Henry Wade, prg. 95-97.
[23] Jane Roe, et al., Appellants, v. Henry Wade, prg. 98.
[24] https://www.plannedparenthood.org/files/3013/9611/5870/Abortion_Roe_History.pdf.
[25] McFarlane, D. (1993). U.S. Abortion Policy Since Roe v. Wade. The American Journal of Gynecologic Health, 7/4, s. 98.

Roe v. Wade kararı, farklı görüşlerden kişilerin eleştirilerine uğramıştır.[26] Kadınların kürtaj yaptırma hakkının yalnızca kadının kendi bedeni üzerinde ne yapacağına karar verme hakkı ile ilgili olduğunu savunanlar, Roe v. Wade kararını bu hakka sınırlamalar getirdiği için eleştirmiştir. Kürtaj karşıtlarıysa ne Haklar Bildirgesi'nde (Bill of Rights) ne de Amerikan Anayasasının geri kalanında yer alan mahremiyet kavramının bir kadının vücudunu kontrol etme hakkını kapsadığını tespit etmek için yeterli bir anayasal bir temel olmadığını, fetüsün gerçekten bir kişi olduğunu ve bunun tıbbi teknoloji ile kanıtlandığını savunarak kararı eleştirmişlerdir.[27]

Ely ise Mahkemenin hamilelik sürecini periyodlara bölerken üç aylık süre belirlemesinin nedenini yeteri kadar açıklamadığını belirtmiştir. Her ne kadar burada hızlanma olarak belirtilen (ilk altı hafta ile on iki hafta sonrası) zaman dilimi esas alınsa da Ely, fetüslerin genel olarak hukuk doktrini tarafından kişi olarak tanınmadığı ve On Dördüncü Değişiklik tarafından korunan kişilerden olmadığı argümanları üzerinde durulmasını gerektiğini ifade etmiştir. Ely'e göre annenin yaşam planlarının devletin cenini koruma arzusuna üstün gelmesi, ceninin kişi olmadığı yargısından çıkmamaktadır.[28] Annenin, doğmamış çocuğun aksine, kendisi için bir gelecek hayal etmeye başlaması Ely için önemli olan bir başka nokta olmuştur. Diğer yandan da Anayasanın özel olarak işaret ettiği herhangi bir değerle bağlantısı yoksa, kürtaj hakkının anayasal bir hak olmadığını ve Mahkemenin de bunu dayatmaya hakkı olmadığını ifade etmiştir.[29]

Belirtmek gerekir ki, Roe v. Wade kararı pratikte kadınların kürtaj operasyonu gerçekleştirme kararı almasından sonra bu operasyona rahatça ulaşabilmesini sağlamamıştır. Siyahi, Latin ve yerli topluluklarda yer alanlar, kırsal alanlarda yaşayanlar, göçmenler, engelliler gibi sağlık hizmetlerine rahatça erişemeyen topluluklarda yer alan pek çok kadın için yalnızca teoride var olan bir hak olmuştur. Planned Parenthood Action'ın isabetle belirttiği üzere, karardan sonraki atmosferde devam eden beyaz üstünlüğü ve zorlayıcı üreme politikaları nedeniyle, kadınların kürtaja erişimleri ırklarına, gelir durumlarına, sağlık sigortalarına ve posta kodlarına bağlı olmuştur.[30] Ancak operasyona ulaşabilen kadınlar için bu kararı verebilme yeteneği, kadınların genellikle Roe v. Wade kararından önce düşünülemeyecek eğitim ve istihdam fırsatlarını takip

[26] Son elli yılda anayasal kürtaj hakkı yürürlükte olsa bile, politikacıların kürtajı birçok insan için neredeyse imkânsız hale getiren tehlikeli kısıtlamalar getirdiği iddia edilmektedir. https://www.plannedparenthoodaction.org/issues/abortion/roe-v-wade.

[27] Oehlke, R. Roe v. Wade: The Aftermath of one of the Most Controversial Supreme Court Decisions. **http://cas.loyno.edu/sites/chn.loyno.edu/files/Roe%20V.%20Wade_The%20Aftermath%20of%20one%20of%20the%20Most%20Controversial%20Supreme%20Court%20Decisions.pdf**, adresinden erişildi. (ET:01.07.2022), s. 3.

[28] Ely, John Hart. "The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade", Yale Law Journal, Vol. 82, No. 5, April 1973, ss. 924-946.

[29] Ely kürtaj kararının, yalnızca istenmeyen bir hamilelik daha trajik olduğu için kabul edilmesi gereken bir insanlık trajedisi olduğunu her zaman hissettiklerini belirtmiştir. Ely, s. 949.

[30] https://www.plannedparenthoodaction.org/issues/abortion/roe-v-wade.

etmelerini sağlamıştır. Yüksek Mahkeme 1992 yılında verdiği Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey kararında, kadınların ulusun ekonomik ve sosyal yaşamına eşit olarak katılma yeteneklerinin, üreme hayatlarını kontrol etme yetenekleriyle kolaylaştırıldığını belirtmiştir. Roe v. Wade kararından sonra, kürtaj karşıtları, eyalet ve federal milletvekillerini kürtajı ortadan kaldıran veya yasaklayan yasalar çıkarmaya çağırmıştır.[31] Sonraki otuz yıl boyunca Yüksek Mahkeme, çeşitli kürtaj yasalarının bir kadının mahremiyet hakkını ihlal edip etmediğine karar vermesi için farklı davaları incelemiştir.

1970'lerin ortalarında Yüksek Mahkeme önüne gitmeye başlayan bu davalar kürtaj için fon sağlanmasını engelleyen, genç kadınların kürtajdan önce ebeveynlerinin onayını almalarını veya ebeveynlerini bilgilendirmelerini gerektiren kurallar getirmekteydi. Bu kararlardan örnekler vermek gerekirse, Yüksek Mahkemenin 1980 tarihli Harris v. McRae[32] kararı ile Amerikan Yüksek Mahkemesi, annenin hayatının tehdit altında olması dışında, federal fonların kürtaj operasyonu için kullanılmasını yasaklayan bir yasayı gündemine almış ve yasanın anayasaya uygun olduğuna hükmetmiştir. Karara göre bir kadının hamileliğini sonlandırma noktasındaki hakkı, böyle bir operasyonu gerçekleştirirken mali yardımdan faydalanma hakkını doğurmaz.[33] City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health[34] davasında, Yargıç O'Connor, Mahkemenin kürtaj hukukuna yönelik üç aylık dönemler yaklaşımını sert bir şekilde eleştirmiş, bu yaklaşımı işe yaramaz olarak nitelendirmiştir.[35]

1992 yılına gelindiğinde ise Yüksek Mahkemenin yapısında gerçekleşen değişiklikler, birçok kişide Roe kararından geri dönülebileceği düşüncesinin oluşmasına neden olmuştur. Ancak 1992 tarihli Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey davasında[36] Mahkeme, Roe'daki kararı teyit ederek anayasal olarak korunan mahremiyet hakkının her kadının kendi kişisel tıbbi kararlarını verme hakkını içerdiğini ifade etmiştir. Ancak bir diğer yandan da Mahkeme, anayasaya aykırılık itirazında haklı olmak için bu yöndeki düzenlemelerin, kürtaj isteyen bir kadının yoluna gereksiz bir engel koyma amacına veya etkisine sahip olduğunun gösterilmesi gerektiğine (the undue

[31] Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania, et al., Petitioners, v. Robert P. Casey, et al., etc. Robert P. Casey, et al., etc., Petitioners, v. Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al., 505 U.S. 83, 29.06.1992, https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/505/833 adresinden erişildi. (ET: 29.06.2022), prg. 4.

[32] Harris v. McRae, 448 U.S. 297, 30.06.1980, **https://supreme.justia.com/cases/federal/us/448/297/#tab-opinion-1953689** adresinden erişildi. (ET:20.06.2022).

[33] Harris v. McRae, prg. 2, b.

[34] City of Akron, Petitioner, v. Akron Center for Reproductive Health, Inc., et al. Akron Center for Reproductive Health, Inc., et al., Petitioners v. City of Akron et al. 462 U.S. 416, 15.06.1983, **https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/462/416** adresinden erişildi. (ET:03.06.2022).

[35] City of Akron, Petitioner, v. Akron Center for Reproductive Health, Inc., et al. Akron Center for Reproductive Health, Inc., et al., Petitioners v. City of Akron et al., prg. 61.

[36] Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania, et al., Petitioners, v. Robert P. Casey, et al., etc. Robert P. Casey, et al., etc., Petitioners, v. Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al.

burden standard) karar vermiştir.[37] Bu test kapsamında, kadınların kürtajı gerçekleştirecek tesise birden fazla ziyarette bulunmaları ve kürtaj yaptırmadan önce zorunlu bir gecikme yaşamaları da dahil olmak üzere birçok kürtaj kısıtlaması onaylanmıştır.

2007 yılına gelindiğinde ise Yüksek Mahkemenin yapısındaki değişiklikler, bir kadının hamileliği hakkında kişisel tıbbi kararlar verme yeteneği üzerinde daha fazla kısıtlamaya yol açmıştır. Gonzales v. Planned Parenthood Federation of America, Inc. kararı ile Mahkeme, 18 Nisan 2007 tarihinde dörde karşı beş çoğunlukla, kürtajı suç sayan yasayı onaylamıştır. Kadın sağlığı için bir istisna içermeyen 2003 tarihli Kısmi Doğum Kürtaj Yasağı Yasası (the Partial-Birth Abortion Ban Act.), ikinci üç aylık dönemde kürtaj yapılırken belirli adımların atılmasını federal bir suç haline getirmektedir. Mahkeme, yasağı onaylarken, Roe v. Wade'de tekrar tekrar teyit edilen kürtaj erişimini kısıtlayan yasalarda, kısıtlamaların kadın sağlığı gözetilerek getirilmesi gerektiği hususunu reddetmiştir. Yargıç Ruth Bader Ginsburg'un muhalefet şerhinde açıkladığı üzere, mahkeme emsallerinden herhangi birini doğrudan geçersiz kılmamış olsa da karar, Roe'dan sonra ilk kez kadının sağlığını korumak için hiçbir istisna olmaksızın bir yasağı anayasaya uygun görmesi nedeniyle endişe verici olmuştur. Ayrıca Carhart davasında Mahkeme, kürtaj kısıtlamalarını haklı çıkarabilecek devlet çıkarlarına yönelik çok geniş bir yaklaşım benimsemiş olup Mahkemenin kararının etkilerinin görülmeye devam ettiği belirtilmektedir.[38]

Yüksek Mahkemenin Roe v. Wade kararından dönmesi ihtimalinde dikkate almayı seçebileceği en az üç yaklaşımın olduğu ifade edilmiştir. İlk olarak bir kadının kürtaj hakkı için herhangi bir anayasal temelin olmadığına karar verilebileceği ve kadının ikamet ettiği yargı yetkisine bağlı olarak farklı haklara yol açacağı belirtilmiştir. İkincisi, hamileliğin üç aylık dönemlere bölünmesi hususunda tıp teknolojilerindeki ilerlemelerle, bu üç aylık çizgilerin bulanıklaşmaya başladığı ifade edilebilecektir. Ancak bu yaklaşımın, bir yükün gereksiz olduğu kabul edilmeden önce ne kadar külfetli olması gerektiği ve böyle bir kararı kimin vermesi gerektiği konusunda çok az rehberlik sağladığı belirtilmiştir. Üçüncü yaklaşımın ise kürtajın eşitsizlik sorunlarına yol açan bir olay olarak görülmesidir. Yani bir kadının tüm yaşamının gidişatının özerk sorumluluğunu üstlenme hakkı, erkek, toplum ve devletle ilişkilerde bağımsız, kendi kendini idame ettiren, eşit bir vatandaş olarak ayakta durabilme becerisi olarak konu ele alınabilir. Bu yaklaşımla yalnızca üç aylık dönem analizi zorunluluğunun kalkacağı ifade edilmiştir.

Roe v. Wade kararından sonraki süreçte, hamile genç kadınların kürtaj kararına aileleri ve bazı durumlarda hakimler dahil olabilmiş, klinik ziyareti ile kürtaj günü

[37] Weiner, s. 9; Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania, et al., Petitioners, v. Robert P. Casey, et al., etc. Robert P. Casey, et al., etc., Petitioners, v. Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al., prg. 11.
[38] https://www.plannedparenthood.org/files/3013/9611/5870/Abortion_Roe_History.pdf.

verilmesi arasındaki süre uzun tutulmuş ve bu yöntemlerle aslında kadınların kürtaj kararlarına sınırlar getirildiği belirtilmiştir. Bu sınırlamalar nedeniyle birçok kadın kürtaj hakkının daha kolay uygulandığı eyaletlere seyahat etmek zorunda kalmıştır. Kürtajın bir hak olduğunu savunan gruplar, yoksul toplum kesimlerinden kadınların bu sınırlamalar nedeniyle cezalandırıldığını savunmuştur.[39] Her ne kadar Amerikalıların büyük çoğunluğu Roe v. Wade kararını desteklese de yıllar içerisinde eyalet yasa koyucuları, çeşitli kısıtlamalar vasıtasıyla kürtaja erişimi engellemeye çalışmıştır. 2021 yılına gelindiğinde, eyaletler 108 kürtaj kısıtlamasını yasalaştırmıştır. Bu yasaların kürtaj yaptırmak isteyen kadınları baskı altına almaya, cezalandırmaya ve engellemeye çalıştığı iddia edilmektedir.[40] Yıllardır çeşitli tartışmalara vesile olan Roe v. Wade kararının şu sıralar yine ABD'nin en önemli gündem maddelerinden birisi olmasının sebeplerinden biri, Yüksek Mahkemenin önüne gelen Dobbs v. Jackson's Women's Health Organization davasıdır. Amerikan Yüksek Mahkemesi bu davadaki kararını açıklamadan önce dahi Roe v. Wade kararının doğru olup olmadığı konusunda dokuz yargıç arasındaki görüş farklılıkları kamuoyuna oldukça beklenmedik bir şekilde yansımıştır.[41]

IV. Dobbs v. Jackson Women's Health Organization Davası ve Yüksek Mahkeme Kararının Sızdırılması

Dobbs v. Jackson Women's Health Organization davasında, Mississippi eyaleti Yüksek Mahkemeden, hamileliğin on beşinci haftasından sonra getirilen kürtaj yasağını onaylamasını ve Roe v. Wade davasını tamamen geçersiz kılmasını istemiştir. Amerikan Yüksek Mahkemesinin söz konusu dava ile ilgili iç müzakereleri daha önce hiç görülmemiş bir şekilde sızdırılmış ve Mayıs ayında çevrimiçi gazete platformu olan Politico'da açıklanmıştır.[42] Müzakerelerin sızdırılmış taslağı, Mahkemenin on beş haftalık hamilelikten sonra çoğu kürtajı yasaklayan Mississippi düzenlemesi lehine karar vereceğini ortaya koymuştur. Bu şekilde eyalet milletvekillerine kürtaja sert sınırlamalar getirme veya yasaklama konusunda serbesti sağlanacağı belirtilmiştir.[43] Buna göre Yüksek Mahkemenin bu davada Mississippi eyaleti lehine karar vermesi ile kürtaj hakkının anayasal hak olduğu yönünde içtihat sonlanacak ve kürtaj konusunda eyaletler kendi içlerinde karar alabilecektir. Mahkeme, sızıntı sonrası taslağın gerçekliğini kabul

[39] BBC Türkçe. (2022). ABD'de kürtajı yasallaştıran "1973 kararı" kadınlara hangi hakları tanıdı?. https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-61314532 adresinden erişildi. (ET:19.05.2022).
[40] https://www.plannedparenthoodaction.org/issues/abortion/roe-v-wade.
[41] Holmes Snedaker, s. 115.
[42] POLITICO. (2022). Supreme Court has voted to overturn abortion rights, draft opinion shows. https://www.politico.com/news/2022/05/02/supreme-court-abortion-draft-opinion-00029473 adresinden erişildi. (ET:04.06.2022).
[43] Sneed T. (2022). Abortion law Q&A: How a Supreme Court opinion in a blockbuster case could impact abortion rights. https://edition.cnn.com/2022/06/12/politics/abortion-supreme-court-roe-wade-state-law/index.html adresinden erişildi. (ET:18.06.2022).

etse de taslağın Mahkemenin kararını veya davadaki konularda herhangi bir üyenin nihai konumunu temsil etmediğini belirtmiştir.[44]

ABD'nin en yüksek yargı organı olan Yüksek Mahkemede toplam dokuz yargıç bulunmakta olup bu yargıçların altısı Cumhuriyetçi başkanlar tarafından atanmıştır.[45] Roe v. Wade davasındaki kriterleri açıkça görmezden gelerek bir yasağı destekleme eğiliminde olmasının nedeninin Yüksek Mahkemenin değişen yapısından kaynaklandığı belirtilmektedir. Yüksek Mahkeme yargıçlarından Neil Gorsuch, Brett Kavanaugh[46] ve Amy Coney Barrett[47] üreme sağlığı ve haklarının kapsamının genişlemesine ilişkin karşıtlıklarıyla bilinmektedir.[48]

Yüksek Mahkemenin başkanı olan yargıç John G. Roberts, belgenin mahkemenin kararı anlamına gelmediğini ve üyelerin nihai kararını yansıtmadığını belirtmiştir. ABD Başkanı Joe Biden, belgenin doğru olduğunun ortaya çıkması sonrası yaptığı açıklamada, yönetiminin kürtaj hakkını korumaya kararlı olduğunu, Roe kararından geri dönmenin ayrıca eşcinsel evlilikler gibi diğer kişisel özgürlükleri etkileyecek yansımaları olabileceğini ifade etmiştir. Cumhuriyetçilerin Senatodaki lideri Mitch McConnell ise karar taslağının sızdırılmasının arkasında liberallerin olduğunu, liberallerin politik bir fırtına yaratarak karar üzerinde baskı yaratmaya çalıştığını iddia etmiştir. Demokratların Senatodaki lideri Chuck Schumer is Yüksek Mahkemedeki bazı muhafazakâr yargıçlar için aşırı sağcı ifadesini kullanarak bu yargıçların ABD Anayasasına aykırı hareket ettiklerini belirtmiştir. Demokratlar kararı, son elli yılın en büyük hak kısıtlaması olarak görmektedir.[49]

Yargıç Samuel Alito, Roe v. Wade kararını bozacak olan ve sızdırılan görüş taslağında Roe ve Casey'nin reddedilmesi gerektiğine inandıklarını, anayasanın kürtaj hakkına atıfta bulunmadığını, böyle bir hakkın herhangi bir anayasal hükümle zımnen de korunmadığını, bu hususta karar verme işinin halk tarafından seçilen temsilcilere verme vaktinin geldiğini ifade etmektedir**.** Roe v. Wade kararından geri dönmenin muhafazakâr eyaletlerin kürtajı kısıtlamasına veya yasaklamasına yol açacağı, eyaletlere kürtajı

[44] Sobel L. ve Ramaswamy A. (2022). https://www.kff.org/womens-health-policy/slide/16-states-and-dc-have-state-laws-protecting-the-right-to-abortion-if-roe-v-wade-is-overturned/ adresinden erişildi. (ET:22.06.2022).

[45] https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-61314532.

[46] Ertaş, ideolojik yelpazede Anthony Kennedy'nin sağına düşen Kavanaugh'un, Mahkeme'nin içtihatlarında gelecek yıllar veya on yıllar boyunca sağa doğru bir kaymayı mümkün kılacağını belirtmektedir. Ertaş, T. (2022). How Trump-appointed justices have dramatically shifted the liberal-conservative balance in the U.S. Supreme Court. https://www.montesquieu-instituut.nl/id/vltle3iglwwm/nieuws/how_trump_appointed_justices_have?colctx=vllzft76lfmu adresinden erişildi. (ET:09.06.2022).

[47] Ruth Bader Ginsburg'un vefatı üzerine Trump tarafından aday gösterilen Barrett, muhafazakâr yargı felesefesi ile tanınan bir yargıçtır. Ertaş, **https://www.montesquieu-instituut.nl/id/vltle3iglwwm/nieuws/how_trump_appointed_justices_have?colctx=vllzft76lfmu**.

[48] https://www.plannedparenthoodaction.org/issues/abortion/roe-v-wade.

[49] BBC Türkçe. (2022). Kürtaj hakkı tartışması: ABD'de Cumhuriyetçiler ve Demokratlar "tarihi belge sızıntısı" sonrası birbirlerini suçluyor. https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-61303035 adresinden erişildi. (ET:10.05.2022).

düzenleme konusunda tam yetkiye sahip olacakları bir zemin hazırlayacağı iddia edilmektedir.[50] Bu nedenle bir sonraki başlık altında karardan dönülmesinin muhtemel etkileri irdelenecektir.

V. Roe v. Wade Kararından Dönülmesinin Muhtemel Etkileri

Mahkemenin Roe v. Wade kararından dönmesi ile eyaletlerin kürtaj konusunda kendi düzenlemelerini getirebilmelerinin önünün açılacağı ve bu şekilde kadınlar için oldukça önemli olan bir hak meselesinde bazı eyaletler bakımından 1973 yılı öncesine dönülmesine neden olacağı savunulmaktadır. Mahkemenin Dobbs v. Jackson Women's Health Organization karar taslaklarının sızması ile kürtajın ABD eyaletlerinin yarısında yasaklanabileceği,[51] hali hazırda yirmi iki eyaletin kürtajı büyük oranda yasaklayacak yasaları uygulamaya koyabileceği belirtilmiştir.[52] Bu geri adımın özellikle ayrımcılık grupları içerisinde yer alan ve sağlık hizmetlerine erişimi sınırlı olan kadınlara en çok zararı vereceği ifade edilmektedir. Aralarında 5,7 milyon Hispanik veya Latin kökenli, 5,3 milyon Afroamerikan, 1,1 milyon Asyalı ve yaklaşık 340.000 Amerikan veya Alaska yerlisi olan 36 milyon kadın ve hamile kalabilecek pek çok kadın, kendi eyaletlerinde kürtaja erişim haklarını kaybetme riskiyle karşı karşıyadır.[53]

Roe v. Wade kararından geri dönülmesi ile sadece Mississippi'nin on beş haftalık yasağının onaylanmakla kalınmayacağı, eyaletlerin ve belki de gelecekte federal hükümetin ilk üç aylık dönem de dahil olmak üzere hamileliğin erken dönemlerinde kürtajı yasaklama ihtimaline izin verileceği iddia edilmektedir.[54] Kürtaj gibi önemli bir tartışma başlığında karar, eyalet milletvekillerine ve potansiyel olarak federal milletvekillerine bırakılacaktır.[55] Teksas ve Oklohoma eyaletlerinde halihazırda kürtajı yasaklayıcı nitelikte düzenlemeler yapılmış olup karardan dönülmesi ile bu yasaklamaların daha fazla eyalete yayılabileceği, eyaletlerin herhangi bir federal anayasal standart olmaksızın kendi kürtaj politikalarını belirleyebileceği ifade edilmektedir. Ancak bu noktada federe devlet anayasalarının da göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Örneğin Michigan'ın önceki tarihli yasalarında kürtaj yasağı mevcut olsa da yakın tarihte bir Michigan yargıcı bu neviden bir düzenleme getiren yasanın Michigan Eyalet Anayasası'nı ihlal ettiğini belirtmiştir. Sekiz eyalette, eyalet anayasasına göre kürtaj hakkını tanıyan Eyalet Yüksek Mahkemesi kararları vardır.[56]

[50] Ertaş, **https://www.montesquieu-instituut.nl/id/vltle3iglwwm/nieuws/how_trump_appointed_justices_have?colctx=vllzft76lfmu**.
[51] https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-61314532.
[52] BBC. (2022). Roe v Wade: What is US Supreme Court ruling on abortion?. **https://www.bbc.com/news/world-us-canada-54513499** adresinden erişildi. (ET:01.07.2022).
[53] https://www.plannedparenthoodaction.org/issues/abortion/roe-v-wade.
[54] Sneed, https://edition.cnn.com/2022/06/12/politics/abortion-supreme-court-roe-wade-state-law/index.html.
[55] Sneed, https://edition.cnn.com/2022/06/12/politics/abortion-supreme-court-roe-wade-state-law/index.html.
[56]Sobel ve Ramaswamy, https://www.kff.org/womens-health-policy/slide/16-states-and-dc-have-state-laws-protecting-the-right-to-abortion-if-roe-v-wade-is-overturned/.

Belirtmek gerekir ki karardan en çok etkilenecek gruplar arasında ekonomik koşulları iyi olmayan kadınlar yer almaktadır. Kürtaj yaptırmak isteyen ama kendi eyaletlerinde bu hak tanınmayan kadınların hakkın tanındığı başka bir eyalete gitmesi, ekonomik durumu iyi olmayan kadınlar için oldukça zordur. Turnaway Study[57], kürtaj hakları reddedilen kadınların federal yoksulluk sınırının altına düşme olasılığının, kürtaj yaptıran kadınlara göre neredeyse dört kat daha fazla olduğunu tespit etmiştir. California Üniversitesi'ndeki araştırmacılara göre, 2017 ile 2022 yılları arasında, ilaçla kürtajın ortalama maliyeti artan taleplerle birlikte her geçen gün artmıştır. Hamileliği sonlandırmak adına mevcut yöntemlerin maliyetleri, birçok kadının bu operasyonu gerçekleştirebilmesi için yeterli bütçeyi bulması adına gereken süreyi uzatmaktadır. Turnaway Study çalışmasına katılan kadınlardan kürtaj yaptıranların yüzde elli dördü, prosedürü geciktirdiklerini çünkü bunun için para toplamak zorunda olduklarını belirtmiştir. Kürtaj yaptırmak için eyalet dışına seyahat edecek parası olmayan kadınların yanı sıra bir diğer eyalet dışına çıkma problemi yaşan grup, göçmen olup yolculuk riskine giremeyecek kadınlardır. Teksas genelinde, ABD Sınır Devriyesi görevlileri tarafından yönetilen bir düzineden fazla kontrol noktası, kürtaj yaptırmak isteyen ancak göçmenlik belgesi bulunmayan kadınların bu operasyona ulaşabilme şansını ancak kendi eyaletlerinde bulabileceklerini göstermektedir.[58]

Kürtaj yaptırmak isteyen kadının cezai sorumluluğu, eyaletlerin uygulamaya koyduğu kürtaj politikalarına bağlı olacaktır. Kürtaj karşıtı hareketin liderlerinden bazıları geçmişte, kadınların kürtaj yaptırdıkları için yargılanmaması ve kürtajı yasaklayan ceza yasalarının kürtaj sağlayıcıları veya prosedürü kolaylaştıran diğer kişileri hedef alması gerektiğini belirtmiştir. Kürtaj yasaklama ihtimali olan birçok eyalette, kürtaj yaptıran kadını kovuşturmadan muaf tutan bir dil olsa da eyalet milletvekillerinin kürtaj yaptırmak isteyen kadınların yargılanmasını düzenleyen yasaları geçirmelerini engelleyecek hiçbir şey olmadığı belirtilmektedir. Örneğin Louisiana'da kadınların kürtaj yaptırdıkları için cinayetle suçlanmasını sağlayacak bir yasa tasarısı önerilmiştir ancak yasa neyse ki kabul edilmemiştir.[59]

Savcıların kürtaj yasaklarını uygulamak için sağlık hizmet sunucularından arayacağı bilgiler, üreme hakları savunucularını endişelendiren bir başka konu başlığıdır. Tipik olarak bir bireyin tıbbi bilgilerine ilişkin verilerin korunmasını sağlayan HIPAA (Health Insurance Portability nd Accountability Act) korumaları, Roe kararından

[57] Turnaway Study ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ANSIRH, https://www.ansirh.org/research/ongoing/turnaway-study, (ET: 28.07.2022).
[58] Taladrid, S. (2022). A Texas Teen-Ager's Abortion Odyssey. **https://www.newyorker.com/magazine/2022/06/20/a-texas-teen-agers-abortion-odyssey** adresinden erişildi. (ET:13.07.2022); Ayrıca bkz. Burbank, M. ve Kwong, E. (2022). A landmark study tracks the lasting effect of having an abortion — or being denied one. **https://www.npr.org/sections/health-shots/2022/05/15/1098347992/a-landmark-study-tracks-the-lasting-effect-of-having-an-abortion-or-being-denied** adresinden erişildi. (ET:28.07.2022).
[59] Sneed, https://edition.cnn.com/2022/06/12/politics/abortion-supreme-court-roe-wade-state-law/index.html.

dönülmesi ile devreye girebilecek belirli kanun uygulama bağlamları için muafiyetlere sahiptir. Benzer şekilde, kürtaj yaptıran kişinin dijital cihazlarından elde edilebilecek verilerin, kürtaj yaptırıp yaptırmadığını belirlemek için kullanılabileceğine dair endişeler vardır.[60]

Bir diğer endişe ise tecavüz, ensest veya annenin sağlığına ilişkin durumların kürtaj yasağının istisnaları olarak belirlenmesinin eyaletten eyalete değişme ihtimalidir. Yüksek Mahkemenin Roe kararından dönmesinin beklentisiyle son zamanlarda eyalet yasama organları tarafından kabul edilen kürtaj sınırlamalarına yönelik yasa tekliflerinin yalnızca birkaçı tecavüz ve ensest muafiyetlerini içermektedir. Örneğin Cumhuriyetçi Güney Carolina Valisi Henry McMaster, tecavüz veya ensest muafiyetlerine karşı olduğunu belirtmiştir. Diğer taraftan, Arkansas'ın Cumhuriyetçi Valisi Asa Hutchinson Mayıs ayında CNN'e verdiği röportajda eyaletlerinde tecavüz ve ensest muafiyetlerinin eklenmesini desteklediğini belirtmiştir.[61]

Kürtaj karşıtı eyalet milletvekilleri, sınırlarının dışında gerçekleşen kürtajla ilgili davranışları düzenlemeye ilgilerini belirtmişlerdir. Örneğin, bazı Teksaslı milletvekilleri, kürtaj yaptırmak için eyalet dışına seyahat eden çalışanların masraflarını karşılayan şirketlere ceza verilmesi çağrısında bulunmuştur. İlaç vasıtasıyla kürtaj yapılması bir başka önemli husustur. Cumhuriyetçi eyaletler, kürtaj haplarının postayla gönderilmesine ve hapların şahsen başvuru olmaksızın verilmesine karşı çıkmaktadır. Ancak bu kısıtlamaların kürtaj haplarını postalarken nasıl uygulanacağı, kürtaj karşıtı milletvekillerinin henüz bir çözüm üretemediği bir sorudur. Texas geçen yıl, kürtaj haplarının postayla gönderilmesine ilişkin önceden var olan yasağını, onu iadeyi gerektirecek türden bir suç haline getirmek için güncellemiştir.[62]

1991-2001 arasında şiddet vakaları artınca bu yıllarda kürtajı yasallaştırmak ile suç oranlarının azalması-artması arasında bir ilişki olup olmadığı noktasında bazı tartışmalar mevcuttu. İstenmeyen çocukların sağlık ve eğitim bakımından sorunları olduğu ve bu nedenle suç olaylarına katılma ihtimallerinin de arttığı savunulmaktadır. Donohue ve Levitt tartışmalı çalışmalarında, kürtaja erişimin yasal olmasının geçmişte suç oranlarını azaltabildiğini iddia etmekte ve bunu çeşitli verilere dayandırmaktadır.[63]

Sonuç Yerine

[60] Sneed, https://edition.cnn.com/2022/06/12/politics/abortion-supreme-court-roe-wade-state-law/index.html.
[61] Sneed, https://edition.cnn.com/2022/06/12/politics/abortion-supreme-court-roe-wade-state-law/index.html.
[62] Sneed, https://edition.cnn.com/2022/06/12/politics/abortion-supreme-court-roe-wade-state-law/index.html.
[63] Bu konudaki kapsamlı ve tartışmalı çalışma için bkz. Donohue J. J. ve Levitt S. D. (2001). The Impact Of Legalized Abortion on Crime. Quarterly Journal Of Economics, CXVI/2, 379-420; Ayrıca bkz. **https://freakonomics.com/podcast/abortion-and-crime-revisited-update/** adresinde konu ile ilgili Stephen J. Dubner'in hazırlamış olduğu 11.05.2022 tarihli "Abortion and Crime, Revisited" başlıklı podcast dinlenilebilir.

Tebliğ, Assos Hukuk Kongresi kapsamında 16 Haziran 2022 tarihinde sözlü olarak sunulmuştur. 24 Haziran 2022'de ise Amerikan Yüksek Mahkemesi, Dobbs v. Jackson's Women's Health Organization davasında kararını açıklayarak Roe v. Wade'deki kürtaj hakkının anayasadan kaynaklanan bir hak olduğu yönündeki içtihadından dönmüştür.[64] Sonuç yerine karar sonrası bazı gelişmelere kısaca yer verilerek Roe'dan dönülmesi üzerine oluşan atmosfer hakkında fikir verilmeye çalışılacaktır.

Florida'da bir yargıç, 15 haftalık hamilelikten sonra kürtajı yasaklayan bir eyalet yasasının (2012 yılında Florida'daki seçmenlerin kürtajı anayasal mahremiyet korumalarından muaf tutacak bir değişikliği reddetmesine rağmen bu yasanın oluşturulduğunu belirtmek gerekir.) yürürlüğe girmesini geçtiğimiz Haziran ayında kısa bir süreyle engellemiştir. Florida eyaletinde yürürlüğe girmesi planlanan yasanın, eyalet anayasasındaki mahremiyet korumalarını ihlal ettiği belirtilmektedir. Ancak yargıç yalnızca bunu evrak işleri tamamlanana kadar kısa bir süre için sağlayabilmiştir. Bu döneme kadar Florida, 24 haftalık hamileliğe kadar kürtaja izin vermiş ve Güneydoğu eyaletlerinden prosedürü arayan kadınlar için bir sığınak haline gelmişti. Kentucky'deki bir yargıç, Yüksek Mahkeme'nin kararıyla tetiklenen kürtaj yasağını geçici olarak engellemiştir. 2019'da kabul edilen yasa, prosedürün neredeyse tamamen yasaklanması çağrısında bulunmuş ve kliniklerin hastaları geri çevirmesine yol açmıştı. Yüksek Mahkemenin karar sonrası Arizona'nın genetik fetal koşullara dayalı kürtajı yasaklayan bir eyalet yasasını uygulamaya başlamasının önünü açtığı belirtilmektedir. Arizona'nın Cumhuriyetçi Başsavcısı Mark Brnovich, bir ihtiyati tedbiri kaldıran ve devletin yasayı uygulamasına izin veren idari hareketi takdirle karşılamıştır. Teksas'ta, başsavcı Eyalet Yüksek Mahkemesinden eyaletin kürtajla ilgili cezai yasaklarının uygulanmasını engelleyen geçici bir yasaklama emrini kaldırmasını istemiştir.[65]

Eylül 2021'de, Teksas Kalp Atışı Yasası (The Texas Heartbeat Act, Senate Bill 8) eyalet çapında yürürlüğe girmiştir. Yeni yasa, fetal hücrelerdeki elektriksel aktivitenin ultrasonla tespit edilmesi durumunda, kadınların gebeliğin altıncı haftasından sonra ve hatta altıncı haftadan önce kürtaj yaptırmasını yasaklamaktadır. Kalp Atışı Yasası ile tecavüz veya ensestten kaynaklanan hamilelikler ya da çok genç yaştaki gençlerin hamilelikleri için hiçbir istisna yapılmamıştır. Teksas Üniversitesi bünyesinde gerçekleştirilen Teksas Politika Değerlendirme Projesi'nin araştırmalarına göre, yasanın yürürlüğe girmesinden sonra dokuz ay içerisinde eyalette kadınların kürtaj operasyonuna başvurma sayısı yarı yarıya düşmüştür. Teksas'ta kürtaj yaptırmak isteyen ancak Yasa

[64] https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf adresinden erişildi. (ET:24.06.2022).
[65] THE NY TIMES. (2022). Florida Judge Will Temporarily Block 15-Week Abortion Ban. https://www.nytimes.com/2022/06/30/us/florida-abortion-ban-blocked.html?searchResultPosition=1 adresinden erişildi. (ET:08.07.2022).

nedeniyle bu operasyona başvuramayan pek çok kadın ise başka eyaletlere gitmek zorunda kalmıştır. Newyorker Dergisi'nin yazarı Taladrid'in 13 Haziran 2022'de yayınlanan genç bir kadının kürtaj süreci ile ilgili kaleme aldığı gözlemleri, özellikle Roe v. Wade kararından dönülmesi sonrası çoğu eyalette yaşanacakları açıklar niteliktedir. Genç kadının kürtaj operasyonu yaptırabilmesi için en yakın seçenek Oklahoma eyaleti olsa da eyaletteki kliniklerin hiçbirinde boş randevu bulunmamaktaydı. Araştırmalardan sonra en yakın klinik olarak New Mexico, Santa Teresa'daki bir kliniğe ulaşılmıştı ancak bu klinikte de operasyonun maliyeti aile için oldukça yüksekti. Teksas yasalarına göre, sigortacıların kadının hayatı tehlikede olmadığı sürece kürtaj maliyetlerini karşılaması yasaktır. Operasyonu gerçekleştirmek için bulunan kliniğe bir önceki yıl kürtaj için gelenlerin sayısı ayda ortalama yüz elli dört iken 2022 bahar döneminde Teksas'taki kürtaj kısıtlamaları sebebiyle aylık hasta sayısı üç yüze yaklaşmıştır. Kliniğin önünde bazen gelen hastalara müdahale edildiği, kürtaj karşıtı broşürlerin dağıtıldığı belirtilmektedir. Teksas Kalp Atışı Yasasında ayrıca Teksas'ta kürtaj yapmak isteyen bir kadına altı haftayı geçtikten sonra yardım veya yataklık edilmesi halinde bu kişilere karşı dava açılmasına izin veren bir hüküm de bulunmaktadır.[66]

Yüksek Mahkemenin kürtaj ile ilgili Roe'dan dönme kararını teknik olarak yeniden gözden geçirmesini durduracak bir kural bulunmamaktadır. Ancak Yüksek Mahkemenin yapısının değişerek liberal yargıçların çoğunluğa kavuşması halinde dahi Mahkeme çoğunluğunun belirli koşullar yerine getirilmedikçe içtihattan dönmeyi engelleyen yasal bir ilke olan "stare decisis" ilkesi nedeni ile tekrar Roe dönemine dönülmesinin mümkün gözükmediği ifade edilmektedir.[67] Kürtaj hakkını garanti altına almak adına akla gelebilecek bir diğer çözüm yolu ise anayasa değişikliğine gidilmesidir. Ancak ABD Anayasasının değiştirilme usulünün zorluğu göz önünde bulundurulduğunda, bu olasılık düşük görülmektedir.[68].

Roe v. Wade kararından ABD'de dönülmesi bir diğer yandan da kürtaj hakkı yönünden yapılan bu değişikliğin yalnızca ABD ile sınırlı kalmaması sonucunu da doğurabilecektir. Roe kararı pek çok karşılaştırmalı hukukçu için önemli bir karar olmuştur.[69] ABD'de Roe v. Wade kararı ile kürtaj hakkı mahremiyet hakkının kapsamı içerisinde sayılıp anayasal bir hak olarak kabul edildikten sonra bu adımı başka ülkelerin de izlediği ifade edilmektedir. Başta Kanada, İngiltere, Kolombiya, Almanya, Hindistan olmak üzere pek çok ülkede yargıçlar, Roe kararına atıf yapmıştır.[70] Tersinin söz konusu

[66] Taladrid, https://www.newyorker.com/magazine/2022/06/20/a-texas-teen-agers-abortion-odyssey.
[67] Sneed, bu ilkeye liberal yargıçların daha çok sadakat gösterdiğini ifade etmektedir. https://edition.cnn.com/2022/06/12/politics/abortion-supreme-court-roe-wade-state-law/index.html.
[68] Sneed, https://edition.cnn.com/2022/06/12/politics/abortion-supreme-court-roe-wade-state-law/index.html.
[69] Weiner, s. 2.
[70] Weiner, s. 2.

olması uluslararası alanda kadınlar için önemli bir hak sorununu peşinden getirebilecektir.[71]

KAYNAKÇA

ANSIRH, https://www.ansirh.org/research/ongoing/turnaway-study adresinden erişildi. (ET: 28.07.2022).

BBC Türkçe. (2022). ABD'de kürtajı yasallaştıran "1973 kararı" kadınlara hangi hakları tanıdı?. https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-61314532 adresinden erişildi. (ET:19.05.2022).

BBC Türkçe. (2022). Kürtaj hakkı tartışması: ABD'de Cumhuriyetçiler ve Demokratlar "tarihi belge sızıntısı" sonrası birbirlerini suçluyor. https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-61303035 adresinden erişildi. (ET:10.05.2022).

BBC. (2022). Roe v Wade: What is US Supreme Court ruling on abortion?. **https://www.bbc.com/news/world-us-canada-54513499** adresinden erişildi. (ET:01.07.2022).

Burbank, M. ve Kwong, E. (2022). A landmark study tracks the lasting effect of having an abortion — or being denied one. https://www.npr.org/sections/health-shots/2022/05/15/1098347992/a-landmark-study-tracks-the-lasting-effect-of-having-an-abortion-or-being-denied adresinden erişildi. (ET:28.07.2022).

Donohue J. J. ve Levitt S. D. (2001). The Impact Of Legalized Abortion on Crime. Quarterly Journal Of Economics, CXVI/2, 379-420.

Ely, J. H. (1973). The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade. Yale Law Journal, 82/5, 920-949.

Ertaş, T. (2022). How Trump-appointed justices have dramatically shifted the liberal-conservative balance in the U.S. Supreme Court. https://www.montesquieu-instituut.nl/id/vltle3iglwwm/nieuws/how_trump_appointed_justices_have?colctx=vllzft76lfmu adresinden erişildi. (ET:09.06.2022).

Holmes Snedaker, K. (1987). Reconsidering Roe v. Wade: Equal Protection Analysis As An Alternative Approach. New Mexico Law Review, 115-137.

McFarlane, D. (1993). U.S. Abortion Policy Since Roe v. Wade. The American Journal of Gynecologic Health, 7/4, 98-106.

[71] Polonya, Nikaragua ve ABD'de önceden tanınan kürtaja ilişkin haklar yavaş yavaş geri alınmaktadır. Taladrid, https://www.newyorker.com/magazine/2022/06/20/a-texas-teen-agers-abortion-odyssey.

Oehlke, R. Roe v. Wade: The Aftermath of one of the Most Controversial Supreme Court Decisions. **http://cas.loyno.edu/sites/chn.loyno.edu/files/Roe%20V.%20Wade_The%20Aftermath%20of%20one%20of%20the%20Most%20Controversial%20Supreme%20Court%20Decisions.pdf** adresinden erişildi. (ET:01.07.2022).
Planned Parenthood. Roe v. Wade Overturned: Supreme Court Gives States the Right to Outlaw Abortion. https://www.plannedparenthoodaction.org/issues/abortion/roe-v-wade adresinden erişildi. (ET: 20.07.2022).
Planned Parenthood. Roe v. Wade: Its History and Impact. https://www.plannedparenthood.org/files/3013/9611/5870/Abortion_Roe_History.pdf adresinden erişildi. (ET:28.04.2022).
POLITICO. (2022). Supreme Court has voted to overturn abortion rights, draft opinion shows. https://www.politico.com/news/2022/05/02/supreme-court-abortion-draft-opinion-00029473 adresinden erişildi. (ET:04.06.2022).
Sneed T. (2022). Abortion law Q&A: How a Supreme Court opinion in a blockbuster case could impact abortion rights. https://edition.cnn.com/2022/06/12/politics/abortion-supreme-court-roe-wade-state-law/index.html adresinden erişildi. (ET:18.06.2022).
Sobel L. ve Ramaswamy A. (2022). https://www.kff.org/womens-health-policy/slide/16-states-and-dc-have-state-laws-protecting-the-right-to-abortion-if-roe-v-wade-is-overturned/ adresinden erişildi. (ET:22.06.2022).
Taladrid, S. (2022). A Texas Teen-Ager's Abortion Odyssey. https://www.newyorker.com/magazine/2022/06/20/a-texas-teen-agers-abortion-odyssey adresinden erişildi. (ET:13.07.2022).
THE NY TIMES. (2022). Florida Judge Will Temporarily Block 15-Week Abortion Ban. https://www.nytimes.com/2022/06/30/us/florida-abortion-ban-blocked.html?searchResultPosition=1 adresinden erişildi. (ET:08.07.2022).
Weiner, M. H. Roe v Wade Case. **https://oxcon.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeccol/law-mpeccol-e564** adresinden erişildi. (ET:13.07.2022).

Kararlar

City of Akron, Petitioner, v. Akron Center for Reproductive Health, Inc., et al. Akron Center for Reproductive Health, Inc., et al., Petitioners v. City of Akron et al. 462 U.S. 416, 15.06.1983, https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/462/416 adresinden erişildi. (ET:03.06.2022).

Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438, 22.03.1972,
https://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/438/ adresinden erişildi.
(ET:19.06.2022).
Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479, 07.06.1965,
https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/ adresinden erişildi.
(ET:19.06.2022).
Harris v. McRae, 448 U.S. 297, 30.06.1980,
https://supreme.justia.com/cases/federal/us/448/297/#tab-opinion-1953689 **adresinden erişildi. (ET:20.06.2022).**
Jane Roe, et al., Appellants, v. Henry Wade, 410 U.S. 113, 22.01.1973,
https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/410/113 adresinden erişildi.
(ET:06.05.2022).
Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania, et al., Petitioners, v. Robert P. Casey, et al., etc. Robert P. Casey, et al., etc., Petitioners, v. Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al., 505 U.S. 83, 29.06.1992,
https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/505/833 adresinden erişildi.
(ET:29.06.2022).
https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf adresinden erişildi.
(ET:24.06.2022).
Skinner v. State of Oklahoma ex rel. Williamson, 316 U.S. 535, 01.06.1942,
https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/316/535 adresinden erişildi.
(ET:10.06.2022).

COVİD-19 SALGININININ TÜRK MEVZUATINA ETKİLERİ

[1] Öğr. Gör. Gökhan ÇAKMAK*

Özet

Bilindiği üzere ilk olarak Çin de ortaya çıkan salgın Avrupa'ya ve ülkemize sıçramış 11 Mart 2020 tarihinde ülkemizde ilk covid-19 vakası devlet görevlisi (Cumhurbaşkanı Sözcüsü) tarafından açıklanmıştır. İki yıldan fazla bir zaman sonra 27 Nisan 2022 tarihinde ise salgın için çok önemli bir konuma gelen maske, mesafe gibi tedbirlerin artık zorunluluk olmadığı sayın Cumhurbaşkanı tarafından açıklanmıştır. İki yılı geçkin zamandır yaşamış olduğumuz bu süreç tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de çeşitli etkiler bırakmıştır. Söz konusu salgının yarattığı etkiler sadece ulaşım, haberleşme ,teknoloji, ekonomik gibi alanlarda değil hukuk alanında da yaşanmıştır. Hatta salgının başlangıcından itibaren hukuk alanında yaşanan süreçler çok önemli hale gelmiştir. Elbette bunun sebeplerinden bir tanesi salgının kontrol altına alınabilmesi, ölüm ve hastalık sayılarının azaltılabilmesi için kişisel özgürlüklerin sınırlanması oluşturmaktadır. Türk hukuk mevzuatı açısından salgın dönemine yaptığımız incelemelerde görülen etkilerin geçici ve sürekli olarak ikiye ayırmanın mümkün olduğu görülmektedir. Geçici etkiler covid-19 salgın sürecinin yönetilmesi amacıyla o dönemde kararnameler yoluyla alınan bazı hukuki kısıtlamalar olarak karşımıza çıkmaktadır. Sürekli etkiler ise salgının yarattığı farkındalık duygusu ve bu süreçte gelişen teknolojiye ayak uydurma çabası ile açıklanmalıdır. Salgın döneminde Türk hukuk sistemi tartışmaya açılmış ve İnsan Hakları Eylem Planı hükümet tarafından ilan edilerek günümüze kadar belli bir mesafe kat edilmiştir. Çalışmamızda kronolojik olarak geçici ve sürekli olarak tasnif ettiğimiz salgın etkileri değerlendirilerek tartışmaya açılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Türk mevzuatı,covid-19 ,salgın etkileri

COVİD-19 SALGININININ TÜRK MEVZUATINA ETKİLERİ

GİRİŞ

Koronavirüs salgını tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de ekonomik, kültürel, sosyal ve hukuki olarak etkiler bırakmıştır. Söz konusu etkilerin bir kısmı geçici, bir kısmı da sürekli olarak hayatımızda yer etmiştir.

Covid-19 Pandemisi ilk defa 17 Kasım 2019 tarihinde Çin Halk Cumhuriyetinin önemli eyaletlerinden biri olan Hubei eyaletinin başkenti Wuhan da ortaya çıkmıştır. Ağız ve burun yolundan bulaşan virüs yüksek yayılma hızına erişerek başta Avrupa ve

* Yozgat Bozok Üniversitesi, gokhan.cakmak@yobu.edu.tr, Orcid Numarası: 0000-0002-8475-6344

Amerika kıtasına sıçramış Dünya Sağlık Örgütü tarafından 11 Mart 2020 tarihinde küresel salgın ilan edilmiştir.[2]

Türkiye de ise ilk koronavirüs vakası 11 Mart 2020 tarihinde ilan edilmiştir. Bakanlık bünyesinde salgın yönetimi ve kontrolünü sağlamak maksadıyla bilim kurulu oluşturulmuş, çeşitli tıp dallarındaki akademisyen ve uzmanlardan oluşan kurul başta Sağlık bakanı olmak üzere hükümete tavsiye niteliğinde kararlar almıştır. Adı geçen kurulun başkanlığını Sağlık bakanı yürütmüştür.

Sağlık bakanlığı tarafından oluşturulan Covid-19 rehberi ile diğer bakanlık ve kamu kurumları vasıtası ile tüm dünyada olduğu gibi çeşitli tedbir ve yasaklar uygulanmıştır. Bu tedbir ve yasaklar ise sokağa çıkma yasağı, online eğitim, uzaktan veya evden çalışma ,açık cezaevi izinlerinin arttırılması , idari para cezaları gibi çeşitli türde olmuştur.

Dünyada ve ülkemizde aşı üretilmiş ,üretilen aşıların yoğun kampanya ve teşviklerle yaygınlaştırılması ile günümüzde salgın etkisini iyice kaybetmiş, yaklaşık iki yıldır bazen yoğun bazen seyrek bir biçimde uygulanan tedbirler neredeyse tamamen kaldırılmıştır.

TARTIŞMA ve BULGULAR

1.Salgın yönetimi ve kontrolü içi alınan tedbirlerin Türk mevzuatına etkileri

Salgının yönetimi ve kontrolü açısından kanun, Cumhurbaşkanlığı kararı ,bakanlık genelgeleri,yönetmelikler yayımlanmış, halihazırda mevcut bulunan 24/4/1930 tarihli Umumi Hıfzısıhha kanununun 23.maddesi (il hıfzısıhha kurulları)uygulanarak pandemiye çözüm aranmıştır.

17 Nisan 2020 tarihli Yeni Koronavirüs (Covıd-19) Salgınının Ekonomik Ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun yayımlanarak salgının yarattığı ekonomik etkilere çözüm aranmış kamunun bazı alacakları ertelenmiş veya yapılandırılmıştır. Yine benzer şekilde Cumhurbaşkanı kararları ile özellikle kamu bankaları aracılığıyla düşük faizli krediler sağlanarak salgının ekonomik etkileri azaltılmaya çalışılmıştır.

Salgının özellikle ilk bir buçuk yılında bakanlık genelgeleri ile kronik rahatsızlığı bulunanlar,altmış beş yaş üstü bireyler ve yirmi yaş altı kişilerin sokağa çıkma yasakları keza özellikle resmi tatil dönemlerinde istisnalar hariç olmak üzere herkese uygulanan sokağa çıkma yasakları salgın yönetimi ve kontrolü açısından uygulanmıştır. Doğrudan temel hak ve özgürlükleri ilgilendiren bazı tedbirlerin alt düzenleyici normlar ile uygulanması çokça eleştiriye konu olmuştur.

Özellikle sokağa çıkma yasağı tedbiri İçişleri Bakanlığının genelgesi uyarınca il hıfzı sıhha kurullarınca alınan karar gereği uygulanmıştır. Ancak kanun incelendiğinde il

[2] https://covid19.saglik.gov.tr/TR-66300/covid-19-nedir-.html E.T.05.07.2022

kurullarının veya İçişleri Bakanlığının sokağa çıkma yasağı konusunda karar yetkisi dayanak gösterilen kanunlar incelendiğinde bulunmamaktadır.[3]

Yukarıda da bahsedildiği üzere sokağa çıkma kısıtlamasının yaş üzerinden getirilmesinin kanuni hiçbir dayanağı bulunmamaktadır.[4]

4447 sayılı kanuna 25 Mart 2020 tarih ve 7226 sayılı yasa ile değişiklikler ve yeni hükümler ihdas edilerek özellikle pandemi döneminde iş kanununda kısa çalışma olarak belirtilen ve kısa çalışma ödeneği hususu düzenlenmiş süresini arttırmaya Cumhurbaşkanı yetkili kılınmıştır.

Söz konusu düzenleme olmasaydı ani gelişen toplumsal bir salgın olan koronavirüs, meslek hastalığı veya iş kazası olarak değerlendirilmeye çalışılacaktı.Bununla birlikte koronavirüs ne meslek hastalığı kavramına ne de uygun illiyet bağı ve işveren kusuru olmadıkça iş kazası kavramına girmektedir.[5] Türk çalışma hayatı incelendiğinde 4447 sayılı kanuna getirilen yeni düzenlemeler çok yerinde olmuş kısa çalışma ödeneğindeki şartlar esnetilerek çalışma barışı korunmuştur.

7226 sayılı yasanın geçici 3.maddesi ile 'İbraz süresinin son günü 30/4/2021 ilâ 31/5/2021 (bu tarihler dahil) tarihleri arasına isabet eden veya ibraz süresi bu tarihler arasında başlayan çeklerin ibraz süresi 31/5/2021 (bu tarih dahil) tarihine kadar durur. Bu çeklerin belirtilen tarihler arasında ibraz edilmesi ve çek karşılığının tamamen bulunması halinde ödeme yapılır, çek karşılığının bulunmaması veya kısmen bulunması halinde ise karşılıksızdır işlemi yapılmaz.' Hükmü getirilerek özellikle ticari işletmelerin salgın tedbirleri nedeniyle hak kaybına uğramasının önüne geçilmiştir.

Yine 7226 sayılı yasa ile getirilen geçici 1.maddesi ile Dava açma, icra takibi başlatma, başvuru, şikâyet, itiraz, ihtar, bildirim, ibraz ve zamanaşımı süreleri, hak düşürücü süreler ve zorunlu idari başvuru süreleri de dâhil olmak üzere bir hakkın doğumu, kullanımı veya sona ermesine ilişkin tüm süreler durdurulmuş ve Cumhurbaşkanına durdurma süresini 1 defa 6 aya kadar uzatma yetkisi verilmiştir.

2.Covid-19 Sonrası Döneme de Etki Eden Mevzuat Değişiklikleri

Ülkemiz Cumhuriyetin ilk yıllarında yoğun salgın hastalıklarla mücadele etmiş bu konuda ciddi aşılama faaliyetinde bulunmuştur. Aşılama faaliyetin salgın döneminde önemine binaen 12.03.2022 tarihinde Türkiye Aşı Enstitüsünün Yapılanması ve Faaliyetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik Resmi Gazete de yayımlanmıştır.

---

[3] Turhan KASAPOĞLU,Mine , Covid-19 Pandemisinde İlan Edilen Sokağa Çıkma Yasaklarının İdare Hukuku Yönüyle Değerlendirilmesi,İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,11(2) s 553

[4] Kemal GÖZLER, Korona Virüs Salgınıyla Mücadele İçin Alınan Tedbirler Hukuka Uygun Mu?, https://www.anayasa.gen.tr/korona.htm E.T:05.07.2022

[5] Sabahattin YÜREKLİ, Çalışma Hayatında Koronavirüs (Covıd-19) Salgınının Etkileri, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Covid-19 Hukuk Özel Sayısı Yıl:19 Sayı:38 Yaz 2020/2 s38

Pandemi döneminde yine covid-19 virüsünün bulaşma hızı düşünüldüğünde faydalı olduğu düşünülen Uzaktan Sağlık Hizmetlerinin Sunumu hakkındaki Yönetmelik 10.02.2022 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

Tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de salgın en temel kamu hizmet ve görevlerini işlemez hale getirmiştir. Bu sebeple hukuk muhakemeleri kanununun 17.maddesinde 28 temmuz 2020 tarihinde yapılan değişiklik ile hukuk mahkemelerinde ses ve görüntü nakledilmesi suretiyle duruşmaların yapılmasının önü açılmış ayrıca bu konuda 10.03.2021 tarihinde yönetmelik yayımlanmıştır. Yasal düzenleme ve yönetmelik ile taraflar veya avukatı talep dilekçesi ile e duruşma isteyebilecek mahkeme ise söz konusu talep hakkında karar vererek gerekli gördüğü takdirde UYAP üzerinden e duruşma yapılmasını kabul edebilecektir. Yönetmelik mahkemenin resen tanık, bilirkişi, uzman e-duruşma ile dinlenmesine olanak tanımaktadır.

İlk olarak pilot uygulama yapılan e duruşma sistemi kısa bir süre sonra ülkenin tamamında uygulanır hale gelmiştir.

E duruşma sistemi aynı zamanda yargı reformu strateji belgesinde dijital dönüşüm hedefleri arasında yer almaktaydı.

Avukatlar arasında yapılan anket çalışmasında müvekkil görüşmeleri,arabuluculuk işlemleri,duruşma işlemlerinin uzaktan erişim yöntemleriyle yapılabileceği genel bir kanaat olarak ortaya çıkmıştır.[6]

Covid-19 salgını infaz kanunumuzu da etkilemiş 14 Nisan 2020 tarihinde 7242 sayılı yasa ile geçici 9.maddeye fıkralar eklenmiştir. Kanun ile açık ceza infaz kurumlarında bulunanlar ile kapalı ceza infaz kurumunda bulunup da açık ceza infaz kurumlarına ayrılmaya hak kazanan hükümlüler ile denetimli serbestlik hükümlerinden yararlananlar 31 Mayıs 2020 tarihine kadar izinli sayılmışlardır. Salgın seyrine göre Sağlık Bakanlığının önerisi ile Adalet Bakanlığına izin süresini her defasında iki ay olmak üzere üç kez uzatma yetkisi verilmiştir. Kanundaki üç ibaresi ilk olarak 7256 sayılı yasa ile 7 daha sonra 12 en son 26 mayıs 2022 tarihinde 7407 sayılı yasa değişikliği ile 19 olarak değiştirilmiş ve geçici 9.maddenin 6.fıkrasındaki izin bitiş tarihi 31 temmuz 2023 olarak değiştirilmiştir.

Keza 7242 sayılı kanun ile *'6.fıkra ile Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar, Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlar hariç olmak üzere, toplam hapis cezası on yıldan az olanlar bir ayını, on yıl ve daha fazla olanlar ise üç ayını kapalı ceza infaz kurumunda geçirmiş olan iyi hâlli hükümlülerden ilgili mevzuat uyarınca açık ceza infaz kurumlarına ayrılmalarına bir yıl veya daha az süre kalanlar, talepleri hâlinde açık ceza infaz kurumlarına*

[6] Berker KILIÇ,Esra KILIÇ,Şakir BALCI, Covıd-19 Sonrasında Avukatların Uzaktan Çalışmaya İlişkin Görüş Ve Hazır Bulunuşlukları, Pearson Journal Of Socıal Scıences & Humanıtıes, Volume 6 Issue 6,2020 S 90

gönderilebilirler'.hükmü getirilerek şartları sağlayanların covid-19 izninden yararlanması sağlanmıştır.Benzer bir şekilde 5275 sayılı infaz kanununa 7242 sayılı kanun ile yapılan değişiklik ile açık cezaevi izni arttırılmış,97.maddesine eklenen Salgın hastalık, doğal afet, savaş veya seferberlik durumunda bu sebeplerden dolayı izinden dönemeyen veya geç dönen hükümlülere ceza verilmez hükmü ile hükümlülerin zorunluluk hallerinden olumsuz etkilenmesinin önüne geçilmiştir.

Salgın döneminde doğrudan Covid 19 un hayatımızda yarattığı etkilerle bağlantısı olmasa da hükümet Türk mevzuatındaki eksiklik,hata kurum kuruluş,sivil toplum örgütü gibi çok çeşitli kesimlerin taleplerini daha yakından dinleyerek İnsan Hakları Eylem Planı başlığı altında özellikle kişi hak ve hürriyetlerini güvence altına alan bir dizi yasal değişiklik hazırlığı yapmıştır.Söz konusu plana ayrıca uygulama takvimi eklenerek kamuoyunun izlemesine olanak sağlamıştır.2 mart 2021 tarihinde Cumhurbaşkanı tarafından ilan edilen planın iki yıl içerisinde tamamen hayata geçirilmesi öngörülmüştür. Hali hazırda yargı paketleri ile yasalaşma çalışmaları devam etmektedir.

3.Covid-19 Salgınının Türk Mevzuatına Dolaylı Etkileri

Salgın döneminde kripto para adı verilen sanal paraların toplumun birçok kesim tarafından çeşitli sanal para borsaları aracılığı ile satın salındığı görülmüştür. Hatta çok küçük yaştaki genç bireyler kripto para varlıklara yoğun ilgi göstermiştir. Ülkemiz de dahil olmak üzere birçok ülke vatandaşları tarafından gösterilen yoğun ilgi neticesinde bu varlıklar çok yüksek değer artışları veya azalışları yaşamıştır.Bu sebeplerle 16 nisan 2021 tarihinde merkez bankası tarafından Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik yayımlanmış sanal paraların ödemelerde kullanılması yasaklanmıştır.

Kripto varlık ticareti toplumda ciddi anlamda yaygınlaşmasına binaen bu alanda dolandırıcılık hareketlerinde artış yaşanmıştır. Bu alanda iktidar parti grubunun bir yasa teklifi hazırlığı içinde olduğu kamuoyuna yansımıştır.

Covid-19 salgınının bir başka açıdan etkileri değerlendirildiğinde elektronik ticaretin çok yüksek oranlarda artış göstermesi olmuştur. Söz konusu artış günümüzde dahi katlanarak devam etmektedir. Yaşanan süreçte e ticaret alanı aynı zamanda salgın öncesi pek yaygınlık göstermeyen geleneksel market anlayışından farklı online marketleri ortaya çıkarmıştır.Dijital dönüşüm salgın döneminde hızını oldukça fazla arttırmıştır.Keza bu dönemde temassız kredi kartlarıyla alışverişlerin yaygınlaşması da ayrıca dijital dönüşüme örnek gösterilebilmektedir.[7]

Pandemi tedbirleri ve insanlarda virüsün bulaşma endişesi elektronik ticaret hızını son derece arttırmış söz konusu bu durum ticaret bakanlığının dikkatini çekmiştir. Basına ve kamuoyuna e ticaret yasa teklifi adında bazı hazırlık çalışmaları paylaşılmıştır.

[7] Mehmet DEMİRDÖĞMEZ,Hacı Yunus TAŞ, Nihat GÜLTEKİN, Koronavirüs' ün (Covid-19) E-Ticarete Etkileri,Uluslar arası Toplum Araştırmaları Derneği(Opus) C.16 Sa.29 s 129

Salgın sadece bir hastalık olarak kalmamış insan davranışlarını doğrudan veya dolaylı yolla etkilemiştir.Bu durum vesilesi ile Anadolu Üniversitesi Sosyal Medya ve Dijital Güvenlik Eğitim, Uygulama ve Araştırma Merkezi(Sodigem)'nin 29 Nisan 2020 ile 10 Mayıs 2020 tarihleri arasında uyguladığı Pandemi döneminde dijital yaşam anketi ile salgın döneminde sosyal medya kullanımının daha fazla kullanıldığı görülmüştür.

Yeni koronavirüs döneminde sosyal medya önemini daha da arttırmış özellikle haber kaynağı olarak kullanılır olmuştur. Bu sebeple sosyal medya platformlarında yalan haber,parodi,çarpıtma,hatalı ilişkilendirme,uydurma haber ve bilgilendirme yaygınlaşmıştır.Salgın döneminde ülkemizde görülen ilk vakanın ardından yapılan sosyal medya haberlerinden 14 tanesinin yanlış,uydurma sadece bir tanesinin karma bilgiden oluştuğu görülmüştür.[8]

Sosyal medya platformları kişi hak ve özgürlüklerine zarar verici boyuta gelmiş, artan kullanım ile birlikte hakaret, rendice etme ,saldırı,taciz,sahte hesapların sayısı fazlalaşmıştır.

Sosyal Medya platformlarında kaynak ile hedef kitlenin yer değiştirmesi ,hedef kitlenin artık haber üreticisi olması habercilik anlayışını değiştirmiş,gerçeklik algısının sorgulanmasına sebep olmuştur.Hatta bu mecralarda haber ve bilgileri teyit eden doğruluğunu ölçen hesapların ortaya çıkmasına sebep olmuştur.[9]

7253 sayılı 29 Temmuz 2020 tarihinde İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi Ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ihdas edilmiş özellikle sosyal medya platformlarının Türkiye de yerleşik temsilci bulundurması ve yargı kararlarının uygulanmasının daha sağlıklı gerçekleşmesi sağlanmıştır. Kanun ile yalan haberlerin önüne geçilmesi amaçlanmıştır**.**

Sonuç

Covid-19 pandemisi ile birlikte Türk mevzuatı da bu salgından etkilenmiştir. Yaşanan etkinin niteliği incelendiğinde genellikle geçici etki şeklindedir. Özellikle kanun ve yönetmeliklere eklenen geçici maddeler ile salgın süreci yönetilmiştir. Kanun veya yönetmeliklere eklenen hükümler incelendiğinde genellikle süreli hükümler getirildiği görülmektedir.

Birçok kanun ve yönetmelik hükmünde Covid-19 salgınının zorlayıcı sebep olarak yer aldığı görülmektedir. Benzer bir şekilde birçok kanun ve yönetmelikte salgın ,yeni koronavirüs, covid-19 ifadeleri yer almıştır.

[8] Aydın Ali FİKRET; . Post-Truth Dönemde Sosyal Medyada Dezanformasyon: Covid-19 (Yeni Koronavirüs),Asya Studies Akademik Sosyal Araştırmalar, Year:4, Number: 12 s 84

[9] Şüheda SOĞUKDERE,MustafaÖZTUNÇ,Sosyal Medyada Koronavirüs Dezenformasyonu,Kastamonu İletişim Araştırmaları Dergisi,Sa 5 Güz 2020 s 61-62

Bir kanun münhasıran koronavirüs ile ilgili hususları ele alırken,altı kanuna geçici hükümler getirilmek suretiyle düzenleme yapılmıştır.Yirmi üç yönetmelikte koronavirüs ile ilgili kanunlara benzer bir şekilde geçici hükümler ihdas edilmiştir.

Salgın döneminde ülkemizde olağanüstü hal ilan edilmemiştir. Elbette böyle büyük afetlerde ülkelerin başta kolluk güçleri vasıtasıyla tedbir almaları olağandır.Ancak anayasasında temel hak ve özgürlüklere yer veren,hukuk devleti ilkesini benimsemiş,Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini uzun yıllar öncesinde imzalamış bir ülke olarak yapılan bazı işlemlerin demokratik ve hukuka uygun devlet anlayışı ile bağdaşmadığı kanaatindeyiz..Özellikle pandemi döneminde her ne kadar tedbir ve önleme amaçlı da olsa getirilen sokağa çıkma yasaklarının belli bir dönem sadece belli yaş gruplarına getirilmesi bazı dönemlerde ise genel halk kitlelerine getirilmesi yapılan idari işlemlerin dayanağının kanunlarda yer almaması süreç yönetiminin hukuk devleti ilkesi yönünden hatalı yapıldığı kanaati hasıl olmuştur.

Elbette gerek seçilmiş gerekse atanmış kamu yöneticilerini tüm eleştirilere rağmen tebrik etmekte fayda vardır. Olağanüstü hal ilan edilmeden yaklaşık iki yıllık zorlu süreç aşılmış,tüm dünyada yaşanan ekonomik problemlere rağmen ayrım gözetmeksizin vatandaşlarımız desteklenmiş,sağlık hizmetleri ücretsiz ve özverili bir biçimde sunulmuştur.

Söz konusu salgın hastalığın veya benzerlerinin tekrar yaşanılması beklenilmeden özellikle kişi hak ve özgürlüklere doğrudan müdahale eden muhtemel yasak ve tedbirlerin tedbirlerin çerçevesinin ve içeriğinin kanunlarda düzenlenmesini ‘bir musibet,bin nasihatten iyidir’ atasözümüzün dikkate alınarak hukuk devleti ilkesine yakışır yasama faaliyetlerinin yerine getirileceğine ilişkin kanaatimiz tamdır.

KAYNAKÇA

Aydın Ali FİKRET; . Post-Truth Dönemde Sosyal Medyada Dezanformasyon: Covid-19 (Yeni Koronavirüs),Asya Studies Akademik Sosyal Araştırmalar, Year:4, Number: 12 s 84

Berker KILIÇ,Esra KILIÇ,Şakir BALCI, Covıd-19 Sonrasında Avukatların Uzaktan Çalışmaya İlişkin Görüş Ve Hazır Bulunuşlukları, Pearson Journal Of Socıal Scıences & Humanıtıes, Volume 6 Issue 6,2020 s 90

Covid-19 Nedir? https://covid19.saglik.gov.tr/TR-66300/covid-19-nedir-.html

Kemal GÖZLER, Korona Virüs Salgınıyla Mücadele İçin Alınan Tedbirler Hukuka Uygun Mu?, https://www.anayasa.gen.tr/korona.htm E.T:05.07.2022

Mehmet DEMİRDÖĞMEZ,Hacı Yunus TAŞ, Nihat GÜLTEKİN, Koronavirüs’ Ün (Covid-19) E-Ticarete Etkileri,Uluslar arası Toplum Araştırmaları Derneği(Opus) C.16 Sa.29 s 129

Şüheda SOĞUKDERE,MustafaÖZTUNÇ,Sosyal Medyada Koronavirüs Dezenformasyonu,Kastamonu İletişim Araştırmaları Dergisi,Sa 5 Güz 2020 s 61-62
Sabahattin YÜREKLİ, ÇALIŞMA Hayatında Koronavirüs (Covıd-19) Salgınının Etkileri, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Covid-19 Hukuk Özel Sayısı Yıl:19 Sayı:38 Yaz 2020/2 s38
Turhan KASAPOĞLU,Mine , Covid-19 Pandemisinde İlan Edilen Sokağa Çıkma Yasaklarının İdare Hukuku Yönüyle Değerlendirilmesi,İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,11(2) s 553

İSLÂM HUKUK VE FİNANS UYGULAMALARINDA SELEM SÖZLEŞMESİ

Ahmet AKMAN *

Özet

Selem, İslâm hukukunda meşruiyeti kitap, sünnet ve icmâ ile temellendirilmiş bir akit türüdür. Bu akde Kur'an'da 'müdayene ayeti' adı verilen el-Bakara 2/282'de geçen deyn kelimesinin öncelikle mesnet teşkil ettiğini görüyoruz. Ayrıca Hz. Peygamber (s.a.), Medine'ye hicret ettiğinde burada yerleşik olanların önceden uygulayageldikleri bir muamele olarak göze çarpar. Özellikle tarım ürünlerini peşin bedel karşılığında belli bir vadeyle sattıklarını gören Hz. Peygamber (s.a.) onlara, "Kim bir şeyde selem yaparsa belirli ölçüde, belirli tartıda ve belirli zamana kadar yapsın" diyerek hem bu akde meşruiyet kazandırmış ve hem de şartlarını tespit etmiştir. Selem, İslâm hukukunda ma'dumun bey'inin batıl olduğu (olmayan bir şeyin satışı geçersizdir) genel kuralına aynı zamanda bir istisna oluşturmaktadır. Selem ihtiyaca binaen kıyasa (genel kurala) aykırı olarak icma ile hükmü sabit olmuştur. Selem Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'de de düzenlenmiş ve 123'üncü maddesinde, "Selem: Müecceli, muaccele satmak, yani peşin para ile veresiye mal almaktır." şeklinde tanımlanmıştır. Mecelle ayrıca bu sözleşmeye dâir hükümlere de 380-387 maddeleri arasında yer vermiştir. Selemin günümüzde İslâm finans uygulamalarında önemli bir yeri olduğunu görüyoruz. Üreticilerin bir malı üretme maliyetlerini peşin alarak finansa erişimi kolaylaştırmakta ve de bu çerçevede katılım bankacılığında kullanılan bir finans aracı olarak giderek işlem hacmi artmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İslâm Hukuku, Mecelle, Akit, Peşin, Vadeli.

THE SALAM AGREEMENT IN ISLAMIC LAW AND FINANCE PRACTICES

Abstract

Salam is a type of contract whose legitimacy is based on the Qur'an, sunnah and consensus in Islamic law. In this contract, we see that the word '*deyn*', which is mentioned in al-Baqara 2/282, which is called the '*mudayene verse*' in the Qur'an, primarily constitutes a basis. Also, When the Prophet (peace be upon him) migrated to Madinah, it stands out as a treatment practiced by those who settled there before. Seeing that they were selling agricultural products with a certain maturity in return for a cash price, The Prophet (pbuh) both gave legitimacy to this contract and determined its conditions by saying to them, "*Whoever makes salam in something should do it to a certain extent, in*

* Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi ORCID ID: 0000-0002-8697-1662

certain weights and until a certain time". Salam is also an exception to the general rule in Islamic law that '*sale of something that does not exist is invalid*'. Salam, contrary to the analogy (general rule) due to the need, was become the rule by the *ijma*. Selem was also arranged in Majalla-i Ahkâm-ı Adliyye and in its 123rd article, "Sale by immediate payment against future delivery consists of paying in advance for something to be delivered later, that is to say, to purchase something with money paid in advance, thereby giving credit". Majalla also included the provisions of this contract between articles 380-387. Today, we see that Salam has an important place in Islamic finance practices. It facilitates access to finance by taking the costs of producing a good in advance, and in this context, as a financial instrument used in participation banking, its transaction volume is increasing.
Key Words: Islamic Law, Majalla, Agreement, Advance, Dated.

1. GİRİŞ VE KAVRAMSAL YAKLAŞIM

'Selef' olarak da kullanılan ve aynı anlamı taşıyan selem kelimesi, teslim ve öncelik gibi anlamlara gelmektedir. Literatürde daha çok selem kelimesinin kullanıldığını görüyoruz. Terim olarak bir sözleşme kapsamında tanımlanmaktadır. Bu bakımdan selem, sözleşme esnasında nitelikleri belli bir malın, belli bir vadede temin edilip müşteriye peşin bedel karşılığında teslim edilmek üzere satılmasını konu edinir.[10] Bu sözleşmede selem alıcısının re'sü'lmâli yani anapara yahut sermayeyi peşin ödemesi üzerinde durulmuştur. Bu husus sözleşmenin en önemli hususiyetindendir.[11] Mecele'de de "Selem : Müecceli, muaccele satmak, yani peşin para ile veresiye mal almaktır." şeklinde tanımlanmıştır.[12] Burada *müeccel*den satışı yapılan mal veya ürün, *muaccel*den malın bedeli anlaşılmak gerekir. Doktrinde hangisinin hangisi karşılığı olduğu tartışma konusu olmuşsa da, teori ve uygulamadaki anlayış bedelin peşin olduğu şeklinde olmuştur.[13]

2. HUKUKİ MAHİYET

Selemin hukuki niteliklerinden biri bedelin peşin alınması ise, diğeri de teslim edilecek mala dair yapılan sözleşmenin vade içermesidir.[14] Bu bir örnekle izah edilebilir.

*Ahmet Akman (Doç. Dr.) Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, İslâm Hukuku Ana Bilim Dalı. Konya Türkiye. E-posta: akman@erbakan.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-8697-1662

[10] İbn Manzûr, Ebü'l-Fazl Cemâlüddîn Muhammed: Lisanü'l-Arab, 3. Baskı, Darü Sadr, Beyrut 1414, IX, 159.

[11] Nezih Hammad, Akdü's-Selem fi'ş-Şeriati'l-İslâmiyye, Dımaşk: Dârü'l-Kalem, 1993/1414, s. 9.

[12] MAA, md. 123.

[13] Serahsi, Ebû Bekr Şemsüleimme, el-Mebsut, Darü'l-Marife, Beyrut 1993/1414, XII, 124.

[14] Kâsânî, Alâüddîn Ebû Bekr, Bedai'u's-Sanâi' fî Tertibi'ş-Şerâi', 2. Baskı, Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1986/1406, V, 3.

A şahsı, B üretici firmasıyla beş ay sonra teslim almak üzere 500 adet karakteristik özellikleri belirli gömlek için selem sözleşmesi yapar. Normalde 1 adet gömleğin bugünkü piyasa değeri 200 TL iken, peşin ödeme 150 TL üzerinden yapılarak, 75.000 TL'lik toplam bedel sözleşme yapılması sonrası derhal üretici firmaya teslim edilir. Örneğimizde müşteri pozisyonunda olan A şahsı *rabbü's-selem*; satıcı olan B firması *müslemün ileyh*; sözleşmede satımı amaçlanan 500 adet gömlek *müslemün fîh*; peşin olarak ödenen 75.000 lira da *re'sü'l-mâl*dir.[15] Örnekteki hâliyle selem sözleşmesi, İslam hukukunda kredileşmeyi mümkün kılan model sözleşmelerden biri haline gelmiştir. Selemde alıcının peşin ödenen edimini ifade etmede ortaklık ve yatırım sözleşmelerinde kullanılan kavramlardan *re'sü'l-mâl* kavramının tercih edilmesi de selemin satım sözleşmesinden ziyade bir tür yatırım anlaşması ile alakalı kredi temin yöntemi olduğunu düşündürmektedir.[16]

İslam hukukunda genel ilke ma'dumun (olmayan şeyin) satışının caiz olmamasıdır. Selem bu özelliğe sahip olarak genel kaideye aykırı olarak caiz görülür ve yine bu sebeple konusu, teslim zamanı ve yeriyle ilgili çeşitli riskleri içerisinde barındırabilen bir sözleşme olarak kabul edilir. Bu niteliğe sahip olmakla birlikte İslâm hukukunda meşruiyeti kitap, sünnet ve icmâ ile temellendirilmiş bir sözleşme türüdür. Bu sözleşmeye Kur'an'da müdayene ayetinde[17] yer alan *deyn* kelimesinin öncelikle mesnet teşkil ettiği belirtilir.[18] Yine Hz. Peygamber (s.a.) Medine'ye hicret ettiğinde burada yerleşik olanların önceden uygulamakta oldukları bir muamele olarak göze çarpar. Özellikle tarım ürünlerini peşin bedel karşılığında belli bir vadeyle satıldığını gören Hz. Peygamber (s.a.) onlara, "Kim bir şeyde selem yaparsa belirli ölçüde, belirli tartıda ve belirli zamana kadar yapsın" diyerek hem bu sözleşmeye meşruiyet kazandırmış ve hem de şartlarını tespit etmiştir.[19] Bu noktadan hareketle Hanefî mezhebi anlayışında nassa dayalı istihsan temelinde meşrû kabul edildiği ifade edilmiştir.[20] Mecelle'nin Esbâb-ı Mûcibe Mazbatasında da 'örf-i nâsa mebnî istihsanen meşrû' olarak ifade edilmiştir.[21]

[15] Çeker, Orhan, "İslâm Hukukunda Siparişler", Necmettin Erbakan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Cilt 3, Sayı 3, 1990, s. 376.

[16] İslam Hukuku Açısından Tarihten Günümüze Kredi ve Finans Yöntemleri (Tartışmalı İlmi İhtisas Toplantısı), ed. Hasan Hacak, 1. bs., İstanbul: Ensar Neşriyat, 2011, s. 194-195.

[17] el-Bakara, 2/282.

[18] Çeker, s. 375; Aybakan, Bilal, "Selem", Diyanet İslam Ansiklopedisi, İstanbul 2009, XXXVI, 403.

[19] Buhari, "Selem", 2; Ebu Davud, "İcare", 21; Tirmizi, "Buyû", 70.

[20] Mevsilî, Abdullah b. Mahmud, el-İhtiyar li Ta'lili'l-Muhtar, Çağrı Yayınları, İstanbul 1980, II, 38; İbnü'l-Hümâm, Kemâlüddin Muhammed b. Abdülvâhid, Fethu'l-Kadîr, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1424/2003, VII, 68, 71, 96.

[21] Berki, Ali Himmet, Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye), 2. Baskı, Hikmet Yayınları, İstanbul 1979, s. 13; Ali Haydar Efendi, Dürerü'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm Mecelle Şerhi, Osmanlıca Aslından Çeviren: Raşit Gündoğdu - Osman Erdem, Gül Neşriyat, Osmanlı Yayınevi, İstanbul 2014, I, 8.

Selem, İslâm hukukunda ma'dumun bey'inin batıl olduğu genel kuralına aynı zamanda bir istisna oluşturmaktadır. Hz. Peygamber (s.a.) insanın elinde bulunmayan şeyi satmasını yasaklamış, seleme ise ruhsat vermiştir.[22]

Bu muamelenin Hz. Peygamber (s.a.) döneminden önce varlığı bilinen ve bazı yönleriyle ıslah edilerek kendi döneminde ve sonrasında yaygın olarak uygulanan bir işlem olduğu görülmektedir. Uzun zamanlar boyunca yaygın bir şekilde uygulanan selemin meşruiyeti hususunda İslâm âlimlerinin tamamının bu muamelenin meşruiyetini kabul etmiş olduklarından hakkında icmâ olduğu da kabul edilir.[23] Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'nin 123'üncü maddesinde selemin yukarıda verdiğimiz tanımı yapılmış ve sözleşmenin diğer hükümlerine ise 380-387. maddeleri arasında yer verilerek temel hükümleri düzenlenmiştir.[24] Hz. Peygamber (s.a.)'den günümüze kadar ve hatta halihazırda da kullanılan finans ve ticari araçlardan biri olması da selemin genel kabul ve önemini göstermektedir. Özellikle günümüzde katılım bankaları tarafından finans aracı olarak kullanılıyor olması, selem sözleşmesine duyulan ihtiyacı ortaya koymaktadır.

2. SELEM SÖZLEŞMESİNİN KURULUŞ ŞARTLARI

Selem sözleşmesi, tam iki taraflı, bağlayıcı (lâzım), ivazlı (karşılıklı), rızâî ve temliki (mülkiyeti nakledici) bir sözleşmedir. İcap ve kabul ile sözleşmenin kuruluşu tamamlanır.[25] Selem sözleşmesinin, cins borcunu konu edinmesi itibariyle ivazlı sözleşmelerin prototipi olan bey' akdinden temel bazı noktalardan ayrıldığı düşünülür. Selem klasik bey' akdinden farklı kendine özgü bir sözleşmedir. Selemin ayrıca istisnâ, karz, sarf ve icâre gibi sözleşmelerle de benzer ve ayrışan yönleri vardır.[26] Doktrinde özellikle Şafiîlerde belirli bir formda yapılması gereken tip bir sözleşme olduğu ileri sürülmüştür. Hatta bu mezhepte bu belirli şekle uyulduğunda vade şartı da aranmamaktadır.[27] Hanefilerde vadeli satışla karışma ihtimali olduğunda selem sözleşmesi yapıldığının zikredilmesi ile bu karışıklık önlenebilecektir.[28]

Selem iki taraflı bir sözleşmedir. Bunlar; müşteri ya da selem alıcısı olan *rabbü's-selem* ve selem satıcısı olan *müslemün ileyh*tir. Tarafların hukuki ehliyete sahip olmaları aranır. Bu bakımdan onların âkil, bâliğ, reşit olması ve tarafların rızaya dayalı bir irade

[22] İbnü'l-Hümâm, Fethü'l-Kadir, VII, 71; İbn Kudâme, Ebû Muhammed Muvaffakuddîn, el-Muğnî, Kahire 1388/1968, IV, 218; Bilgili, İsmail, İslam Hukukunda Ma'dûmun Satımı, yy., 2011, s. 145, 199.

[23] Kâsânî, Bedâi', V, 2; İbn Kudame, el-Muğni, IV, 207.

[24] Yazman, İrfan, "Mecelle Hukukunda Selem Akdi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 1964, Cilt 21, Sayı 1, s. 281 vd.

[25] İbnü'l-Hümâm, Fethu'l-Kadir, VII, 71.

[26] Kâsânî, Bedâî', V, 3; İbn Nüceym, Zeynüddin b. İbrahim, el-Bahrü'r-Râik şerhu Kenzi'd-Dekâik, 2. Baskı, Darü'l-Kitabi'l-İslâmiye ty.,VI, 186, 216; Bilgili, s. 244-245.

[27] Remlî, Ebu Abdillah Şemsüddin Muhammed, Nihâyetü'l-Muhtâc ilâ Şerhi'l-Minhâc, Darü'l-Fikr, Beyrut 1404/1984, IV, 182.

[28] İbn Nüceym, el-Bahrü'r-Râik, VI, 140, 168.

beyanları aranır. Bu yönleri itibariyle akıl hastalığı ve zayıflığı hukuki tasarrufun meydana gelmesine engeldir. Temyiz kabiliyeti bakımından gayri mümeyyiz küçük ile mümeyyiz küçüğün tasarrufları açısından zararlarına olmayan işlemler itibariyle veli ya da vasinin izin yahut sonradan verilen icazetine bağlı olarak mümeyyiz küçük lehine tasarrufları geçerli olabilecektir. Tarafların rıza ve irade beyanları sözleşme için önem arz eder. Rızayı bozucu ikrah (zorlama) gibi durumların varlığı sözleşmeyi ifsat eder. Taraflar ve taraflarda aranan şartlar konusunda Hanefiler olumsuzlukları ifsat ile diğer mezhepler butlan ile müeyyidelendirmişlerdir.[29]

Sözleşmelerde esas olan icap ve kabul ile kurulmalarıdır. Teslim (kabz) bu bağlamda sözleşmeyi tamamlayıcı bir fonksiyon icra eder. Ancak selemde edimlerden bedelin peşin teslimi sıhhat şartı olarak ortaya çıkar. Görüşlerin üzerinde birleştiği nokta, selemin bir sözleşme olarak geçerliliğini sürdürebilmesi için akit meclisinde taraflar ayrılmadan r*e'sü'l-mâlin*, hakiki ya da hükmî manada, peşin olarak ödenmesinin gerekliliği hususudur.[30] Malikiler dışındaki mezheplerde satış bedelinin akit meclisinde kabz edilmesi şarttır ve Mecelle'de de konu aynı doğrultuda "Sıhhat-i selemin bakasında semenin meclis-i akidde teslimi şarttır. Ve âkideyn kabl-et-teslim iftirak ederlerse akd-i selem münfesih olur." şeklinde düzenlenmiştir.[31] Bundan dolayı selem satıcısının bedeli teslim almayı reddetmesi hâlinde, hakimin selem satıcısını teslim için zorlayabileceği kabul edilmiştir. Bu sözleşme mahiyeti itibariyle vadeli olup deyni konu edinmesinden dolayı, İslam hukukundaki "deyn'in deyn karşılığı satımı"nın yasak oluşu ve de bu sebeple ortaya çıkabilecek faiz şüphesi, sözleşmenin caiz oluşunda bazı tereddütleri ortaya çıkarmıştır. Eğer selemde bedelin (re'sü'l-mal) peşin teslim edilmesi şartı olmasaydı ve teslimi sonraya bırakılabilseydi, bu durum Hz. Peygamber'in (s.a.) yasakladığı deynin deyn karşılığı satımını çağrıştıracak ve faiz şüphesini ortaya çıkarabilecekti. Çünkü Hz. Peygamber (s.a.) mali nitelikteki mübadelelerde her iki bedelin de vadeli olmasını yasaklamıştır. Bu yasakta tarafların arasında nizaya düşmeme düşüncesi esas alınmıştır.[32]

Yalnız İmam Malik bunun üç güne kadar tecil edilmesine cevaz verir.[33] Hatta Malikilerde bir görüşe göre selem bedeli ayn olduğunda bunun peşin teslimini şart görülmez.[34] Re'sü'l-mâlin, akid meclisinin başında veya sonunda kabzedilmesi arasında herhangi bir fark yoktur. Taraflar bulundukları meclisten beraber ayrılıp yürümeye

29 Apaydın, H. Yunus, "İn'ikad", Diyanet İslam Ansiklopedisi, İstanbul 2000, XXII, 314.

30 İbnü'l-Hümâm, Fethü'l-Kadir, VII, 95.

31 İbn Rüşd ,Ebu'l-Velid Muhammed b. Ahmed el-Kurtubî, Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesıd. Dar'ül-Hadis, Kahire 1425/2004, III, 224; MAA, md. 387.

32 Serahsî, el-Mebsût, XII, 125-126; Bkz. Çeker, s. 376, dn. 14.

33 İbn Rüşd, el-Bidâye, III, 218.

34 İbn Rüşd, el-Bidâye, III, 222.

başlasalar ve beden olarak ayrılmadan kabz gerçekleştirilse sözleşme geçerlidir. Çünkü meclis belli bir mekan ya da yer değil sözleşme için bir araya gelmiş tarafların beraber olmalarını ifade etmektedir.[35]

4. SELEM SÖZLEŞMESİNİN KONUSU

Selemde her iki taraf da edim yükümlülüğü içerisindedir. Taraflardan alıcı durumunda olanın *re'sü'l-mâli* yani bedeli hemen teslim etme yükümlüğü vardır. Bu normal bir bey' akdinde (satış sözleşmesi) müşterinin semen ödeme yükümlülüğüne tekabül eder. Diğer tarafın da buna karşılık *müslemün fîhi* yani satışa konu malı üzerinde anlaştıkları sürede teslim etmesi gerekir.[36] Her iki tarafın edimi de *mütekavvim mal* olmalıdır. Hukukî ve teknik anlamda mütekavvim mal; 'kullanılıp faydalanılması mubah olan şey'dir. Dolayısıyla bir malın mütekavvim olması için İslâm hukuk sisteminin o maldan yararlanmayı müslümanlar açısından mubah görmesi / yasaklamaması gerekir. Malın bu vasfı kazanması (tekavvüm) onun hukukî değer taşıması anlamına gelmektedir.[37] Hanefî mezhebinin mal anlayışı Mecelle'de ifade edilmiştir: "Tab-ı insani mail olup vakt-i hacet için iddihar olunabilen şeydir."[38] Bu tanıma göre malın fiziki varlığı gerekli olmakta, ayrıca menfaate mal niteliği verilmemektedir.[39] İcare akdinde bir sözleşmeye konu edilmek suretiyle kıyasa aykırı olarak, istihsanen menfaat mal kabul edilir.[40] Diğer mezheplerde ise menfaatler mal olarak kabul edilirler. Bundan dolayı Hanefî mezhebine göre hem *re'sü'l-mâl* hem de *müslemün fîhin* menfaat olması mümkün değilken, diğer üç ekolde bu caiz görülmüştür.[41]

Tarafların yükümlülükleri olan karşılıklı edimlerin aynı zamanda malum olması da gerekir. Bu nitelik ıvazlı sözleşmelerin tamamında aranan bir şarttır. Edimlerin bu vasfındaki eksiklik Hanefî mezhebinde *fasit* olarak kabul edilirken, diğer mezheplerde *butlan* özelliği taşır. Özellikle yukarıda zikredilen Hadis'te de geçtiği üzere, ölçü ve tartıda belirginlik, sözleşme yapıldığı esnada var olmayan (ma'dum) bir konu için son derece önemlidir. Satıcının edim borcu onun zimmetinde bir *deyn* borcu

---

35 İbnü'l-Hümâm, Fethü'l-Kadir, VII, 95.

36 Bilgili, s. 194, 221.

37 Erdoğan, Mehmet, Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, 6. Basım, Ensar Neşriyat, İstanbul 2016, s. 438; Hacak, Hasan, "Mal", DİA, XXVII, 462.

38 MAA, md. 126.

39 Ali Haydar Efendi, Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2017, I, 212.

40 Kâsânî, Bedâi', IV, 173.

41 Şirbînî, Şemsüddin Muhammed el-Hatîb, Muğni'l-Muhtâc İla Ma'rifeti Meâni Elfâzı'l-Minhâc. Dârü'l-Kütübi'l- İlmiye, Beyrut 1415/1994, III, 445; Bilmen, Ömer Nasuhi, Hukukı İslâmiyye ve Istılahâtı Fıkhiyye Kamusu, Bilmen Yayınevi, İstanbul 1970, VI, 9, 114, 165.

karakterindedir.[42] *Deyn* ortada mevcut ve ayrılmış olmayan, zimmette sabit olan itibari (hükmî) bir malı ifade eder.[43] Selem konusu *müslemün fîh*in tayinle taayyün edebilen "*mislî mallar*" dan olması ve buradan yola çıkarak sözleşme konusunun *deyn* vasfını hâiz oluşu önem arz eder.[44] Sözleşmenin yapıldığı esnada teslim edilecek edimin görülmesi sözleşmenin mahiyeti gereği mümkün olmadığından, vasıflarının tayin edilmesi çıkabilecek nizaya engel olacaktır. *Müslemün fîh* sözleşme esnasında henüz somutlaşmamış bir borç olduğundan, muhtemel anlaşmazlıkların önüne geçmek için, değerine etki eden cins, tür, miktar ve diğer tüm niteliklerin sözleşme esnasında tespiti gereklidir.[45] Ayrıca ifanın mümkün olması gerekir. Selemin meşru kılmasının sebebi sözleşmenin iki tarafına da kolaylık sağlamaktır. Taraflardan biri bedeli peşin ödeyerek sahip olmayı düşündüğü şeyi uygun bir fiyatla temin ederek kendisine fayda sağlamakta, diğer taraf da elde ettiği erken finansın avantajına sahip olmaktır. Bu noktada îfânın mümkün olma şartını ya da teslimin imkan dahilinde olmasının genel bir şart olarak ifade edilmesi uygun olmaktadır. İfanın mümkün oluşu yönünden Hanefilerde sözleşme esnasında piyasada olma şartı varken, diğer mezheplerde teslim esnasında bunun sağlanması yeterli görülür.[46]

Sözleşmenin tabiat ve mahiyetinden kaynaklanan temel niteliklerinden birisi de yine Hadis'te geçtiği üzere zamanın yani vadenin belli olmasıdır. Genel kabulde selemin vadeli olması bu sözleşme tipinin bir sonucudur. Şafiî mezhebi dışında bu durum bir şart olarak ortaya çıkar. Şafiîler hadiste geçen vadeyi, 'vadeli yapılır ise, belli bir vade ile yapsın' şeklinde yorumlarlar.[47] Sözleşmenin ifa yeri bakımından, özellikle İmameyn'e göre aksi kararlaştırılmamışsa sözleşmenin yapıldığı yer ifanın yapılması gereken bir yer olacağı düşüncesinden hareketle, teslim yerinin tespiti de nizaya engel olucu bir mahiyet arz eder.[48]

Ayrıca selemde *müslemün fîhin* deyn vasfını hâiz ve sözleşmenin mahiyetinin de vadeli oluşu itibariyle alıcının ediminin, mezheplerin ribevi mallar kriterlerini gözetir

---

42 Kâsânî, Bedâî', V, 3; Mevsılî, el-İhtiyar, II, 8; İbn Kudâme, el-Muğnî, IV, 216; Şirbînî, Muğni'l-Muhtâc, III, 6; İbn Âbidin, Muhammed Emin, Reddü'l-Muhtâr ala'd-Dürri'l-Muhtâr, Dârü'l-Fikr, Beyrut 1412/1992, V, 217; MAA, md. 200; Ali Haydar Efendi, Dürerü'l-Hükkâm, 2017, I, 293.

43 Aydın, M. Âkif, "Deyn", Diyanet İslam Ansiklopedisi, İstanbul 1994, IX, 267; Erdoğan, s. 101-102.

44 İbn Nüceym, el-Bahrü'r-Râik, V, 299; VI, 168; İbn Kudâme, el-Muğnî, IV, 225.

45 İbnü'l-Hümâm, Fethü'l-Kadir, VII, 90.

46 Semerkandî, Ebû Bekr Alâüddîn Muhammed, Tuhfetü'l-Fukahâ, 2. Baskı, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1414/1994, II, 10-11.

47 İbn Nüceym, el-Bahrü'r-Râik, VI, 174 vd.; İbnü'l-Hümâm, Fethü'l-Kadir, VII, 86, 90; Remlî, Nihâye, IV, 182; Çetintaş, Recep, "İslam Hukuku Açısından Tedarik Sözleşmesinin Meşrûiyeti (Türk Borçlar Hukuku'ndaki Mahiyeti Bağlamında)", Turkish Studies, C. 11/12, 2016, s. 49.

48 Merğınânî, Ebü'l-Hasen Burhanüddin, el-Hidâye fî Şerhi Bidâyeti'l-Mübtedî, Tahkik, Talal Yusuf, Dârü İhyai't-Türasi'l-Arabi, Beyrut ty., III, 74.

şekilde olması, faize düşme endişesini giderecektir.[49] Din İşleri Yüksek Kurulu da; "Selem akdi ancak mislî (piyasada bulunan ve fiyatı her yerde aynı olan) mallarda yapılabilir. Caiz olması için; paranın peşin, malın cinsinin, miktarının, niteliklerinin belli olması, malın teslim tarihinin ve teslimi masraf gerektiriyorsa teslim yerinin belirtilmesi gerekir. Hayvan, standart olmayan üretilmiş mallar gibi kıyemî (piyasada benzeri bulunamayan, bulunsa da fiyatları farklı olan) şeylerin sonradan teslimi şartıyla (selem yoluyla) satılması caiz değildir." şeklinde fetva vermiştir.[50]

5. SELEM FİNANS İLİŞKİSİ

Selem sözleşmesi finans enstürmanı ve yatırım aracı olarak kullanılmaya elverişli olduğu konusunda tarihi bir tecrübe vardır. Selem gerek finans temini noktasında gerekse ferdi girişimci ve yatırımcıların ihtiyaç duyduğu hammadde ve makine-ekipman temini anlamında etkili bir araçtır. Osmanlıda da selem usulü ile ürünün hasat edilmeden önce satılması ile finansa erişim sağlandığına dair uygulama örnekleri vardır.[51]

Bu sebeple günümüzde özellikle İslâm hukukuna dayalı finans uygulamalarında önemli bir yer edinmiştir. Üreticilerin bir malı üretme maliyetlerini peşin alarak finansa erişimlerini kolaylaştırmakta ve bu çerçevede özellikle katılım bankacılığında bir finans enstrümanı şeklinde giderek işlem hacmini artırmaktadır. Geçmiş dönemlerde kıyafet ve kumaş gibi ürünler kıyemî/standart dışı kabul edilmiş olduğundan, bu ürünlerde selem yapılmazken bugün fabrikaların standart üretimi sayesinde selem sözleşmesinin konusu haline gelmişlerdir. Selem sözleşmesi üzerinden, esnaf, sanayici ve çiftçi finansman elde edebilmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus sözleşmenin konusu olan mal karşılığında ödenecek bedelin sözleşme esnasında bayi/satıcı tarafından tamamının peşin olarak teslim edilmesi esasıdır ki, sonradan ortaya çıkan fiyat artışları/zamlar malın bedelini etkilememektedir. Çünkü müşteri zaten ödemeyi yapmıştır. Satıcıya da söz konusu malı sözleşmenin yapıldığı esnadaki maliyetlerle temin edebilecek imkân sunulmuştur. Örneğin bir otobüs için beş ay önceden satıcı ile üzerinde anlaştıkları bedeli ödeyerek sözleşme yapan alıcı, sonraki fiyat artışlarından etkilenmeyerek ve ek ödeme de yapmaksızın anlaştıkları araca sahip olur. Eğer müşteri üzerinde anlaştıkları bedelin tamamını vermeyip örneğin yarısını verse selem konusu mal da bölünebilir nitelikte değilse, bu selem sözleşmesi değil, bir satış sözleşmesi için kaparo kabul edilir. Eğer selem konusu mal bölünebilir nitelikteyse bu durumda müşteri ödediği kadarının üzerine selem sözleşmesi yapmış sayılır. Örneğin 10 ton limon gibi adediyât-ı mütekaribe

[49] el-Fetâvâ'l-Hindiye, 2. Baskı, Darü'l-Fikr 1310, III, 180-181.

[50] (https://kurul.diyanet.gov.tr/Cevap-Ara/943/para-pesin--mal-vadeli-olarak-yapilan-satim-akdi--selem--caiz-midir-?enc=QisAbR4bAkZg1HImMxXRn5PJ8DgFEAoa2xtNuyterRk%3d (erişme zamanı, 20.07.2022); Ayrıca bkz. Bkz. İbnü'l-Hümâm, Fethü'l-Kadir, VII, 76, 78.

[51] Bilirli, Tahir, "İmar Meclisi Raporlarında Borçlanma ve Selem Uygulaması (1845-1846)", Tarih Kültür ve Sanat Araştırmaları Dergisi, Cilt 5 (2), 2016, s. 154.

(büyüklükleri birbirine yakın sayılabilen mallar)[52] olarak kabul edilecek bir ürün tedariki ile alakalı selem sözleşmesi yapıldığında, anlaşılan fiyatın yarısı akit esnasında teslim edilirse, süre sonunda alıcı selem kapsamında yarısı için hak sahibi olur. Diğer yarısı için ise selem sözleşmesi geçerli olmaz. Yani teslime kadar geçen süre içinde gerçekleşecek fiyat artışlarından korunma konusunda diğer yarısı selemin sağladığı imkânı sağlamaz. Üzerinde anlaşma yapılan mal standart ölçülere tabi olmayıp, özel üretilen ve sanat yönü ağır basan bir ürün ise 'istisnâ' akdi kapsamında sayılır.[53]

Selem, teslimi ertelenmiş bir sözleşmedir. Bu, teslimatın, gelecekteki bir tarihte fiyatın peşin (spot) ödemesi karşılığında olduğu bir *forward* sözleşmedir.[54] Yine katılım bankaları tarafından kullanılan diğer araçlardan murabaha[55] ve kiralama mekanizmalarından farklı olarak, selem daha çok küçük çiftçi ve tüccarlar için bir finansman mekanizması şeklinde dizayn edilmiştir. Selemle ilgili olarak meselenin finans boyutu alıcı için olduğu kadar satıcı için de geçerlidir. Selem sözleşmesi altında, kısa vadeli fon ihtiyacı içinde olan satıcı/tedarikçi tüccar, malı bankaya teslimi ertelenmiş bir şekilde satar. Satıcı böylece mal tedariki maksadıyla şimdiki finans ihtiyacını karşılamak için belirli bir süre sonra teslim edeceği malın tutarını tamamen peşin olarak tahsil eder. Üzerinde önceden anlaşmaya varılmış olan gelecekteki vadesinde de, malı alıcıya teslim eder. Bu muamele araya banka girerek de yapılabilir. Bu defa malın söz konusu bankaya teslimi gerekecektir. Banka ise malı hâlihazırdaki müşterisine veya diğer müşterilere piyasadaki cari fiyattan satar. Bankanın başta ödediği spot fiyat, gelecekteki beklenen fiyattan daha düşük bir yerde oluştuğu için, işlemin banka için kara neden olması gerekir.[56] Günümüzde de İslâmî katılım bankaları tarafından "selem sukuk", "icâre sukuk" ve "paralel selem" gibi isimlerle selemin katkı verdiği finans muameleleri geliştirilmiştir. Ayrıca günümüzde selem ismi kullanılmadan yapılan sipariş mahiyetindeki birçok uygulamanın ve uluslararası ticaretin de selem formunda şekillendiği söylenebilir.[57]

İşlemin banka üzerinden yapıldığı selem sözleşmesinin gerçekleşmesi için şu aşamaların tamamlanması gerekir;

---

52 Döndüren, Hamdi, "Adedî", Diyanet İslam Ansiklopedisi, İstanbul 1988, I, 356.

53 Yüksel, Mehmet, Faizsiz Bir Ekonomide Finansal Sözleşmeler (Doğuşu, Meşruiyeti ve Fonksiyonu), Yüksek Lisans Tezi, Gaziosmanpaşa Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Tokat 2019, 23-25; Ayrıca Krş. Kasani, V, 3; İbn Nüceym, el-Bahrü'r-Râik, VI, 186.

54 Bkz. Kaygusuz, Mehmet, "Finansal Türev Ürünlerden Forward Sözleşmeleri ve Muhasebe İşlemler", Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt: 25, Sayı: 2, 2011, s. 140.

55 Erdoğan, s. 399

56 Şeyranlıoğlu, Onur / Karavardar, Alper, "Katılım Bankacılığında Selem Finansman Yöntemine Dayalı Bir Model Önerisi", Turkish Studies, C. 14 (2), 2019, s. 531.

57 Onur, Mehmet, İslam Borçlar Hukukunda Risk Teorisi ve Rizikolu Akitler, Astana Yayınları, Ankara 2018, s. 109; Arslan, Merve Coşkun, Türkiye'de Bankacılık Sisteminde İslami Finans, Yüksek Lisans Tezi, Kastamonu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kastamonu 2017, s. 24.

- müşteri bankaya sipariş koşullarını belirterek tedarik talebinde bulunur ve böylece katılım bankası ile müşteri arasında anlaşma sağlanır.

- katılım bankası satıcıya mal üretim siparişini verir ve ürün bedelini peşin öder.

- katılım bankası mal bedelinin tamamını satıcıya peşin öder ve malın mülkiyeti katılım bankasına geçer.

- tedarikçi belirtilen süre dahilinde malı, bankaya veya müşteriye teslim eder,

- mal üretildikten sonra katılım bankası üretilen malın müşteriye teslim edilmesini sağlar.[58]

Banka ve finans kuruluşu dışında da çeşitli kamu kuruluşları ve birliklerin de modele dahil edildiği çeşitli uygulamalar geliştirilebilmektedir. Örneğin ülkemizde TMO, Fiskobirlik ya da Tarım Kredi Kooperatifleri gibi kuruluşlar selem sözleşmelerinin tarafı olarak faaliyet göstermek suretiyle üretici ve tedarikçi çiftçiler için kurumsal anlamda güvenilir mal ve finans piyasaları oluşturabilirler. Böylece sürecin denetleyicisi ve piyasayı regüle edici olarak da sisteme katkı sağlayabilirler. Mesela TMO bir devlet kurumu olarak çiftçilerle selem sözleşmesi yaparak çiftçilerin kısa vadeli finansman ihtiyacını bu sözleşme türüyle karşılayabilir veya Fiskobirlik selem sözleşmelerinin tarafı olarak fındık fiyatlarını belirleyici bir konumda olmanın yanı sıra, fındık ihtiyacının temini açısından da selem modeline katkı sağlayabilecek bir kuruluş olarak yer alabilir.[59]

SONUÇ

Selem sözleşmesinin Hz. Peygamber (s.a) döneminden itibaren ekonomik ihtiyacı karşılayan ve toplumsal olarak rağbet gören işlem olduğu bir vâkıadır. Bilinen klasik vadeli alım satımın aksine bedelin peşin ancak malın veresiye olması dolayısıyla sözleşme konusu bakımından belirli bir risk üzerine bina edildiği de bir gerçektir. Taraflar arasında nizaya sebep olabilecek bu riskleri bertaraf edecek şekilde olması için, teslim edilecek malın misli mal ve niteliklerinin ve vadesinin belirgin oluşu üzerinde hassasiyet gösterilmiştir. Erken dönem uygulamalarında da üreticileri önceden finansa eriştirdiği gerçeğine binaen, günümüzde de özellikle İslâmi finans uygulamalarında bir araç olarak dikkat çekmiştir. Selem işleminde paranın peşin verilip malın ise ileri bir tarihte teslim edilecek olması nedeniyle mal bedelinde umumiyetle bir indirime gidilir. Dolayısıyla faizli işlemlerin fiyatları yükseltici bir etkisi var iken, selem ile yapılan işlemlerin fiyatları düşürücü etkisi bulunmaktadır. Günümüz finans uygulamalarında selem sözleşmelerinin tarım sektörünün ihtiyacı olan finansmanın temin edilebilmesi bakımından tarıma özgü yapısı ve de çiftçilerin kısa vadeli borç yükünü hafifletebilecek niteliğe sahip olması

---

58 Alım, Hasan Basri, İslami Finansta Yasaklar ve Temel İslami Akitler, Yüksek Lisans Tezi, KTO Karatay Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2018, s. 59-60; Tunç, Hüseyin, Katılım Bankacılığı: Felsefesi, Teorisi ve Türkiye Uygulaması, Nesil Yayınları, İstanbul 2010, s. 149.

59 Tiryaki, Muhammed Furgan, Türkiye'de Tarım Sektörünün Finansal Yapısı ve Tarımın Finansmanı Üzerine Bir Çalışma: Alternatif Bir Finansman Yöntemi Olarak Selem Sözleşmeleri, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırıkkale 2021, s. 85 vd.

nedeniyle dikkate değer görülmektedir. Selem, daha çok tarımsal üreticinin ürünün hasat dönemini beklemeden ileri bir tarihte teslim etmeyi taahhüt etmesi karşılığında peşin olarak ürünlerini satabildiği sözleşme türleri arasında yer alan kendine has nitelikleri olan özel bir sözleşmedir.

KAYNAKÇA

Alım, H. (2018). İslami Finansta Yasaklar ve Temel İslami Akitler. Yüksek Lisans Tezi, Konya: Karatay Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Ali Haydar Efendi. (2014). Dürerü'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm Mecelle Şerhi, Osmanlıca Aslından Çeviren: Raşit Gündoğdu - Osman Erdem. İstanbul: Gül Neşriyat - Osmanlı Yayınevi.

Ali Haydar Efendi. (2017). Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm. 2. Baskı, İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları (DİB).

Apaydın, H. Yunus, "İn'ikad", Diyanet İslam Ansiklopedisi, İstanbul 2000, XXII, 314-315.

Arslan, M. (2017). Türkiye'de Bankacılık Sisteminde İslami Finans. Yüksek Lisans Tezi, Kastamonu: Kastamonu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Aybakan, Bilal, "Selem", Diyanet İslam Ansiklopedisi, İstanbul 2009, XXXVI, 402-405.

Aydın, M. Âkif, "Deyn", Diyanet İslam Ansiklopedisi, İstanbul 1994, IX, 266-268.

Berki, A. (1979). Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye). 2. Baskı, İstanbul: Hikmet Yayınları.

Bilgili, İ. (2011). İslam Hukukunda Ma'dûmun Satımı. (yy.).

Bilirli, T. (2016). "İmar Meclisi Raporlarında Borçlanma ve Selem Uygulaması (1845-1846)", Tarih Kültür ve Sanat Araştırmaları Dergisi, Cilt 5 (2), 149-166.

Bilmen, Ö. (1970). Hukukı İslâmiyye ve Istılahâtı Fıkhiyye Kamusu. İstanbul: Bilmen Yayınevi.

Çeker, O. (1990). "İslâm Hukukunda Siparişler". Necmettin Erbakan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Cilt 3 (3), 373-385.

Çetintaş, R. (2016). "İslam Hukuku Açısından Tedarik Sözleşmesinin Meşrûiyeti (Türk Borçlar Hukuku'ndaki Mahiyeti Bağlamında)", Turkish Studies, C. 11/12, 39-66.

Döndüren, Hamdi, "Adedî", Diyanet İslam Ansiklopedisi, İstanbul 1988, I, 356.

el-Fetâvâ'l-Hindiye. (1310). 2. Baskı, Darü'l-Fikr.

Erdoğan, M. (2016). Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü. 6. Basım, İstanbul: Ensar Neşriyat.

Hacak, Hasan, "Mal", Diyanet İslam Ansiklopedisi, İstanbul 2003, XXVII, 461-465.

Hammad, N. (1993/1414). Akdü's-Selem fi'ş-Şeriati'l-İslâmiyye, Dımaşk: Dârü'l-Kalem.

İbn Âbidin, Muhammed Emin. (1412/1992). Reddü'l-Muhtâr ala'd-Dürri'l-Muhtâr, Beyrut: Dârü'l-Fikr.

İbn Kudâme, Ebû Muhammed Muvaffakuddîn. (1388 / 1968). el-Muğnî, Kahire.
İbn Manzûr, Ebü'l-Fazl Cemâlüddîn Muhammed. (1414). Lisanü'l-Arab. 3. Baskı, Beyrut:Darü Sadr.
İbn Nüceym, Zeynüddin b. İbrahim. (ty.). el-Bahrü'r-Râik şerhu Kenzi'd-Dekâik, 2. Baskı, Darü'l-Kitabi'l-İslâmiye.
İbn Rüşd, Ebu'l-Velid Muhammed b. Ahmed el-Kurtubî. (1425/2004). Bidâyetü'l-
İbnü'l-Hümâm. Kemâlüddin Muhammed b. Abdülvâhid. (1424/2003). Fethu'l-Kadîr, Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye.
İslam Hukuku Açısından Tarihten Günümüze Kredi ve Finans Yöntemleri (Tartışmalı İlmi İhtisas Toplantısı). (2011). ed. Hasan Hacak, 1. bs., İstanbul: Ensar Neşriyat.
Kâsânî, Alâüddîn Ebû Bekr. (1986/1406). Bedai'u's-Sanâi' fî Tertibi'ş-Şerâi'. 2. Baskı, Beyrut: Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye.
Kaygusuz, M. (2011). "Finansal Türev Ürünlerden Forward Sözleşmeleri ve Muhasebe İşlemler". Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt: 25 (2), 137-149.
Merğınânî, Ebü'l-Hasen Burhanüddin. (ty.). el-Hidâye fî Şerhi Bidâyeti'l-Mübtedî, Tahkik, Talal Yusuf, Beyrut: Dârü İhyai't-Türasi'l-Arabi.
Mevsilî, Abdullah b. Mahmud. (1980). el-İhtiyar li Ta'lili'l-Muhtar. İstanbul: Çağrı Yayınları.
Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesıd. Kahire: Darü'l-Hadis.
Onur, M. (2018). İslam Borçlar Hukukunda Risk Teorisi ve Rizikolu Akitler. Ankara: Astana Yayınları.
Remlî, Ebu Abdillah Şemsüddin Muhammed. (1404/1984). Nihâyetü'l-Muhtâc ilâ Şerhi'l-Minhâc. Beyrut: Darü'l-Fikr.
Semerkandî, Ebu Bekr Alâüddîn Muhammed. (1414/1994). Tuhfetü'l-Fukahâ. 2. Baskı, Beyrut: Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye.
Serahsi, Ebû Bekr Şemsüleimme. (1993/1414). el-Mebsut. Beyrut: Darü'l-Marife.
Şeyranlıoğlu, O. ve Karavardar, A. (2019). "Katılım Bankacılığında Selem Finansman Yöntemine Dayalı Bir Model Önerisi", Turkish Studies, C. 14 (2), 523-538.
Şirbînî, Şemsüddin Muhammed el-Hatîb. (1415/1994). Muğni'l-Muhtâc İla Ma'rifeti Meâni Elfâzı'l-Minhâc. Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l- İlmiye.
Tiryaki, M. (2021). Türkiye'de Tarım Sektörünün Finansal Yapısı ve Tarımın Finansmanı Üzerine Bir Çalışma: Alternatif Bir Finansman Yöntemi Olarak Selem Sözleşmeleri. Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale: Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
Tunç, H: (2010). Katılım Bankacılığı: Felsefesi, Teorisi ve Türkiye Uygulaması. İstanbul: Nesil Yayınları.
Yazman, İ. (1964). "Mecelle Hukukunda Selem Akdi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. Cilt 21 (1), 281-307.

Yüksel, M. (2019). Faizsiz Bir Ekonomide Finansal Sözleşmeler (Doğuşu, Meşruiyeti ve Fonksiyonu). Yüksek Lisans Tezi, Tokat: Gaziosmanpaşa Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

İCRA VE İFLAS KANUNUN'NUN 342. MADDESİ İLE TÜRK CEZA KANUNU'NUN 290. MADDESİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

Doç. Dr. Murat AYDIN[1]

Özet

İcra ve İflas Kanunu'nun 342. maddesinde icra dairesi marifetiyle alacaklıya veya alıcıya teslim edilen bir taşınmaza veya gemiye haklı bir sebep olmaksızın tekrar giren borçlunun Türk Ceza Kanunu'nun 290. maddesi çerçevesinde cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Her iki hükmün de konu, hukuksal yarar, fail ve mağdur, maddi unsur, manevi unsur, hukuka uygunluk ve kusurluluğu etkileyen nedenler açısından değerlendirilmesi gerekmektedir. İcra ve İflas Kanunu açısından sadece borçlunun cezalandırılması öngörülmüş olduğu halde, Türk Ceza Kanunu açısından borçlu dışında birisinin cezalandırılabilip cezalandırılamayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Yine suçun konusu açısından İcra ve İflas Kanunu taşınmaz ve gemi ile sınırlama yapmışken; Türk Ceza Kanunu taşınır ve taşınmaz mallar ayrımını ortaya koymuştur. Gemiye ilişkin İcra ve İflas Kanunu tarafından, Türk Ceza Kanunu'na yapılan atıf kendi içinde ciddi sorun barındırmaktadır. Ayrıca Türk Ceza Kanunu kapsamında taşınmaza el konulması için girilmesi halinde hangi hükmün uygulama alanı bulacağı konusu da tartışmalı nitelik taşımaktadır. Bu durum görevli mahkemenin belirlenmesi açısından da sorun oluşturabilecek niteliktedir. Nitekim İcra ve İflas Kanunu kapsamında icra mahkemeleri görevliyken Türk Ceza Kanunu kapsamında yapılacak yargılamalarda asliye ceza mahkemeleri görevli olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Taşınmaz, Gemi, El koymak, Borçlu, Görevli mahkeme

THE RELATIONSHIP BETWEEN ARTICLE 342 OF THE EXECUTION AND BANKRUPTCY CODE AND ARTICLE 290 OF THE TURKISH CRIMINAL CODE

Abstract

In Article 342 of the Execution and Bankruptcy Code, it is regulated that the debtor who re-enters an immovable or a ship delivered to the creditor or the buyer by the enforcement office without a justified reason will be punished within the framework of article 290 of the Turkish Penal Code. Both provisions should be evaluated in terms of subject, legal interest, perpetrator and victim, material element, moral element, legality and reasons

[1]Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

affecting culpability. Although it is foreseen that only the debtor should be punished in terms of the Execution and Bankruptcy Code, the question arises whether anyone other than the debtor can be punished in terms of the Turkish Penal Code. While the Execution and Bankruptcy Code has limited immovables and ships in terms of the subject of the crime; The Turkish Penal Code has revealed the distinction between movable and immovable properties. The reference to the Turkish Penal Code by the Execution and Bankruptcy Code regarding the ship has a serious problem in itself. The issue of which provision will be applied in the event that the immovable is entered for confiscation within the scope of the Turkish Penal Code is also controversial. This situation may pose a problem for the determination of the competent court. While the enforcement courts are in charge within the scope of the Execution and Bankruptcy Code, the criminal courts of first instance will be in charge in the proceedings to be made under the Turkish Penal Code.
Keywords: Immovable, Ship, Seizure, Debtor, Competent court

I-GENEL OLARAK

İcra ve İflas Kanunu'nun 342. maddesine göre: "*İcra dairesi marifetiyle alacaklıya veya alıcıya teslim edilen bir taşınmaza veya gemiye haklı bir sebep olmaksızın tekrar giren borçlu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 290 ıncı maddesi mucibince umumi hükümler dairesinde cezalandırılır*". Söz konusu hükmün atıf yaptığı Türk Ceza Kanunu'nun 290. maddesine göre: " *Hükmen hak sahiplerine teslim edilen taşınmaz mallara tekrar elkoyan kimseye üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir. Muhafaza edilmek üzere başkasına resmen teslim olunan rehinli veya hacizli veya herhangi bir nedenle elkonulmuş olan taşınır malın bu kişinin elinden rızası dışında alınması halinde hırsızlık, cebren alınması halinde yağma, hileyle alınması halinde dolandırıcılık, tahrip edilmesi halinde mala zarar verme suçuna ilişkin hükümler uygulanır. Kişinin bu malın sahibi olması halinde, verilecek cezanın yarısından dörtte üçüne kadarı indirilir*."

İcra ve İflas Kanunu her ne kadar Türk Ceza Kanunu'nun 290. maddesine atıf yapmış olsa da burada suçun tüm unsurları bakımından mı yoksa sadece cezalandırma bakımından mı bu atfın yapıldığının detaylı olarak ele alınması gerekmektedir. Nitekim İcra ve İflas Kanunu'nda yer alan düzenleme hem konu, hem fail, hem maddi unsur açısından Türk Ceza Kanunu'ndan ayrılmaktadır. Bu açıdan çalışmamızda suçun unsurları bakımından yapılacak değerlendirmede her iki hüküm de detaylı olarak ele alınacaktır.

II-KORUNAN HUKUKSAL YARAR

İcra ve İflas Kanunu'nun 342. maddesinin, Türk Ceza Kanunu'nun 290. maddesine atıf yaptığı dikkate alındığında her iki hükmün de "Adliyeye Karşı İşlenen Suçlar" başlığı altında değerlendirilmesi mümkün olacaktır. Bu çerçevede her iki hükümle de öncelikli

olarak yargılama ve icra makamlarının etkinliğinin korunmasının amaçlandığı ifade edilebilir. İkinci olarak alacaklı, alıcı veya hak sahibine teslim edilmiş bir eşyaya yönelik gerçekleştirilen eylemin varlığı dikkate alındığında mülkiyet hakkının da korunduğunu söylememiz mümkündür.

III-FAİL VE MAĞDUR

İcra ve İflas Kanunu'nun 342. maddesinde alacaklı veya alıcı mağdur olarak belirlenmişken, Türk Ceza Kanunu'nun 290. maddesinde hak sahiplerinden bahsedilmektedir. İcra ve İflas Kanunu açısından icra daireleri tarafından lehine işlem yapılan kişi alacaklı olarak değerlendirildiğinde mağdurun alacaklı sıfatıyla lehine icra işlemi yapılan kişi olduğunu söylememiz mümkündür. Türk Ceza Kanunu kapsamında ise alacaklı sıfatına sahip olmasa dahi hükümde hak sahibi olarak belirlenmiş kişinin mağdur olarak değerlendirilmesi gerekecektir. Hüküm icraya konulmuşsa hak sahibi zaten şekli olarak alacaklı sıfatını kazanacağı için icra işleminden sonra ise alacaklı mağdur olarak kabul edilebilecektir.

Fail açısından İcra ve İflas Kanunu doğrudan borçlu ifadesini kullanmışken, Türk Ceza Kanunu mallara tekrar el koyan kimse ifadesini kullanmıştır. Mağdur da olduğu gibi hükmün icrası kapsamında icra daireleri tarafından aleyhine işlem yapılan kişi borçlu olarak değerlendirileceği için icra dosyası kapsamında borçlu sıfatını taşıyan kişi fail olacaktır. Burada ifade edilmelidir ki hem alacaklı kavramı hem borçlu kavramı İcra ve İflas Kanunu'nda olduğu gibi şekli anlamda değerlendirilmelidir[2].

İcra ve İflas Kanunu'nda borçlu ifadesinin kullanılması, Türk Ceza Kanunu'nda ise tekrar el koyan denilmesi failin belirli bir kişi yani şekli anlamda borçlu tarafını ifade etmesi dolayısıyla her iki hüküm açısından da özgü suç özelliği taşıdığını söylememiz mümkündür[3]. Bu açıdan borçlu ya da daha önce taşınmazı elinde bulunduran ve kendisinden hükmen alınan kişi dışında birisinin suçun faili olması mümkün değildir. Bu açıdan doktrinde Türk Ceza Kanunu'nun 290. maddesi çerçevesinde failin özel statüde bulunan birisi olmadığı görüşüne katılmadığımızı ifade etmemiz gerekmektedir[4]. Fail malın eski sahibi veya zilyedi olabilecektir. Tüzel kişiler ise fail olamayacaklardır[5].

IV-KONU

İcra ve İflas Kanunu'nun 342. maddesinde belirlenen suça ilişkin konu olarak taşınmaz ve gemi belirlenmiştir. Buradaki taşınmaz veya gemi herhangi bir taşınmaz veya gemi

[2] https://edb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/266202015432312-%C4%B0CRA%C4%B0FLASKANUNU.pdf Erişim Tarihi:07.06.2022.

[3] Baştemür, Adem, 2004 Sayılı İcra İflas Kanununda Düzenlenen İcra Suçları, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2019, s.75.

[4] Ünver, Yener, İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, Suçu İhbar Etmemek Suçları (TCK'da Düzenlenen Adliyeye Karşı Suçlar) 6. Baskı, Ankara 2021, s. 592.

[5] Ünver, s.592.

olarak değerlendirilemeyecektir. Kanun koyucu alacaklıya veya alıcıya teslim edilen bir taşınmaz veya gemiden bahsetmiştir. Bu açıdan suçun konusunu İcra ve İflas Kanunu'nun 26. maddesi kapsamında bir taşınmaz veya İcra ve İflas Kanunu'nun 31/a maddesi kapsamında bir gemi olacaktır[6].

İcra ve İflas Kanunu'nun atıf yaptığı Türk Ceza Kanunu'nun 290. maddesinde ise birinci fıkrada taşınmaz konu olarak belirlenmişken[7] ikinci fıkrasında ise taşınır mallar konu olarak belirlenmiştir. Her iki hükümde ortak nokta taşınmazlar olarak belirlenmiş olmakla birlikte, ayrıldıkları nokta İcra ve İflas Kanunu'da taşınmaz dışında sadece gemiye ilişkin düzenleme yapılmış olması açısından karşımıza çıkmaktadır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 936. maddesinde gemilerin hukuksal niteliği başlığı altında yer alan düzenlemeye göre: "*Sicile kayıtlı olup olmadıklarına bakılmaksızın bütün gemiler bu Kanun ve diğer kanunların uygulanmasında taşınır eşyadandır*". Ancak aynı kanunun 937/1 maddesinde ise; "*Bu Kanunda, İcra ve İflas Kanununun taşınmazlara ilişkin hükümlerine tabi olacağı açıkça bildirilen gemiler hakkında 936 ncı madde hükmü uygulanmaz*" hükmü yer almaktadır. İcra ve İflas Kanunu'nun 23/2. maddesinde ise, "*Açıkça öngörülen istisnalar dışında, bayrağına ve bir sicile kayıtlı olup olmadığına bakılmaksızın bütün gemiler hakkında bu Kanunun taşınırlara ilişkin hükümleri uygulanır*" hükmü yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeler çerçevesinde İcra ve İflas Kanunu'nun 342. maddesinin, Türk Ceza Kanunu'nun 290. maddesine yaptığı atıfta; Türk Ceza Kanunu'nun 290/1 hükmünün mü, yoksa 290/2 hükmünün mü dikkate alınması gerektiği sorunu ortaya çıkacaktır. Türk Ceza Kanunu'nun 290/2 hükmü muhafaza edilmek üzere başkasına teslim edilen rehinli ve hacizli taşınır mallara ilişkin düzenleme yapılmıştır. İcra ve İflas Kanunu ise alacaklı veya alıcıya teslim edilen gemilerden bahsetmektedir. Bu açıdan İcra ve İflas Kanunu'nun gemiyi taşınır olarak değerlendirip, Türk Ceza Kanunu'nun 290/2. Fıkrasına atıf yaptığını söylememiz mümkün değildir. Kanun koyucunun İcra ve İflas Kanunu'nun 342. maddesinde taşınmaz ve gemi kavramını kullanırken her ikisini de taşınmaz olarak değerlendirdiği; Türk Ceza Kanunu'nun 290. maddesine yönelik atıfta da 290/1 hükmü çerçevesinde taşınmazlara ilişkin kısma atıf yaptığı ifade edilebilir. Bu kapsamda gemiler açısından Türk Ceza Kanunu'nun 290/2 hükmünün çalışma dışında kaldığını söylememiz mümkündür. Nitekim İcra ve İflas Kanunu'nun 342. maddesinde cezalandırılan eylemin taşınmaz veya gemiye tekrar girilmesi olarak düzenlendiği dikkate alındığında da kanun koyucunun gemilerin burada taşınmaz olarak değerlendirilip ceza hükmünü belirleme iradesini ortaya koyduğu belirtilebilir.

Geminin rehinli, hacizli veya herhangi bir nedenle el konulmuş olduğu durumlarda ise taşınır olarak değerlendirilmesi gerekecektir. Bu durumda Türk Ceza

[6] Baştemür, s.75.
[7] Ünver, s.592.

Kanunu'nun 290/2 hükmü gereğince hırsızlık, yağma, dolandırıcılık veya mala zarar verme hükümleri çerçevesinde bir sonuca ulaşılacaktır.
Türk Ceza Kanunu'nun 290/1. maddesi kapsamında her ne kadar taşınmaz mallar olarak çoğul bir ibare kullanılmış olsa da tek bir taşınmaz üzerinde suçun işlenmesi de mümkündür[8].

V-MADDİ UNSUR

İcra ve İflas Kanunu'nun 342. maddesinde suçu oluşumu için "tekrar girme" eyleminin varlığı aranmıştır. Türk Ceza Kanunu'nun 290/1. maddesi ise "tekrar el koyma" şeklinde bir belirleme yapmıştır. Bu açıdan İcra ve İflas Kanunu açısından "girme" yeterli olarak değerlendirilmekteyken, Türk Ceza Kanunu "el koyma" şeklinde kalıcı ve uzun süreli bir hareket, bir nevi işgal, öngörmektedir. Doktrinde burada geçen "el koyma" tabirinden zilyetliğin ele geçirilmesi, malik veya zilyedin kullanabileceği haklardan herhangi birisinin kullanılması şeklinde bir sonuç çıkacağı belirtilmiştir[9]. Her iki hükümdeki maddi unsuru oluşturan hareketteki farklılık soru işaretlerine neden olacak niteliktedir. İcra ve İflas Kanunu'nun 342. maddesi olmasaydı bir an için taşınmaz veya gemiye girilmesi durumunda TCK m.290 çerçevesinde bir cezalandırma mümkün olmayacaktı. Ancak mevcut düzenlemeler açısından fail taşınmaz veya gemiye girdiği andan itibaren cezalandırılabilir bir hareketin varlığından bahsedilmesi mümkün olacaktır.
Türk Ceza Kanunu'nun 290/1. maddesi hükmen hak sahiplerine teslimden bahsettiği için, başka suretle teslim edilen, hak sahibi tarafından zorla ele geçirilen taşınmaza tekrar el konulması durumunda bu suç oluşmayacaktır[10].

Türk Ceza Kanunu'nun 290/1. maddesi çerçevesinde el koyma fiili şekilde taşınmaza girme suretiyle olabileceği gibi, taşınmaza girmeden hakimiyet tesis etme şeklinde de gerçekleşebilecektir. Bu açıdan hükmen hak sahibine teslim edilmiş bir taşınmaza girmese dahi fail hak sahibinin girmesine engel olur ve tasarrufta bulunmasının da önüne geçerse suçun oluştuğundan bahsetmek mümkün olacaktır.
İcra İflas Kanunu'nun 342. maddesi kapsamında girme şeklindeki hareket ani suç olarak değerlendirilebilecekken, Türk Ceza Kanunu'nun 290. maddesinde yer alan elkoyma şeklindeki hareket ise kesintisiz suç niteliği taşıyacaktır.
Her iki hükümde de "tekrar" kavramına yer verilmiştir. Bu açıdan hem girme fiili açısından hem de elkoyma fiili açısından daha önceden var olan bir bulunma veya el koyma halinin icra dairesi veya mahkeme kanalıyla sona erdirilmesi söz konusu olmalıdır. Bu açıdan fiili olarak zaten bulunmayan ya da el altında tutmayan kişi için tekrar söz konusu olmayacağı için suçun oluşumundan bahsedilemeyecektir.

[8] Ünver, s.592.
[9] Ünver, s.593.
[10] Ünver, s.593.

Uygulamada sorun yaratabilecek nitelikteki "tekrar" ibaresinin her iki hüküm açısından da kaldırılmasının yerinde olduğu kanaatindeyiz.
Maddi unsur açısından karşımıza çıkabilecek bir diğer sorun Türk Ceza Kanunu çerçevesinde hükmen teslimden bahsedilmekteyken, İcra ve İflas Kanunu'nda icra dairesi marifetiyle teslimden bahsedilmektedir. Bu durumda bir hükme istinaden taşınmaz bir mal rızaya dayalı olarak teslim edilmiş ancak sonra teslim eden kişinin bu mala el koyması durumunda doğrudan doğruya Türk Ceza Kanunu'nun 290. maddesi çerçevesinde bir değerlendirme yapılabilecektir. Ancak konunun icra dairelerine intikal etmesi ve bu suretle teslim edilmesi halinde İcra ve İflas Kanunu'nun 342. maddesi kapsamında borçlu tarafından sadece girilmiş olması suçun oluşumuna sebebiyet verecek ve Türk Ceza Kanunu'nun 290. maddesine göre cezalandırma yoluna gidilecektir.
İcra ve İflas Kanunu'nun 272. maddesinde yer alan sözleşme ile kiralanan bir taşınmazın süresi bittikten sonra bir ay içinde icra dairesinden tahliyesinin talep edilmesi durumunda nasıl davranılması gerekeceği sorunu çıkmaktadır. İcra ve İflas Kanunu'nun 273. maddesine göre böyle bir durumda süresi içinde itiraz edilmemesi dolayısıyla kiralanan taşınmazın zorla tahliyesi ve kiralayana teslimi söz konusu olacaktır. Bu durumda Türk Ceza Kanunu'nun 290. maddesi anlamında bir hükümden bahsetmek mümkün değildir[11]. Kiralayan İcra ve İflas kanunu çerçevesinde şekli anlamda alacaklı, kiracı ise şekli anlamda borçlu sıfatını taşımaya devam edecektir. İcra ve İflas Kanunu'nun 342. maddesinin burada uygulama alanı bulması mümkündür kanaatindeyiz. Böylece herhangi bir mahkeme kararı olmaksızın icra dairesi vasıtasıyla tahliye edilmiş bir taşınmaza tekrar giren borçlunun İcra ve İflas Kanunu'nun 342. maddesi delaletiyle Türk Ceza Kanunu'nun 290. maddesine göre cezalandırılması mümkün olacaktır.
Türk Ceza Kanunu'nun 290/1. maddesi kapsamında suçun tekrar el konulması şeklinde ifade edilmesi dolayısıyla çok hareketli suç olarak değerlendirilmiştir[12]. Kanaatimizce burada çok hareketli bir suçtan bahsedilmesi mümkün değildir. Nitekim failin ilk hareketi bir hükme aykırılık teşkil etmemekte, bu elinde bulundurma haline karşı hak sahibine teslim edilmiş bir taşınmaza tekrar el koyması halinde suç oluşmaktadır.

VI-MANEVİ UNSUR

İcra ve İflas Kanunu'nun 342. maddesinde belirlenen suç kasten işlenebilen bir suç niteliğindedir. Burada genel kast yeterli olup özel kast aranmamaktadır. Fail taşınmaz veya geminin alacaklıya teslim edildiğini bilmeli ve bu taşınmaz veya gemiye girmeyi istemelidir. Türk Ceza Kanunu'nun 290. maddesi açısından da suç genel kastla işlenebilecektir. Burada da fail, hak sahiplerine taşınmazın teslim edildiğine yönelik bir hükmün bulunduğunu ve teslimin buna bağlı olduğunu bilmeli ve taşınmaza el koyma iradesiyle hareket etmelidir. Kişinin hükme dayanak olan yargılamanın tarafı olmaması,

[11] Kuru, Baki-Arslan, Ramazan-Yılmaz, Ejder, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2004, s.451.
[12] Ünver, s.594.

teslim tutanağı sırasında hazır bulunmaması, kendisine teslimle ilgili herhangi bir tebligatın yapılmaması durumlarında Türk Ceza Kanunu'nun 290/1. maddesi kapsamında suçun oluşması mümkün değildir[13]. Bu durumda failin kastından bahsedilemeyecektir.

VII-HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

İcra ve İflas Kanunu'nun 342. maddesinde "haklı bir sebep" olması durumunda suçun oluşmayacağı düzenlenmiştir. Bu hükmü haklı sebep olarak öngörülebilecek durumlarda hukuka uygunluk nedeni değil tipikliğe ilişkin bir düzenleme olarak değerlendirmek gerektiği kanaatindeyiz. Konuya ilişkin örnek olarak müdahalenin meni kararının infazının ardından men edilen yerde kendi diktiği mahsulü biçen kişinin suçu işlemiş olarak değerlendirilemeyeceği verilmiştir[14]. Kendisine teslim edilen taşınmaz veya gemiye borçlunun tekrar girmesine müsaade edilmesi halinde ise rıza hukuka uygunluk nedeni karşımıza çıkacaktır. Rıza hukuka uygunluk nedeni benzer şekilde Türk Ceza Kanunu'nun 290. maddesi için de geçerli olacaktır.

VIII-SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

A-Teşebbüs

İcra ve İflas Kanunu'nun 342. maddesinde girme şeklinde beliren hareketin gerçekleşmesinden önce failin icra hareketlerine başlamasıyla elinde olmayan nedenlerle taşınmaza veya gemiye girememesi söz konusu olursa teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkündür. Türk Ceza Kanunu'nun 290. maddesi kapsamında el koyma şeklinde karşımıza çıkan harekette ise yukarıda da ifade ettiğimiz gibi kesintisiz suç niteliği taşıyan bir durum söz konusu olduğu için failin hareketi temadi oluşturacak kadar devam etmeden engel bir nedenin ortaya çıkması halinde teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkündür[15]. Her iki suç açısından failin icra hareketlerini kendi iradesi ile sona erdirmesi durumunda gönüllü vazgeçmeden bahsedilebilecektir[16].

B-İştirak

İcra ve İflas Kanunu'nun 342. maddesinde yukarıda da ifade ettiğimiz gibi borçlu tarafından işlenebilecek bir suçun varlığından bahsedileceği için özgü suç söz konusudur. Borçlu sıfatını taşımayan birisinin bu suçu işlemesi mümkün değildir. Bu nedenle müşterek faillik şeklinde bu suçun işlenmesi mümkün değildir. Borçlu ile birlikte bir başkası girse dahi bu madde çerçevesinde bir sorumluluk söz konusu olmaz. Türk Ceza Kanunu'nun 290. maddesi açısından da kendisinden alınarak hak sahibine teslim edilen taşınmaza tekrar el koyan kişi fail olabileceği için burada da özgü suç söz konusudur ve müşterek faillik şeklinde işlenmesi mümkün değildir. Bu durumda özgü suçun failinin

[13] Ünver, s.593; YCGK, 08.03.1988, 1988/966 E., 1988/1966 K. KAZANCI İÇTİHAT PROGRAMI, Y.8.CD. 28.04.1992, 3599 E., 5605 K.
[14] Baştemür, s.75.
[15] Hakkı olmayan yere tecavüz suçu açısından benzer bir değerlendirme için bkz. Özbek, Veli Özer, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı 2. Cilt Özel Hükümler, Ankara 2008, s.1184.
[16] Ünver, s.597.

dışında suça katılan kişinin fiili konut dokunulmazlığını ihlal, hakkı olmayan yere tecavüz gibi bir başka suç teşkil ediyorsa o fiilden dolayı cezalandırılması söz konusu olacaktır. Ancak her iki suç açısından da yardım etme veya azmettirme suretiyle iştirak mümkündür.

C-İçtima

İcra ve İflas Kanunu'nun 342. maddesinde belirlenen suç için taşınmaza girilmesinde taşınmazın aynı zamanda konut niteliği taşıması halinde konut dokunulmazlığını ihlal suçu oluşacaktır. Bu durumda Türk Ceza Kanunu'nun 44. maddesi çerçevesinde bir fiil ile birden fazla suçun oluşmasına sebebiyet verilmesi durumunda en ağır cezayı gerektiren suçtan ceza verilmesi gerekecektir. İcra ve İflas Kanunu'nun 342. maddesi kapsamında üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilebilecekken, konut dokunulmazlığının ihlali durumunda Türk Ceza Kanunu'nun 116 hükmü kapsamında altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilebilecektir. Fikri içtima hükümlerinin uygulanması sonucunda fail sadece konut dokunulmazlığını ihlalden sorumlu tutulacaktır. Burada sorun konut dokunulmazlığını ihlal suçunda mağdurun şikayeti şartı aranmaktayken, İcra ve İflas Kanunu'nun 342. maddesi şikayete tabi olmamasıdır. Fikri içtima kurallarının uygulanabileceği bu gibi durumlarda ağır suçtan dolayı şikayet şartının gerçekleşmemesi durumunda hafif olan suçtan failin yargılaması yapılabilecektir[17].

Türk Ceza Kanunu'nun 290/1. maddesinde yer alan suç ile Türk Ceza Kanunu'nun 154. maddesinde yer alan hakkı olmayan yere tecavüz suçu açısından da içtima ilişkisi düşünülebilecektir. Kanaatimizce burada özel norm genel norm ilişkisinin uygulanması mümkündür. Nitekim Türk Ceza Kanunu'nun 290/1. maddesinde "tekrar el koyma" ifadesi kullanılmışken, Türk Ceza Kanunu'nun 154. maddesinde taşınmaz malın "işgal" edilmesinden bahsedilmektedir. Daha önce taşınmazda bulunan, hak sahibine iadesinin ardından tekrar söz konusu taşınmaza el koyan kişinin sorumluluğunun belirlenmesinde Türk Ceza Kanunu'nun 290/1. maddesi özel norm olarak değerlendirilerek ceza tayini yoluna gidilmelidir. Aksinin kabulü durumunda Türk Ceza Kanunu'nun 290/1 hükmünün hiçbir uygulaması olamayacaktır.

Yukarıda da detaylı olarak izah ettiğimiz gibi İcra ve İflas Kanunu'nun 342. maddesi kapsamında "tekrar girme", Türk Ceza Kanunu'nun 290/1. maddesi kapsamında ise "tekrar el koyma" cezalandırılmaktadır. Burada ilk eylemde anlık bir faaliyet söz konusu iken ikincisinde mütemadi bir durumun varlığı söz konusudur. Taşınmaza el koyma

[17] Yargıtay da aynı yönde şu kararı vermiştir. "*Sanığın olay tarihinden bir hafta önce tartıştığı müştekiye ait ve cadde üzerinde bulunan araca ateş etmesi eyleminin, korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda silahla ateş etme suçu ile birlikte mala zarar verme suçunu da oluşturacağı; bu durumda müştekinin şikayetçi olmaması nedeniyle mala zarar verme suçundan düşme kararı verilip, korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda silahla ateş etme suçundan da mahkumiyet kararı verilmesinde isabetsizlik olmayıp…*", Y.8.CD, 18.03.2009, 4148 Konuya ve ilgili karara ilişkin bkz. Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler 24. Baskı, Ankara 2021, s.586.

kastıyla hareket eden kişi aynı zamanda bu taşınmaza girmiş de olabilecektir. Bu durumda el koymanın taşınmazın içinde gerçekleşmesi halinde İcra ve İflas Kanunu'nun 342. maddesi ile Türk Ceza Kanunu'nun 290/1. maddesi arasında geçitli suç ilişkisinin bulunduğunu söyleyebiliriz. Nitekim bu durumda fail Türk Ceza Kanunu'nun 290/1. maddesinde düzenlenen suça ulaşabilmek için İcra ve İflas Kanunu'nun 342. maddesinden geçmiş olacaktır.

Gerek İcra ve İflas Kanun'nun 342. maddesi, gerekse Türk Ceza Kanunu'nun 290/1. maddesi açısından zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkündür. Failin icra vasıtasıyla teslim edilmiş yere birden fazla girmesi, hükmen teslim edilmiş yere çıkarılmasına rağmen birden fazla el koyması durumunda zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir. El koyma eyleminde ikinci ve sonraki elkoyma açısından yeni bir hüküm aranmayacaktır[18].

IX-YAPTIRIM

Yukarıda detaylı olarak izah ettiğimiz gibi İcra ve İflas Kanunu'nun 342. maddesi cezalandırabilme açısından doğrudan doğruya Türk Ceza Kanunu'nun 290/1. maddesine atıf yaptığı için, her iki suç tipi açısından da faile üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilecektir. Verilecek ceza miktarı açısından Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinde belirtilen diğer şartların da varlığı durumunda hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesinin uygulanması mümkündür.

X-YETKİLİ VE GÖREVLİ MAHKEME

İcra ve İflas Kanunu'nun 342. maddesinde düzenlenen suç açısından, aynı kanunun 346/3. maddesi çerçevesinde görevli mahkeme icra mahkemeleri olarak belirlenmiştir. Bu açıdan soruşturma usulü açısından da İcra ve İflas Kanunu hükümleri çerçevesinde değerlendirme yapmak gerekmektedir. Yetkili mahkeme açısından da suçun işlendiği yer mahkemesi değil, icra takibinin yapıldığı yer mahkemesi yetkili kılınmıştır. Yine bu suç açısından Cumhuriyet Savcılığı tarafından yürütülecek bir soruşturma işlemi İcra ve İflas Kanunu'nda öngörülmediği için, şikayet dilekçesi veya dava beyanı doğrudan icra mahkemesine verilecek ve bir soruşturma işlemi yapılmadan doğrudan yargılama faaliyeti yürütülecektir.

Türk Ceza Kanunu'nun 290. Maddesinde düzenlenen suç bakımından ise 5235 sayılı kanunun 11. maddesi çerçevesinde Asliye Ceza Mahkemeleri görevli mahkemelerdir. Burada yetkili mahkeme ise Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 12 vd. maddelerine göre belirlenecektir. Kural olarak suçun işlendiği yer mahkemesi yetkili mahkeme olarak değerlendirilebilecektir.

Muhakeme hukuku kuralları açısından İcra ve İflas Kanunu'nun 342. maddesinde "5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 290 ıncı maddesi mucibince umumi hükümler dairesinde cezalandırılır" şeklinde yer alan ifade yargılamanın da Türk Ceza Kanunu'nun 290.

[18] Ünver, s.594

maddesinde yer alan suç çerçevesinde yapılacağı gibi bir sonuç doğurmaya elverişli olsa da İcra ve İflas Kanunu'nda yetki ve göreve ilişkin yer alan açık düzenlemeler dolayısıyla bu hükümlerin dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz.

SONUÇ

İcra ve İflas Kanunu'nda söz konusu kanunun işleyişi için zorunlu olarak bazı ceza hükümlerinin yer alması gerektiği açıktır. Ancak bu düzenlemelerde doğrudan ceza hukuku anlamında bir cezalandırma yapılması ve inceleme konusu 342. Maddede olduğu gibi doğrudan ceza kanununa atıf yapılması gerek maddi ceza hukuku açısından gerekse şekli ceza hukuku açısından tereddütlere yol açabilmektedir. Bu açıdan inceleme konusu yaptığımız İcra ve İflas Kanunu'nun 342. maddesi açısından, Türk Ceza Kanunu'nun 290. maddesine atıf yapmak yerine bağımsız bir hüküm olarak düzenlenmesi; bu bağımsız hükümde yapılacak disiplin yargılaması neticesinde, borçluyu zorlayacak nitelikte bir tazyik hapsinin öngörülmesinin yararlı olacağı kanaatindeyiz. Aksi durum gerek teorisyenler açısından gerekse uygulamalar açısından bir karmaşaya yol açabilecek nitelik taşımaktadır. Hangi durumda hangi hükme dayalı hangi icrai hareketin, hangi mahkeme tarafından yargılama konusu yapılacağı sorunu ancak her iki maddenin ayrı ele alınması ile çözülebilecek nitelik taşımaktadır.

KAYNAKÇA

Baştemür, Adem, 2004 Sayılı İcra İflas Kanununda Düzenlenen İcra Suçları, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2019.

Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler 24. Baskı, Ankara 2021.

https://edb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/266202015432312-%C4%B0CRA%C4%B0FLASKANUNU.pdf Erişim Tarihi:07.06.2022.

Kazancı İçtihat Programı

Kuru, Baki-Arslan, Ramazan-Yılmaz, Ejder, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2004.

Özbek, Veli Özer, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı 2. Cilt Özel Hükümler, Ankara 2008.

Ünver, Yener, İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, Suçu İhbar Etmemek Suçları (TCK'da Düzenlenen Adliyeye Karşı Suçlar) 6. Baskı, Ankara 2021.

YAPAY ZEKA İLE SUÇ TAHMİNİNDE BULUNMAK: ÖNYARGILARIN DİJİTALLEŞMESİ

Dr. Enver KAŞLI[19]

Özet

Bir suç işlendikten sonra faillerin yakalanması ve cezalandırılması, suçun neden olduğu zararları ortadan kaldırmaya yetmediğinden dolayı bir suçun, işlenmeden önlenmesi büyük önem taşımaktadır. Önleyici polisliğin en önemli belirsizliği ise alınan tedbirlerin suç işlenme riskini tamamen ortadan kaldırmaya yetmediği gibi tedbir alınmamış olsa bile hiç suç işlenmeyecek olması ihtimalidir. Dolayısıyla önleyici polislikte yer alan bu belirsizlik, kolluk uygulamalarına yönelik "önyargılı" şeklinde eleştirilere neden olmaktadır. Bununla birlikte polis, suç önleme faaliyetlerinde etkinliği artırmak amacıyla teknolojik gelişmeleri yakından takip ederek mevcut işleyişi teknolojiyle yeniden şekillendirmektedir. Yapay zeka teknolojisiyle suç tahmininde bulunma çalışmaları, önleyici polislikte teknoloji olarak yeni bir gelişme olarak uygulanmaya başlamış olup farklı ülkelerde yaygınlaşma eğilimindedir. Yapay zeka teknolojisiyle suç tahmininde bulunma, önleyici polislikteki belirsizliği ortadan kaldırmadığından dolayı "önyargıların dijitalleşmesi" eleştirisine açıktır.

Anahtar Kelimeler: yapay zeka, önleyici polislik, suç tahmini.

CRIME PREDICTION WITH AI: DIGITALIZING PREJUDICES

Abstract

Since catching and punishing the perpetrators after a crime is committed is not enough to eliminate the damage caused by the crime, it is of great importance to prevent a crime before it is committed. The most important uncertainty of preventive policing is that the measures taken are not enough to completely eliminate the risk of committing a crime, and even if no measures are taken, it is possible that no crime will be committed. Therefore, this uncertainty in preventive policing leads to "biased" criticisms of law enforcement practices. However, in order to increase efficiency in crime prevention activities, the police closely follow technological developments and reshape the current operation with technology. Crime prediction studies with artificial intelligence technology have started to be applied as a new development in preventive policing and tend to become widespread in different countries. Crime forecasting with AI technology

[19] Ankara Emniyet Müdürlüğü, ORCID ID: 0000-0001-7738-1233, kaslienver@gmail.com

is open to criticism of the "digitalization of biases" because it does not remove the uncertainty in preventive policing.
Keywords: artificial intelligence, preventive policing, crime prediction.

GİRİŞ

Suç oluşturan fiiller, kişilere ve topluma birçok zarar vermektedir. İşlenen suçun türüne göre kişilerin hayatı sona erebilmekte, vücut bütünlüğü bozulabilmekte, toplum hayatında güven yerini korkuya bırakabilmektedir. Suçun kişiler ve toplum üzerinde ortaya çıkardığı zararları, çokluğundan dolayı bir liste halinde saymak mümkün değildir. Bir suç işlendikten sonra faillerin yakalanması ve cezalandırılması, suçun neden olduğu zararları ortadan kaldırmaya yetmediğinden dolayı bir suçun, işlenmeden önlenmesi büyük önem taşımaktadır. Adli sürecin işleyişinde özellikle suç mağduru açısından birçok belirsizlik bulunmaktadır. Mağdur; suç ihbarında bulunmasına rağmen fail yakalanmayabilir, mağdur istemesine rağmen fail tutuklanmayabilir, dava bekleyebilir veya düşebilir, delil yetersizliğinden fail beraat edebilir veya cezalandırılmayabilir, cezalandırılsa bile hafif bir ceza alabilir ya da uğradığı zarar tam anlamıyla telafi edilmeyebilir.[20] Bununla birlikte artan suç sayılarına bağlı olarak ceza adaleti sisteminde etkinlik, bugün birçok devletin çözüm aradığı büyük bir sorundur.

Ceza adaleti sisteminde etkinliği artırmak ve suçun neden olabileceği zararları önlemek amacıyla kolluk teşkilatları tarafından yürütülen faaliyetlere önleyici polislik denilmektedir. Önleyici polisliğin en önemli belirsizliği ise alınan tedbirlerin suç işlenme riskini tamamen ortadan kaldırmaya yetmediği gibi tedbir alınmamış olsa bile hiç suç işlenmeyecek olması ihtimalidir. Önleyici polislikte yer alan bu belirsizlik, kolluk uygulamalarına yönelik "önyargılı" şeklinde eleştirilere neden olmaktadır. Kolluk teşkilatlarının, suçla mücadelede kolaylık ve üstünlük sağlayacak teknolojileri kullanma gayreti içinde olduğu bilinen bir gerçektir. Bir teknolojinin kolluk uygulamalarında kullanılabilmesi için sadece teknolojinin faydalı olması yeterli olmayıp bu teknolojinin kullanımına izin veren kanuni düzenleme bulunması şarttır. Son dönemlerde farklı ülkelerde yapay zeka teknolojisiyle suç tahmininde bulunma çalışmaları, önleyici polislikte teknoloji olarak yeni bir gelişme olarak uygulanmaya başlamış olup yaygınlaşma eğilimindedir. Bu çalışmada ilk olarak önleyici polisliğe yönelik eleştiriler incelenecek, ardından yapay zeka ile suç tahmini çalışmaları uygulama ve kanunilik açısından ele alınacaktır.

1. ÖNLEYİCİ POLİSLİĞE YÖNELİK ÖNYARGI ELEŞTİRİLERİ

Polis kelimesi, Türkiye'de genel kolluk içinde yer alan teşkilatlardan biri anlamına geldiği gibi polis daha geniş anlamda kolluk yerine de kullanılabilmektedir.

[20] Yayla, M. ve Kaşlı, E. (2016). Suç Mağdurları ile İletişim. A. Z. Özgür ve A. İşman(Ed.). İletişim Çalışmaları 2016. Sakarya. s. 39.

Kamu düzeninin sağlanması amacıyla hizmet veren teşkilatlara, kolluk denilmektedir.[21] Ülkemizde kolluk yapılanması, çoklu kolluk yapılanması şeklinde olduğu için organik anlamda kolluk teşkilatlanması öncelikle genel kolluk(umumi zabıta) ve özel kolluk(hususi zabıta, hizmet zabıtası) olmak üzere ayrılmaktadır. Bu ayrımın temelinde[22] Emniyet Teşkilat Kanunu(ETK) m.3'de yer alan hükme göre; "Zabıta teşkilatı: Umumi ve hususi olmak üzere iki kısma ayrılır. Umumi zabıta: Silahlı bir kuvvet olan (polis) ve (jandarma)dır. Hususi zabıta: Umumi zabıta haricinde kalan ve mahsus kanunlarına göre teşekkül edip muayyen vazifeleri gören zabıta kuvvetleridir" hükmüne dayanmaktadır.[23] Genel kolluğun kamu düzeninin her unsuruyla ve her faaliyet alanında devlet adına yetkili olduğu belirtilmektedir.[24] Özel kolluk, genel kolluğun dışında kalan kendi kanunlarına göre belirli(özel) kolluk faaliyetlerini yürüten kolluk birimleridir.[25] Bilim ve teknikteki gelişmelere bağlı olarak kamu düzenine yönelik tehlikeler değişebildiğinden dolayı bu tehlikelerin önlenmesi amacıyla genel kolluk ile işbirliği içinde çalışan ve genel kolluktan farklı teşkilatlara ihtiyaç duyulmaktadır.[26]

Kolluğun temelde iki görevi bulunmaktadır. İlki, suçu önlemek(önleyici polislik); ikincisi ise işlenen bir suçla ilgili işlemleri(adli polislik) yapmaktır. Bu ayrım kolluğu düzenleyen temel kanunlarda yer almaktadır.[27] Önleyici polislik, suç öncesi önleyici

[21] Gökcen, A. vd. (2020). Ceza Muhakemesi Hukuku. 4. Baskı. Ankara: Adalet, s.252; Yurtcan, E. (2018). Ceza Yargılaması Hukuku. 15. Bası, Ankara: Adalet, s.151; Yenisey, F. (2014). Kolluk Hukuku. 2. Baskı, İstanbul: Beta, s.1.

[22] Tan, T. ve Bahar, B. (2021). İdare Hukuku, 10. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, s.378.

[23] ETK m.3

[24] Gözler, K. (2006). İdare Hukuku Dersleri. 4. Baskı, Bursa: Ekin Yayınevi, s.565; Sancakdar, O. vd. (2021). İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, 10. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.759; Ulusoy, A. (2021). Yeni Türk İdare Hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 532; Atay, E. (2021). İdare Hukuku. 7. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, s.631.

[25] Sancakdar vd. a.g.e. s. 759; Ulusoy a.g.e. s. 533.

[26] Atay a.g.e. s. 632

[27] Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun(PVSK) 2'inci maddesine göre "Polisin genel emniyetle ilgili görevleri iki kısımdır.

A) Kanunlara, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine, yönetmeliklere, Hükümet emirlerine ve kamu düzenine uygun olmıyan hareketlerin işlenmesinden önce bu kanun hükümleri dairesinde önünü almak,

B) İşlenmiş olan bir suç hakkında Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile diğer kanunlarda yazılı görevleri yapmak".

Yine Emniyet Teşkilat Kanununun(ETK) 8'inci maddesine göre "Polis: İdari, siyasi ve adli kısımlara ayrılır", 9'uncu maddesine göre "A) İdari polis, içtimai ve umumi intizamı temin etmekle mükellef olan kısımdır.

B) Siyasi polis, Devletin umumi emniyetine taallük eden işlerle mükellef olan kısımdır.

C) Adli polis; asgari tam teşekküllü bir polis karakolu bulunan yerlerde, adli işlerle uğraşmak üzere Emniyet Umum Müdürlüğünce kadrodan ayrılan bir kısımdır. Tam teşekküllü bir kadrodan daha az kuvvette olan polis teşekküllerinin tamamı veya bir kısmı adli polis olarak tefrik edilebilir".

niteliği ile öne çıkarken adli kolluğun bastırıcı niteliği öne çıkmaktadır.[28] Önleyici polislik, kamu düzeninin korunmasını hedeflerken adli polislik, suç işlenmesi halinde faillerin yakalanması ve delillerin toplanmasını sağlayan kolluk faaliyetleridir.[29] Önleyici polislik faaliyetlerinin amacı kamu düzenini korumaktır. Adli polislik ise suç işlendikten sonra suç failinin yakalanması, suçla ilgili delillerin toplanması gibi suç ve suçla ilgili yürütülmektedir.[30] Adli polislik ile öncelikle Cumhuriyet savcısının emrine ve diğer mahkemelerin taleplerine göre suçla ilgili soruşturma ve kovuşturma yapılmaktadır.[31] Önleyici polislik ve adli polislik ayrımında kolluğun suçla ilgili araştırma işlevine odaklanılmaktadır.[32]

Adli polislik açısından soruşturulan olayın türü, olayın faili, olayın delilleri önleyici polislik faaliyetleri ile kıyaslandığında daha belirli bir görünüm arz etmektedir. Bir kavga olayı soruşturulurken mağdurların kimliği, suç işlenirken kullanılan araçlar, faillerin kimlikleri ve kaç kişi oldukları gibi hususlar soruşturma işlemleri ile aydınlatılabilmektedir. Bununla birlikte önleyici polislik faaliyetlerinde bir "belirsizlik" söz konusudur. Önleyici polislik faaliyetlerinin odak noktasında "suç işlenme olasılığı" bulunmaktadır. Önleyici polislik faaliyetleri kapsamında gerçekten bir suçun işlenip işlenmeyeceği veya hangi tür suçun önlenebileceği belirli değildir. Mesela çok sayıda kişinin katılacağı bir gösteride polis tarafından gösteriye katılanlar aranmakta, gösterinin yapılacağı alanın güvenliği sağlanmakta, gösteri öncesinde ve sonrasında trafiğin düzenlenmesi gibi çok sayıda tedbir alınmaktadır. Alınan tüm bu tedbirlere rağmen suç işlenme riski tamamen ortadan kalktığını söylemek mümkün olmadığı gibi bu tedbirler hiç alınmasaydı yine bir suç işlenmeyebilirdi.

Önleyici polisliğin, adli polislik faaliyetlerinden farklı olarak polislerin kişisel değerlendirmelerine daha fazla bağlı olduğu değerlendirilmektedir. Bir durumun, olayın veya kişinin suç potansiyeli yönünden değerlendirilmesi kolluk personelinin tecrübesine göre değerlendirilmektedir. Nitekim durdurma yetkisiyle ilgili olarak polis, kişileri ve araçları; bir suç veya kabahatin işlenmesini önlemek amacıyla durdururken polisin tecrübesine ve içinde bulunulan durumdan edindiği izlenime dayanan makul bir sebebin bulunması koşulu bulunmaktadır.[33] Önleyici polislikle kıyaslandığında adli polislik faaliyetlerinin yürütülmesinde delile dayanan bir süreç bulunmaktadır. Suç soruşturması

[28] Ulusoy a.g.e. s. 531.

[29] Tan ve Bayazıt, a.g.e. s. 375.

[30] Çağlayan, R. (2019). İdare Hukuku Dersleri, 7. Baskı, Ankara: Adalet, s.278.

[31] Yenisey a.g.e. s. 205; Gökcen vd. a.g.e. s. 252; Ünver, Y. ve Hakeri, H. (2019). Ceza Muhakemesi Hukuku. Cilt III. 15. Baskı, Ankara: Adalet, s.392

[32] Kunter, N. vd. (2006). Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku. 15. Baskı. İstanbul: Beta, s. 380; Çağlayan, (2019), s.278.

[33] 2559 m.4/A.

kapsamında yapılan işlemler, soruşturma evresinde toplanan delillere göre ilerlemektedir. Deliller arasındaki bağlantılar sayesinde maddi gerçek ortaya konulmaya çalışılmaktadır.

Önleyici polislikte kolluk personelinin kişisel tecrübesinin önemli bir yer tutması ve önleyici polislik faaliyetlerindeki belirsizlik, kolluk uygulamalarına yönelik "önyargılı" şeklinde eleştirilere neden olabilmektedir. Önyargı temelli polislik; üzerinde uzlaşılmış ortak bir tanımı olmamakla birlikte en genel tanımıyla kolluk uygulamalarında bir kişinin suçla ilişkisinin somut bilgi veya deliller yerine kolluk personelinin ırk, etnik, cinsiyet, kıyafet, ekonomik statü, yaş, cinsel yönelim veya dini değerler gibi önyargılara dayanılmasıdır.[34] Önyargı temelli polislik uygulamasının en bilinen örneklerinden birisi ırkçı profillemedir. Irkçı profilleme; kolluk uygulamalarında ırk, etnik veya kişinin ulusal kökenine dayanan uygulamalar olarak tarif edilmektedir.[35] Önyargı temelli polislik; özellikle durdurma, arama, trafik kontrolleri ve zor kullanma yetkisi kullanılırken ortaya çıkmaktadır. Polise belirli ölçüde takdir hakkı tanıyan bu yetkilerin, hukuka uygun olarak toplum için kullanıldığının denetimi büyük önem az etmektedir. Polislikte olumsuz önyargının davranışa dönüşmesi hukuk dilinde ayrımcılık oluşturmaktadır. Ayrımcılık gerek uluslararası hukuki metinlerde gerekse başta anayasa ve kanunlar olmak üzere ulusal metinlerde yasaklanmıştır.[36]

Kolluk teşkilatlarının, suçla mücadelede kolaylık ve üstünlük sağlayacak teknolojileri kullanma gayreti içinde olduğu bilinen bir gerçektir. Son dönemde birçok alanda kullanılmakta olan yapay zeka teknolojileri, önleyici polislikte de kullanılmaya başlanmıştır. Yapay zeka teknolojisi; kolluğun hali hazırda ifa ettiği suç soruşturması, trafik denetimi, toplantı ve gösterilerin takibi, kamuya açık alanların izlenmesi, istihbarat, sınır güvenliğini sağlamak gibi görevleriyle ilgili elde edilen verilerinden faydalanarak önleyici polislik faaliyetlerinde kullanmayı hedeflemektedir. Bununla birlikte bir teknolojinin kolluk uygulamalarında kullanılabilmesi için sadece teknolojinin faydalı

[34] Kappeler, V. vd. (1998). Forces of deviance understanding the dark side of policing, Second Edition, Prospect Heights, IL: Waveland Press, s.150.

[35] Carter, D. L. vd. (2004). Contemporary policing controversies, challenges and solutions an anthology, Roxbury Publishing: California, s.236.

[36] İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 1'inci maddesinde "Bütün insanlar özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğarlar", 2'inci maddesinde "Herkes, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka bir görüş, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğuş veya herhangi başka bir ayrım gözetmeksizin bu Bildirge ile ilan olunan bütün haklardan ve bütün özgürlüklerden yararlanabilir" hükümleri bulunmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 14'üncü maddesinde "Bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır" denilmektedir.

Uluslararası hukuki düzenlemelere uygun olarak Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 10'uncu maddesinde "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir" denilmektedir.

olması yeterli olmayıp bu teknolojinin kullanımına izin veren kanuni düzenleme bulunması da şarttır.

2. YAPAY ZEKA İLE SUÇ TAHMİNİ ÇALIŞMALARI

Yapay zeka kavramı, gelişmiş donanımlar ve yazılımlar aracılığıyla büyük veri işleyen, analiz yapan uygulamaları ifade etmek için geniş anlamda kullanılmaktadır. Yapay zeka teknolojisinin önleyici kolluk faaliyetlerinde kullanıldığı alanlardan birisi, suç tahmini çalışmalarıyla ilgilidir. Bilindiği üzere ceza hukukunun konusunu oluşturan suç, bir insan davranışı olup bir insanın suç işleme iradesini etkileyen psikolojik, toplumsal, fiziksel, hukuki birçok neden bulunması mümkündür. Dolayısıyla belirli yazılımları kullanarak büyük verileri işleyen yapay zeka teknolojisi, insan iradesini teknolojik olarak kontrol etmedikçe tam anlamıyla kesin bir şekilde suçu tahmin etmesi mümkün olmasa da suç bir noktaya kadar tahmin edilebilir bir davranış veya olgudur.

Yapay zeka teknolojisiyle suç tahmininde bulunma çalışmaları, önleyici polislikte teknoloji olarak yeni bir gelişme olarak uygulanmaya başlamış olup farklı ülkelerde yaygınlaşma eğilimindedir. Suç tahminine yönelik önleyici polislikle ilgili yapay zeka uygulamaları incelendiğinde robot polisler, suç haritası hazırlama, suç işleme ihtimali yüksek kişileri belirleme, belirli suçları önlemeye yönelik uygulamalar geliştirildiği görülmektedir. Örnek olarak New York Polisi tarafından kullanılan "Digidog" adlı robotlar hem yapay zeka teknolojisi hem de önyargı tartışmaları bakımından iyi bir örnektir. Digidog adlı robotlar; polislerin rehine kurtarma, kapalı alanlara girmeden önce içeri girerek tehlike oluşturabilecek durumları belirleme, bomba gibi tehlikeli maddelerin etkisiz hale getirilmesinde kullanılması hedeflenmekteydi. Ancak bu robotların düşük gelirli ve beyaz olmayanları hedef aldığı tartışmaları üzerine robotların kullanımı sonlandırılmıştır. Başka bir projede ise şehir izleme kameraları, hava durum raporları, sosyal medya içerikleri gibi farklı verileri analiz ederek suç işlenebilecek muhtemel bölgeler tespit edilerek suçun önlenmesi hedeflenmektedir. Bazı yapay zeka uygulamalarında ise vergi kaçakçılığı, dolandırıcılık, karapara aklanması gibi belirli suçların önlenmesi amaçlanmaktadır.[37] Yapay zeka ile suç tahmininde bulunmaya yönelik teknolojik uygulamalar, çeşitlilik ve uygulama bakımından artma eğilimindedir.

Suç tahminine yönelik tüm bu uygulamalarda yapay zeka tarafından analiz edilen verilerin belirlenmesinde insan faktörü devreye girmektedir. Başka bir ifadeyle hali hazırdaki uygulamalarda yapay zekanın varacağı sonuçlara giden yolda gerekli veriler insan tarafından belirlendiği için ortaya çıkan sonuçlar, önleyici polislikteki belirsizliği ortadan kaldırmadığından dolayı "önyargıların dijitalleşmesi" eleştirisine açık olduğu

[37] Yapay zeka ile suç tahmini çalışmalarına yönelik farklı ülkelerdeki uygulamalar hakkında detaylı bilgi için bkz. İçer, Z. (2021). Yapay Zeka Temelli Önleyici Hukuk Mekanizmaları-Öngörücü Polislik, Yapay Zeka Temelli Teknolojiler ve Ceza Hukuku, Yapay Zeka Çalışma Grubu Yıllık Rapor, s. 30-48.

değerlendirilmektedir. Nitekim bahsedilen Digidog projesinde yaşanan tartışmalar yapay zekaya yönelik önyargı eleştirilerine iyi bir örnektir.

Ceza hukukuna göre bir suç işlenmesi; suç düşüncesi, suça hazırlık, suç icra hareketleri ve suçun tamamlanması aşamalarından oluşmaktadır. Bir bütün olarak "suç yolu" olarak adlandırılan bu aşamalar içinde faile yönelik olarak icra hareketlerine başladıktan sonra ceza hukuku bakımında soruşturma yapılabilmekte ve son aşamada ceza uygulanabilmektedir.[38] Suç tahminine yönelik çalışmalarda henüz suçun icra hareketlerine başlanmadığı için bu aşamada yapılan tahminlerle ilgili yapılacak kolluk uygulamalarının da hukuki yönden geliştirilmesine ihtiyaç bulunmaktadır. Belirtilmesi gereken diğer bir husus da yapay zeka suç tahmininde bulunurken hangi ölçütlere göre başarılı sayılacaktır? Hukuk kurallarının harfiyen uygulandığı idealist bir yaklaşım mı yoksa insanların görmezden geldiği ölçülere uyan realist bir yaklaşım mı benimsenecektir? Buna en iyi ve basit örneklerden birisi kırmızı ışık yanmasına rağmen gelen aracı uzakta diyerek karşıya geçmeye çalışan kişilerdir. Şehrin önemli kalabalık noktalarında bekleyen bir kolluk personeli de kırmızı ışık ihlalinde bulunabilecek kişiler olduğunu kendi tecrübesiyle tahmin etmesi mümkündür. Polislik mesleğinin doğası gereği sokak uygulamalarının birçoğu polisin kendi bilgisi ve tecrübeleri doğrultusunda oluşan "şüpheli davranışlar"-"şüpheli olmayan davranışlar" kategorisine göre şekillenmektedir. Kolluk personeli, sorumlu oldukları bölgelerde işlenen belirli suçlarla ilgili suç kaydı fazla olan kişilerden gelecek suçlar açısından belirli tahminlerde bulunması mümkündür. Bu aşamada suç tahmini açısından insani tecrübelerle yapılan tahminlerle, yapay zeka teknolojilerinin tahmini arasında önemli bir fark olmadığı düşünülmektedir. Ayrıca bir teknolojinin kolluk uygulamalarında kullanılabilmesi için sadece teknolojinin faydalı olması yeterli olmayıp bu teknolojinin kullanımına izin veren kanuni düzenleme bulunması şarttır. Hukuk devleti ilkesi gereği kolluk yetkileri kanuna dayanması gerekir.[39]

SONUÇ

Suç oluşturan fiillerin, kişilere ve topluma verdiği birçok zarar dikkate alındığında bir suç işlenmeden önlenmesi hem kamu düzeninin korunması hem de ceza adaleti sisteminin etkinliği açısından çok önemlidir. Önleyici polisliğin ise en önemli belirsizliği ise alınan tedbirlerin suç işlenme riskini tamamen ortadan kaldırmaya yetmediği gibi tedbir alınmamış olsa bile hiç suç işlenmeyecek olması ihtimalidir. Kolluk teşkilatları önleyici polislik faaliyetlerinde suç tahmininde daha başarılı sonuçlara ulaşmak için yakın

[38] Hakeri, H. (2017). Ceza Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı. Ankara: Adalet, s.497-503.

[39] Hafızoğulları, Z. (1995). İnsan hakları, polis görevi ve yetkisi. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 44 (1-4), s.568.

zamanda gelişen yapay zeka teknolojisinin kullanıldığı robot polisler, suç haritası hazırlama, suç işleme ihtimali yüksek kişileri belirleme, belirli suçları önlemeye yönelik uygulamalar geliştirmektedir. Suç tahminine yönelik tüm bu uygulamalarda yapay zeka tarafından analiz edilen verilerin belirlenmesinde insan faktörü devreye girdiğinden ve önleyici polislikteki belirsizliği ortadan kaldırmadığından dolayı "önyargıların dijitalleşmesi" eleştirisine açık olduğu değerlendirilmektedir. Suç tahminine yönelik çalışmalarda yapılan tahminlerle ilgili yapılacak kolluk uygulamalarının da hukuki düzenleme bakımından geliştirilmesine ihtiyaç bulunduğu ve bu aşamada suç tahmini açısından insani tecrübelerle yapılan tahminlerle, yapay zeka teknolojilerinin tahmini arasında önemli bir fark olmadığı düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

Atay, E. (2021). İdare Hukuku. 7. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi

Carter, D. L. vd. (2004). Contemporary policing controversies, challenges and solutions an anthology, Roxbury Publishing: California

Çağlayan, R. (2019). İdare Hukuku Dersleri, 7. Baskı, Ankara: Adalet

Gökcen, A. vd. (2020). Ceza Muhakemesi Hukuku. 4. Baskı. Ankara: Adalet.

Gözler, K. (2006). İdare Hukuku Dersleri. 4. Baskı, Bursa: Ekin Yayınevi.

Hakeri, H. (2017). Ceza Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı. Ankara: Adalet

Hafızoğulları, Z. (1995). İnsan hakları, polis görevi ve yetkisi. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 44 (1-4), 564-585.

İçer, Z. (2021). Yapay Zeka Temelli Önleyici Hukuk Mekanizmaları-Öngörücü Polislik, Yapay Zeka Temelli Teknolojiler ve Ceza Hukuku, Yapay Zeka Çalışma Grubu Yıllık Rapor, s. 30-48.

Kappeler, V. vd. (1998). Forces of deviance understanding the dark side of policing, Second Edition, Prospect Heights, IL: Waveland Press

Kunter, N. vd. (2006). Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku. 15. Baskı. İstanbul: Beta

Sancakdar, O. vd. (2021). İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, 10. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık

Ulusoy, A. (2021). Yeni Türk İdare Hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları

Ünver, Y. ve Hakeri, H. (2019). Ceza Muhakemesi Hukuku. Cilt III. 15. Baskı, Ankara: Adalet

Yayla, M. ve Kaşlı, E. (2016). Suç Mağdurları ile İletişim. A. Z. Özgür ve A. İşman(Ed.). İletişim Çalışmaları 2016. Sakarya.

Yenisey, F. (2014). Kolluk Hukuku. 2. Baskı, İstanbul: Beta

Yurtcan, E. (2018). Ceza Yargılaması Hukuku. 15. Bası, Ankara: Adalet.

MEDENÎ USÛL HUKUKUNDA TANIK GÖSTERİLMESİ VE TANIK BEYANININ DEĞERLENDİRİLMESİNE İLİŞKİN ESASLAR

Dr. Öğr. Üyesi Melis Taşpolat Tuğsavul *

Giriş

Delillerle ilgili olarak "*kanuni delil sistemi*" ve "*serbest delil sistemi*" olarak adlandırılan iki sistem kabul edilmektedir. Bunlardan ilki, bir yargılamada kullanılabilecek delillerin tek tek belirtildiği sistem olup, buna "*katı (sıkı) delil sistemi*" adı verilir. Bu sistem içerisinde Kanun'da belirtilenler dışında başkaca bir delilin kabul edilmesi mümkün değildir. Örneğin; Alman Hukuku'nda, bilirkişi, keşif, isticvap, senet ve tanık olmak üzere beş tür delil kabul edilmektedir. Diğer sistem ise "*serbest delil sistemi*" olarak adlandırılan sistem olup, bu sistem içerisinde deliller konusunda bir sınırlama mevcut olmayıp, ispat aracı olabilecek her şey delil olarak kabul edilmiştir. Türk hukukunda geçerli olan sistem serbest delil sistemidir. Zira HMK md.192'de Kanun'da düzenlenmemiş diğer delillerin gösterilmesinin ve incelenmesinin mümkün olduğu düzenlenmiştir. Bunun dışında kabul edilen delil sistemine göre delillerin nasıl değerlendirileceğine göre de bir ayrım yapılması gerekir. Buna göre birinci sistem, "*vicdani delil sistemi*" veya "*delillerin serbestçe değerlendirilmesi*" , diğeri de hâkimin kesin delillerle bağlılığının söz konusu olduğu "*kanunî delil sistemi*" dir. Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun İsviçre'den iktibas edilmesinin ardından yürürlükten 2011 yılında kaldırılan ancak mevcut 6100 sayılı HMK'nun temelini teşkil eden 1086 sayılı HUMK'da İsviçre Neuchâtel Kantonu'nun 1925 tarihli Medenî Usûl Kanunu'ndan alınmış olup, Neuchâtel Kantonu'ndan usûl hükümleri alınırken bu kantonda geçerli olan delil sistemi benimsenmemiş; Fransız Medenî Kanunu'ndaki kesin delille ispat zorunluluğu kabul edilmiştir. Bu şekilde HUMK ve bu Kanun'daki ispat rejimi temel esasları ile aynı şekilde kabul eden 6100 sayılı HMK hukuki işlemler bakımından kanuni delil sistemi benimsenmiştir. Ancak Türk hukukunda kesin delillerle ispat zorunluluğunu yumuşatan muhtelif düzenlemeler de yer almaktadır. Dolayısıyla Türk hukukunda kesin delille ispat zorunluluğunun mutlak bir uygulama alanının bulunmadığı, HMK'nda delil başlangıcı kavramının kabul edilmesinin senetle ispat kuralının uygulandığı

*Bahçeşehir Üniversitesi Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: melis.taspolat@law.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7145-1990.

davalarda[40]tanık dinletme olanağının önemli ölçüde genişlettiği belirtilebilecektir[41]. Tebliğimizde öncelikle davada tanık gösterilmesinin şekli incelenecektir. Zira davada tanık gösteren taraf, tanık dinletmek istediği vakıa ile dinlenilmesi istenen tanıkların ad

---

[40]Doktrinde Postacıoğlu, senetle ispat kuralının amacının tarafları yalan yere tanıklığın tehlikesinden korumak mı yoksa ispatın senet ve yazılı delile hasrını sağlamak suretiyle mahkemeleri uzun uzadıya tanıkların dinlenmesi, onların beyanlarını tahlil ve tâlil gibi üzücü ve özellikle zaman alan işlerle meşguliyetlerini mümkün mertebe önlemek mi olduğunun belirlemenin önemini vurgulamış, şayet senetle ispat mecburiyetinin konulması ilk fikre dayanıyorsa tarafların bu konudaki anlaşmalarının bu mecburiyetin bertaraf edilmesini mümkün kılacağını, ikinci fikir olan mahkemelerin zamandan tasarruf etmesi gibi kamu düzenine dayanan bir husus ise bu durumda tarafların anlaşmalarının bir etkisinin olamayacağını, sonuç olarak senetle ispat kuralının ana yurdu olan Fransa'da mahkemenin bu kuralları kamu düzeninden kabul etmediğini ve bu görüşe katıldığını belirtmiştir. Yazar burada kanun koyucunun yazılı delil başlangıcı (şimdi: delil başlangıcı) olan hâdiselerde hâkimin tanık dinlenmesine cevaz vermiş olduğuna göre tanık ikamesinin hâkimi işgal etmesi düşüncesine kıymet vermekten ziyade yazılı delil ileri sürülmeyen hâdiselerde tanığın gerçeğe ulaşmak için emniyet verici bir delil olmadığı düşüncesini üstün tuttuğunu, özellikle Türk hukukunda senet tanzimi âdet olmayan hallerde tanık ikamesine cevaz verildiğinden senetle ispat kurallarının kamu düzeninden sayılmasının hemen hemen imkânsız olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Postacıoğlu, İlhan, Medenî Usûl Hukuku Dersleri, İstanbul 1975, s. 569-570. Konuya ilişkin 18.03.1959 tarihli, E. 1959/18, K. 1959/21, tarihli Yargıtay İçtihatı Birleştirme Büyük Genel Kurulu kararında, "*,, ….Fransız Temyiz Mahkemesiyle Belçika ve Romanya Temyiz Mahkemelerinin dahi, hukuk âlimlerinin pek çoğunun görüşünün aksine olarak, şahitle ispat yasağına ait hükümleri tarafların menfaatlerini korumak düşüncesiyle kanuna konulmuş hükümlerden saymaları, varılan bu neticenin doğruluğunu teyit etmektedir. Nihayet Türk Profesörlerinden İlhan Postacıoğlu'nun (Prof. Mustafa Reşit Belgesay ile Sabri Şakir Ansay'ın görüşlerinin aksine) doçent iken yazdığı eserinde başka gerektirici sebeplere dayanarak aynı neticeyi benimsemiş olması, bu anlayışın ilim sahasında da kabul edilmekte bulunduğunun delilidir.(Dr. İlhan Postacıoğlu, şahadetle ispat memnuiyeti ve hudutları, Fakülteler Matbaası - İstanbul 1952 sayfa 14 İlâ 31) Usûlün 287 inci maddesinin ikinci cümlesi hükmünce delil mukavelesinin ispatı şekle bağlı tutulmuştur. Bu mukavele yazılı olmalıdır yahut da yapılmış olduğu taraflarca mahkemede ikrar edilmiş bulunmalıdır. Bu itibarla hasmının şahit dinletmesi için diğer tarafın muvafakatı ile ancak yazılı mukavele ile veya duruşma sırasında ikrar ile ispat edilmelidir; duruşma sırasındaki ikrarın muteberliği ise Usulün 151 inci maddesi hükmünce duruşma zabtının ikrara ait kısmının ikrarda bulunan tarafından mahkeme kâtibince yazılan sözler kendisine okunduktan sonra imza edilmiş olmasına bağlıdır. Bu söylenilenlerden anlaşılıyor ki, bir kimsenin hasmının şahit dinletmesine karşı ses çıkarmamış ve hattâ bu ciheti temyiz itirazları arasında anmamış ve kendisinin de şahit dinletmemesi gereken bir vakıayı şahitle ispat etmiş olması, hasmının şahit dinletmesine muvafakat ettiği mânasına alınamaz. Yukariki bentlerde açıklandığı üzere şahitle ispat yasağı, tarafların menfaatlerini korumak için kabul edilmiş bulunduğundan, bu kimsenin hasmının dinletmek istediği şahitlerin kimler olduğunu öğrenmesinden sonra şahit dinlenmesine rıza göstermiş bulunması halinde, yalan şahitlik tehlikesi ve onun menfaatlerinin halele uğraması ihtimali kalmıyacağından dolayı, yazılı delil mukavelesinin yahut böyle bir mukavelenin yapılmış bulunduğuna ilişkin ikrarın ancak şahitlerin öğrenilmesinden sonra yapılmış olması esastır. Yani rıza belli kimselerin şahit olarak dinlenmelerine ilişkin bulunmalıdır. Esasen delil mukavelesinde hedef tutulan delilin belli olması şartı da bunu gerektirir. Bunun içindir ki, bu kararın netice kısmında (Belli şahitler) sözleri kullanılmıştır. Şahitlerin öğrenilmesi de şahit listesinin muvafakatte bulunan tarafa verilmiş veyahut şahit ad ve adreslerinin (Muvafakatte bulunan tarafa tebliğ edilmiş olan) dilekçede yazılmış olmasına bağlıdır. Sonuç: değeri belli miktarı aşan hukuki muamelelerin şahitle ispatı yasağına ilişkin esasların âmme intizamı düşüncesiyle kanuna konulmuş hükümlerden olmadıklarına ve ancak yazılı mukavele ile veya duruşma zabtında usule uygun olarak tevsik edilmiş bulunan ikrar ile sabit olan açık bir muvafakat bulunduğu takdirde sadece belli şahitlerin mahkemece dinlenebileceklerine 18/3/1959 günlü birinci toplantıda ve üçte ikiyi aşan ekseriyetle karar verildi."* (RG: 26.06.1959, S.10237). Ayrıca bkz. Tuğsavul, Muhsin, Takdirî Deliller, Adalet Dergisi, 1952/5 s.609 vd.

ve soyadları ile tebliğe elverişli adreslerini bir liste halinde mahkemeye sunmak zorundadır. Buna tanık listesi denir. HMK md.240/II ile kamu düzeninden kabul edilen ikinci tanık listesi verilmesi yasağı düzenlenmiştir. Bununla birlikte tanık listesinin ne zaman sunulması gerektiği konusunda HMK'nda düzenleme mevcut değildir. Dolaysıyla tanık listesinin dilekçeler aşaması veya ön inceleme aşamasında sunulması yönünde bir zorunluluk bulunmamaktadır[42]. Öte yandan dilekçesinde tarafların "*tanık*" deliline dayanmaları durumunda tanık listesinin istenmesi hususunda mahkemelerin farklı uygulamaları olduğu görülmektedir. Ayrıca tebliğimizde tanığın davet edilmesine ilişkin HMK m.243/I hükmünün değerlendirilmesine yer verilecektir. Uygulamada karşılaşılan ve mahkemelerin farklı yönde kararlar verdiği tespit edilen bir mesele de vaktinden önce- dilekçelerin değişimi aşamasında- tanık listesi sunan tarafların yeni tanık listesi verip veremeyeceğidir. Tebliğ konumuz çerçevesinde bu hususlar doktrin görüşleri ve Yargıtay kararları doğrultusunda incelenerek bir sonuca varılmaya gayret edilecektir. Son olarak hâkimin tanığın beyanını değerlendirilirken hangi esasları uygulaması gerektiği üzerinde durulacaktır. Zira takdirî delil olan tanık beyanının kabulü, hâkimin muhakeme ve anlayışına, zihni faaliyetinin ve değerlendirilmesinin sonucuna bağlı kılınmıştır.

[41] Bkz. Atalay, Oğuz, Pekcanıtez Usûl Hukuku, 15.Bası, İstanbul 2017, s. 1734; Çiftçi, Pınar, Medenî Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları, Ankara 2018, s. 784; Kale, Serdar/ Keser Salih, Medeni Yargılama Hukukunda Delil Sistemi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Prof.Dr. Mehmet Akif Aydın'a Armağan,2015, s. 704 -705.

[42] Özekes, Muhammet, 7251 Sayılı Kanun'la Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler, Ankara 2021, s. 28-29.

I. Tanık Beyanın Delil Niteliği

A. Genel Olarak

Kesin delille ispat edilmesi gereken hukuki işlemler tanıkla ispat edilemez. Buna göre ispat sınırını geçmeyen hukuki işlemler (HMK md. 200) tanıkla ispat edilebilir. Bundan başka senetle ispat zorunluluğuna ilişkin ana kuralların (HMK md. 200-201) istisnalarında tanık dinlenebilir. Bütün hukuki filler tanıkla ispat edilebilir. Kural olarak herkes (Türk yargısına tâbi olmak şartıyla) tanıklık etmek zorundadır. Kanunda gösterilen hükümler saklı kalmak üzere tanıklık için çağrılan herkes mahkemeye gelmek zorundadır.

Tanık davada çekişmeli olan vakıalar hakkında sahip olduğu bilgi ve algılarını mahkemeye aktaran kişidir. Takdiri deliller arasında yer alan tanıklık, üçüncü kişinin dava ile ilgili bir vakıa hakkında duyu organları ile edindiği bilgileri mahkemeye aktarmasıdır. Tanık delili zayıf bir delildir. Tanığın bir vakıayı tamamen hatrında tutması ve gerçeği olduğu gibi anlatması zordur. Tanık, sadece gördüklerini ve duyduklarını aktarır; tanığa görüşü sorumaz. Bu nedenle tanık, olayları yorumlayamaz. Görülen ve duyulan olayların zaman içerisinde unutulması mümkündür. Yine tanığın tamamen objektif olması beklenemeyeceğinden, tanık yakınları lehine açıklamalar yapmak isteyebilir. Bu nedenlerle tanık, diğer delillere nazaran gerçekten uzaklaşmaya neden olabilecek zayıf ancak vazgeçilmesi de mümkün olmayan bir delildir [43].

Doktrinde tanığın duyu organları aracılığıyla edinmiş olduğu bilgiler bağlamında, bir vakıayı tam olarak aydınlatma işlevini yerine getirebilmesi onun cereyan eden olayı tüm ayrıntılarıyla hafızasında tutabilmesi ve hatırlayabilmesine bağlı olduğu, insan hafızasını ise algılama bağlamında odaklanmayı gerektiren bir durum ortaya çıkmadığı sürece bir olaya ilişkin her şeyi hatırlatmaya olanak verecek bir yeterliliğe genelde sahip

[43] Bkz. Bilge, Necip/ Önen, Ergun, Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978, s. 523; Postacıoğlu, s. 647; Atalay, Pekcanıtez Usûl Hukuku s. 1887; Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C.III, İstanbul 2001, s. 2567 vd., Yılmaz , Ejder , Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi,3,Ankara 2021, s. s. 4119 vd.; Kuru, Baki, Medenî Usûl Hukuku El Kitabı, C.I, Ankara 2020, s. 777 vd. Kuru, Baki/ Aydın, Burak İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2021; s. 305; Üstündağ, Saim, Medenî Yargılama Hukuku, İstanbul 2000, s. 709; Atalı, Murat/ Ermenek, İbrahim/ Erdoğan, Ersin, Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2021, s. 521. Ayrıca bkz. Umar,Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2014 s. 760 vd.; Pekcanıtez, Hakan/ Atalay/Oğuz/ Özekes, Muhammet, Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2021, s. 408; Alangoya, Yavuz/ Yıldırım, Kâmil M./ Deren-Yıldırım,Nevhis, Medenî Usûl Hukuku Esasları, İstanbul 2011, s. 352 vd .; Postacıoğlu, İlhan E./Altay, Sümer, Medenî Usûl Hukuku Dersleri, İstanbul 2020, s. 692; Karslı, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, İstanbul 2020, s. 589 vd.; Ertanhan, Mesut, Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık, Ankara 2005, s. 48 vd. Akil Cenk/Ercan Özler, Meltem, Tanıklık Beyanının Delil Değerinin Değerlendirilmesi Hakkında Bir İnceleme (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 25.02.2015 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi, TAAD, Yıl: 9, Sayı: 34 (Nisan 2018), s. 61 vd.; Meriç Nedim, Türk ve Alman Hukukunda Tanık İfadesinin Değerlendirilmesi, Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, Yayın T.:2005, S.1; (https.//Proxy.bau.edu.tr), s. 1 vd.; Akil Cenk, Yargıtay Kararları Işığında Medeni Muhakeme Hukukunda Tanık Listesi, TBB Dergisi (2020) (149), s. 154-155.

olmadığı, unutmaya mütemayil olduğu ifade edilmiş, ayrıca tanığın mahkemeyi yanıltmadan, duyu organları aracılığıyla edindiği bilgiler ışığında dava ile ilgili bir vakıanın oluş biçimi hakkında gerçekle örtüşür şekilde bilgilendirebilmesi için iyi ahlâklı, dürüst ve güvenilir bir kişiliğe sahip olmasının şart olduğu belirtilmiştir[44]. Bu sebeple de tanık beyanının değerlendirilmesi sırasında mahkemenin, tanığın kişiliğini, güvenilirliğini ve inanılırlığını mutlaka göz önünde tutması, bu konu üzerinde hassasiyetle durmasının gerektiği, bütün bu eksikliklerine ve zafiyetine rağmen tanık beyanlarının en önemli takdiri deliller arasında yer aldığı vurgulanmıştır[45].

Tanık, ispatın konusunu teşkil eden çekişmeli[46] ve hukuken önemli vakıayı duyu organları aracılığıyla algılamış, müşahede etmiş olan bir gerçek kişinin bilgisini hâkime aktarması, vakıayı doğrudan yansıtması özelliğinden dolayı temsilî niteliği yüksek ve fakat güvenilirliği tartışılır bir delil olup, yine doktrinde takdiri deliller arasında temsilî nitelik taşıyan dar anlamdaki yegâne delil olduğu ifade edilmiştir[47].

O halde genel olarak belirtebiliriz ki; takdiri deliller içerisinde yer alan tanık beyanı olan çoğunlukla güvenilmez bulunan, en genel ispat aracı olarak nitelendirilmektedir. Hatta tanık beyanının gerçeklikten uzaklaşmaya sebep olması da muhtemeldir. Doktrinde tanık beyanı zayıf, çürük bir delil (beyyine) olarak kabul edilmekte, güvenilir bir ispat vasıtası olarak görülmemektedir[48]. Olay sırasında içinde bulunduğu ortam, ruh hali, çevresel ve fiziksel etkenler, algıyı etkileyen faktörler, hafızanın unutmaya müsait olması, yaşı küçük olanların veya taraflarla yakınlığı bulunan kişilerin tanıklık yapabilmesi tanık beyanını tartışmalı hale getirmektedir[49].

Ancak tüm bu özelliklerine rağmen kendisinden vazgeçilmesi de mümkün değildir[50]. Takdiri delil olan tanık beyanının kabulü, hâkimin muhakeme ve anlayışına, zihni faaliyetinin ve değerlendirilmesinin sonucuna bağlı kılınmıştır. En önemlisi hâkim

[44] Tanrıver, Süha, Medenî Usûl Hukuku, C.I, Ankara 2020, s. 882.
[45] Tanrıver, s. 882; Budak, Ali Cem/ Karaaslan, Varol, Medenî Usûl Hukuku, İstanbul 2021, s. 301. Ayrıca bkz. Önen, Ergun/Bilge Necip, Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, 3.Baskı, Ankara, 1978, s. 523. Yargıtay 2. HD. 15.11.1996 tarihli, E.1996/10721, K.1996/11701 sayılı kararında, tanık beyanının zayıf bir beyyine olduğu, bu nedenle küçük meblağlarda ve senede bağlanması imkânsız hukuki işlemler ile hukuki fiillerde kabul edildiğini belirtilmiştir (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).
[46] Sadece davanın çözümünü etkileyecek çekişmeli vakıalar için delil sunulabileceğinden, ancak bu çeşit vakıalar için tanık gösterilebilecektir. Bkz. Umar,s.764. Ayrıca bkz. Postacıoğlu/Altay, s. 697.
[47] Bkz. Oğuz Atalay, Pekcanıtez Usûl Hukuku, 15.Bası, İstanbul 2017, s. 1739. Eklemek gerekir ki; burada delil olan tanık değil, onun beyanıdır (Tanrıver, 881).
[48] Bkz. Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/ Taşpınar Ayvaz, Sema/ Hanağası Emel, Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2021, s. 449; Bilge/Önen, s. 523. Ayrıca delillerin değerlendirilmesinin tarihi gelişimi için bkz. Yıldırım,Kamil, Medenî Usûl Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, s. 4 vd . , s. 30.
[49] Bkz. Konuralp, Haluk, Medenî Usûl Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, s.33. Ayrıca bkz. Karakaya Tuğçe, Türk ve Amerikan Hukukunda Tanıklık Kurumu, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sermaye Piyasası ve Ticaret Hukuku Yüksek Lisans Programı, İstanbul 2018, s. 20 vd.
[50] Bkz. Musielak, Hans Joachim, Drundkurs ZPO, München 2012, s. 279.

tanık beyanının doğruluğunu ve içtenliğini, olaya ve gerçeğe uygunluğunu değerlendirmekle yükümlüdür [51] .

B. Takdirî Delil Olması

HMK'nun kural olarak belirli bir değeri aşan veya senede dayandırılan hukuki işlem türündeki maddi vakıaların tanıkla ispatına kanunda öngörülen istisnalar dışında cevaz vermemesinin sebebi tanık beyanlarının hâkimde ispat bakımından sağlam ve güçlü bir kanaat oluşturmaya elverişli nitelikte bir delil olmamasıdır. Tanıklığa itibar edilmemesinin başlıca sebepleri, ilgilenmediği konularda insanların belleklerinin güçlü olmaması, çıkar faktörünün tanıkları gerçeğe aykırı beyanlara yöneltmesi olarak belirtilebilir. Bununla birlikte özellikle önceden delil sağlanmasının mümkün veya kolay olmadığı durumlarda zorunlu olarak tanık deliline yer verilmesi gerekmiştir. Ancak hâkim tanık beyanlarını serbestçe değerlendirecektir[52].

Tanık beyanının takdiri deliller arasında yer almasının anlamı; hâkim tarafından serbestçe değerlendirilecek olmasıdır[53]. Buna göre tanık beyanı hâkimi bağlamayacak, hâkim tanık beyanının aksine karar verebilecektir. Ancak bu bağlı olmama lafzı anlamı ile hiçbir gerekçe ve yeterli neden olmadan tanık beyanı ile bağlı olmama anlamına gelmez. Hâkimin takdirine bırakılan bu yetki sınırsız bir yetki değildir, keyfî ve gerekçesiz olarak kullanılamaz[54].Takdir hakkı soyut ve genel nitelik taşıyan maddi hukuk kuralının somut olaya uygulanmasında önem taşır. Delillerin değerlendirilmesi ise vakıanın gerçekliğine ilişkin olup, delillerin toplanmasından sonra hâkim tarafından delillerin tartışılması ve somut olayın değerlendirilmesi noktasında önem taşır. Delillerin değerlendirilmesi hâkimin delilleri istediği gibi takdir edeceği anlamına da gelmez[55].

Özetle; tanık delilinin takdiri delil olarak görülmesinin sebebi, bilinçli ya da bilinçsiz olarak tanığın gerçek durumu her zaman tam anlamıyla aktaramamasıdır[56]. Türk hukukunda tanığın maddi ve manevi etkiler, başka bir ifade ile; parasal menfaat, sempati, nefret gibi hislerin etkisi altında kalarak ya da tanığın taraflardan birinin aile bireyi ya da

[51] Ertanhan, s. 50. Tanık delilinin güvenilir ve inanılır bir delil olarak görmeyenlerin gerekçeleri için ayrıntılı bilgi için bkz. Ertanhan, s, 51 vd.

[52] Postacıoğlu/Altay,s. 693; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hananağası, s. 455; Rosenberg/ Schwab/Gottwald, s. 746.

[53] "*Şehadet beyyinesi takdiri delillerin başında gelen bir beyinnedir. Şahadetin doğruluğu veya yanlışlığını iltizami olup olmadığını hükme kâfi mahiyet arz edip etmediğini mahiyet ve muhtevasını yargıç serbestçe takdir eder. Şahidin nihayet her insan gibi hatalarla mâhûl bir kimse olması ekseriya dikkatinin kifayetsiz bulunması nazara alınırsa denilebilir ki en tehlikeli delil şahittir*"(Tuğsavul, s. 610).

[54]Atalay, Pekcanıtez, Usûl, s. 1910, ; Kuru, El Kitabı, s. 774; Ertanhan, s. 50, s. 279. Ayrıca bkz. Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, C.I-II, İstanbul 2000, s. 600 vd.

[55] Bkz. Akil/Özler, s. 66, dipn. 22. Ayrıca bkz. Tanrıver, s. 814-815.

[56]"*Bu kapsamda iş davalarında sıklıkla başvurulan delillerden biri olan tanık beyanı, takdiri bir delildir, hâkimi bağlamaz ancak hâkim, tanık beyanını serbestçe takdir ederken sadece vicdani kanaati ile karar vermez. Tanık beyanları yönünde ya da aksine hüküm tesis edilmesi durumunda, tanık beyanın neden kabul edildiği ya da kabul edilmediği açıklanmalıdır*" (Yarg. HGK., 20.02.2013 T., 2012/9-843 E. , 2013/253 K (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

arkadaşı olarak beyanını aktarması halinde bilinçli; tanığın bir zaman sonra olayı unutması, eksik hatırlaması ya da abartarak yeni öğeler eklemesi halinde ise bilinçsiz olarak gerçek durumu tam olarak aktaramaması halinin söz konusu olduğu belirtilmiştir[57]. Bir başka ifade ile, tanık beyanı çok önemli ve vazgeçilmez bir delil olmakla beraber, tam bir kesinlikle güvenilemeyeceğinden takdiri bir delildir[58]. Yargıtay[59] da bazı davalar bakımından tanıkların menfaatlerinin bulunduğu ve bunların tanıklıklarının hükme esas alınmayacağı görüşündedir.

II. Tanık Gösterilmesi

Davanın tarafları dışında ancak üçüncü kişiler[60] davada tanık olarak gösterilebilir (HMK md. 240/I)[61].Taraflarca getirilme ilkesinin sonucu olarak, tanık deliline ancak

[57] Bkz. Postacıoğlu, s. 647; Bilge/Önen, s. 522-523.

[58] Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 521.

[59] Yarg. HGK, T.19.03.1997, 8/855-218 (Meriç, s.3, dipn.39). "*Yargıtay'a göre, derdest davanın neticesine göre kendilerine rücu edebilecek olan kimselerin şahadeti hükme etkili bir şahadet olarak kabul edilemez"* (Üstündağ, s. 739).

[60]Alman hukukunda da tarafın kendi davasında tanık olamayacağı ve üçüncü kişinin tanıklık yapabileceği vurgulanmış, buna göre zorunlu dava arkadaşı, kanuni temsilci söz konusu dava konusu uyuşmazlık bakımından kendi yararı olsa dahi tanık olamayacaktır. Taraf veya kanuni temsilcisi isticvap edilebilecektir. (Rosenberg, Leo/Schwab,Karl Heinz/ Gottwald, Peter, Zivilprozessrecht, München 2018, s.738; Musielak, s. 279-280. Ayrıca bkz. Umar, s. 761.

[61] Genellikle taşınmaz davalarında teknik bilirkişilerin yanı sıra, eski tarihli olaylar ve kişilerin durumu hakkında mahallinde yaşayan ve konulara hâkim yaşlı insanların da "*yerel (mahalli) bilirkişi*" adı altında görüşlerine başvurulmakta ve doktrinde bu yerel bilirkişilerin esas itibarıyla yanık konumunda olduğu belirtilmiştir. Bkz Yılmaz, s. 4032 vd). Konuya ilişkin Yargıtay 20.HD.'nin 16.01.2020 tarihli, E. 2017/7067, K.2020/146 sayılı kararında, *"...yerel bilirkişi ve tanıkların HUMK'nın 258, 259 (HMK. m.243, 244, 259 ve 290/2) maddeleri uyarınca davetiyeyle keşif yerine çağırılmaları, uyuşmazlığın taşınmaza ilişkin bulunması nedeniyle adı geçenlerin keşif yerinde dinlenmeleri, yerel bilirkişilerin HUMK'nın 265 (HMK.m.261) maddesi gereğince hâkim tarafından biri dinlenirken henüz dinlenmemiş olanların huzurda bulunmamaları suretiyle ayrı ayrı dinlenilmeleri, komşu parsellere ait tapu ve vergi kayıtlarının taşınmaz yönünü ne gösterdikleri üzerinde durulması, teknik bilirkişiye krokisi üzerinde işaret ettirilmesinin sağlanması, davacının hangi tarihte taşınmazın imar ve ihyasına başladığı, imar ve ihyayı ne şekilde sürdürdüğü, emek ve para sarfını ne biçimde yaptığı hususlarının yerel bilirkişiler ile tanıklardan sorularak açıklığa kavuşturulması, ondan sonra toplanacak tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik araştırma ve inceleme ile hüküm kurulmuş bulunması usul ve kanuna aykırıdır".şeklinde hüküm verilmiştir* "(Legalbank Elektronik Hukuk Bankası).Aynı yönde Yargıtay 8.HD, 29.12.2011 tarihli, E. 2011/7605, K. 2011/7876 sayılı kararının gerekçesi, "*…yeniden yapılacak keşifte yerel bilirkişi ve davacı tanıklarının 6100 sayılı HMK.nun 243 ve 240 (1086 sayılı HUMK m. 258). maddeleri uyarınca keşif mahalline davetiye ile çağrılmaları, uyuşmazlığın taşınmazın aynına ilişkin olması nedeniyle HMK.nun 259 ve 290/2. maddeleri gereğince yerel bilirkişi ve tanıkların mümkün olduğunca taşınmaz başında dinlenmeleri, beyanlar arasında çelişki bulunması halinde yüzleştirme yapılarak çelişkinin giderilmeye çalışılması (HMK.nun 261. maddesi), taşınmazın hangi tarihten beri kimin zilyetliğinde olduğu ne şekilde kullanıldığının araştırılması, komşu parsellere revizyon gören tapu ve vergi kayıtlarından yararlanılarak taşınmazın niteliğinin belirlenmesi, imar-ihyası gereken yerlerden ise kim tarafından ne şekilde hangi tarihte imar-ihyasına başlanıp hangi tarihte bitirildiğinin ve imar ihya ile kazanılacak yerlerden olup olmadığının göz önünde tutulması gerekmektedir*" (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası).

davanın tarafları başvurabilecektir; mahkeme re'sen tanık davet edemez ve dinleyemez[62].Tanık dinletmek isteyen taraf, öncelikle hangi konuda tanık dinletmek istediğini mahkemeye bildirir[63]. Zira tarafların dilekçelerin değişimi aşamasında hangi vakıaların ispatı için tanık deliline dayandıklarını somutlaştırma yüküne[64] uygun şekilde bildirmeleri[65] gerekir. Hâkim, istenen konuda tanık dinletmenin mümkün olup

[62] Ancak taraf bazı tanıkların ismini daha önce dilekçe veya cevap dilekçesinde bildirmişse bunların isimleri tanık listesinde yazılı olmasa bile tanık olarak dinlenmesi ve bir senedin sahteliğinin iddia edilmesi halinde hâkimin senette imzası bulunan kişileri re'sen dinlemişse, tarafın ayrıca bir tanık listesi verebileceği yönünde bkz. Kuru, C.III, s. 2585.

[63] O halde tanıkların hangi vakıalara ilişkin dinletileceği tanık listesi verilmeden önce tanık dinletme talebinde bulunurken bildirilecektir. Zira tanık listesi verilmeden önce mahkemenin o vakıanın tanıkla ispata elverişli olduğu yönünde karar vermesi gerekir (Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.354; Erişir, s. 176. Postacıoğlu/Altay, s. 697). Konuya ilişkin Ertanhan, hâkimin bu hususta karar vermeden önce re'sen veya talep üzerine duruşma yapmak üzere taraflara davetiye çıkarabileceğini, eğer belirtilen hususta tanık dinlenmesi mümkün değilse istemin reddedileceği, ancak ret kararı verilmeden önce tarafların da katıldığı bir duruşma yaparak karşı tarafın tanık dinletilmesine muvafakat edip etmediğinin sorulması, eğer karşı taraf tanık dinletilmesine müsaade ederse veya tarafın ara kararına karşı itirazları sonucunda tanık dinletilmesi uygun görülürse tarafa tanıklarını göstermesi için süre verileceğini belirtilmiştir. Bununla birlikte yazar, taraflara verilen sürenin delillerin toplanması değil, açıklanması amacıyla olabileceğini, bu nedenle kendisine delillerini açıklaması için süre verilen tarafın sadece tanık delilinin olduğunu ve hangi hususlarda dinletmek istediğini bildirmesinin yeterli olduğunu, ayrıca tanık listesi verilmesinin gerekli olmadığını vurgulamıştır. Bkz. Ertanhan, s. 176, s. 177, dipn.83. Doktrinde Yıldırım, hâkimin delilin kabule şayan olduğuna ilişkin takdir hakkını hâkimin özel bilgisini kullanması ile ilişkilendirip, hâkimin dosya ve şahsi bilgisine göre lüzumsuz bulduğu delili davanın her safhasında reddedebileceğini belirtmiştir. Bkz. Yıldırım, s. 251.

[64] Somutlaştırma bir davada taraflarca ileri sürülen vakıa iddiaları hakkında mahkemeye somut ayrıntılı bilgi vermek ve açıklama yapmak anlamına gelir. Bu işlem davada iddia için olduğu kadar ispat yükünü taşımayan taraf bakımından savunma için de geçerlidir. İddianın ve savunmanın somutlaştırılması ihtiyacının temelinde ileri sürülen vakıanın ispatının caiz olup olmayacağı ya da ispatın gerekip gerekmeyeceği konusunda karar verilebilmesi için vakıanın somut bir biçimde ayrıntılarıyla mahkemeye bildirilmesi zorunluluğu yatmaktadır. Bkz. Atalay, Oğuz Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001, s. 31-32; Atalay, Pekcanıtez, Usûl, s. 1681 vd. Kuru, El Kitabı, s. 636. Ayrıca bkz. Börü, Levent, Medenî Usûl Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü, s. 63 vd. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki; HMK md. 119/I,e ile HMK md. 194 düzenlemesi birbirinden ayrı düşünülemez. Bu sebeple davacı, vakıaları genel geçer şekilde değil açık ve algılanabilir şekilde ortaya koymalıdır. Hem davacı tarafından hem de davalı tarafından vakıaların somutlaştırılması zorunluluğu aynı zamanda karşı tarafın savunma yapmasıyla da doğrudan ilgilidir. Somutlaştırma yükü usûli bir yüktür (Özekes, Muhammmet, HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, DEÜHFD Özel Sayı, C.16, 2014, s. 275, s. 291). Alman hukukunda somutlaştırma yükümlülüğü " Substantiierung" olarak belirtilmektedir. ZPO md. 373 düzenlemesine göre tanıkların hangi vakıalara ilişkin dinleneceğinin belirtilmesi gerektiği, ayrıca somutlaştırma yükümlülüğünün "*Vakıalara İlişkin Doğruyu Söyleme Ödevi"* Başlıklı ZPO md. 138 düzenlemesi ile yakından ilişkili olduğu ifade edilmektedir (Prütting, Hans/Gehrlein, Markus, Luchterhand 2010, s. 1040-1041, s. 551.)

[65] Davacının dilekçesinde dayandığı vakıaları ispata elverişli bir şekilde somutlaştıramaması hangi delilin hangi vakıanın ispatı için gösterildiğinin açıkça belirtilememesi durumunda hâkimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde söz konusu eksikliğin giderilmesi için ön inceleme aşamasında kesin süre verilmesinin uygun olacağı doktrinde belirtilmiştir. Bkz. Pekcanıtez, Pekcanıtez Usûl, s.1139, dipn. 52. HMK'nda somutlaştırma yükünün düzenlendiği HMK md. 194/I'de yaptırımının düzenlenmediği düşünülebilecek olsa da, somutlaştırma yükünün yerine getirilmemesinin âdeta ispat yükünün yerine getirilmemesi ile benzer sonuçları doğurduğu, somutlaştırma yükü altında bulunup iddia ya da savunmasını somutlaştırmak

olmadığını araştırır. Nitekim HMK md. 189/IV düzenlemesinde "*bir vakıanın ispatı için gösterilen delilin caiz olup olmadığı hakkında, mahkemece öncelikli karar verilir*" şeklindedir. Buna göre özellikle en önemli takdiri delil olarak nitelendirilen tanık beyanlarına dayanılarak ispat faaliyetinin gerçekleştirilmesi talebinin bulunduğu durumlarda tanıkla ispat edilmek istenen vakıanın bu delile başvuru suretiyle ispatının mümkün olup olmadığının belirlenmesi zorunluluğu mevcuttur[66].

O halde öncelikle tanık dinletilmek istenen konunun taraflar arasında uyuşmazlık hâlinde olması gerektiğini belirtmek gerekir. Bununla birlikte o konuda kesin delille ispat zorunluluğunun bulunmaması gerekir. Şayet kesin delille ispat edilmesi gereken bir hususta, o konuda bir istisna bulunmamasına rağmen tanık dinletmek talep edilirse hâkim diğer tarafa bu hususu hatırlatarak muvafakat verip vermediğini sorar. Eğer diğer taraf açıkça muvafakat ederse hâkim tanık dinleyebilecektir, aksi halde tanık dinleyemez (HMK md. 200/II)[67].

Tanıklar usûlüne uygun olarak tebliğ olunacak davetiye ile çağrılır. Tanığa çıkarılacak davetiyenin bildirilen adrese tebliği zorunludur. Bu amaçla tanığın adresinin tanık listesinde gösterilmesi gerekir. Tanık listesinde adres gösterilmemiş veya gösterilen adreste tanık bulunamamışsa tarafa işin niteliğine uygun kesin süre verilir ve bu uygun süreyi hâkim belirler. Tanınan süre içinde adres gösterilmez veya bildirilen yeni adres doğru olmaz ise tanığın dinlenilmesinden vazgeçilmiş sayılır (HMK md. 240/III). Doktrinde bu şekilde tanığın adresinin gösterilmemesi veya yanlış gösterilmesi suretiyle davanın kötüniyetli olarak uzatılma çabalarının da başarıya ulaşmayacağı belirtilmiştir[68].Tanık dinlenilmesine ilişkin olarak mahkemenin verdiği süreye uyumadığı

durumunda olan bu yükü yerine getirmezse talebi esastan reddedilecektir. Zira bunun anlamı, tarafın iddiasını ya da savunmasını ispata elverişli olarak ortaya koyamamış olması olacaktır. (Atalay, Pekcanıtez Usûl, s. 1690-1691).Ayrıca bu konuda bkz. Özekes, s. 289 vd.

[66] Tanrıver, s. 884.

[67] Atalay, Pekcanıtez Usûl, s. 1894.

[68] Atalay, Pekcanıtez Usûl, s. 1890-1891; Postacıoğlu/ Altay, s. 695. Ayrıca söz konusu HMK md. 240/III'e ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi 11.10.2012 tarih, 2012/69, 2012/149 K. sayılı kararında, *"..6100 sayılı Kanun'da esas itibariyle, iddianın ve savunmanın dayanağı olan vakıaların ve bunların delillerinin mahkemeye bildirilmesini öngören 'taraflarca hazırlama ilkesi' kabul edilmiştir. Bu ilkenin uygulandığı davalarda hâkim, kural olarak, diğer deliller yanında tanık deliline de kendiliğinden başvuramaz. Tanık deliline ancak davanın tarafları başvurabilir. Davada tanık gösteren taraf, dinlenilmesini istediği tanıkların ad ve soyadları ile tebliğe elverişli Esas Sayısı : 2012/69 Karar Sayısı : 2012/149 3 adreslerini bir liste hâlinde mahkemeye sunmak zorundadır. Tanık ancak hâkim huzurunda dinlenebileceğinden, taraflarca hazır edilmediği takdirde davetiye ile çağrılır. Tanık listesinde adres gösterilmemiş veya gösterilen adreste tanık bulunamamışsa hâkim, adres göstermesi için tarafa, işin niteliğine uygun kesin süre verir. Kuralda yer alan 'kesin' ibaresi sürenin uzatılamayacağına ilişkin olmayıp ikinci kez süre verilemeyeceğine ilişkindir. Nitekim 6100 sayılı Kanun'un 90. maddesinin ikinci fıkrasına göre hâkim, kendisinin tespit ettiği süreleri, haklı sebeplerle artırabilir veya kısaltabilir. Başka bir deyişle, hâkim tarafından verilen kesin süre sona ermeden önce sürenin uzatılması istenebilir. Sonuçta, verilen kesin süre içinde adres gösterilmemiş ise veya gösterilen yeni adres de doğru değilse bu tanığın dinlenilmesinden vazgeçilmiş sayılmaktadır. Anayasa'nın 141. maddesinin son fıkrasında, 'Davaların en az giderle ve*

gerekçesi ile tanık dinlenmediği durumlarda Yargıtay kararlarında bu hususun hukukî dinlenilme hakkı ile ilişkilendirildiği görülmektedir[69].

Öte yandan Akçaabat 1.Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 13.01.2021 tarih, 2015/565 E.2021/16 K. sayılı kararının kanun yararına temyiz edilmesi sonucunda Yargıtay 9.HD., 21.03.2022 tarihli, E.2022/3115, K.2022/3812 tarihli kararında[70], *"...Mahkemece tanıkların usulüne uygun olarak davet edilip dinlenmelerine ilişkin usûl kurallarına uyulmadığı açıktır. 6100 sayılı Kanunda tanıkların davetiye ile çağrılacağı (m.243/1), ancak davetiye gönderilmeden taraflarca hazır bulundurulan tanığın da dinleneceği hükme bağlanmıştır (m 243/2). Somut olayda ise tanıklara gönderilen davetiyeler tebliğ edilememiş olup, davacı tarafa Kanunun 240 ıncı maddesinin üçüncü fıkrasına aykırı olarak tanıkların açık adreslerini bildirmesi için bir çok kez süre verilmiştir. Kanunda, tanık listesinde adres gösterilmemesi yahut gösterilen adreste tanık bulunamaması halinde tarafa adres göstermesi için, işin niteliğine uygun kesin süre verilmesi gerektiği emredilmektedir. Bu kurala uyulmamasının yaptırımı ise tanığın dinlenilmesinden vazgeçilmiş sayılacağıdır (m.240/2-3). Belirtmek gerekir ki; Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 240 inci maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "kesin süre" ile aynı fıkranın ikinci cümlesinin Anayasa'nın 2 nci ve 36 ncı maddelerine aykırılığı gerekçesiyle açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesince, " ...'Adil yargılanma hakkı'nın unsurları arasında önemli bir yer tutan 'silahların eşitliği' ilkesi, davanın tarafları arasında yargılama sırasında usul hükümleri yönünden eşit konumda bulunma, taraflardan birine dezavantaj, diğerine avantaj sağlayacak kurallara yer vermeme esasını içermekte, diğer bir deyişle davanın tarafları arasında hakkaniyete uygun bir dengenin varlığını gerekli kılmaktadır. Tanık adreslerinin taraflarca mahkemeye sunulması esasını, davanın her iki tarafı için de kabul eden itiraz konusu kural, adil yargılanma unsurları içinde yer alan 'makul süre içinde yargılanma' ve 'silahların eşitliği' ilkelerine, bu bağlamda Anayasa'nın*

mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir' denilmiştir. Bu hükmün amacı yargılamanın süründecemede kalmasını önlemek, tarafları uzun süren gecikmelere karşı korumaktır. İtiraz konusu kuralın gerekçesinden, tarafa adres göstermesi için işin niteliğine uygun olarak verilen sürenin kesin olması, bu süre içinde adres gösterilmemesi veya bildirilen yeni adresin doğru olmaması halinde, tanığın dinlenilmesinden vazgeçilmiş sayılacağı kuralı ile söz konusu nedenlerden doğan gecikmelerin önlenmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. Öte yandan, 'Adil yargılanma hakkı'nın unsurları arasında önemli bir yer tutan 'silahların eşitliği' ilkesi, davanın tarafları arasında yargılama sırasında usûl hükümleri yönünden eşit konumda bulunma, taraflardan birine dezavantaj, diğerine avantaj sağlayacak kurallara yer vermeme esasını içermekte, diğer bir deyişle davanın tarafları arasında hakkaniyete uygun bir dengenin varlığını gerekli kılmaktadır. Tanık adreslerinin taraflarca mahkemeye sunulması esasını, davanın her iki tarafı için de kabul eden itiraz konusu kural, adil yargılanma unsurları içinde yer alan 'makul süre içinde yargılanma' ve 'silahların eşitliği' ilkelerine, bu bağlamda Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir." gerekçesiyle hükmün Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla yapılan başvuruyu reddetmiştir (RG: 13.02.2013, S. 28558).

[69] Bkz. Yarg. HGK, 19.09.2018 tarihli, 9-594/1322 sayılı kararı, Yarg. 2.HD'nin 04.02.2019 tarihli, 2349/442 sayılı kararı, Yılmaz, s. 4045 vd.

[70] Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

2. ve 36. maddelerine aykırı değildir." gerekçesiyle itirazın reddine karar vermiştir (Anayasa Mahkemesi'nin 11.10.2012 tarih ve 2012/69 esas, 2012/149 karar sayılı kararı, R.G. Tarih-Sayı: 13.02.2013-28558). Somut olayda davacı tarafa Kanunun açık hükmü gereğince "işin niteliğine uygun bir kesin süre" verilmesi ve süreye uyulmaması halinde tanıkların dinlenmesinden vazgeçilmiş sayılmasına karar verilmesi gerekirken, taraflarca hazırlama ve usûl ekonomisi ilkelerini de ihlal edecek biçimde defalarca tanıkları hazır etmesi için süre verilmesi hukuka aykırıdır." şeklinde karar vermiştir. O halde anılan kararda somut olay bakımından diğer kararlarından farklı bir sonucun ortaya çıktığı belirtilebilir.

A. Genel Olarak Tanık Listesi

Davada tanık gösteren taraf, tanık dinletmek istediği vakıa ile dinlenilmesi istenen tanıkların ad ve soyadları ile tebliğe elverişli adreslerini bir liste halinde mahkemeye sunmak zorundadır. Buna tanık listesi denir[71]. Tanık listesinde gösterilecek tanık sayısı hakkında herhangi bir sınırlama yoktur. Mahkeme de tarafların gösterebileceği tanık sayısını sınırlayamaz. Taraflar ispat haklarının gereği olarak istedikleri sayıda tanık gösterebileceklerdir[72] Bununla birlikte hâkim gösterilen çok sayıda tanığın dinlenmesinin gereksiz olduğu veya davayı uzatma amacıyla yapıldığı kanaatine varırsa gerekçeli kararında göstermek şartıyla[73] bütün tanıkları dinlemeyebilecektir. Yargıtay HMK md. 241 düzenlemesinin uygulanabilmesini tanıkların hangi vakıa hakkında olacağının açıkça belirtilmiş olmasına bağlamaktadır[74].Tanığı gösteren taraf vazgeçmedikçe ve HMK md.

[71] Bkz. Postacıoğlu, İlhan, Şahit Listesi, İÜHFM 1971/XXXVII/1-4, s. 355 vd.; Erişir, Evrim, Medenî Usûl Hukukunda Tanık Listesi, İzmir Barosu Dergisi, Ocak 2007, s. 173 vd.

[72] ..*Bilindiği üzere, 6100 sayılı HMK'nın m. 241'de; "Mahkeme, gösterilen tanıklardan bir kısmının tanıklığı ile ispat edilmek istenen husus hakkında yeter derecede bilgi edindiği takdirde, geri kalanların dinlenilmemesine karar verebililir." hükmüne yer verilmiştir.Somut olayda, taraflar, 5'er kişilik tanık listesi vermişler, ancak mahkemece 09.02.2016 tarihli celsede "Taraflarca, kendilerince belirlenecek 2'şer tanığın ismi bildirildiğinde adlarına davetiye çıkarılmasına, taraflarca iki hafta içinde isim bildirilmediğinde delil listelerindeki ilk iki tanık adına davetiye çıkarılmasına" şeklinde ara karar sonrasında tarafların bildirdikleri 2'şer tanığı dinlenerek sonuca gidilmiştir.Ancak, HMK m. 241 uyarınca, mahkemece bir kısım tanıkların dinlenilmesinden vazgeçilebilmesi için bu tanıkların hangi hususta beyanda bulunacaklarının bilinmesi, dinlenen tanıklar ile aynı nitelikte ise ancak bu halde anılan hüküm uyarınca dinlenilmeyen tanıkların dinlenilmesinden vazgeçilmesi gerekirken usule aykırı şekilde taraf tanıkları dinlenmeden işin esası hakkında hüküm kurulması isabetsizdir.Hal böyle olunca, yukarıda açıklanan ilke ve olgular doğrultusunda gerekli araştırma ve incelemenin yapılması, tarafların bildirdikleri dinlenilmeyen tanıklarının dinlenmesi, mirasbırakan adına kayıtlı başkaca aktif-pasif tapu kaydı bulunup bulunmadığının taraflardan da sorulmak suretiyle araştırılması, varsa tapu kayıtlarının istenilmesi, toplanan ve toplanacak deliller birlikte değerlendirilerek varılacak sonuç çerçevesinde bir hüküm kurulması gerekirken eksik inceleme ile yetinilerek yazılı olduğu şekilde karar verilmiş olması doğru değildir*"(Yargıtay 1.HD, T.19.11.2019,E.2016/11149, K.2019/5909, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası). .

[73] Bkz. Yılmaz, s. 4071-4072.

[74] Bkz. Yılmaz, s.4065. Yarg. HGK,T.20.12.2018, E.2017/2707, K. 2018/1998 sayılı kararında bu husus",..*Tanık, kavram olarak uyuşmazlık hakkında bilgi ve görgüsü bulunan üçüncü kişidir. Kural olarak,*

241 düzenlemesindeki şartlar oluşmadıkça mahkemenin gösterilen tanığı dinlememesi hukukî dinlenilme hakkına aykırılık oluşturacaktır[75].

Listede gösterilmemiş olan kimseler tanık olarak dinlenemezler ve ikinci bir tanık listesi de verilemez (HMK md. 240/II). İkinci tanık listesi verilemeyeceğine ilişkin bu kesin kural kamu düzeninden olup, hâkim bunu kendiliğinden dikkate almak zorundadır[76]. İkinci tanık listesi verme yasağı kamu düzenindendir; yargılamanın süründemede bırakılmasını önleme, mahkemelerin iş yüklerinin artması, yalan tanıklığı önleme amacına yöneliktir[77]. Re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda ikinci

üçüncü kişi olması şartıyla, yaşına, hukukî durumuna, taraflarla akrabalık derecesine bakılmaksızın, davada herkes tanık olarak dinlenebilir. Dolayısıyla davanın tarafları tanık olarak dinlenemez.Tanık gösteren taraf, dinleteceği tanıkların ad soyadı ile (tebligat) adreslerini içeren listeyi (bu listeyi içeren dilekçesini) mahkemeye verir ve her bir tanığın hangi vakıa hakkında dinleneceğini de dilekçesinde bildirir (HMK m. 240/2). Bu hüküm yukarıda belirtilen ve HMK'nın 194. maddesinde düzenlenen somutlaştırma yükümlülüğünün de bir gereğidir. Ayrıca madde de belirtildiği üzere ikinci bir tanık listesi verilmesi de mümkün değildir.Tanık listesinde gösterilecek olan tanık sayısı hakkında herhangi bir sınırlama yoktur. İstey en taraf, istediği sayıda tanığın dinlenmesini isteyebilir. Kural bu olmakla birlikte hâkim gösterilen çok sayıda tanığın dinlenmesinin gereksiz olduğu veya davayı uzatma amacıyla yapıldığı sonucuna varırsa, gerekçeli kararında belirtmek şartıyla bütün tanıkları dinlemeyebilir. Bu hususa işaret eden ve yine 6100 sayılı HMK'nın getirdiği bir yenilik olarak karşımıza çıkan 241. madde "(1) Mahkeme, gösterilen tanıklardan bir kısmının tanıklığı ile ispat edilmek istenen husus hakkında yeter derecede bilgi edindiği takdirde, geri kalanların dinlenilmemesine karar verebilir" düzenlemesini içermektedir. Anılan maddenin gerekçesinde aynen şöyle denilmektedir: "Tanıklardan bir kısmının dinlenilmesiyle yetinilmesi" başlığını taşıyan bu madde, davayı uzatma niyetiyle hareket etmek isteyen tarafın bu konudaki çabalarını önleme yolunda, mahkemeye tanınmış bir imkânı ifade etmektedir. Bir önceki maddenin ikinci fıkrasıyla tanıkların hangi vakıa hakkında dinleneceklerini açıklama görevinin tanığı gösteren tarafa yüklenmiş olduğu da dikkate alınarak, bu bağlamda, taraflarca tanık listesinde gösterilen tanıklardan bir kısmının dinlenmesiyle yeterli derecede sonuç alınmış ise diğerlerinin dinlenmesinden vazgeçilmiş sayılmasına karar verilebilecektir".Bu ilkeler ışığında; bir davada tanıklar HMK'nın 241. maddesinde belirtilen durum ayrık olmak üzere açıkça vazgeçme olmadıkça dinlenmek zorundadır…. O hâlde; HMK'da düzenlenen usul kuralları gözetilerek ve hukuki dinlenilme hakkının (HMK m. 27) bir gereği olarak davalının dinlenmesinden açıkça vazgeçmediği tanıklarının dinlenilmesi ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır." şeklinde belirtilmiştir (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası).

[75] Yılmaz, s. 4072.

[76] Kuru, El Kitabı, s. 764; Kuru, C.III, s. 2588; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 354; Budak/Karaslan, s. 296. Ayrıca İkinci tanık verme yasağının istisnaları için bkz. Kuru, El kitabı, s. 765 vd.; Kuru, C.III, s. 2590 vd. Bu istisnaları, tanıkların ölmüş olması, tanıkların çekinmiş olması, tanık geçersiz olması (tanık listesinde gösterilen kişilerin tanık olarak gösterilmesi mümkün değil -yasak- ise tanık listesi geçersizdir), başka vakıalar için yeni tanık listesinin verilebileceği, kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalar, birleştirilen davalar, işlemden kaldırılan ve yenilenen davalar (ayrı dava sayılacağından),bir tarafın diğer tarafın vazgeçtiği tanıkların dinlenmesini istemesi hali, tanık listesi vermiş olan tarafın dava dosyasına usulüne uygun olarak girmiş olan belgelerde isimleri yazılı kişileri (bu kişiler tanık listesinde olmasa bile) tanık olarak dinlenebileceği üst başlıkları altında belirtmek mümkündür.

[77] Tanık listesi belli bir vakıanın ispatı amacıyla verilir. Dava konusu birden çok vakıanın olduğu hallerde, her bir vakıanın ispatı için ayrı ayrı tanık listesi verilebilir (Ertanhan, s. 192, Akil, s. 192). Ayrıca yetkisiz mahkemede tanık listesi verildikten sonra dosya yetkili mahkemeye gönderilince oradaki süreç aynı davanın devamı olduğu için orada yeni bir tanık listesi verilemeyeceği belirtilmiştir. bkz. Umar, s. 764.

Ayrıca bu yöndeki Yargıtay 2.HD'nin 6.6.2000, 4449/7548 sayılı kararı için Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 354.

tanık listesi verilmesi mümkündür. Islah ile de ikinci tanık listesi verilemeyecektir[78].[79].İkinci tanık listesi verilmesine karşı taraf muvafakat etse bile hâkim

[78]Atalay, Pekcanıtez Usûl,s.1888; Tanrıver, s.888; Ertanhan, s. 194-195 Ayrıca bkz. Akil, Cenk, Yargıtay Kararları Işığında Medeni Muhakeme Hukukunda Tanık Listesi, TBB Dergisi, 2020 (149), s. 155 vd. ; Bolayır, Nur, Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü, İstanbul 2014, s. 402 vd. Bununla birlikte ıslah yolu ile delil gösterilmesinin mümkün olup olmadığı akla gelebilir. Doktrinde Yılmaz, delil gösterilmesinin karara götürücü taraf usûl işlemi olduğu gerekçesi ile kural olarak davada gösterilen ve hasredilen delillerin ıslah ile değiştirilebileceği yönündedir (Yılmaz, Ejder, Islah, Ankara 2021, s. 136-137.) Doktrinde Kuru, davacının tanık ve yemin dahil tüm delillerini dava dilekçesinde veya cevaba cevap dilekçesinde bildirmek ve yazılı delillerini bu dilekçelerine eklemek zorunda olduklarını davalının da yine tanık ve yemin dahil tüm delillerini cevap dilekçesinde ve ikinci cevap dilekçesinde dilekçelerine eklemek zorunda olduklarını ve böylece dilekçeler aşamasının tamamlanması ile tarafların delillerini hasretmiş olduklarını belirtmiş, bununla birlikte hâkimin davayı aydınlatma ödevi (HMK md. 31) ve delilin sonradan gösterilmesine izin verme (HMK md. 145, c.2) yetkisini dikkatli kullanması gerektiği, önceden gösterilmesi mümkün olan bir delilin sırf davayı uzatmak amacıyla gösterilmemiş olması halinde izin vermemesi gerektiği, burada ancak daha önce gösterilmesi mümkün olmayan veya ancak diğer delillerin incelenmesinden sonra gösterilmesinin yararlı olacağı anlaşılan delillerin sonradan gösterilmesine izin verilmesi gerektiği, bir tarafın yeni delil gösterme talebi kabul edilmezse o tarafın ıslah yoluna başvurarak yeni delil gösterebileceğini ifade etmiştir (Kuru, s. 635 vd., s.637). Postacıoğlu/Altay, usûlî işlem olması sebebiyle delillerin de ıslah yoluna tâbi tutulmasının mümkün olduğunu belirtmiş, iddia veya savunma sebeplerinin değiştirilmesine veya genişletilmesine imkân verildiğine göre bunların delillerinin de sunulmasına olanak tanınmasında kuşku olmadığını, bu açıdan daha önce tanık bildirilmemişse ıslah suretiyle tanıkla ispatı caiz olan hususlarda iddia ve savunma vakıalarının tanıkla ispatının tanıkla ispatının talep edebileceğini, başkaca deliller mevcutsa bunların da ıslah yoluyla yargılamaya dahil edilebileceğini belirtmiştir (Postacıoğlu/Altay, s. 525-526). Doktrinde Umar, sunulmak istenen delillerin değiştirilmesi veya bunlara yenilerinin eklenmesinin ıslah ile bir ilgisinin olmadığı, delilin çekişmeli vakıaları ispat için sunulacağını, hangi delillerin sunulması gerektiğinin buna göre belirleneceği, bazı vakıaları ispat gerekliliğinin dışına çıkarmanın ıslah yolu ile sağlanamayacağı gibi, o vakıalar için delil sunulması gerekliliğinin ortadan kaldırılamayacağı, ıslah yolu ile yeni vakıa iddiaları ortaya çıkmışsa bunlar için delil sunulması gerekliliğinin kendiliğinden gündeme geleceğini ifade etmiştir (Umar, s. 507. Doktrinde Özekes, delillerin gösterilmesi, ibrazı, bildirilmesi ve sunulması konusunda ayrım yapılması gerektiğini, şayet iddia ve savunma değiştirilebiliyorsa ve taraf da bu çerçevede vakıalarda değişiklik yapabiliyorsa buna bağlı olarak yeni vakıaların ispatı için delil gösterilmesinin de mümkün olacağı, ıslah ile vakıayı değiştirip, genişletmeye izin verip onun ispatına izin vermemenin düşünülemeyeceğini, delilin vakıaya bağlı olarak kullanılan ve onun gerçekliğini ispata yarayan araç olduğunu, ancak delilleri kanunun belirttiği süre, şekil ve usulde göstermeyen, ibraz etmeyen, bildirmeyen ve sunmayan tarafın ıslah yolu ile bunu gerçekleştiremeyeceğini, bu husustaki hükümlerin açık ve emredici olduğunu, istisnasının HMK md. 145 olduğu, bu imkânın çok sınırlı olduğunu ve hâkimin iznine bağlı olduğunu, bu hükümleri aşarak ıslah yoluyla sonradan delil göstermenin ve sunmanın mümkün olmadığını belirtmiştir. Burada delillerin, gösterilmesi, ibrazı, bildirilmesi ve sunulmasının kendi kuralları olduğundan ıslah ile birlikte düşünülmemesi gerektiği vurgulanmıştır (Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 1516-1517).Erdönmez, HMK md.176/I ile ıslah yoluna müracaat edilerek usûl işlemlerinin düzeltilebileceği belirtilmekle birlikte söz konusu hükmün iddia ve savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağına konu alan işlemleri hedef aldığını, ıslahın iddianın ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağının bir istisnası olduğunu, tarafların ıslah yoluna başvurarak dilekçeler aşamasında ileri sürdükleri vakıaları ve talep sonucunu değiştirip genişletebildikleri, delillerin anılan yasağın kapsamına dahil olmadığını, bu sebeple ıslah yoluna başvurarak yeni delil gösterilmesinin mümkün olmadığı görüşündedir (Erdönmez, Güray, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı, İBD, C.87; S:5, Yıl: 2013, s. 43-44). Islah ile ilgili Atalı/Ermenek/Erdoğan, ıslahın konusunun her türlü usûl işlemi değil, iddianın ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı kapsamındaki işlemlerin olduğunu, yani yasak kapsamında olmayan işlemlerin ıslah ile ilgisinin olmadığını vurgulamıştır. Bkz.Atalı/Ermenek/Erdoğan,

ikinci tanık listesindeki tanıkları dinleyemez. Zira bu yasak kamu düzeninden olduğundan doktrindeki çoğunluk görüşü bu hususta sözleşme yapılmayacağı yönündedir[80]. Taraf tanık listesinde ek tanık listesi verme hakkını saklı tutsa bile sonradan ikinci tanık listesi veremeyecektir[81]. İkinci tanık listesi verme yasağı usûl ekonomisi ilkesinin yanı sıra dürüstlük kuralı ile de yakından ilgili olup, bu yasak ile tarafların yargılamanın daha sonraki aşamalarında yeni tanıklar göstererek tanıkla ispat hakkının kötüye kullanılması engellenmek istenmiştir[82].

---

s. 419. Ayrıca HMK md. 145'de yer alan yeni delil gösterme talebi bakımından bir sınırlamamanın bulunmadığını, burada birden fazla talepte bulunmanın mümkün olduğunu, tek sınırlamanın tarafın talebinin Kanun'daki şartlara ve dürüstlük kuralına uygun olması olduğunu ekleyelim (Erdönmez, s. 40). Kanaatimizce de ıslah yolu delillerin gösterilmesi usûlünün ve özellikle HMK md. 194 ile düzenlenen somutlaştırma yükümlülüğünü ortadan kaldıracak şekilde sonradan delil gösterilmesi imkânı sağlanmamalıdır. Esasında delillerin ibrazı meselesinin ıslah ile ilişkilendirilmemek gerekir. Delillerin sonradan ileri sürülmesine ilişkin HMK md. 31 ve HMK md. 145 düzenlemeleri çerçevesinde mümkün olabilecektir. Kaldı ki, bu düzenlemelere istinaden hâkimin bu yetkisini çok dikkatli ve sınırlı olarak kullanması gerekmektedir. Öte yandan HMK md. 31 çerçevesinde de tanık deliline dilekçeler aşamasında dayanılmamışsa, tanık delili ile dosya arasında bir bağlantı kurulamıyorsa taraflardan tanık listesinin ibrazı istenmemeli, buna karşılık dilekçeler aşamasında deliller arasında tanık da gösterilmişse, dava dosyasından anlaşılıyorsa, hâkimin aydınlatma ödevi çerçevesinde bu yetkisinin olduğu kabul edilmelidir. Bkz.Erdönmez, 50, Erişir, s. 182-183. Doktrinde HMK md 31 düzenlemesinin delillerin hangi ana kadar getirilebileceği noktasında tartışmalara yardım edecek nitelikte olduğu belirtilmiştir (Karslı, Abdurrahim /Koç, Evren/ Konuralp, Cengiz Serhat, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Problemli Konular, İstanbul 2014, s 99).

[79] Ancak ıslah ile yeni delil ileri sürülebileceğini kabul eden görüşler bakımından da ıslah ile ikinci bir tanık listesi verilemeyeceğinin kabul edildiğini belirtmek gerekir. Bkz. Kuru, s. 765;Yılmaz, s. 4053; Yılmaz, Islah, dipn.485. Postacıoğlu/Altay, s. 526.İkinci tanık listesi verme yasağının ıslah üzerinden tartışmanın doğru olmadığı yönünde bkz. Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 1516.

[80] Doktrinde Postacıoğlu, bu yasağın asıl amacının mahkemeleri zaman israfından imkân nispetinde kurtarmak olduğu, tarafların himayesi amacını taşımadığı ve bu yasağın sırf taraf anlaşması ile bertaraf edilemeyeceği sonucuna varmanın zorunlu olduğuna işaret etmiştir. Bkz. Postacıoğlu, Şahit Listesi, s 357-358; Postacıoğlu, s. 648.İkinci tanık listesi verme yasağının delil sözleşmesi ile ilgili olmadığı, delil sözleşmesinin taraflara, söz konusu yasağın ise mahkemeye hitap ettiği gerekçesiyle taraf anlaşmasıyla bertaraf edilemeyeceği yönünde bkz. Kuru, C.III, s. 2590; Kuru, s. 765. Aynı yönde bkz. Yılmaz, s. 4054; Atalay, Pekcanıtez Usûl, s.1889; Bolayır, s. 420. Ancak bu konuda farklı Yargıtay kararlarının olduğunu belirtmek gerekir. Yargıtay HGK'nın 24.09.1980 tarih, E. 1978/2-1031, K. 1980/2154 sayılı kararında, davacı vekilinin 24.12.1976 tarihli tanık listesi vererek tanıklarını hasrettiği, taraflar arasında usûlüne uygun delil sözleşmesi bulunmadıkça birden çok tanık listesi verilemeyeceği belirtilmiştir. Buna karşılık Yargıtay 8.HD.'nin 01.061976 tarihli, E.1975/8388,K. 1976/4625 sayılı kararı, ikinci bir tanık listesi verilmesi ve yeniden tanık dinlenmesi olanağı bulunmadığı gibi davalı tarafın sükutla karşılaması ve zımni muvafakatın varlığının söz konusu olmadığı yönündedir. Bkz. Yılmaz, s. 4054. Ayrıca bkz. Bolayır, s. 419, dipn.276 ve dipn.277. Karşı tarafın muvafakatinin HMK md 193'e göre bir delil sözleşmesi şeklinde tutanağa geçirilmesi halinde ikinci tanık listesinin dinlenebileceği yönünde bkz. Umar, s. 763. İkinci tanık listesi verme yasağının her ihtimalde hükmün bozulmasını gerektirecek bir mutlak bozma sebebi olarak alınamayacağı, ancak ikinci tanık listesinde yer alan bir tanık dinlenmiş ve bu tanığın beyanına dayanıldığı gerekçede belirtilmişse hükmün bozulmasından şüphe duymamak gerektiği kanaatimizce de isabetli olarak doktrinde belirtilmiştir (Erişir, s. 198).

[81] Kuru, s. 765; Atalay, Pekcanıtez Usûl, s. 1889; Umar, s. 762; Bolayır, s. 411-412.

[82] Erişir, 190-191; Bolayır, s. 418.

Burada akla gelebilecek bir mesele HMK md. 145 hükmü çerçevesinde ikinci bir tanık listesinin verilmesinin mümkün olup olmayacağıdır. Bu hususa ilişkin doktrinde bir görüş, HMK md.240/II, c.2 hükmünün HMK md. 145 ve HMK md. 31 hükümlerinin de (istisnanın istisnası) istisnası olduğunu, bu nedenle bir tarafın hâkimin talebi veya izni ile dahi aynı vakıa için ikinci (yeni) tanık listesi veremeyeceği yönündedir[83]. Doktrinde yer alan diğer görüş, HMK m. 145 hükmünün tüm deliller için geçerli olduğu, aksinin kabulü durumunda tanık deliline ilişkin çok katı bir uygulamanın olacağı, esasında ikinci tanık listesi ile korunan menfaatin HMK md. 145 ile de güvence altına alındığı ve bu hükmün dürüstlük kuralına aykırı olarak sonradan delil gösterilmesini engellediği ve bir anlamda HMK md. 145 hükmünün ikinci tanık listesi verme yasağının istisnası olarak kabul edilmesi gerektiği ve şartları mevcutsa –örneğin; tarafın yurtdışında yaşadığı için varlığından haberdar olmadığı ve tanık listesinde yer veremediği bir kişiyi sonradan dinlemesi- tanıklar bakımından uygulanması gerektiği yönündedir[84] . Konuya ilişkin bir diğer görüş ise, tarafların hiç tanık deliline dayanmamış olması durumunda HMK md.145 hükmünün şartları mevcutsa uygulanabileceği, buna göre uyuşmazlık konusu vakıaların sonraki aşamalarında tanıkla ispat edilmelerine izin verilebileceği, buna karşılık ilgili hükümden anlaşıldığı üzere kanunun öngördüğü süre içinde tanık deliline dayanılıp, hâkimin tanıdığı kesin süre içinde tanık listesi ibraz edildikten sonra tarafların tanık listesi düzenlenirken ellerinden gelen tüm çabayı göstermelerine rağmen daha sonradan başka bir tanığın bulunduğu gerekçesiyle ikinci tanık listesi vermelerinin mümkün olmadığı yönündedir[85]. Kanaatimizce bu konuda istisnaî durumlarla sınırlı olmak kaydıyla hâkimin somut olayın şartlarını titiz değerlendirmek suretiyle- özellikle tarafın davayı sürüncemede bırakmak niyetinin bulunup bulunmadığı değerlendirilerek- HMK md.145'den yararlanılabileceğini kabul etmek yerinde olacaktır.

Tanık listesinde yer alan tanığın listeden çıkarılmasının da mümkün olduğunu kabul etmek gerekir. Zira taraflarca getirilme ilkesinin bir gereği olarak kural olarak tanık tarafın talebi üzerine dinlenebildiğine göre gösterilen tanıkların da dinlenilmesinden vazgeçilebilmelidir[86]. Ancak HMK md. 196 hükmü uyarınca delil gösteren taraf sadece karşı tarafın açık muvafakati ile vazgeçebileceğine göre bu kural olarak tanıklar için de geçerli kabul edilmelidir. Buna göre bir tarafın dinletmekten vazgeçtiği tanık karşı tarafın talebi üzerine dinlenebilecektir[87] .

[83] Kuru, s.637.
[84] Erdönmez, s. 41-42.
[85] Bolayır, s. 425-426.
[86] Bkz. Erişir, s. 185 vd.; Kuru, C.III, S. 2594 vd.
[87] Atalay, Pekcanıtez Usûl, s. 1895; Kuru, s. 766. Alman hukukunda ZPO md. 399 ile tarafın tanık dinletmekten vazgeçebileceği ancak diğer tarafın duruşmaya gelen tanığı dinlenmesini talep edebileceği düzenlenmiştir. İlgili maddenin konuluş amacı tasarruf ilkesi ile açıklanmaktadır. Bkz. Prütting/Gehrlein, s.1074.

Taraflardan birinin gösterdiği tanığı dinletmekten vazgeçmesinin açık olabileceği gibi zımnî de olabilecektir. Ancak tanıklarını gösterip gerekli giderlerin yatırılmasından sonra duruşmaya gelmeyen taraf bununla tanıkların dinlenilmesinden zımnen vazgeçmiş sayılmayacaktır. Eklemek gerekir ki; tanığın dinlenilmesinde önceki dönemde söz konusu zımnî vazgeçme kabul edilebilecek olup, tanık dinlendikten sonra onu göstermiş olan taraf karşı tarafın açık muvafakati olmadan o tanığın ifadesinin nazara alınmamasını talep edemeyecektir[88].

B.Tanık Listesinin Sunulma Zamanı

Tanık listesinin ne zaman sunulması gerektiği konusunda HMK'da düzenleme mevcut değildir.

Taraflar somutlaştırma yükü çerçevesinde dilekçelerinde hangi delile dayandıklarını bildirmek zorunda olduklarından tanık deliline dayanmak isteyen taraf bu hususu dava veya cevap dilekçesinde (yazılı yargılama usulünde en son cevaba cevap veya ikinci cevap dilekçesinde)belirtmelidir[89] . Ancak taraflar tanık listesini bu dilekçelerinde vermek zorunda değildirler[90]. Tanık listesi tahkikat aşamasında hâkim tarafından tanınacak süre içinde verilmelidir. Zira hangi vakıaların ispatının gerekli olduğu-çekişmeli ve davanın çözümüne etkili olduğu- ön inceleme aşamasında belirleneceğinden mahkeme tarafından da bu vakıalardan hangilerinin tanıkla ispatının caiz olduğu konusunda karar verilmeden[91] tanık listesinin verilmesinin bir anlamı olmadığı doktrinde kanaatimizce de yerinde olarak belirtilmiştir. Zira bu husus en erken ön inceleme aşamasında açıklığa kavuşacaktır. Bundan sonra tahkikat aşamasında hâkim tarafından tanık dinlenmesine karar verildiğinde taraflara tanık listelerini sunmaları için kesin süre verilecektir[92].

O halde taraflar dinletmek istedikleri tanıkların isim ve adreslerini gösteren listeyi kural olarak tahkikat aşamasında vereceklerdir. Ancak hâkimin taraflardan tanık listesini istemek için mutlaka tahkikat aşamasını beklemesi gerekmez. Ön inceleme aşamasında tahkikata ilişkin herhangi bir usûl işlemi yapılamayacağı için tanık dinlenmeyecek

[88] Kuru, s. 766-767.

[89] Doktrinde Yılmaz, delillerin ön duruşma oturumunun sonuna kadar sunulması olanağı verilmesinin hukuken daha doğru olacağını ve bu görüşün öncelikle tanıklar bakımından geçerli olduğunu belirtmiştir (Yılmaz, s. 4036).

[90] 7251 sayılı Kanun ile HMK'nda yapılan değişiklikler arasında bu hususta bir hüküm yoktur. Ancak HMK md. 139 ile delillerin sunulmasına ilişkin süre ile ilgili olarak dilekçelerinde belge mahiyetinde delillerini sunmamış ve gerekli açıklamaları yapmamışlarsa ön inceleme duruşmasında verilen iki haftalık süre ön inceleme duruşmasında değil, ön inceleme davetiyesinin tebliğinden itibaren iki hafta olarak değiştirilmiştir. Yani, tarafların bu konudaki sürelerinin başlangıcı duruşmadan duruşmaya davet aşamasına olarak öne çekilmiştir. Bununla birlikte tanık listesinin sunulması bakımından kanunda dilekçeler aşaması veya ön inceleme aşaması şeklinde bir zorunluluk yoktur. Bkz. Özekes, Değişiklikler, Ankara 2021, s. 27 vd.)

[91] Bkz.aşa. II.dipn.24.

[92] Atalay, Pekcanıtez Usûl, s. 1892; Postacıoğlu/Altay, s. 696-697.

olmakla birlikte, hâkim ön incelemeyi sona erdirdiği duruşmada tanık listelerinin verilmesine karar verebilir. Böylece tahkikat aşamasına geçildiğinde hemen tanıkların dinlenmesine geçilebilecek, usûl ekonomisi ilkesine uygun davranılmış olacaktır. Hâkimin ön inceleme aşamasında tanık listelerinin sunulması için süre vermediği takdirde ise, tahkikat aşamasına geçildikten sonra taraflardan tanık listelerini sunmalarını isteyecektir[93]. Bununla birlikte taraflar tanıklarını mutlaka mahkemeye ayrı bir liste olarak sunmak zorunda değildirler[94]. Taraflar dava, cevap dilekçesinde ya da cevaba cevap veya ikinci cevap dilekçelerinde de tanıklarının ad ve adreslerini bildirebilirler. Taraflar dava ve cevap dilekçeleriyle birlikte tanık deliline dayanmış olmakla birlikte tanık listesini dilekçeleriyle beraber sunmamışlarsa HUMK zamanında uygulamada tahkikat aşamasında hâkim tarafından tanık listesinin ibrazı için kesin süre verilmekteydi. Doktrinde HMK döneminde de aynı uygulamanın geçerli olması gerektiği, (ancak tahkikat aşamasında tanık listesi sunmak için verilecek sürenin kesin süre olması gerektiğine dikkat edilmesi gerektiği vurgulanmıştır), esasında dava ve cevap dilekçelerinde gerekse ön inceleme aşamasında tanık listesinin ibraz edilmesi hususunda herhangi bir engel bulunmamakla birlikte bu aşamalarda sunulmasının pratik bir faydasının olmayacağı zira tanık listesi verilmiş olsa bile ön inceleme duruşmasında tanık dinlenmesinin söz konusu olmayacağı, ön inceleme aşamasında tespit edilmiş olan uyuşmazlığın çözümü için hangi delillerden yararlanılması gerektiği ve taraflarca gösterilen delillerin isabetinin tahkikat aşamasında anlaşılacağı gerekçeleriyle belirtilmiştir[95].

Sonuç itibarıyla, taraflar arasında hangi vakıaların çekişmeli bir nitelik taşıdığı ve bu vakıaların ispatı için tanık dinletilmesinin caiz olup olmadığı hususu en erken ön inceleme aşamasında belirlilik kazandığından dilekçelerin değişimi aşamasında dilekçelerde hangi vakıanın tanık beyanına dayanılarak ispat edileceğinin belirtilmesini yeterli saymak ve tanık listesinin verilmesini aramamak gerekir[96]. Bir başka ifade ile; taraflar dilekçelerinde tanık deliline dayandıklarını belirtmek; ancak tanık dinlenmesine karar verildiğinde liste vermek zorundadırlar[97].

---

[93] Erdönmez, s. 34-35.

[94] HMK'da mahkemece tanınan kesin sürede tanık listesi verilmese bile dinlenme gününün belirlendiği günlerde duruşmaya getirilen tanıkların da dinleneceği kabul edilmiştir (HMK md. 243).

[95] Bolayır, s. 407-408.

[96] Tanrıver, s. 885. Karş. Yılmaz, s.4061.

[97] Özekes, Değişiklikler, s. 29.Tanık gösteren taraf, tanıkların mahkemeye gelmeleri için hâkimin belirlediği tanık giderlerini de verilen kesin süre içerisinde mahkemeye yatırmalıdır (HMK md. 324/I). Süresi tanık gider avansı yatırmayan taraf tanık dinletmekten vazgeçmiş sayılır (HMK md. 324/II). Ancak bu sonucun doğması için tanık dinletmek isteyen tarafa, sürenin kesin olduğunun ve bu süre içinde tanık giderlerini yatırmadığı takdirde tanık dinletmekten vazgeçmiş sayılacağını ihtaren bildirilmesi gerekir (Atalay, Pekcanıtez Usûl, s. 1894).

Söz konusu düzenlemeyi HMK md. 243/I ile birlikte değerlendirmek gerekir. Buna göre tanık listesi için kesin süre verildiği ve dinlenme gününün belirlendiği hâllerde liste verilmemiş olsa dahi tarafın o duruşmada hazır bulundurduğu tanıklar da dinlenecektir. Bu hüküm emredici nitelikte olup, tanık listesinde yer almamasına veya yer alıp da süresi içerisinde belirtilmemesine rağmen duruşma günü hazır bulundurulan tanıkların dinlenmesi gerekir[98]. Bu durumda tanık listesi verilmiş olup olmamasının bir fark yaratmayacağı ve tanık listesi verilmemiş olsa dahi bu listede gösterilmeyen tanıkların hazır bulundurulursa duruşmada dinlenebileceği belirtilebilir[99]. Ancak dikkat edilmesi gereken husus, tarafların bu olanaktan yararlanabilmesinin koşulunun dilekçelerin değişimi aşamasında tanık deliline dayanmaları ve hangi vakıalar hakkında tanık dinletmek istediklerini somutlaştırma yüküne uygun olarak bildirmeleri olduğudur. Zira dilekçesinde tanık deliline dayanmayan taraf tanık listesinin süresinde vermemenin sebep olabileceği hak kayıplarını telafi etme amacına yönelik bu düzenlemeden faydalanamayacaktır[100]. Doktrinde belirtildiği üzere aksinin kabulü durumunda dilekçelerin değişimi aşamasında tanık deliline dayanmayan tarafa tanıklarını duruşmaya getirerek dinletme imkânı tanınarak Kanunun delillerini gösterilmesini zaman itibarıyla sınırlayan hükümleri dolanılmış olacaktır[101].Yine tarafın bu imkândan yararlanması dinlenme gününün belirlendiği durumlarda tanıklarını duruşmada hazır bulundurmalarına bağlı olacaktır. Konuya ilişkin Yargıtay 2.HD.'nin 10.09.2012 tarihli, E. 2012/3724,K.2012/20653 sayılı kararında, bütün tanıkların dinlenmesi için bir gün belirlendiği takdirde tanık listesi vermeyen tarafın o gün tanıklarını getirebileceği ve de celse taliki hususuna vargu yapılmıştır[102]. Buna karşılık doktrinde mahkemelerin tanıkların dinlenmesi için birden fazla duruşma günü belirlediği durumda tanık listesi vermeyen tarafın bu duruşmalardan herhangi birine tanıklarını getirebileceği ve kanaatimizce de yerinde olarak bu imkândan sadece bir kez yararlanabileceği belirtilmiştir[103]. Konuya ilişkin Yargıtay'ın yakın tarihli kararlarını[104] incelediğimizde

[98] Yılmaz, s. 4077.

[99] Budak/ Karaaslan, s. 296-297. Anılan düzenleme doktrinde tanık listesini sunmak için kesin süreyi geçiren tarafa listeyi mahkemeye sunması için başka bir fırsat verildiği ve bunun da bazı durumlarda karşı tarafı haksızlığa maruz bırakabileceği gerekçesi ile eleştirilmiştir (Karslı/Koç/Konuralp, s. 99). Ayrıca ilgili hükmün ikinci tanık listesi verme yasağına ilişkin HMK md. 240/II ile bağdaşmadığı ve bu yasağı bertaraf etmeye yönelik uygulamaların doğabileceğine ilişkin değerlendirmeler için bkz. Bolayır, s. 413 vd.

[100]Erdönmez,Güray, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Bakımından Delillerin İbrazı, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı-X, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Değerlendirilmesi, 1-2 Ekim 2012, İzmir, s. 349, Erdönmez, s. 36.

[101] Erdönmez, Toplantı, s. 350. Ayrıca tarafların keşif sırasında da dinlenmesi mümkün olduğundan taraf kendisine veriken kesin süreyi kaçırırsa keşif mahalline de tanık getirerek dinletebilecektir (Erdönmez, s. 36, dipn.56).

[102] Bkz. Erdönmez, s.36.

[103] Erdönmez, s. 37.

[104] Yargıtay 2.HD., 18.01.2021 tarihli, E. 2020/5189, K. 2021/274 sayılı kararı, "…*Davalı kadın cevap dilekçesinde usulüne uygun şekilde tanık deliline dayanmış ve beş tanığının isim ve adreslerini*

tanık dinlenmesi için gün tayini veya celse taliki kriterlerine yer verilmediği ilgili hükmün emredici olduğunun vurgulandığı görülmektedir. Öte yandan HMK md. 243/I düzenlemesinin tanıklığının doğruluğu konusunda şüphe uyandıran bir sebebin varlığı halinde itirazda bulunma imkânı veren HMK md. 255 düzenlemesi karşısında sıkıntı yaratacağını, çünkü bu hakkın kullanılabilmesinin karşı tarafın tanık olarak dinletmek istediği kişilerin önceden bilinmesine bağlı olduğunu da belirtmek gerekir. Doktrinde bu hükmün doğurabileceği sorunları önlemek ve itiraz hakkının etkinliğini sağlamak amacıyla davaya bakan hâkimin duruşmaya getirilen tanıkların isimlerini ve hangi konuda dinleneceklerini tutanağa geçirdikten sonra karşı tarafa bu tanıkların dinlenmesine itirazı olup olmadığını sorması (HMK md. 255) ve karşı tarafın talebi halinde o tanıkların bir sonraki duruşmada dinlenilmesine karar vermesi görüşü ile birlikte olması gereken hukuk açısından HMK md. 243 hükmünün kanundan çıkarılması ve tarafların sadece tanık listelerinde gösterdikleri tanıkları ancak mahkemenin kararlaştırdığı duruşma gününde dinlenebileceğinin kabulünün yerinde olacağı belirtilmiştir[105]. Kanaatimizce de HMK md. 243 düzenlemesinin kanundan çıkarılması yerinde olacaktır. Özellikle yukarıda yer verdiğimiz[106] Yargıtay 9.HD., 21.03.2022 tarihli, E.2022/3115, K.2022/3812 tarihli kanun yararına bozma sonucunda verilen kararda tanık gösterme şekline ilişkin ve esasında tanık listesinde yer alması gereken hususlara ilişkin olan HMK md. 240/III'ün usûlüne uygun olarak uygulanmadığı vurgulanmıştır. Bununla birlikte HMK md. 243/I karşısında ikinci tanık listesi verme

bildirerek dinlenmelerini talep etmiştir. Mahkemece 28.06.2016 tarihli celsede davalı kadının iki tanığı dinlendikten sonra "Davalı tarafın bildirdiği tanıkların tamamı aynı konularda dinletilmek istendiğinden kalan tanıklardan seçilecek bir tanesinin daha dinlenmesi için işlem yapılmasına, bir haftalık kesin süre içerisinde bildirilmediği takdirde sıradaki tanığın dinlenmesi için işlem yapılmasına" şeklinde ara kararı verilmek suretiyle davalının üç tanığı dinlenilmiş, davalının bildirdiği diğer iki tanığının dinlenilmesinden vazgeçilmiştir. Davalı taraf yargılama sırasında bu tanıklarının dinlenmesinden açıkça vazgeçmemiş ve HMK 241. maddesinin şartları da oluşmamıştır. O halde mahkemece davalının dinlenmeyen tanıklarının Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 243. ve devamı maddeleri uyarınca usulüne uygun olarak dinlenilmesi ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucu uyarınca bir karar verilmesi gerektiği gözetilmeden eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir." şeklindedir. (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası). Aynı yönde Yargıtay 4.HD.'nin 20.01.2020 tarihli, E.2017/2692, K. 2020/153 karar sayılı kararı",..*Dosya kapsamından, davacının dava dilekçesinde tanık deliline dayanmış olduğu, mahkemece tanık isim ve adreslerinin bildirilmesi için davacı tarafa 2 haftalık kesin süre verildiği, davacı tarafça kesin sürenin sona ermesinden sonra tanık listesinin mahkemeye sunulduğu, karar duruşmasında davacı vekilinin tanıkların duruşma salonu dışında hazır olduklarını beyan ettiği, mahkemece tanık isim ve adreslerinin kesin süre içinde bildirilmediği gerekçesiyle davacı tarafın tanık dinletme talebinin reddi ile yargılamaya devam edilerek davanın reddine karar verildiği anlaşılmaktadır. Şu durumda mahkemece, duruşma sırasında davacı tanıkları hazır bulunduğuna göre emredici hüküm olan HMK 243/1. maddesi uyarınca davacı tanıklarının dinlenilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması doğru değildir. Kararın bu nedenle bozulması gerekir."* Şeklindedir. (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası).

[105] Erdönmez, s. 37-38. Ayrıca bkz. Bolayır, s. 414 vd.

[106] Bkz.yuk.II.

yasağına (HMK md.240/II) bağlanan tüm sonuçlar ortadan kalkmakta ve özellikle bu yasağın temel amacının mahkemelerin zaman tasarrufu sağlaması olduğu düşünüldüğünde bir önemi kalmamış olacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. Şüphesiz burada HMK md.243 düzenlemesinin kaldırılması yönündeki görüşe katılmamız, usûlüne uygun olarak bildirilmiş tanıkların dinlenmemesinin hukuk dinlenilme hakkına ve dolayısıyla âdil yargılanma hakkına aykırılık teşkil ettiği yönündeki sonuçtan bağımsızdır.

Uygulamada mahkemelerin farklı yönde kararlar verdiğini tespit ettiğimiz bir mesele, vaktinden önce tanık listesi sunan tarafların yeni tanık listesi verip veremeyeceğine ilişkindir. Doktrinde bir görüş, tanık listesini dilekçelerin değişimi aşamasında bildiren tarafların ikinci tanık verme yasağının bu aşamadan sonra başlaması sebebiyle, daha sonra tanık listesini sunamayacakları yönündedir[107]. Doktrinde diğer görüş, tarafların tanıklarını liste halinde daha önce bildirmiş olsalar bile bunun bir öneminin bulunmadığını ve tarafların ön inceleme aşamasında hâkimin vereceği kesin süre içerisinde yeni (ikinci) tanık listesi verebilmesinin mümkün olduğu yönündedir[108] .Aynı yönde bir diğer görüş, tahkikat aşamasında hâkim tarafından verilen kesin süre ile tanık listesinin ibrazı için gerekli süre başlayacağından henüz süre başlamadan dilekçesiyle birlikte verdiği gerekçesiyle, tarafı tahkikat aşamasında tanık gösterme imkânından mahrum etmenin ispat hakkı bakımından isabetli olmayacağını, ayrıca dilekçesiyle birlikte tanık listesini ibraz etmemiş olan diğer tarafın hâkimin vereceği kesin süre içinde tanıklarını gösterebileceği; buna karşılık tanıklarını önceden bildirmiş olan tarafın yeni tanık gösteremeyeceği sonucunun da eşitlik ilkesine aykırı olacağı, bu sebeplerle tarafların dilekçelerinde tanıklarının isimlerini ve adreslerini bildirsinler veya bildirmesinler, dilekçeleriyle birlikte tanık listesini de ibraz etsinler veya etmesinler, ispat hakkının gereği olarak hâkimin tahkikat aşamasında tanık listesinin ibrazı için kesin süre vermesinin isabetli olacağı yönündedir[109]. Bir başka görüş ise, dava dilekçesinde tanıkların isimleri veya adresleri de belirtilmişse tanık listesinin vermeye gerek olmadığı, davacı veya davalı tanıklarını iddia ve savunmalarının yer aldığı dilekçelerde gösterebilecekleri veya bunların ekinde düzenlenecek olan bir liste ile bildirebilecekleri, bu halde dilekçe veya eki listede başkaca tanığının olduğunu bildirilmemiş olsa da sonradan yeni tanık listesi verilebileceği, bu bildirimlerin tanık listesi olarak kabul edilmeyeceği, ancak dava dilekçesinde ya da cevap dilekçesinde veya ekinde belirtilmeyen tanıklar için ayrıca liste verilebilmesinin delillerin ya da gösterilen tanıkların açıkça hasredilmemesine bağlı olduğu, mahkemenin böyle bir durumda taraflara, varsa tanıkları için liste düzenlemeleri konusunda süre vermesi gerektiği

[107] Bkz. Erdönmez, s. 38. Ayrıca bkz. Atalay, Pekcanıtez Usûl, s. 1893.
[108]Yılmaz, s. 4037. Doktrinde Yılmaz, bu sonuca bağlı olarak davaya cevap vermemiş olan davalının da inkâr çerçevesinde (HMK md. 128) ön inceleme duruşmasında hâkimin vereceği kesin süre içinde tanık listesi sunabileceğini belirtmiştir (Yılmaz, s. 4037).
[109] Bolayır, s. 410; Akil, s. 161-162.

yönündedir[110]. Yargıtay 2.HD, 21.01.2014 tarihli, E. 2013/19835; K. 2014/1007 sayılı kararında[111], "*6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda tanıkların ne zaman gösterileceği belirtilmemiştir. Ön inceleme duruşmasında taraflar arasındaki uyuşmazlık konusu belirlendikten sonra taraflara delillerini bildirmeleri için süre verilir. Davacı dava dilekçesinde tanık deliline dayanmış bir tanık ismi bildirmiştir. Ön inceleme duruşmasından önce de 27.04.2012 tarihli delil listesiyle diğer tanıklarının isimlerini bildirdiğinden bu liste ikinci tanık listesi olarak kabul edilemez. Davacı açıkça tanıklarının dinlenmesinden de vazgeçmemiştir. Mahkemece davacı tanıklarının 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 243 ve devamı maddeleri gereğince usulen celp edilip dinlenmesi ve tüm delillerin birlikte değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir."* Yine Yargıtay 2.HD, 15.12.2014 tarihli, E. 2014/14212, K. 2014/25777 K. sayılı kararında[112], "*Delil, tarafların üzerinde anlaşamadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar için gösterilir (HMK m. 187/1). Tahkikat, ön incelemede saptanan çekişmeli hususlar üzerinden yürütüleceğine (HMK m. 140/3) göre, bu tespit yapılmadan tarafların herhangi bir delile dayanmaları ve dayandıkları delilleri sunmaları beklenemez. Bu nedenle davalı-davacı (kadın)'ın, mahkemece uyuşmazlık konularının tespitinden sonra verilen süre içinde bildirdiği tanıkları, ikinci tanık listesi sayılamaz ve bu tanıkların Hukuk Muhakemeleri Kanununun 260-265. maddelerinde gösterilen usul çerçevesinde dinlenilmesi ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucu uyarınca bir karar verilmesi gerekir. Bu husus nazara alınmaksızın, hatalı gerekçe ile eksik inceleme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir*" şeklinde belirttiğimiz son görüş, yani erkenden tanık listesinin sunulması durumunda sonradan başkaca tanık dinletilmek istenerek tanık ismi ve adresinin bildirilmesini ikinci tanık listesi verilmesi olarak sayılmayacağı yönünde karar vermiştir.

Kanaatimizce de özellikle taraflardan birinin erken davranıp dilekçeler aşamasında somutlaştırma yükünün gereği olarak delillerini sunarken tanık delili ifadesi ile yetinmeyip, dinleteceği tanıklarının isim ve adreslerini de bildirmiş olması sebebiyle daha sonra bu tanıklara ek bir tanığın dinletilmek istenmesinin ikinci tanık listesi verme yasağı ile ilişkilendirilmemek gerekir. Zira ikinci tanık listesi verme yasağının kabul edilmesinin temel sebebi mahkemelerin zamandan tasarruf sağlaması ve yargılamanın sürüncemede bırakılmamasıdır. Bu bağlamda henüz mahkeme tarafından tanık listesinin sunulmasına ilişkin süre verilmeden taraflardan birinin erken davranarak (dilekçe aşamasında) tanık listesini sunması ve ön incelemeye davet duruşmasına ilişkin davet

[110] Ertanhan, s. 186-187.
[111] Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.
[112] Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

uyarınca (HMK md. 139 /I,ç) verilen iki haftalık süre içerisinde (ayrıca tanık listesi bildirilmesine ilişkin süre verilmeden önce) tanık listesi sunulmasında yargılamanın uzatılmasına sebebiyet verir şekilde sürüncemede bırakılması amacının olmadığı ve dolayısıyla aksinin kabulünün ispat hakkına da aykırılık teşkil edeceği düşüncesindeyiz.

II. Tanık Beyanının Delil Değerinin Değerlendirilmesine İlişkin Esaslar

Doktrinde ister objektif ya da sübjektif kaynaklı olsun, isterse bilinçli ya da bilinçsiz şekilde verilen ifadelere dayanmış olsun, tanık delilinin âdil olmayan kararların verilmesine yol açabileceği, ancak bu peşinen olayla ilgili bazı tanıkların dinlenilmesine engel olmayacağı, objektif açıdan olayı algılama ve olayda dinlenilme imkânına sahip her tanığın dinlenmesi gerektiği ve fakat hâkimin eş, arkadaş, menfaat, manevi baskı, olayın şoku, evham gibi durumlardan dolayı da tanık ifadelerini çok daha dikkatli değerlendirilmesi gerektiği görüşü mevcuttur[113]. Öte yandan tanıkların takdiri delil niteliği taşıyan beyanlarının yargılamanın aydınlanmasına ve gerçeğin ortaya çıkmasına hizmet edeceği unutulmamalıdır. Zira hâkim tanık delilini, serbestçe değerlendirme ilkesine tâbi olarak ve tanığın beyanlarından olayların, nerede, nasıl ve ne zaman gerçekleştiğini ortaya koyarak incelemeye çalışır. Bu noktada hâkimin tanıkların beyanını titizlikle araştırıp, birbiri ile karşılaştırmalı ve gerektiğinde tanıkları birbiri ile yüzleştirmeli (HMK md. 261/I), çelişkili olan hususları gidermek bakımından tanığın beyanlarını açıklanmasını veya tamamlanması amacıyla tanığa soru sorması(HMK md.261/III), ayrıca yargılamaya getirilen diğer delilleri de dikkate alması gerekir. Kararında tanığın beyanlarına dayanan hâkim, bunun gerekçesini[114] göstermek zorundadır. Bu husus Yargıtay 3.HD.'nin 22.04.2003 tarihli, E. 2003/4775,K. 2003/4849 K. sayılı kararında şu şekilde belirtilmiştir: "*Somut olayda, iadesine karar verilen ve hükümde atıfta bulunulan 23.5.2001 tarihli bilirkişi raporunda 7 sıra halinde gösterilen ziynet eşyalarının tamamının davalıya verildiği ve davalının iade etmediği hususlarında davacı tanık anlatımları alınmış, buna karşın hediyelerin miktarı ve iadesi yönünde davalı tanıkları da beyanda bulunmuş olup, taraf tanıkları yüzleştirilmesine rağmen beyanlar arasındaki çelişki giderilememiştir. Hangi tanığın beyanlarının hangi nedenle*

[113] Meriç, s. 3.

[114]Hâkim tanığın doğruyu söylediği veya söylemediği kanısına nasıl ulaştığını makul gerekçelerle kararında belirtmelidir. Gerekçe soyut olmamalı ikna edici olmalıdır. Sebep göstermeden bir delili kabul veya reddetmemeli, kabul veya ret için gösterdiği sebebin akla, mantığa ve tecrübe kurallarına uygun olmasına dikkate etmelidir Berkin, Necmeddin, "Hukuk Yargılama Usulünde Delillerin Takdirine İlişkin Sorunlar," *İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi,* S.2, 1981, s.163, " *Hâkim vardığı sonucu gerekçelendirmek zorundadır. Ancak bu suretledir ki; mahkeme hem kendisini kontrol etme imkânını bulacak ve hem de üst mahkeme tarafından bir denetleme imkânı bulunabilecektir."* (Üstündağ, s. 601). Keyfi davranmayı önleyen hususun gerekçelendirme mecburiyeti olduğu yönünde bkz. Yıldırım, s. 82; s. 192 vd. Ayrıca bkz. Yılmaz, s. 4119 vd. ve orada anılan kararlar.

üstün tutulduğu ise karar yerinde tartışılmadığı gibi bu yönde bir gerekçeye de yer verilmemiştir.

Tanığı doğrudan sorgulayan hâkimin[115] ifade sırasında edindiği kanaat, değerlendirmede büyük önem taşır. Tanık beyanı değerlendirilirken tanığın olaya ilişkin kişisel bilgisinin yanında tanığın kişisel özellikleri de dikkate alınır. HMK md. 254'e göre dinlenme sırasında önce tanıktan adı, soyadı, doğum tarihi, mesleği, adresi, taraflarla akrabalığının veya başka bir yakınlığının bulunup bulunmadığı tanıklığına güveni etkileyecek bir durumun olup olmadığı sorulur. Taraflar da hukuki dinlenilme hakkının sonucu olarak tanığın beyanlarının doğruyu ve gerçeği yansıtmadığını diğer delillerle ortaya koyabilir. HMK md. 255'e göre tanığın davada yararı bulunmak gibi tanıklığının doğruluğu konusunda kuşkuyu gerektirecek sebepler varsa bunu iki taraftan biri iddia ve ispat edebilir. Ancak tanığın bir kimsenin sırf yakını olması onun beyanının hiç dikkate alınmamasını gerektirmez[116], ancak bu durum her bir olayda ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Ayrıca böyle bir ifade diğer delillerle birlikte değerlendirmede duruma göre göz önünde bulundurulabilecektir[117]. Nitekim Yargıtay HGK'nun 03.10.2019, E. 2019/32, K.2019/993 sayılı kararında[118], "..*Diğer yandan Hukuk Muhakemeleri Kanununun 255. maddesinde; Tanığın davada yararı bulunmak gibi tanıklığının doğruluğu konusunda kuşkuyu gerektiren sebepler varsa, bunu iki taraftan biri iddia ve ispat edebilir.'' denilmektedir. Türk Medeni Kanununun 184. maddesi*

[115] Kural olarak tanığun mahkeme huzurunda dinlenmesi esastır. Zira tanığı mahkeme huzuruna davet edip doğruyu söylemeye teşvik etmek, tanığın gerçeği söylemesi halinde yalan tanıklık suçundan cezalandırılacağı yönünde yapılan ihtar ihtar (HMK md. 256/I), tanığın doğru söyleyeceği konusunda yemin edeceği ihtarı (JMK md. 256/I,c), sözlü tanık ifadesi sırasında hâkimin (HMK md. 261/III) veya tarafların ya da vekillerinin (HMK md. 152/I) tanığa soru sormaları gibi düzenlemeler ile tanık beyanının gerçeğin araştırılmasında daha etkin bir rol oynaması sağlanmıştır. Ancak hâkim istisnai durumlarda tanığın sözlü olarak mahkeme huzurunda dinlenmesi yerine tanığa soru kağıdı gönderilmesine karar verebilecektir. Bu yönteme başvurulması istisnai olup, medenî usûl hukukunda delillerin toplanması konusunda geçerli olan ilkenin doğrudanlık ilkesi olduğu ve bu ilkeden ayrılmanın ancak kanunun izin verdiği durumlarda mümkün olmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Akkan, Mine, Medenî Usûl Hukukunda Tanığa Soru Kağıdı Gönderilmesi, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, DEÜHFD Özel Sayı, C.16, 2014, s. 555 vd., s. 604. Doktrinde Akkan, -kanaatimizce de yerinde olarak- tanık dinlenmesiyle ilgili olarak koşulları karşılandığı takdirde, tanığın mahkeme huzurunda dinlenmesi (HMK md. 259/I), eğer gerçeğin ortaya çıkması için gerekliyse tanığın olayın gerçekleştiği veya şeyin bulunduğu yerde dinlenilmesi (HMK md. 259/II), eğer tanık hasta veya engelli olmasından dolayı mahkemeye gelemiyorsa bulunduğu yerde dinlenmesi (HMK md. 259/III), koşulları mevcutsa ses ve görüntü nakli yoluyla dinlenmesi (HMK md. 149/II), mahkemenin yargı çevresi dışında bulunan tanığın bulunduğu yer mahkemesi tarafından dinlenmesi (HMK md. 259/IV), koşulları mevcutsa tanığa soru kağıdı gönderilmesi (HMK md. 246) şeklinde bir sıralama yapılmasının uygun olacağını belirtmiştir (Akkan, s. 588). Ayrıca bkz. Varol Karaosmanoğlu, Gökçe, Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşma Yapılmasına İlişkin Olarak 7251 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişikliklerin Doğrudanlık İlkesi Kapsamında Değerlendirilmesi, AndHD, C.8, S.1, Ocak 2022, s. 71-92.

[116] Yılmaz, s.4121.

[117] Bkz. Kuru, s. 774; Atalay, Pekcanıtez Usûl, s. 1909 vd. ; Postacıoğlu/Altay, s. 711-712; Akil/Özler, s. 65 vd.; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 522.

[118] Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

*gereğince, hâkim delilleri serbestçe değerlendirme yetkisine sahip ise de tanık sözlerinin doğru olması asıldır. Taraflarca sunulan delil listesinde yer alan tanıklarla taraflar arasındaki akrabalık veya diğer bir yakınlık başlı başına tanık ifadelerinin değerini hükümden düşürmez. Aksi düşünce tanık deliline dayalı olarak sürdürülen davalarda olayları en yakından görüp değerlendirebilecek akraba tanıklarının beyanlarına itibar edilmeme durumunu ortaya çıkaracaktır ki hukuk düzeni bu durumu kabul etmez. Aksine ciddi ve inandırıcı deliller olmadıkça asıl olan tanıkların doğruyu söylemiş olmalarıd*ır" şeklinde ifade edilmiştir. Yine Yargıtay 2.HD.'nin 17.10.2016 tarihli, E.2015/20439,K.2016/13818 sayılı kararı, "*Aksine ciddi ve inandırıcı delil ve olaylar bulunmadıkça asıl olan tanıkların gerçeği söylemiş olmalarıdır. (HMK m. 255) Akrabalık veya diğer bir yakınlık başlı başına tanık beyanını değerden düşürücü bir sebep sayılamaz. Dosyada tanıkların olmamışı olmuş gibi ifade ettiklerini kabule yeterli delil ve olgu da yoktur. O halde davalı-karşı davacı kadının eşine "şerefsiz, hayvan oğlu hayvan, erkeklik mi bu" diyerek hakaret ettiği, "biz aşiretiz seni öldürürüm" diyerek tehdit ettiğine ilişkin ve olaylara çok yakın tanık sözlerine değer verilerek isteğin kabulü gerekirken bu yön gözönünde tutulmadan yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve kanuna aykırıdır."* şeklindedir[119].

Doktrinde, uygulamada tanıklar dinlenirken yeterince özenin gösterilmediği, tanıklara somut olayı yeterince aydınlatacak soru sorulmadığı ve genellikle tanıkların soyut beyanlarının esas alındığının gözlemlendiği, bu durumun Yargıtay'ın tanıkların gerçeği söylemiş olmalarını ilke olarak benimseyen içtihatlarıyla[120] birleşince mahkemelerin adeta tanık beyanlarıyla kendilerini bağlı hissetmeye başladıkları, bunun ise yine belirtildiği üzere doktrinde en az güvenilir delil olarak nitelenen tanık beyanını uygulamada davanın sonucunu belirleyecek kuvvette delil gücüne kavuşturarak yakınmalara yol açtığı ifade edilmiştir[121].

Ayrıca hâkimin tanıkları dinlerken azami dikkat ve özeni göstermesi gerekir. Şüphesiz bu da mahkemelerin iş yükünün normal olması varsayımı altında ve hâkimin uzun süre tanığı dinlemesiyle söz konusu olacaktır. Yine hakimin tanığı dinlerken şematik soru ve cevaplardan kaçınması ve somut olayın içine nüfuz ederek tanığı dinlenmesi gerekir[122]. Vurgulamak gerekir ki; tanık beyanının delil değeri tanığın edindiği bilgileri her türlü bozucu etkilerden uzak olarak tam ve dürüst şekilde alma yeteneğine ve gerçeği olduğu gibi aktarma iradesine bağlıdır. Öte yandan hâkimin soruyu sorma tarzı vakıanın gerçekleşme ile tanığın dinlenmesi arasında geçen zamanın uzunluğu veya kısalığa da tanık beyanının delil değeri üzerinde etkili olacaktır[123]

[119] Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.
[120] Bkz. Kuru, s. 774, dipn. 43.
[121] Akil, s. 68-69.
[122] Tuğsavul, s. 611.
[123] Bilge/Önen, s. 523-524.

Kanaatimizce de tanık beyanlarına delil olarak dayanılması durumunda hâkim tarafından tanığın beyanına üstünlük tanınmasının gerekçesi mutlaka kararda açıklanmalıdır. Özellikle tanık olarak gösterilen kişilerin tarafsız olamayacakları kendilerinden beklenemeyecek durumda ise ve tanığın lehine tanıklık yaptığı tarafla menfaat birliği söz konusu ise hükme esas alınmamalı ve diğer delillerle birlikte değerlendirilmelidir. Aynı zamanda tanığın beyanının hükme esas alınması veya alınması durumunda gerekçesi kararda belirtilmelidir.

Nitekim Yargıtay 8.HD., 15.05.2012 tarihli, E. 2012/3469 E.; K. 2012/4310 K. sayılı kararında, menfaatleri bulunması sebebiyle mera ve yaylak davalarında, tanıkların aynı köyden değil komşu köyden seçilmesi gerektiğine karar verilmiştir[124].

Yine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 10.07.2008 tarihli, E. 2008/9940, K.2008/12926 sayılı kararı, "…*Mahkemece her ne kadar davacı tanıkları K1 ve K2'in beyanları, davalı tanıkları ve özellikle gözleme dayalı beyanda bulunan K3'ın anlatımlarına karşı üstün tutularak iddia sabit görülüp hüküm kurulmuş ise de, davacı tanıklarının aynı iddiaya muhatap olduğu, diğer bir ifade ile hakaret ve kovma eyleminin üçüne birlikte yöneltildiği ifade edildiğine göre davalı ile tanıklar arasında da husumet oluştuğu, böylece davacı tanıklarının tarafsız olmalarının düşünülemeyeceği, kaldı ki davacı ve tanıklarının aynı derneğin üyesi olarakta görev yaptıkları bu durumda davacı ile tanıkların davada menfaat birliği içinde oldukları böylece anlatımlarının yansız ve hükme esas kabul edilemeyeceği değerlendirilmeden hukuka aykırı gerekçelerle iddianın sabit görülerek tazminata hükmedilmesi bozmayı gerektirmiştir."*şeklindedir.

Bu noktada Yargıtay HGK'nın 25.02.2015 tarihli, E. 2013/1462, K. 2015/869 K. sayılı kararına da değinmekte fayda vardır[125]. Zira anılan kararda, aynı işverene karşı dava açmış davacı işçilerin tanıklıklarına itibar edilmemesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Bu yöndeki sonuca ulaşılmasının temel gerekçesi, dava sonucunda işçilerin menfaatlerinin doğrudan etkilenecek olmasıdır. Söz konusu karar her ne kadar en baştan itibaren kategorik bir ayrım yaratılarak bir grubun tanıklığının reddedilmesi bakımından eleştiriye açık olsa da[126] -zira bu durum somut olayın özellikleri dikkate alınarak değerlendirilebilecek bir husustur- tanığın tarafsız olamayacağı gerekçesi ile beyanlarına itibar edilmemesi ve bu beyanların diğer yan delillerle birlikte değerlendirilerek sonuca varılması gerektiğini vurgulaması bakımından önem arz eder.

---

[124] "*Hemen belirtmek gerekir ki, uyuşmazlık dava konusu taşınmazların mera ve yaylak niteliğinde olup olmadığına ilişkin olup; taraf tanıklarının komşu köyler halkı arasından seçilerek dinlenilmesi, hava fotoğraflarından yararlanılması, komşu parsellere ait kadastro tutanaklarının onaylı ve okunaklı suretleri ile varsa tutanak ve dayanak tapu ve vergi kayıtlarının getirtilerek mahallinde uygulanması gerekir*."(Legalbank Elektronik Hukuk Bankası).

[125] "*Dairemizin istikrarlı uygulaması gereği, davalı aleyhine dava açanlar tanık olarak dinlenmiş ise bu işçilerin tanıklıklarına kural olarak itibar edilmemesi, bu tanıkların beyanlarının diğer yan delillerle birlikte değerlendirilerek, sonuca gidilmesi gerekir*."(Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi)

[126] Bkz.Akil/Özler, s. 69-70.

Öte yandan Yargıtay'ın bazı kararlarında "*husumetli tanık*" veya "*husumetli tanık anlatımı*[127]" şeklinde bir nitelemede bulunduğu[128] da görülmektedir[129]. Tanık beyanının delil değerinin değerlendirilmesinde en baştanbir ayrım yaratılarak bazı kategoride yer alan tanıkların beyanlarının dikkate alınmaması yönünde bir genelleme yapılamayacağı, somut olayın özellikleri değerlendirilerek her tanığın beyanına ilişkin üstün tutulma veya tutulmama sebeplerini ayrı ayrı gerekçelendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

[127] "…*Başka delillerle desteklenmeden tek başına husumetli tanık anlatımına itibar edilmesi isabetli olmamıştır*" (Yarg. 22.HD, T. 16.02.2016, E. 2016/752, K. 2016/3965), Yarg. 22. HD., T. 23.05.2017, E. 2015/21147, K. 2017/11942 sayılı kararı (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası).

[128] Yargıtay 9.HD, 09.12.2020 tarihli, E. 2016/34571 , K. 2020/17843 E. Sayılı kararında da aynı yönde davacı tanıklarının davalıya karşı açılmış davalarının olduğu ve husumetli oldukları anlaşıldığından bu tanıkların beyanlarının ücret tespitinde dikkate alınmasının mümkün olmadığına hükmedilmiştir (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası)

[129] Karş. Yılmaz, s. 4125.

RUSYA-UKRAYNA SAVAŞI BAĞLAMINDA ULUSLARARASI SİLAHLI ÇATIŞMALAR HUKUKUNDA SİVİLLERİN KORUNMASI

Firdes Şeyda KAHRAMAN*

Özet

Uluslararası insancıl hukuk, sivilleri ve diğer savaşmayan kişileri çatışmalar sırasında korumaktadır. Bir çatışmanın taraflarının, savaşçılar ve siviller arasında ayrım yapmaları gerektiğine ilişkin kurallar 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve 1977 tarihli Ek Protokolleri'nde düzenlenmektedir. Silahlı çatışmalar hukukuna göre, silahlı bir çatışmanın tarafının düşmanlıkları yürütme şeklini düzenleyen ayrım, orantılılık ve önlem şeklinde üç temel ilke mevcuttur. Söz konusu ilkeler, sivilleri düşmanlıkların etkilerine karşı korumayı amaçlamaktadır. Siviller, silahlı çatışmalarda doğrudan yer almadıkça, silahlı çatışmanın taraflarının saldırılarında hedef alınmayacakları ayrım ilkesinin bir gereğidir. Günümüzde Ukrayna'da, silahlı çatışmanın diğer bir tarafı olan Rusya Federasyonu'nun sivilleri koruyan ilkelerin ihlaline sebebiyet vermesini gündeme getirmektedir.

24 Şubat 2022 tarihinde Rusya tarafından Ukrayna'nın toprak bütünlüğü ve egemenliğine karşı kuvvet kullanmasıyla başlayan eylemler, günümüzde devam etmekte ve söz konusu tarihte başladığı günden itibaren sivillerin korunması konusunu gündeme getirmektedir. İki veya daha fazla devlet arasında bir kuvvete başvurulması durumunda ortaya çıkan uluslararası silahlı çatışma, Rusya ve Ukrayna arasında mevcuttur. Bir uluslararası silahlı çatışma meydana geldiğinde, Cenevre Sözleşmeleri ve I No.lu Ek Protokol'de düzenlenen hükümler uygulama alanı bulmaktadır. Bu bağlamda, Cenevre Sözleşmeleri uyarınca sivillere ve sivil nesnelere yönelik, ayrım gözetmeyen ve orantısız saldırılar yasaklanmıştır. Silahlanan sivillerin, düşmanlıklara doğrudan katılması durumunda Rusya'ya ait silahlı kuvvetler bakımından meşru bir hedef haline gelmeleri mümkündür. Rusya'nın Ukrayna'da sivillere yönelik gerçekleştirdiği eylemlerin Cenevre Sözleşmeleri'nin ihlali bağlamında savaş suçu teşkil edebileceği sonucuna varılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Rusya-Ukrayna savaşı, sivillerin korunması, uluslararası silahlı çatışma, Cenevre Sözleşmeleri, uluslararası insancıl hukuk

* Çankırı Karatekin Üniversitesi, ORCID ID: 0000-0002-6169-9420.

1.RUSYA VE UKRAYNA ARASINDA GERÇEKLEŞEN SİLAHLI ÇATIŞMANIN TÜRÜNÜN ULUSLARARASI İNSANCIL HUKUK BAĞLAMINDA TESPİTİ

1.a) Uluslararası İnsancıl Hukuk

Uluslararası insancıl hukuk olarak adlandırılan silahlı çatışmalar hukukunun temel amacı, silahlı çatışmaların mağdurlarını korumak ve askeri gereklilik ile insancıllık (*humanity*) arasındaki dengeye dayanan düşmanlıkların yürütülmesini düzenlemektir.[1] Uluslararası insancıl hukuk, çatışmalara katılmayan veya artık katılamayan kişileri koruyarak ve savaşanların kullanabileceği savaş araç ve yöntemlerini düzenleyerek, silahlı çatışmaların etkilerini sınırlamaya çalışmaktadır.[2] Silahlı çatışmalar hukuku, ilahlı çatışmalardan etkilenen veya etkilenebilecek kişileri ve nesneleri korumayı amaçlayarak silahlı çatışmaları, hukuk düzenine tabi kılmaktadır.[3] Uluslararası insancıl hukuk, sivilleri askeri operasyonların etkilerinden korumak için kapsamlı bir yasal çerçeve oluşturmaktadır.[4]

Rusya Federasyonu ve Ukrayna arasında meydana gelen silahlı çatışmanın uluslararası insancıl hukuk bağlamında hangi türde bir çatışma olduğunun belirtilmesi gerekmektedir. Söz konusu tespit, meydana gelmiş ve süre gelen silahlı çatışmada uygulanacak kuralları etkilemesi nedneiyle önem arz etmektedir.

1.b) Uluslararası Bir Silahlı Çatışma

Uluslararası insancıl hukuk, uluslararası silahlı çatışmalarla ilgili olarak 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 2(1). maddesinde, iki veya daha fazla yüksek akit taraf arasında ortaya çıkabilecek tüm savaş ilan edilmiş durumlar veya diğer silahlı çatışmalar için (silahlı kuvvetlerin müdahalesine yol açan herhangi bir farklılık), savaş durumu bunlardan biri tarafından tanınmasa dahi geçerli olduğu düzenlenmiştir.[5] Silahlı çatışma kavramı, 1949'dan itibaren geleneksel "savaş" kavramının yerini almıştır.[6]

24 Şubat 2022 tarihinde Rusya tarafından Ukrayna'ya karşı gerçekleştirilen

---

[1] MELZER, Nils, The Principle of Distinction Between Civilians and Combatants, (eds.) Clapham, A. and Gaeta, P. *The* Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict. Oxford University Press, 2015, s.1.

[2] MOTTA, Francesco Pietro Alessandro, The Legal Protection of Civilians in Armed Conflict and Military Occupation, Doctor of Philosophy, Australian National University, 2012, s.157.

[3] FELIX, Bidali, Protection of Civilian Population by International Humanitarian Law During International Armed Conflıct Case Study 2008-2014 Israeli- Palestinian Armed Conflict, Kampala Internaternational University, 2016, s.1.

[4] WASZINK, Camilla, "*Protection of Civilians Under International Humanitarian Law: Trends and Challenges*," Norwegian Peacebuilding Resource Centre, NOREF Report, 2011, s.1.

[5] Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977. https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=696C11E357DC2C9AC12563CD0051D659 (erişim tarihi 04.07.2022).

[6] FELIX, s.11.

eylem "özel askeri operasyon" şeklinde tanımlanmış olsa da[7] Birleşmiş Milletler, söz konusu saldırıyı Ukrayna'nın toprak bütünlüğü ve egemenliğinin ve BM Şartı'nın 2. maddesinin 4. paragrafında düzenlenen kuvvet kullanma yasağının ihlali olarak değerlendirmiştir.[8] Rusya'nın Ukrayna'yı işgaline yönelik, BM Genel Kurulu'nun 18 Mart 2022 tarihli "Ukrayna'ya Karşı Saldırganlık" Kararı[9] mevcuttur. Rusya'ya ait silahlı kuvvetler ile Ukrayna silahlı kuvvetleri arasındaki düşmanlıklar, devletler arasında bir silahlı çatışma olduğundan uluslararası bir silahlı çatışma olarak sınıflandırılabilir. Bu durum, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'nin, 1977 tarihli I No.lu Ek Protokolü'nün ve uluslararası insancıl teamül hukukunun uygulanabilir olduğu anlamına gelmektedir. Ukrayna[10] ve Rusya[11] 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'ne taraf olmalarına rağmen, 2019 yılında Rusya, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek 1977 tarihli I No.lu Protokol'den çekilmiştir.[12]

1977 tarihli Ek Protokol'deki çoğu hüküm, uluslararası teamül hukuku kuralları ile paralel kurallar içerdiğinden Rusya'nın I No.lu Ek Protokol'den çekilmiş olsa da uluslararası teamül hukuku kuralı olarak kabul edilen Protokol hükümleri, Rusya bakımından geçerli olmaya devam etmektedir.[13] Bir devlet uluslararası teamül hukuku yükümlülüklerini bir antlaşmadan geri çekilme yoluyla sona erdirememektedir.[14]

1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'ne Ek I No.lu Protokol'ün 35. maddesinde, herhangi bir silahlı çatışmada, çatışmanın taraflarının savaş yöntem ve araçlarını seçme haklarının sınırsız olmadığı düzenlenmiştir.[15] Bir uluslararası silahlı çatışma sırasında

[7] AGUILERA, Jasmine, "Russia Has Killed Hundreds of Civilians. But Has It Committed War Crimes?", https://time.com/6152798/russia-rules-of-war-crimes-ukraine/ (04.07.2022).

[8] United Nations Charter, San Francisco, 1945, https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf (erişim tarihi 18.07.2022).

[9] Beyaz Rusya, Kore Demokratik Halk Cumhuriyeti, Eritre, Rusya ve Suriye şeklinde beş ülke karşı oy kullanırken, 35 devlet çekimser kalmıştır; Aggression against Ukraine, Resolution adopted by the General Assembly on 2 March 2022, A/RES/ES-11/1, https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/293/36/PDF/N2229336.pdf?OpenElement (erişim tarihi 04.07.2022).

[10] International Committee of the Red Cross, Treaties, States Parties and Commentaries, Ukraine, https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreatiesByCountrySelected.xsp?xp_countrySelected=UA (erişim tarihi 04.07.2022).

[11] International Committee of the Red Cross, Treaties, States Parties and Commentaries, Russian Federation, https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreatiesByCountrySelected.xsp?xp_countrySelected=RU (erişim tarihi 04.07.2022).

[12] Rusya Federasyonu'nun 1977 tarihli I No.lu Ek Protokol'den tek taraflı çekilmesine ilişkin bkz. International Committee of the Red Cross, Treaties, States Parties and Commentaries, Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977. https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Notification.xsp?action=openDocument&documentId=74BABBD71087E777C1256402003FB5D4 (erişim tarihi 04.07.2022).

[13] MOTTA, s.161.

[14] MOTTA, s.160.

[15] International Committee of the Red Cross, Treaties, States Parties and Commentaries, Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977. Article 35, https://ihl-

siviller, savaşan taraflarca kasıtlı olarak hedef alınabildiklerinden, çağdaş silahlı çatışmaların genelinde mağdurların çoğunluğunu siviller oluşturmaktadır. Silahlı çatışmanın taraflarının uluslararası insancıl hukuk kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmeye kararlı oldukları durumlarda dahi, askeri operasyonlar genellikle çok sayıda sivil kayba ve sivil mülkün yaygın bir şekilde tahrip edilmesine neden olmaktadır. Savaşan tarafların, kasıtlı olarak sivil bölgelerde hareket ederek, düşmanlarına zarar vermek amacıyla doğrudan sivillere saldırıp, uluslararası insancıl hukuka aykırı savaş araç ve yöntemlerine başvurarak düşmanlıkları yürütebildikleri görülmektedir.[16] Askeri operasyonların gerçekleştiği veya yoğunlaştığı alanların kentsel alanlar olduğu veya nüfusun yoğun olduğu diğer bölgelerde giderek daha fazla yürütüldüğü görülmektedir.[17] Bu durum, 1949 tarihli IV. Cenevre Sözleşmesi bağlamında korunan sivilleri belirli risklere maruz bırakmaktadır. Bu tür operasyonlarda siviller çatışmanın merkezinde bulmaktadır.

Rusya-Ukrayna savaşında Ukraynalı siviller, ülkelerinin savunmasına katılmaktadır. Rusya ordusuna direnmek için kendiliğinden silahlanan sivil gönüllüler olduğuna ilişkin açıklamalar bulunmaktadır. Ukrayna hükümeti tarafından, 25 Şubat 2022 Cuma gününe kadar örneğin; Kiev'deki sivil savunma güçlerine 18.000'den fazla tüfek dağıtıldığı, tüm Ukraynalıların ülkelerini savunmaya çağırıldığına ilişkin açıklamalar da mevcuttur.[18] Bir işgalciye karşı silahlı çatışmaya giren sivillerin Rus kuvvetleri tarafından yakalanması veya öldürülmesi durumunda uluslararası hukuktaki sonuçlarını belirleyebilmek üzere silahlı çatışmalar hukuku bağlamında savaşçıların ve sivillerin statüsünden bahsetmek gerekmektedir.

2. SİVİLLER VE SAVAŞÇILAR ARASINDAKİ AYRIM

2.a) Siviller

databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=0DF4B935977689E8C12563CD0051DAE4 (erişim tarihi 04.07.2022).

[16] WASZINK, "Protection of Civilians Under İnternational Humanitarian Law: Trends and Challenges," Norwegian Peacebuilding Resource Centre, NOREF Report, 2011, s.1.

[17] WASZINK, s.8.

[18] CRAWFORD, Emily, "*Armed Ukrainian Citizens: Direct Participation in Hostilities, Levée en Masse, or Something Else?*", 1 March 2022, https://www.ejiltalk.org/armed-ukrainian-citizens-direct-participation-in-hostilities-levee-en-masse-or-something-else/ (erişim tarihi 18.07.2022).

1949 Cenevre Sözleşmelerine Ek 1977 tarihli I No.lu Protokol'de "sivil"in ilk kodifiye edilmiş tanımı madde 50(1)'de[19] savaşçı[20] olmayan tüm kişiler olarak yapılmıştır.[21] Uluslararası insancıl teamül hukuku Kural 5'e göre sivil bir kişi, silahlı kuvvetlerin bir üyesi olmayan herhangi bir kişidir.[22] Sivil teriminin tanımının olumsuz bir şekilde yapılmış olup, uluslararası insancıl hukuk uyarınca silahlı kuvvetlerin[23] üyesi olmayan tüm kişilerin yanı sıra kitle halinde ayaklanmaya (*levee en masse*) katılmayan herkesi içermektedir. Bir kitle halinde ayaklanmaya katılma istisna olmak üzere, siviller, çatışmanın bir tarafının silahlı kuvvetlerinin üyesi olmadıkça savaşçı olamazlar.[24]

Siviller, çatışmanın taraflarınca kasten hedef alınamazlar. Çatışmanın taraflarının, sivillere ve sivil nesnelere verilen zararı en aza indirgemek ve savaşçılar ile siviller arasında ayrım yapmayan veya sivil nüfusa orantısız zarar verecek saldırılar gerçekleştirmemek için mümkün olan tüm önlemleri almaları gerekmektedir.[25] Sivilleri hedef almak, uluslararası hukuka göre savaş suçudur.[26] Uluslararası insancıl teamül hukuku Kural 6 uyarınca siviller, düşmanlıklara doğrudan katılmadıkları sürece ve bu

[19] Sivil, III. Cenevre Sözleşmesi'nin 4. maddesinin (A) (1), (2), (3) ve (6) numaralı paragraflarında ve bu Protokol'ün 43. maddesinde belirtilen kişi kategorilerinden birine mensup olmayan herhangi bir kişidir. Bir kimsenin sivil olup olmadığı konusunda şüphe duyulması halinde, o kişi sivil olarak kabul edilir; International Committee of the Red Cross, Treaties, States Parties and Commentaries, Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977. https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Notification.xsp?action=openDocument&documentId=74BABBD71087E777C1256402003FB5D4 (erişim tarihi 04.07.2022).

[20] Dört Cenevre Sözleşmeleri'nin hiçbiri silahlı kuvvetler, savaşçı veya sivil terimlerini tanımlamamaktadır.

[21] 1977 tarihli I No.lu Ek Protokol'ün 50.maddesinde siviller, savaşçı olmayan tüm kişiler olarak tanımlanmıştır. Sivil; silahlı kuvvetlerin, milislerin veya bu silahlı kuvvetlerin bir parçasını oluşturan gönüllü birliklerin üyesi olmayan ve örgütlü direnişçi grupların üyesi olmayan herhangi bir kişidir.

[22] Uluslararası İnsancıl Teamül Hukuku, Cilt I: Kurallar, Jean-Marie Henkaerts ve Louise Doswald-Beck (ed.), Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 66, Uluslararası Kızılhaç Komitesi, 2005, https://www.icrc.org/en/doc/home/languages/turkish/files/uluslararasi-insancil-teamul-orfadet-hukuku-customary-ihl-vol1.pdf (erişim tarihi 05.07.2022).

[23] Siviller, silahlı kuvvetler veya yardımcı veya tamamlayıcı örgütlerin üyeleriyle hiçbir bağlantısı olmayan tüm kişiler anlamına gelmektedir; AL SAADI, Omar, The Protection of Civilians: 2003 Invasion of Iraq and Beyond, 2018, s.2, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3238503 (erişim tarihi 05.07.2022).

[24] Bu nedenle, uluslararası silahlı çatışma durumları söz konusu olduğunda, silahlı kuvvetlere üye olmadan düşmanlıklara doğrudan katılan siviller, doğrudan saldırıya karşı korumalarını geçici olarak kaybetseler dahi sivil kalmalılar; MELZER, "The Principle of Distinction…", s.8.

[25] Kural 1.Siviller ile Muhariplerin Ayırt Edilmesi: "Bir çatışmanın tarafları, siviller ile muhariplerin her zaman birbirinden ayırt etmek zorundadır. Saldırılar yalnızca muhariplere yönelik olabilir. Sivillere karşı saldırı yapılamaz." Bu kuralda, savaşçı terimi alışılmış anlamında kullanılmıştır; sivil kişilere sağlanan saldırıdan korumadan yararlanmayan kişileri işaret etmektedir, fakat savaş esiri ya da muharip statüsü hakkını içermemektedir. Bu kural çatışma dışı kaldığı kabul edilen kişilere saldırı yasağıyla ve çatışmalara doğrudan katılmaları dışında sivil kişilerin saldırılardan korunduğunu belirten kural ile birlikte okunmalıdır; Uluslararası İnsancıl Teamül Hukuku, Cilt I: Kurallar, Jean-Marie Henkaerts ve Louise Doswald-Beck (ed.), Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 66, Uluslararası Kızılhaç Komitesi, 2005, https://www.icrc.org/en/doc/home/languages/turkish/files/uluslararasi-insancil-teamul-orfadet-hukuku-customary-ihl-vol1.pdf (erişim tarihi 05.07.2022).

[26] Rome Statute of the International Criminal Court, The Hague, 2011, madde 8(2)(b)(2), https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf (erişim tarihi 05.07.2022).

süre boyunca çatışmanın taraflarınca saldırılara karşı korunurlar.[27] Diğer bir deyişle siviller, düşmanlıklara doğrudan katılırlarsa, doğrudan yer aldıkları sürece hedef alınabilirler. Sivillerin korunmasına ilişkin temel kuralların çoğu, uluslararası insancıl teamül hukuku olarak kabul edilmektedir ve Cenevre Sözleşmeleri'ne taraf olsun ya da olmasın tüm devletler bakımından bağlayıcıdır.

Ukrayna'nın belli yerlerinde Rusya'ya ait kuvvetler ile karşılaşan Ukrayna vatandaşları mevcuttur. Örneğin; bir sokak arasına müdahale eden Rusya'ya ait askeri kuvvetlere karşı koymak isteyen Ukraynalı siviller durumunda savaşçılar ile siviller karşı karşıya gelmektedir. Böyle bir durumda Ukrayna vatandaşlarının statüsünü açıklayabilmek kolay olmamaktadır.

Rusya silahlı kuvvetlerine karşı koyan Ukrayna vatandaşları sivildirler. Savaşçı statüsü, özellikle doktrinde çokça yer verilen savaş esirlerinin görecekleri muameleyi düzenleyen 1949 tarihli III. Cenevre Sözleşmesi'nin 4. maddesinin A(2). paragrafı uyarınca kabul edilmektedir. Bu düzenlemeye göre a) başlarında, madunlarından mesul bir şahıs bulunması, b) sabit ve uzaktan seçilebilir bir alâmetleri bulunması, c) açıkça silah taşımaları, d) hareketlerinde, harp kanunlarıyla adetlerine riayet etmeleri gerekmektedir.[28] Söz konusu düzenlemeye göre Ukrayna vatandaşları savaşçı olarak kabul edilmemektedir.

Doktrindeki bir görüş *"…Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin yorumunda (commentary), III. Cenevre Sözleşmesi'nin 4. maddesi uyarınca savaş esiri statüsüne sahip olma hakkının savaşçı statüsünü 'ima ettiği' yönündeki açıklama, uygun bir dikkatle okunmalıdır ve genelleştirilemez*[29]" şeklindedir. Söz konusu görüşten hareketle

[27] Uluslararası İnsancıl Teamül Hukuku, Cilt I: Kurallar, Jean-Marie Henkaerts ve Louise Doswald-Beck (ed.), Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 66, Uluslararası Kızılhaç Komitesi, 2005, https://www.icrc.org/en/doc/home/languages/turkish/files/uluslararasi-insancil-teamul-orfadet-hukuku-customary-ihl-vol1.pdf (erişim tarihi 05.07.2022).

[28] 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, Melike Batur Yamaner, Emre Öktem, Bleda Kurtdarcan, Mehmet C. Uzun, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 42, Uluslararası Kızılhaç Komitesi, http://ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/434_1.pdf (erişim tarihi 05.07.2022).

[29] MELZER, "The Principle of Distinction…", s.5.

sivil, III.Cenevre Sözleşmesi'nin madde 4(A)(1)[30], (2)[31], (3)[32] ve (6)[33]'da ve I No.lu Ek Protokol'ün 43. maddesinde sözü edilen kişi kategorilerine girmeyen kişilerdir.

Doktrindeki görüşün açıklanabilmesinde III. Cenevre Sözleşmesi'nin yorumundaki amaca yer verilmelidir. Bir grubun, madde 4A(2)'nin amaçları doğrultusunda bir savaşan tarafa ait olmasında gerekli iki unsurdan birincisi, grubun o taraf adına savaşması gereği ve ikinci olarak ise o tarafın, hem grubun savaşma rolünü hem de savaşın grup adına yapıldığı gerçeğini kabul etmesi gereğidir.[34] Milis ve/veya gönüllü kolordu (*corps*) üyelerinin savaş esiri statüsünden yararlanabilmeleri, ait oldukları grubun kendisinin devlete "ait" olması şartına ek olarak, madde 4(A)(2)'de belirtildiği üzere toplu şekilde dört koşulu[35] yerine getirmeleriyle mümkündür.[36] Rusya kuvvetlerine karşı koyan Ukrayna vatandaşları söz konusu dört şartı sağlayamadıkları takdirde -sağlayabildiklerine ilişkin bir bilgi mevcut olmamakla birlikte - sivil olarak kabul edilmeye devam edilmelidirler.

[30] Madde 4(A)(1)'de yer alan düzenleme "İhtilafa dahil bir tarafın silahlı kuvvetleri mensuplarıyle, bu silahlı kuvvetlere dahil milislerin ve gönüllü birliklerinin mensupları" şeklindedir.

[31] Madde 4(A)(2)'de yer alan düzenleme "Teşkilâtlı mukavemet hareketlerine iştirak edenler de dahil olmak üzere, ihtilafa dahil bir tarafa mensup olup, kendi ülkeleri işgal altında olsa dahi o ülkenin dışında veya içinde faaliyette bulunan diğer milis mensuplarıyla gönüllü birlikler mensupları; şu kadar ki, mezkur teşkilâtlı mukavemet de dahil olmak üzere bu milislerin veya gönüllü birliklerinin aşağıdaki şartları haiz bulunmaları lazımdır: a) başlarında, madunlarından mesul bir şahıs bulunması, b) sabit ve uzaktan seçilebilir bir alâmetleri bulunması, c) açıkça silah taşımaları, d) hareketlerinde, harp kanunlarıyla adetlerine riayet etmeleri" şeklindedir. Düzensiz kuvvetlerin savaşçı (*combatant*) ayrıcalığına ve savaş esiri statüsüne sahip olmaları, III. Cenevre Sözleşmesi'nin 4.maddesinde belirtilen söz konusu dört şartın toplu olarak yerine getirmelerine bağlıdır; 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, Melike Batur Yamaner, Emre Öktem, Bleda Kurtdarcan, Mehmet C. Uzun, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 42, Uluslararası Kızılhaç Komitesi, http://ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/434_1.pdf (erişim tarihi 05.07.2022).

[32] Madde 4(A)(3)'de yer alan düzenleme "Kendilerinin hükmünde tutan devletçe tanınmamış bir hükümet veya idareye tabiiyet iddiasında bulunan silahlı kuvvetler mensupları" şeklindedir.

[33] Madde 4(A)(4)'te yer alan düzenleme "Açıkça silah taşımak ve harp kanunlarıyle adetlerine riayet etmek kaydıyle, düşmanın yaklaşması üzerine muntazam silahlı kuvvetler halinde teşekküle vakit bulamadan istilâ kuvvetleriyle mücadele etmek üzere kendiliklerinden silaha sarılan işgal edilmemiş bir ülkenin ahalisi" (Kitle halinde ayaklananlar) şeklindedir.

[34] Commentary of 2020 Article 4: Prisoners of War, Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War. Geneva, 12 August 1949. Treaties, States Parties and Commentaries, Parag. 1005, https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=1796813618ABDA06C12585850057AB95 (erişim tarihi 06.07.2022).

[35] Madde 4(A)(2)'de yer alan düzenleme "a) başlarında, madunlarından mesul bir şahıs bulunması, b) sabit ve uzaktan seçilebilir bir alâmetleri bulunması, c) açıkça silah taşımaları, d) hareketlerinde, harp kanunlarıyla adetlerine riayet etmeleri" şeklindedir.

[36] Commentary of 2020 Article 4: Prisoners of War, Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War. Geneva, 12 August 1949. Treaties, States Parties and Commentaries, Parag. 1010, https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=1796813618ABDA06C12585850057AB95 (erişim tarihi 06.07.2022).

Bir başka kategoriye sahip olabilecekler sivil statüsünü koruyup, savaş esiri statüsüne sahip olanlardır. Yorum uyarınca madde 4A'nın (4)[37] ve (5).[38] paragrafları, silahlı kuvvetlere fiilen üye olmaksızın eşlik edenler ve bir çatışma taraflarının ticari deniz ve sivil hava araçlarının mürettebatı şeklinde iki kategorideki kişilerle ilgilidir. Söz konusu paragraflarda yer verilen siviller, savaş esiri statüsüne sahip olan ancak savaşan statüsü, muafiyet veya ayrıcalıklara sahip olmayan yegane iki kategoridir.[39] III. Cenevre Sözleşmesi, iki "sivil" savaş esiri kategorisini içermekle birlikte, Sözleşme'deki hükümlerin çoğu, askeri savaş esirleri düşünülerek hazırlanmışsa da savaşanların ve sivillerin görecekleri muamele ile ilgili olarak, III. Cenevre Sözleşmesi'ndeki düzenlemeler savaşan ve sivil olan savaş esirleri arasında ayrım yapmamaktadır.[40] Özetle yukarıda yer verilen doktrindeki görüşe göre aslında savaşçı statüsüne sadece silahlı kuvvetlerin dahil edilebileceği, diğer kişileri ise yine sivil olarak kabul edilip, ancak sivil kişilere savaşçıların sahip olduğu ayrıcalıkları ve savaş esiri statüsünün tanınması şartlarının belirtildiğini düşündürmektedir.

Sivillerle ilgili yer verilmesi gereken bir başka durum ise uluslararası bir silahlı çatışma sırasında sivillerin düşman kuvvetlerine karşı koyması sırasında da düşmanlıklara doğrudan katılma şartlarını yerine getirip getirmedikleridir. Doğrudan saldırıya karşı muafiyete sahip kişiler, kişisel davranışları nedeniyle korumalarını kaybedebilirler. Siviller silahlı çatışmalarda doğrudan yer alırlarsa, kendilerine tanınan muafiyet kalkar. Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin hazırlamış olduğu Yorumlayıcı Kılavuz'a[41] göre, belirli bir eylemin düşmanlıklara doğrudan katılım[42] olarak

[37] Refakat ettikleri silahlı kuvvetlerin müsaadesini almış bulunmak ve bu maksatla bu kuvvetler kendilerine merbut numunesine uygun bir hüviyet kartı vermekle mükellef olmak şartıyla, askerî uçakların sivil mürettebatı, harp muhabirleri, müteahhitler, askerin esbabı istirahatını temine memur çalışma birlik veya hizmetlerinin mensupları gibi, silahlı kuvvetlere doğrudan doğruya dahil olmamakla beraber bu kuvvetleri takip eden şahıslar.

[38] Kumandanlar, pilotlar ve namzetler dahil olmak üzere, ihtilafa dahil tarafların devletler hukukunun sair hükümlerine göre müsaadekâr bir muameleden istifade etmiyen ticaret filoları mürettebatiyle sivil havacılık mürettebatı.

[39] Commentary of 2020 Article 4: Prisoners of War, Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War. Geneva, 12 August 1949. Treaties, States Parties and Commentaries, Parag. 1045, https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=1796813618ABDA06C12585850057AB95 (erişim tarihi 06.07.2022).

[40] Commentary of 2020 Article 4: Prisoners of War, Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War. Geneva, 12 August 1949. Treaties, States Parties and Commentaries, Parag. 1046, https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=1796813618ABDA06C12585850057AB95 (erişim tarihi 06.07.2022).

[41] MELZER, Nils, Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities Under International Law, International Committee of The Red Cross, 2009, https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/icrc-002-0990.pdf (erişim tarihi 06.07.2022).

[42] "*Korumayı kaybedilmesinde siviller, ya doğrudan zarar veren eylemlerde bulunabilir ya da doğrudan zarar veren bir operasyona katılabilirler. Uluslararası Kızılhaç Komitesi, doğrudan katılımın kapsamı hakkında dar bir bakış açısına sahiptir. İlgili hükümleri içeren metin, silahlı çatışmaya katılımdan değil, genel olarak çatışmaya dahil olmaktan daha dar bir ifade olan düşmanlıklara katılımı ele almaktadır. Düşmanlıklara katılım, askeri operasyonlara katılımı göstermektedir. Ayrıca, katılım "doğrudan" olmalıdır. Dolayısıyla, askeri operasyonlara tüm katılım, saldırılara karşı koruma kaybı anlamına gelmemektedir. Mevcut bağlamda, doğrudan nedensellik, söz konusu zararın tek bir nedensel adımda ortaya çıkması gerektiği anlamına gelmelidir. Bu nedenle, bir tarafın düşmanına zarar verme*

nitelendirilebilmesi için, üç kriteri karşılaması gerekir. İlk olarak, eylemden kaynaklanması muhtemel zararın, belirli bir eşiğe (zarar eşiği)[43] ulaşması gerekir. Eylemin, silahlı bir çatışmanın taraflarından birinin askeri operasyonlarını veya askeri kapasitesini olumsuz yönde etkilemesi veya alternatif olarak, doğrudan saldırıya karşı korunan kişi veya nesnelere ölüm, yaralanma veya yıkıma uğratması muhtemel olmalıdır. İkinci olarak, eylem ile beklenen zarar arasında (doğrudan nedensellik)[44] doğrudan bir nedensel ilişki olmalıdır. Diğer bir deyişle, eylem ile bu eylemden ya da bu eylemin ayrılmaz bir parçasını oluşturan koordineli bir askeri operasyondan kaynaklanması muhtemel zarar arasında doğrudan bir nedensel bağ olmalıdır. Üçüncü olarak ise eylem ile silahlı çatışmanın tarafları arasında meydana gelen düşmanlıklar

kapasitesini yalnızca geliştiren veya koruyan ya da başka bir şekilde yalnızca dolaylı olarak zarar veren bireysel davranış, düşmanlıklara doğrudan katılım kavramının dışında tutulmaktadır. Örneğin, silahlı bir çatışmanın bir tarafına ekonomik yaptırım rejimi uygulamak, onu finansal varlıklardan mahrum bırakmak veya düşmanına malzeme ve hizmetler (elektrik, yakıt, inşaat malzemesi, finans ve finansal hizmetler gibi) sağlamak, o tarafın askeri kapasitesi veya operasyonları üzerinde potansiyel olarak önemli, ancak yine de dolaylı bir etkiye sahip olacaktır. Dolaylı katılımın diğer örnekleri arasında, bilimsel araştırma ve tasarımın yanı sıra, gerekli zarar eşiğine doğrudan neden olmak için tasarlanmış belirli bir askeri operasyonun ayrılmaz bir parçası olarak gerçekleştirilmediği sürece silah ve teçhizatın üretimi ve taşınması yer almaktadır. Benzer şekilde, personelin işe alınması ve eğitilmesi, çatışmanın bir tarafının askeri kapasitesi için çok önemli olsa da düşmana verilen zararla nedensel bağlantı genellikle dolaylı olarak kalacaktır. Ancak kişilerin önceden belirlenmiş bir düşmanca eylemin yürütülmesi için özel olarak işe alındığı ve eğitildiği durumlarda, bu tür faaliyetler bu eylemin ayrılmaz bir parçası olarak ve dolayısıyla düşmanlıklara doğrudan katılım olarak kabul edilebilir"; AKANDE, Dapo, "Clearing the Fog of War? The ICRC's Interpretive Guidance on Direct Participation in Hostilities", 2009, https://www.ejiltalk.org/clearing-the-fog-of-war-the-icrcs-interpretive-guidance-on-direct-participation-in-hostilities/ (erişim tarihi 06.07.2022).

[43] "*Zarar eşiği: Belirli bir eylemin düşmanlıklara doğrudan katılım olarak nitelendirilmesi için, ortaya çıkması muhtemel zararın belirli bir eşiğe ulaşması gerekir. Bu eşiğe, silahlı bir çatışmanın taraflarından birinin askeri operasyonları, örneğin silahlı kuvvetlere karşı silah kullanımı veya operasyonlarını, konuşlandırmalarını veya tedariklerini engelleyerek olumsuz yönde etkilendiğinde, ulaşılır. Askeri bir zarara neden olmadığı durumlarda, doğrudan saldırıya karşı korunan kişilere veya nesnelere ölüm, yaralanma veya imha vererek de gerekli zarar eşiğine ulaşılabilir. Örneğin, sivil yerleşim alanlarının bombalanması veya topa tutulması (shelling), sivillere karşı keskin nişancılık veya mülteci kamplarına yönelik silahlı baskınlar, düşmana ani askeri zarar vermese bile, düşmanlıklara katılım anlamına gelebilir. Düşmanlıklara doğrudan katılımın, zararın fiilen gerçekleşmesini değil, yalnızca söz konusu davranışın böyle bir zararla sonuçlanmasının nesnel olasılığını gerektirdiği belirtilmelidir. Zarar eşiği, doğrudan katılımı aşırı dar bir şekilde tanımlayan I No.lu Ek Protokol Yorumu'nun ötesine geçmektedir. Bu yorum şu şekildedir: "Doğrudan" katılım, doğası veya amacı gereği düşman silahlı kuvvetlerinin personeline ve teçhizatına fiilen zarar vermesi muhtemel savaş eylemleri anlamına gelir*", Melzer, "The Principle of Distinction…", s.22.

[44] "*Doğrudan nedensellik: Gerekli zarar eşiğine yol açması muhtemel her davranış, düşmanlıklara doğrudan katılım anlamına gelmez. Tarih boyunca, sivil halk, silah, teçhizat, yiyecek ve barınak üretimi ve tedariki yoluyla ya da mali, idari ve siyasi destek yoluyla genel savaş çabalarına katkıda bulunmuştur. Düşmanlıklara "dolaylı" katılım yerine "doğrudan" olarak nitelendirilebilmesi için, söz konusu eylem ile ortaya çıkan zarar arasında doğrudan bir nedensellik ilişkisi olmalıdır. Bu bağlamda, doğrudan nedensellik, zararın tek bir nedensel adımda meydana geldiği anlamına gelecek şekilde yorumlanmalıdır. Buna göre, bir tarafın gelecekteki belirsiz operasyonlarda düşmanına zarar verme kapasitesini yalnızca geliştiren veya sürdüren eylemler, ortaya çıkan zarara kesintisiz bir olaylar zinciri aracılığıyla bağlı olsalar bile, düşmanlıklara "doğrudan" katılım anlamına gelmez ve hatta silah ve mühimmat üretimi veya genel personel alımı ve eğitilmesi gibi sebepler nedensellik için vazgeçilmez olabilir. Düşmanlıklara doğrudan katılma kavramı, yalnızca diğer eylemlerle bağlantılı olarak zarara neden olan eylemleri de içerebilir, yani söz konusu eylem, gerekli zarar eşiğine doğrudan neden olan koordineli bir taktik operasyonun ayrılmaz bir parçası olduğunda. Buna ek olarak, düşmanlıklara doğrudan katılmaya yönelik belirli bir eylemin yürütülmesine ve bunun yanı sıra yürütme yerine konuşlandırılması ve buradan geri dönüşüne yönelik hazırlık önlemleri, bu eylemin ayrılmaz bir parçasını oluşturur*", MELZER, "The Principle of Distinction…", s.22.

(savaşçı bağlantı noktası)[45] arasında yakın ilişki olmalıdır. Diğer bir deyişle, eylem, çatışmanın bir tarafını desteklemek ve bir başkasının zararına olmak için gerekli zarar eşiğine doğrudan neden olacak şekilde özel olarak tasarlanmalıdır.

Siviller, düşmanlıklarda doğrudan yer almaları durumunda yine sivil olarak kabul edilmekle birlikte, sivillere tanınan saldırılardan muaf olmaları durumunda muafiyetlerini kaybedecekler ve meşru askeri hedefler olacaklardır. Meşru askeri hedef olan kişileri; savaşçılar, düşmanlıklara doğrudan katılan siviller ve silahlı kuvvetlerin tıbbi, dini ve sivil savunma personeli olarak veya savaş dışı kişiler olarak kendilerine sağlanan özel korumaya rağmen düşmanca veya zararlı eylemlerde bulunan kişileri oluşturmaktadır.[46] Bu gereklilikleri de karşılamadıkları takdirde Rusya kuvvetlerine karşı çıkan, taş ve sopalar ile karşı koymaya çalışan Ukrayna vatandaşlarının sivil olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

Yukarıda sivillerin, silahlı kuvvetlerin üyesi olmayan kişilerden oluştuğuna yer verilmiştir. Bu bağlamda silahlı kuvvetlerin üyelerinin kimler olduğunun açıklanması sivil tanımının netleştirilmesine yardımcı olacağı gibi silahlı çatışmalarda yer alan bir başka kategorideki kişiler de açıklanmış olacaktır.

Uluslararası silahlı çatışma durumlarında silahlı kuvvetlerin[47] tanımının yer aldığı ilk metin 1977 tarihli I No.lu Ek Protokol olup, söz konusu Protokol'ün 43. maddesinin (1) ve (2). paragraflarında tanım şu şekilde yer almaktadır:

"*Çatışmanın bir tarafının silahlı kuvvetleri, işbu taraf karşı tarafça tanınmayan bir hükümet ya da otorite tarafından temsil ediliyor olsa bile astlarının davranışlarından*

[45] "*Savaşçı bağlantı noktası: Belirli bir eylemin Düşmanlıklara doğrudan katılım anlamına gelebilmesi için, bir sivilin davranışının ilk iki kriteri karşıladıktan sonra, aynı zamanda silahlı bir çatışmanın tarafını desteklemek ve başka bir tarafın zararına (savaşçı bağlantı noktası) bunu yapmak için özel olarak tasarlanmalıdır. Savaşçı bağlantı noktası, düşmanlıkların yürütülmesinin bir parçası olarak bir eylemin amacı ve tasarımı ile ilgilidir ve mutlaka katılan her bireyin öznel arzularını veya niyetini yansıtmak zorunda değildir. Silahlı bir çatışmanın bir tarafına zarar vermek için tasarlanmamış veya başka bir tarafı desteklemek için tasarlanmamış olan silahlı şiddet, bu taraflar arasında meydana gelen düşmanlıklara "katılım" anlamına gelemez. Örneğin, genel bir kural olarak, sivil şiddet, (a) çatışmanın taraflarından birinin yetkisine giren kişiler veya topraklar üzerinde yetki kullanırken (örneğin mahkumlara karşı güç kullanımı), (b) bu tür bir otoriteye karşı sivil karışıklık (unrest) bir parçası olarak (örneğin şiddet içeren gösteriler veya ayaklanmalar). (c) Uluslararası insancıl hukuk tarafından yasaklanan şiddete karşı bireysel meşru müdafaada (örneğin yağmacı askerlere karşı kendilerini savunan siviller), (d) siviller arası şiddet sırasında (örneğin kanun ve düzenin bozulması nedeniyle kontrolsüz yağma), veya (e) düşmanlıkların yürütülmesiyle başka türlü ilgisi olmayan nedenlerle (örneğin cinayet, kundaklama veya özel amaçlarla işlenen diğer şiddet suçları) kullanıldığı takdirde savaşçı olmayan bir nitelikte kalır. Bu tür bir şiddete verilen yanıtta herhangi bir kuvvete başvurulması, kolluk kuvvetlerinin faaliyetlerini düzenleyen uluslararası standartlara uygun olmalıdır*", MELZER, "The Principle of Distinction…", s.23.

[46] MELZER, "The Principle of Distinction…", s.4.

[47] Madde 4'ün A paragrafının (1) ve (3). alt paragrafları uyarınca silahlı kuvvetler mensupları (silahlı kuvvetlerin bir parçasını oluşturan milis veya gönüllü birliklerin üyeleri dahil); 4A(2) alt paragrafı uyarınca organize direniş hareketleri dahil olmak üzere diğer milislerin ve gönüllü birliklerin üyeleri; ve 4A(6) alt paragrafında kapsanan kitle halinde ayaklanmaya katılanlar savaşçıdır; Commentary of 2020 Article 4: Prisoners of War, Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War. Geneva, 12 August 1949. Treaties, States Parties and Commentaries, Parag. 950, https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=1796813618ABDA06C12585850057AB95 (erişim tarihi 06.07.2022).

işbu tarafa karşı sorumlu bir komutanın emri altında bulunan bütün örgütlü silahlı kuvvetlerden, gruplardan ve birimlerden oluşur. Bu silahlı kuvvetler, silahlı çatışmalarda uygulanan uluslararası hukuk kurallarına uyulmasını sağlayacak bir iç disiplin sistemine tabidirler."

Uluslararası bir silahlı çatışmada savaşçılar, çatışmanın bir tarafı adına düşmanlıklara doğrudan katılma hakkına sahip olan silahlı kuvvetlerin üyeleridir. Protokol'de yer verilen söz konusu tanım, uluslararası teamül hukukunun bir parçası haline gelmiştir.[48]

2.b) Kitle Halinde Ayaklanma

Kent merkezlerinde silahlı bir çatışma ile karşı karşıya kalma durumu, sivillerin kitle halinde ayaklanmalarına neden olabilmektedir. Siviller çatışmanın bir tarafının silahlı kuvvetlerinin üyesi olmadıkça savaşçı olmadan, sivillerin silahlı kuvvetlere üye olmayan ancak savaşçı olarak kabul edilmelerinin tek istisnasını kitle halinde ayaklanmalar oluşturmaktadır. Bir kitle halinde ayaklanmaya katıldıkları andan itibaren kişiler artık sivil olarak nitelendirilmezler, savaşçıdırlar.[49] Uluslararası insancıl hukuka göre[50] bir kitle halinde ayaklanmaya katılanlar, savaşçılara tanınan ayrıcalıklara ve savaş esiri statüsü hakkına sahiptirler. III. Cenevre Sözleşmesi madde 4(A)(6) uyarınca kitle halinde ayaklanmaya katılanlar; düşmanın yaklaşması üzerine düzenli silahlı birlikler oluşturmak için zaman bulamadan, silahlı kuvvetlerin üyeleri olarak nitelendirilmek için yeterli örgütlenme düzeyinden ve emir-komuta zincirinden yoksun olmalarına rağmen, açıkça silah taşımaları ve uluslararası insancıl hukuka saygı göstermeleri koşuluyla, işgalci güçlere direnmek için kendiliğinden silahlanan ve faaliyet gösteren işgal edilmemiş bir bölgedeki kişilerdir. Söz konusu maddeden kitle halinde ayaklanmadan söz edilebilmesinin iki unsuru gerektirdiği sonucuna ulaşılmaktadır. İlk olarak, bir dereceye kadar kendiliğinden (*spontaneity*) gerçekleşmelidir. Diğer bir deyişle işgal tehdidi altındaki bölgedeki yetkililerin girişimi olmadan, kendilerini herhangi bir silahlı grup halinde örgütlemeye vakti olmayan kişiler tarafından, halk arasında ortaya çıkması gerekir. İkinci olarak ise herhangi bir silahlı direniş işgal edilmemiş, istila edilmemiş ve işgalci gücün kontrolü altına alınmamış topraklarda gerçekleşmelidir. [51]

[48] MELZER, "The Principle of Distinction…", s.5.

[49] Düşmanlıklara kendiliğinden, düzensiz veya örgütsüz bir temelde doğrudan katılan diğer tüm kişiler sivil olarak kabul edilmelidir; MELZER, "The Principle of Distinction…", s.6.

[50] Sivillerden, silahlı kuvvetler mensubu olmayan kişiler anlaşılır. Sivil nüfus, sivillerin oluşturduğu nüfustur; Uluslararası İnsancıl Teamül Hukuku, Cilt I: Kurallar, Jean-Marie Henkaerts ve Louise Doswald-Beck (ed.), Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 66, Uluslararası Kızılhaç Komitesi, 2005, Kural 5, https://www.icrc.org/en/doc/home/languages/turkish/files/uluslararasi-insancil-teamul-orfadet-hukuku-customary-ihl-vol1.pdf (erişim tarihi 05.07.2022).

[51] Bir komuta yapısına sahip olmaları veya sabit ayırt edici işaretler takmaları gerekmez, ancak silahlarını açıkça taşımaları ve silahlı çatışmalar hukuku kurallarına uymaları gerekir; CRAWFORD, "*Armed Ukrainian Citizens*…".

Düşmanlıklara doğrudan katılımda, siviller ve kitle halinde ayaklanmaya katılanlar arasında farklar bulunmaktadır. Siviller düşmanlıklara doğrudan katıldıklarında ve bu süre boyunca saldırılardaki muafiyetlerini kaybetseler de sivil statülerini kaybetmezler. Ancak bir kitle halinde ayaklanmaya katılan siviller, sivil statülerini kaybedip savaşçı olarak kabul edildiklerinden hedef alınabilir.

Rusya silahlı kuvvetlerine karşı koymak amacıyla Ukrayna'da bazı sivillerin Ukrayna ordusundan silah aldığı, ancak onları savaşçı olarak açıkça ayırt eden üniforma veya işaret kullanmadıklarına ilişkin paylaşımlar mevcuttur.[52] Ukrayna'daki uluslararası silahlı çatışma bakımından bireysel veya gruplar halinde hareket eden sivillerin durumuna bakıldığında, Ukrayna'daki sivillerin ülke işgali gerçekleşmeden önce bir işgalciye direnmek için kendiliğinden silahlandığı kitle halinde ayaklanma olduğu söylenebilir. İstiladan önceki günlerdeki raporlar, Ukrayna vatandaşlarının kendi inisiyatifleriyle toplu halde silah satın aldıkları ve işgal beklentisiyle atış poligonlarında çalıştıklarını belirtmekteydi. Çatışma sahasında meydana gelen hızlı değişiklikler, kitle halinde ayaklanma olasılığını ortadan kaldırmaktadır. Rus kuvvetlerinin Ukrayna topraklarına girmesinin ardından bir gün içinde, Ukraynalı yetkililer, vatandaşları, işgalcilere karşı direnmeye teşvik etmek için sosyal medyayı kullanarak, molotof kokteyl yapımı ve Rusya'ya karşı siber saldırılara nasıl katılacaklarına dair video rehberler yayınlamışlardır. Ukrayna'daki sivillere Hükümet aracılığıyla silah dağıtılmıştır. Ukrayna hükümetinin bu düzeyde katılımının, kitle halinde ayaklanmanın kendiliğindenlik unsurunu ortadan kaldırdığı söylenebilir. Diğer bir başka durum ise, Rusya ordusunun Pripyat ve Çernobil nükleer santrali çevresindeki bölge de dahil olmak üzere Ukrayna'nın bazı bölgelerini işgal etmesidir. Kitle halinde ayaklanma, bir bölge işgalci güç tarafından işgal edilmeden, diğer bir deyişle düşman ordusunun fiili kontrolü ve yetkisi altına girmeden uygulanabilir. Ancak bu durum, Ukrayna'da işgal edilmemiş toprakların bazı bölgelerindeki kitle halinde ayaklanmaları engellemeyecektir.[53]

2.c) Örgütlü bir direniş hareketi

Ukrayna'da bir araya gelip Rusya silahlı kuvvetlerine karşı koyan sivillerin III. Cenevre Sözleşmesi madde 4A(2)'da belirtildiği gibi örgütlü bir direniş hareketini[54]

[52] Civilian Harm in Ukraine, 16 March 2022, https://reliefweb.int/report/ukraine/civilian-harm-ukraine (erişim tarihi 07.07.2022)

[53] CRAWFORD, "*Armed Ukrainian Citizens…*".

[54] Madde 4A(2)'de sıralanan dört koşul, yükümlülükler olmakla birlikte, savaş esiri statüsünün madde 4A(1) silahlı kuvvetlerine veya bunların bir parçasını oluşturan milislere veya gönüllü birliklere verilmesi için toplu koşullar değildir. Düzenli silahlı kuvvetlerin bu yükümlülükleri yerine getirmediği algılanırsa ve bu durumlarda, uluslararası hukuka göre Devletlerin, uyumluluğu teşvik etmek için savaş esiri statüsünün toplu olarak reddedilmesinden başka yollar mevcuttur; Commentary of 2020 Article 4: Prisoners of War, Convention (III) relative to the Treatment of

oluşturduğu da söylenmektedir. Silahlanan sivillerin belli bir kısmı ve çeşitli paramiliter grupların üyeleri, Bölgesel Savunma Kuvvetleri (*Territorial Defense Forces*) adı verilen bir örgütte ordunun komutası altında serbest şekilde savaşmaktadırlar. Ukrayna Genelkurmay Başkanlığı yapmış olduğu bir açıklamada söz konusu kişilerin şehirlerde, Rusya kuvvetlerine karşı etkili olduklarını belirtmiştir. Bölgesel Savunma Kuvvetleri üyelerinden silah dağıtılan bir askere alma merkezinde, silahlarını teslim almadan önce, 10 kişilik geçici birimler oluşturmaları ve bir komutan seçmeleri istenmiştir. Savunma Kuvvetleri arasındaki bir grup, renkli bir eşofman altı ve kamuflaj ceket giymiş, sarı kol bantları takmışlardır. Bu durum, savaşçı olmanın unsurlarını karşılayabilmektedir. İlk olarak, gönüllülerden geçici birimler oluşturmaları ve bir komutan seçmeleri istendiğinden, direniş gruplarının "çatışmanın bir tarafına ait olması" ve astlarından sorumlu bir kişi tarafından komuta edilmesi şartını yerine getirmektedirler. Bölgesel Savunma Kuvvetleri'nin göstergesi olan sarı kol bantlarının takılması ve gönüllüler tarafından silahları açık bir şekilde taşınması, madde 4A(2)'de yer alan uzaktan görülebilen ve açıkça silah taşıyan sabit bir ayırt edici işaretin takılmasına uyulduğunu da göstermektedir. Bunun anlamı, Bölgesel Savunma Kuvvetleri üyelerinin, açıkça silah taşıyan, sarı bir kol bandı takan ve silahlı çatışmalar hukukuna uygun olarak hareket etmeleri durumunda, düşmanlıklara aktif olarak katılabilecekleridir ve Rusya'ya ait kuvvetler tarafından ele geçirildikleri takdirde, savaş esirlerine tanınan korumalardan yararlanmaları gerekmektedir.[55]

3. DÜŞMANLIKLARIN YÜRÜTÜLMESİNE İLİŞKİN TEMEL İLKELER

Silahlı çatışmalar hukukuna göre, silahlı bir çatışmanın tarafının düşmanlıkları yürütme şeklini düzenleyen üç temel ilke vardır: Bunlar, tümü Ek Protokol I'de ve uluslararası teamül hukukunda düzenlemiş olan ayrım (*distinction*), orantılılık (*proportionality*) ve önlem (*precaution*) ilkeleridir. Söz konusu ilkeler sivilleri, düşmanlıkların etkilerine karşı korumayı amaçlamaktadır.

3.a) Ayrım Gözetme İlkesi

Uluslararası insancıl hukukun tartışmasız temel taşı ve uluslararası teamül hukuku kuralı olarak kabul edilen ilke, siviller ve savaşçılar arasındaki ayrımdır. Ayrım ilkesi, savaşan tarafların her zaman yasal olarak saldırıya uğrayabilecek kişiler ile düşmanlıkların etkilerinden korunması gereken kişiler arasında ayrım yapmalarını gerektirir.[56] Ayrım ilkesi, sivillerin askeri bir tehdit oluşturmadığı ve bu nedenle doğrudan saldırılara karşı korunmaları gerektiği varsayımına dayanmaktadır. Bu nedenle,

---

Prisoners of War. Geneva, 12 August 1949. Treaties, States Parties and Commentaries, Parag. 999, https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=1796813618ABDA06C12585850057AB95 (erişim tarihi 06.07.2022).

[55] CRAWFORD, "*Armed Ukrainian Citizens…*".

[56] MELZER, "The Principle of Distinction…", s.1.

uluslararası insancıl hukuk, sivillerin düşmanlıklara doğrudan katılmadıkları sürece ve bu süre boyunca askeri operasyonların etkilerine karşı korunmalarını öngörmektedir.[57]

1977 tarihli I No.lu Ek Protokol'ün 52. maddesinin 2. paragrafı uyarınca ayrım, bir çatışmanın taraflarının her zaman siviller ve savaşçılar ile sivil nesneler ile askeri hedefler arasında her zaman ayrım yapmalarını ve saldırılarını yalnızca askeri hedeflere yöneltmelerini gerektirir.[58] Askeri operasyonlar sadece askeri hedeflere yönelik olabilir. Askeri hedeflerle ilgili olarak, uluslararası insancıl hukuk yalnızca nesneler söz konusu olduğunda askeri hedeflerin tanımını yapmaktadır. I No.lu Ek Protokol'ün 48. maddesi savaşçıların askeri hedefler olduğunu belirtmektedir. Bu nedenle, kullanılan silahlar belirli askeri hedefe yönelik olmalı ve kullanılan araçlar askeri gereklilikle orantılı olmalıdır.[59]

Ayrım gözetmeyen saldırılar üç kategoriye ayrılır. Bunlar belirli bir askeri hedefe yöneltilmeyen saldırılar; içinde belirli bir askeri hedefe yöneltilemeyecek savaş yöntem ve araçlarının kullanıldığı saldırılar; ya da etkileri uluslararası insancıl hukukun belirttiği gibi sınırlandırılamayacak savaş yöntem ve araçlarının kullanıldığı saldırılar ve sonuç olarak, bu durumların her birinde, ayırım gözetmeksizin askeri hedefleri ve sivil kişileri ya da sivil nitelikteki malları vuran saldırılar şeklindedir.[60]

Ayrım ilkesi ilk bakışta basit ve anlaşılır görünse de savaşın dönüşümü ve uygulanması üzerinde önemli bir baskı yaratmıştır. Askeri operasyonların sivil nüfus merkezlerine doğru sürekli olarak kayması söz konusudur. Bu durum, meşru askeri hedefler ile saldırılara karşı korunan kişiler arasındaki ayrım konusunda belirsizliğe neden olmaktadır. Rusya'nın Ukrayna'ya saldırısında, sivil alanlara yönelik hastaneler, okullar gibi korunan nesnelere balistik füzeler gibi silahların kullanımıyla[61] ve Chernihiv, Kyiv, Kherson, Mariupol, Okhtyrka, Zhytomyr ve diğer bazı şehirler ve çevresinde yasaklı silahlardan olan misket bombalarının kullanımıyla saldırıla[62] gerçekleştirdiği iddiaları mevcuttur. Misket bombalarının kullanılması hem çatışma sırasında hem de

[57] MELZER, "The Principle of Distinction…", s.20.

[58] WASZINK, s.7.

[59] Melike BATUR YAMANER, "Principle of Distinction Between Civilians and Combatants in International Humanitarian Law and Its Application in The Recent Iraqi Conflict", Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt VII, Sayı 1-2, 2003, s.34, https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1863221 (erişim tarihi 07.07.2022).

[60] Uluslararası İnsancıl Teamül Hukuku, Cilt I: Kurallar, Jean-Marie Henkaerts ve Louise Doswald-Beck (ed.), Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 66, Uluslararası Kızılhaç Komitesi, 2005, Kural 12, https://www.icrc.org/en/doc/home/languages/turkish/files/uluslararasi-insancil-teamul-orfadet-hukuku-customary-ihl-vol1.pdf (erişim tarihi 05.07.2022).

[61] "Stop the Aggression and Protect Civilians in Ukraine", Amnesty International, 25 March 2022, https://www.amnesty.org/en/petition/russia-stop-the-aggression-and-protect-civilians-in-ukraine/ (erişim tarihi 07.07.2022).

[62] "Ukraine: UN Expert Seriously Concerned by Housing Rights Violations", United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, March 2022, https://www.ohchr.org/en/press-releases/2022/03/ukraine-un-expert-seriously-concerned-housing-rights-violations (erişim tarihi 19.07.2022).

sonrasında sivil nüfusu ciddi şekilde tehlikeye atma özelliğine sahiptir, bunun nedeni patlamamış bombaların asker ve sivil arasında ayrım yapmamasından kaynaklanmaktadır. Uluslararası Af Örgütü'nün bazı raporlarında nüfusun yoğun olduğu bölgelere Vuhledar, Kharkiv ve Uman'da Rusya tarafından yapılan saldırıların apartmanlar, mağazalar ve diğer sivil yapılar hedef alınarak yapıldığına ilişkin iddialar da bulunmaktadır.[63] Nüfusun yoğun olduğu kentsel alanlarda geniş alan etkisine sahip silahların kullanılması, doğası gereği ayrım gözetmeme riskini taşımaktadır.[64] Dolayısıyla kullanılan silahlar, belirli bir hedefe yönlendirilme kapasitesine sahip değilse kullanılmamalıdır. Silahların kullanımında hedef olarak askeri bir hedef belirlenmediği takdirde, her iki durumda da ayrım ilkesi ihlal edilmiş olacaktır.

Rusya'nın söz konusu binaları kasten vurup vurmadığı net olmasa da ayrım ilkesini uygulaması gerektiği ve sivil yapıları hedef almaktan kaçınmak için her türlü önlemi alması gerektiği söylenebilir. Sivil konutların ve hayati altyapının kasıtlı olarak hedef alınması uluslararası silahlı çatışmalar hukukunun ihlalidir ve bu tür eylemler bireylerin yanı sıra devletlerin sorumluluğuna yol açmaktadır. Sivillere, konutlara ve sivil altyapılara verilen zararı en aza indirmek, askeri ve sivil nesneleri ayırt etmeyen ayrım gözetmeyen saldırılardan kaçınmak üzere tüm uygulanabilir önlemler alınmalıdır. Yerleşim alanlarının gelişigüzel bombardımanı ve misket bombası kullanımı uluslararası hukuka aykırıdır.[65]

3.b) Orantılılık İlkesi

Orantılılık ilkesini ihlal eden saldırılar, saldırıdan beklenen somut ve doğrudan askeri avantajla ilgili olarak aşırı olabilecek sivil can kaybına veya sivil nesnelere zarar verilmesine neden olması beklenebilecek saldırılardır.[66] Söz konusu ilke, tarafların beklenen herhangi bir doğrudan ve somut askeri avantajla ilgili olarak ortaya çıkabilecek sivil kayıpların aşırı olduğu herhangi bir saldırıdan kaçınmalarını gerektirir[67]

---

[63] "Civilian Harm in Ukraine", 16 Mart 2022, https://reliefweb.int/report/ukraine/civilian-harm-ukraine (erişim tarihi 07.07.2022).

[64] "Russia, Ukraine and International Law: On Occupation, Armed Conflict and Human Rights", Human Rights Watch, 23 February 2022, https://www.hrw.org/news/2022/02/23/russia-ukraine-international-law-occupation-armed-conflict-and-human-rights (erişim tarihi 08.07.2022); Uluslararası Af Örgütü tarafından öne sürülen Raporda, Rusya tarafından Ukrayna'nın Donetsk bölgesindeki Vuhledar'da balistik bir füze kullanıldığı ve söz konusu füzenin bir hastane binasının yakınına isabet etmesinden kaynaklı sivil zarara sebebiyet verdiği ifadeleri mevcuttur, "Russian Military Commits Indiscriminate Attacks During the Invasion of Ukraine", Amnesty International, 25 February 2022, https://www.amnesty.org/en/latest/news/2022/02/russian-military-commits-indiscriminate-attacks-during-the-invasion-of-ukraine/ (erişim tarihi 08.07.2022).

[65] "Ukraine: UN Expert Seriously Concerned by Housing Rights Violations", United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, March 2022, https://www.ohchr.org/en/press-releases/2022/03/ukraine-un-expert-seriously-concerned-housing-rights-violations (erişim tarihi 19.07.2022).

[66] FELIX, s.20.

[67] Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977. 57-58.maddeler, https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=696C11E357DC2C9AC12563CD0051D659 (erişim tarihi 04.07.2022).

Uygulamada, orantılılık ilkesinin yorumlanması ve uygulanması söz konusu olduğunda bir takım zorluklar ortaya çıkmaktadır. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Ad Hoc Komitesi'ne göre orantılılık ilkesiyle ilgili temel sorun, var olup olmadığı değil, bu ilkenin anlamının ne olduğu ve orantılılık ilkesinin nasıl uygulanacağıdır.[68] Bu ilkenin tutarlı bir şekilde uygulanmasına yönelik de zorluklar bulunmaktadır. Orantılılık değerlendirmesinin kim tarafından, nerede ve ne zaman yapıldığına dair bir bağlama dayalı olması gerekmektedir. Beklenen askeri avantaj ve sivil kayıpların hesabı, deneyimlerine bağlı olarak her askeri komutan tarafından farklı şekillerde değerlendirilme riski taşımaktadır.[69]

Silah seçimi, kentsel bir ortamda ayrım gözetme ve orantılılık kurallarını uygularken önemlidir. Bazı silahların şehirler ve kasabalar gibi nüfusun yoğun olduğu bölgelerde bu kurallara uygun olarak kullanılması zor olacaktır.[70] Ukrayna'daki çatışmalarda özellikle şehirlerde ve nüfusun yoğun olduğu yerlerde geniş etki alanına sahip patlayıcı silahların kullanılması sivil zararın başlıca nedenidir.[71] BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği'nin Rusya'ya ait kuvvetlerin, Ukrayna'da Kharkiv gibi sivil alanlarda misket bombası kullandığına ilişkin iddiaları mevcuttur. Geniş etki alanları nedeniyle, misket bombalarının nüfusun yoğun olduğu bölgelerde kullanılması, düşmanlıkların yürütülmesini yöneten uluslararası insancıl hukuk ilkeleriyle bağdaşmadığı gibi[72] sivil nüfusun yoğun olduğu bölgelerde patlayıcı silahların kullanılması, ayrım gözetmeyen ve orantısız saldırılarla ilgili endişeleri ortaya koymaktadır. Rusya Devlet Başkanı'nın nükleer silah kullanma tehdidi bağlamında, nükleer silah kullanılan bir saldırı, orantılılık ilkesini ihlal edecektir. Nükleer silahların stratejik kullanımı kısa vadede radyoaktif serpintiden ve uzun vadede radyoaktif kirlenmeden etkilenebilecek siviller için kabul edilemez zararlı sonuçlara yol açacaktır.[73]

3.c) Önlem İlkesi

Önlemlere ilişkin kurallar hem ayrım hem de orantılılık ile ilgilidir.[74] Önlem

[68] International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia, Parag. 48, https://www.icty.org/en/press/final-report-prosecutor-committee-established-review-nato-bombing-campaign-against-federal (erişim tarihi 19.07.2022).

[69] WASZINK, s.18.

[70] WASZINK, s.9.

[71] DROEGE, Cordula, "*Armed Conflict in Ukraine: A Recap of Basic IHL Rules*", 17 March 2022, https://blogs.icrc.org/law-and-policy/2022/03/17/armed-conflict-in-ukraine-a-recap-of-basic-ihl-rules/ (erişim tarihi 08.07.2022).

[72] "Ukraine: Grave Concerns", United Nations Human Rights Office of The High Commissioner, March 2022, https://www.ohchr.org/en/press-briefing-notes/2022/03/ukraine-grave-concerns (erişim tarihi 17.07.2022).

[73] Civilian harm in Ukraine, 16 Mart 2022, https://reliefweb.int/report/ukraine/civilian-harm-ukraine (erişim tarihi 08.07.2022).

[74] WASZINK, s.7.

ilkesi,[75] sivillere ve sivil araçlara yönelik saldırı veya hasarın en aza indirilmesini gerektirir. Silahlı bir çatışmanın taraflarından her biri, askeri operasyonlar yürütürken sivillere ve sivil nesnelere olası zararlardan kaçınmak veya asgari düzeyde tutmak için, saldırı araç ve yöntemlerinin seçiminde mümkün olan tüm önlemleri almalıdır.[76] Taraflar, yoğun nüfuslu alanların içinde veya yakınında askeri hedeflere yer vermekten kaçınmak için mümkün olanı yapmalıdır. Bu kural uluslararası silahlı çatışmalarda uluslararası teamül hukuku kuralı olarak kabul edilmektedir. I No.lu Ek Protokol'ün 57 ve 58. maddelerinde düzenlenmiştir.

Saldırıda alınacak önlemlerle ilgili kurallar askeri planlamacıların, sivil nüfusa veya sivil nesnelere verilen kayıp veya hasarı önlemek veya en aza indirmek amacıyla saldırı araçlarını ve yöntemlerini seçmelerini, orantılılık kuralını ihlal edecek saldırılardan kaçınmalarını, hedefin askeri niteliğini doğrulamalarını ve sivillere saldırı konusunda etkili bir şekilde önceden uyarı vermelerini gerektirmektedir. Silahlı çatışmanın tarafları sivilleri ve sivil nesneleri askeri hedeflerin yakınından uzaklaştırmalarını ve yoğun nüfuslu alanların içine veya yakınına askeri hedefler yerleştirmekten mümkün olan azami ölçüde kaçınmalıdırlar.

Tarafların ayrıca kontrolleri altındaki sivilleri ve sivil nesneleri korumak için diğer gerekli önleyici tedbirleri (*necessary precautionary measures*) almaları gerekmektedir.[77] Örnekler arasında siviller için uyarı ve tahliye sistemleri kurmak, bomba barınakları inşa etmek ve tehlikeli alanları işaretlemek yer alabilir.20[78]

SONUÇ

Uluslararası insancıl hukuk kurallarını düzenleyen 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'nin kabulünden bu yana yetmiş üç yıl geçmesine rağmen, silahlı çatışmalar sırasında sivillere yönelik kasıtlı saldırılar ve ihlaller günümüzde yaygın olmaya devam etmektedir. Bu tür olayların uluslararası silahlı çatışmaların kaçınılmaz sonucu olduğuna yönelik bir kabullenme durumunun söz konusu olduğu söylenebilir. Uluslararası bir silahlı çatışma sırasında sivillerin zarar görmesinin engellenmesinde yer alan nedenlerin başında uluslararası insancıl hukuk kapsamındaki kuralların çatışmanın taraflarınca ihlal edilmesi gelmektedir. İhlale sebebiyet veren gerekçelerde, uluslararası insancıl hukuk kurallarının bir etkisinin olmadığı ve sivillerin zarar görmelerini engelleyecek gerekli

[75] Uluslararası İnsancıl Teamül Hukuku, Cilt I: Kurallar, Jean-Marie Henkaerts ve Louise Doswald-Beck (ed.), Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 66, Uluslararası Kızılhaç Komitesi, 2005, Kural 22, https://www.icrc.org/en/doc/home/languages/turkish/files/uluslararasi-insancil-teamul-orfadet-hukuku-customary-ihl-vol1.pdf (erişim tarihi 05.07.2022).

[76] "Russia, Ukraine and International Law: On Occupation, Armed Conflict and Human Rights", Human Rights Watch, 23 February 2022, https://www.hrw.org/news/2022/02/23/russia-ukraine-international-law-occupation-armed-conflict-and-human-rights (erişim tarihi 08.07.2022)

[77] WASZINK, s.8.

[78] QUÉGUINER, Jean-François, "*Precautions Under the Law Governing the Conduct of Hostilities*", International Review of the Red Cross, Vol 88, No. 864, December 2008, s. 819.

hükümlerin bulunmadığı eleştirileriyle karşılaşılmaktadır.

Sivillerin çeşitli şekillerde doğrudan hedef alınmasında, ihlalleri motive eden nedenlere bakıldığında tespit edilen zorlukların, kuralların yetersiz olduklarından ziyade, insancıl hukuk kurallarının askeri operasyonlar sırasında uygulanma şekillerinden ve bu kurallara kasten uyulmaması ile ilgili olduğu görülmektedir. Diğer bir deyişle, savaşan tarafların sivillerin korunmasında dikkate alması gereken ayrım gözetme, orantılılık ve önlem kurallarına sıkı sıkıya uyma konusunda her zaman çok istekli olmadıkları görülmektedir. Bu nedenlerle önemli sivil zarara yol açan saldırıların hukuka uygun olduğu ve uluslararası insancıl hukuka uygun olarak yürütülse de tarafların, sivil zararı önlemek veya en aza indirmek için uluslararası insancıl hukukun uygulanmasını güçlendirmek için alınabilecek diğer önlemleri göz önünde bulundurmak her zaman yerinde ve gerekli olacaktır.

KAYNAKÇA

12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, Melike Batur Yamaner, Emre Öktem, Bleda Kurtdarcan, Mehmet C. Uzun, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 42, Uluslararası Kızılhaç Komitesi, http://ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/434_1.pdf (erişim tarihi 05.07.2022).

Aggression against Ukraine, Resolution adopted by the General Assembly on 2 March 2022, A/RES/ES-11/1, https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/293/36/PDF/N2229336.pdf?OpenElement (erişim tarihi 04.07.2022).

AGUILERA, Jasmine, "Russia Has Killed Hundreds of Civilians. But Has It Committed War Crimes?", https://time.com/6152798/russia-rules-of-war-crimes-ukraine/ (erişim tarihi 04.07.2022).

AKANDE, Dapo, "Clearing the Fog of War? The ICRC's Interpretive Guidance on Direct Participation in Hostilities", 2009, *https://www.ejiltalk.org/clearing-the-fog-of-war-the-icrcs-interpretive-guidance-on-direct-participation-in-hostilities/* (erişim tarihi 06.07.2022).

AL SAADI, Omar, The Protection of Civilians: 2003 Invasion of Iraq and Beyond, 2018, ss.1-5, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3238503 (erişim tarihi 05.07.2022).

"Armed Conflict in Ukraine: A Recap of Basic IHL Rules", 17 March 2022, https://blogs.icrc.org/law-and-policy/2022/03/17/armed-conflict-in-ukraine-a-recap-of-basic-ihl-rules/ (erişim tarihi 08.07.2022).

BATUR YAMANER, Melike, Principle of Distinction Between Civilians and Combatants in International Humanitarian Law and Its Application in The Recent Iraqi

Conflict, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt VII, Sayı 1-2, 2003, ss.27-39, https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1863221 (erişim tarihi 07.07.2022).
BOGNER, Matilda, Situation in Ukraine, Statements Office of The High Commissioner For Human Rights, 22 March 2022, https://www.ohchr.org/en/statements/2022/03/situation-ukraine (erişim tarihi 08.07.2022).
"Civilian Harm in Ukraine", 16 March 2022, https://reliefweb.int/report/ukraine/civilian-harm-ukraine (erişim tarihi 07.07.2022).
Commentary of 2020 Article 4: Prisoners of War, Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War. Geneva, 12 August 1949. Treaties, States Parties and Commentaries, https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=1796813618ABDA06C12585850057AB95 (erişim tarihi 06.07.2022).
CRAWFORD, Emily, "*Armed Ukrainian Citizens: Direct Participation in Hostilities, Levée en Masse, or Something Else?,"* 1 March 2022, https://www.ejiltalk.org/armed-ukrainian-citizens-direct-participation-in-hostilities-levee-en-masse-or-something-else/ (erişim tarihi 04.07.2022).
DROEGE, Cordula, "*Armed Conflict in Ukraine: A Recap of Basic IHL Rules*", 17 March 2022, https://blogs.icrc.org/law-and-policy/2022/03/17/armed-conflict-in-ukraine-a-recap-of-basic-ihl-rules/ (erişim tarihi 08.07.2022).
FELIX, Bidali, Protection of Civilian Population by International Humanitarian Law During International Armed Conflıct Case Study 2008-2014 Israeli- Palestinian Armed Conflict, Kampala Internaternational University, 2016.
International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia, https://www.icty.org/en/press/final-report-prosecutor-committee-established-review-nato-bombing-campaign-against-federal (erişim tarihi 19.07.2022).
International Committee of the Red Cross, Treaties, States Parties and Commentaries, Ukraine, https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreatiesByCountrySelected.xsp?xp_countrySelected=UA (erişim tarihi 04.07.2022).
International Committee of the Red Cross, Treaties, States Parties and Commentaries, Russian Federation, https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreatiesByCountrySelected.xsp?xp_countrySelected=RU (erişim tarihi 04.07.2022).
International Committee of the Red Cross, Treaties, States Parties and Commentaries, Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to

the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977. https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Notification.xsp?action=openDocument&documentId=74BABBD71087E777C1256402003FB5D4 (erişim tarihi 04.07.2022).
MELZER, Nils, "*The Principle of Distinction Between Civilians and Combatants",* Clapham, A. and Gaeta, P. (eds.), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict.* Oxford University Press, 2015.
MELZER, Nils, Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities Under International Law, International Committee of the Red Cross, 2009, ss.1-85, https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/icrc-002-0990.pdf (erişim tarihi 06.07.2022).
MOTTA, Francesco Pietro Alessandro, The Legal Protection of Civilians in Armed Conflict and Military Occupation, Doctor of Philosophy, Australian National University, 2012.
Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977. https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=696C11E357DC2C9AC12563CD0051D659 (erişim tarihi 04.07.2022).
QUÉGUINER, Jean-François, "*Precautions Under the Law Governing the Conduct of Hostilities*", International Review of the Red Cross, Vol 88, No. 864, December 2008, ss.793-821.
Rome Statute of the International Criminal Court, The Hague, 2011, https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf (erişim tarihi 05.07.2022).
"Russian Military Commits Indiscriminate Attacks During the Invasion of Ukraine", Amnesty International, 25 February 2022, https://www.amnesty.org/en/latest/news/2022/02/russian-military-commits-indiscriminate-attacks-during-the-invasion-of-ukraine/ (erişim tarihi 08.07.2022).
"Russia, Ukraine and International Law: On Occupation, Armed Conflict and Human Rights", Human Rights Watch, 23 February 2022, https://www.hrw.org/news/2022/02/23/russia-ukraine-international-law-occupation-armed-conflict-and-human-rights (erişim tarihi 08.07.2022)
"Stop The Aggression and Protect Civilians in Ukraine", Amnesty International, 25 March 2022, https://www.amnesty.org/en/petition/russia-stop-the-aggression-and-protect-civilians-in-ukraine/ (erişim tarihi 07.07.2022).
"Ukraine: Grave Concerns", United Nations Human Rights Office of The High Commissioner, March 2022, https://www.ohchr.org/en/press-briefing-notes/2022/03/ukraine-grave-concerns (erişim tarihi 17.07.2022).

"Ukraine: UN Expert Seriously Concerned by Housing Rights Violations", United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, March 2022, https://www.ohchr.org/en/press-releases/2022/03/ukraine-un-expert-seriously-concerned-housing-rights-violations (erişim tarihi 19.07.2022).
Uluslararası İnsancıl Teamül Hukuku, Cilt I: Kurallar, Jean-Marie Henkaerts ve Louise Doswald-Beck (ed.), Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 66, Uluslararası Kızılhaç Komitesi, 2005, https://www.icrc.org/en/doc/home/languages/turkish/files/uluslararasi-insancil-teamul-orfadet-hukuku-customary-ihl-vol1.pdf (erişim tarihi 05.07.2022).
United Nations Charter, San Francisco, 1945, https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf (erişim tarihi 19.07.2022).
WASZINK, Camilla, "*Protection of Civilians Under International Humanitarian Law: Trends and Challenges*," Norwegian Peacebuilding Resource Centre, NOREF Report, 2011, ss.1-34.

3628 SAYILI KANUN M. 12 KAPSAMINDA EŞ VE VELAYET ALTINDAKİ ÇOCUKLARIN MAL VARLIĞIYLA İLGİLİ OLARAK GERÇEĞE AYKIRI BİLDİRİMDE BULUNMA SUÇU

Dr. Öğr. Üyesi Veysel Candan Canoğlu[1]

Özet

Rüşvet ve yolsuzlukla mücadele kapsamında kullanılan araçlardan birisini mal bildirimleri teşkil etmektedir. Buna göre belirli görevlerde bulunan kişilerin, aralıklarla mal bildiriminde bulunmalarıyla mal varlıklarındaki değişimler denetlenmektedir. Haksız edindiği malların bu denetimde tespit edilmesini istemeyen bildirim yükümlüleri, mal varlıklarını kendileri yerine yakınlarının üzerine yapma yoluna gidebilmektedir. Bu nedenle 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'nda bildirim yükümlüsünün, kendisiyle birlikte eşine ve velayeti altındaki çocuklarına ait mal varlıklarını da bildirmeleri de öngörülmektedir.

Anılan Kanun'un 12'nci maddesinde gerçeğe aykırı bildirimde bulunma suçu düzenlenmektedir. Bu suçun faili hakkında 6 aydan 3 yıla kadar hapis cezasına hükmolunmaktadır. Bu kapsamda kendisiyle birlikte eşine ve velayeti altındaki çocuklarına ait mal varlığını gerçeğe aykırı bildiren bildirim yükümlüsü, bu suçun faili olmaktadır.

Belirtmek gerekir ki bildirim yükümlüsünün, eşi ve velayeti altındaki çocuklarına ait mal varlığının nelerden ibaret olduğunu her durumda tam bir şekilde bilmesi mümkün değildir. Özellikle velayeti altındaki çocuklarına nazaran, eşinin mal varlığını öğrenme imkânı oldukça sınırlı olan bildirim yükümlüsü, çoğu zaman tamamen eşinin beyanı doğrultusunda bildirimde bulunmaktadır. Bu beyanın gerçeğe aykırı olması hâlinde, bunun gerçeğe uygun olmadığını bilmeyen bildirim yükümlüsünün kasten hareket ettiği söylenemez. Madde metninde açıkça yer verilmediğinden taksir sorumluluğundan da bahsedilemez. Ne var ki uygulamadaki çeşitli sebeplerden ötürü, bildirim yükümlüsünün kasten hareket edip etmediği araştırılmamakta, bildirimin gerçeğe aykırı olması, kastın varlığı açısından yeterli görülmektedir. Çalışmamızda, esasen uygulamadan kaynaklanan bu sorun ele alınarak çözüm önerisinde bulunulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Mal Bildirimi, Rüşvet, Yolsuzluk, Kamu Görevlisi, Manevi Unsur

GİRİŞ

Yolsuzluk, kelime anlamı itibarıyla bir görevi veya bir yetkiyi kötüye kullanma ve usulüne uygun olmama anlamlarına gelmektedir[2]. Demokrasi ve insan hakları

[1] Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, canoglu.veysel@gmail.com, ORCID: 0000-0003-1244-8737.

[2] www.sozluk.gov.tr, (23.05.2022); Yılmaz, E. (2010). Hukuk sözlüğü. (4. baskı.). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 833; Eker Kazancı, B. (2008). Yolsuzluk kavramı ve TCK'da yolsuzlukla mücadele etmeyi amaçlayan hükümler. *Ceza*

bakımından ciddi bir tehdit oluşturan yolsuzluk, yönetimdeki işleyişi bozmakta, iktisadi gelişmeyi yavaşlatmakta ve iyi yönetim, hakkaniyet ve sosyal adalet ilkelerini sarsmaktadır[3]. Oldukça eski bir kavram olan yolsuzluğun, kamu otoritesinin ortaya çıkışı ve gelişimine paralel olarak ilerlediğini söylemek mümkündür[4]. Geçmiş dönemde de mevcut olan yolsuzluğun önlenmesi amacıyla birtakım tedbirlerin alındığı ve yolsuzluk yapan kişilere çeşitli cezaların verildiği görülmektedir. Örneğin Roma Hukukunda, rüşvet alan yönetici hakkında ağır cezalar verilmekteydi[5]. Bununla beraber yöneticinin hediye kabul etmesi de bir tedbir olarak yasaklanmıştı[6]. Hatta bu yasak ve cezalar yöneticilerin çocukları için de geçerliydi[7].

Günümüzde de devam eden yolsuzluğu önlemek amacıyla gerek ulusal[8] gerek uluslararası[9] alanda birçok düzenleme bulunmaktadır. Özellikle konumuz açısından önem arz eden, gerçeğe aykırı bildirimde bulunma suçuna ilişkin olarak Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi m. 8/5'te yer alan hüküm önem arz etmektedir[10]. Bu

Hukuku Dergisi, C3(6), s. 52; Nişancı, D. (2014). Yolsuzluk ve yolsuzluğun önlenmesine ilişkin olarak OECD Rüşvetle Mücadele Sözleşmesi'ndeki denetim süreci. TBB Dergisi, 114, 317, 318.

[3] Nişancı, s. 316; Aktaş, B. (2017). Yargıtay kararları ışığında 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'nda düzenlenen suç tipleri. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C23(3), s. 799.

[4] Eker Kazancı, s. 58.

[5] Okandan, R. G. (1956). Tahir Taner'e armağan. Romalıların suç telâkki ettikleri fiiller ve bunlara terettüp eyleyen cezalar (s. 327-350). İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, s. 332.

[6] Roma Hukukunda uygulanan birçok kanunda rüşvetin yasaklanmasının yanı sıra Majistraların, adli mercilerin ve avukatların görev ve yetkilerini amaç dışı kullanarak menfaatlerine uygun kazanımlarda bulunmalarını önlemek amacıyla bu kişilerin hediye adı altında bir şey kabul etmeleri de rüşvet suçu kapsamında değerlendirilmekteydi. Bkz. Okandan, s. 332.

[7] Özellikle Sezar döneminde yapılan kanunda Majistralar ve Romalı Senatörlerin kendilerinin yanı sıra çocuklarının da hediye adı altında herhangi bir şey kabul etmeleri suç kapsamına dâhil edilmiştir. Bkz. Okandan, s. 332.

[8] Türk Hukukunda yolsuzlukla mücadele kapsamında, TCK m. 252'de yer alan rüşvet suçu ve TCK m. 235'te yer alan ihaleye fesat karıştırma suçu gibi birtakım suç tiplerine yer verilmektedir. Ayrıca daha genel kapsamlı müstakil kanunlar da bulunmaktadır. Bu kapsamda 18.10.2006 tarihli ve 26323 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 5549 sayılı ve 11.10.2006 kabul tarihli Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun ile 24.10.2003 tarihli ve 25269 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 4982 sayılı ve 09.10.2003 kabul tarihli Bilgi Edinme Hakkı Kanunu örnek olarak verilebilir.

[9] Ekonomi alanında önde gelen uluslararası kuruluşlardan birisi olan Dünya Bankası, yolsuzluğun gerek toplumsal gerek ekonomik zararlı etkilerini kalıcı bir biçimde azaltmak amacıyla çeşitli faaliyetler yürütmektedir. Nitekim yolsuzluk, yoksulluk gibi istenmeyen durumlara sebebiyet verebilmektedir. Bu bakımdan yolsuzlukla mücadele kapsamında 5 temel unsurdan bir strateji belirleyen Dünya Bankası, mal varlığının bildirilmesiyle ilgili düzenlemelerin yapılması gerektiğini işaret etmektedir. Daha detaylı bilgi için bkz. Karakaş, M. ve Çak, Murat. (2007). Yolsuzlukla mücadelede uluslararası kuruluşların rolü. Maliye Dergisi, s. 83, 84; Benzer şekilde OECD gibi uluslararası kuruluşlar, özellikle kamu hizmetlerinde şeffaflığın sağlanması ve yolsuzluğun önlenmesi amacıyla çeşitli araçlar kullanmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Nişancı, s. 328 vd.; Türkiye'nin de tarafı olduğu yolsuzlukla mücadele kapsamında hazırlanan Sözleşmelerden bazıları şunlardır: Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, Avrupa Konseyi Yolsuzluğa Karşı Özel Hukuk Sözleşmesi, Avrupa Konseyi Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi, Avrupa Konseyi Suçtan Kaynaklanan Gelirlerin Aklanması, Araştırılması, Ele Geçirilmesi ve Elkonulmasına İlişkin Sözleşme ve Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesi.

[10] Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi, 14 Aralık 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, bu Sözleşmeyi 10.12.2003 tarihinde imzalamıştır. Türkiye açısından anılan Sözleşme ilgili usule göre 9 Kasım 2006 tarihi itibarıyla bağlayıcı nitelik kazanmıştır. Bkz. www.treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XVIII-14&chapter=18&lang=en, (13.07.2022); www.unodc.org/unodc/en/corruption/ratification-status.html, (13.07.2022); 5506 sayılı ve 18.05.2006 kabul tarihli Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun,

hükümde bütün taraf devletlere kendi iç hukuklarında yer alan temel ilkelere uygun bir şekilde, kamu görevlilerinin mal varlıklarını bildirmesi için düzenlemelerin yapılmasına ilişkin yükümlülük öngörülmektedir. Söz konusu Sözleşme'nin tarafı olan Türkiye açısından da bu yükümlülüğün mevcut olduğu söylenebilir.

Türk Hukukuna bakıldığında kanunların yanı sıra anayasalarda dahi mal bildirimiyle ilgili birtakım düzenlemelerin bulunduğu görülmektedir. Bu kapsamda 1961 Anayasası m. 59'da kamu hizmetine girenlerin, mal bildiriminde bulunmaları gerektiğine ilişkin hükme yer verilmişti[11]. Akabinde benzer bir hüküm, 1982 Anayasası m. 71'de "*Kamu hizmetine girenlerin mal bildiriminde bulunmaları ve bu bildirimlerin tekrarlanma süreleri kanunla düzenlenir. Yasama ve yürütme organlarında görev alanlar, bundan istisna edilemez*." şeklinde yeniden düzenlenmiştir. Ayrıca mal bildiriminde bulunulmasına ilişkin usul ve esaslar daha detaylı bir şekilde muhtelif kanunlarda da düzenlenmiştir. Cumhuriyet sonrası Türk Hukukunda mal bildirimine ilişkin ilk müstakil kanun, 4237 sayılı Fevkalâde Hallerde Haksız Olarak Mal İktisabedenler Hakkında Kanun'dur[12]. Bu Kanun'un 5. maddesinde, bildirim yükümlüsünün kendisiyle birlikte eşi ve velayeti altındaki çocuklarının sahip olduğu mal varlığını da bildirmesi öngörülmüştü. Bildirim yükümlüsünün, mal bildirimini gerçeğe aykırı şekilde yapması ise m. 13/2'de suç olarak hüküm altına alınmıştı. Yaptırım olarak 6 aydan 2 yıla kadar hapis cezası belirlenmişti. Bu Kanun ilga edildikten sonra söz konusu düzenlemeler 2871 sayılı Kamu Görevlileri ile İlgili Mal Bildirimi Kanunu'nda[13] ve 1609 sayılı Bazı Cürümlerden Dolayı Memurlar ve Şerikleri Hakkında Takip ve Muhakeme Usulüne Dair Kanun'da[14] yeniden düzenlenmişti[15]. Nihayet adı geçen Kanun'ların ilga edilmesiyle birlikte, ilgili hükümler 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'nda[16] daha kapsamlı bir şekilde yürürlüğe konulmuştur.

24.05.2006 tarihli ve 26177 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak aynı gün yürürlüğe girmiştir. Orijinal İngilizce metin için bkz. www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf, (13.07.2022).

[11] 1961 Anayasası m. 59: "*Kamu hizmetine girenlerin mal bildiriminde bulunmaları kanunla düzenlenir. Yasama ve yürütme organlarında görev alanlar, bundan istisna edilemez*."

[12] 4237 sayılı ve 29.05.1942 kabul tarihli Fevkalâde Hallerde Haksız Olarak Mal İktisabedenler Hakkında Kanun, 03.06.1942 tarihli ve 5122 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

[13] 2871 sayılı ve 09.08.1983 kabul tarihli Kamu Görevlileri ile İlgili Mal Bildirimi Kanunu, 11.08.1983 tarihli ve 18132 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

[14] 1609 sayılı ve 15.05.1930 kabul tarihli Bazı Cürümlerden Dolayı Memurlar ve Şerikleri Hakkında Takip ve Muhakeme Usulüne Dair Kanun, 20.05.1930 tarihli ve 1498 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

[15] 2871 sayılı Kanun m. 4'te, bildirimlerin konusunu bu Kanun kapsamına giren kişilerin kendilerine, eşlerine ve velayeti altındaki çocuklarına ait belirli değerler oluşturmaktaydı. M. 18'de ise kişilerin gerçeğe aykırı mal bildiriminde bulunması hâlinde, daha ağır bir cezayı gerektiren bir durum bulunmadığı takdirde, 1 yıldan 5 yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacağı belirtilmekteydi.

[16] 3628 sayılı ve 19.04.1990 kabul tarihli Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu, 04.05.1990 tarihli ve 20508 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Bu Kanun'un adının uzun olması ve kısaltmaya elverişli olmaması nedeniyle yazım metninde pratik olması açısından, "*3628 sayılı Kanun*" şeklinde kullanmayı tercih etmekteyiz.

3628 sayılı Kanun m. 5'te mal bildiriminde bulunmakla yükümlü olan kişinin, kendisiyle birlikte eşi ve velayeti altındaki çocuklarına ait belirli mal varlığı değerlerini bildirmesi öngörülmektedir. Bildirim yükümlüsünün gerek kendisi gerek eşi ve velayeti altındaki çocuklarına ilişkin bu bildirimi gerçeğe uygun bir şekilde yapması zorunludur. Aksi takdirde, bildirimde bulunan kişinin 3628 sayılı Kanun m. 12 kapsamında cezai sorumluluğu doğmaktadır. Buna göre gerçeğe aykırı bildirimde bulunan fail hakkında 6 aydan 3 yıla kadar hapis cezasına hükmolunmaktadır. Bu iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde bildirim yükümlüsü, kendisiyle birlikte eşine ve velayeti altındaki çocuklarına ait mal varlığını gerçeğe aykırı bildirmesi hâlinde söz konusu suçun faili olmaktadır. Bu kapsamda aşağıda ilk olarak gerçeğe aykırı bildirimde bulunma suçu açıklandıktan sonra, Yargıtay kararları çerçevesinde bildirim yükümlüsünün eşi ve velayeti altındaki çocuklarına ait mal varlığını gerçeğe aykırı bildirmesi nedeniyle cezai sorumluluğu değerlendirilmektedir.

I. GERÇEĞE AYKIRI BİLDİRİMDE BULUNMA SUÇU

A. Suçla Korunan Hukuki Değer

Gerçeğe aykırı bildirimde bulunma suçuyla birden fazla hukuki değerin korunduğu söylenebilir. Öncelikle hükmün getiriliş amacından yola çıkıldığında bu hüküm dâhil olmak üzere 3628 sayılı Kanun, genel olarak rüşvet ve yolsuzlukla mücadeleyi konu almaktadır. Bu iki olgu, yönetimdeki işleyişin bozulmasına, iktisadi gelişmenin yavaşlamasına ve iyi yönetim gibi birçok ilkenin ihlal edilmesine yol açmaktadır[17]. Bu bakımdan gerçeğe aykırı bildirimde bulunma suçuyla korunan hukuki değer, kamu idaresinin güvenilirliği, saygınlığı ve mali menfaatidir.

Benzer şekilde devlet memurlarının yanı sıra diğer birçok meslekten kişinin mal bildiriminde bulunmakla yükümlü tutulduğu gözetildiğinde her bir yükümlünün bağlı olduğu kuruma olan güvenilirliğin ve kurumun itibarının korunduğu da ifade edilebilir. Örneğin 3628 sayılı Kanun m. 2/f'de kamu yararına sayılan dernek yöneticileri ve deneticilerinin mal bildiriminde bulunmaları öngörülmüştür. Bu tür derneklere olan güvenilirliğin, saygınlığın ve mali menfaatin korunduğu sonucuna varılabilir.

Bunlarla beraber bireye ilişkin değerlerin de korunduğunu söyleyebiliriz. Nitekim mal bildiriminde bulunulmasıyla haksız mal edinmenin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Bildirim yükümlülerinin, gerçekte sahip oldukları mal varlıklarını belirli dönemlerde bildirilmeleriyle özellikle rüşvet ve yolsuzluğun önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Gerçekten de mal bildirimiyle haksız mal edindiği malın veya özellikle rüşvet gibi işlediği suçların öğrenilme ihtimali bulunan bildirim yükümlüsü, işlerinin yapılması ya da yapılmaması amacıyla bireylerden kişisel çıkarı için para talep etmekten çekinecektir. O hâlde gerçeğe aykırı bildirimde bulunma suçuyla devletin yanı sıra bireylerin de mali menfaatlerinin korunduğu ifade edilebilir.

[17] Aktaş, s. 799.

B. Suçun Maddi Unsuru

1. Fail

Kimlerin mal bildiriminde bulunmakla yükümlü olduğu 3628 sayılı Kanun m. 2'de belirtilmiştir. Bu hükme bakıldığı zaman, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yanı sıra özel hukuk kurallarına göre yönetilen birtakım kurum ve kuruluşlarda çalışan belirli kişilerin de mal bildiriminde bulunmakla yükümlü tutulduğu görülmektedir[18]. Bunun yanı sıra mal bildirimiyle ilgili birçok Kanun'da 3628 sayılı Kanun'a atıfta bulunulmaktadır. Örneğin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu (DMK)[19] m. 14'te[20] ve 926 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu[21] m. 5'te[22] olduğu gibi başka kanunlar ile belirli kişilerin mal bildiriminde bulunmaları zorunlu kılınmıştır. Bunlar dışında kalan kişilerin mal bildiriminde bulunmalarına gerek yoktur.

Bu kapsamda gerçeğe aykırı bildirimde bulunma suçu, yalnızca kanunlarda belirlenen kişiler tarafından işlenebileceğinden özgü suçtur[23]. Bu bakımdan zorunlu olmadığı hâlde mal bildiriminde bulunan bir kişi, bu bildirim gerçeğe aykırı olsa bile söz konusu suçun faili olamayacaktır[24]. Ayrıca kanunilik ilkesinin bir gereği olarak sadece kanunda kendisine yükümlülük yüklenen kişiler bu suçun faili olabileceğinden bildirim yükümlülerinin kanun yerine yönetmelik gibi idarenin düzenleyici işlemleriyle belirlenmesi durumunda bu kişilerin cezai sorumluluğuna gidilemeyecektir.

3628 sayılı Kanun m. 5'te bildirim yükümlüsünün kendisiyle beraber eşine ve velayet altındaki çocuklarına ait mal varlığını bildirmesi gerektiği belirtilmiştir. Bildirim yükümlüsü tamamen eşinin ve velayet altındaki çocuklarının beyanları doğrultusunda bildirimde bulunduğu durumlarda dahi bu bildirimin gerçeğe aykırı olması hâlinde eşin ve velayet altındaki çocukların bu suçun faili olması mümkün değildir.

Aynı zamanda eşin de 3628 sayılı Kanun kapsamında mal bildiriminde bulunmakla yükümlü kişilerden birisi olması hâlinde, Mal Bildiriminde Bulunulması Hakkında Yönetmelik[25] m. 4'te belirtildiği üzere her iki eşin de ayrı şekilde, yine

[18] Yolsuzluk, sadece kamu hukuku alanıyla sınırlı olmayan, özel hukuk alanında da var olan bir olgu olduğundan, yolsuzlukla mücadele kapsamına özel hukuk alanının da dâhil edilmesi gerekmektedir. Bkz. Eker Kazancı, s. 53.

[19] 657 sayılı ve 14.07.1965 kabul tarihli Devlet Memurları Kanunu, 12056 sayılı ve 23.07.1965 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

[20] DMK m. 14: "*Devlet memurları, kendileriyle, eşlerine ve velayetleri altındaki çocuklarına ait taşınır ve taşınmaz malları, alacak ve borçları hakkında, özel kanunda yazılı hükümler uyarınca, mal bildirimi verirler*."

[21] 926 sayılı ve 27.07.1967 kabul tarihli Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu, 12670 sayılı ve 10.08.1967 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

[22] Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu m. 5: "*Subay ve astsubaylar, kendileriyle eşlerine ve velayetleri altındaki çocuklarına ait taşınır ve taşınmaz malları, alacak ve borçları hakkında, özel kanunda yazılı hükümler uyarınca mal bildiriminde bulunurlar*."

[23] Aktaş, s. 841.

[24] Yazar, mal bildiriminde bulunması zorunlu olmamasına rağmen, mal bildiriminde bulunma zorunluluğu mevcut olduğu düşüncesiyle gerçeğe aykırı mal bildiriminde bulunan kişinin de suçun faili olabileceğini ifade etmektedir. Bkz. Uğur, H. (2010). Açıklamalı-içtihatlı Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu & ulusal ve uluslararası boyutta yolsuzlukla mücadele. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 178.

[25] Mal Bildiriminde Bulunulması Hakkında Yönetmelik, 15.11.1990 tarihli ve 20696 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

kendileriyle birlikte eş ve velayet altındaki çocuklarına ilişkin bildirimde bulunmaları gerekmektedir. Bu durumda dahi suçun faili ancak bildirim yükümlüsü olabilmektedir.

2. Konu

Bu suçun konusunu mal bildirimi oluşturmaktadır. Mal Bildiriminde Bulunulması Hakkında Yönetmelik m. 12'de belirtildiği üzere ekte yer alan mal bildirimi formu, tarih ve imza atıldıktan sonra ilgili birime teslim edilmelidir. İki sayfadan ibaret olan bu formun tek nüsha olarak doldurulması yeterlidir.

Kişinin mal varlığında olan değerleri içeren her beyan, 3628 sayılı Kanun kapsamında mal bildirimi olarak kabul görmemektedir. Bu nedenle gerçeğe aykırı bildirimde bulunma suçunun konusunu yalnızca ilgili mercie verilen mal bildirimi teşkil ettiğinden diğer belgeler bu suçun konusunu oluşturmamaktadır. Bu suça konu mal bildirimi, sadece 3628 sayılı Kanun m. 8'de gösterilen mercilere verilen mal bildirimi formlarını kapsamaktadır. Bu nedenle örneğin bankaya kredi başvurusunda bulunurken mal varlığının gerçeğe aykırı gösterilmesi durumunda anılı suç oluşmayacaktır. Keza Yargıtay'ın kararına konu olan bir olayda, tapu harcını düşük ödemek isteyen bildirim yükümlüsü, mal bildiriminde taşınmazın tam değerini göstermesine karşın, tapu müdürlüğünde taşınmazın değerini gerçekte olan bedelden daha az göstermiştir. Böylece tapu müdürlüğünde belirttiği değerden daha fazlasını mal bildiriminde gösteren bildirim yükümlüsü hakkında gerçeğe aykırı bildirimde bulunduğundan dolayı ilk derece mahkemesi tarafından mahkûmiyet hükmü kurulmuştur. Yargıtay, "*3628 sayılı yasanın 12.maddesinde gerçeğe aykırı bildirimde bulunmanın cezalandırıldığı, sanığa tapuda aldığı değerden yüksek bildirimde bulunmasının gerçeğe aykırılık kabul edilemeyeceği*" gerekçesiyle bizce de isabetli olarak hükmün bozulmasına karar vermiştir[26].

Ayrıca mal bildirimlerinin verildikleri zamana göre gösterdiği özellikten de söz edilmesinde yarar vardır. Mal bildirimleri genel olarak göreve ilk başlama sürecinde, mal varlığında önemli değişiklik olduğunda ve sonu 0 ve 5 ile biten yıllarda verilmektedir. Örneğin m. 10'da düzenlenen mal bildiriminde bulunmama suçunun konusu açısından bu bildirimler farklılık arz etmektedir. Öyle ki m. 6'da yer alan süreler içerisinde mal bildiriminde bulunmayan kişiye bildirimde bulunması için ihtarda bulunulmaktadır. İhtarın tebliğinden itibaren herhangi bir mazereti mevcut olmayan bildirim yükümlüsü, otuz gün içerisinde bildirimde bulunmazsa m. 10'a göre hakkında 3 aya kadar hapis cezasına hükmolunmaktadır. Danıştay kararına da konu olmuş bir olaydan söz etmek gerekirse m. 10'da "*6 ncı maddede belirtilen sürelerde mal bildiriminde bulunmayana*" ibaresi yer almaktadır. Göreve devam edenlerin sonu 0 ve 5 ile biten yıllarda mal bildirimlerini en geç şubat ayının sonuna kadar yenilemelerine ilişkin hüküm m. 7'de bulunmaktadır. Bu bakımdan Danıştay, sonu 0 ve 5 ile biten yıllarda mal bildirimini

[26] Yarg. 7. CD, E: 1998/3310, K: 1998/6554, KT: 10.07.1998, www.kazanci.com.tr, (15.05.2022).

yenilemeyen bildirim yükümlüsü hakkında bu suçtan dolayı yaptırım uygulanamayacağı yönünde hüküm kurmuştur[27]. Ancak m. 10'da mevcut olan bu tür bir ayrıma m. 12'de yer verilmediğinden dolayı bütün mal bildirimlerinin gerçeğe aykırı bildirimde bulunma suçunun konusunu oluşturacağını belirtmek isteriz.

3. Fiil

Gerçeğe aykırı bildirimde bulunma suçunun hangi hareketlerle işlenebileceğiyle ilgili olarak madde metninde bir ibareye yer verilmediğinden bu suçun serbest hareketli bir suç olduğunu söyleyebiliriz. Yine de bildirimin gerçeğe aykırı olması bakımından gerçeğe aykırılığın genel olarak üç şeklinin bulunduğu ifade edilebilir. Bunlar, kişinin mal varlığında olan bir şeyi bildirmemesi, mal varlığında olmayan bir şeyi varmış gibi bildirmesi ve mal varlığında olan bir şeyi, sayı, tutar ve değer gibi özelliklerini farklı bildirmesidir[28].

Mal bildirimi, bildirim yükümlüsünün bütün mal varlığını konu almamaktadır. Diğer bir ifadeyle bildirim yükümlüsü, mülkiyetinde olan bütün malları bildirmek zorunda değildir. Nelerin bildirilmesi gerektiği m. 5'te şu şekilde düzenlenmiştir: "*Bu Kanun kapsamına giren görevlilerin kendilerine, eşlerine ve velayetleri altındaki çocuklarına ait bulunan taşınmaz malları ile görevliye yapılan aylık net ödemenin, ödeme yapılmayan görevlilerin ise, 1 inci derece Devlet Memurlarına yapılan aylık net ödemenin beş katından fazla tutarındaki her biri için ayrı olmak üzere, para, hisse senetleri ve tahviller ile altın, mücevher ve diğer taşınır malları, hakları, alacakları ve gelirleriyle bunların kaynakları, borçları ve sebepleri mal bildiriminin konusunu teşkil eder.*" Bu hüküm kapsamına girmeyen bir şeyin, örneğin belirlenen tutarın altında kalan paranın bildirilmemesi durumunda suç oluşmayacaktır. Doktrinde bir görüş tarafından söz konusu maddede genel bir tanım yerine, örnekseme metoduyla birtakım varlıkların sayıldığı ileri sürülmektedir[29]. Ancak bu görüşe katılmadığımızı belirtmek isteriz. Nitekim kanunilik ilkesinin bir gereği olarak bildirimin konusunu oluşturan değerlerin neler olduğu kanunda sınırlı bir şekilde tanımlanmıştır. Örnekseme şeklinde veya kıyas

[27] Dan. 1. D, E: 2021/184, K: 2021/135, KT: 03.02.2021, https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb, (15.05.2022).

[28] "*Sanığın 2001 yılından sonraki mal bildirimlerinde tapuda kendi adına kayıtlı ... mahallesindeki evi bildirmemesine, 2001 yılından sonraki mal bildirimlerinde beyan ettiği evin ise kendi adına tapuya kayıtlı olmamasına göre; sanığın üzerine atılı gerçeğe aykırı mal bildiriminde bulunmak suçunun unsurlarının oluştuğu gözetilmeksizin, beraatine karar verilmesi…*" Bkz. Yarg. 19. CD, E: 2015/7188, K: 2016/1906, KT: 16.02.2016, https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb, (14.05.2022); "*Sanık ...'nin; 20/02/2006 tarihinde edindiği taşınmazı 20/05/2009 tarihli mal bildiriminde 250.000,00 TL' ye satın alıp 18/05/2009 tarihinde 250.000,00 USD' ye sattığını beyan etmesine rağmen aynı taşınmazın tapu kayıtlarına göre 35.000,00 TL' ye satın alınıp 100.000,00 TL'ye satılmış olduğu, 06/11/2009 tarihli mal bildiriminde eşine ait 25.000,00 TL değerli Adana İli Çukurova İlçesi ... Köyü' nde kaim ada numarası 11647, parsel numarası 1 olan taşınmazın cinsini arsa olarak beyan etmesine rağmen aynı taşınmazın tapu kaydına göre niteliğinin mesken-dubleks olduğu şeklinde gerçekleşen eylemlerinin atılı suçu oluşturduğu gözetilmeksizin sanıkların mahkumiyetleri yerine yazılı gerekçe ile beraatlerine karar verilmesi…*" Bkz. Yarg. 19. CD, E: 2016/11151, K: 2017/3163, KT: 06.04.2017, www.lexpera.com.tr, (14.05.2022).

[29] Uğur, s. 130.

yoluyla cezai sorumluluğun kapsamının genişletilmesi mümkün değildir. Bu bakımdan anılan maddede belirtilen hususlar dışında kalan mal varlığına ilişkin değerlerin bildirilmemesi durumunda gerçeğe aykırı bildirimde bulunma suçu oluşmayacaktır. Benzer gerekçeyle ilgili hüküm kapsamında bildirilmesi zorunlu olmayan bir hususun gerçeğe aykırı bildirilmesi durumunda da kanımızca suç oluşmamalıdır. Söz konusu suç ile sadece m. 5'te belirtilen hususların gerçeğe aykırı bildirilmesi yaptırıma bağlanmıştır. Keza Yargıtay bir kararında, sanığın mal bildiriminde göstermemiş olduğu hesabında bulunan para miktarının 3628 sayılı Kanun m. 5 kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tespit edilmeksizin yerel mahkeme tarafından verilen mahkûmiyet hükmünün bozulmasına karar vermiştir[30].

Mal bildiriminde bulunulmasının temel amacı, yolsuzlukla mücadele kapsamında kişilerin haksız mal edinmesinin önlenmesi olduğundan, bildirimin olabildiğince açık ve anlaşılır bir şekilde yapılması gerekmektedir[31]. Nitekim haksız mal edinilip edinilmediği soruşturulurken ilk olarak kişinin gerçeğe uygun bildirimde bulunup bulunmadığı saptanmakta, sonrasında kişinin geliriyle mal varlığı karşılaştırılarak bir sonuca varılmaktadır[32]. Yargıtay'a göre, hayatın olağan akışına göre ancak haksız edinilmiş olan bir değer gizleneceğinden mal varlığında mevcut olan bir değerin bildirilmemesi, söz konusu değerin haksız bir şekilde edinildiğini göstermektedir[33]. Bu nedenle Yüksek Mahkemeye göre, örneğin bankadaki paraya ek olarak bu paradan elde edilen faizin[34], taşınmazın değerinin artması hâlinde alım yerine güncel değerinin[35] ve borsadan elde edilen kazanç varsa borsaya giriş tarihi ile kazanılan tutarın bildirilmesi[36] gerekmektedir. Bu bakımdan mal varlığına ilişkin değerin niteliğine göre, bildirimin gerçeğe uygun yapılıp yapılmadığı hususunda bilirkişiye başvurulması gündeme gelebilmektedir[37].

[30] "Sanığın beyan etmediği para miktarının 3628sayılı Kanun'un 5. maddesindeki şartları taşıyıp taşımadığı tespit edilmeden eksik kovuşturma ile yetinilerek karar verilmesi…" Bkz. Yarg. 19. CD, E: 2015/4764, K: 2016/22227, KT: 09.11.2016, www.hukukturk.com, (15.05.2022).

[31] Aktaş, s. 850.

[32] "*Sanığın mal bildirimlerinde yer alan ve almayan ..., ..., ... marka araçlar ile 21.10.1997 günlü mal bildiriminde gösterilen Çankaya'da ki taşınmaz ve Demetevlerde satılan ve alınan taşınmazlar ile Antalya'da ki taşınmaz hissesinin, alım ve satım tarihleri itibariyle değerleri tespit edilerek önceki dönemde sanığın mal bildirimlerindeki aktifleri ile mevcut bulunan aktifleri karşılaştırılıp, edinimlerden yasal ve genel ahlaka uygun olanlar ve olmayanlar belirlendikten sonra karar verilmesi gerekirken, eksik soruşturma ve incelemeyle yazılı şekilde hüküm tesisi…*" Bkz. Yarg. 7.CD, E: 2001/10638, K: 2001/12641, KT: 04.07.2001, www.legalbank.com.tr, (14.05.2022).

[33] YCGK, E: 2005/173, K: 2006/145, KT: 30.05.2006, www.lexpera.com.tr, (14.05.2022).

[34] YCGK, E: 2008/7-14, K: 2008/50, KT: 11.03.2008, https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb, (14.05.2022); Yarg. 7. CD, E: 2004/4616, K: 2007/6448, KT: 25.09.2007, www.legalbank.com.tr, (14.05.2022).

[35] Yarg. 19. CD, E: 2019/29544, K: 2019/14217, KT: 13.11.2019, https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb, (14.05.2022).

[36] YCGK, E: 2007/211, K: 2007/199, KT: 09.10.2007, www.lexpera.com.tr, (14.05.2022).

[37] "*Raporlar arasındaki bu açık çelişkinin giderilmesi amacıyla, bir bankacı, bir yeminli mali müşavir veya hesap uzmanı, bir de sanığın yaşam tarzına, mesleki durumuna ve sosyal seviyesine göre harcamaları ile yasal gelirleri yönünden karşılaştırma yapabilecek kişiden oluşacak bilirkişi heyetine yeniden inceleme yaptırılarak alınacak raporun sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik inceleme sonucu yazılı şekilde hüküm*

Bu noktada mal bildiriminin konusunu oluşturan özellikle para dışında yer alan mal varlıklarının para yönünden karşılığının bildirilmesi üzerinde durulmasına yarar vardır. Örneğin 10 yıl önce 1 dönüm arsa satın alan bildirim yükümlüsü, bu arsanın Türk Lirası olarak karşılığını bildirmek zorunda mıdır? Eğer zorundaysa hangi tarihteki karşılığını bildirmesi gerekmektedir? Bununla ilgili olarak 3628 sayılı Kanun'da açık bir hüküm bulunmamaktadır. Mal Bildiriminde Bulunulması Hakkında Yönetmelik m. 8/2'de "*Mallar, mal bildirimi tarihindeki değerleri esas alınmak suretiyle beyan olunur.*" hükmüne yer verilmiştir. Ancak anılı Yönetmelik'in ekinde yer alan mal bildirimi formunda taşınmaz mal, kooperatif, haklar ve beyanı gerekli görülen diğer servet unsurlarına ilişkin bilgiler kısmında herhangi bir değer ibaresine yer verilmemiştir. Taşınır mal ve diğer taşınır mallarla ilgili kısımda "*edinme değeri*"ne; altın ve mücevherat ile ilgili kısımda ise sadece "*değeri*" ibaresine yer verilmiştir. Görüldüğü üzere Yönetmelik m. 8 ile form arasında çelişki mevcuttur. Yine de çelişki olsa da olmasa da kanunilik ilkesi gereğince Yönetmelik'te yer alan hükmün bağlayıcı olmadığını belirtmek isteriz. Nitekim yönetmelik gibi idarenin düzenleyici işlemleriyle suça ilişkin düzenlemeler yapılamaz. Gerçekten de 3628 sayılı Kanun m. 5'te bildirimin konusunun içeriğinin ilgili Yönetmelik'te yer alan hükümlerle doldurulması durumunda açık ceza normu veya çerçeve kanun olarak tabir edilen durumun varlığından söz edilecektir ki bu durum da kanunilik ilkesine aykırıdır. Sonuç olarak bildirim yükümlüsünün, 3628 sayılı Kanun m. 5'e uygun şekilde mal bildiriminde bulunması yeterlidir. Bu maddede yer almayan, örneğin edinim tarihi ve edinim değeri gibi hususlara mal bildiriminde yer vermesi zorunlu değildir. Yine de bildirim yükümlüsünün bu hususlara mal bildiriminde yer vermesi ancak bunların gerçeğe aykırı olması hâlinde, salt bu hususlardan dolayı gerçeğe aykırı bildirimde bulunma suçunun oluşmayacağı söylenmelidir. Bu nedenlerden ötürü bir üst paragrafta yer verilen Yargıtay kararlarına katılmadığımızı da ifade etmek isteriz.

3628 sayılı Kanun m. 9'da belirtildiği üzere mal bildirimleri, özel kanunlardaki istisnalar dışında bildirim yükümlüsünün özel dosyasında muhafaza edilmektedir. Yine m. 20'de yer alan zorunluluk dışında bildirimin içeriğiyle ilgili olarak açıklamada bulunulması ve bilgi verilmesi mümkün değildir. Uygulamada ise mal bildirim formu, kapalı bir zarfın içine konularak personel daire başkanlığı gibi ilgili birime teslim edilmektedir. Bu bildirimin gerçeğe uygun olup olmadığı zarfın açılmasıyla ortaya çıkmaktadır. Ancak söz konusu suç, zarfın açıldığı veya bildirimin gerçeğe aykırı yapıldığının tespit edildiği an yerine, zarfın ilgili birime verildiği an işlenmiş olmaktadır.

tesisi…" Bkz. Yarg. 7. CD, E: 2013/19175, K: 2014/3887, KT: 20.02.2014, https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb, (14.05.2022).

Netice belirli bir süre de olsa devam etmediğinden ani suçtur. Ayrıca netice, hareketin işlenmesiyle beraber ortaya çıktığından bu suçun şekli suç olduğu söylenebilir[38].

Gerçeğe aykırı bildirimde bulunma suçunun oluşması için bir zararın bulunmasına gerek yoktur. Korunan hukuki değer açısından zarar yerine zarar tehlikesi cezalandırıldığından bu suç bir tehlike suçudur[39]. Madde metninde tehlikenin somut bir şekilde ortaya çıkmasıyla ilgili bir ibareye yer verilmediğinden bu suçun soyut tehlike suçu olduğu ifade edilebilir.

C. Suçun Manevi Unsuru

Bilindiği üzere manevi unsur, genel olarak kast ve taksir olarak ikiye ayrılmaktadır. TCK m. 22/1'de açıkça belirtildiği üzere taksirle işlenen fiilin cezalandırılabilmesi için kanun metninde açıkça taksire yer verilmesi gerekmektedir. 3628 sayılı Kanun m. 12'ye bakıldığında taksire yer verilmediğinden bu suç bakımından manevi unsurun sadece kast olduğu ifade edilmelidir.

3628 sayılı Kanun, haksız mal edinmenin önlenmesi gibi birtakım amaçlar doğrultusunda yürürlüğe konulmuş ise de madde metninde faili harekete geçiren amaca yer verilmemiştir. O hâlde bu suç için aranan kastın genel kast olduğu söylenebilir. Bu nedenle failin genel kastla gerçeğe aykırı bildirimde bulunması yeterli olup rüşvet suçunu işlemek veya haksız edindiği malı gizlemek maksadının aranmasına gerek bulunmamaktadır. Öyle ki arkadaşlarına hava atmak amacıyla dahi mal varlığında olmayan bir şeyi varmış gibi bildirmesi durumunda failin kasten hareket ettiği söylenecektir.

Bu noktada "şaka" ile ilgili Yargıtay kararından kısaca bahsedilmesinde yarar vardır. Karara konu olayda bildirim yükümlüsü, mevcut olmamasına rağmen İstanbul'da iki dairesinin ve 700 metrekarelik bir arsasının bulunduğu yönünde mal bildiriminde bulunmuştur. Savunmasında, arkadaşlarıyla şakalaşırken bu şekilde gerçeğe aykırı bildiriminde bulunduğunu ileri sürmüştür. İki iş arkadaşı da tanık olarak bu savunmayı doğrular şekilde ifade vermiştir. İlk derece mahkemesi tarafından gerçeğe aykırı bildirimde bulunma suçundan mahkûmiyet hükmü kurulmuşsa da Yargıtay, "*Sanığın, mevcut olmadığı halde iki daire ve arsayı ileride kanuna ve genel ahlaka aykırı edineceği mal varlığına dayanak yapmak amacıyla kasten gerçeğe aykırı mal bildiriminde beyan ettiğine dair kabulü veya herhangi bir delil bulunmamaktadır.*" gerekçesiyle sanığın beraati yerine mahkûmiyetine karar verilmesini bozma nedeni yapmıştır[40]. İfade etmek gerekir ki bu suç genel kastla işlendiğinden bildirim yükümlüsünün gerçeğe aykırı bildirimde bulunmasının altında yatan amaç önem arz etmemektedir. Nitekim kararda

[38] Uğur, s. 178; Aktaş, s. 843.

[39] "*Gerçeğe aykırı mal bildiriminde bulunma suçunda anılan maddenin aradığı anlamda somut bir zarardan söz edilemeyeceği dikkate alındığında…*" Bkz. Yarg. 19. CD, E: 2015/5428, K: 2016/1640, KT: 11.02.2016, https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb, (14.05.2022).

[40] Yarg. 7. CD, E: 1998/10419, K: 1998/11215, KT: 24.12.1998, www.kazanci.com.tr, (15.05.2022).

bahsedilen *"ileride kanuna ve genel ahlaka aykırı edineceği mal varlığına dayanak yapmak amacıyla"* şeklindeki ibare, esasen özel kastla işlenen suçlar açısından ayırt edicidir. Failin şakalaşma amacıyla bu hareketi gerçekleştirmesi onun kasten hareket etmediği anlamına gelmez. Bu nedenle Yargıtay'ın söz konusu kararına katılmadığımızı belirtmek isteriz.

D. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

Gerçeğe aykırı bildirimde bulunma suçu açısından herhangi bir hukuka uygunluk sebebinin uygulanması kanımızca mümkün değildir.

E. Teşebbüs

Yukarıda ifade edildiği üzere, gerçeğe aykırı bildirimde bulunma suçu ani suçlardan biridir. Aynı zamanda bir şekli suçtur. Diğer bir ifadeyle neticesi harekete bitişik olan bu suçta, hareket ve netice birbirinden ayrı olmadığından bu suça kural olarak teşebbüs mümkün değildir. Neticenin gerçekleşmesi açısından bildirimin içeriğinin denetlenmesi veya gerçeğe aykırı olduğunun tespit edilmesi önem arz etmemektedir. Bundan ötürü bildirimde bulunduktan sonra failin fikrini değiştirmesi ve bildirimi geri alarak gerçeğe uygun bildirimde bulunması bir farklılık arz etmemektedir.

Bununla beraber hareketin kısımlara bölünmek suretiyle işlendiği durumlarda teşebbüsün mümkün olduğu söylenebilir. Örneğin sağlık sorunları nedeniyle işyerine gidemeyen bildirim yükümlüsü, mal bildirimini posta yoluyla göndermiş ancak postanın iade edilememesi gibi çeşitli nedenlerden dolayı mal bildirimi ilgili birime ulaşmamış ise teşebbüsten söz edilebilecektir.

F. İştirak

Gerçeğe aykırı bildirimde bulunma suçunun iştirak hâlinde işlenmesi mümkündür. Yine de bu suç, özgü suç olduğundan sadece bildirim yükümlüsünün fail olabileceğini ifade etmek isteriz. Nitekim TCK m. 40/2'de belirtildiği üzere, özgü suçlarda sadece özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilmektedir. Burada özel faillik niteliği bildirim yükümlüsündedir. Bu nedenle bildirim yükümlüsü dışında suçun işlenişine iştirak eden kişiler ancak azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilmektedir. Örneğin gerçeğe aykırı bildirimde bulunmayı düşünen bildirim yükümlüsünü bu kararında kuvvetlendiren eşi, bu suçtan dolayı yardım eden sıfatıyla sorumlu tutulabilecektir.

G. İçtima

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere gerçeğe aykırı bildirimde bulunma suçu genel kastla işlenebilen bir suç olduğundan failin haksız mal edinme veya rüşvet alma gibi herhangi bir amacının bulunması manevi unsur açısından önemsizdir. Bununla beraber uygulamaya bakıldığında özellikle rüşvet ve benzer suçları işleyen bildirim yükümlüsünün, suç işlediğinin ve haksız mal edindiğinin ortaya çıkmasını engellemek amacıyla gerçeğe aykırı mal bildiriminde bulunduğu görülmektedir. Örneğin rüşvet alan bildirim yükümlüsü, sahip olduğu parayı bildirmezse gerçeğe aykırı bildirimde bulunma

suçunu işlemiş olmaktadır. Fail, işlediği rüşvet suçu ortaya çıkmasın diye gerçeğe aykırı bildirimde bulunmaktadır. Burada olsa olsa işlenen bir suçun gizlenmesi amacıyla başka bir suçun işlenmesinden söz edilebilecektir ki bu durumda da gerçek içtima hükümleri uygulama alanı bulacaktır. O hâlde her iki suçtan dolayı ayrı ayrı yaptırım uygulanması gerekmektedir[41].

Yine de belirtilmesinde yarar var ki 3628 sayılı Kanun, esasen rüşvet ve yolsuzlukla mücadele kapsamında yürürlüğe konulmuş ve gerçeğe aykırı bildirimde suçu da benzer doğrultuda hazırlanmış olsa da görevle bağlantılı olarak işlenmeyen suçların da gizlenmesi amacıyla bu suçun işlenmesi söz konusu olabilmektedir. Örneğin kumar oynanması için yer ve imkân sağlayan kişi, bu suçun işlenmesiyle kazandığı paraları mal bildiriminde göstermeyebilir. Yine Yargıtay kararına da konu olmuş bir olayda uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti yapma suçunun faili, bu suçtan dolayı kazandığı paraları mal bildirimde göstermemiştir[42]. İşte bu tür durumlarda da gerçek içtima hükümleri uygulama alanı bulmaktadır.

Bu noktada ilgili madde metninde yer alan "*Kanunen daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde*" ibaresini ele almaktayız. Bu hükme göre fail hakkında aynı eylemden dolayı birden fazla suçtan dolayı yaptırım uygulanacağı durumlarda, her iki suçtan değil yalnızca cezası daha ağır olan suçtan dolayı yaptırım uygulanmaktadır[43]. Esasen TCK m. 5 nedeniyle TCK m. 44'te düzenlenen fikri içtima kurumu uygulanacağından bu ibarenin madde metninde yer almasının bir farklılık yaratmadığını belirtmek isteriz. Nitekim anılan hükme göre "*İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.*"

Gerçeğe aykırı bildirimde bulunma suçuyla beraber 3628 sayılı Kanun'da yer alan diğer suçlar aynı fail tarafından işlenebilmektedir. Örneğin mal bildiriminde bulunmayan bildirim yükümlüsüne ilgili merci tarafından ihtarda bulunulmaktadır. İhtarın tebliğinden itibaren 30 gün içerisinde mazereti olmaksızın bildirimde bulunmayan fail hakkında m. 10 çerçevesinde 3 aya kadar hapis cezasına hükmolunmaktadır. Failin bu süre geçtikten, yani suçu işledikten sonra gerçeğe aykırı bildirimde bulunması durumunda ise artık iki

[41] "*...sanıklardan Hüseyin'in atılı gerçeğe aykırı bildirimde bulunma eyleminin ayrı bir suç oluşturduğu gözetilmeden, 3628 sayılı Yasanın 12 ve TCK'nın 44. maddeleri dikkate alınarak hakkında bu suçtan karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi...*" Bkz. Yarg. 5. CD, E: 2014/5111, K: 2016/4999, KT: 12.05.2016, https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb, (15.05.2022).

[42] "*...sanığın uyuşturucu ticareti yapmak suçundan aldığı cezanın kesinleşmiş ve davaya konu aracın müsadere edilmiş olmasının 3628 Sayılı Kanun'da düzenlenen "haksız mal edinme" ve "gerçeğe aykırı beyanda bulunma" suçlarının oluşmasına engel kabul edilemeyeceği, sanık hakkında bu suçlar yönünden mahkumiyet hükmü kurulması gerekirken...*" Bkz. Yarg. 19. CD, E: 2017/6239, K: 2018/3758, KT: 02.04.2018, www.kazanci.com.tr, (15.05.2022).

[43] "*Görüldüğü gibi her iki maddedeki suçların düzenlenmesinde yasa koyucu tarafından, daha ağır bir ceza gerektirmediği takdirde bu maddelerdeki cezaların verileceği öngörülmekle, TCY.nın 79. maddesinin bu suçlar için de geçerli olduğu açıkça ortaya konulmuş bulunmaktadır. Bu itibarla fikri içtima kurallarının bu suçlarda uygulanacağı kuşkusuzdur.*" Bkz. YCGK, E: 2005/7-173, K: 2006/145, KT: 30.05.2006, https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb, (14.05.2022).

ayrı fiil mevcut olacağından fail hakkında iki ayrı suçtan dolayı ayrı ayrı yaptırım uygulanmaktadır[44].

Son olarak aynı eylemin hem suç hem de disiplin suçu teşkil etmesi mümkündür. Örneğin Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun[45] m. 8/5-a'da gerçeğe aykırı mal bildiriminde bulunmak, on iki ay uzun süreli durdurma cezasını gerektiren bir disiplin suçu olarak düzenlenmektedir. Bu durumda, koşulları oluşmuş ise suçtan ve disiplin suçundan dolayı ayrı ayrı yaptırım uygulanabilmektedir.

H. Yaptırım

Gerçeğe aykırı bildirimde bulunma suçunun yaptırımı 6 aydan 3 yıla kadar hapis cezasıdır. Ayrıca m. 15'te fail hakkında cezanın süresi kadar kamu hizmetlerinden yasaklanma cezası verileceği öngörülmektedir. M. 16'da ise bu suçtan dolayı verilen cezaların tecil edilemeyeceği, şahsi hürriyeti bağlayıcı olanların para veya tedbire çevrilemeyeceği ve ön ödeme yoluna gidilemeyeceği belirtilmektedir. Ancak bu iki hükmün uygulama alanı bulamayacağını belirtmek gerekir. Nitekim TCK'nın genel hükümlerinin, özel ceza kanunları ile ceza hükmü içeren kanunlardaki suçlar hakkında uygulanmasını öngören TCK m. 5 gereği, 4 Mayıs 1990 tarihinde yürürlüğe girmiş olan anılan iki hüküm yerine TCK'nın genel hükümlerine başvurulacağı ifade edilmelidir. O hâlde fail hakkında verilen mahkûmiyet hükmünde ceza yaptırımının yanı sıra TCK m. 53'te yer alan güvenlik tedbirine de karar verilebilecektir. Yine hapis cezasının ertelenmesi (TCK m. 51), hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesi (TCK m. 50) ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması da (CMK m. 231) mümkündür.

I. Muhakeme

Gerçeğe aykırı bildirimde bulunma suçunun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı değildir. Bu suç resen soruşturulmakta ve kovuşturulmaktadır. CMK m. 158'e göre ihbar, kural olarak Cumhuriyet Başsavcılığına veya kolluk makamlarına yapılmaktadır. Valilik, kaymakamlık ve mahkemenin yanı sıra, bir kamu görevinin yürütülmesiyle bağlantılı olarak işlendiği iddia olunan suçlarla ilgili kamu kurum ve kuruluşun idaresine yapılan ihbarlar da Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmektedir.

İhbara ilişkin söz edilen genel hükümlerden farklı olarak 3628 sayılı Kanun m. 18'de ihbarın doğrudan Cumhuriyet Başsavcılığına yapılacağı kabul edilmiştir[46]. Kanımızca bu hüküm, soruşturmanın hızlı ve etkin bir şekilde yürütülebilmesi amacıyla getirilmiştir.

---

[44] "*Sanık hakkında açılan kamu davasının kapsamına göre, süresi içerisinde mal bildiriminde bulunmamak ve gerçeğe aykırı bildirimde bulunmak suçlarından ayrı ayrı hüküm kurulması gerekirken…*" Bkz. Yarg. 19. CD, E: 2016/713, K: 2016/21863, KT: 26.10.2016, https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb, (15.05.2022).

[45] 7068 sayılı ve 31.01.2018 kabul tarihli Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun, 09.03.2018 tarihli ve 30354 mükerrer sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

[46] İhbarla ilgili olarak ayrıca belirtilmesinde yarar var ki ihbar üzerine derhâl bir tutanak düzenlenerek bir örneği de muhbire verilmektedir. Bu tutanak, acele veya gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda sonradan da düzenlenebilmektedir. İhbarın asılsız çıkması durumunda aleyhine ihbarda bulunulan kişinin talebi üzerine muhbirin kimliği açıklanmaktadır. Bunun dışında muhbirin kimliğinin, rızası olmaksızın açıklanması mümkün değildir.

Keza bu amaç doğrultusunda başkaca düzenlemelere de yer verilmiştir. Bu kapsamda Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'da[47] yer alan hükümler uygulanmamaktadır. Örneğin soruşturma izni alınmasına gerek olmaksızın ihbar üzerine Cumhuriyet Başsavcılığı doğrudan soruşturmaya başlamakta ve gereken işlemleri yapmaktadır. Bununla beraber görevleri veya sıfatları nedeniyle haklarında özel soruşturma ve kovuşturma usulünün uygulandığı kişiler hakkında ilgili kanun hükümleri uygulama alanı bulmaktadır[48].

Bir diğer düzenleme ise suçla ilgili bilgilerin verilmesine ilişkin zorunluluktur. 3628 sayılı Kanun m. 20'ye göre "*Özel kanunlarında aksine bir hüküm bulunsa bile ilgili gerçek veya tüzel kişiler veya kamu kurum ve kuruluşları; bu Kanuna göre takip, soruşturma ve kovuşturmaya yetkili kişi, Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü veya temsilcisi ve bu Kanundaki diğer mercilerce istenen bilgileri gecikmeksizin makul sürede eksiksiz vermek zorundadır."* Buna aykırı hareket edenler hakkında 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezasına hükmolunmaktadır. Madde metninde her ne kadar hapis cezasının, para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilemeyeceği ve ertelenemeyeceği belirtilmekteyse de TCK m. 5 nedeniyle yukarıda açıkladığımız gerekçelerle bu hükmün artık uygulama alanının bulunmadığını söyleyebiliriz.

Etkin soruşturmanın gereklerinden biri şüphesiz soruşturmanın gizliliğidir. Esasen bununla ilgili olarak CMK ve TCK'da birtakım hükümler mevcut olsa da 3628 sayılı Kanun m. 18/5'te özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre gerçeğe aykırı bildirimde bulunma suçu dâhil olmak üzere 3628 sayılı Kanun'da yer alan suçlardan dolayı kovuşturma evresine kadar ilgili suç hakkında bilgi vermek ve yayın yapmak yasaklanmıştır. Ancak bu yasağa aykırı hareket edenler hakkında herhangi bir yaptırım öngörülmemiştir.

Cumhuriyet savcısı, ihbar üzerine soruşturmaya başladığını, sanık olan bildirim yükümlüsünü atamaya yetkili amirine veya m. 8'de belirtilen ilgili mercilere haber vermektedir. Ayrıca Cumhuriyet Başsavcılığı, yapılan ihbarlar ile takipsizlik kararı ve iddianameyi, Hazine ve Maliye Bakanlığı Başhukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü ile varsa ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına bildirmektedir. Hazine ve Maliye Bakanlığı avukatının yazılı başvurusu üzerine, Hazine ve Maliye Bakanlığı başvuru tarihinde katılan sıfatını almaktadır. Gereken bilgilendirme yapılmaksızın Hazine ve

[47] 02.12.1999 kabul tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun, 04.12.1999 tarihli ve 23896 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

[48] 3628 sayılı Kanun m. 17/3'te "*Görevleri veya sıfatları sebebi ile özel soruşturma ve kovuşturma usulüne tabi olan sanıklarla ilgili kanun hükümleri saklıdır*." şeklinde yer alan hükmün, yükseköğretim personeli hakkında yapılan yargılamalarda uygulanıp uygulanamayacağı ile ilgili değerlendirmeler için bkz. Yılmaz, D. (2013). Yükseköğretim personeli ceza soruşturması, yasal eksiklikler ve çözüm önerileri. Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, CXVII(1-2), s. 101 vd.

Maliye Bakanlığı avukatının yokluğunda yargılamanın sonuçlandırılmasına ilişkin Yargıtay'ın bozma kararları mevcuttur[49].

II. EŞ VE VELAYET ALTINDAKİ ÇOCUKLARIN MAL VARLIĞIYLA İLGİLİ OLARAK BİLDİRİM YÜKÜMLÜSÜNÜN CEZAİ SORUMLULUĞUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Olarak

Yukarıda açıklandığı üzere mal bildirimin konusunu bildirim yükümlüsünün kendisiyle beraber eşi ve velayeti altındaki çocuklarına ait belirli mal varlığı değerleri oluşturmaktadır. Bu nedenle bildirim yükümlüsü, varsa bu kişilerin da mal varlığını gerçeğe uygun bir şekilde bildirmekle yükümlüdür. Aksi takdirde bildirim yükümlüsünün cezai sorumluluğu doğabilmektedir. Yine de eşe ve velayeti altındaki çocuklara ait mal varlığının gerçeğe aykırı bildirildiği bütün durumlarda bildirim yükümlüsünün cezalandırıldığı söylenemez. Nitekim yukarıda manevi unsur başlığı altında açıklandığı üzere bu suç ancak kasten işlenen bir suçtur. O hâlde bildirim yükümlüsünün kasten hareket etmediği durumlarda cezalandırılması mümkün değildir. Ne var ki yargı mercileri tarafından hukuka aykırı kararlar verildiğini görmekteyiz. Bu nedenle aşağıda ilk olarak eş ve velayet altındaki çocukların mal varlığının gerçeğe aykırı bildirilmesiyle ilgili Yargıtay kararlarını ele alacağız. Akabinde bu kişiler yönünden değerlendirmelerimize yer verdikten sonra önerimizi paylaşacağız.

B. Yargıtay Kararları

Öncelikle aşağıda yer verilen kararların güncelliğiyle ilgili olarak, Yargıtay kararlarının az olması ve yargı mercileri tarafından verilen kararlara erişimin zorluğu bakımından açıklama yapılmasında yarar vardır. Bu kapsamda ilk olarak gerçeğe aykırı bildirimde bulunma suçunun özgü suç olması nedeniyle diğer suçlara nazaran daha dar bir uygulama alanına sahip olduğu ileri sürülebilir. İkinci olarak bu suçtan dolayı soruşturmaya başlanabilmesi için diğer suçlarda olduğu gibi gerçeğe aykırı bildirimde bulunulduğuna ilişkin basit şüphenin mevcut olması gerekir. Mal bildirimleri her ne kadar belirli aralıklarla yenilense de bu bildirimlerin gerçeğe uygun olup olmadığı denetlenmemektedir. Daha çok haksız mal edinildiği yönünde şüphenin varlığı hâlinde bu bildirimler detaylı şekilde incelenmektedir. Bu durumda ise kanımızca madde metninde yer alan "*Kanunen daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde*" ibaresi nedeniyle gerçeğe aykırı bildirimde bulunma suçu yerine, iddianamede sadece yine aynı Kanun m. 13'te düzenlenen haksız mal edinme, mal kaçırma veya gizleme suçuna yer

[49] "*İddianamelerde belirtilen suçların niteliğine göre, Hazinenin bu suçların zarar göreni olduğu, bu sıfatının gereği olarak CMK'nın 233 ve 234. maddeleri gereğince kovuşturma evresinde sahip olduğu davaya katılma ve diğer haklarını kullanabilmesi için duruşmadan haberdar edilmesi gerektiği halde, usulen dava ve duruşmalar bildirilmeden, davaya katılma ve Ceza Muhakemesi Kanununun mağdur ve katılanlar için öngördüğü haklardan yararlanma olanağı sağlanmadan yargılamaya devam edilerek yazılı biçimde hükümler kurulması…*" Bkz. Yarg. 5. CD, E: 2013/15881, K: 2016/3855, KT: 13.04.2016, https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb, (15.05.2022).

verilmektedir. Üçüncü olarak yukarıda açıklandığı üzere TCK m. 5 nedeniyle 3628 sayılı Kanun m. 16'da yer alan hapis cezasının ertelenmesi, para cezasına çevrilmesi ve ön ödeme uygulanmamasına ilişkin hüküm zımnen mülga olmuş ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu getirilmiştir. Özellikle hükmün açıklanmasının geri bırakılmasıyla ilgili olarak CMK m. 231/6'da yer alan şartların bildirim yükümlüleri açısından daha uygulanabilir olduğunu söyleyebiliriz. Örneğin devlet memurluğuna alınacaklarda aranan şartlardan birisi belirli suçları işlememiş olmaktır[50]. CMK m. 231/6-a'da yer alan "*sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması*" koşulunun çoğu zaman bildirim yükümlüleri açısından mevcut olduğunu ifade edebiliriz. Yine gerçeğe aykırı bildirimde bulunma suçu bir soyut tehlike suçu olduğundan CMK m. 231/6-c'de "*suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi*" şeklinde yer alan koşulun aranmadığını söyleyebiliriz. Ayrıca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmeyen dosyalarda Yargıtay, gerekçesinde müessesenin uygulanmamasının detaylı şekilde açıklanmadığı hükümlerin çoğu zaman bozulmasına karar vermektedir[51]. İlk derece mahkemesi tarafından verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararlara karşı ağır ceza mahkemesine itiraz yoluna gidilmektedir. Ne var ki bu mahkemelerin kararları herkese açık olmadığından verilen kararlara erişememekteyiz. Dördüncü olarak bu suçtan dolayı verilen beraat kararları ile mahkûmiyet kararlarına karşı istinaf yoluna gidilmesi mümkündür. Ancak ilk derece mahkemesi gibi bölge adliye mahkemesi tarafından verilen kararlara da ulaşımın oldukça sınırlı olduğu bir gerçektir. Beşinci olarak bu suçun yaptırımı nedeniyle artık temyiz incelemesine konu olması mümkün olmadığından Yargıtay'a giden dosyalar azalmıştır. Benzer şekilde Yargıtay tarafından verilen bütün kararlar da herkese açık değildir. İşte bu ve benzer nedenlerden ötürü aşağıda, erişebildiğimiz ve konu açısından önem arz eden Yargıtay kararlarına yer vermekteyiz.

İlk olarak Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından verilen bir kararı ele almaktayız. Eşine ait banka hesabında bulunan 59.679 Amerikan Dolarını 53.000 Amerikan Doları olarak bildirmesi ve iki adet arabayı bildirmemesi nedeniyle gerçeğe aykırı bildirimde bulunma suçundan dolayı Mardin Asliye Ceza Mahkemesince yapılan yargılama sonucunda, sanık hakkında zincirleme biçimde gerçeğe aykırı bildirimde bulunma suçundan 5 ay 25 gün hapis cezasına ve yine bu süre kadar kamu hizmetlerinden yasaklanmasına hükmolunmuştur. Sanık müdafileri tarafından yapılan temyiz üzerine dosyayı inceleyen

[50] DMK m. 48/1-A-5: "*Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmamak*."

[51] Yarg. 19. CD, E: 2015/4764, K: 2016/22227, KT: 09.11.2016, www.hukukturk.com, (15.05.2022).

Yargıtay 7. Ceza Dairesi hükmün onanmasına karar vermiştir[52]. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, sanığın hazırlık soruşturmasında verdiği ifadeye atıfta bulunmuştur. Bu beyanında sanık, tahakkuk eden faizi düşünemediği için 53.000 Amerikan Doları olarak bildirimde bulunduğunu; 2 adet arabayı ise heyecandan unuttuğu için bildirimde bulunmadığını ileri sürmüştür. Başsavcılık, "*bu eksik bildirimin beşeri hatadan kaynaklanıp kaynaklanmadığı dolayısıyla kasta dayalı olup olmadığı tartışılmadan mahkumiyet kararı verilmesinin yasaya aykırı bulunduğu*" görüşüyle itiraz etmiştir. Dosya her ne kadar Yargıtay Ceza Genel Kurulunun önüne gelmişse de 2005 yılındaki ilgili değişiklikler nedeniyle sanık hakkında artık uygulanabilir olan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun değerlendirilmesi amacıyla suç yönünden herhangi bir tartışma yapılmaksızın hükmün bozulmasına karar verilmiştir[53].

Kararla ilgili özellikle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca yapılan itirazın gerekçesinde durulması yerinde olacaktır. Bu gerekçeye bakıldığında kararda yer verilmemiş olsa da ilk derece mahkemesi tarafından verilen mahkûmiyet hükmünde sanığın, eşine ait mal varlığını bilip bilmemesiyle ilgili bir değerlendirmenin bulunmadığını düşünmekteyiz. Keza Başsavcılık eksik bildirimin "*beşeri hatadan*" kaynaklanma ihtimalinin bulunduğunu ve bu durumun bildirim yükümlüsünün kasten hareket edip etmediğiyle ilgili olacağını belirtmektedir. Manevi unsur yönünden tartışmanın yapılmamış olmasından dolayı ilgili itirazın gerekçesine katıldığımızı belirtmek isteriz. Yargıtay 7. Ceza Dairesi hükmün onanmasına karar vermiştir. Gerekçe oldukça kısa olduğundan ne yazık ki yorum yapamamaktayız[54]. Benzer şekilde, Kurul kararında ise sadece hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilip verilmeyeceği hususu tartışılmış olduğundan ilgili suç açısından kararın yoruma kapalı olduğunu söyleyebiliriz.

Başka bir karara konu olayda bildirim yükümlüsü, kendisi adına 6 Haziran 2000 ve 18 Mart 2003 tarihlerinde, eşi adına ise 3 Aralık 2001 tarihinde ek mal bildirimine bulunmuştur. İlk derece mahkemesince yapılan yargılamada dosya üç defa bilirkişiye gönderilmiştir. Bilirkişilerce farklı zamanlarda ayrı ayrı hazırlanmış her üç raporda da genel olarak "*sanığın her yıl muntazaman mal beyanında bulunduğu ve mal varlığındaki değişimleri de beyan ettiği*" belirtilmiştir. Bilirkişi raporlarını hükme esas alan yerel mahkeme, delil yetersizliği ve suçun unsurlarının oluşmadığı gerekçesiyle sanığın beraatine karar vermiştir. Temyiz incelemesini yapan Yargıtay 7. Ceza Dairesi, sanığın gerek kendisine gerek eşine ait mal varlığıyla ilgili birtakım değerlerin eksik bildirildiğini

[52] Yarg. 7. CD, E: 2004/4616, K: 2007/6448, KT: 25.09.2007, www.legalbank.com.tr, (14.05.2022).

[53] YCGK, E: 2008/7-14, K: 2008/50, KT: 11.03.2008, https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb, (14.05.2022).

[54] Karardaki gerçeğe aykırı bildirimde bulunma suçuyla ilgili yerin tamamı şu şekildedir: "*Sanık müdafiinin gerçeğe aykırı mal bildiriminde bulunmak suçuna yönelik temyizine gelince; sonuç : Yapılan duruşmaya, toplanan ve karar yerinde açıklanan delillere, gösterilen gerekçeye ve takdire göre sanık müdafii'nin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle hükmün istem gibi onanmasına, 25.9.2007 tarihinde oybirliği ile karar verildi*." Bkz. Yarg. 7. CD, E: 2004/4616, K: 2007/6448, KT: 25.09.2007, www.legalbank.com.tr, (14.05.2022).

tespit etmiş ve "*edinim tarihi dosyadan belli olmamakla birlikte eşi Şadıman'a miras kaldığı belirtilen İstanbul Fatih Haydar Mahallesi 1007 ada, 43 parselde hisseli 41 metrekarelik arsa, Unkapanı'nda yarı hisseli bir apartman dairesi ve G... Denizcilik A.Ş.'deki hissesini de bildirmediği*" gerekçesiyle hükmün bozulmasına karar vermiştir[55].

Dosyadaki tespitlere bakıldığında sanığın, eşinin mal varlığıyla ilgili gerçeğe aykırı bildirimde bulunduğu açıktır. Ancak sanığın, bunu bilerek ve isteyerek yapıp yapmadığı hususuyla ilgili gerekçede herhangi bir değerlendirme bulunmamaktadır. Belirtmek gerekir ki kast, tipe uygunluğun sübjektif unsuruna dâhildir. Kastın yokluğu hâlinde bildirim yükümlüsünün işlemiş olduğu fiil, suç teşkil etmeyecektir. Ne var ki ilgili Ceza Dairesi, manevi unsur açısından herhangi bir değerlendirmede bulunmaksızın ilgili suçun oluştuğu gerekçesiyle sanık hakkında verilen beraat hükmünün bozulmasına karar vermiştir. Bu sebeplerden ötürü kararın eleştiriye açık olduğunu ifade etmek isteriz.

Bir diğer karara konu olayda ise sanığın eşi, kendi adına 17 Mart 2003 tarihinde bir bankada dolar hesabı açmıştır. Mayıs 2005 tarihi itibarıyla bu hesapta toplam 40.000 Amerikan Doları bulunmaktadır. Sanık, 16 Mayıs 2005 tarihinde kendi adına bir konut satın almış ve eşinin banka hesabında bulunan parayı peşinat olarak kullanmıştır. Eşinin hesabında bulunan bu parayı bildirmeyen sanık hakkında gerçeğe aykırı bildirimde bulunma suçundan dolayı yürütülen yargılama sonucunda beraatine karar verilmiştir. Kararın temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 7. Ceza Dairesi, sanığın 1 Eylül 2005 ve 20 Aralık 2005 tarihlerinde mal bildiriminde bulunduğunu ancak bu bildirimlerde de eşinin banka hesabına yer vermediğini tespit etmiştir. Yüksek Mahkeme, 17 Mart 2003 tarihinden itibaren sanığın, eşine ait banka hesabından haberdar olma ihtimalinin bulunduğunu, en azından konutu satın aldığı tarih olan 16 Mayıs 2005 tarihinde bu paradan haberdar olduğunun kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu durumda dahi konutu aldıktan sonraki iki mal bildiriminde de bu parayı göstermemiş olması nedeniyle söz konusu suçtan dolayı sanığın mahkûmiyeti yerine beraatine karar verilmesi nedeniyle hükmün bozulmasına karar vermiştir[56].

Bu karardaki gerekçeye kısmen iştirak ettiğimizi ifade etmek isteriz. Gerçekten de 16 Mayıs 2005 tarihi öncesinde eşine ait banka hesabındaki parayı bilmeyen bildirim yükümlüsünün konutu alırken, peşinat olarak kullandığından bu parayı bilmediğinden söz edilemez. Yüksek Mahkemenin de belirttiği üzere, bildirim yükümlüsü en geç bu tarih itibarıyla paradan haberdar olmuştur. Gerekçede söz edilmese de kanımızca sanığın, en geç bu tarihte ek mal bildirimi verme yükümlülüğü doğmuştur. Ne var ki bildirim yükümlüsü salt bu değişiklik nedeniyle ek mal bildiriminde bulunmadığı gibi

[55] Yarg. 7. CD, E: 2006/7187, K: 2007/5352, KT: 04.07.2007, https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb, (14.05.2022).
[56] Yarg. 7. CD, E: 2010/6533, K: 2010/16378, KT: 23.11.2010, www.kazanci.com.tr, (14.05.2022).

bu parayı peşinat olarak kullandıktan sonra verdiği 1 Eylül 2005 ve 20 Aralık 2005 tarihlerindeki iki ayrı mal bildiriminde de bildirmemiştir. Bu nedenle artık bildirim yükümlüsünün bilerek ve isteyerek hareket etmesi nedeniyle ilgili suçun faili olduğunu düşünmekteyiz.

C. Eş Yönünden Değerlendirme

Öncelikle "*eş*" ibaresinin üzerinde durulmasında yarar vardır. Buna göre Türk Medeni Kanunu'nun ilgili hükümlerine göre geçerli bir evliliğin bulunması şarttır. Mal bildirimi, evlilik birliği devam ederken verilmelidir. Bu nedenle boşanma gerçekleştikten sonra bildirim yükümlüsünün boşandığı eşine ait mal varlığını bildirmesi gerekmemektedir[57]. Boşanmaya benzer bir kurum olan ayrılık kurumunda ise yükümlülük ortadan kalkmamaktadır. Benzer şekilde boşanma davası henüz devam ederken de (kanun yolu süreci dâhil) yükümlülüğün devam ettiğini ifade edebiliriz.

Türk Medeni Kanunu m. 185/2'ye bakıldığında eşlerin, evlilik birliğinin mutluluğunu elbirliğiyle sağlama yükümlülüğü bulunduğu görülmektedir. Bu nedenle eşin, 3628 sayılı Kanun'a göre bildirimin kapsamına giren bir değişikliği bildirim yükümlüsü olan eşine karşı söylemesi gerekmektedir. Ne var ki eşin bunu söylememesi aile hukuku yönünden kusurlu olarak kabul edilmesine sebebiyet verse de gerçeğe aykırı bildirimde bulunma suçu bakımından önemsizdir[58]. İlgili suçun madde gerekçesinde yeterli bir açıklama bulunmasa da söz konusu suçun, eşlerin birbirlerinden bir şey saklayamayacağı veya eşlerin birbirlerinin mal varlıklarından haberdar olabileceği düşüncesine dayandığı ileri sürülebilir. Ne var ki bu düşünce her durum için geçerli değildir. Örneğin aile konutu üzerinde diğer eşin adının da şerh düşülmesi durumunda[59] her iki eşin onayı olmadan konutun satılması mümkün değildir. Konutun satıldığı bu tür durumlarda eşin habersiz kaldığından söz edilemez. Bununla beraber bildirim yükümlüsünün haberi olmaksızın eşinin yeni bir konut alabileceği de bir gerçektir. Yani eşinin yaptığı bütün işlemleri bildirim yükümlüsünün bilmesi beklenemez.

Bildirim yükümlüsünün, eşinin mal varlığıyla ilgili bilgi sahibi olmak amacıyla tapu müdürlüğü, vergi dairesi ve banka gibi yerlere başvurması durumunda, kişisel veri niteliğinde olduğundan eşinin rızası olmaksızın bu bilgilerin paylaşılması kural olarak mümkün değildir. Benzer şekilde eşinin çalışması hâlinde, çalışma şekline bağlı olarak ne kadar maaş aldığını öğrenmesi için maaş bordrosuna bakması veya ne kadar gelir elde

[57] "*...sanığın daha evvel boşanmış olduğu eşine ve velayeti altında olmayan kızına ait mal varlıklarının 9.6.1998 tarihli mal bildiriminin konusunu oluşturmayacağı cihetle bilirkişi Neylan 5.9.2001 tarihli raporunda sanığın emekli olduktan sonra vermiş olduğu mal bildiriminde mal varlığının tamamını bildirmediğini belirtmiş bulunması karşısında...*" Bkz. Yarg. 7. CD, E: 2003/1322, K: 2003/5799, KT: 07.07.2003, www.kazanci.com.tr, (14.05.2022).

[58] Yarg. 2. HD, E: 2016/8493, K: 2016/11651, KT: 14.06.2016, www.lexpera.com.tr, (14.05.2022).

[59] Türk Medeni Kanunu m. 194'e göre aile konutu olarak özgülenmiş olan taşınmazın maliki olmayan eş, tapu müdürlüğünden konutla ilgili gerekli şerhin tapu kütüğüne verilmesini isteyebilmektedir. Tapu kütüğüne şerhin yazılması hâlinde, taşınmazın maliki olan eş, diğer eşin açık rızası bulunmaksızın, aile konutunu devredememekte ve aile konutu üzerindeki hakları sınırlandıramamaktadır.

ettiğini öğrenmesi için de serbest meslek makbuzuna bakması gerekmektedir. Ne var ki bildirim yükümlüsüne bu bilgilere ulaşabilmesi yönünde herhangi bir yetki verilmemiştir. Nitekim her insan özel hayatın gizliliği hakkına sahiptir ve bu hak evlenmeyle birlikte ortadan kalkmamaktadır. Evlilik birliği içerisinde de eşlerin birbirlerinin özel hayatlarının gizliliğine saygı gösterme ve müdahalede bulunmama yükümlülüğü devam etmektedir. Öyle ki diğerinin özel hayatına müdahalede bulunan eşin cezai sorumluluğu doğabilmektedir. Yargıtay'a göre bir daha delil elde etme ve yetkili makamlara başvurma imkânının bulunmadığı ani gelişen durumlar dışında, eşlerin birbirlerinin özel hayatlarının gizliliğine müdahale etme yetkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle eşlerin sürekli olarak birbirlerini denetlemesi veya gözetlemesi mümkün değildir[60]. Örneğin eşin konuşmalarının gizlice kaydedilmesi durumunda TCK m. 134/1 kapsamında özel hayatın gizliliğini ihlal suçu oluşabilecektir[61].

Eşin, mal varlığını bildirim yükümlüsüne söylememesinin birçok nedeni olabilir: Unutması veya önemsememesinin yanı sıra gizleme niyetiyle söylememesi de mümkündür. Eşler arasında özellikle boşanma sürecinde olduğu gibi birbirlerinden mal gizleme ve mal kaçırma durumlarına oldukça sık rastlanmaktadır. Şans oyununda para kazanması veya miras kalması gibi durumlarda eşin para kazanmak için aktif bir girişimi bulunmayabilir. Öte yandan, eşin evi terk etmesi hâlinde, evliliğin resmiyette devam ettiği ancak fiilen bitmiş olduğu durumlarda, eşlerin birbirinden habersiz mal değişikliği yaptığı bir gerçektir. Hatta aile hukukunda boşanmaya benzer bir kurum olan ayrılık sürecinde, eşler birbirinden ayrılmaktadır. Ayrılık sürecinin mal bildirim yükümlülüğüne ilişkin bir etkisi bulunmamaktadır. Bu tür durumlarda eşlerin birbirlerinden mal gizlemesi daha kolay olmaktadır. Nitekim Yargıtay'ın da bir kararında belirttiği üzere mal bildirimine konu olan şey fiilen kullanılmasa bile resmiyette böyle bir mal varlığının görünmesi

[60] "*Kişiye bağlı ve onun kişisel gelişimiyle ilgili olan özel hayatın gizliliği hakkı, evlilikle tamamen ortadan kalkmaz. Tarafların evli olmaları ve aynı konutu paylaşmalarından dolayı birbirlerinin kişisel eşyalarına ve özel yaşam alanına giren hususlara kolayca ulaşabilme imkanına sahip bulunmaları, eşlerin hiçbir sınır olmaksızın birbirlerini sürekli gözetleyebileceği ve denetleyebileceği şeklinde yorumlanamaz. Ancak, kişinin, bir daha kanıt elde etme olanağının bulunmadığı ve yetkili makamlara başvurma imkanının olmadığı ani gelişen durumlarda, örneğin; kendisine karşı işlenmekte olan (cinsel saldırı, hakaret, tehdit, iftira veya şantaj gibi) bir suç söz konusu olduğunda ya da kendisine veya aile birliğine yönelen, onurunu zedeleyen, haksız bir saldırıyı önlemek için, kaybolma olasılığı bulunan kanıtların kaybolmasını engelleyip, yetkili makamlara sunarak güvence altına almak amacıyla, saldırıyı gerçekleştiren tarafın bilgisi ve rızası dışında, özel hayata ait bilgileri okuma, konuşma ve haberleşme içeriklerini veya özel hayata ilişkin ses ve görüntüleri dinleme, izleme ya da kaydetme, kişisel verileri kaydetme, ele geçirme ve yayma eylemlerinin hukuka aykırı olduğunu kabul etmek mümkün olmadığı gibi, esasen bu hallerde kişinin hukuka aykırı hareket ettiği bilinciyle davrandığından da söz edilemez.*" Bkz. Yarg. 12. CD, E: 2019/2121, K: 2019/5170, KT: 17.04.2019, www.kazanci.com.tr, (14.05.2022).

[61] "*Olayın oluş şekli, ses kaydının çözümüne dair 31.5.2013 tarihli bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, kişiye bağlı ve onun kişisel gelişimiyle ilgili olan özel hayatın gizliliği hakkının, evlilikle tamamen ortadan kalkmayacağı ve evli olmanın eşlere hiçbir sınır olmaksızın birbirlerini sürekli gözetleme ve denetleme hakkı vermeyeceği nazara alındığında, katılanın gün içerisinde, kiminle, niçin, nasıl, nerede ve ne zaman görüştüğü gibi hususları ortaya çıkarma ve onu sürekli denetimi altında tutma amacını taşıyan sanığın, katılanın özel yaşam alanındaki sesi ve konuşmalarını gizlice kaydetmesi eyleminin TCK'nın 134/1-2. maddesinde tanımlanan özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturduğuna dair yerel mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir*." Bkz. Yarg. 12. CD, E: 2015/13798, K: 2016/2817, KT: 24.02.2016, www.kazanci.com.tr, (14.05.2022).

hâlinde söz konusu değerin bildirilmesi zorunludur[62]. Ancak uygulamada görüldüğü üzere bildirim yükümlüsünün bu mal varlığından haberinin olup olmadığına ilişkin yeterli bir araştırma yapılmamaktadır.

D. Velayet Altındaki Çocuklar Yönünden Değerlendirme

Türk Medeni Kanunu m. 11, m. 335 ve m. 336'da yer alan hükümler birlikte değerlendirildiğinde 18 yaşını doldurmamış olan kişi ergin sayılmamaktadır. Ergin olmayan çocuk, aksi bir durum yoksa evlilik birliği içerisinde anne ve babanın velayeti altında bulunmaktadır. Ortak hayata son verilmesi ve ayrılık durumunda velayet, hâkim tarafından eşlerden birisine verilebilmektedir. Anne ya da babanın ölümü hâlinde velayet, sağ kalan; boşanma durumunda ise çocuğun kendisine bırakıldığı tarafa ait olmaktadır. Bu kapsamda bütün çocukların velayet altında bulunmadığını ifade etmek gerekir. 3628 sayılı Kanun m. 5'te "*velayetleri altındaki çocuklarına*" ibaresine yer verilmiş olması nedeniyle 18 yaşından büyük ya da küçük olması gibi hususlar yerine, sadece çocuğun velayet altında bulunup bulunmadığına bakılmalıdır. Örneğin boşanma nedeniyle çocuğun velayeti sadece diğer eşe verilmiş ise bildirim yükümlüsünün çocuğunun mal varlığını bildirmesine gerek yoktur[63].

Eş ile velayet altındaki çocuk açısından kıyaslamak gerekirse çocuğun sınırlı ehliyetsiz olması nedeniyle mal varlığına yönelik olarak değişiklik yapma hakkının, eşe göre daha sınırlı olduğu söylenebilir. Yine de velayet altındaki çocuğun, velisinin haberi olmaksızın tek başına mal varlığında değişiklik yaratan işlemlerde bulunması mümkündür. Örneğin velayet altındaki çocuk, velisinin rızası olmaksızın karşılıksız kazandırıcı işlem niteliğinde olan bağışı kabul edebilmektedir. Yine meslek veya sanatla uğraşması hâlinde çocuk, velisinin bilgisi olmaksızın kazandığı parayı değerlendirebilmektedir[64]. Bunlarla beraber anne ve babası başta olmak üzere akrabaları tarafından kendisine verilen harçlıkları biriktirmesi de mümkündür. Görüldüğü üzere eşe göre daha istisnai ve dar bir alanda olsa da çocuğun mal varlığındaki değişiklikleri velisinden gizlemesi mümkündür.

E. Önerimiz

Yukarıda açıklandığı üzere, istisnaları bulunmakla birlikte bildirim yükümlüsünün eşi ve velayet altındaki çocukları, kendisinin izni, onayı ve bilgisi dahi olmaksızın mal varlıklarıyla ilgili değişiklik yapabilmektedir. Bildirim yükümlüsünün mevcut düzenlemeler çerçevesinde eşinin ve velayeti altındaki çocuklarının mal varlıklarını kendiliğinden öğrenebilmesi veya kendisine verilen bilgileri denetleyebilmesi her

[62] As. Yarg. 3. D, E: 2007/1055, K: 2007/1052, KT: 01.05.2007, www.legalbank.com.tr, (14.05.2022).

[63] "*...sanığın daha evvel boşanmış olduğu eşine ve velayeti altında olmayan kızına ait mal varlıklarının 9.6.1998 tarihli mal bildiriminin konusunu oluşturmayacağı cihetle bilirkişi Neylan 5.9.2001 tarihli raporunda sanığın emekli olduktan sonra vermiş olduğu mal bildiriminde mal varlığının tamamını bildirmediğini belirtmiş bulunması karşısında...*". Bkz. Yarg. 7. CD, E: 2003/1322, K: 2003/5799, KT: 07.07.2003, www.kazanci.com.tr, (14.05.2022).

[64] Türk Medeni Kanunu m. 453: "*Vesayet altındaki kişiye vesayet makamı tarafından bir meslek veya sanatın yürütülmesi için izin verilmiş ise, o kişi bununla ilgili her türlü olağan işlemleri yapmaya yetkilidir ve bu tür işlemlerden dolayı bütün malvarlığı ile sorumludur*."

durumda mümkün değildir. Nitekim bildirim yükümlüsüne tanınmış özel bir yetkinin varlığından söz edilemez. Bildirim yükümlüsü ne yaparsa yapsın mevcut hukuk kuralları nedeniyle velayeti altındaki çocukları ile özellikle eşinin üzerindeki malların nelerden ibaret olduğunu tam olarak saptayamayacağından bu konuda eşi ile çocuklarına güvenmek zorunda kalmaktadır. Bundan dolayı bildirim yükümlüsü, eşi ve velayeti altındaki çocuklarının beyanlarına göre bildirimde bulunmaktadır. Bu beyanların gerçeğe aykırı olması hâlinde ise bildirim yükümlüsü gerçeğe aykırı mal bildiriminde bulunmuş olmaktadır.

Manevi unsur açısından konu ele alındığında genel olarak iki tür sonucun bulunduğu söylenebilir. Bildirim yükümlüsü, eşi ve velayeti altındaki çocuklarının kendisine söylediklerinin gerçeğe aykırı olduğunu bilerek mal bildiriminde bulunmuş ise kasten hareket ettiğinden bu suçun faili olmaktadır. Eğer bildirim yükümlüsü, bu beyanların gerçeğe aykırı olduğunu bilmeden bildirimde bulunmuş ise kasten hareket etmediğinden ve madde metninde taksire yer verilmediğinden suç oluşmayacaktır. Hâliyle bildirim yükümlüsünün cezai sorumluluğuna gidilemeyecektir. Bu bakımdan ilgili suç tipinin, manevi unsur ve kusur sorumluluğu açısından uygun olduğunu, asıl sorunun uygulamadan kaynaklandığını belirtmek isteriz. Gerçekten de yargı kararlarına bakıldığında manevi unsur üzerinde gerektiği gibi araştırma yapılmadığını görmekteyiz. Suçun varlığı için bildirim yükümlüsünün kasten gerçeğe aykırı bildirimde bulunduğunun ortaya konulması gerekmektedir. Bu yükümlülük, kural olarak iddia makamı ve hüküm makamına aittir. Ancak yargıdaki iş yükünün fazla olması gibi nedenlerden ötürü kanımızca bu yükümlülüğün gerektiği şekilde yerine getirildiği söylenemez. Öyle ki şüpheli veya sanık, lehe delillerin toplanmasını talep ettiğinde dahi bu talebin kimi zaman yerinde olmayan gerekçelerle reddedildiğini görmekteyiz. Talebin kabulü hâlinde ise ilgili gerçek ve tüzel kişilerin kendilerine yazı gönderilmesine rağmen cevap vermemesi ve cevap verdiklerinde ise gereken bilgiyi paylaşmaması ya da eksik paylaşması söz konusu olmaktadır. Bu nedenlerden ötürü çoğu zaman savcılık eksik soruşturmayla iddianame düzenlerken mahkemeler ise dosyadaki delillerle yetinerek hüküm kurma yoluna gitmektedir. Buna bağlı olarak eş ve velayet altındaki çocuğa ait mal varlığıyla ilgili olarak gerçeğe aykırı bildirimde bulunulması durumunda, bildirim yükümlüsünün kasten hareket ettiği yönünde bir karine ortaya çıkmaktadır. Bu durumda eşi ve velayeti altındaki çocuğunun mal varlığının gerçeğe aykırı bildirildiğinin tespit edilmesi durumunda, bildirim yükümlüsünden bunu bilerek ve isteyerek yapmadığının ispat edilmesi beklenmektedir. Diğer bir ifadeyle bildirim yükümlüsü suçsuz olduğunu ispatlamakla yükümlü tutulmaktadır. Oysaki ceza muhakemesi hukukunun temel

ilkelerinden biri olan masumiyet karinesine göre kişinin masumiyeti-suçsuzluğu asıldır[65]. İspat yükümlülüğü hiçbir zaman savunma makamına geçmemektedir[66]. Bildirim yükümlüsünün kasten hareket etmediğini ispatla yükümlü tutulması, masumiyet karinesinin ihlaline neden olmaktadır. Kaldı ki olmayan bir şeyin ispat edilmesi ne derece mümkünse[67] bildirim yükümlüsünün kasten hareket etmediğini ispatlaması da o derece mümkündür.

Yargılama sonucunda sanık olan bildirim yükümlüsü hakkında beraat kararının verildiği durumlardan kısaca bahsedilmesinde yarar vardır. Bilindiği üzere yargıdaki iş yükünün fazla olduğu bir gerçektir. Bilhassa soruşturma evresinde toplanması gereken delillerin kovuşturma evresinde toplandığı ve tutuklu sanığın bulunmadığı dosyalarda, yargılama süreci diğer dosyalara göre daha da uzun olabilmektedir. Gerçekten de ilgili gerçek ve tüzel kişilere gönderilen müzekkerelere verilecek cevapların beklenmesi, tanıkların dinlenmesi ve dosyanın bilirkişiye gönderilmesi gibi nedenlerden dolayı bu evre birden fazla oturum sürebilmektedir. Öyle ki dosyanın bilirkişiye gönderilmesi, bilirkişinin raporu geç hazırlaması, ikinci bilirkişi görüşünün istenmesi, bunlar arasında çelişki olması durumunda üçüncü bilirkişi görüşünün istenmesi ve bu raporlara beyanda bulunulması gibi durumlar nedeniyle birçok dosyada duruşmaların gereksiz yere uzadığı görülmektedir. DMK m. 137 vd. hükümlerinde düzenlenen görevden uzaklaştırma kurumunun uygulandığı durumlarda ise aylığın üçte ikisinin ödenmesi gibi nedenlerden dolayı mevcut olan olumsuz sonuçların daha da arttığı söylenebilir. Her ne kadar bu açıklamalar uygulamadaki sorunlara dair olsa da hukuk devletinde cezai sorumluluğun bu tür sorunların gözetilerek belirlenmesi gerektiği düşünmekteyiz.

Tekrar ifade etmek gerekirse eş ve velayet altındaki çocukların mal varlığıyla ilgili olarak gerçeğe aykırı bildirimde bulunma suçuyla ilgili sorun kanımızca madde metninden değil, uygulamadan kaynaklanmaktadır. Bu sorun özellikle Yargıtay kararlarıyla ilgili başlık altında açıkladığımız gerekçelerden dolayı görünür değildir. Yine de anılan suç tipiyle ilgili bir değişikliğe gidilmesi gerektiğini ileri sürmekteyiz. Şunu da belirtmek isteriz ki: Uygulamadan kaynaklanan sorunlar nedeniyle kanun değişikliğine gidilmesini genel olarak savunmamaktayız. Aksi takdirde uygulamanın kanunlara uyması yerine, kanunların uygulamaya uyması gerekecektir. Öyle ki bu durum kuvvetler ayrılığı ilkesini de ihlal edecek şekilde istenmeyen durumlara neden olabilecektir. Ancak açıkladığımız sebeplerden ötürü bu suç açısından özel bir durumun mevcut olduğunu ifade etmek isteriz.

[65] Durmuş, Tezcan vd. (2019). İnsan hakları el kitabı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 358; Ünver, Y. ve Hakeri, H. (2019). Ceza muhakemesi hukuku cilt 1. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 117; Doğan, K. (2018). Ceza muhakemesinde belirsizlik kuşkudan sanık yararlanır ilkesi 'in dubio pro reo'. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 152.

[66] Tezcan vd., s. 358; Özen, M. (2019), Ceza muhakemesi hukuku dersleri. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 377; Doğan, s. 269.

[67] Tezcan vd., s. 358; Ünver ve Hakeri, s. 117; Özen, s. 397.

Tartışmaya değer bir husus ise hükmün varlığına bağlı olarak ortaya çıkan olumlu ve olumsuz sonuçların kıyas edilmesidir. Bu başlık altında buraya kadar genel olarak olumsuz sonuçlardan söz ettik. Olumlu sonuçlara ise esasen giriş ve suçla korunan hukuki değer kısımlarında yer vermiş olduğumuzu ifade edebiliriz. Özetle bildirim yükümlüsünün kendisiyle beraber eşi ve velayeti altındaki çocuklarına ait mal varlıklarının da bildirimin konusuna dâhil edilmesi, rüşvet ve yolsuzlukla mücadelenin gereklerine uygundur. Nitekim haksız mal edinen kişi, yakalanmamak amacıyla bu malı kendi üzerine almamakta; güvendiği akrabaları veya arkadaşlarının üzerine yapmaktadır. Yine de hem daha uygun hem de daha güvenilir olması nedeniyle bu kişilere nazaran özellikle eş ve velayet altındaki çocukların daha çok tercih edildiği görülmektedir. Bu nedenle eşin ve velayet altındaki çocukların mal varlıklarının bildirilmesinin zorunlu tutulması ve bu bildirimlerin gerçeğe aykırı olmasının cezai yaptırıma bağlanmasının rüşvet ve yolsuzlukla mücadele kapsamında önemli ve olumlu düzenlemeler olduğu söylenebilir.

Yine de ifade etmek gerekir ki bu ve benzer olumlu sonuçlar göz ardı edilmese bile, açıklamaya çalıştığımız olumsuz sonuçlardan dolayı hükmün değiştirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Bu kapsamda mal bildiriminin konusundan eş ve velayet altındaki çocukların mal varlıkları hariç tutulmalıdır. 3628 sayılı Kanun m. 5'te yer alan "*eşlerine ve velayetleri altındaki çocuklarına*" ibaresi madde metninden çıkartılmalıdır. Böylece anılan hüküm "*Bu Kanun kapsamına giren görevlilerin kendilerine ait bulunan taşınmaz malları ile görevliye yapılan aylık net ödemenin, ödeme yapılmayan görevlilerin ise, 1 inci derece Devlet Memurlarına yapılan aylık net ödemenin beş katından fazla tutarındaki her biri için ayrı olmak üzere, para, hisse senetleri ve tahviller ile altın, mücevher ve diğer taşınır malları, hakları, alacakları ve gelirleriyle bunların kaynakları, borçları ve sebepleri mal bildiriminin konusunu teşkil eder.*" şeklinde olacaktır.

Bu değişiklikle beraber eş ve velayet altındaki çocukların mal varlıklarının tamamen denetim dışında kalacağı da söylenemez. Nitekim 3628 sayılı Kanun m. 19/2'ye göre haksız edinilen malın kaçırıldığı yönünde delil ve emare elde edilmesi hâlinde Cumhuriyet savcısı, bildirim yükümlüsünün ikinci dereceye kadar kan ve sıhri hısımları ile gelini ve damadından mal bildiriminde bulunmalarını isteme yetkisine sahiptir. İlgili kişiler, yedi gün içinde Cumhuriyet savcısına mal bildiriminde bulunmakla yükümlüdür. Soruşturmanın müfettiş veya muhakkik tarafından yapıldığı durumlarda ise Cumhuriyet savcısına ait olan bu yetkiyi adı geçen kişiler de kullanabilmektedir. Anılan hüküm, her ne kadar sadece haksız edinilen malın kaçırılmasında uygulanabilir olsa da haksız mal edinilip edinilmediğinin tespit edilmesinin mal bildiriminde bulunulmasının temel amaçlarından birisi olduğu göz önüne alındığında bu düzenlemenin yerinde olduğu söylenebilir.

Yine 3628 sayılı Kanun m. 20'ye göre, bu suçtan dolayı takip, soruşturma ve kovuşturma yetkisini haiz bulunan Cumhuriyet savcısı, müfettiş veya muhakkik, Hazine ve Maliye Bakanlığı Başhukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü veya temsilcisi gibi kişiler, ilgili gerçek kişiler, tüzel kişiler ve kamu kurum ve kuruluşlarından bilgi talep edebilmektedir. Özel kanunlarında aksine bir hüküm bulunsa bile adı geçen kişiler, makul süre içerisinde gecikmeksizin eksiksiz bir şekilde bilgi vermekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğe aykırı davrananlar hakkında ise 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezasına hükmolunmaktadır.

Son olarak belirtmek isteriz ki yukarıda açıkladığımız üzere, Türkiye'nin de tarafı olduğu Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi m. 8/5'te taraf devletlere, kamu görevlilerinin mal varlıklarını bildirmesi için düzenlemelerin yapılmasına ilişkin yükümlülük öngörülmektedir. Bu ve diğer hükümlerde bildirimin kapsamına görevinin önem derecesi belirtilmeksizin kamu görevlilerinin eşleri ve velayet altındaki çocukları açıkça dâhil edilmemiştir. Bu nedenle önerimiz doğrultusunda yapılacak değişiklik, anılan Sözleşme çerçevesinde Türkiye'nin uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerine aykırılık teşkil etmeyecektir.

SONUÇ

3628 sayılı Kanun'nda belirli kişilerin mal varlıklarını bildirmeleriyle ilgili olarak düzenlemelere yer verilmiştir. Bu kapsamda bildirim yükümlüsü, kendisiyle beraber eşi ve velayeti altındaki çocuklarına ait belirli mal varlığı değerlerini genel olarak göreve ilk başlama sürecinde, mal varlığında önemli değişiklik olduğunda ve sonu 0 ve 5 ile biten yıllarda bildirmek zorundadır. Bu bildirimin gerçeğe aykırı olması durumunda ise m. 12'de düzenlenen gerçeğe aykırı bildirimde bulunma suçu oluşmaktadır. Bu suçun faili hakkında 6 aydan 3 yıla kadar hapis cezasına hükmolunmaktadır.

Gerçeğe aykırı bildirimde bulunma suçu serbest hareketli bir suçtur. Yine de bildirimin gerçeğe aykırılığın genel olarak üç şeklinin bulunduğu ifade edilebilir. Bunlar, kişinin mal varlığında olan bir şeyi bildirmemesi, mal varlığında olmayan bir şeyi varmış gibi bildirmesi ve mal varlığında olan bir şeyi, sayı, tutar ve değer gibi özelliklerini farklı bildirmesidir. Bu suçun konusunu mal bildirimi oluşturmaktadır. Mal bildiriminde, varsa eşin ve velayeti altındaki çocukların mal varlıklarına da yer verilmesi gerektiğinden bu kişilerin mal varlıklarının gerçeğe aykırı olması durumunda ilgili suçun varlığından söz edilecektir.

Madde metninde taksire açık bir şekilde yer verilmediğinden bu suç ancak kasten işlenebilen bir suçtur. Failin haksız edindiği veya edineceği malı gizleme gibi amacı aranmadığından genel kastın varlığı yeterlidir. Bildirim yükümlüsünün, velayeti altındaki çocuklarının ve özellikle eşinin mal varlığını her durumda bilmesi mümkün değildir. Bu nedenle bildirim yükümlüsü çoğu zaman bu kişilerin beyanlarına güvenmek zorunda kalmakta ve bu doğrultuda bildirimde bulunmaktadır. Eğer bu bildirim gerçeğe aykırı ise

kasten hareket etmediğinden manevi unsurun yokluğundan ilgili suç oluşmamaktadır. Ne var ki yargı mercileri özellikle iş yükünün fazla olması gibi nedenlerden dolayı bildirim yükümlüsünün kasten hareket edip etmediğini yeterli bir şekilde araştırmamaktadır. Mal bildiriminin gerçeğe aykırı olması hâlinde bildirim yükümlüsünün kasten hareket ettiği yönündeki kabulün aksini bildirim yükümlüsü ispatlamak zorunda kalmaktadır. Böylece masumiyet karinesine aykırı bir uygulama ortaya çıkmaktadır.

Vurgulayarak belirtmek gerekir ki açıklanan bu sorun, madde metninden değil, uygulamadan kaynaklanmaktadır ve kanımızca yakın bir dönemde düzelme ihtimali bulunmamaktadır. Suç tipleri ile usul her ne kadar farklı alanlar olsa da cezai sorumluluğun uygulamadaki bu tür sorunların gözetilerek belirlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Bu nedenle rüşvet ve yolsuzlukla mücadelenin gereklerine uygun ve Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi'ne taraf olmanın getirdiği yükümlülüklere aykırı olmayacak biçimde, 3628 sayılı Kanun m. 12'de yer alan gerçeğe aykırı bildirimde bulunma suçunun kapsamının, eş ve velayet altındaki çocukların mal varlığı hariç tutulacak şekilde değiştirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Bu bakımdan 3628 sayılı Kanun m. 5'te yer alan "*eşlerine ve velayetleri altındaki çocuklarına*" ibaresi madde metninden çıkartılmalıdır. Böylece anılan hüküm "*Bu Kanun kapsamına giren görevlilerin kendilerine ait bulunan taşınmaz malları ile görevliye yapılan aylık net ödemenin, ödeme yapılmayan görevlilerin ise, 1 inci derece Devlet Memurlarına yapılan aylık net ödemenin beş katından fazla tutarındaki her biri için ayrı olmak üzere, para, hisse senetleri ve tahviller ile altın, mücevher ve diğer taşınır malları, hakları, alacakları ve gelirleriyle bunların kaynakları, borçları ve sebepleri mal bildiriminin konusunu teşkil eder.*" şeklinde olacaktır.

KAYNAKÇA

Aktaş, B. (2017). Yargıtay kararları ışığında 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'nda düzenlenen suç tipleri. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C23(3), 793-881.

Doğan, K. (2018). Ceza muhakemesinde belirsizlik kuşkudan sanık yararlanır ilkesi 'in dubio pro reo'. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Durmuş, Tezcan vd. (2019). İnsan hakları el kitabı. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Eker Kazancı, B. (2008). Yolsuzluk kavramı ve TCK'da yolsuzlukla mücadele etmeyi amaçlayan hükümler. *Ceza Hukuku Dergisi*, C3(6), 51-90.

Hukuk Türk, www.hukukturk.com adresinden erişildi. (ET: 15.05.2022).

Karakaş, M. ve Çak, Murat. (2007). Yolsuzlukla mücadelede uluslararası kuruluşların rolü. Maliye Dergisi, 153, 74-101.

Kazancı Hukuk Otomasyon, www.kazanci.com.tr adresinden erişildi. (ET: 15.05.2022).

Legalbank - Elektronik Hukuk Bankası, www.legalbank.com.tr adresinden erişildi. (ET: 14.05.2022).
Lexpera - Hukuk Bilgi Sistemi, www.lexpera.com.tr adresinden erişildi. (ET: 14.05.2022).
Nişancı, D. (2014). Yolsuzluk ve yolsuzluğun önlenmesine ilişkin olarak OECD Rüşvetle Mücadele Sözleşmesi'ndeki denetim süreci. TBB Dergisi, 114, 315-346.
Özen, M. (2019), Ceza muhakemesi hukuku dersleri. Ankara: Adalet Yayınevi.
Türk Dil Kurumu. (2022). Sözlük. www.sozluk.gov.tr adresinden erişildi. (ET:23.05.2022).
Uğur, H. (2010). Açıklamalı-içtihatlı Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu & ulusal ve uluslararası boyutta yolsuzlukla mücadele. Ankara: Adalet Yayınevi.
Ünver, Y. ve Hakeri, H. (2019). Ceza muhakemesi hukuku cilt 1. Ankara: Adalet Yayınevi.
Yılmaz, D. (2013). Yükseköğretim personeli ceza soruşturması, yasal eksiklikler ve çözüm önerileri. Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, CXVII(1-2), 101-125.
Yılmaz, E. (2010). Hukuk sözlüğü. (4. baskı.). Ankara: Yetkin Yayınları.

ANONİM ŞİRKETTE YÖNETİM KAYYIMININ HUKUKİ SORUMLULUĞU

Av. Burak KEÇECİOĞLU[1]

Özet

Anonim şirketteki yönetim organının geçici surette yokluğu sebebiyle vesayet makamı olan asliye ticaret mahkemesince görevlendirilen yönetim kayyımı, kayyım olarak atandığı anonim şirketin malvarlığını iyi ve basiretli bir kayyım gibi özenle yönetmek ve çıkar gruplarının menfaatlerini korumak zorundadır. Bir diğer ifade ile yönetim kayyımı, görevini yerine getirirken iyi bir yöneticinin gerektirdiği özeni göstermekle yükümlüdür. Ancak kayyımın, Kanunda veya esas sözleşmede belirtilen veyahut da vesayet (veya denetim) makamınca kendisine verilen görevi kusurlu bir şekilde ihlal etmesi sonucu başta anonim şirket tüzel kişiliği olmak üzere çeşitli çıkar gruplarının (pay sahipleri ve şirket alacaklılarının) doğrudan veya dolaylı şekilde zarara uğratması mümkündür. İşte bu noktada yönetim kayyımının hukuki sorumluluğu gündeme gelecektir. Üzerinde kayyımlık tesis edilen anonim şirkette görevlendirilen yönetim kayyımının sorumluluğu ile ilgili her ne kadar başta Türk Medeni Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu olmak üzere ilgili mevzuatta herhangi bir hüküm bulunmasa da yönetim kayyımının adeta bir "yönetim kurulu üyesi" gibi çalıştığı ve kayyımın anonim şirket ile arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinin sözleşmesel ilişki olduğu göz önünde bulundurulduğunda yönetim kayyımının sorumluluğuna da, kayyımlık kurumunun niteliğine uygun düştüğü ölçüde, TTK m. 553 vd. hükümleri uygulanacaktır. Yönetim kayyımının sorumluluğunun doğabilmesi için kümülatif olarak dört unsurun gerçekleşmiş olması gerekir. Buna göre yönetim kayyımına kanunda belirtilen veya mahkemece verilmiş bir görev olmalı, verilen bu görevi kayyım, kusuruyla ihlal etmiş olmalı, bu ihlal anonim şirket, pay sahipleri veya şirket alacaklıları açısından zarara neden olmuş olmalı ve zarar kusurlu davranışın neticesinde meydana gelmiş olmalıdır. İşte söz konusu dört unsurun bir arada bulunması ile birlikte başta anonim şirket tüzel kişiliği olmak üzere pay sahipleri ve şirket alacaklıları uğradıkları doğrudan veya dolaylı zararın tamamı için yönetim kayyımının hukuki sorumluluğuna gidebilir.

Anahtar Kelimeler: Yönetim Kayyımı, Sorumluluk, Kusur, Zarar

LEGAL RESPONSİBİLİTY OF GOVERNİNG GUARDİAN IN JOİNT STOCK COMPANY

Abstract

[1] Avukat (İzmir Barosu), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Doktora Öğrencisi (ORCID no: 0000-0001-6649251X; burak.kececioglu@gmail.com).

Governing guardian, which is assigned by the commercial court of the first instance because of temporary absence of a governing body in a joint stock company, must act in good faith and be foresighted while governing assets of the company and protect benefits of the interest groups. In other words, the governing guardian must act with care like a decent manager. But it's possible that because of misconduct, joint stock corporate bodies and various interest groups can, directly or indirectly, be harmed. At this point, legal responsibility of a governing guardian came to the fore. Turkish Civil Code, Turkish Code of Commerce and other related codes does not contain any provision regarding the legal responsibility of governing guardian. But considering that the governing guardian acts like a "board member" and the relationship between the company and the guardian is contractual, Article nr. 553 (ff.) of the Turkish Code of Commerce can be applied. Governing guardian can be responsible if four factors becomes fact together. Governing guardian should be appointed by law or by court. Breach of duty of the governing guardian should be a result of a faulty action. Breach of duty should result a harm for the joint stock company, shareholders or creditors of the company. Said harm should be the result of a faulty action. When four factors said above became together, governing guardian can be legally responsible for direct or indirect damages of the joint stock company, shareholders or creditors of the company.
Keywords: Governing Guardian, Legal Responsibility, Fault, Damage

Giriş

Anonim şirketteki yönetim organının geçici surette yokluğu sebebiyle vesayet makamı olan asliye ticaret mahkemesince görevlendirilen yönetim kayyımının temel amacı, kayyım olarak atandığı anonim şirketin malvarlığını iyi ve basiretli bir kayyım gibi özenle yönetmek ve çıkar gruplarının menfaatlerini korumak zorundadır. Kayyımın, Kanunda veya esas sözleşmede belirtilen veyahut da vesayet (veya denetim) makamınca kendisine verilen görevi kusurlu bir şekilde ihlal etmesi sonucu başta anonim şirket tüzel kişiliği olmak üzere çeşitli çıkar gruplarının (pay sahipleri ve şirket alacaklılarının) doğrudan veya dolaylı şekilde zarara uğraması mümkündür. İşte bu noktada yönetim kayyımının hukuki sorumluluğu gündeme gelecektir. Üzerinde kayyımlık tesis edilen anonim şirkette görevlendirilen yönetim kayyımının sorumluluğu ile ilgili her ne kadar başta Türk Medeni Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu olmak üzere ilgili mevzuatta herhangi bir hüküm bulunmasa da yönetim kayyımının adeta bir "yönetim kurulu üyesi" gibi çalıştığı ve kayyımın anonim şirket ile arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinin sözleşmesel ilişki olduğu göz önünde bulundurulduğunda yönetim kayyımının sorumluluğuna da, kayyımlık kurumunun niteliğine uygun düştüğü ölçüde, TTK m. 553 vd. hükümleri uygulanacaktır. Bu noktada çalışmanın temeli, Türk Ticaret Kanunu'nun

553. maddesinin birinci fıkrası ve söz konusu hükümle bağlantılı diğer maddeler oluşturacak olup çalışmanın gereğinden fazla uzamaması adına 553. maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları ile yönetim kurulu üyelerinin özel sorumluluk hallerinin düzenlendiği 549 vd. hükümleri çalışmada incelenmemiştir.

Çalışmamız, beş ana bölümden meydana gelmekte olup öncelikle genel hatlarıyla yönetim kayyımlığı, anonim şirkette yönetim kayyımlığının nasıl tesis edileceği ve kayyımlık kapsamında anonim şirkete atanan yönetim kayyımı ile anonim şirket arasındaki hukuki ilişkinin niteliği incelenecektir. Söz konusu incelemeler sonucunda yönetim kayyımının hukuki sorumluluğunun ne anlama geldiği sorusuna yanıt bulunacak ve kayyım sorumluluğuna hangi prensiplerin hakim olduğu ve söz konusu prensiplerin yönetim kayyımının sorumluluğunda nasıl uygulanacağı incelenecektir. Üçüncü bölümde ise yönetim kayyımın sorumluluğunun meydana gelmesi için hangi şartların bir arada bulunması gerektiği sorusuna yanıt verilecek ve sonrasında da her bir şart üzerinde durulacaktır. Dördüncü bölümde ise temel inceleme konusu sorumluluk davası olup bu kapsamda sırasıyla davacı ve davalı sıfatlarına kimlerin sahip olduğu, görevli ve yetkili mahkeme ve ispat yükü ile delil ikame yükü incelenecektir. Son bölümde ise yönetim kayyımının sorumluluğunun temel sona erme nedenleri olan zamanaşımı ve ibra konuları incelenecektir.

I. Genel Hatlarıyla Yönetim Kayyımlığı ve Anonim Şirket İle Yönetim Kayyımı Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği

A. Genel Hatlarıyla Yönetim Kayyımlığı

Kayyım (*Beistand, pfleger*), Arapça kökenli bir sözcük olup[2] sözlük anlamıyla, "*belli bir malın yönetilmesi ya da belli bir işin yapılması için görevlendirilen kimse*"dir[3].

[2] "Kayyım", Arapçadaki "kıyam" kelimesinden türemiş olup "icra etmek", "yürütmek", "işini görmek", "kaim olmak" ve "yerine geçmek" gibi anlamları vardır (https://islamansiklopedisi.org.tr/kayyim, E.T. 18.07.2022).

[3] "Kayyım", https://sozluk.gov.tr/, E.T. 20.07.2022; "Kayyım" kavramı hukuk sözlüğünde ise benzer olarak "kayyım yasada belli durumlarda, gerçek hak sahibinin ehliyetsizliği, haklarını kullanamaması ve benzeri sebeplerin varlığı halinde, onun yerine (kanuni temsilci olarak) bir malı yönetmek veya bir işi görmek üzere atanan kimsedir" şeklinde tanımlanmaktadır (Ejder, Y. (1996). Hukuk sözlüğü. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 456); Doktrindeki farklı kayyım tanımları için bkz. Egger, A. (1955). Medeni kanun şerhi aile hukuku üçüncü kısım vesayet. C. II, Ankara: Yeni Cezaevi Matbaası, s. 642; Oğuzoğlu, C. (1963). Medeni hukuk aile hukuku. C.II, Ankara: Yeni Desen Matbaası, s. 359; Feyzioğlu, F. (1986). Aile hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 627; Köprülü, B. ve Kaneti, S. (1985). Aile hukuku. İstanbul: Özdem Kardeşler Matbaası, s. 339; Kılıçoğlu, A. (2016). Aile hukuku. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 729; Akıntürk, T. ve Ateş, D. (2016). Türk medeni hukuku aile hukuku. C.II, İstanbul: Beta Basım Yayım, s. 497; Çamoğlu, E. (2017). Anonim ortaklığa yönetim kayyımı atanması. İstanbul Barosu Dergisi, C.XCI (5), s. 16; Dural, M., Öğüz, T. ve Gümüş, M. A. (2012). Türk özel hukuku aile hukuku. C.II, İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 425; Gümüş, M. A. (2006). Türk medeni hukukunda kayyımlık. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 1 vd.; Güralp, A. (2005). Anonim şirkette kayyımlık. Yayımlanmamış yüksek lisans tezi. Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir, s. 1 vd.
Doktrinde *Battal*, "Kavramın yazılışında yeni tarihli kanunlarda "kayyım" imlası tercih edilmekle birlikte eski kanunlarda daha ziyade "kayyum" şeklindeki imla tercih edildiğinden ve "kayyım" imlası okunuşta kelimenin Arapça köküne daha uygun bir ses uyumu oluşturduğundan biz de tebliğimizde "kayyım" yerine "kayyum" kullanmayı tercih etmiş bulunuyoruz. Öte yandan bu tercihimizle "kayyım" kelimesinin ses benzerliği sebebiyle "kıyım" ile yakınlaştırılması ve böylece kavramın anlamının bozulması riskine de işaret etmiş oluyoruz." şeklinde gerekçelendirmek suretiyle "kayyım" kelimesi yerine "kayyum" kelimesini tercih etmiştir (Battal, A. (2016). Kayyum denetimindeki anonim şirketin yönetimi. Ticaret ve Fikri Mülkiyet Dergisi, C.II (1), s.24); Yüksek mahkemelerin de

"Kayyımlık" kavramı ise hem 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda (TMK)[4] düzenlenen bir kurumun adı hem de yöneltilen bir güç ve sıfattır[5]. Söz konusu durum, kayyımlık kurumunun düzenlendiği 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'ndaki konumundan da görülmektedir. Buna göre "kayyımlık" kurumunun, Türk Medeni Kanunu'nun Aile Hukuku Kitabının "Vesayet"e ayrılan üçüncü kısmının beşinci ayrımı, "Kayyımlık ve Yasal Danışmanlık" başlığı altında yasal danışmanlık ile birlikte düzenlendiği görülmektedir[6].

Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenen kayyımlık türlerinden biri olan yönetim kayyımlığı, Türk Medeni Kanunu'nun 427. maddesinde düzenlenmiştir. Hüküm, temsil kayyımlığını düzenleyen 426. maddeden farklı olarak yönetim kayyımlığını, bir malvarlığının yönetim ihtiyacı duyduğu her durum ve konuda yönetim kayyımlığı tesisini olanaklı kılan bir "genel hüküm" şeklinde düzenlenmiştir[7].

Türk Medeni Kanunu'nun 427. maddesine göre,

"Vesayet makamı, yönetimi kimseye ait olmayan mallar için gereken önlemleri alır ve özellikle aşağıdaki hâllerde bir yönetim kayyımı atar:

1. Bir kimse uzun süreden beri bulunamaz ve oturduğu yer de bilinemezse,

2. Vesayet altına alınması için yeterli bir sebep bulunmamakla beraber, bir kişi malvarlığını kendi başına yönetmek veya bunun için temsilci atamak gücünden yoksunsa,

3. Bir terekede mirasçılık hakları henüz belli değilse veya ceninin menfaatleri gerekli kılarsa,

zaman zaman ve istisnai olarak "kayyım" kelimesi yerine "kayyum" ifadesini kullandığı görülmektedir. Konu hakkında örnek kararları için bkz. 11. HD., E. 2016 / 11412, K. 2018 / 3665, T. 16.05.2018 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Bölge Adliye Mahkemesi İstanbul 14. HD., E. 2018/948, K. 2019/667, T. 09.05.2019 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Görüldüğü üzere doktrindeki birçok yazar, uygulama ve Türk Dil Kurumu, "kayyım" kelimesini kullanmayı tercih etmekte olup "kayyum" kelimesini kullanan doktrindeki yazarların ve uygulamadaki kararların sayısı oldukça sınırlı ve münferit niteliktedir. Buna ek olarak, kanun koyucu da, çalışmanın ilerleyen kısımlarında görüleceği üzere, çeşitli mevzuatlarda "kayyım" kelimesini kullanmayı tercih etmiştir. "Kayyım" kelimesi, gerek doktrinde gerekse uygulamada sık şekilde kullanıldığı ve kanun koyucunun da tercihi "kayyım" kelimesinden yana olduğu için tarafımızca da bu çalışmada "kayyum" kelimesinin yerine "kayyım" kelimesinin kullanılması tercih edilmiştir.

[4] RG.:8.12.2001; S. 24607.

[5] Oğuzoğlu, s. 359; Köprülü/Kaneti, s. 339; İzmirli, Y. (2001). Anonim şirketlerde yönetim kurulunun organ niteliğini kaybetmesi ve hukuki sonuçları. Ankara: Nobel Yayın Dağıtım, s. 129; Kayyımlık kurumu konusunda detaylı bilgi için bkz. Gümüş, s. 1 vd.

[6] Akıntürk/Ateş, s. 497; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 427; Türk Medeni Kanunu'nun vesayete ilişkin hükümlerine baktığımızda doktrinde, "kayyımlık" kavramının, kendi içerisinde "dar" ve "geniş" olmak üzere iki farklı anlamda kullanıldığı görülmektedir. Dar anlamda kayyımlık da kendi içerisinde, temsil kayyımlığı (TMK m. 426), yönetim kayyımlığı (TMK m. 427) ve istek üzerine kayyımlık (TMK m.428) türlerini barındırmaktadır. Geniş anlamda kayyımlığın ise dar anlamda kayyımlık kümesi içerisindeki kayyımlık türlerinin yanı sıra kendine özgü bir kurum olan yasal danışmanlığı (yönetim veya temsil danışmanlığını) da kapsadığı görülmektedir. Türk Medeni Kanunu'nda Aile Hukuku Kitabının üçüncü kısmı dışındaki kayyımlık kurumuna ilişkin diğer hükümlere baktığımızda münhasıran "dar anlamda kayyımlığı" düzenlediği görülmektedir (Oğuzoğlu, s. 359-360; Kılıçoğlu, s. 729; Gümüş, s. 1-3).
Mülga Medeni Kanun ve Medeni Kanunun mehazı olan İsviçre Medeni Kanunu'ndaki (İMK) kayyımlık kurumu konusunda detaylı bilgi için bkz. Egger, s. 642 vd.

[7] Feyzioğlu, s. 627; Köprülü/Kaneti, s. 339; Gümüş, s. 61; Kılıçoğlu, s. 731; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 428; Güralp, s. 9-10.

4. Bir tüzel kişi gerekli organlardan yoksun kalmış ve yönetimi başka yoldan sağlanamamışsa,

5. Bir hayır işi veya genel yarar amacı güden başka bir iş için halktan toplanan para ve sair yardımı yönetme veya harcama yolu sağlanamamışsa".

Türk Medeni Kanunu'nun 427. maddesine bakıldığında kanun koyucunun, başta kayyımlık tesisi olmak üzere, vesayet makamının gerekli önlemlere başvurabilmesi için "bir malvarlığının yönetiminin kimseye ait olmaması" olgusunu aradığı görülmektedir[8]. Bu noktada TMK m. 427'nin lafzına göre kayyım tayini için bir malvarlığının yönetiminin mutlaka bir kişiye ait olması konusunda doktrinde tartışmalar bulunmakla birlikte[9] TMK m. 427'deki "bir malvarlığının yönetiminin kimseye ait olmaması" olgusunun, kendisini de kapsayan daha geniş bir ifadeyle "bir malvarlığının gerekli olan yönetim yoksunluğu" olarak okunması kanımızca uygun olacaktır[10]. Dolayısıyla "gerekli yönetim yoksunluğu", bir malvarlığının yönetiminin fiilen bulunmaması yanında yönetim altındaki bir malvarlığının kötü veya yetersiz yönetilmesi halini de kapsamaktadır[11]. Bir diğer ifade ile TMK m. 427 uyarınca yönetim kayyımlığı kurumunun uygulanması için ya bir malvarlığının "bilinen ve mevcut" yöneticisi tarafından özenli olarak malvarlığının yönetimini önleyen bir engel mevcut olmalıdır ya da bir malvarlığı, yetkili bir yöneticisinin yönetimi altında bulunmamalıdır (diğer ifadeyle yönetimsiz bulunmalıdır)[12]. Gerekli yönetim ihtiyacı, malvarlığının korunmasına yönelik ve sonuçta malvarlığı üzerindeki hak sahibi lehine olabileceği gibi, gerekli olan ve fakat hiç yapılmayan ya da gerekli dikkat ve özeni göstermeksizin yapılan yönetime ilişkin tasarruflar nedeniyle üçüncü kişilerin (örneğin bir alacaklının veya anonim şirketteki pay sahibinin) haklarının dolaylı olarak korunmasına da yönelik olabilir[13]. Sonuç olarak, bir malvarlığının gerekli yönetimden yoksunluğu, doğurduğu özel koruma ihtiyacı

[8] TMK m. 427 hükmünün oluşturulması aşamasında kanun koyucunun, mülga Medeni Kanun'un 337. maddesindeki "idaresi kimseye ait olmayan mallar" ifadesini aynı şekilde TMK m. 427'nin lafzına almayı tercih ettiği açıktır. Oysa ki, İsviçre Medeni Kanunu'nun 393. maddesi "bir malvarlığının gerekli olan yönetimden yoksunluğu" şartını aramaktadır ve İMK m. 393'ün kullandığı söz konusu ifade *Gümüş*'ün de haklı olarak savunduğu gibi daha doğru bir tercihi yansıtmaktadır (Gümüş, s. 63).

[9] Doktrindeki tartışmalar için bkz. Gümüş, s. 63; Kılıçoğlu, s. 731; Zira TMK m. 427'nin lafzına bağlı kalınacak olursa, kayyım tayini için bir malvarlığının yönetiminin mutlaka bir kişiye ait olmaması gerekecektir. Bu durumda bir malvarlığının yönetiminin belirli bir kişiye ait olup da söz konusu kişinin yönetime ilişkin bir yetersizlik taşıdığı durumlarda, kayyımlık tesisi mümkün olmayacaktır.

Oysa ki malvarlığına ilişkin yönetim ihtiyacı, uygulamada olmayan yönetimler kadar, yetersiz yönetimlere dayalı olarak da çok sık şekilde karşımıza çıkmaktadır. Buna ek olarak, TMK m. 427'de kayyımlık tesisini gerektiren hallere ilişkin "uygulama örneği olarak" sayılan beş bend incelendiğinde, özellikle 2., 3. ve 5. bendde sayılan durumlarda yönetimi belirli kişilere ait bir malvarlığına ilişkin yönetim eksikliğine dayalı olarak kayyımlık tesisinin düzenlendiği görülmektedir.

[10] Aynı yönde bkz. Gümüş, s. 63; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 431; Kılıçoğlu, s. 731; Öztan, B. (1970). Medeni hukuk tüzel kişilerinde organ kavramı ve organın fillerinden doğan sorumluluk. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 272, s. 24-25.

[11] Oğuzoğlu, s. 363; Gümüş, s. 63.

[12] Gümüş, s. 63.

[13] Gümüş, s. 64; Konu hakkındaki tartışmalar için bkz. Çamoğlu, Yönetim kayyımı, s. 24.

çerçevesinde ve kural olarak TMK m. 427'de beş bend halinde sayılan hallerde, kayyımlık tesisini gerekli kılmaktadır.

B. Anonim Şirkette Yönetim Kayyımlığı Tesisi

Anonim şirkette yönetim kayyımlığı tesisinin nasıl olacağı konusunda öncelikle çalışma konumuzun süjesi olan anonim şirketin de temel düzenlemelerinin içinde bulunduğu 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na (TTK)[14] bakılmasında yarar vardır. Türk Ticaret Kanunu'nun ikinci kitabı olan "Ticaret Şirketleri" nin "Anonim Şirketler" başlıklı dördüncü kısmında, "kayyımlık" kurumunun düzenlenip düzenlenmediğine baktığımızda karşımıza "kayyım" kelimesinin geçtiği iki farklı hüküm çıkmaktadır.

Söz konusu hükümlerden ilki, pay sahiplerinin çağrı veya gündeme madde konulmasına ilişkin istemlerinin yönetim kurulu tarafından reddedildiği veya isteme yedi iş günü içinde olumlu cevap verilmediği durumu düzenleyen TTK m. 412'dir. Hüküm uyarınca pay sahiplerinin çağrı veya gündeme madde konulmasına ilişkin istemleri, yönetim kurulu tarafından reddedildiği veya isteme yedi iş günü içinde olumlu cevap verilmediği takdirde, aynı pay sahiplerinin başvurusu üzerine, genel kurulun toplantıya çağrılmasına şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi karar verebilir. Mahkeme toplantıya gerek görürse, gündemi düzenlemek ve Kanun hükümleri uyarınca çağrıyı yapmak üzere bir kayyım atar. Kararında, kayyımın, görevlerini ve toplantı için gerekli belgeleri hazırlamaya ilişkin yetkilerini gösterir. Zorunluluk olmadıkça mahkeme dosya üzerinde inceleme yaparak karar verir. Karar kesindir (TTK m. 412). Bir diğer hüküm ise TTK m. 441/III'de düzenlenen anonim şirkete özel denetçi atanması durumunda özel denetçiye bilgi verilmesidir. Hüküm uyarınca kurucular, organlar, vekiller, çalışanlar, kayyımlar ve tasfiye memurları önemli olgular konusunda özel denetçiye bilgi vermekle yükümlüdür. Uyuşmazlık hâlinde kararı mahkeme verir. Mahkemenin kararı kesindir (TTK m. 441/III)[15].

Yukarıdaki Türk Ticaret Kanunu'nun anonim şirketler kısmında düzenlenen hükümleri dışında TTK'da ve ilgili mevzuatta, anonim şirkette "yönetim kayyımlığı" tesisinin nasıl gerçekleşeceğine ve hangi hükümlerin uygulanacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak gerek doktrinde[16] gerekse de uygulamada[17] haklı olarak kabul gördüğü üzere anonim şirketin iç dinamiklerine ve niteliğine uygun düştüğü ölçüde anonim şirkette kayyımlık tesisinin, TMK m. 427/I-4'ün "bütün tüzel kişileri"

[14] RG.: 14.2.2011, S. 27846.

[15] Türk Ticaret Kanunu'nda geçen "kayyımlık" kavramının yer aldığı hükümler konusunda detaylı bilgi için bkz. Altaş, S. (2016). Anonim şirkete ttk ve tmk uyarınca kayyım atanması. Terazi Hukuk Dergisi, C. XI (117), s. 53; Yıldız, Yönetim kayyımı, s. 101; Bozkurt, s. 295-299.

[16] Aynı yönde bkz. Öztan, s. 27; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 437; Güralp, s. 10; Altaş, s. 54; Bozkurt, s. 297-298; İzmirli, s. 129.

[17] Konu hakkında örnek Yargıtay kararları için bkz. 11. HD., E. 1988/65, K. 1988/3848, T. 10.06.1988 (İzmirli, s. 130); 11. HD., E. 2004/14526, K. 2005/11912, T. 05.12.2005 (Sinerji İçtihat Bilgi Bankası).

kapsayacak şekilde düzenlenmiş olması[18] ve TTK m.1 ile TMK m. 5 uyarınca TMK m. 427/I-4'ün kıyasen uygulanması suretiyle gerçekleşmesi mümkündür. Dolayısıyla gerek anonim şirkette çıkar grupları arasındaki menfaat çatışmalarının önlenmesi amacıyla gerek yönetim organının maddi olarak yokluğu sebebiyle gerekse de şirket içi kilitlenmiş faaliyetlerin çözümlenmesi noktasında[19] vesayet makamınca anonim şirkette, geçici

[18] Söz konusu durum hükmün gerekçesinde de "*Maddenin (4) numaralı bendi bir kısım tüzel kişilerin sayılması yerine bütün tüzel kişileri kapsayacak şekilde kaleme alınmıştır. Buna göre herhangi bir tüzel kişi gerekli organlardan yoksun kalmışsa ve yönetimi başka bir yasal yolla sağlanamıyorsa yönetim kayyımı tayin edilebilecektir*." şeklinde kendisine yer bulmaktadır.

[19] Söz konusu durum, anonim şirketteki organ yokluğu ifadesinden ne anlaşılması ile bağlantılıdır. Buna göre doktrinde bir grup yazar, anonim şirketteki yönetim organı faaliyetlerinin kilitlenmesini veya kötü yönetilmesi durumlarını anonim şirkete yönetim kayyımı atanması için yeterli görmemektedir. Yazarlara göre söz konusu sorunun, genel kurulun toplanması veya yönetim kuruluna karşı sorumluluk davası açılması ile çözümü mümkündür (Çamoğlu, Yönetim kayyımı, s. 24; Öztan, s. 26; Altaş, s. 54; Dural, A. (2005). Anonim ortaklıklarda yönetim kurulunun kilitlenmesi ve hukuki sonuçları. Yayımlanmamış doktora tezi. Galatasaray Üniversitesi, İstanbul, s. 141-142). Kötü yönetim iddiasının kayyım atanmasına kanuni temel oluşturup oluşturmayacağı hakkında bir bölge adliye mahkemesi kararı üzerinden yapılan tartışmalar için bkz. Yıldız, Ş. (2020). Hukuki mütalaalar-4. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, s. 251-280.; Yıldız, Ş. (2017). Sermaye şirketlerine yönetim kayyımı atanmasını gerektiren haller. İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C.II (32), s.105. Konu hakkında Yargıtay uygulamasına bakıldığında, Yargıtay'ın, "ortağın mahkemeye başvurarak yöneticilerin kötü ve kanuna aykırı yönetimi nedeniyle azli ve yerlerine yönetim kayyımı atanması" talepli dosyalarda yönetim kurulu üyelerinin kötü yönetim ya da başka bir haklı sebepten dolayı mahkeme kararı ile geçici ya da nihai olarak görevden alınmaları ve dolayısıyla yerlerine tedbiren kayyım atanmasına cevaz veren bir düzenlemenin olmadığı gerekçesiyle bu talepleri reddettiği görülmektedir. Konu hakkında örnek Yargıtay kararları için bkz. 11. HD., E. 2016/1427, K. 2017/3461, T. 7.6.2017 (Şener, O. H. (2020). Yeni TTK döneminde anonim ve limited ortaklıklara ilişkin verilen yargıtay emsal kararlarının değerlendirilmesi. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 61); 11. HD., E. 2017/3136, K. 2019/338, T. 15.1.2019 (Şener, Yeni TTK, s. 60). Aksi yönde Yargıtay kararı için bkz. 11. HD., E. 1994/1274, K. 1994/421, T. 27.01.1994 (Dural, s. 141).

Bizim de katıldığımız diğer bir grup yazara göre ise anonim şirkette yönetim organın yokluğunun, geniş şekilde yorumlanması gereklidir. Buna göre şirketin yönetim organının kilitlendiği veya kötü yönetildiği durumlarda da anonim şirkete yönetim kayyımı atanması gereklidir (Gümüş, s. 63; Karagöz, H. (Ed.), Özcanlı, B. (Ed.), Palanduz, S. (Ed.) Bozkurt, T. (2021). Yönetimsel yetersizlikler nedeniyle anonim şirketlere TMK m. 427/IV gereğince yönetim kayyımı atanması sorunsalı. Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi. İstanbul. Oniki Levha Yayınları, s. 315; İzmirli, s. 133; Güralp, s. 53; Soykan, İ. C. (2012). Anonim ortaklıklarda organ yokluğu. İstanbul. Oniki Levha Yayınları, s. 194).

Gerçekten de örneğin anonim şirket, yönetim organından fiilen yoksun veya ortada şeklen ve kanuni şartları taşıyan TMK m.427 uyarınca bir yönetim organı bulunmakla beraber bu organ, fiilen çalışmaması sebebiyle "kilitlenmiş" ise şirkete yönetim kayyımının atanması, sürecin mahkeme tarafından takip edilmesi, yeni koşulların meydana gelmesi (çıkar süjelerinin menfaat çatışmalarının ortadan kalması veya sorunlu pay sahiplerin paylarını devretmesi gibi) suretiyle söz konusu sorun çözüme kavuşacaktır. Bir diğer ifade ile faaliyetleri kendi iç yapısından kaynaklı "kilitlenmiş" bir anonim şirkete atanacak kayyım, söz konusu kilidin "anahtarı" vazifesi görecektir. Söz konusu olgunun tipik örneği de iki pay sahipli, %50-%50 ortaklık yapısının var olduğu ve birlikte imzanın var olduğu anonim şirketlerdir.

Türkoğlu, anonim şirkette yönetim organının mevcut olmasına rağmen şirketin faaliyet alanına giren bir iş veya işlemin yapılmasında ya da şirketin malvarlığı kapsamına giren bir malın korunması için gerekli faaliyetlerin gerçekleştirilmesinde mevcut yönetim organının engel bir sebep nedeniyle iş yapamaması (kilitlenmesi) durumlarında talep üzerine şirkete temsil kayyımı atanması gerektiğini savunmaktadır (Türkoğlu, F. (2010). Anonim ortaklıklarda organ boşluğu ve ortaklığa kayyım atanması. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IX (2), s. 148). Kanımızca söz konusu görüş yerinde değildir. Temsil kayyımının anonim şirkete atanmasındaki temel neden, yönetim kurulunun, anonim şirketi temsilde görevini yerine getirememesidir. Bu durum özellikle, anonim şirket tarafından yönetim kurulu üyelerinin hepsine karşı açtığı veya yönetim kurulunun "kurul" halinde (veya kurul üyelerinin hepsinin) anonim şirkete karşı açtığı davalarda gündeme gelmektedir. Söz konusu davalarda anonim şirket, davada kendisinin temsil edilme ihtiyacı duymaktadır. Dolayısıyla anonim şirkete atanan temsil kayyımının başlıca görev ve yükümlülüğü anonim şirketi, davada temsil etmekten ibarettir. Oysa ki, yönetim kayyımının temel amacı, "yönetim" organı geçici süreyle bulunmayan anonim şirketi, ticaret hayatında yaşamına düzgün bir şekilde devam edebilmesini geçici de olsa

hukuki koruma niteliğinde[20] yönetim kayyımlığının kurulması mümkündür. Buna ek olarak yönetim kayyımlığı kurumu içerisinde yer alan kayyımlar ile vesayet makamının hak, yükümlülük ve yetkileri, anonim şirketler hukukunun niteliğine uygun düştüğü ölçüde, Türk Medeni Kanunu ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) [21] düzenlenen ilgili hükümlere tabi olacaktır[22].

Yukarıda da ifade edildiği gibi nasıl ki Türk Ticaret Kanunu'nda anonim şirkette yönetim kayyımlığının kurulmasına ilişkin bir düzenleme bulunmuyorsa şirkete atanması muhtemel kayyımların hangi niteliklere sahip olması ve atanacak kayyımların sayısı gibi hususlarda da bir düzenleme yer almamaktadır. Bu noktada öncelikle ifade etmek gerekir ki, anonim şirkete kayyımlık tesisiyle beraber atanacak kayyım konusunda, mahkemenin geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Kayyım olarak seçilecek gerçek kişi, gerek şahsi ve mali durumu gerekse de sair durum ve koşulları itibariyle bu göreve ehil olmalıdır[23]. Benzer şekilde örneğin yönetim ve temsil alanlarında uzmanlığını ve deneyimini ispat etmiş tüzel kişilerin hizmetlerinden geniş olarak faydalanılabilmesi adına tüzel kişilerin de vesayet makamı olan asliye ticaret mahkemesince[24] kayyım olarak atanmaları mümkündür[25].

C. Anonim Şirket İle Kayyım Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği

Buraya kadar yapılan açıklamalar kapsamında anonim şirkette, yönetim kayyımlığının nasıl tesis edileceği üzerinde durulmuştur. Ancak bu noktada şu sorunun

sağlamaktadır. Bir diğer ifade ile yönetim kayyımının başlıca görev ve yükümlülüğü, anonim şirketin yönetim kurulunun maddi olarak var olmadığı veya fiilen var olup da işlerliğini yitirdiği durumlarda ortaya çıkmaktadır.
Anonim şirkette organ yokluğu ve organ yokluğunun kayyım atanması ile arasındaki ilişki konusunda detaylı bilgi için bkz. Soykan, s. 84-193; Türkoğlu, s. 129-148.
Anonim şirkette yönetim kurulunun kilitlenmesi konusunda detaylı bilgi için bkz. Dural, s. 30 vd.

[20] Anonim şirkete kayyımlık tesisi, geçici nitelikte olması, yargı organınca verilmesi, yaklaşık ispatla yetinilmesi ve asıl amacının çıkar gruplarının menfaat çatışmalarını çözüp şirketin devamının sağlanması olduğu için şirketler hukukuna özgü geçici nitelikte hukuki korumadır. Aynı yönde bkz. Yılmaz, S. (2004). Sermaye şirketlerinde (anonim ve limited şirketlerde) geçici hukuki korumalar (ihtiyati tedbirler). İzmir: Güncel Yayınevi, s. 108; Anonim şirkete kayyımlık tesisinin, "şirketler hukukuna özgü" bir geçici hukuki koruma mı yoksa "ihtiyati tedbir" mi olduğu konusundaki tartışmalar için bkz. Güralp, s. 22 vd.

[21] RG.:4.2.2011, S. 27836.

[22] Aynı yönde bkz. Bozkurt, s. 306-311.

[23] Güralp, s. 31 vd.

[24] Genel hükümler uyarınca kayyım atanmasında görevli mahkeme sulh hukuk mahkemesi iken bizim de katıldığımız doktrindeki baskın görüşe göre, anonim şirketlerde kayyımlığın kurulması veya kayyım atanmasında görevli mahkeme asliye ticaret mahkemeleridir (Çamoğlu, s. 20; Soykan, s. 271; İzmirli, s. 130; Şener, Yeni TTK, s. 423; Battal, s. 26; Güralp, s. 23; Aksi yönde bkz. Gümüş, s. 114). Yargıtay'ın istikrar kazanmış uygulaması da bu yöndedir (Konu hakkında emsal nitelikte örnek Yargıtay kararları için bkz. 11. HD., E. 1988/65, K. 1988/3848, T. 10.6.1988 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); 11. HD., E. 2004/15284, K. 2005/166, T. 24.1.2005 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); 11. HD., E. 2014/16994, K. 2015/5010, T. 09.04.2015 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).
Gerçekten de genel kanun-özel kanun ayrımı kapsamında Türk Ticaret Kanunu, özel kanun niteliğinde olup TTK m.4/I uyarınca anonim şirketlerde kayyımlığın kurulması veya kayyım atanmasında görevli mahkeme asliye ticaret mahkemeleridir. Aynı sonuca kayyımlığın hukuki niteliği olan geçici hukuki koruma olmasından hareketle de varılması mümkündür. Buna göre nihai hukuki korumanın bir parçasını oluşturan geçici hukuki koruma tedbirinin de o mahkemeden istenilmesi esasına göre anonim şirketlerde kayyımlığın kurulması veya kayyım atanmasında görevli mahkeme asliye ticaret mahkemeleri olmaktadır.

[25] Aynı yönde bkz. Güralp, s. 33; Çamoğlu, Yönetim kayyımı, s. 26.

cevabının verilmesi yerinde olacaktır. Anonim şirket ile anonim şirkete atanan kayyım arasındaki ilişkisinin hukuki niteliği nedir?

Öncelikli olarak konunun daha iyi anlaşılması adına anonim şirket ile kayyım arasındaki ilişkinin "iradi-kanuni" temsil ayırımında değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Konu hakkında doktrindeki yazarlar arasında fikir birliği bulunmamaktadır. Doktrindeki bir grup yazar, anonim şirkette kurulan kayyımlığın, kanun tarafından kabul edilmiş bir temsil şekli olduğunu (TBK m. 40) ve bu sebeple kayyımlığın kanuni temsil çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini savunurken[26] bir diğer grup yazar ise kayyımın kendisine tayin edilmiş olduğu anonim şirketin tam anlamıyla yasal temsilcisi olarak addedilemeyeceğini, kayyımın, mahkemenin talimatı ve gözetimi altında kendi şahsına münhasır bir görev ifa ettiğini ve işini asliye ticaret mahkemesinin talimatı çerçevesinde yapmak zorunda olduğunu ve bu sebeple kayyımın, kendi şahsına münhasır bir temsilci olduğunu savunmaktadır[27]. Bizim de katıldığımız doktrindeki diğer bir grup yazar ise, yukarıda ifade edilen her iki görüşe de karşı çıkmış olup anonim şirkette kurulan kayyımlığın daha çok iradi temsile yaklaşan bir temsil ilişkisine benzediğini, kendisine kayyım atanmış anonim şirketin fiil ehliyetini tamamen veya kısmen kaybetmemesi sebebiyle (TMK m. 458/I) kayyımın adeta şirketin bir temsilcisi olduğunu savunmaktadır[28]. Gerçekten de anonim şirkete yönetim kayyımı atanmış olması, temsil edilecek ve işi görülecek anonim şirketin fiil ehliyetinin sınırlanması sonucunu doğurmamakta olup anonim şirket, yönetim kayyımı atanmadan önce, yönetim organın da bulunması sebebiyle nasıl ki tam fiil ehliyetini haiz ise yine o kategorideki durumu korunmaktadır (TMK m. 458/I). Dolayısıyla kendisine yönetim kayyımı atanmış anonim şirket, fiil ehliyetini tamamen veya kısmen kaybetmediğine göre yönetim kayyımı adeta şirketin bir temsilcisi, bir vekilharcı gibidir.

Yukarıda anonim şirketteki kayyımlığın hukuki niteliğinin sözleşmesel ilişki kapsamında değerlendirileceği ifade edilmiştir. İşte bu noktada da şirket ile kayyım arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinin ne olduğunun sorusunun cevaplanması kanımızca yerinde olacaktır.

Anonim şirkete kayyım olarak atanan kişinin amacı yönetim kayyımlığı çerçevesinde yönetim organından geçici olarak yoksun şirketin malvarlığını geçici olarak yönetmektir. Dolayısıyla gerçek veya tüzel kişi, yönetim kayyımı olarak atandığında kayyım, emek harcamak suretiyle şirket için belirli bir işi görme amacı taşımaktadır. Bu noktada bir iş görme sözleşmesi gündeme gelmektedir. Hangi iş görme sözleşmesinin anonim şirket ile

[26] Egger, s. 726; Velidedeoğlu, H. V. (1968). Türk medeni hukuku: şahsın hukuku. C.I, 6. Baskı. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 549; Hatemi, H. ve Kalkan Oğuztürk, B. (2016). Aile hukuku. 6. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 206; Konu hakkında doktrindeki tartışmalar konusunda detaylı bilgi için bkz. Güralp, s. 64-66.

[27] Berki, Ş. (1961). Medeni hukuk. Ankara: Yargıçoğlu Matbaası, s. 313 ve 317; Gümüş, s. 104.

[28] Oğuzoğlu, s. 361; Güralp, s. 65; Akıntürk/Ateş, s. 497; Feyzioğlu, s. 645; İzmirli, s. 131; Uslu, F. (1941). Vesayet, prensipler, doktrin, kazai ictihat / roma hukukunda vesayet, mülga ahkamında vesayet, türk kanunu medenisinde vesayet. İzmir: Anadolu Matbaası, s. 506; Doktrindeki konu hakkındaki tartışmalar konusunda detaylı bilgi için bkz. Güralp, s. 64-65.

kayyım arasındaki hukuki ilişkiye uygulanacağı noktasında ise kanımızca hizmet ve vekalet sözleşmeleri ön plana çıkmaktadır[29].

Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir (TBK m. 393/I). Hizmet sözleşmesinin tanımından anlaşılacağı üzere sözleşmenin hizmet sözleşmesi olarak değerlendirilebilmesi, işçinin bir süre işverene bağımlılık ilişkisi içinde bir hizmet görmesine, hizmet görülmesinin bir ücret karşılığında yapılmış olmasına ve tarafların anlaşmasına bağlıdır. Ancak kanımızca hizmet sözleşmesini karakterize eden işverene tabi olarak çalışma unsuru ile işverenin yönetim ve gözetimi konusu, şirket ile yönetim kayyımı arasındaki hukuki ilişkiye uygun değildir[30]. Daha geniş bir ifade ile hizmet sözleşmesindeki bağımlılık unsuru, işverenin talimatlarına göre hareket etmek ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır. Oysa ki, yönetim kayyımı, vesayet (veya denetim) makamının talimatlarına göre hareket etmekte ve kayyımlıktan kaynaklı iş süreci ve sonuçları, anonim şirket tarafından değil mahkeme tarafından denetlenmektedir. Buna göre yönetim kayyımı ile anonim şirket arasında, hizmet sözleşmesi ilişkisi bulunmamaktadır.

Anonim şirket ile kayyım arasındaki hukuki ilişkiye uygulanacağı düşünülen bir diğer iş görme sözleşmesi de vekalet sözleşmesidir. Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir (TBK m. 502/I). Ancak kanımızca vekalet sözleşmesi de anonim şirket ile kayyım arasındaki ilişkiye uygun değildir. Gerçekten de vekalet sözleşmesinin çoğu hükmünün anonim şirketteki kayyımlık ilişkisine uygun olmadığı görülmektedir. Örneğin vekalet sözleşmesinde TBK m. 512'de öngörülen vekaletten azil veya istifa her zaman mümkünken yönetim kayyımı ancak ilgililerin ticaret mahkemesine görevden alınma (azil) için haklı bir sebep (TMK m. 483) ileri sürerek başvurmaları ve mahkemenin de bu talebi yerinde görmesi sonucunda vereceği hükümle (TMK m. 484) azledilebilir. Benzer şekilde vekalet sözleşmesinde görülecek iş konusunda vekilin, müvekkilin talimatına bağlı olmasına karşılık (TBK m. 505) kayyımlık ilişkisinde talimat, vesayet makamı tarafından verilmektedir. Kayyımın görev süresi ve ücreti konularının da vekalet sözleşmesindeki ilgili hükümlerden ayrıldığı görülmektedir. Buna göre vekalet sözleşmesinde vekilin görev süresi ve ücreti konuları, vekil ile müvekkil arasında kararlaştırılırken kayyımlıkta kayyımın görev süresi ve ücreti, vesayet makamı tarafından belirlenmektedir[31]. Sonuç olarak gerek kayyımlığın karakteristik yapısı gerekse de vekalet sözleşmesinin çoğu

[29] Aynı yönde bkz. Güralp, s. 68.
[30] Güralp, s. 66.
[31] Güralp, s. s. 67.

hükmünün uyuşmaması göz önünde bulundurulduğunda kanımızca anonim şirket ile kayyım arasındaki hukuki ilişki, vekalet sözleşmesi değildir[32].

Yukarıda da ifade edildiği üzere her ne kadar anonim şirket ile kayyım arasındaki hukuki ilişkinin bir iş görme sözleşmesi olduğu tarafımızca da savunulmakla beraber söz konusu hukuki ilişkiye en yakın iki iş görme sözleşmesinin de anonim şirket ile kayyım arasındaki ilişkiye tam olarak uygun olmadığı görülmektedir. İşte bu noktada karşımıza, *Güralp*'in de haklı olarak savunduğu gibi anonim şirket ile kayyım arasındaki hukuki ilişkinin, kendine özgü yapısı olan bir iş görme sözleşmesi çıkmaktadır[33]. Buna göre yönetim kayyımı, mahkemenin kendisine yüklediği görev ve yükümlülüklerini ifa ederken anonim şirket de karşılığında kayyıma ücret ödemekle yükümlüdür. Dolayısıyla anonim şirket ile kayyım arasındaki kendine özgü işgörme sözleşmesi, her iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir[34]. Ancak bu noktada önemle ifade etmek gerekir ki, yönetim kayyımı ile anonim şirket arasındaki işgörme sözleşmesine de TBK m. 502/II uyarınca niteliğine uygun düştüğü ölçüde vekalet sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır.

II. Yönetim Kayyımının Hukuki Sorumluluğunun Anlamı ve Kayyımın Sorumluluğuna Hakim Olan Prensipler

A. Yönetim Kayyımının Hukuki Sorumluluğunun Anlamı

Vesayet makamı olan asliye ticaret mahkemesince atanan yönetim kayyımının, görevi sırasında kusurlu bir hareketiyle başta anonim şirket tüzel kişiliği olmak üzere çeşitli çıkar gruplarını doğrudan veya dolaylı şekilde zarara uğratması mümkündür. Ancak söz konusu zararları kimler, kimlerden hangi hükümler uyarınca tazmin edecektir?

İşte bu ve benzeri soruların cevabı, kayyımın sorumluluğu evrensel kümesi içerisinde bulunmaktadır. Kayyımın sorumluluğundan bahsedilince, öncelikle kayyımın hukuka aykırı eylemlerinin zarar doğuran sonuçlarının kendisine izafe olunabileceği ve kayyımın bu sebeple tazminat borçlusu olacağı ifade olunmak istenmektedir[35]. Kayyım, sorumlu bulunduğu takdirde zararı bütün malvarlığı ile tazmin borcu altına girmektedir.

Vasinin sorumluluğu, Türk Medeni Kanunu'nun 467. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiştir. Hüküm uyarınca vasi, görevini yerine getirirken kusurlu davranışıyla vesayet altındaki kişiye verdiği zarardan sorumludur. Aynı maddenin ikinci fıkrasında da aynı hükmün, kayyım hakkında da uygulanacağı düzenlenmiştir. Ancak bu noktada şu sorunun cevabının verilmesinde yarar vardır. Daha çok gerçek kişilere atanması saikiyle düzenlenen kayyımlık kurumunun bünyesinde bulunan TMK m. 467'nin, kendisine özgü yapısı bulunan anonim şirketlere ve anonim şirketlere atanan kayyımın sorumluluğuna uygulanması mümkün müdür?

---

[32] Gerçek kişi veya tüzel kişiye atanan kayyım ayrımı yapmaksızın kayyımın, vekalet sözleşmesi kapsamında adeta özel bir vekil gibi o işte kişiyi temsil ettiğine veya malını idare ettiğine ilişkin görüş için bkz. Feyzioğlu, s. 645.
[33] Güralp, s. 67.
[34] Güralp, s. 67.
[35] Çamoğlu, Hukuki sorumluluk, s. 11.

Konu hakkında doktrindeki yazarlar arasında fikir birliği bulunmamaktadır. Doktrindeki bir grup yazar, gerçek veya tüzel kişilere atanan kayyım ayrımı yapmaksızın kayyımın sorumluluğuna ilişkin uygulanacak hükümlerin, TMK m. 467 olduğunu savunurken[36], diğer bir grup yazar, kayyımın hukuki sorumluluğunun tasfiye memurlarının sorumluluğuna ilişkin hükümlere tabi olduğunu savunmaktadır[37]. Bizim de katıldığımız üçüncü bir grup yazar ise niteliğine uygun düştüğü ölçüde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin TTK m. 553 vd. hükümlerin uygulanması gerektiğini savunmaktadır[38].

TMK m. 467 hükmünü, anonim şirketlere atanan yönetim kayyımı bakımından değerlendirmemizde öncelikle ifade etmek gerekir ki, kanun koyucu, TMK'daki kayyımlık hükümlerini düzenlerken muhatap olarak gerçek kişileri baz almıştır[39]. Söz konusu durum, kayyımın sorumluluğunda da kendisini göstermektedir. Buna göre TMK m. 467 hükmü, vesayet organlarının ve vesayet işleriyle görevlendirilmiş olan diğer kişilerin sorumluluğu, mahiyeti itibariyle kanundan doğan haksız fiil sorumluluğunun özel bir türüdür[40]. TMK m. 467 hükmünün lafzı uyarınca[41] zarar gören sıfatını haiz sadece kayyımlık tesisi altında bulunan anonim şirket tüzel kişiliği olacaktır. Diğer bir ifade ile anonim şirket yanında diğer çıkar grupları olan pay sahiplerinin ve şirket alacaklıları uğradıkları zararları, TMK m. 467 uyarınca tazmin edemeyecektir. Oysa ki, Türk Ticaret

[36] Egger, s. 724; Köprülü/Kaneti, s. 362; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 438-439; Gümüş, s. 349; Akıntürk/Ateş, s. 533; Sulu, M. (2019). Anonim ortaklıklarda şirket menfaati kavramı. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, s. 223; Altaş, s. 56; Can, M. (2020). Anonim şirketlerde zorunlu organ eksikliğinin sonucu olarak fesih davası (TTK m. 530). İstanbul: Oniki Levha Yayınları, s. 102.

[37] Çetin, s. 162 dn. 701'de sayılan yazarlar.

[38] Battal, s. 26; Güralp, s. 122; Kayhan Çetin, Ö. (2011). İflasın ertelenmesi bağlamında kayyımlık. Ankara Adalet Yayınevi, s. 164. Kayar, İ. (2007). İflasın ertelenmesinde kayyımlık. Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, C.II, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 1925; Bu noktada *Tekinalp*, "*Sorumluluğu da kendisine tanınan yetkilere ve YK'yu ikame etmesinin nitelik ve ölçüsüne göre belirlenir*" şeklinde açıklamak suretiyle kayyımın sorumluluğuna uygulanacak hükümlerin, kayyımın yönetim kurulunu ikame edip etmediğine göre belirlenmesini ifade etmektedir (Tekinalp, Ü. (2012). Yeni anonim ve limited ortaklıklar hukuku ile tek kişi ortaklığının esasları. 2. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 108).

[39] Söz konusu sonuca, kayyımlık kurumunun, Türk Medeni Kanunu'nda düzenlendiği yere bakılması suretiyle de ulaşılması mümkündür. Gerçekten de başta kayyımın yetkileri ve görevleri, kayyımlığın veya kayyımın görevinin sona ermesi konuları olmak üzere kayyımlıkla ilgili birçok konu, "sadece gerçek kişilere atanabilen" vasilik hükümlerinde yapılan atıflar ile uygulanmakta ve çözülmektedir.

[40] Akıntürk/Ateş, s. 531; Berki, s. 312; Köprülü/Kaneti, s. 348; Kılıçoğlu, s.776.

[41] **Vasinin sorumluluğu**

Madde 467- "**(1)** Vasi, görevini yerine getirirken kusurlu davranışıyla vesayet altındaki kişiye verdiği zarardan sorumludur. **(2)** Kayyım ve yasal danışmanlar hakkında da aynı hüküm uygulanır."

Kanunu'nun 553. hükmü[42], anonim şirket tüzel kişiliği yanında pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarını da tazminat alacaklısı olarak düzenlemiştir[43].

İkinci olarak, yönetim kayyımın atandığı tüzel kişi, kendisine has yapısı ve dinamikleri olan anonim şirket olup yönetim kayyımı "geçici" de olsa anonim şirketin "yönetim kurulu üyesi" sıfatıyla görevini ifa edecektir. Dolayısıyla yönetim kayyımı, nasıl ki "geçici" de olsa anonim şirketin yönetim kurulu üyesi olarak görevini ifa edecekse sorumluluğunun gündeme gelmesi durumunda da yönetim kurulu üyeleri gibi sorumlu olmalıdır.

Sonuç olarak, TMK m. 467 hükmü, kendisine has özellik ve kuralları haiz olan anonim şirkete atanan yönetim kayyımının sorumluluğunu açıklamada yeterli olmamakta olup vesayet makamınca anonim şirkete atanan ve geçici süreliğine de olsa adeta bir "yönetim kurulu üyesi" gibi çalışan yönetim kayyımının sorumluluğuna da kayyımlığın niteliğine uygun düştüğü ölçüde TTK m. 553 vd. hükümleri uygulanması gerekir[44].

B. Kayyımın Sorumluluğuna Hâkim Olan Prensipler

---

[42] **V - Kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve tasfiye memurlarının sorumluluğu**
MADDE 553- (1) "Kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar. **(2)** Kanundan veya esas sözleşmeden doğan bir görevi veya yetkiyi, kanuna dayanarak, başkasına devreden organlar veya kişiler, bu görev ve yetkileri devralan kişilerin seçiminde makul derecede özen göstermediklerinin ispat edilmesi hâli hariç, bu kişilerin fiil ve kararlarından sorumlu olmazlar. **(3)** Hiç kimse kontrolü dışında kalan, kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamaz; bu sorumlu olmama durumu gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınamaz."

[43] Bu noktada önemle ifade edilmelidir ki kanun koyucu TTK m. 553 vd. hükümlerinde sadece tazminat alacaklısı olarak pay sahiplerini ve şirket alacaklılarını belirtmekle kalmamış aynı zamanda söz konusu süjelerin uğradıkları zararları da, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde de inceleneceği üzere, doğrudan ve dolaylı zarar şeklinde de ayrıma tutmuştur. Konuyu TMK m. 467 üzerinden değerlendirdiğimizde ise kanun koyucunun, hükümde benzer hassasiyeti göstermediği görülmektedir. Söz konusu durumun nedeni hiç şüphesiz ki, TMK'da düzenlenen kayyımlık hükümlerinin esaslı süjesinin "gerçek kişiler" olmasıdır.

[44] Aynı yönde bkz. Güralp, s. 122; Konu hakkında yüksek mahkeme kararları da aynı yöndedir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin önüne gelen bir dosyada davacı vekili, müvekkilinin Kırdan İnşaat Limited Şirketinin ortaklarından olduğunu, davalıların adı geçen şirkete kayyım olarak atandıklarını ancak bu görevlerini yerine getirirken basiretsiz ve özensiz davranışlar nedeniyle şirketi zarara uğrattıklarını ileri sürerek, MK. 467/2 maddesi gereğince 30.000 TL tazminatın dava tarihinden itibaren işleyecek avans faiziyle birlikte davalılardan müteselsilen tahsili ile şirkete verilmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir. 11. Hukuk Dairesi ise dosya kapsamı itibari ile davacının, davalıların kayyım olarak atandıkları limited şirketin ortağı olduğu, dava dilekçesi ve yargılama sırasındaki beyanları ile davalıların görevleri sırasında şirkete verdikleri zarar sebebiyle tazminat talebinde bulunduğu ve bu hali ile eldeki davanın, açılış tarihi itibari ile yürürlükte bulunan 6762 sayılı TTK'nın 309. maddesi (TTK m. 530 vd.) kapsamında sorumluluk davası olduğunu ve bu durumda mahkemece, değinilen madde kapsamında davacının dava hakkının bulunduğunun kabulü ile işin esasına girilerek olumlu ya da olumsuz bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde davacının dava ehliyetinin olmadığından söz edilerek ret kararı verilmesini doğru görmemiş ve kararı bozmuştur (11.HD., E. 2012 / 11394, K. 2013 / 10607, T. 22.05.2013, Sinerji İçtihat Bilgi Bankası); Aynı yönde bir diğer yüksek mahkeme kararları için bkz. 11.HD., E. 2016/3725, K.2017/5626, T.23.10.2017 (Full & Egal Universal Law Academy); İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 12. Hukuk Dairesi, E. 2018/1300, K.2019/905, T. 27.06.2019 (Full & Egal Universal Law Academy).
Benzer sonuca, yönetim kayyımının, görevi devam ettiği süre boyunca anonim şirketin "geçici" süreliğine de olsa "organ" niteliğini haiz olmasından da ulaşabiliriz (Kayyımın, organ niteliğini haiz olduğu görüşü için bkz. Öztan, s. 73 vd.; Gümüş, s. 104). Gerçekten de yönetim kayyımına, geçici bir süre için de olsa anonim şirketin çok önemli görevlerini yüklenmesi dolayısıyla organ niteliği verilmesi yerinde olacaktır. Kayyımın, geçici de olsa, anonim şirketin "yönetim organı" sıfatını haiz olması sebebiyle nasıl ki anonim şirketin yönetim organının sorumluluğu kaynağı TTK m. 549 vd. hükümlerde düzenleniyorsa, yönetim kayyımı da söz konusu hükümlere göre sorumlu olmalıdır.

1. Kusur Prensibi

Kusur prensibi, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu yönünde düzenlemeler yapan pek çok hukuk sistemine hâkim olan bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır[45]. Kusur olmadan yönetim kurulu üyelerinin sorumlu tutulması mümkün değildir. Şirketin zarar etmiş olması veya beklentilerin yerine getirilmemiş olması yönetim kurulunu sorumlu tutmak için yeterli değildir. Buna karşın yönetim kurulu üyesi, kendisine kanunun ve esas sözleşmenin yüklediği görevlerden birini yerine getirmeyerek bir zarara sebebiyet vermesi halinde sorumluluğun doğmasına neden olur. Ticaret Kanunu da yönetim kurulu üyeleri için "kusurlu sorumluluk" prensibini benimsemiştir. TTK'nın sorumluluğunu düzenleyen hükümlerine bakıldığında çoğunlukla kusurun arandığı görülmektedir (TTK m. 553 vd.). Dolayısıyla söz konusu durum yönetim kayyımı için de geçerli olup yönetim kayyımının sorumluluğunun dayanağını oluşturan TTK m.553'de[46] "*Kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde…"* denilerek açıkça yönetim kayyımının kusur sorumluluğu işaret edilmektedir. Diğer bir anlatımla özen borcuna aykırı şekilde eylemlerde bulunan ve zarara yol açan yönetim kayyımının sorumluluğunun meydana gelmesi, kusurlu davranışın varlığına bağlıdır. Yönetim kayyımlarının müteselsilen sorumlu olmaları nedeniyle dış ilişkide kusurun derecesinin bir önemi yoktur. Ancak iç ilişkide kusuru daha hafif olan kayyım üye, diğer kayyım üyelere ödediği fazla miktarı rücu edebilir[47]. Dolayısıyla yönetim kayyımı ancak kusursuz olduğunu ispatladığı takdirde sorumluluktan kurtulabilecektir[48].

[45] Arslanlı, H. (1960). Anonim şirketler II-III anonim şirketin organizasyonu ve tahviller. İstanbul: Fakülteler Matbaası, s. 168; Mimaroğlu, S. K. (1967). Anonim şirketlerde idare meclisi azalarının hukuki mesuliyeti. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, s. 27 vd.; Çamoğlu, E. (1972). Anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları Yayın No: 98, s. 12 vd.; Helvacı, M. (2001). Anonim ortaklıkta yönetim kurulu üyesinin hukuki sorumluluğu. 2. Baskı. İstanbul: Beta Basım Yayım, s. 37-43; Poroy, R., Tekinalp, Ü. ve Çamoğlu, E. (2014). Ortaklıklar hukuku I, 13. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 389; Pulaşlı, H. (2013). Şirketler hukuku genel esaslar. 2. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 649; Üçışık, G. ve Çelik, A. (2013). Anonim ortaklıklar hukuku. C.I, Ankara: Adalet Yayınevi, s.515; Şener, O. H. (2012). Teorik ve uygulamalı ortaklıklar hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 405; Akdağ Güney, N. (2008). Türk Hukukunda anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 33.

[46] Söz konusu maddede, mülga TTK m. 336'dan farklı olarak kasıt ve ihmal kavramları yerine kusur kavramının kullanıldığını görmekteyiz. Mülga TTK zamanında da Yargıtay, "kasıt" ve "ihmal" kavramlarını kullanmıştır. Yargıtayın kasıt ve ihmal ölçüleri için bkz. 11. HD., T.8.12.2003, E. 2003/4466, K. 2003/11543 (Kazancı İçtihat Bankası).

[47] Akdağ Güney, s. 33.

[48] Güralp, s. 121; Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu açısından bkz. Mimaroğlu, s. 27; Çamoğlu, Hukuki sorumluluk, s. 18; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 389; Üçışık/Çelik, s. 515; Şener, Ortaklıklar hukuku, s. 405; Akdağ Güney, s.47; Yargıtay'ın da yerleşik içtihatları bu şekildedir. Konu hakkında emsal nitelikte örnek Yargıtay kararı için bkz. 11. HD., E. 2008/8270, K. 2008/1343, T. 16.08.2008 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

2. Sorumluluğun Sözleşmeye Dayanması Prensibi

Yönetim kayyımı, kusurlu bir şekilde hukuka aykırı hareketi sonucu başta şirket olmak üzere çeşitli çıkar gruplarının menfaatlerine zarar verdiği zaman davacılar, akdi ilişkiye dayanmak suretiyle zararlarını tazmin ettirebileceklerdir[49].

Bu noktada sözleşmenin nispiliği ilkesi uyarınca akıllara kayyım ile anonim şirket arasında sözleşmenin kurulduğu ve bu sebeple şirket alacaklıları ve pay sahiplerinin hangi hükümlere göre zararlarını tazmin ettireceği sorusu akıllara gelse de gerek TTK m. 553 vd. hükümlerinde pay sahipleri ve şirket alacaklılarının da davacı sıfatını haiz olabilecekleri düzenlendiğinden gerekse de kanımızca kayyım ile anonim şirket arasındaki sözleşmenin, üçüncü kişiyi (pay sahipleri ve şirket alacaklılarını) koruyucu etkili sözleşme niteliğinde olması sebebiyle pay sahipleri ve şirket alacaklılarının da TTK m. 553 vd. hükümlerine göre zararlarının tazminini yönetim kayyımından talep etmesi mümkündür[50].

3. Sorumluluğun Kişiselliği Prensibi

Yönetim kayyımının sorumluluğunun hukuki temelini oluşturan TTK m.553'ün birinci fıkrasında[51] yer alan "*Kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar.*" ifadesinden sorumluluğun kişisel olduğunu anlamamız mümkündür. Dolayısıyla kayyımın organ olarak sorumluluğu değil, kayyım heyetinde yer alan üyelerin sorumluluğu söz konusudur. Öte yandan, yönetim kurulunun, organ olarak ona canlılık veren üyeleri sayesinde şirket adına idare görevi yaptığı ve bu nedenle kişilerin organ adına hak ve yükümlülüklerinin bağımsız taşıyıcısı konumunda bulundukları da unutulmamalıdır[52]. Aynı durum, yönetim kayyımı heyeti için de geçerlidir. Buna göre kayyım heyeti, yönetim organı olarak ona canlılık veren üyeleri sayesinde şirket adına idare görevi yapmaktadır ve bu nedenle üyeleri organ adına hak ve yükümlülüklerinin bağımsız taşıyıcısı konumunda bulunurlar. Dolayısıyla yönetim kayyımının (veya kayyım heyetinin) sorumluluğu, kişisel nitelikte olup yapılan fiil, kurul olarak yönetim kayyımı heyetine izafe edilse dahi kayyım heyeti, organ olarak sorumlu tutulamaz.

4. Farklılaştırılmış Teselsül Prensibi

[49] Güralp, s. 123; Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu açısından bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 390; Üçışık/Çelik, s. 517; Konu hakkında doktrindeki tartışma ve görüşler için bkz. Üçışık/Çelik, s. 517 vd.

[50] Güralp, s. 124; Yönetim kurulu üyeleri sorumluluğu açısından bkz. Çamoğlu, Hukuki sorumluluk, s. 48; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 390; Pulaşlı, s. 680.

[51] Mülga TTK m.336/II'de düzenlenen "*Ancak aşağıda yazılı hallerde gerek şirkete gerek münferit pay sahiplerine şirket alacaklılarına karşı müteselsilen mesuldürler*" hükmünden sorumluluğun kişisel bir sorumluluk olduğu anlaşılmaktadır (Akdağ Güney, s. 36).

[52] Çamoğlu, Hukuki sorumluluk, s. 28; Üçışık/Çelik, s. 525; Akdağ Güney, s.36.

Vesayet makamının, farklı meslek ve uzmanlıklarına göre anonim şirkete birden çok kayyım ataması ve söz konusu kayyımların bir "heyet" şeklinde çalışması gerektiği yukarıda ifade edilmiştir. Birden çok kayyımın aynı zararı tazminle yükümlü olması hâlinde, bunlardan her biri, kusuruna ve durumun gereklerine göre, zarar şahsen kendisine yükletilebildiği ölçüde, zarardan diğerleriyle birlikte müteselsilen sorumlu olur (TTK m. 557)[53]. Dolayısıyla yönetim kayyımlarının sorumluluğu kapsamında TTK m. 557 uyarınca farklılaştırılmış teselsül ilkesi uygulama alanı bulmaktadır.

Farklılaştırılmış teselsül ilkesi ile aynı zarardan sorumlu olan yönetim kayyımlarının her biri, dış ilişkide bireysel indirim sebeplerini ileri sürerek zararın tamamından değil, kendi kusurlarına isnat edilecek miktarlarıyla sorumlu tutulmalarına olanak sağlanmaktadır. Tam teselsülün aksine, burada yönetim kayyımlarının, zararın tümünden sorumlu olmaları değil, kusurlarının derecesine göre farklılaştırılmış müteselsil sorumlulukları söz konusudur.

III. Yönetim Kayyımının Sorumluğunun Şartları

A. Genel Olarak

Kayyımın sorumluluğu ile amaçlanan, kayyıma isnat edilebilecek ve onun hukuk düzenince onaylanmayan bir davranışından kaynaklanan zararın giderilmesidir. Bir diğer ifade ile kayyımın sorumlu olabilmesi için, kayyıma yüklenen özenli yönetim veya temsil borcunun ihlal edilmiş olması ve kayyımın kendisine yüklenen görevi kusuruyla ihlal etmiş olması gereklidir. Görevin ihlali, başta anonim şirketin menfaati olmak üzere çeşitli çıkar gruplarının menfaatlerinin kapsamlı olarak korunması yolundaki kayyımlık görevinin ihlalinde ve iş görme konusundaki genel yükümlülüklere aykırı davranılmasında gündeme gelmektedir.[54]. Söz konusu açıdan bakıldığında kayyımlık altındaki anonim şirket için görevlendirilen kayyımın sorumluluğu esas itibariyle tazminat alacağı doğuran diğer hukuki düzenlemelerden çok da bir farklılık göstermemektedir. Başka bir ifade ile burada da mantık aynıdır; zarar veren kimse, zarar görene belirli bir miktar para ödemelidir[55].

Hukuki sorumluluğun şartları, genel bir prensip olan Türk Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinde düzenlenmiştir. Bu noktada önemle ifade edilmelidir ki, her ne kadar hüküm, haksız fiillerden doğan sorumluluğu düzenlemekte ise de hükmün sözleşmesel sorumluluk açısından da uygulanacağı TBK m. 114/II'de açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla yönetim kayyımının hukuki sorumluluğunun meydana gelebilmesi, hukuka aykırı hareketin, kusurun, zararın ve illiyet bağının varlığına bağlıdır[56]. Söz konusu

[53] Battal, s. 25; Pulaşlı, s. 661; Yönetim kurulu üyeleri sorumluluğu açısından bkz. Arslanlı, s. 172; Çamoğlu, Hukuki sorumluluk, s. 20-24; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 390-391; Üçışık/Çelik, s. 518; Şener, Ortaklıklar hukuku, s. 409.
[54] Güralp, s. 124; Kılıçoğlu, s. 777.
[55] Akdağ Güney, s.49; Şener, Ortaklıklar hukuku , s.404.
[56] Güralp, s. 124.

şartların hepsi ya da bir kısmı mevcut değilse, yönetim kayyımının sorumluluğundan bahsedilemez.

B. Hukuka Aykırı Eylem

Yönetim kayyımının sorumluluğunun hukuki dayanağını oluşturan Türk Ticaret Kanunu'nun 553. maddesindeki hukuka aykırı eylem unsuru, kanun koyucu tarafından "yükümlülük" kavramı ile özdeşleştirilmiştir. Hüküm, yönetim kurulunun esas sözleşmede ve kanunda öngörülen hususlardaki yapma ve yapmama zorunluluklarını ifade etmektedir. Ancak bu noktada kanımızca çalışma konumuz bakımından TTK m. 553'deki "yükümlülüğün", "esas sözleşmeden veya kanundan doğan ya da mahkeme tarafından (vesayet veya denetim makamlarınca) verilen" yükümlülük şeklinde yorumlanması yerinde olacaktır. TTK m.553/I uyarınca yönetim kayyımının sorumluluğunun doğabilmesi için, yükümlülüğün ya kanunda yer alan genel yükümlülüklerden ya esas sözleşmede öngörülen yükümlülüklerden ya da vesayet veya denetim makamınca kendisine verilmiş yükümlülüklerden olması gerekir. Dolayısıyla yönetim kayyımının eyleminin, hukuka aykırı olarak değerlendirilebilmesi için ister genel yükümlülüklerden olsun isterse de vesayet makamınca kendisine verilen yükümlülüklerden olsun, "kanun"a dayanması gereklidir[57].

Türk Ticaret Kanunu'nun 553. maddesindeki "kanun" kelimesinden her ne kadar öncelikli olarak akıllara Türk Medeni Kanunu, Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu gelse de söz konusu ifadenin diğer "kanunlar"ı da kapsadığı unutulmamalıdır[58]. Buna ek olarak, "kanun" ifadesi doktrinde de haklı olarak ifade edildiği gibi[59] normlar hiyerarşisinde yer alan sadece "kanun" değil normlar hiyerarşisindeki diğer basamakta yer alanları da kapsamaktadır (örneğin Türk Medeni Kanunu'nun Velayet, Vesayet Ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzüğü[60] gibi).

Yönetimin kayyımının hukuka aykırı eylemi, yapma ya da yapmama (hareketsizlik) şeklinde gerçekleşebilir. Buna göre hukukumuzda sadece yapma şeklinde değil, yapılması gerekeni yapmama şeklinde de kayyımın yükümlülüklerini ihlal etmesi mümkündür. Örneğin, yönetim kayyımının, kayyım olarak atandığı anonim şirkete ait parayı zimmetine geçirmesi, yapma şeklindeki yükümlülüklerinin ihlali anlamını taşımaktadır. Buna karşılık örneğin yönetim kayyımının kendisine genel kurulu toplama görevi verilmiş olmasına karşılık genel kurulu toplamamış olması veya geç toplaması, yapmama şeklindeki yükümlülüklerinin ihlali anlamına gelmektedir.

---

[57] Bu noktada önemle belirtilmelidir ki her ne kadar hukuka aykırı eylemin ölçütü, "kanun" olarak ifade edilse de dürüstlük kuralı ve örf ve adet hukuku da unutulmamalıdır. Kanunda veya esas sözleşmede açıkça yer almasa da veya vesayet makamınca açıkça belirtilmese de dürüstlük kuralından veya örf adetten kaynaklanan yükümlülüklere aykırılık durumunda da yönetim kayyımının sorumluluğu gündeme gelmektedir.
Yönetim kurulu üyelerinin özen ve bağlılık yükümlülüklerindeki dürüstlük kuralının ne kadar önemli bir konumda bulunduğu konusunda bkz. TTK m. 369.

[58] Akdağ Güney, s.54.

[59] Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Akdağ Güney, s. 54 vd.

[60] RG.: 10/8/2003, S. 25195.

C. Kusur

Yönetim kayyımının sorumluluğu kusur sorumluluğudur. Diğer bir ifade ile sorumluluğun temeli ve kurucu unsuru kusurdur. Yönetim kayyımının görevini yerine getirirken sorumlu olabilmesi için, kusurlu davranışıyla menfaat gruplarına zarar vermiş olması gerekir. Zira kusuru olmadığını ispat eden yönetim kayyımı, sorumluluktan kurtulmaktadır (TTK m. 553). Kusuru ispat yükü davacıdadır, yönetim kayyımı kusursuz olduğunu ispat yükü altında değildir; ama davacının ispat faaliyetini yerine getirmesini beklemeden kendi kusursuzluğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulması da şüphesiz mümkündür.

Kusur, hukuk düzenince kınanan, hoş görülmeyen ve onaylanmayan bir davranış biçimidir[61]. Buna göre kusur, her şeyden önce hukuka aykırı bir davranışın varlığını gerektirmektedir. Böyle bir davranışla başkasına zarar veren kişi, meydana gelen olumsuz sonuca katlanmalı ve zararı gidermelidir. Dolayısıyla yönetim kayyımı, her kusurdan sorumlu olup kusurun mutlaka ağır kusur düzeyinde olması gerekmez; kusurun derecesi sorumluluğun doğmasını değil, ödenecek tazminatın miktarını etkiler. Söz konusu durum, anonim şirkete yönetim kayyımı atanmasının temelinde de kendisine yer bulmaktadır[62]. Ancak bu noktada önemle ifade etmek gerekir ki, özenli yönetim gereklerinin soyut olarak ihlal edilmesi yeterli değildir, bunlara kasten veya ihmal suretiyle aykırı davranılmış olması da gereklidir[63].

Kast, kayyımın zararlı sonucu bilerek ve isteyerek hareket etmesini ifade etmektedir[64]. Burada yönetim kayyımı, bu davranışı ile hukuk düzenini ağır bir şekilde ihlal etmektedir. Örneğin, yönetim kayyımının, yetkilerini kötüye kullanmak suretiyle

---

[61] Oğuzman, M. K. ve Öz, M. T. (2017). Borçlar hukuku genel hükümler. C.II. 13. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 54; Eren, F. (2015). Borçlar hukuku genel hükümler. 19 Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 569.

[62] Aynı yönde bkz. Arslanlı, s. 169; Mimaroğlu, s. 35; Pulaşlı, 649; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 389; Şener, Ortaklıklar hukuku, s. 406; Akdağ Güney, s.60; Güralp, s. 126.

Yönetim kayyımı, vesayet makamınca kendisine verilen işi, özenli bir şekilde yerine getirmekle yükümlüdür. Daha geniş bir ifade ile yönetim kayyımı, gerek kayyımlığın başlangıcı aşamasında gerekse de devamı sırasında özen ve dikkat yükümlülüğü altında hareket etmekle yükümlüdür. Yönetim kayyımının özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir yönetim kayyımının göstermesi gereken davranış esas alınır (TBK m. 506 kıyasen). Benzer şekilde kayyımların özen ölçüleri, Türk Medeni Kanunu'nda "iyi bir yönetici gibi özenle yönetmek" (TMK m. 454) ve "görevlerini yerine getirirlerken iyi bir yönetimin gerektirdiği özeni göstermek" (TMK m. 466) şeklinde ifade edilirken Türk Ticaret Kanunu'nda "tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek" (TTK m. 369) şeklinde ifade edilmiştir. Örneğin anonim şirkette yönetim kurulunun yokluğu sebebiyle geçici surette atanan kayyım sıfatıyla atanan mali müşavirin, kayyımlığa ilişkin iş görmesindeki özen ölçüsü, benzer sorunlar kapsamında başka şirketlere atanan yönetim kayyımı mali müşavirin göstermesi gereken davranıştır. Ancak vesayet makamınca, anonim şirkete atanan kayyım, diğer kayyımlara nazaran daha fazla özenli ve dikkatli olması sebebiyle seçilmişse artık diğer şirketlerdeki kayyımın özen derecesine değil vesayet makamınca seçilen ve "yüksek özen derecesi"ni haiz kayyımın özen derecesi esas alınmalıdır. Buna ek olarak, yönetim kayyımı, atanma nedeni olan kayyımlık işini görürken yöneldiği sonucun elde edilememesinden değil, bu sonuca erişmek için yaptığı faaliyetin özenle görülmemesinden sorumludur. Dolayısıyla yönetim kayyımının, bu yükümlülüğü gereği olarak, kayyımlığa ilişkin iş görme ile hedef tutulan sonucun başarılı olması için hayat tecrübelerine ve işlerin mutad cereyanına göre gerekli girişim ve davranışlarda bulunması gerekecek ancak başarılı sonucu engelleyecek davranışlardan kaçınması lazım gelecektir.

[63] Arslanlı, s.169; Egger, s. 731; Akdağ Güney, s.72; Güralp, s. 125.

[64] Oğuzman/Öz, s. 56; Eren, s. 574.

gerçek olmayan kâr dağıtımı yapması veya spekülatif krediler çekmesi durumlarında yönetim kayyımının kusuru, kast niteliğindedir.

İhmalde ise, zarara yol açan sonucu bilme veya isteme unsurları bulunmamaktadır. Bu durumda yönetim kayyımının kusurlu sayılmasının sebebi, bu sonucun doğmaması için dikkatsiz, tedbirsiz, özensiz davranması ve mesleğinin gerektirdiği özeni ortaya koyamamasıdır. Buna göre kast, bilerek ve isteyerek davranış biçimi olduğundan, kayyımdan kayyıma değişmez, kayyım dışındaki kayyımla aynı meslek grubunda bulunan ve aynı bilgi ve tecrübeye sahip kişilerin ölçü alınması da gerekmez. Halbuki ihmal, gerekli dikkat ve özeni göstermeme olduğundan, bunun tayin edilmesinde bir takım ölçütlere ihtiyaç bulunmaktadır. Söz konusu ölçüt, yönetim kayyımının eylem ve davranışları olamaz. Bu nedenle ihmalin tayininde kayyımın içinde bulunduğu sübjektif özel koşullar değil, objektif koşullar veya ölçüler yani aynı hal ve koşullar altında bulunan aklı başındaki yönetim kayyımlarının eylem ve davranış biçimi esas alınır[65]. İhmal de kendi içerisinde ağır ve hafif ihmal şeklinde ikiye ayrılmaktadır.

Ağır ihmal, yönetim kayyımının aynı olayda gösterilmesi gereken en basit dikkat ve özeni göstermemesidir[66]. Örneğin, vesayet makamınca TTK m. 412 uyarınca genel kurulu çağırmak için atanan yönetim kayyımının, TTK m. 414'de düzenlenen toplantıya çağrı usullerini atlamak suretiyle genel kurulu toplantıya çağırmış olması durumunda ihmalin derecesi ağırdır. Bu noktada, sorumlu yönetim kayyımın davranışlarının ihmal teşkil edip etmediği belirlenirken, benzer hal ve koşullar altındaki kayyımlar veya aynı meslek, tecrübe ve bilgiyi haiz kişiler ölçü alınacaktır.

Hafif ihmalde ise çok dikkatli ve özenli yönetim kayyımlarının aynı olayda gösterdiği dikkat ve özenin gösterilmemesi söz konusudur[67]. Örneğin, yönetim kayyımının tutmakla yükümlü olduğu defterde basit hesap hataları yapmış olmasında, hafif ihmal söz konusudur. Bu noktada önemli olan husus, başta şirket olmak üzere çeşitli çıkar gruplarının zarara uğramaması için her türlü dikkat ve özenin gösterilmesidir.

D. Zarar

Her ne sebepten kaynaklanırsa kaynaklansın sorumluluk davalarının vazgeçilmez şartı ortada bir zararın olmasıdır. Zarar olmayan yerde sorumluluk da yoktur[68].

Anonim şirketin zararı, malvarlığının mevcut durumunda fiili azalma olarak ortaya çıkabileceği gibi, olayların normal akışına ve genel hayat tecrübelerine göre malvarlığında meydana gelebilecek artışın zarar verici davranış nedeniyle kısmen veya tamamen önlenmesi olan "kârdan yoksunluk" şeklinde de ortaya çıkabilir[69]. Ancak bu noktada önemle ifade etmek gerekir ki, zarar kavramını dar olarak yalnız anonim şirketin

[65] Oğuzman/Öz, s. 54; Eren, s. 579; Kılıçoğlu, s. 416.
[66] Oğuzman/Öz, s. 57; Eren, s. 580.
[67] Oğuzman/Öz, s. 57; Eren, s. 580.
[68] Mimaroğlu, s. 45; Akdağ Güney, s.49.
[69] Akdağ Güney, s.50.

malvarlığında meydana gelen azalma (veya malvarlığının artmasının önlenmesi) şeklinde değil de geniş olarak başta şirket olmak üzere çeşitli çıkar gruplarının malvarlıklarının mevcut durumu ile sorumluluğu gerektiren davranışın meydana gelmesinden önceki hali arasındaki fark (veya malvarlıklarının artmasının önlenmesi) şeklinde tanımlamak yerinde olacaktır[70].

Zarar, yönetim kayyımının sorumluluğunun ve dolayısıyla tazminat borcunun en önemli unsurunu oluşturmaktadır. Zarar mevcut değilse hukuki sorumluluk da bulunmamaktadır[71].

"Zarar" kavramını öncelikli olarak anonim şirket bakımından ele aldığımızda, yönetim kayyımının hukuka aykırı eylemleri sonucu neden olduğu anonim şirketin zararı, esas olarak anonim şirketin malvarlığını doğrudan doğruya ilgilendirmekte ve etkilemektedir. Ancak her ne kadar yönetim kayyımın şirkete zarar vermesi şirketi doğrudan doğruya etkilese de söz konusu zarar, aşağıda detaylıca ifade edildiği gibi, aynı zamanda şirket pay sahiplerini ve şirket alacaklılarını da dolaylı şekilde etkilemektedir. Pay sahiplerinin doğrudan zararı ise anonim şirketin malvarlığına değil doğrudan doğruya pay sahiplerinin kendilerine ait olduğu durumlarda meydana gelmektedir[72]. Benzer durum şirket alacaklıları için de söz konusudur. Buna göre şirket alacaklılarının doğrudan zararı, ancak alacaklının malvarlığında bir azalma ya da kayıp mevcutsa söz konusu olmaktadır.

E. Uygun İlliyet Bağı

İlliyet bağı, sorumluluğun temel öğelerinden birisi olup sorumluluk ister sözleşme dışı sorumluluğa isterse de sözleşmesel sorumluluğa dayansın, illiyet bağının varlığı mutlaka somut olayda aranmaktadır. Zararla eylem arasında bu bağın var olması demek; zararın eylemin bir sonucu olarak ortaya çıkması, yani eylem olmadan zararın meydana gelmeyeceğinin muhakkak görülmesi demektir. Başka bir ifade ile verilen zararın tazmin borcunu doğurabilmesi için zarar, eylemin bir sonucu olarak görülmelidir[73].

Uygun illiyet bağının saptanmasında esas olan failin sonucu öngörebilmesi olmayıp, objektif olarak fiilin o zararı meydana getirebileceğinin olayların normal akışına göre kabul edilmesidir[74].

Yönetim kayyımının sorumlu tutulabilmesi için hukuka aykırı fiili ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir. Buna göre öncelikle hukuka aykırı davranış ile zarar arasında "neden- sonuç" ilişkisi yani illiyet bağının varlığı aranacaktır. Ancak illiyet bağı tek başına yeterli olmayıp bunun yanında davranış veya olayın aynı zamanda zararlı sonucun "uygun sebebi" olması gerekmektedir. Uygun illiyet bağından

[70] Aynı yönde bkz. Güralp, s. 126.
[71] Mimaroğlu, s. 44; Çamoğlu, Hukuki sorumluluk, s. 143; Güralp, s. 126.
[72] Mimaroğlu, s. 45-47; Şener, Ortaklıklar hukuku, s.407.
[73] Oğuzman/Öz, s. 45; Eren, s. 536; Şener, Ortaklıklar hukuku, s. 406.
[74] Oğuzman/Öz, s. 45; Eren, s. 540.

söz edilebilmesi için de sorumluluğa konu olan olay veya davranış, zararlı sonucun meydana gelme ihtimalini arttırmış olmalıdır[75].

IV. Sorumluluk Davası

A. Genel Olarak

Kanundan veya esas sözleşmeden doğan ya da mahkemece verilen görevlerini kusuruyla ihlal edip zarara sebebiyet veren yönetim kayyımı, anonim şirkete, pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına karşı sorumludur (kıyasen TTK m. 553). Yönetim kayyımının sorumluluğunun doğabilmesi için kümülatif olarak dört unsurun gerçekleşmiş olması gerekir. Yönetim kayyımına kanunla veya mahkemece verilmiş bir görev olmalı, verilen bu görevi kayyım kusuruyla ihlal etmiş olmalı, bu ihlal anonim şirket, pay sahipleri veya şirket alacaklıları açısından zarara neden olmuş olmalı ve zarar, kusurlu davranışın neticesinde meydana gelmiş olmalıdır. Ancak bu noktada yönetim kayyımına dava açmadan önce TTK m. 5/A hükmü uyarınca ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuğa başvurulması gerekir mi?

Türk Ticaret Kanunu'nun 4. maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır (TTK m. 5/A). Dolayısıyla kanımızca yönetim kayyımının hukuki sorumluluğu kapsamında yönetim kayyımına tazminat talepleri için öncelikle arabulucuya başvurulması gerekmektedir.

B. Dava Süreci

1. Davacı- Davalı Sıfatı

a. Davacı

aa. Anonim Şirket

Yönetim kayyımı, yükümlülüklerini hukuka aykırı bir şekilde yerine getirmeyip şirkete zarar verdiğinde tazminat alacaklısı öncelikle anonim şirket olacaktır[76]. Anonim şirketin yönetim kayyımının sorumluluğuna gidebilmesi için zarar, kusur ve uygun illiyet bağının varlığı ve hukuka aykırı işlemin yönetim kayyımının atanmasına neden olan belirli bir işin görülmesi veya malvarlığının yönetim ve gözetimi kapsamında yapılmış olması gibi dava hakkının kullanılmasına ilişkin şartların mevcut olması gerekir. Davanın konusu ise yönetim kayyımının anonim şirkete verdiği zararın tazmin edilmesidir[77]. Dolayısıyla yönetim kayyımının, kusurlu bir hukuka aykırı hareketiyle anonim şirketin malvarlığını azaltmak (veya malvarlığının artmasını engellemek) suretiyle verdiği zarar, anonim şirketin doğrudan uğradığı zarar olup bu noktada yönetim kayyımı, verdiği zararı anonim şirket tüzel kişiliğine karşı tazminle yükümlüdür. Ancak bu noktada iki farklı

[75] Akdağ Güney, s.63.
[76] Güralp, s. 133; Üçışık/Çelik, s.551; Çamoğlu, Hukuki sorumluluk, s. 97 vd.; Helvacı, s. 107.
[77] Güralp, s. 135; Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu noktasında bkz. Mimaroğlu, s. 45; Çamoğlu, Hukuki sorumluluk, s. 97; Helvacı, s. 108; Üçışık/Çelik, s. 549.

sorunun cevaplanması gerekir, Anonim şirket adına yönetim kayyımına karşı sorumluluk davasını kim açacaktır? ve Anonim şirketin, yönetim kayyımının sorumluluğuna gidebilmesi için önceden bir genel kurul kararına ihtiyacı var mıdır?

Mülga TTK döneminde anonim şirket adına dava açma yetkisinin kural olarak yönetim kuruluna ait olduğu ancak istisnaen yönetim kurulu aleyhine açılacak sorumluluk davasının denetçiler tarafından da açılması gerektiği düzenlenmişti. Denetçilerin kayyım aleyhine dava açılmasına muhalefet etmemesi veya şirkette organ olarak denetçinin de bulunması durumunda kayyıma karşı sorumluluk davasını şirket adına denetçinin açması mümkündü[78]. Ancak Türk Ticaret Kanunu'nun kabulüyle birlikte anonim şirketlerde denetim, bir organ olmaktan çıkmış ve bir "hizmet" konumuna gelmiştir. Dolayısıyla yönetim kayyımına karşı sorumluluk davasının şirket adına artık denetçiler tarafından açılma imkânı bulunmamaktadır. Buna göre kanımızca başta pay sahipleri olmak üzere her ilgilinin[79], vesayet makamına başvurmasıyla birlikte vesayet makamı, yönetim kayyımına karşı dava şartı arabuluculuk ve sorumluluk davası süreçlerinde şirketi temsilen temsil kayyımı atayacaktır[80].

Anonim şirketin yönetim kurulunun sorumluluğuna gitmeden önce bu yönde genel kurul kararı alması doktrinde tartışmalı olmakla birlikte[81] Yargıtay, mülga TTK'dan bu yana istikrarlı bir şekilde anonim şirketin, yönetim kurulunun sorumluluğuna gitmeden önce alınması gereken genel kurul kararını, sorumluluk davası için bir dava şartı olarak nitelendirmektedir[82]. Bu noktada tartışılması gereken durum, anonim şirketin "geçici" olarak yönetiminde bulunan yönetim kayyımının sorumluluğunda da sorumluluk davası açılması yönünde bir genel kurul kararı gerekip gerekmeyeceğidir.

Kanımızca yönetim kayyımına, sorumluluk davası açılması noktasında genel kurul kararına ihtiyaç bulunmamaktadır[83]. Çünkü gerek TTK m. 479/III-c hükmü gerekse de yönetim kuruluna karşı sorumluluk davası açılması için genel kurul izni, düzgün çalışan ve yönetim organından "geçici" süreliğine de mahrum olmayan anonim şirketler için geçerlidir. Oysa ki, kendisine yönetim kayyımı atanan şirketin "geçici" dahi olsa yönetim organı bulunmamakta bir diğer ifade ile şirket, düzgün bir şekilde çalışamamaktadır. Buna ek olarak, normal şartlar altında dahi yönetim kuruluna

[78] Güralp, s. 135; Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Çamoğlu, Hukuki sorumluluk, s. 102.
[79] Hiç kimsenin kendi davasının hâkimi olamayacağı (*Nemo debet esse iudex in propria causa*) evrensel kuralı nedeniyle, bu davada şirketi davalı yönetim kurulu üyelerinin temsil etmesi mümkün olmadığı için her ilgilinin vesayet makamına başvurup şirkete bir temsil kayyımı atanmasını talep etme hakkı olduğu yönünde bkz. Çamoğlu, Hukuki sorumluluk, s. 19.
[80] Aynı yönde bkz. Arslanlı, s. 178; Güralp, s. 135.
[81] Konu hakkında tartışmalar ve görüşler konusunda detaylı bilgi için bkz. Çamoğlu, Hukuki sorumluluk, s. 105-106; Helvacı, s. 108; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 396; Üçışık/Çelik, s. 549.
[82] Konu hakkında emsal nitelikteki Yargıtay kararları için bkz. 11. HD., E.2002/7746, K. 2002/2, T. 14.01.2002 (Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 396).
[83] Aksi görüş için bkz. Güralp, s. 135.

sorumluluk davası açılması için genel kurulun toplanması ve bu yönde karar alınması oldukça güç iken geçici süreliğine de olsa yönetim organsız kalan bir şirkette kayyım için sorumluluk davası açılması amacıyla genel kurulun toplanması ve bu yönde karar alması ihtimali oldukça düşüktür. Söz konusu duruma ilişkin aksi bir düşüncenin kabulü, kanımızca anonim şirketin hak arama özgürlüğüne aykırılık teşkil edecektir.

Bu bölümde son olarak değinilmesi gereken husus, aleyhine sorumluluk davası açılan yönetim kayyımının görevine devam edip etmeyeceğidir. Kanımızca yönetim kayyımının aleyhine sorumluluk davası açılmasına neden olan hukuka aykırı eylem aynı zamanda görevden alınma nedeni de sayılacak nitelikteyse vesayet makamının, söz konusu yönetim kayyımı yerine yeni bir kayyım atamasında yarar bulunmaktadır[84]. Bu noktada akıllara, yönetim kayyımın kusursuzluğunu ispat edebileceği olasılığının gelmesi mümkündür. Ancak gerek sorumluluk davasına ilişkin yargılamanın uzun sürecek olması gerekse de aleyhine sorumluluk davası açılan kayyımın artık "ne kadar tarafsız kalabileceği" sorusuyla karşılaşmamak amacıyla kanımızca vesayet makamının, yönetim kayyımını görevden alma konusunda sorumluluk davasının neticesinin beklememesinde yarar vardır. Zira görevden alınan kayyımın sorumluluk davası reddedildiğinde söz konusu süreç kapsamında uğradığı maddi ve manevi zararları anonim şirketten tazmin için dava açması mümkündür.

bb. Pay Sahiplerinin ve Şirket Alacaklılarının Dava Hakkı

Anonim şirketin, yönetim kayyımının kusurlu bir eylemi sonucundaki malvarlığındaki eksilmenin, pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına doğrudan veya dolaylı şekilde yansıması mümkündür. Buna göre, pay sahipleri ve şirket alacaklılarının da, yönetim kayyımına karşı sorumluluk davası açmalarında korunmaya değer menfaatleri mevcuttur[85].

Doğrudan doğruya zarar, yönetim kayyımının hukuka aykırı eylemleri sonucunda pay sahiplerinin veya şirket alacaklılarının anonim şirketin zararından bağımsız olarak uğradıkları zararlardır. Zira anonim şirket bir zarar görmemiş olsa dahi, kayyımın hukuka aykırı eylemlerinin doğrudan doğruya pay sahipleri veya şirket alacaklılarının kişisel malvarlıklarında bir zararı meydana getirmesi muhtemeldir[86]. Örneğin, yönetim kayyımının, pay sahibinin genel kurul toplantısına veya toplantıda oy kullanmasına haksız yere engel olması veya yönetim kayyımınca hazırlanan yanlış bilançoya istinaden pay sahibinin hisselerini satması veya yeni hisse senedi alarak zarara uğraması ya da

[84] Bu noktada vesayet makamınca değerlendirilmesi gereken husus, kayyıma yönetilen iddiaların ciddi olup olmadığıdır. Zira anonim şirketteki çıkar gruplarından bazılarının, sırf kayyımı "sevmedikleri" ve görevden alınması için sorumluluk davası açmaları muhtemeldir. Dolayısıyla vesayet makamı, sırf kayyım hakkında sorumluluk davası açıldı diye kayyımı "otomatik" şekilde görevden almamalıdır.

[85] Güralp, s. 136; Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu noktasında bkz. Arslanlı, s. 179; Mimaroğlu, s. 47; Çamoğlu, Hukuki sorumluluk, s. 109; Pulaşlı, s. 677; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 397; Helvacı, s. 124; Üçışık/Çelik, s. 551 Akdağ Güney, s.110.

[86] Güralp, s. 136; Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu açısından bkz. Arslanlı, s. 181; Mimaroğlu, s. 47; Çamoğlu, Hukuki sorumluluk, s. 111; Helvacı, s. 127; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 399; Akdağ Güney, s.105.

alacaklının, yönetim kayyımınca kendisine verilen yanlış bilgi neticesinde anonim şirkete kredi açtığı durumlarda "doğrudan zarar" kavramı gündeme gelmektedir. Yönetim kayyımı TTK m. 553 vd. hükümlerine kıyasen, pay sahipleri veya şirket alacaklılarının uğradığı doğrudan doğruya zararlardan da sorumlu tutulmalıdır[87]. Alacaklıların ve pay sahiplerinin doğrudan zarar görmeleri nedeniyle uğradıkları zararın tazminini talep etmeleri, genel hukuk prensibi olan sorumluluğun bir sonucudur. Doğrudan doğruya uğranılan zararlardan dolayı açılacak davalarda pay sahipleri ve alacaklılar tazminatın kendilerine verilmesini talep edebilirler[88].

Dolayısıyla zararda yönetim kayyımının, kanuna, esas sözleşmeye veya mahkeme kararına aykırı bir davranışıyla şirketin malvarlığında meydana gelen zararın, pay sahiplerinin ve alacaklıların malvarlığına da söz konusudur[89]. Diğer bir ifade ile burada doğrudan zarar gören şirket olmakla birlikte, onun malvarlığında azalma meydana getiren bütün işlemler, pay sahipleri ve alacaklılar bakımından dolayısıyla zarar teşkil etmektedir, çünkü bu zarar nedeniyle şirketin ödeme gücünde meydana gelen azalma, alacaklıların ve pay sahiplerinin taleplerinde bir kayba yol açmaktadır[90]. Örneğin, yönetim kayyımının kusurlu bir eylemi sebebiyle anonim şirketin uğradığı bir zarar nedeniyle alacaklılar, alacaklarının tamamına kavuşamama, pay sahipleri ise temettü alamama ve tasfiye paylarının azalması haliyle karşı karşıya gelebilirler. Bu durumda, şirketin uğradığı zararın giderilmesi, pay sahiplerinin ve alacaklıların uğradıkları dolaylı zararın giderilmesi anlamına gelir.

Anonim şirketler hukukunda öngörülen dolayısıyla zararın özelliklerinden birisi de, zararın şirketin bünyesinde olması, ancak pay sahiplerinin ve alacaklıların malvarlığında henüz somutlaşmamış olmasıdır. İşte bu nedenle, dolayısıyla uğradıkları zarara istinaden dava açan pay sahiplerinin ve alacaklıların yönetim kayyımından talep ettikleri tazminat, doğrudan zarar gören şirkete ödenir. Başka bir anlatımla dolaylı zarar, dolaylı olarak tazmin edilir (TTK m. 555/I)[91].

b. Davalı

Yönetim kayyımına karşı açılacak sorumluluk davasında davalı, yönetim kayyımıdır. Vesayet makamınca bir kayyım heyeti oluşturulmuşsa kanımızca husumet, gerek yönetim kayyımının sorumluluğuna kıyasen uygulanacak olan farklılaştırılmış teselsül ilkesi (TTK m. 557) uyarınca kayyım heyetinde bulunan her bir kayyıma yöneltilmelidir. Bu noktada şu sorunun cevabının verilmesinde yarar vardır, Sorumluluk davası sadece davanın açıldığı tarihte görevli olan kayyıma karşı mı açılacaktır?

---

[87] Güralp, s. 136.
[88] Akdağ Güney, s. 50.
[89] Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu açısından bkz. Akdağ Güney, s.51.
[90] Akdağ Güney, s.51; Güralp, s. 138; Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu açısından bkz. Arslanlı, s. 178-179; Pulaşlı, s. 680.
[91] Güralp, s. 137; Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu açısından bkz. Mimaroğlu, s. 47; Pulaşlı, s. 680; Üçışık/Çelik, s. 552

Kanımızca zarar, geçmiş tarihlerde aynı sorun kapsamında görev yapmış kayyımın hukuka aykırı eylemlerinden kaynaklanıyorsa söz konusu kayyımın sorumluluğuna gidilebileceği gibi geçmiş tarihte görev yapmış kayyım ile davanın açılacağı tarihlerde görev yapan kayyımın zarar kapsamında birlikte sorumluluğu bulunuyorsa her iki kayyıma karşı da husumetin yöneltilmesi yerinde olacaktır.

2. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Türk Medeni Kanunu'nda kayyımın sorumluluğuna ilişkin davada görevli ve yetkili mahkeme, vesayet dairelerinin bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesidir (TMK m. 469/III). Ancak kanımızca kayyımın, "geçici" dahi olsa anonim şirketin yönetim kurulu yerine geçtiği ve sorumluluğuna da yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu hükümlerinin kıyasen uygulanacağı göz önünde bulundurulduğunda yönetim kayyımının sorumluluğuna bakacak mahkemenin, TTK m. 561'e göre belirlenmesi gereklidir[92]. Buna göre yönetim kayyımı aleyhinde anonim şirketin merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde dava açılmalıdır.

3. İspat Yükü ve Delil İkame Yükü

İspat yükü, vakıayı kimin ileri sürmüş olduğundan bağımsız olarak o vakıa ile ilgili olarak lehine hak çıkaran tarafa aittir[93] (TMK m.6-6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu[94] (HMK) m.190).

Yönetim kayyımının hukuki sorumluluğuna gidildiğinde kayyımının kusurlu olduğunu, zararı ve nedensellik bağını ispat yükü, TTK m. 553/I uyarınca davacı tarafa yüklenmiştir[95]. Davacının davalının kusurlu sayılabilecek davranışlarını ispatlamasından sonra, davalının bu fiillerde kendine düşen özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulması mümkündür[96].

Delil ikamesi, tarafların kendi vakıalarının doğru olduğu veya karşı taraf vakıalarının doğru olmadığı konusunda ispat sonucuna ulaşabilmek için, çekişmeli vakıalar hakkında deliller sunarak gerçekleştirmiş oldukları usulî bir faaliyettir[97]. Kural

[92] Aynı yönde bkz. Güralp, s. 137.
[93] Pekcanıtez, H., Atalay, O. ve Özekes, M. (2020). Medeni usul hukuku ders kitabı. 8. Baskı. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, s. 343; Güralp, s.131-132.
[94] RG.:4.2.2011, S. 27836.
[95] Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu açısından bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 389.
Mülga TTK m. 338'de bu konuda kusur karinesi kabul edilmiş ve sorumluluk davasının davacılarından biri olan pay sahiplerinin, yönetim kurulu üyelerinin kusurunu ispatla yükümlü olmadıkları, sadece doğrudan veya dolaylı zararın varlığını ispatın yeterli olduğu, sorumluluktan kurtulmak isteyen yönetim kurulu üyesinin kusursuzluğunu ispatlamak zorunda olduğu benimsenmişti (Akdağ Güney, s.75; Çamoğlu, Hukuki sorumluluk, s.18); Yargıtay'ın da aynı yönde kararları mevcuttur. Örnek karar için bkz.11 H.D. 10.07.2006 T., 2005/8034 (Kazancı İçtihat Bankası); 15. HD., T.21.12.2011, E. 2011/1593, K. 2011/7756 (Kazancı İçtihat Bankası).
TTK ise, mülga TTK'dan farklı olarak, bir kusur karinesine yer vermemiştir. 6102 sayılı TTK daha yürürlüğe girmeden 6335 sayılı Kanunla değişikliğe uğramış ve bu kanunun 41. maddesiyle, TTK 553/I'deki "kusurlarının bulunmadığını ispatlamadıkça" ifadesi, madde metninden çıkarılmıştır (Üçışık/Çelik, s. 561; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.389). Söz konusu maddenin değerlendirilmesi konusunda detaylı bilgi için bkz. Akdağ Güney, s. 75.
[96] Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu açısından bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. s.389.
[97] Pekcanıtez/Atalay/ Özekes, s. 347.

olarak ispat yükünü taşıyan kişi soyut delil ikame yükünü de taşır. Somut delil ikame yükü ise hâkimin vakıalar hakkında belli bir derece bilgi sahibi olduğu davalarda delil durumuna göre taraflardan hangisinin delil ikameye davet olunacağına ilişkindir.

Davacı sıfatını haiz olan anonim şirketin ve anonim şirketi temsilen atanacak olan temsil kayyımının, yönetim kayyımının kusurlu davranışını ispatına ilişkin bilgi ve belgelere erişimi konusunda bir sorun bulunmamaktadır. Buna göre anonim şirketi temsil edecek temsil kayyımının, gerek şirket merkezinde bulunan gerekse de vesayet makamında bulunan bilgi ve belgelere kolayca ulaşması mümkündür. Ancak aynı durum diğer davacılar bakımından geçerli değildir. Daha geniş bir ifade ile pay sahibi veya şirket alacaklısı açısından yönetim kayyımının kusurlu davranışlarına ilişkin ispat açısından bilgi ve belgeleri, kısacası delilleri, mahkemeye sunması kolay görünmemektedir. Çünkü çoğunlukla kusurun ispatına yarayacak olan bilgi ve belgeler yönetim kurulunun elinin altında olacaktır. Pay sahibi veya şirket alacaklısı öncelikle, açacağı davada yönetim kayyımının, anonim şirketi zarara uğratmış olduğuna dair bir iddiada bulunacak, sonra bu iddiayı ispata elverişli bir şekilde ortaya koyacak, vakıanın somutlaştırılmasından sonra o vakıa için kimin delil ikame edeceği belirlenecektir. Burada pay sahibi veya şirket alacaklısı genellikle şirket defter ve kayıtlarına dayanacaktır. Mahkemece istenmesi halinde, taraflar, kendilerinin veya karşı tarafın delil olarak dayandıkları ve ellerinde bulunan tüm belgeleri mahkemeye ibraz etmek zorundadırlar (HMK m. 219/I). Ticari defterler gibi devamlı kullanılan belgelerde ise ilgili kısımların örnekleri mahkemeye ibraz edilebilir (HMK m. 219/II). Pay sahibinin veya alacaklının iddiasını ispat açısından, delil olarak gösterdiği bilgi ve belgelerin davalı yönetim kayyımında olduğuna, mahkeme kanaat getirirse ibrazı için kesin süre verecektir (HMK m. 220/I). Yönetim kayyımı belgeyi ibraz etmezse ve ibraz edememesi konusunda kabul edilebilir mazeret gösteremezse mahkeme duruma göre belgenin içeriği konusunda pay sahibinin veya şirket alacaklısının beyanını kabul edebilir (HMK m. 220/III). Şirket zararlarının ispatını yönelik olarak ticari defterlerin delil olması hususu burada önem kazanmaktadır. Bu hususta ticari defterleri düzenleyen TTK m.64-88 arasındaki maddeler (özellikle de m. 83-86 arasındaki düzenlemeler) dikkate alınmalıdır.

V. Yönetim Kayyımının Hukuki Sorumluluğunun Sona Ermesi

A. Zamanaşımı

Yönetim kayyımının hukuki sorumluluğu kapsamında niteliğine uygun düştüğü ölçüde TTK m. 553 vd. hükümlerinin kıyasen uygulanması, kanımızca yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin zamanaşımı hakkındaki hükümlerinin de (TTK m. 560) uygulanmasını gerektirmektedir. Buna göre sorumlu olanlara karşı tazminat isteme hakkı, davacının zararı ve sorumluyu öğrendiği tarihten itibaren iki ve her hâlde zararı doğuran fiilin meydana geldiği günden itibaren beş yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Şu kadar

ki, bu fiil cezayı gerektirip, Türk Ceza Kanununa göre daha uzun dava zamanaşımına tabi bulunuyorsa, tazminat davasına da bu zamanaşımı uygulanır (TTK m. 560).

İki yıllık zamanaşımının başlangıcı, davacının hem zararı hem de sorumluyu öğrenmesinden itibaren başlamaktadır[98]. Öncelikle ifade etmek gerekir ki, davacının, zamanaşımının başlama unsurlarından olan "sorumlunun" öğrenilmesi, zararın öğrenilmesine göre nispeten daha kolaydır. Bu noktada sorumlu, şirketi kusuruyla bir hukuka aykırı eylemiyle zarara uğratan yönetim kayyımıdır.

Yönetim kayyımının hukuki sorumluluğunda uzun zamanaşımı olan beş yıllık zamanaşımına bakıldığında, başlangıç tarihi, zarar veya sorumlu öğrenilmiş olsun veya olmasın zararın meydana geldiği tarihtir[99]. Buna göre kanun koyucu, sorumluların ve zararın öğrenilememesi ve bu sebeple iki yıllık zamanaşımının söz konusu olmaması durumunda, daha uzun bir süre sorumluluk tehdidi altında kalmayı önlemek amacıyla beş yıllık bir azami süre öngörmüştür. Söz konusu süre, zarar verici fiilin meydana geldiği tarihten itibaren başlamakta olup dava, her hâlükârda bu beş yıllık süre içerisinde açılmalıdır. Ancak zararın veya fiilin devam etmesi halinde ise süre, son zarar verici fiilden itibaren işlemeye başlar[100].

B. İbra

Anonim şirkette yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu kaldıran bir diğer temel neden yönetim kurulu üyelerinin, genel kurulda ibra edilmesidir. İbra, anonim şirket tüzel kişiliğine izafeten şirketin genel kurulunun vermiş olduğu olumsuz borç ikrarıdır[101]. Bu sebeple anonim şirketler hukukunda ibra, bir anlaşma değil, bir karar niteliğindedir. İbra, anonim şirketin yönetim kurulu üyesi konusundaki iddialarını ortadan kaldırmakla birlikte sorumluluğun kendisini ortadan kaldırmamaktadır. Zira pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının dava hakları devam etmektedir. Bu noktada sorun, anonim şirketin genel kurulunda yönetim kayyımı konusunda ibra kararı alınıp alınamayacağı ve TTK'daki "ibra"ya ilişkin hükümlerin yönetim kayyımına da uygulanıp uygulanamayacağıdır.

Kanımızca, nasıl ki yönetim kayyımını, "geçici" de olsa yönetim kurulunun yerine koyuyor ve kusurlu bir hareketi sonucu anonim şirketi zarara uğratması durumunda TTK m. 553 vd. hükümlerin uygulanması gerektiğini savunuyorsak aynı şekilde, tıpkı yönetim kurulu üyelerinde olduğu gibi, yönetim kayyımının da sorumluluğunun "ibra"ya ilişkin genel kurul kararıyla kaldırılması mümkündür.

SONUÇ

[98] Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu açısından bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.403.
[99] Çamoğlu, Hukuki sorumluluk, s. 29.
[100] Akdağ Güney, s. 264.
[101] Üçışık/Çelik, s. 564.

"Belli bir malın yönetilmesi ya da belli bir işin yapılması için görevlendirilen kimse" olan kayyım, Türk Medeni Kanunu'nda "kayyımlık" kurumu kapsamında kendi içerisinde üç çeşide ayrılmaktadır. Çalışma konumuz bakımından önem arz eden kayyımlık ve kayyım, Türk Medeni Kanunu'nun 427. maddesinde düzenlenen yönetim kayyımlığı ve yönetim kayyımıdır. Anonim şirketlerde yönetim kayyımlığının nasıl kurulacağı ve yönetim kayyımının nasıl atanacağı konusunda doğrudan bir düzenleme bulunmamakla birlikte gerek doktrinde gerekse de uygulamada haklı olarak kabul gördüğü üzere anonim şirketin iç dinamiklerine ve niteliğine uygun düştüğü ölçüde anonim şirkette kayyımlık tesisinin, TMK m. 427/I-4'ün "bütün tüzel kişileri" kapsayacak şekilde düzenlenmiş olması ve TTK m.1 ve TMK m. 5 uyarınca TMK m. 427/I-4'ün kıyasen uygulanması suretiyle gerçekleşmesi mümkündür. Dolayısıyla gerek anonim şirkette çıkar grupları arasındaki menfaat çatışmalarının önlenmesi amacıyla gerek yönetim organının maddi olarak yokluğu sebebiyle gerekse de şirket içi kilitlenmiş faaliyetlerin çözümlenmesi noktasında vesayet makamınca anonim şirkette geçici hukuki koruma niteliğinde yönetim kayyımlığı kurulması mümkündür.

Kendisine yönetim kayyımlığı tesis edilen anonim şirket ile yönetim kayyımı arasında karşılıklı hak ve borçlar bulunmaktadır. Buna göre kayyım, mahkemenin kendisine yüklediği görev ve yükümlülüklerini ifa ederken anonim şirket de karşılığında kayyıma ücret ödemekle yükümlüdür. Dolayısıyla anonim şirket ile kayyım arasındaki kendine özgü işgörme sözleşmesi, her iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.

Üzerinde kayyımlık tesis edilen anonim şirkette görevlendirilen yönetim kayyımının sorumluluğu ile ilgili her ne kadar başta Türk Medeni Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu olmak üzere ilgili mevzuatta herhangi bir hüküm bulunmasa da yönetim kayyımının adeta bir "yönetim kurulu üyesi" gibi çalıştığı ve kayyımın anonim şirket ile arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinin sözleşmesel ilişki olduğu göz önünde bulundurulduğunda yönetim kayyımının sorumluluğuna da, kayyımlık kurumunun niteliğine uygun düştüğü ölçüde, TTK m. 553 vd. hükümleri uygulanacaktır. Yönetim kayyımının sorumluluğunda, tıpkı yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunda olduğu gibi, bir takım hakim prensipler bulunmaktadır. Buna göre öncelikle özen borcuna aykırı şekilde eylemlerde bulunan ve zarara yol açan yönetim kayyımının sorumluluğunun meydana gelmesi, kusurlu davranışın varlığına bağlıdır. Sorumluluğun sözleşmeye dayanması prensibi gereği, yönetim kayyımı, kusurlu bir şekilde hukuka aykırı hareketi sonucu başta şirket olmak üzere çeşitli çıkar gruplarının menfaatlerine zarar verdiği zaman davacılar, akdi ilişkiye dayanmak suretiyle zararlarını tazmin ettirebileceklerdir. Sorumluluğun kişiselliği prensibi uyarınca da yönetim kayyımının (veya kayyım heyetinin) sorumluluğu, kişisel nitelikte olup yapılan fiil kurul olarak yönetim kayyımı heyetine izafe edilse dahi, kayyım heyeti organ olarak sorumlu tutulamaz. Son olarak farklılaştırılmış teselsül prensibine göre birden çok kayyımın aynı zararı tazminle

yükümlü olmaları hâlinde, bunlardan her biri, kusuruna ve durumun gereklerine göre, zarar şahsen kendisine yükletilebildiği ölçüde, bu zarardan diğerleriyle birlikte müteselsilen sorumlu olur (TTK m. 557) .

Yönetim kayyımının hukuki sorumluluğunun meydana gelebilmesi, hukuka aykırı hareketin, kusurun, zararın ve illiyet bağının varlığına bağlıdır. Hukuka aykırı eylem unsuru kapsamında kanımızca TTK m. 553'deki "yükümlülüğün", "esas sözleşmeden veya kanundan doğan ya da mahkeme tarafından (vesayet veya denetim makamlarınca) verilen" yükümlülük şeklinde yorumlanması yerinde olacaktır. Yönetim kayyımının sorumluluğu kusur sorumluluğudur. Buna göre yönetim kayyımının görevini yerine getirirken sorumlu olabilmesi için, kusurlu davranışıyla menfaat gruplarına zarar vermiş olması gerekir yönetim kayyımı, her kusurdan sorumlu olup kusurun mutlaka ağır kusur düzeyinde olması gerekmez; kusurun derecesi sorumluluğun doğmasını değil, ödenecek tazminatın miktarını etkiler. Her ne sebepten kaynaklanırsa kaynaklansın sorumluluk davalarının vazgeçilmez şartı ortada bir zararın olmasıdır zarar kavramını dar olarak yalnız anonim şirketin malvarlığında meydana gelen azalma (veya malvarlığının artmasının önlenmesi) şeklinde değil de geniş olarak başta şirket olmak üzere çeşitli çıkar gruplarının malvarlıklarının mevcut durumu ile sorumluluğu gerektiren davranışın meydana gelmesinden önceki hali arasındaki fark (veya malvarlıklarının artmasının önlenmesi) şeklinde tanımlamak yerinde olacaktır. Ancak her ne kadar yönetim kayyımın şirkete zarar vermesi şirketi doğrudan doğruya etkilese de söz konusu zarar, aynı zamanda şirket pay sahiplerini ve şirket alacaklılarını da dolaylı şekilde etkilemektedir. Pay sahiplerinin doğrudan zararı ise anonim şirketin malvarlığına değil doğrudan doğruya pay sahiplerinin kendilerine ait olduğu durumlarda meydana gelmektedir . Benzer durum şirket alacaklıları için de söz konusudur Yönetim kayyımının sorumlu tutulabilmesi için hukuka aykırı fiili ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir.

Yönetim kayyımının hukuki sorumluluğu kapsamında yönetim kayyımına tazminat talepleri için öncelikle arabulucuya başvurulması gerekmektedir. Sorumluluk davası kapsamında öncelikli olarak anonim şirket, davacı sıfatını haiz olacaktır. Anonim şirket adına başta pay sahipleri olmak üzere her ilgilinin , vesayet makamına başvurmasıyla birlikte vesayet makamı, yönetim kayyımına karşı dava şartı arabuluculuk ve sorumluluk davası süreçlerinde şirketi temsilen temsil kayyımı atayacaktır. Buna ek olarak, normal şartlar altında dahi yönetim kuruluna sorumluluk davası açılması için genel kurulun toplanması ve bu yönde karar alınması oldukça güç iken geçici süreliğine de olsa yönetim organsız kalan bir şirkette kayyım için sorumluluk davası açılması amacıyla genel kurulun toplanması ve bu yönde karar alması ihtimali oldukça düşük olması sebebiyle yönetim kayyımına, sorumluluk davası açılması noktasında genel kurul kararına ihtiyaç bulunmamaktadır.

Yönetim kayyımının aleyhine sorumluluk davası açılmasına neden olan hukuka aykırı eylem aynı zamanda görevden alınma nedeni de sayılacak nitelikteyse vesayet makamının, söz konusu yönetim kayyımı yerine yeni bir kayyım atamasında yarar bulunmaktadır.

Yönetim kayyımına karşı açılacak sorumluluk davasında davalı, yönetim kayyımıdır. Vesayet makamınca bir kayyım heyeti oluşturulmuşsa kanımızca husumet, gerek yönetim kayyımının sorumluluğuna kıyasen uygulanacak olan farklılaştırılmış teselsül ilkesi (TTK m. 557) uyarınca kayyım heyetinde bulunan her bir kayyıma yöneltilmelidir.

Kayyımın, "geçici" dahi olsa anonim şirketin yönetim kurulu yerine geçtiği ve sorumluluğuna da yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu hükümlerinin kıyasen uygulanacağı göz önünde bulundurulduğunda yönetim kayyımının sorumluluğuna bakacak mahkemenin, TTK m. 561'e göre belirlenmesi gereklidir. Buna göre yönetim kayyımı aleyhinde anonim şirketin merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde dava açılmalıdır.

Yönetim kayyımının hukuki sorumluluğunun sona ermesi noktasında yönetim kayyımının hukuki sorumluluğu kapsamında niteliğine uygun düştüğü ölçüde TTK m. 553 vd. hükümlerinin kıyasen uygulanması, kanımızca yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin zamanaşımı hakkındaki hükümlerinin de (TTK m. 560) yönetim kayyımının hukuki sorumluluğundaki zamanaşımına uygulanmasını gerektirmektedir. Diğer bir sorumluluk sona erdiren neden olan ibra konusunda da tıpkı yönetim kurulu üyelerinde olduğu gibi, yönetim kayyımının da sorumluluğunun "ibra"ya ilişkin genel kurul kararıyla kaldırılması mümkündür.

KAYNAKÇA

Akdağ Güney, N. (2008). Türk hukukunda anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Akıntürk, T. ve Ateş, D. (2016). Türk medeni hukuku aile hukuku. C.II, İstanbul: Beta Basım Yayım.

Altaş, S. (2016). Anonim şirkete TTK ve TMK uyarınca kayyım atanması. Terazi Hukuk Dergisi, C. XI (117), s. 52-57.

Arslanlı, H. (1960). Anonim şirketler II-III anonim şirketin organizasyonu ve tahviller. İstanbul: Fakülteler Matbaası.

Battal, A. (2016). Kayyum denetimindeki anonim şirketin yönetimi. Ticaret ve Fikri Mülkiyet Dergisi, C.II (1), s. 23-30.

Berki, Ş. (1961). Medeni hukuk. Ankara: Yargıçoğlu Matbaası.

Can, M. (2020). Anonim şirketlerde zorunlu organ eksikliğinin sonucu olarak fesih davası (TTK m. 530). İstanbul: Oniki Levha Yayınları.

Çamoğlu, E. (1972). Anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları Yayın No: 98. (Kısaltma: Hukuki sorumluluk)

Çamoğlu, E. (2017). Anonim ortaklığa yönetim kayyımı atanması. İstanbul Barosu Dergisi, C91 (5), 15-29. (Kısaltma: Yönetim kayyımı)

Dural, A. (2005). Anonim ortaklıklarda yönetim kurulunun kilitlenmesi ve hukuki sonuçları. Yayımlanmamış doktora tezi. Galatasaray Üniversitesi, İstanbul.

Dural, M., Öğüz, T. ve Gümüş, M. A. (2012). Türk özel hukuku aile hukuku. C.II, İstanbul: Filiz Kitabevi.

Egger, A. (1955). Medeni kanun şerhi aile hukuku üçüncü kısım vesayet. C. II, Ankara: Yeni Cezaevi Matbaası.

Ejder, Y. (1996). Hukuk sözlüğü. Ankara: Yetkin Yayınları.

Eren, F. (2015). Borçlar hukuku genel hükümler. 19 Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları.

Feyzioğlu, F. (1986). Aile hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi.

Gümüş, M. A. (2006). Türk medeni hukukunda kayyımlık. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Güralp, A. (2005). Anonim şirkette kayyımlık. Yayımlanmamış yüksek lisans tezi. Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir.

Hatemi, H. ve Kalkan Oğuztürk, B. (2016). Aile hukuku. 6. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Helvacı, M. (2001). Anonim ortaklıkta yönetim kurulu üyesinin hukuki sorumluluğu. 2. Baskı. İstanbul: Beta Basım Yayım.

İzmirli, Y. (2001). Anonim şirketlerde yönetim kurulunun organ niteliğini kaybetmesi ve hukuki sonuçları. Ankara: Nobel Yayın Dağıtım.

Karagöz, H. (Ed.), Özcanlı, B. (Ed.), Palanduz, S. (Ed.) Bozkurt, T. (2021). Yönetimsel yetersizlikler neden ile anonim şirketlere TMK m. 427/4 gereğince yönetim kayyımı atanması sorunsalı. Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi. İstanbul. Oniki Levha Yayınları.

Kayar, İ. (2007). İflasın ertelenmesinde kayyımlık. Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, C.II, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 1905-1929.

Kayhan Çetin, Ö. (2011). İflasın ertelenmesi bağlamında kayyımlık. Ankara Adalet Yayınevi.

Kılıçoğlu, A. (2016). Aile hukuku. Ankara: Turhan Kitabevi.

Köprülü, B. ve Kaneti, S. (1985). Aile hukuku. İstanbul: Özdem Kardeşler Matbaası.

Mimaroğlu, S. K. (1967). Anonim şirketlerde idare meclisi azalarının hukuki mesuliyeti. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları.

Oğuzman, M. K. ve Öz, M. T. (2017). Borçlar hukuku genel hükümler. C.II. 13. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Oğuzoğlu, C.(1963). Medeni hukuk aile hukuku. C.II, Ankara: Yeni Desen Matbaası.

Öztan, B. (1970). Medeni hukuk tüzel kişilerinde organ kavramı ve organın fillerinden doğan sorumluluk. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 272.

Pekcanıtez, H., Atalay, O. ve Özekes, M. (2020). Medeni usul hukuku ders kitabı. 8. Baskı. İstanbul: Oniki Levha Yayınları.

Poroy, R., Tekinalp, Ü. ve Çamoğlu, E. (2014). Ortaklıklar hukuku I, 13. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Pulaşlı, H. (2013). Şirketler Hukuku Genel Esaslar. 2. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi.

Soykan, İ. C. (2012). Anonim ortaklıklarda organ yokluğu. İstanbul: Oniki Levha Yayınları.

Sulu, M. (2019). Anonim ortaklıklarda şirket menfaati kavramı. İstanbul: Oniki Levha Yayınları.

Şener, O. H. (2012). Teorik ve uygulamalı ortaklıklar hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık. (Kısaltma: Ortaklıklar hukuku)

Şener, O. H. (2020). Yeni TTK döneminde anonim ve limited ortaklıklara ilişkin verilen yargıtay emsal kararlarının değerlendirilmesi. Ankara: Seçkin Yayıncılık. (Kısaltma: Yeni TTK)

Tekinalp, Ü. (2012). Yeni anonim ve limited ortaklıklar hukuku ile tek kişi ortaklığının esasları. 2. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Türkoğlu, F. (2010). Anonim ortaklıklarda organ boşluğu ve ortaklığa kayyım atanması. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IX (2), s. 127-149.

Uslu, F. (1941). Vesayet, prensipler, doktorin, kazai ictihat / roma hukukunda vesayet, mülga ahkamında vesayet, türk kanunu medenisinde vesayet. İzmir: Anadolu Matbaası.

Üçışık, G. ve Çelik, A. (2013). Anonim ortaklıklar hukuku. C.I, Ankara: Adalet Yayınevi.

Velidedeoğlu, H. V. (1968). Türk medeni hukuku: şahsın hukuku. C.I. 6. Baskı. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Yıldız, Ş. (2017). Sermaye şirketlerine yönetim kayyımı atanmasını gerektiren haller. İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C.II (32), s. 95-106. (Kısaltma: Yönetim kayyımı)

Yıldız, Ş. (2020). Hukuki mütalaalar-4. İstanbul: Oniki Levha Yayınları. (Kısaltma: Hukuki mütalaa)

Yılmaz, S. (2004). Sermaye şirketlerinde (anonim ve limited şirketlerde) geçici hukuki korumalar (ihtiyati tedbirler). İzmir: Güncel Yayınevi.

BAĞIMSIZ ve TARAFSIZ HAKİM İLKESİ KAPSAMINDA HAKİMLERİN SOSYAL MEDYA KULLANIMI

Dr. Öğr. Üyesi, Yağmur TEMİZ GÜL [1]

Özet

Hakimlerin bağımsız ve tarafsız olması, hukuk devletinin olmazsa olmaz bir unsurudur. Uluslararası ve ulusal pek çok kanuni metinde bu ilke koruma altına alınmıştır. Hukukun neredeyse başlangıcından itibaren ideal hakim tanımlamaları yapılmış ve tarafsızlığın önemi kabul edilmiştir. Günümüzde adil yargılanma hakkı kapsamında da bu ilke önemini korumaktadır.

Modern dünyada gelişen teknoloji sayesinde hayatımızın önemli bir parçası haline gelen sosyal medya ve hakimlerin sosyal medya kullanımı, hakimlerin tarafsızlığı tartışmalarını gündeme getirmiştir. Anglo Sakson hukukunda uzun yıllardır süregelen, Türk hukukunda ise daha yeni kabul edilebilecek bu tartışmalar sonucunda hakimlerin sosyal medya kullanımına ilişkin etik ilkeler başlıklı sınırlamalar getirilmiştir.

Hakimlerin bağımsızlığı bir kurumdan ya da kişiden emir ve talimat almamak şeklinde özetlenebilirken hakimlerin tarafsızlığı hakimin baktığı davada tarafların kim olduklarından bağımsız olarak karar verebilmesi anlamına gelmektedir. Hakimin tarafsız olması kadar tarafsız görünüme sahip olması da gerekir. Bu durum hakimler için diğer meslek mensuplarından daha özenli bir sosyal hayata sürdürme yükümlülüğü doğurur. Bu nedenle hakimler için geleneksel etik ilkelere uyma zorunluluğu sosyal medya kullanımında da devam etmelidir.

Hakimlerin sosyal medya arkadaşlıkları, paylaşımları, beğenileri, özellikle önlerine gelebilecek nitelikte toplumsal olaylarla ilgili yorumları tarafsızlıklarına gölge düşürebilir. Ancak hakimlerin tamamen sosyal medya kullanmalarını yasaklamak hem hakimler için bu çağda büyük bir kısıtlama olacak hem de mesleklerinde de işe yarayabilecek pratikleri kazanmalarına da engel olabilecektir. Dolayısıyla hakimlerin sosyal medya kullanımlarını tamamen yasaklamak yerine bazı ortak ilkeler belirlemek pek çok devletin gündemindedir.

Türkiye'deki hakimler içinde 2007 yılından itibaren bağlayıcı hale gelen BM Bangalor Yargı Etiği İlkeleri bu konuda yol gösterici olmakla beraber konuya ilişkin tartışmalar güncelliğini korumaktadır. Çalışmamız 21.04.2022 Tarih ve 31816 Sayılı Resmi Gazete' de yer alan "Türk Yargı Etiği Bildirgesi Kapsamında Sosyal Medya Kullanım Rehberi" ni tartışmayı amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Hukuk Devleti, Sosyal Medya, Bağımsız ve Tarafsız Hakim İlkesi

[1] Ondokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı, yagmurtemiz@windowslive.com, ORCID:0000-0003-0168-3301.

BAĞIMSIZ ve TARAFSIZ HAKİM İLKESİ KAPSAMINDA HAKİMLERİN SOSYAL MEDYA KULLANIMI

Hakimlerin bağımsız ve tarafsız olması, hukuk devletinin olmazsa olmaz bir unsurudur. Uluslararası ve ulusal pek çok kanuni metinde bu ilke koruma altına alınmıştır. Hukukun neredeyse başlangıcından itibaren ideal hakim tanımlamaları yapılmış ve tarafsızlığın önemi kabul edilmiştir. Günümüzde adil yargılanma hakkı kapsamında da bu ilke önemini korumaktadır.

Modern dünyada gelişen teknoloji sayesinde hayatımızın önemli bir parçası haline gelen sosyal medya ve hakimlerin sosyal medya kullanımı, hakimlerin tarafsızlığı tartışmalarını gündeme getirmiştir. Anglo Sakson hukukunda uzun yıllardır süregelen, Türk hukukunda ise daha yeni kabul edilebilecek bu tartışmalar sonucunda hakimlerin sosyal medya kullanımına ilişkin etik ilkeler başlıklı sınırlamalar getirilmiştir.

Hakimlerin bağımsızlığı bir kurumdan ya da kişiden emir ve talimat almamak şeklinde özetlenebilirken hakimlerin tarafsızlığı hakimin baktığı davada tarafların kim olduklarından bağımsız olarak karar verebilmesi anlamına gelmektedir. Hakimin tarafsız olması kadar tarafsız görünüme sahip olması da gerekir. Bu durum hakimler için diğer meslek mensuplarından daha özenli bir sosyal hayata sürdürme yükümlülüğü doğurur. Bu nedenle hakimler için geleneksel etik ilkelere uyma zorunluluğu sosyal medya kullanımında da devam etmelidir.

Hakimlerin sosyal medya arkadaşlıkları, paylaşımları, beğenileri, özellikle önlerine gelebilecek nitelikte toplumsal olaylarla ilgili yorumları tarafsızlıklarına gölge düşürebilir. Ancak hakimlerin tamamen sosyal medya kullanmalarını yasaklamak hem hakimler için bu çağda büyük bir kısıtlama olacak hem de mesleklerinde de işe yarayabilecek pratikleri kazanmalarına da engel olabilecektir. Dolayısıyla hakimlerin sosyal medya kullanımlarını tamamen yasaklamak yerine bazı ortak ilkeler belirlemek pek çok devletin gündemindedir.

Türkiye'deki hakimler içinde 2007 yılından itibaren bağlayıcı hale gelen BM Bangalor Yargı Etiği İlkeleri bu konuda yol gösterici olmakla beraber konuya ilişkin tartışmalar güncelliğini korumaktadır. Çalışmamız 21.04.2022 Tarih ve 31816 Sayılı Resmi Gazete' de yer alan "Türk Yargı Etiği Bildirgesi Kapsamında Sosyal Medya Kullanım Rehberi" ni tartışmayı amaçlamaktadır.

1. Bağımsız ve Tarafsız Hâkim İlkesi

Yargılama sonucunda verilecek kararların; adil ve tarafları tatmin edici nitelikte olması ancak bu kararların bağımsız ve tarafsız hâkimler tarafından verilmesiyle sağlanabilir. Bağımsız olmayan hâkimlerden tarafsız karar vermeleri beklenemez, iki

kavramın bir arada kullanılmasının nedeni budur[2]. Hukuk devletinin bir gereği olarak hâkimlerin özellikle de iktidardan emir almaları engellenmek istenir[3].

Bağımsızlık ve tarafsızlık iç içe geçmiş iki kavram gibi görünse bile tam olarak aynı değillerdir. Bağımsızlık daha soyut ve genel, tarafsızlık ise somut olayda tartışılması gereken bir durumdur[4]. En kısa tanımlamayla bağımsızlık kimseden emir almamak, tarafsızlık ise taraflara karşı eşit mesafede olmak birini diğerinden üstün görmemektir[5].

Hâkimin bağımsız olması, kimseden emir almaması keyfi davranabileceği anlamına gelmez. Hâkim hiçbir kuruma ya da kişiye bağlı olmamakla beraber yalnızca hukuka bağlı olmalıdır[6]. Hakimler pozitif hukuk kuralları, hukukun temel ilkeleri, teamüli hukuk ve vicdani kanaatleriyle bağlıdırlar. CMK m. 217'de bu durum açıkça belirtilmiş hakimlere tanınmış bir ayrıcalık olmadığı vurgulanmıştır. Hakim, duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delilleri vicdani kanaatiyle takdir ederek kararını verebilir[7].

Hukuk devleti ilkesinin sağlanması da ancak bağımsız yargıyla mümkündür. Devlette yer alan tüm organ ve kuruluşların tutum ve davranışlarını değerlendirecek ve hukuka uygun olmayan davranışlara yaptırım uygulayabilecek bağımsız yargıdır. Bağımsız yargı bu nedenle de hukuk devletinin olmazsa olmazıdır. Özgürce karar verme gücü olmayan yargının hukuk devletini korumasını ve yaşatmasını beklemek anlamsızdır[8].

Yargı bağımsızlığına müdahale edilmemesi kadar, müdahale edilme ihtimalinin de ortadan kaldırılması gerekir. Yargı bağımsızlığının gerekliliği en otoriter rejimler tarafından bile inkar edilememiştir. Dolayısıyla demokratik rejimler bu bağımsızlığı kabul eden, koruyan ve güvence altına almak zorunda olan rejimlerdir. Bağımsız yargı, tüm hak ve özgürlükleri koruyacak teminattır[9].

Hâkimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı hem uluslararası hukukta hem de iç hukukumuzda pek çok kanuni düzenlemede yer almıştır. Anayasa m. 9, m. 138 ve devamında, İHEB m. 10'da, AİHS m. 6/1'de ve MvSHİS m. 14/1'de, CMK m. 22 ve devamında, HMK m. 34 ve devamında hâkimlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı güvence altına alınmıştır. Hatta TCK m. 277 ve 278'de hâkim bağımsızlığını etkilemeye teşebbüs dahi cezalandırılmaktadır.

---

[2] Centel, N. Hakimin tarafsızlığı ve güvenceleri, http://nurcentel.com/makaleler/guncelhukuktarafsizlik.pdf adresinden erişildi. (E.T: 29.04.2022), s. 1.
[3] Erdem M. R., Tezcan, D. ve Öztürk, B. (Ed.) (2022). Dijital ceza muhakemesi hukuku, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 124.
[4] Şahin C. ve Göktürk N. (2021) Ceza muhakemesi hukuku -I-. Ankara: Seçkin Yayınları, s. 216.
[5] Erdem, M. R. vd. (2021). Nazari ve uygulamalı ceza muhakemesi hukuku, Ankara: Seçkin Yayınları. s. 136, 137., Şahin C. ve Göktürk N. (2021) Ceza muhakemesi hukuku -I-.s. 216, 221.
[6] Şahin C. ve Göktürk N. (2021) Ceza muhakemesi hukuku -I-. s. 219.
[7] Özen, M. (2004) Hakimin cezai sorumluluğu. Ankara: Seçkin Yayınları, s. 69.
[8] Ünver Y. (1988) Yargı bağımsızlığı açısından hakim ve savcılar yüksek kurulu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, *53*(1-4), s. 154.
[9] Kunter, N. (1989) Muhakeme hukuku dalı olarak ceza muhakemesi hukuku. İstanbul, s. 347.

Hakimlerin bağımsızlığının kanuni düzenlemelerde yer alması, Anayasa ve kanunlarda bu bağımsızlığın var olması, bağımsızlığın sağlanması açısından yeterli değildir. Bu bağımsızlığın sağlanması için teminatlara ihtiyaç vardır[10]. Hakimlerin bağımsızlığının sağlanması için atanma usullerinin nasıl olması gerektiği uzun yıllardır tartışılmaktadır. Devletlerin bu konuda birbirinden farklı uygulamaları vardır. Her devlet kendi toplum yapısına en uygun sistemi bulmalıdır[11].

AİHS m. 6/1' de adil yargılanma hakkı başlıklı maddede; kişilerin bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanmasının, adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak düzenlendiği görülür. AİHM bağımsız bir mahkemenin varlığını değerlendirirken bazı ölçütler kabul etmiştir. Bunlar şu şekildedir: "üyelerin atanma şekli ve görev süreleri, dış baskılara karşı güvencelerin varlığı, organın bağımsızlık görünümü sunup sunmadığı"[12]

Tarafsızlık ise hakimlerin öznel durumlarına ilişkindir. Hakim tarafların kim olduğundan bağımsız olarak dosyada karar verebiliyorsa yani taraflar değişse bile aynı dosyada aynı kararı verecek ise hakimin tarafsız olduğundan bahsedebiliriz. Hakimin tarafsız kalamayacağı kişiler ve durumlar olduğunda ise başka bir hakimin dosyaya bakmasını sağlayacak kurumlar tarafsızlığın teminatıdır. Bu kurumlar hakimin görevden yasaklanması, hakimin reddi ve çekinmesidir[13].

---

[10] Kunter, N. (1989) Muhakeme hukuku dalı olarak ceza muhakemesi hukuku. s. 249.

[11] Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz., ÜNVER, "Yargı Bağımsızlığı Açısından Hakim ve Savcılar Yüksek Kurulu".

[12] *"Bağımsızlık şartı uygunluk özellikle yasal ölçütler temelinde değerlendirilir (Mustafa Tunç ve Fecire Tunç v. Türkiye [BD], § 221). Bir organın "bağımsız" olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini belirlerken, Mahkeme aşağıdaki ölçütleri dikkate almıştır. (Findlay v. Birleşik Krallık, § 73)",* Sözleşme'nin 6. Maddesi Adil yargılanma hakkı (ceza hukuku yönü), https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_TUR.pdf adresinden ulaşıldı. (E.T: 20.04.2022), s. 21, İnceoğlu, S. (2018). Adil Yargılanma Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4, Ankara, s. 81.

[13] Centel, Hakimin Tarafsızlığı ve Güvenceleri, s. 2. *CMK, "Hâkimin davaya bakamayacağı hâller Madde 22 – (1) Hâkim; a) Suçtan kendisi zarar görmüşse, b) Sonradan kalksa bile şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında evlilik, vesayet veya kayyımlık ilişkisi bulunmuşsa, c) Şüpheli, sanık veya mağdurun kan veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyundan biri ise, d) Şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında evlât edinme bağlantısı varsa, e) Şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında üçüncü derece dahil kan hısımlığı varsa, f) Evlilik sona ermiş olsa bile, şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında ikinci derece dahil kayın hısımlığı varsa, g) Aynı davada Cumhuriyet savcılığı, adlî kolluk görevi, şüpheli veya sanık müdafiliği veya mağdur vekilliği yapmışsa, h) Aynı davada tanık veya bilirkişi sıfatıyla dinlenmişse, Hâkimlik görevini yapamaz.", CMK, "Yargılamaya katılamayacak hâkim Madde 23 – (1) Bir karar veya hükme katılan hâkim, yüksek görevli mahkemece bu hükme ilişkin olarak verilecek karar veya hükme katılamaz. (2) Aynı işte soruşturma evresinde görev yapmış bulunan hâkim, kovuşturma evresinde görev yapamaz. (3) Yargılamanın yenilenmesi halinde, önceki yargılamada görev yapan hâkim, aynı işte görev alamaz.", HMK "Yasaklılık sebepleri Madde 34- (1) Hâkim, aşağıdaki hâllerde davaya bakamaz; talep olmasa bile çekinmek zorundadır: a) Kendisine ait olan veya doğrudan doğruya ya da dolayısıyla ilgili olduğu davada. b) Aralarında evlilik bağı kalksa bile eşinin davasında. c) Kendisi veya eşinin altsoy veya üstsoyunun davasında. ç) Kendisi ile arasında evlatlık bağı bulunanın davasında. d) Üçüncü derece de dâhil olmak üzere kan veya kendisini oluşturan evlilik bağı kalksa dahi kayın hısımlığı bulunanların davasında. e) Nişanlısının davasında. f) İki taraftan birinin vekili, vasisi, kayyımı veya yasal danışmanı sıfatıyla hareket ettiği davada", HMK, Ret sebepleri "Madde 36- (1) Hâkimin tarafsızlığından şüpheyi gerektiren önemli bir sebebin bulunması hâlinde, taraflardan biri hâkimi reddedebileceği gibi hâkim de bizzat çekilebilir. Özellikle aşağıdaki hâllerde, hâkimin reddi sebebinin varlığı kabul edilir: a) Davada, iki taraftan birine öğüt vermiş ya da yol göstermiş olması. b) Davada, iki taraftan birine veya üçüncü kişiye kanunen gerekmediği hâlde görüşünü açıklamış olması. c) Davada, tanık veya bilirkişi olarak dinlenmiş veya hâkim ya da hakem sıfatıyla hareket etmiş olması; uyuşmazlıkta arabuluculuk veya uzlaştırmacılık yapmış bulunması.(1) ç) Davanın, dördüncü derece de dâhil yansoy hısımlarına ait olması. d) Dava esnasında, iki taraftan birisi ile davası veya aralarında bir düşmanlık bulunması."*

AİHM; nesnel ve öznel tarafsızlık olarak iki çeşit tarafsızlık halinden bahseder. Nesnel tarafsızlık mahkemenin kurum olarak kişilerde bıraktığı tarafsızlık hissini, öznel tarafsızlık ise mahkeme hâkiminin kişi olarak tarafsız görünümü olarak açıklanır[14].

AİHM kararlarında da vurgulandığı üzere hakimin kişisel olarak tarafsızlığından şüphe duyulmaması yeterli değildir. Mahkemenin objektif olarak taraflı görünmesi dahi yani bu konuda kuşku duyulması tarafsızlığa engeldir. "Adaletin yerine getirilmesi yetmez, aynı zamanda yerine getirildiğinin görülmesi de gerekir."[15] Tarafsızlık hem mahkemenin hem de hakimin sahip olması gereken bir sıfattır. Tarafsızlığın gerçekte var olması kadar varlığının dışardan anlaşılabilir olması gerekir. Mahkemenin ve hakimin tarafsızlığına gölge düşmesi tüm adalet sistemine inancın yitirilmesine neden olur. Tarafsız bir kişinin gözünde tarafsızlığın görülebilir olması gerekir. Hakimin tarafsızlığı; menfaat çatışması olmamasına bağlıdır ayrıca hakimin mahkemedeki davranışları ve mahkeme dışındaki faaliyetleri veya davranışlarıyla değerlendirilir[16]. Bazen menfaat çatışması durumunda dahi hakim karar verirken tarafsızlığını koruyabilir. Bir yakının alacak davasına bakan hakim hiçbir etki altında kalmadan kararını verebilir. Ancak bu durumda dahi hakimin davaya bakması tarafsızlık şüphesi yaratacağından kararın güvenilirliğini tartışmalı hale getirecektir[17].

2802 Hakimler ve Savcılar Kanunu'na göre hakimlerin tarafsızlıklarını ihlal etmeleri halinde hakimlere disiplin cezası uygulanması mümkündür. Ancak somut olarak hangi hallerin tarafsızlığı ihlal olduğu açıkça belirtilmemiştir.

[14] *"103. Mahkeme aşağıdaki hususlar arasında ayrım yapmıştır:*

i. öznel yaklaşım: Yani, belirli bir davadaki belirli bir yargıcın kişisel hükmünü veya çıkarlarını tespit etmeye çalışmak;

ii. nesnel yaklaşım: Bu konuda herhangi bir meşru şüpheyi ortadan kaldırmak için yeterli güvence sağlayıp sağlamadığını belirlemek (Kyprianou v. Kıbrıs[BD], § 118; Piersack v. Belçika, § 30; Grieves v. Birleşik Krallık [BD], § 69; Morice v. Fransa [BD], § 73).

104. Ancak iki görüş arasında su geçirmez bir ayrım yoktur, zira bir yargıcın tutumu, dışarıdan bir gözlemcinin (nesnel test) bakış açısından, tarafsızlık konusunda nesnel olarak şüpheyi ortaya çıkarmayabilir aynı zamanda yargıcın kişisel hükmü konusuna da gidebilir (öznel test). Bu nedenle, bir davanın bir test altında mı yoksa diğerinde mi yoksa her ikisinde birden mi ele alınıp alınmayacağı *itiraz edilen davranışın özel gerçeklerine bağlı olacaktır (Kyprianou v. Kıbrıs [BD], §§ 119 ve 121)."*, Sözleşme'nin 6. Maddesi Adil yargılanma hakkı (ceza hukuku yönü), s. 24., "Normal olarak tarafsızlık, önyargı yokluğu veya taraf tutmama olarak tanımlanır ve değişik şekillerde taktir edilmektedir. Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarına göre, 6 § 1 maddesi anlamında tarafsızlık ilk olarak subjektif yönteme göre değerlendirilmektedir; buna göre, hakimin kişisel kanaati ve davranışı dikkate alınmaktadır, yani belirli bir durumda hakimin kişisel önyargısının ve taraf tutma durumunun olup olmaması noktasına bakılmaktadır. İkinci olarak hakimin tarafsızlığı objektif yönteme göre taktir edilir ; burada mahkemenin, özellikle heyetin oluşumundan dolayı, tarafsızlığı ile ilgili her türlü meşru şüpheyi ortadan kaldırmak için yeterli güvenceleri verip vermediğini belirlemek gerekmektedir (bkz., birçok karar arasından, *Fey/Avusturya*, 24 Şubat 1993, §§ 27, 28 ve 30, seri A no 255-A, ve *Wettstein/İsviçre*, no 33958/96, § 42, CEDH 2000-XII), https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22tabview%22:[%22document%22],%22itemid%22:[%22001-116465%22]} adresinden erişildi. (E.T: 13.05.2022)

[15] Centel, Hakimin tarafsızlığı ve güvenceleri, s. 4.

[16] Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Ofisi, (2020), Bangalor yargı etiği ilkelerinin yorumu (Yargıtay Yargı Reformu Birimi, Saldırım M, Eriş N., Batur F., çev.) Ankara, s. 57.

[17] Akın, İ. ve Akın, T. (2014).Yargı etiği, Ankara: Ankara Barosu Yayınları, s. 141.

Hakimler de insani duygular ve düşünceler taşımakla beraber mesleklerini icra ederken tüm kişisel tutum ve davranışlarından sıyrılmalı bağımsız ve tarafsızlık konusunda yüksek hassasiyet göstermelidirler[18].

Yüzyıllardır süre gelen hakimin bağımsız ve tarafsız olması gerektiğine ilişkin tartışmalar günümüz dünya düzeninde, teknolojik gelişmelerle birlikte farklı bir boyuta taşınmıştır. Yeni dünya düzeninde artık hakimin bağımsız ve tarafsızlığının sağlanması için yukarıda bahsi geçen temel metinler yeterli olmamaktadır. Bu sebeple gün geçtikçe ilkenin korunması için yeni kanuni düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır. Adil yargılanma hakkı kapsamında da değerlendirilen bu ilke, devletlerin her daim gündeminde kalmaya devam edecektir.

2. Uluslararası Yargı Etiği Standartları

Pek çok meslek grubu için günümüzde oluşturulmaya çalışan etik ilkelere belki de en çok ihtiyaç duyulan alan yargıdır. Yargılama faaliyetlerinde rol alan kişiler, özellikle de karar mekanizmasında bulunan hakimler etik ilkelere bağlı olmak zorundadır. Toplumun en temel ihtiyaçlarından biri olan adaletin, sürece katılan tüm taraflar ve toplum bakımından güven duyulan ve saygın bir konumu olması buna bağlıdır. Anglo Sakson ve Kara Avrupası hukukunda uzunca bir süredir tartışılan ve uygulamaya koyulan etik ilkeler, artık neredeyse tüm çağdaş hukuk sistemine dahil devletler, tarafından kabul görmeye başlamıştır.

Yargı etiği oluşturulmasında etkin rol alan iki kurum; Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyidir. Çağdaş yargı sisteminin oluşturulmasında ve geliştirilmesinde önemli olan pek çok belge hem Avrupa özelinde hem de uluslararası boyutta güvenilir bir yargı sistemi oluşturulmasında etkilidir[19].

Avrupa Konseyi'nin konuya ilişkin pek çok kararı bulunmakla birlikte temel kabul edilebilecek üç belgesi mevcuttur. Bu önemli metinlerden ilki*: "Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin hâkimlerin bağımsızlığı, etkinliği ve sorumlulukları hakkında üye devletlere yönelik CM/Rec(2010)12 sayılı Tavsiye Kararı"* dır. Karar "VIII. Bölüm – Hâkimler için etik bağlığında şu hususları içerir[20].

"72. Hâkimler, faaliyetlerini meslek etiği ilkeleri rehberliğinde gerçekleştirmelidir. Söz konusu ilkeler, disiplin tedbirlerinin uygulanabileceği görevleri içerdiği gibi aynı zamanda hâkimlere

73. Söz konusu ilkeler, kamuoyunun hâkimlere ve yargıya güven duymasını sağlaması gereken yargı etiği belgelerinde yer almalıdır. Bu tür belgelerin oluşturulması sürecine hâkimler öncülük etmelidir.

---

[18] Yüksel S. (2012) Türk anayasa hukukunda hakimlerin bağımsızlığına genel bir bakış. İÜHFM C. LXX, S. 2, 71-98., s. 78.

[19] Yargı etiğiyle ilgili Avrupa standartları ve uygulamaları Türkiye'de yargı etiğinin güçlendirilmesi projesi, https://rm.coe.int/16806ca006 adresinden erişildi. (E.T: 08.06.2022)s. 3,

[20] Yargı etiğiyle ilgili Avrupa standartları ve uygulamaları Türkiye'de yargı etiğinin güçlendirilmesi projesi, s. 3, 4.

74. Hâkimler, yargı bünyesindeki bir organdan, etik ilkeleri konusunda tavsiye isteyebilmelidir." ne şekilde davranacakları konusunda da rehberlik eder."

"Avrupa Hâkimleri Danışma Konseyinin (CCJE)" başta etik, uygunsuz davranışlar ve tarafsızlık olmak üzere Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin açıkladığı 3 sayılı Görüş hakimlerin davranış kurallarına ilişkin şu önerileri içermektedir[21]:

i) "Her bir hâkim, hem kurumsal hem de bireysel düzeyde yargı bağımsızlığını korumak için elinden gelen her şeyi yapmalıdır,

ii) Görev başında ve özel yaşamında doğruluk çerçevesinde davranmalıdır,

iii) Her zaman tarafsız olan ve tarafsız görünen bir yaklaşım benimsemelidir,

iv) Görevlerini yerine getirirken ayrımcılıktan, gerçek ya da görüntüden ibaret olan önyargılardan veya tarafsızlığını bozan etkenlerden kaçınmalıdır,

v) Karar verirken ilgili tüm kanunların uygulanmasına ilişkin tüm somut unsurları gözden geçirmeli, somut olmayan (esassız) unsurları göz önünde bulundurmamalıdır, vi) Yargılamalara dâhil olan ya da yargılamalardan etkilenen tüm kişilere yeterince anlayış göstermelidir,

vi) Görevlerini yerine getirirken tarafların eşitliğini dikkate almalıdır, önyargı ve ayrımcılıktan kaçınmalı, taraflar arasında denge sağlamalı ve her bir tarafın adil yargılanmasını sağlamalıdır,

vii) Medyayla olan ilişkilerinde ihtiyatlı olmalı, bu tür ilişkilerinin kişisel istismarından ve baktığı davalara yönelik kanıtlanmamış her tür yorumdan kaçınarak bağımsızlığını ve tarafsızlığını korumalıdır,

viii) Yüksek mesleki yeterlilik düzeyine ulaşmalı ve bunu idame ettirmelidir,

ix) Yüksek mesleki farkındalık sahibi olmalı, kararlarını makul bir süre içerisinde verme şartına uymak için gerekli özeni gösterme yükümlülüğüne tabi olmalıdır,

x) Çalışma saatinin çoğunu, yargı ile ilgili aktiviteler dâhil olmak üzere, yargı işlevlerine adamalıdır,

xi) Bağımsızlığını tehlikeye atabilecek ve tarafsızlık imajını zedeleyebilecek her tür siyasi faaliyetten kaçınmalıdır."

Hâkimlerin Magna Carta'sı – Temel İlkeler, Kasım 2010; "Etik ve Sorumluluk" başlığında altında şu noktalara yer vermiştir[22]:

"18. Hâkimlerin eylemlerine, disiplin kurallarından ayrı olan deontolojik ilkeler rehberlik eder. Bunlar hâkimlerin doğrudan kendileri tarafından hazırlanmalı ve eğitimlerine dâhil edilmelidir. 19. Her bir devlette hâkimler için geçerli olan kanun veya temel bildirge, disiplin usulünü ve disiplin cezalarına yol açabilecek davranışları belirlemelidir.

[21] Yargı etiğiyle ilgili Avrupa standartları ve uygulamaları Türkiye'de yargı etiğinin güçlendirilmesi projesi, s. 4, 5.
[22] Yargı etiğiyle ilgili Avrupa standartları ve uygulamaları Türkiye'de yargı etiğinin güçlendirilmesi projesi, s. 6.

20. Hâkimler, yargı görevleri dışında işledikleri suçlardan olağan hukuk kapsamında cezai açıdan sorumludurlar. Hâkimlere, görevlerinin uygulanması esnasındaki kasıtsız hatalardan dolayı cezai sorumluluk yüklenmez.

21. Yargı hatalarına ilişkin kanun yolu, uygun bir temyiz sistemine dayanmalıdır. Adaletin idaresindeki diğer kusurlara ilişkin her türlü kanun yolu yalnızca devlete karşı uygulanır.

22. Ağır kusur halleri hariç olmak üzere bir hâkimin, yargı görevlerinin icrasına ilişkin iddialarla ilişkili olarak devletin tazmini şeklinde dahi olsa herhangi bir şahsi sorumluluğa tâbi tutulması uygun değildir."

Avrupa Konseyi'ne üye olan ülkelerin pek çoğunda benzer nitelikte ulusal metinler mevcuttur. Fransa "Yargıda Etik Yükümlülüklere İlişkin Derleme" Fransız Parlamentosunda kabul edilmiştir. Şu şekilde ifadelere yer vermiştir: *"Bu ana değerlerin üzerinde ve ötesinde, yargı için bir etik dizisi oluşturmanın amacı, dengeli bir toplum için elzem olduğu kadar icrası da hassas olan bir vazifenin yerine getirilmesine yönelik referanslar belirlemektir. Yargı mensuplarının mesleki davranışları, kendi takdirlerine bırakılamaz. Yasa ile belirlenir ve görevlerinin bu belgede belirtilen etik gerekliliklerivle uyumlu olmalıdır."*[23]

Portekiz'de ise "Portekizli Hâkimlerin Etik Yemini: Kalite ve Sorumluluk İlkeleri" başlığında etik ilkeler yayımlanmıştır[24]. *"Neredeyse her şeyin kısa ömürlü ve kriz halinde olduğu bir dönemde Portekizli hâkimler, hâkimlik etiğinin barındırdığı değerleri en değerli mülkleri, en güvenli yatırımları ve en iyi itibar kaynakları olarak kabul etmektedir... ...Bu vesileyle Portekizli hâkimler, vatandaşların haklarını, özgürlüklerini ve temel teminatlarını ve de Adaletin idaresindeki menfaatini temin etmeye yönelik olarak, bu Etik Yemininde özetlenen değer ve ilkelerin koruyuculuğunu da kabul etmek istemektedirler."*

2003/43 Sayı Birleşmiş Milletler Bangalor Yargı Etiği İlkeleri uzun ön hazırlıklar sonucu ortaya çıkmış ve bugün hala konuyla ilgili en önemli kaynaklardan biri olarak varlığını korumaktadır. Bu ilkeler hakimlerle ilgili ortak bir etik oluşturmayı amaçlamaktadır. İlkeler şu şekildedir: "Bağımsızlık, tarafsızlık, dürüstlük, mesleğe yaraşırlık, eşitlik, ehliyet ve özen." Türkiye'deki hakimler içinde 2007 yılından itibaren bağlayıcı hale gelen BM Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığını ilkelerinde şöyle açıklamıştır[25]: *"Yargı bağımsızlığı, hukukun üstünlüğünün ön koşulu ve adil yargılanmanın temel garantisidir. Bu nedenle hâkim, hem bireysel hem de kurumsal yönleriyle yargı bağımsızlığını korumalı ve bu konuda örnek teşkil etmelidir.*

[23] Yargı etiğiyle ilgili Avrupa standartları ve uygulamaları Türkiye'de yargı etiğinin güçlendirilmesi projesi, s. 19, 20.
[24] Yargı etiğiyle ilgili Avrupa standartları ve uygulamaları Türkiye'de yargı etiğinin güçlendirilmesi projesi, s. 20.
[25] Hakim Savcılar Kurulu, BM Bangalor yargı etiği ilkeleri. https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/4a92e0cc-e94b-4912-aaf9-5dfc5b885e98.pdf adresinden erişildi. (E.T: 07.05.2022)

Tarafsızlık, yargı görevinin doğru bir şekilde yerine getirilmesine esas teşkil eder. Bu ilke sadece kararlar için değil, kararların oluşturulduğu süreç açısından da geçerlidir."

3. Hakimlerin Sosyal Medya Kullanımı

Sosyal medya ile ilgili pek çok tanım yapılmakla beraber sade bir tanımlamayla şöyle ifade edilebilir. Öncelikle kişinin tercihine bağlı olarak herkese açık veya belirli bir çevreyle sınırlı bir şekilde yarı açık bir profille, kişilerin yaptıkları görsel veya düşünsel paylaşımları sundukları, oluşturdukları arkadaş listesinde bulunanların paylaşımlarını ve bağlantılı oldukları kişileri görebildikleri bir sanal ortamdır[26].

Hollandalı Hâkimler Birliği (NVvR) – Yargı Etiği Kılavuzu m. 2.5.4' te "Hâkim, sosyal medyayı kullanırken suskun davranır ve bunların kullanımının istenmeyen bağlantılara neden olabileceğinin farkındadır."[27]

Ukrayna Hakimler Kurulu tarafından kabul edilen Yargı Etiği Kodu m. 20'de şöyle bir düzenleme mevcuttur. *"Hâkimin sosyal medya hesabına sahip olması, internet forumlarını ve diğer çevrimiçi iletişim şekillerini kullanması kabul edilebilir bir durumdur, fakat hâkim, yalnızca hâkimin ve yargının otoritesine zarar vermeyen bilgilere ilişkin yorum yapabilir ya da bunlar konusunda paylaşımda bulunabilir."*[28]

Türkiye'de konuya ilişkin düzenlemeler şu şekilde olmuştur: 8 Aralık 2017'de kabul edilen Yargıtay Yargı Etiği İlkeleri'nde[29] "Hakim, sosyal medya kullanırken öz denetim yapmak suretiyle siyasi, etnik, mezhepçi, cinsiyetçi ve benzeri paylaşım yapmaz." Şeklinde sosyal medya kullanımına ilişkin bir düzenleme yapılmıştır. 19 Ekim 2017' de yayımlanan Yargıtay Cumhuriyet Savcıları Etik Davranış İlkeleri'nde[30] de benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. "Sosyal medya kullanımı sırasında mesleğin onurunu, bağımsızlığını ve tarafsızlığını koruyacak şekilde davranırlar."

21 Nisan 2022 Tarihli 31816 Sayılı Resmi Gazete' de yayımlanan Hakimler ve Savcılar Kurulu Genel Kurulu Kararı ile "Türk Yargı Etiği Bildirgesi Kapsamında Sosyal Medya Kullanım Rehberi" tüm hakim ve savcılar için sosyal medya kullanımı konusunda kapsamlı bir düzenleme getirmiştir. Bu rehber konuyla ilgili ülkemizdeki ilk detaylı düzenlemedir. Sosyal medya kullanım rehberinde böyle bir rehbere neden ihtiyaç duyulduğu şu şekilde açıklanmıştır:

"Modern dijital çağ yeni bir iletişim mecrası olarak sosyal medyayı ve diğer internet ağlarını ortaya çıkarmıştır. Bu hal, yargı sistemi de dâhil olmak üzere meslek etiğine ilişkin yeni bir durumun ortaya çıkmasına yol açmıştır. Bu durumun sonucu

[26] Boyd, D. ve Ellison, J., (2008), Social network sites: Definition, history and scholarship, Journal of Computer-Mediated Communication, 13, 210–230, s. 211.

[27] Hakimler ve Savcılar Kurulu (2020), Uluslararası hukukta etik kodlar, https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/Uluslararasi_Hukukta_Etik_Kodlar.pdf adresinden erişildi. (E.T: 17.05.2022), s. 56.

[28] Uluslararası hukukta etik kodlar, s. 118.

[29] Yargıtay, https://www.yargitay.gov.tr/documents/YargiEtigiIlkeleri.pdf, adresinden erişildi. (E.T: 18.05.2022)

[30] Yargıtay, https://www.yargitay.gov.tr/documents/YargitayCumhuriyetSavcilariEtikDavranisIlkeleri.pdf, adresinden erişildi. (E.T: 18.05.2022)

olarak, hem uluslararası hem ulusal planda yargıya ilişkin müstakil etik ilkeler yanında özel olarak hâkim ve savcıların sosyal medya kullanımına ilişkin daha ayrıntılı etik rehberler geliştirilmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Hâkim ve savcıların ifade özgürlüğü gerek ulusal gerekse uluslararası düzeyde güvence altındadır. Hâkim ve savcılar, mesleki sınırlamalar ile Türk Yargı Etiği Bildirgesi çerçevesinde ifade özgürlüğünden yararlanırlar. Sosyal ağlara üye olmak özel hayat ve ifade özgürlüğü alanına giriyor olsa da, bunların kullanımı ihtiyatlı olmayı, kullanım ve işleyiş koşulları hakkında iyi bilgilenmeyi gerektirmektedir. Bu durum, yargıyı ilgilendiren konularda görüş, düşünce ve mesleki deneyim paylaşımını amaçlayan hâkim ve savcılara özgü mesleki tartışma forumları için de geçerli olabilmektedir. Sosyal medya ve ağlarda aktif olmasalar dahi, hâkim ve savcıların; kararlarının, ifadelerinin veya davranışlarının dijital dünyada amacından saptırılarak yayılması riski karşısında sosyal medya ve ağ kullanımlarında daha dikkatli ve özenli davranmaları gerekmektedir. 14.03.2019 tarih ve 30714 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Türk Yargı Etiği Bildirgesi, bağımsız ve tarafsız bir yargıya olan güvenin tesisine ve korunmasına rehberlik edecek bağlayıcı etik değer ve ilkeleri belirlemiş bulunmaktadır. Hâkim ve savcılar için sosyal medya kullanım rehberinde geliştirilen etik davranış kuralları, hâkim ve savcıların ifade özgürlüğü ile yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkeleri arasındaki dengeyi muhafaza etmeyi hedeflemiştir. Bu rehber; Türk Yargı Etiği Bildirgesi'nin 'İfade özgürlüğü kapsamında yazılı, görsel, işitsel ya da sosyal medyada düşüncelerini açıklarken veya paylaşımlarda bulunurken, mesleğin gerektirdiği etik ilkelere uygun hareket ederler'' şeklindeki ilkesi çerçevesinde, sosyal medya ve ağları kullanırken yaşanabilecek tereddütleri gidermek ve hâkim ve savcılara yol göstermek üzere hazırlanmıştır."[31]

Bu bildiriye göre öncelikli olarak Türkiye' de hakimlerin sosyal medya kullanımı yasaklanmış değildir. Ancak sosyal medya platformlarına üyeliklerde profillerinin mesleklerinin saygınlığına zarar vermeyecek şekilde oluşturulması gerekir. Gerçek isimlerini kullanabilir, mesleklerini ve çalıştıkları yerleri de belirtebilirler ancak farklı isimlerle oluşturdukları hesapları varsa dahi bu hesaplarda da bu bildirgeye uygun davranmaları gerekir. Kullandıkları sosyal medya platformunda bağımsızlık, tarafsızlık ve mesleğe uygun olmayan bir görüntü oluşursa üyeliklerini sonlandırmaları beklenir. Sosyal medya arkadaşlık seçimlerinde dikkatli ve özenli olmalı meslektaşları, avukatlar, bilirkişiler ve özel hayatlarında yer alan arkadaşlarıyla iletişimlerinin tarafsızlıkları üzerinde etkili olabileceği izlenimi vermemelidirler. Bu arkadaşlıklardan herhangi birisi bakmakta oldukları davanın tarafı, vekili, bilirkişisi, tarafı, arabulucusu ya da uzlaştırmacısı ise arkadaşlık ilişkisini sonlandırmaları gerekir.

[31] Hakim ve Savcılar Kurulu (2022), Türk yargı etiği bildirgesi kapsamında sosyal medya kullanım rehberi, https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/080320221533turk-yargi-etigi-bildirgesi-kapsaminda-sosyal-medya-kullanim-rehberipdf.pdf adresinden erişildi. (E.T: 12.06.2022)

Sosyal medya aslında temel gereksinimlerden biri olan sosyal çevre ihtiyacımızı geliştirme ihtiyacı, kendi hayatımızı sunma arzusu ve başkalarının hayatına duyduğumuz merakla ilgili olarak sürekli büyüyen bir sanal oluşumdur. Geleneksel sosyal çevrenin yerini almaya başlamasında teknolojik gelişmeler ve sosyolojik değişimlerin etkisi olduğu açıktır[32].

Yüz yüze arkadaşlıkların yerini almaya başlayan sanal arkadaşlıklar içerisinde pek çok risk barındırır. Sosyal medya üzerinde kurulan iletişim paylaşılan fotoğraf ve videoların ya da yapılan yazışmaların mahremiyetini korumak çok daha zordur. İnternet ortamında paylaşılan her şeyin sonsuza kadar silinmeden kalma ihtimali vardır. Bu nedenle paylaşılan herhangi bir şeyin yıllar sonra silinse bile yeniden ortaya çıkması ihtimali korkutucudur. Bu nedenle sosyal medya kullanırken çok dikkatli ve özenli olunmalıdır[33].

Hakimlerin sosyal medyada paylaştıkları fotoğraflarda mesleğin onuruna ve saygınlığına yakışır olması gerekir. Bir Cumhuriyet savcısının sosyal medyada iki elinde silahla çekilmiş bir fotoğrafının altına yaptığı *"yeni oyuncaklarım. Bunlara mermi almam için zam şart"* yorumuyla ilgili olarak yapılan soruşturmada, Cumhuriyet savcısına, Hakimler ve Savcılar Kurulu tarafından uyarma cezası verilmiştir[34].

Türkiye'de 2019 yılında bir ceza hakiminin bizzat dosyasına bakmadığı ancak bulunduğu adliyede başka bir mahkeme salonunda duruşmaya katılan ünlü bir oyuncuyla duruşma salonunda ve üzerinde cübbesiyle çekindiği bir fotoğrafı sosyal medyada paylaşması sonucu hakime soruşturma başlatılması gündem yaratmıştı. Hukukçular tarafından da tartışılan olayda hakimin yargı etiği bildirisi kapsamında tarafsızlığına gölge düşürebilecek bir durum olduğu yorumları yapılmıştı[35].

Yine bir Cumhuriyet savcısının bir sosyal medya uygulamasında paylaştığı spor yaparken ve şarkı söylerken çekinmiş videoları paylaşması üzerine yapılan soruşturmada

[32] Kara, T. (2013) Sosyal medya endüstrisi, İstanbul: Beta Yayınları. s. 53.

[33] Amerikan Barolar Birliği 462 Sayılı Kararı, Judge's use of electronic social networking media, https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/professional_responsibility/formal_opinion_462.pdf adresinden erişildi. s. 2, (E.T: 15.06.2022)

[34]" ..... Cumhuriyet Savcısı .....'e isnat olunan eyleme ilişkin soruşturma dosyasının incelenmesi sonucunda; dosya içindeki tüm bilgi ve belgeler birlikte değerlendirildiğinde; ilgilinin bilgisayarına uzaktan erişim ile e- posta adresinin şifresinin ele geçirilip paylaşımın yapıldığı sosyal medya hesabının başkaları tarafından ele geçirilerek kullanıldığını savunmasına rağmen, soruşturma aşamasında düzenlenen ..... tarihli bilirkişi raporunda sosyal medya hesabındaki resmin ilgiliye ait olduğunun, "....." isimli kullanıcının, paylaşılan resme yapılan yorumlara verdiği cevapların içeriğinden bu hesabı ilgilinin kullandığının değerlendirildiğinin bildirilmesi karşısında, eylem tarihinde Cumhuriyet savcısı olan ilgilinin iki elinde silahla çektirmiş olduğu fotoğrafı sosyal paylaşım sitesi ..... da "....." kullanıcı adıyla paylaşıp, paylaşmış olduğu fotoğraf için "yeni oyuncaklarım. Bunlara mermi almam için zam şart" yorumunu yaptığı anlaşılmıştır… Yukarıda açıklanan nedenlerle, ilgilinin sübut bulan eylemine uyan 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 63'üncü maddesinin 2'nci fıkrasının (e) bendi gereğince "Uyarma" cezası ile cezalandırılmasına… karar verilmiştir", Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu İkinci Daire Kararı, https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/8e47342a-64c1-48a5-82eb-3c07da4e9256.pdf adresinden erişildi. (E.T: 12.06.2022)

[35] Konuya ilişkin haber için bkz, https://legalbplan.com/4463-2/ adresinden erişildi. (E.T: 12.06.2022)

geçici süreyle görevden uzaklaştırma kararı verilmesi üzerine, ilgili Cumhuriyet savcısı istifa etmiştir[36].

Hakimlerin sosyal medya kullanırken yaptıkları beğeni ve yorumlar tarafsızlıklarına gölge düşürmeye neden olacak şekilde algılanabilir mi tabi ki her somut olayda yeniden tartışılması gereken bir durumdur[37].

Hakimlerin baktıkları davalarla ilgili sosyal medyada yorum yapması ve açıklamada bulunması ya da blog yazması elbette ki yargılamaya gölge düşmesine sebep olabilir[38].

Hakimlerin sosyal medya platformlarını kullanmalarının tamamen yasaklanması düşünülmemelidir ancak sosyal medya kullanımının belli koşullara bağlanması sağlanabilir. Hakimlerin sosyal medya kullanırken yargıya güveni sarsmaması için bazı etik ilkeler kabul edilebilir. Devletler, uluslararası etik ilkelerini temel alarak kendi yerel yargı etik ilkelerini kabul etmektedir[39]. Hatta New York ve Kolombiya Baroları avukatların da sosyal medya kullanımına ilişkin etik kurallar belirlemiştir[40].

Hakimlerin sosyal medya kullanmaları bazı etik tartışmaları gündeme getirmektedir. Hakimlerin sosyal medyayı yanlış kullanmaları toplumda yargının bağımsızlığına zarar verebilir. Hakimlerin sosyal hayatlarındaki arkadaşlıklardan daha fazla etkili olabilecek sosyal medya arkadaşlıkları geleneksel iletişim yöntemlerinden farklı sonuçlar ortaya çıkarabilir. Burada tartışılması gereken başka bir başlık da sosyal medya arkadaşlıklarını gerçek bir arkadaşlık olarak kabul edip edemeyeceğimiz

[36] Konuya ilişkin haber için bkz, https://www.milliyet.com.tr/gundem/hakim-ve-savcilara-sosyal-medya-kriteri-aile-paylasimlari-sizleri-de-baglar-6720323 adresinden erişildi. (E.T: 12.06.2022)

[37] Kaya, M. B. (2019). Hukuk ve etiğin ışığında hakimlerin sosyal medya kullanımı. https://www.mbkaya.com/hukuk/hakimlerin-sosyal-medya-kullanimi-etik-hukuk.pdf adresinden ulaşıldı. (E.T: 18.05.2022)

[38] *"..... Cumhuriyet Savcısı ..... hakkında yapılan soruşturma; Hizmet içinde ve dışında, resmi sıfatının gerektirdiği saygınlık ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunduğu, Bu cümleden olarak; Müşteki .....'in ..... günü 2 adet ineğinin kaybolmasına ilişkin müracaatına ilişkin ..... tarih ve ..... sor - ..... sayılı karar ile "Müştekinin ineklerinin hırsızlandığı yönünde herhangi bir delile ulaşılamadığı, müştekinin ineklerinin eğitimli ve sorumluluk sahibi olduklarına dair bir kanıt da sunmadığı, ineklerin olay günü ev yerine başka bir yere gitmek isteyerek gitmelerinin önünde yasal engel de bulunmadığı anlaşılmakla" Şeklindeki gerekçe ile kovuşturmaya yer olmadığına dair karar vererek, kararın Cumhuriyet Başsavcısı tarafından UYAP sisteminde onaylanmasından önce whatsapp adlı mesajlaşma programında paylaşıp birden fazla grupta yayılmasına sebebiyet verdiği, Konusundan ibarettir. n 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 63'üncü maddesinin ikinci fıkrasının (f) bendi gereğince uyarma cezası ile cezalandırılmasına, ilgilinin geçmiş çalışmaları ve olumlu sicili dikkate alınarak ve şartları oluştuğundan hakkında 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununun 70'inci maddesinin ikinci fıkrası tatbik edilerek bir derece hafif olan ceza verilmek suretiyle verilen cezanın ortadan kaldırılmasına….karar verilmiştir."* Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu İkinci Daire Kararı, https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/9ebe9810-7b53-455a-849d-fed4b2dd06e7.pdf adresinden erişildi. (E.T: 12.06.2022)

[39] Janoski-Haehlen, E. M. (2011) The courts are all a 'twitter': the ımplications of social media use in the courts, Valparaiso University Law Review, 46/1, 43-68, s. 67, 68.

[40] https://www.nycla.org/siteFiles/Publications/Publications1748_0.pdf adresinden erişildi. (E.T: 18.05.2022), https://www.dcbar.org/for-lawyers/legal-ethics/ethics-opinions-210-present/ethics-opinion-370 adresinden erişildi. (E.T: 18.05.2022).

sorunudur. Dijital çağda ilişkilerin değiştiğini kabul etmek ve hakimler için sosyal medya kullanımını tamamen yasaklamanın sorunu çözüp çözmeyeceğini iyi tartışmak gerekir[41].

Günümüz teknolojik gelişmelerinin sosyal hayatımıza etkisi yadsınamaz. Sosyal medyanın gücü ve etkisini de düşündüğümüzde hakimlerden tamamen sosyal medyadan uzak durmalarını beklemek fazla ağır bir yaptırım olacaktır. Hakimlerin baktıkları davalarla ilgili olarak sadece sosyal medya arkadaşlıklarını incelemek tek başına yeterli bir bağlantı kabul edilemez. Hakime sosyal medya arkadaşlıklarıyla ilgili araştırma yapma yükümlülüğü yüklemek bu tür arkadaşlıkların doğasına çok uygun değildir. Basit bir istek ve kabul etmeyle kurulabilen arkadaşlık bağlantısını geleneksel arkadaşlık bağıyla bir tutmak mümkün değildir. Ancak unutulmaması gereken önemli bir husus geleneksel etik kuralların sosyal medya arkadaşlıkları içinde geçerli olduğudur[42]. Florida ve Kentucky Yüksek Mahkemeleri bir avukatla hakimin Facebook arkadaşlığının başka şüphe uyandıracak olgular olmadan yani salt arkadaş olmalarının tarafsızlığa gölge düşürmeyeceği yönünde kararlar vermiştir[43]. Ancak yine de hakimin ve avukatın sosyal medya arkadaşlığı, dışarıdan bakıldığında avukatın hakimi etkileme ihtimalini düşündürmesi bakımından eleştirilmektedir[44].

Sosyal medyanın hakimlerle ilişkisinin bir diğer tartışılması gereken yönü de özellikle medyaya yansımış davalarla ilgili olarak sosyal medyada yer alan yorumların hakimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığını etkileme tehdididir[45].

Hakimin baktığı dava kamuoyunun gündeminde ve popüler bir dava olabilir. Hatta halkın yürüyüş ve protestolarına yol açmış, medyada yoğun ilgi gösterilen bir konuya ilişkin olabilir. Bu durumda dahi hakim bağımsız olduğunu unutmamalı eleştirilerden çekinmeden yani tarafsızlığını yitirmeden karar vermelidir. Yargı bağımsızlığı dışardan gelebilecek her türlü etkiden uzak kalabilmeyi gerektirir. Gerçekten bazı davalarda dışarıdan yani davanın tarafları ve avukatları dışındaki kişilerden davaya müdahale edilmek istenebilir. Siyasi kişiler, resmi görevliler, gazeteciler veya tüm kamu davayı etkilemeye çalışabilir. Bu durumlarda hakim tüm bu girişimlere karşı durmalıdır[46]. Aynı zamanda hakim yakın zamanda önüne gelme ihtimali bulunan bir olayla ilgili de sosyal medya da yorum ve paylaşım yapmaktan kaçınması gereklidir[47].

[41] Browning, J. G., (2014), Why can't we be friends? judges' use of social media, University of Miami Law Review, Symposium: Social Media and the Law, 68/2, 487-533.
s. 490, 491.
[42] Browning, *Why can't we be friends? judges' use of social media*, s. 512, 513.
[43] Hudson, D. L. Jr. (2019). Is your judge your facebook friend. ABA Journal, 105/4, 24-25.
[44] https://slate.com/news-and-politics/2010/04/should-judges-be-using-social-media.html, adresinden erişildi. (E.T: 15.06.2022)
[45] Gibson J. (2013). Should judges use social media? Australasian Institute of Judicial Administration Public Information Officers' Conference: Social Media and the Courts, Sydney içinde 14, Sydney, Australia, s. 1.
[46] Bangalor Yargı Etiği İlkelerinin Yorumu, s. 42, 43.
[47] Amerikan Barolar Birliği 462 Sayılı Kararı, s. 2.

Özellikle ABD'de sıkça gündeme gelen bir konu hakimlerin sosyal medyada yaptıkları ırkçı paylaşımlardır. Washington'da bir hakimin polis tarafından öldürülen siyahi bir gençle ilgili yaptığı ırkçı paylaşımlar sonrası yoğun tepki toplamış ve hakim istifa etmek zorunda kalmıştır[48]. Hakimlerin bu tarz sosyal medya paylaşımları, yorum ve beğenileri, sadece mevcut davalarında değil ilerde karşılarına gelebilecek benzer davalarda da tarafsızlık tartışmalarına yol açacaktır. Bu tarz paylaşımları olan bir hakimin baktığı başka bir davada taraflardan biri siyahi bir kişi olursa eski paylaşımları yeniden gündeme gelebilir. Hakim tarafsız olmadığıyla ilgili itirazlarla karşılaşabilir.

Çalışmada değindiğimiz pek çok nedenden ötürü hakimlerin sosyal kullanırken çok dikkatli ve özenli olmaları gerekmektedir. Hakimlik mesleği doğası gereği diğer meslek gruplarından daha fazla sorumluluk bilinci gerektirmektedir. Hakimlerin de ifade ve düşüncelerini açıklama özgürlüğüne sahip olması gerekmekle birlikte yaptıkları açıklamalar mesleklerini icra etmeye engel olmamalıdır. Tarafsızlık görünümünü yitirmiş bir hakim tarafsız olsa dahi görev yapmamalıdır. Her hukuk devletinde olduğu gibi ülkemizde de kişilerin adalete olan inancının sarsılmaması gerekir. Yargılama faaliyetlerine gölge düşmesi bir devletin temelini sarsacak bir tehlikedir, dolayısıyla hakimlerin bu sorumlulukta hareket etmeleri aksi bir hayat sürdürme istekleri mevcut ise görevlerinden ayrılmaları gerekir. Hakimlik elbette herkesin yapabileceği olağan bir meslek değildir, bu nedenle hakimlik mesleği seçilmeden önce kişiler kendi karakter yapılarına uygun olup olmadığını değerlendirmeli bu doğrultuda kariyerlerine yön vermelidir.

Tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de yürütülen yargı etiği tartışmaları neticesinde yayımlanan sosyal medya kullanım rehberi, içeriği yönünden diğer hukuk devletlerindeki düzenlemelere paralel şekilde hazırlanmıştır. Hakimlerin ifade açıklama hürriyetlerini engeller nitelikte olsa bile tarafsız hakim ilkesi, adil yargılanma hakkı ve yargıya güven duyulması gibi konular karşısında bu sınırlamalar kabul edilebilir niteliktedir. Unutulmamalıdır ki hazırlanan kanuni düzenlemeler ne kadar iyi ve yeterli olursa olsun önemli olan iyi niyetle uygulanmalarıdır. Bu sınırlamalar gerçekten üstün yarar olan tarafsız hakim ilkesini korumak kaydıyla sınırlı tutulursa beklenen fayda gerçekleşmiş olacaktır.

KAYNAKÇA

Akın, İ. ve Akın, T. (2014). Yargı etiği, Ankara: Ankara Barosu Yayınları.

Amerikan Barolar Birliği 462 Sayılı Kararı, Judge's use of electronic social networking media,

[48] Haberin detayları için bkz., https://apnews.com/article/gun-politics-race-and-ethnicity-bf399191746f38cf0316beb7a02d2166 adresinden erişildi. (E.T: 15.06.2022)

https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/professional_responsibility/formal_opinion_462.pdf adresinden erişildi. (E.T: 15.06.2022)
Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Ofisi, (2020), Bangalor yargı etiği ilkelerinin yorumu (Yargıtay Yargı Reformu Birimi, Saldırım M, Eriş N., Batur F., çev.) Ankara.
Boyd, D. ve Ellison, J., (2008), Social network sites: Definition, history and scholarship, Journal of Computer-Mediated Communication, 13, 210–230.
Browning, J. G., (2014), Why can't we be friends? judges' use of social media, University of Miami Law Review, Symposium: Social Media and the Law, 68/2, 487-533.
Centel, N. Hakimin tarafsızlığı ve güvenceleri, http://nurcentel.com/makaleler/guncelhukuk_tarafsizlik.pdf adresinden erişildi. (E.T: 29.04.2022)
Erdem M. R., Tezcan, D. ve Öztürk, B. (Ed.) (2022). Dijital ceza muhakemesi hukuku, Ankara: Seçkin Yayınları.
Erdem, M. R. vd. (2021). Nazari ve uygulamalı ceza muhakemesi hukuku, Ankara: Seçkin Yayınları.
Gibson, J. (2013). Should judges use social media? Australasian Institute of Judicial Administration Public Information Officers' Conference: Social Media and the Courts, Sydney içinde 14(s. 1-13). Sydney, Australia.
Hakim Savcılar Kurulu, BM Bangalor yargı etiği ilkeleri. https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/ Dosyalar/4a92e0cc-e94b-4912-aaf9-5dfc5b885e98.pdf adresinden erişildi. (E.T: 07.05.2022)
Hakim ve Savcılar Kurulu (2022), Türk yargı etiği bildirgesi kapsamında sosyal medya kullanım rehberi, https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/080320221533turk-yargi-etigi-bildirgesi-kapsaminda-sosyal-medya-kullanim-rehberipdf.pdf adresinden erişildi. (E.T: 12.06.2022)
Hakimler ve Savcılar Kurulu (2020), Uluslararası hukukta etik kodlar, https://www.hsk.gov.tr/ Eklentiler/Dosyalar/Uluslararasi_Hukukta_Etik_Kodlar.pdf adresinden erişildi. (E.T: 17.05.2022)
Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu İkinci Daire Kararı, https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/8e47342a-64c1-48a5-82eb-3c07da4e9256.pdf adresinden erişildi. (E.T: 12.06.2022)
Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu İkinci Daire Kararı, https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/ Dosyalar/9ebe9810-7b53-455a-849d-fed4b2dd06e7.pdf adresinden erişildi. (E.T: 12.06.2022)
https://apnews.com/article/gun-politics-race-and-ethnicity-bf399191746f38cf0316beb7a02d2166 adresinden erişildi. (E.T: 15.06.2022)
https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22tabview%22:[%22document%22],%22itemid%22:[%22001-116465%22]} adresinden erişildi. (E.T: 13.05.2022)

https://legalbplan.com/4463-2/ adresinden erişildi. (E.T: 12.06.2022)
https://slate.com/news-and-politics/2010/04/should-judges-be-using-social-media.html adresinden erişildi. (E.T: 15.06.2022)
https://www.dcbar.org/for-lawyers/legal-ethics/ethics-opinions-210-present/ethics-opinion-370 adresinden erişildi. (E.T: 18.05.2022).
https://www.milliyet.com.tr/gundem/hakim-ve-savcilara-sosyal-medya-kriteri-aile-paylasimlari-sizleri-de-baglar-6720323 adresinden erişildi. (E.T: 12.06.2022)
https://www.nycla.org/siteFiles/Publications/Publications1748_0.pdf, adresinden erişildi. (E.T: 18.05.2022)
Hudson, D. L. Jr. (2019). Is your judge your facebook friend. ABA Journal, 105/4, 24-25.
İnceoğlu, S. (2018). Adil Yargılanma Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4, Ankara.
Janoski-Haehlen, E. M. (2011) The courts are all a 'twitter': the ımplications of social media use in the courts, Valparaiso University Law Review, 46/1, 43-68.
Kara, T. (2013) Sosyal medya endüstrisi, İstanbul: Beta Yayınları.
Kaya, M. B. (2019). Hukuk ve etiğin ışığında hakimlerin sosyal medya kullanımı. https://www.mbkaya.com/hukuk/hakimlerin-sosyal-medya-kullanimi-etik-hukuk.pdf adresinden ulaşıldı. (E.T: 18.05.2022)
Kunter, N. (1989) Muhakeme hukuku dalı olarak ceza muhakemesi hukuku. İstanbul.
Özen, M. (2004) Hakimin cezai sorumluluğu. Ankara: Seçkin Yayınları
Şahin C. ve Göktürk N. (2021) Ceza muhakemesi hukuku -I-. Ankara: Seçkin Yayınları.
Ünver, Y. (1988). Yargı bağımsızlığı açısından hakimler ve savcılar yüksek kurulu. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, *53*(1-4), 153-196.
Yargıtay, https://www.yargitay.gov.tr/documents/YargiEtigiIlkeleri.pdf adresinden erişildi. (E.T: 18.05.2022)
Yargıtay, https://www.yargitay.gov.tr/documents/YargitayCumhuriyetSavcilariEtikDavranisIlkeleri.pdf adresinden erişildi. (E.T: 18.05.2022)
Yüksel S. (2012) Türk anayasa hukukunda hakimlerin bağımsızlığına genel bir bakış. İÜHFM C. LXX, S. 2, 71-98.

ESNEK ÇALIŞMADAKİ İŞ KAZALARINDA İŞVERENİN CEZAİ SORUMLULUĞU

Salim KARTAL*

Özet

Çalışma hak ve hürriyetinin gerçek anlamda kullanılabilmesi, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasına bağlıdır. Kişinin sağlıklı ve güvenli bir ortamda çalışarak bireysel varlığını geliştirebilmesinin önündeki en büyük engellerden birisi ise iş kazalarıdır. Sanayi Devrimi sonrasında, üretim süreçlerinde yaşanan değişimler ve çalışma ortamlarının zorluğu ile iş kazaları da artmaktadır. Bununla birlikte gelişen dünyada internet ve modern çağın diğer teknik getirileri ile pandemi gibi olumsuz etkiler birlikte değerlendirildiğinde esnek çalışma şekilleri de doğmaya başlamıştır. Esnek çalışma, dijital gelişim ile teknolojik iletişim araçları kullanılarak klasik anlamdaki işyerinden farklı bir mekânda çalışma biçimi olarak tanımlanabilir. Esnek çalışma koşullarına göre iş hukuku kurallarının revize edilmesi mevcut süreçte devam etmektedir. İş kazalarının oluşumunun önlenmesi için iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin esnek çalışma biçimine göre ele alınması gerekir. Türk İş Hukukunda, işverene iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin çeşitli önlemleri alma sorumluluğu yüklenmiştir. Esnek iş çalışmasında iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerine aykırı davranarak iş kazasına neden olan işverenin cezai sorumluluğu gündeme gelecektir.

İşveren, esnek çalışmada iş kazası biçiminde ortaya çıkan durum ile taksirle öldürme veya taksirle yaralama suçlarından kusur durumuna göre cezai açıdan sorumlu olmaktadır. Sorumluluğun tespiti açısından esnek iş çalışmasında çalışma mekânının ev ortamı gibi farklı çalışma yerleri olması durumunda meydana gelen kazaların hangilerinin iş kazası olduğunun tespitinde zorluklar yaşanmaktadır.

Esnek çalışmada ortaya çıkan iş kazalarında işverenin cezai sorumluluğu, objektif kusur sorumluluğuna bağlı olmakla birlikte asıl sorun esnek çalışmada iş kazalarının ispatında yaşanmaktadır. Esnek çalışılan ortamda iş kazasına tanıklık yapan kimsenin olmaması, kamera bulunmaması gibi sebeplerle bu tür çalışmalarda ortaya çıkan iş kazalarının ispatı problem oluşturmaktadır. Bu sebeple esnek çalışmada meydana gelen iş kazalarının hukuki ispatı şu anda zor olup ispatın sağlıklı bir şekilde gerçekleştirilmesi hususu zamanla oturacaktır.

Anahtar kelimeler: esnek çalışma, iş kazası, iş sağlığı ve güvenliği, işverenin sorumlulukları, cezai sorumluluk.

* Kocaeli Üniversitesi, İzmit. ORCID ID: 0000-0002-6983-3532.

1. Esnek Çalışma Kavramı

Çalışma hayatında esneklik, genel esneklik tanımının unsurlarını taşımakla birlikte, kapsam olarak daha dar bir içeriğe sahiptir. Çalışma hayatında esneklik değişebilirlik ya da değişime ayak uydurabilme yeteneği olarak tanımlanabilir. İşçi ve işveren taraflarına çalışma şartlarını değişik ihtiyaçlara cevap verebilecek şekilde düzenleyebilme yetkisi verir[1]. Birçok yeni yaklaşımda olduğu gibi "esnek çalışma" olarak adlandırılan yeni istihdam biçiminin kaynağı, bilgi teknolojilerindeki gelişme ve rekabettir[2].

Esnek çalışma diğer bir tanımla, gelişen dünyada değişik ekonomik ve sosyal şartlara, hızla gelişen teknolojiye ve uluslararası rekabet şartlarına işletmelerin ayak uydurabilmeleri için işveren ve işçinin, iş sözleşmesinin tür ve koşullarını istedikleri gibi belirleyebilme serbestisidir.

2. Esnek Çalışmanın Uygulama Alanları ve Etkileri

Esneklik kavramının çalışma hayatındaki uygulanışı büyük oranda çalışma saatleri ile ilgili olmasına rağmen, başka alanlarda ve şekillerde uygulamalarla karşılaşmak da mümkündür[3]. Esnekliğin çalışma hayatında neler ifade ettiği ve neden tercih edildiği incelenecek olursa;

- İlk olarak, istihdamın artırılmasını ve yeni iş imkânlarının oluşturulmasını sağlamaktadır.
- İşgücünün işletme içinde gerekli zaman ve sayıda kullanılmasına olanak sunar.
- İş mevzuatındaki katı hükümler yerine tarafların anlaşmalarına dayalı bir sistem oluşmasına vesile olur.
- Çalışanın ve işverenin anlaşması sonucunda; çalışma süresinin çalışanın koşullarına uygun olmasını sağlar.
- İşletmelerin, kendi ücret yapılarını ve seviyelerini değişen işgücü piyasası şartlarına göre ve çalışanların performansını düşürmeyecek biçimde ayarlayabilme serbestisine sahip olmalarına olanak sağlar.
- Hizmetin ya da üretimin işletme dışındaki başka işyerlerinde ya da işletme içinde başka işçiler çalıştırılarak nitelikli şekilde yerine getirilebilmesine olanak tanır.
- Ekonomik kriz dönemlerinde işçilerin işlerini kaybetmeden işletmenin ayakta tutulabilmesini sağlar.

[1] ARSLANOĞLU, A. Mehmet, İş Kanununda Esneklik Temelli Üçlü Sözleşmesel İlişkiler, Legal Kitapevi, İstanbul, 2005, s.21.
[2] NOYAN, A. Mehmet, Türkiye'de Çalışma Hayatında Esneklik Politikasının Çalışma Süreleri Açısından Değerlendirilmesi, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İzmir, 2007. s.30.
[3] PİNHAS, M. Mordo, Sosyal Politika Boyutunda Avrupa Birliği'nde Esnek Çalışma, Türkiye Tekstil Sanayi İşverenleri Sendikası Yayınları, İstanbul, 2007, s.39.

• Eğitim-öğretim sistem ve programlarının değişen koşullara uydurulması, yeniden eğitim programlarına önem verilmesi imkânı oluşturur.

3. Esnek Çalışma Modelleri

Atipik istihdam olarak da adlandırılan esnek çalışma, bugüne kadar sürekli artış göstermekle birlikte, genel olarak üç biçimde gruplandırılmaktadır. Bunlar;

1-Sözleşme esnekliği (belirli süreli sözleşme, kendi hesabına çalışan, taşeron uygulaması vb.),

2-Zaman esnekliği (part-time, esnek zaman vb.),

3-Mekân esnekliği (evde çalışma, uydu ofis vb.)dir[4].

Günümüzde belirsiz süreli akdedilen bir iş sözleşmesine dayanarak günün belli bir saatinde işverene ait işyerine gelip işbaşı yapan, yasalarla sınırlanmış iş süreleri içinde çalıştıktan sonra evine dönen, zamanında iznini, tatilini kullanan işçi tipi yerine; çalışma zamanını kendi belirleyen, yarım gün ya da haftanın belirli günleri ya da geçici olarak çalışan, çağrı üzerine işyerine gelip çalışan, başka işletmelere ödünç verilen, hatta evinde çalışan işçi tipleri ortaya çıkmış bulunmaktadır.

Esnek çalışma modelleri, çalışma saatlerinin yüksek düzeyde tutulabilmesi, işyerlerinin kesintisiz çalıştırılması ve verimliliğin artırılmasını sağlayabildiğinden işverenler tarafından benimsenmektedir.

Bununla birlikte, zaman konusunda serbestlik imkânı tanıdığından işçi tarafı da bu tarz çalışmaya sıcak yaklaşmaktadır. İşgücü piyasasında sıklıkla görülen esnek çalışma biçimleri açıklanacaktır[5]:

3. a) Belirli süreli iş sözleşmesi: Süresi belirli olan bir işin yapılması amacıyla işveren ve işçi arasında yapılan sözleşmeye denir.

3. b) Kısmi süreli iş sözleşmesi: Part-time çalışma olarak da adlandırılan bu çalışma şekli günlük çalışma süresinin bir kısmının kullanılmasıdır. Talebin değişken olduğu dönemlerde uygun bir çalışma şeklidir. Kısmi süreli işlerin genellikle ücreti az, statüsü düşük ve kariyer imkânlarının sınırlı olduğu dikkat çekmiştir[6].

- **İş paylaşımı (job sharing):** modelinde iki ya da daha çok sayıda işçi normal bir çalışma süresi içinde işi paylaşmaktadırlar.

- **Çağrı Üzerine Çalışma:** İşçi ve işveren tarafından sözleşmede belirlenen çalışma süresi içinde üretim sürecinde ihtiyaç duyulduğu zaman işçinin bu sürece dâhil olması şeklinde tanımlanmaktadır[7].

---

[4] GİBSON, Virginia, "Flexible Working Needs Flexible Space?", Journal of Property and Finance, vol. 21, y.y., 2003, s.15.

[5] ÇELİK, Sümeyra, Türkiye İşgücü Piyasasının Esnekliği ve Esnek Çalışma Önündeki Engeller, (Uzmanlık Tezi), Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2007, s.18-19.

[6] PİNHAS, s.56.

[7] ÇELİK, s.24.

- Kayan İş Süresi: İşçinin çalışma saatini öne çekme ya da devam sonraya alması şeklinde görülmektedir[8].

3. c) Tele çalışma: Birçok tanımı olmakla beraber bu tanımlardan çoğu üç temel kavram olan organizasyon, mekân ve teknoloji üzerine oluşturulmaktadır[9]. Tanımların çoğu bu kavramların en azından ikisinin bir birleşimine dayanmaktadır.

- Evde Büro: Bu uygulamada kişi yapmakla yükümlü olduğu işi kendi evinde elektronik cihazlar ve iletişim ağı vasıtasıyla yapmaktadır[10].

- Komşu bürolar: Birkaç kişinin bir araya gelmesiyle kurulabileceği gibi, serbest çalışan konumundaki kişilerce de kurulabilmekte ve faaliyetlerinden çeşitli işletmeler yararlanabilmektedir[11].

- Gezici Büro: Artan sayıda emek sahibi, bilgi teknolojisini farklı noktalardan kullanarak çalışmakta, her nerede olurlarsa olsunlar işverenleri ile bağlantılarını devam ettirmektedirler[12].

- Uydu bürolar: Hem merkez işyerinden, hem de çalışanın evinden ayrı bir yerde, müşterilere ve çalışanlara uygun bir bölgede işin yapıldığı ofistir.

- Elektronik hizmet ofisleri: Kendi adına (bağımsız) çalışanlar tarafından kurulan, donanımı ve finansmanı bu kişilerce karşılanan bağımsız hizmet veren bürolardır.

3. d) Geçici çalışma: Tanımlanmamış ancak merkez iş gücüne oranla daha kısa istihdam edilerek çalışma olarak ifade edilebilir.

3. e) Evde çalışma: Sanayi devrimi (prekapitalist dönem) öncesinden gelen, günümüzde ise iki temel nedenle yaygın olarak uygulanan bir çalışma biçimidir.

Bir taraftan, iletişim ve ulaşım teknolojileri sayesinde bazı işlerin, işyerinden yürütülmesi zorunluluğunun kalmaması, işi görenler tarafından evleri dahil işverene ait olmayan yerlerden yürütülebilmesi olanağı bir taraftan da, rekabet nedeniyle maliyeti en aza indirebilmek için, çalışma standartlarından ve formel yapıdan uzak durulması ihtiyacı, evde çalışmaların günümüzde yoğun biçimde yaşanmasına neden olmaktadır.

Ayrıca, sanayiye ait işler yanında yaygın bir faaliyet alanı ve istihdam yaratan hizmet sektörü (yazılım, dil öğretimi, tercüme, çağrı merkezi, pazarlama vb.), evde çalışma biçiminin yaygınlaşmasına neden olmuştur.

---

[8] DEMİRCİOĞLU, Murat/ ENGİN, Murat, Dünyada ve Türkiye'de Esnek Çalışma, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, İstanbul, 2002, s.53.

[9] TOKOL, Aysen, Tele Çalışma Geleceğin Çalışma Şekli Olabilir mi?, İş Güç, Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi, 2003, http//www.isguc.org/?p=article&id=18&cilt=5&sayi=1&yil=2003, Mayıs 2021.

[10] ÇELİK, s.26-27.

[11] PİNHAS, s.52-53.

[12] Meşhur, H. Filiz Alkan, "Geleceğin Çalışma Biçimi Tele Çalışmaya İlişkin Yaklaşımlar", ab.org.tr/ab07/bildiri/16.doc, Aralık 2007.

3. f) Esnek çalışma saatleri modeli: Çalışanın, çalışma zamanını ve süresini, işletme yönetiminin görüşü ile birlikte dilediği şekilde belirleme olanağını bulduğu bir çalışma düzenidir.

4. İş Kazasının Tanımı

İş kazası konusunda, değişik kurum ve kuruluşlar tarafından yapılmış bazı tanımlamalar mevcuttur. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) iş kazasını; "Belirli bir zarara ya da yaralanmaya neden olan, beklenmeyen ve önceden planlanmamış bir olaydır." şeklinde tanımlamaktadır. Dünya Sağlık Örgütü (WHO) iş kazasını; "Önceden planlanmamış, çoğu kez kişisel yaralanmalara, makinelerin, araç ve gereçlerin zarara uğramasına, üretimin bir süre durmasına yol açan bir olaydır." şeklinde tanımlayarak, iş kazasının ekonomik boyutuna daha fazla vurgu yapmaktadır. Avrupa İstatistik Ofisi (EUROSTAT) ise iş kazasını, "İş sürecindeki fiziksel ve ruhsal yönden zarara sebep olan olaylardır." şeklinde tanımlamaktadır.

İş kazası, 30 Haziran 2012'de Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda; işyerinde veya işin yürütümü nedeniyle meydana gelen, ölüme sebebiyet veren veya vücut bütünlüğünü ruhen ya da bedenen engelli hâle getiren olaydır (6331 mad.3/g). Ancak, iş kazasına bağlı olarak Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından yapılacak işlemler için 6331 sayılı Kanundan ziyade 5510 sayılı Kanunun 13 üncü maddesinin esas alındığını belirtmek gerekmektedir.

İş sağlığı ve güvenliğinin bir sorun olarak ortaya çıkmasının en önemli nedeni iş kazalarıdır[13]. Bu nedenle iş kazalarının tanımı ve unsurları çok önemlidir. İş kazası konusundaki yukarıdaki tanımlamaları çoğaltabilmek mümkündür. Bununla birlikte, tanımlardan da anlaşılacağı üzere iş kazası denildiğinde ne anlaşılması gerektiği konusundaki hususlar aşağı yukarı benzerdir. Türkiye'de iş kazası, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 13. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre;

- Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada,
- İşveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle, sigortalı kendi adına ve hesabına bağımsız çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş nedeniyle,
- Bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda,
- Bu Kanunun 4üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki emziren kadın sigortalının, iş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda,
- Sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş gelişi sırasında,

[13] Çelik, N., (2007), İş Hukuku Dersleri, Ankara, Beta Yayınevi, s.167-168.

meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen özre uğratan olay iş kazası olarak kabul edilmektedir[14].

Bir kazanın 5510 sayılı Kanun uyarınca iş kazası olarak kabul edilebilmesi için;

- **Sigortalı Sayılma:** İş kazasının meydana gelebilmesi için, kazaya uğrayan işçinin, Sosyal Güvenlik Hukuku bakımından iş kazası başlığı altında açıklandığı üzere, sigortalı olması gerekir.
- **Olay:** İş kazasının varlığından söz edilebilmesi için gerekli koşullardan birisi de dıştan gelen bir olayın varlığıdır. Dış kaynaklı olay, işveren, üçüncü kişiler ve işyerindeki araç ve gereçlerin etkileriyle meydana gelebilir[15].
- **Zarar:** Meydana gelen olayın iş kazası sayılabilmesi için bedensel (ölüm, yaralanma) veya ruhsal bir zarara neden olması gerekir[16]. Sözü edilen zarar, esas itibarıyla, işçinin iş kazası nedeniyle iş göremezliğe uğramasından kaynaklanan maddi zarar ve ruhsal olarak meydana gelen manevi zararlardır[17].
- **Nedensellik Bağı:** İş kazasının oluşabilmesi ve dolayısıyla işverenin hukuki sorumluluğunun doğabilmesi için gerekli unsurlardan birisi de uygun nedensellik bağının varlığıdır[18]. Burada sözü edilen uygun nedensellik bağı öncelikle kaza olarak nitelendirilen olay ile meydana gelen zarar arasında olmalıdır.

5. Ceza Hukuku Bakımından İş Kazası

Ceza Hukukunda, maddi koşulların sonucu ve hiç kimse tarafından öngörülemeyecek nitelikte olan, önleme olanağı dışında kalan bir neticenin gerçekleşmesi halinde kaza ve tesadüfün (beklenmeyen hal) varlığı kabul edilmektedir[19].

Öncelikle neticenin öngörülebilir olmaması durumunda kaza ve tesadüfün varlığından bahsedilecektir[20]. Neticenin öngörülebilir olması durumunda ise, failin sahip bulunduğu imkânlara göre söz konusu neticenin gerçekleşmesine engel olma olanağının

[14] 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu m. 13/1.
[15] AKIN, Levent, İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Ankara, 2001, s. 46.
[16] EREN, Fikret, Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşkazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 344, 1974, s. 7.
[17] GÜNEREN, Ali, İş Kazası ve Meslek Hastalığından Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları(İş Kazası), Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, 3. Baskı. s. 432.
[18] GÜNEREN, İş Kazası, s. 435.
[19] DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir, Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım C. II (bundan sonra: Nazarî Tatbikî II), İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 1997, s. 304. 765 ve 5237 Sayılı TCK hükümlerinde açıkça yer verilmeyen kaza ve tesadüfün hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Tartışmalar kaza ve tesadüfün nedensellik bağı, suçun maddi unsuru ve suçun manevi unsurundan hangisini ortadan kaldırdığı üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bu hususta ayrıca bkz. TOROSLU, Nevzat / TOROSLU, Haluk, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara, Savaş Yayınevi, 2018, s. 247-249; DÖNMEZER / ERMAN, Nazarî Tatbikî II, s. 305-306.
[20] ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, Mehmet Emin / ÇAKIR, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, (Ceza Hukuku), 13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 362, 364.

bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Failin sözü edilen olanağa sahip bulunmadığı durumlar açısından da beklenmeyen halin varlığı kabul edilmelidir[21].

Kaza ve tesadüfün varlığı halinde kasıtlı veya taksirli suç oluşmayacak, failin objektif ve sübjektif ceza sorumluluğu ortadan kalkacaktır[22]. Bu haliyle Ceza Hukukundaki *kaza* kavramı, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukundaki *kaza* kavramından farklılaşmaktadır.

5237 Sayılı TCK hükümlerinde iş kazası tanımı bulunmamaktadır. Çalışmamızda işverenin iş kazası neticesinde doğan cezai sorumluluğu incelenirken İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku mevzuatı ve doktrininde yerleşmiş olan iş kazası kavramından yararlanmak gerekecektir. Yargıtay'ın da aynı yolu izleyerek iş kazası kabul ettiği olaylar bulunmaktadır[23].

6. Yargıtay Kararlarında İş Kazası

Yargıtay'ın somut olayın koşullarına göre iş kazası nitelemesi yaptığı olaylar da mevcuttur. Buna göre Yargıtay; işyerinde, işin yürütümü sırasında veya her iki koşulun da sağlandığı hallerde meydana gelen kazaları iş kazası olarak kabul etmektedir.

Yüksek Mahkeme, iş kazasını uygulamada birbirine sıkça karıştırılan trafik kazasından ayırmak için ise, meydana gelen kazanın görülmekte olan işle bağlantısının varlığını ölçü almaktadır.

Nitekim Yargıtay'ın ilgili ceza dairesi, bir villa inşaatında çalışan maktulün ikinci kata çıkmak için kullandığı ahşap merdivenin bir ayağının kırılması sonucunda dengesini kaybederek ve boşluktan bodrum katına düşerek hayatını kaybettiği olayın SSGSSK m. 13'te belirtilen iş kazası tanımına uygun olduğuna yönelik yerel mahkeme kabulünde bir isabetsizlik görmemiştir (12. Ceza Dairesi, E. 2015/15883, K. 2016/1158, 03.02.2016).

Yargıtay benzer bir uyuşmazlıkta, yetkili ve sorumlu müdürle yaptığı anlaşmaya istinaden akıtma yapan depo çatısına yardımcısıyla birlikte çıkan katılanın çatı kaplamasının kırılması sonucunda düşerek yaralandığı başka bir olayın İK ve SSGSSK ile Yapı İşlerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği ve Tüzüğü kapsamında iş kazası

[21] DÖNMEZER / ERMAN, Nazarî Tatbikî II, s. 306.

[22] DÖNMEZER / ERMAN, Nazarî Tatbikî II, s. 306-307.

[23] Nitekim Yargıtay'ın ilgili ceza dairesi, bir villa inşaatında çalışan maktulün ikinci kata çıkmak için kullandığı ahşap merdivenin bir ayağının kırılması sonucunda dengesini kaybederek ve boşluktan bodrum katına düşerek hayatını kaybettiği olayın SSGSSK m. 13'te belirtilen iş kazası tanımına uygun olduğuna yönelik yerel mahkeme kabulünde bir isabetsizlik görmemiştir (12. Ceza Dairesi, E. 2015/15883, K. 2016/1158, 03.02.2016, UYAP Bilişim Sistemi). Yargıtay benzer bir uyuşmazlıkta, yetkili ve sorumlu müdürle yaptığı anlaşmaya istinaden akıtma yapan depo çatısına yardımcısıyla birlikte çıkan katılanın çatı kaplamasının kırılması sonucunda düşerek yaralandığı başka bir olayın İK ve SSGSSK ile Yapı İşlerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği ve Tüzüğü kapsamında iş kazası olduğuna dair yerel mahkeme kabulünü de yerinde bulmuştur (12. Ceza Dairesi, E. 2015/8861, K. 2016/2650, 22.02.2016, UYAP Bilişim Sistemi). Benzer yönde bkz. 12. Ceza Dairesi, E. 2016/1043, K. 2017/4886, 08.06.2017 (UYAP Bilişim Sistemi).

olduğuna dair yerel mahkeme kabulünü de yerinde bulmuştur (12. Ceza Dairesi, E. 2015/8861, K. 2016/2650, 22.02.2016).

Mağdurun, işçi olarak çalıştığı işyerinde, tır aracının dorse kapaklarının açılması sırasında, iş makinesinin tırnağının kayması sonucu, yaralanması şeklinde oluştuğu kabul edilen olayın iş kazası niteliğinde olduğu…" (9. Ceza Dairesi, E. 2009/12201, K. 2009/9662, 05.10.2009).

"Tekne kaptanı olan sanığın, dalgıç olan S.C.'den pervane rekorunu takmasını istemesi üzerine yorgun olduğunu yarın takacağını söyleyen S.'ye gerekli malzemeyi teslim etmesinden sonra da, sanığın teknede motoru çalıştırarak ileri kolunun çalışıp çalışmadığını kontrol ileri kolunun çalışıp çalışmadığını kontrol ettiği esnada, sanığın haberi olmaksızın arızayı gidermek için denize dalmış olan S.C.'nin tekne pervanesinden yaralanıp sonrasında öldüğü olayın, iş kazası niteliğinde bulunduğunun anlaşılması karşısında…" (12. Ceza Dairesi, E. 2012/5164, K. 2012/7477, 19.03.2012).

"Ölenin çalıştığı şirket tarafından kiralık olarak kullanılan ve şirketin Ovacık deposunda bulunan traktörü tamir amacıyla sanayiye götürürken kaza yapıp hayatını kaybettiğinin anlaşılması karşısında, olayın iş kazası niteliğinde olduğu gözetilerek…" (12. Ceza Dairesi, E. 2012/18758, K. 2013/13293, 13.05.2013).

Belirtilen Yargıtay kararlarından anlaşılacağı üzere işin konusu ve meydana gelen kaza arasındaki bağlantı kazanın iş kazası olarak tanımlanması bakımından önem arz etmektedir. Esnek çalışmadaki iş kazalarında da bu husus önem taşımaktadır.

7. İş Kazası Üzerine Güncel Bir Tartışma

Yargıtay'ın emsal niteliğindeki bir kararında şoförün işveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle Ukrayna'ya yapılan sefer sırasında bulaştığı anlaşılan H1N1 virüsüne (domuz gribi olarak bilinen hastalık) bağlı olarak ölümünün iş kazası olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir.(Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin E. 2018/5018 K. 2019/2931)

Kararda iş kazası kavramı geniş şekilde yorumlanarak, işveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle bulaştığı anlaşılan virüse bağlı olarak işçinin ölümü iş kazası olarak kabul edilmiştir.

Bu karar baz alınarak, korona virüs salgını için de yürütmekte olduğu iş nedeniyle işçilere korona virüsün bulaşarak zarar meydana getirmesi halinde bu durumun iş kazası sayılması söz konusu olacaktır.

Ancak burada önemli olan husus korona virüsün nerede ve ne zaman bulaştığının tespiti olacaktır. Zira bulaşıcı bir hastalık olarak nitelendirilen korona virüsün işçiye işveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle görevini icra ederken bulaşabilme ihtimali olduğu kadar, bulunduğu başka bir ortamda da bulaşabilme ihtimali vardır. İşçinin, işveren tarafından yürütülmekte olan iş sebebiyle bu hastalığa yakalandığının

tespit edilmesi durumunda söz konusu olay iş kazası kapsamında değerlendirilebilecek ve gerekli önlemleri almayan işveren sorumlu tutulabilecektir.

Bu Yargıtay kararına karşılık Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Emeklilik Hizmetleri Genel Müdürlüğü konuya ilişkin görüşünü bildirmek üzere bir genelge yayınlamıştır. 07.05.2020 tarih 2020/12 Sayılı Genelge'sinde; Dünya Sağlık Örgütü tarafından Covid-19'un pandemik (salgın) bir hastalık olarak ilan edildiği belirtilerek ve Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 15. maddesindeki "sigortalının, iş kazası ve meslek hastalığı dışında kalan ve iş göremezliğine neden olan rahatsızlıklar, hastalık halidir" ibaresine atıf yapılarak;

"COVID-19 virüsünün bulaşıcı bir hastalık olduğu dikkate alındığında, söz konusu salgına maruz kalan ve sağlık hizmet sunucularına müracaat eden sigortalılara hastalık kapsamında provizyon alınması gerekmektedir." şeklinde açıklama yapılmıştır.

SGK'nın görüşüne göre; korona virüs salgınına maruz kalan ve sağlık hizmet sunucularına müracaat eden sigortalılar için iş kazası veya meslek hastalığı olarak değil, normal hastalık olarak işlem yapılacaktır.

8. Türk Ceza Kanunu Kapsamında İşverenin Cezai Sorumluluğu

İş sağlığı ve güvenliği alanında kuralların konularak belirli bir standarda erişilmesi etkin bir iş sağlığı ve güvenliği anlamına gelmemektedir. Mevcut kuralların uygulanabilirliğini ölçmek için bu noktada denetime ihtiyaç duyulmaktadır.

İşverenin cezai sorumluluğu, denetimsel bir araç olarak hukuk düzeni tarafından konulan kurallara uyulması noktasında bir baskı unsuru hâlini almaktadır. Ancak bu şekilde sürdürülebilir ve caydırıcı bir iş sağlığı ve güvenliği ortamı oluşturulmasının altyapısı hazırlanabilecektir. Caydırıcı cezaların bulunduğu bir hukuk sisteminde işverenler, yükümlülüklere aykırı eylemlerden kaçınma eğiliminde olacaklardır.

İş sağlığı ve güvenliğinde işverenin cezai sorumluluğu Türk Ceza Kanunu hükümleri uyarınca işletilmektedir. Bu nedenle işverenin cezai sorumluluğu konusu Ceza Kanunu kapsamında incelenmiştir.

İşverenler, işin yürütülmesiyle ilgili iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini yerine getirmediklerinde ve de bu durum işçinin ölümü veya yaralanması ya da meslek hastalığına sebep olduğunda cezai yaptırımlarla karşı karşıya kalmaktadırlar. Bu durumda ise Türk Ceza Kanunu'nda geçerli olan hükümlere başvurulmaktadır.

Ceza Kanunu'nun kusur ilkesi uyarınca işverenin ceza sorumluluğu, kusur sorumluluğu olarak ortaya çıkmaktadır. Türk Ceza Kanunu'nda geçerli olan cezaların kişiselliği ilkesi gereğince ölüm veya yaralanmayla sonuçlanan iş kazalarında bu durumun ortaya çıkmasında etkisinin ve kusurunun olduğu düşünülen işveren, işveren vekili, yönetim kurulu üyesi, iş güvenliği uzmanları ve işyeri hekimleri gibi sorumlu olabilecek kişilerin tek tek kusur oranlarına bakılmaktadır.

Ceza Kanunu hükümleri gereğince iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerine uymamaktan kaynaklanan işçi ölümü-yaralanması veya meslek hastalığı sonuçlarıyla karşılaşabilen işverenler, taksirli ölüm ya da taksirli yaralama suçlarının faili konumuna gelmektedirler.

Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilen davranışlar olarak tanımlanan taksir (TCK 22/2) sebebiyle işverenler işçilerin ölüm veya yaralanmalarına sebep olabilmektedirler.

9. Esnek Çalışmada İşverenin Taksirle Yaralamadan Sorumlu Olması

Taksirle yaralama, failin özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmesinden dolayı ortaya çıkan, ancak sonucu öngörülebilir ve önlenebilir bir yaralamaya sebebiyet veren bir suç türüdür. Bu yaralama durumu, işverenin böyle bir sonucu istememesine karşı iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili yükümlülüklerini yerine getirmemesi dolayısıyla ortaya çıkmıştır[24].

Kanun'un bu istenmeyen sonuca bağladığı ceza, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır.(TCK 89/1) Taksir nedeniyle başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi hukuken bu tür bir yaptırımla karşı karşıya kalmaktadır.(TCK 22/4) Dolayısıyla işveren, iş sağlığı ve güvenliği yükümlülükleri yerine getirmediğinde veya eksik şekilde yerine getirdiğinde ortaya işçiye acı veren, sağlığını ya da algılama yeteneğini bozan bir sonuç ortaya çıkarsa üç aydan bir yıla kadar hapis cezası veyahut adli para cezası yaptırımına katlanmak durumundadır.

Cezanın tespitinde taksirle işlenmiş olan suça neden olan failin kusur oranı dikkate alınmaktadır. Yani suç birden fazla kişi tarafından işlendiyse her failin olayla ilgili kusur oranlarına bakılarak ceza tayini yapılmaktadır.(TCK 22/5)

Esnek çalışmadaki iş kazalarındaki en büyük problem kazanın iş ile alakalı olduğunun ispatı ve işverenin bu kazadaki kusurunun tespiti durumudur. Bununla birlikte normal iş kazalarında meydana gelen yaralanma durumundaki işverenin sorumluluğu ile esnek çalışmada meydana gelen iş kazalarındaki yaralanma hallerinde işverenin sorumluluğu arasında bir fark bulunmamaktadır.

10. Esnek Çalışmada İşverenin Taksirle Ölüme Neden Olmadan Sorumlu Olması

Taksirle yaralama suçuna kıyasla daha ağır cezai sorumluluğa yol açan suç türü taksirle öldürmedir. İş kazası veya meslek hastalığı sebebiyle işçinin ölümüne yol açan işveren hakkında Ceza Kanunu'nun 85. maddesi hükümleri uygulamaya geçirilmektedir.

Taksirle öldürme suçunda "kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi" olarak tanımlanan bilinçli taksir oluşması cezayı ağırlaştıran

[24] SÜMER, Haluk Hâdi, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, 263.

sebep olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim Ceza Kanunu'nun 85. maddesinde bilinç taksir varlığı hâlinde cezanın 1/3 ile 1/2 oranları arasında artırılacağına hükmedilmiştir.

Esnek çalışmadaki iş kazalarında işverenin kusurunun tespiti ve ispatı zor olmaktadır. Bununla birlikte normal iş kazalarında meydana gelen ölüm halinde işverenin sorumluluğu ile esnek çalışmada meydana gelen ölüm hallerinde iş kazalarındaki işverenin sorumluluğu arasında bir fark bulunmamaktadır.

SONUÇ

İş sağlığı ve güvenliği hukuku, önleyici kurallar almayı ve yükümlülükler getirmeyi hedeflemektedir. Bu yükümlülükler yerine getirilmediği durumlarda ise işveren açısından cezai sorumluluk söz konusu hâle gelmektedir.

Klasik çalışmada meydana gelen iş kazalarında işverenin cezai olarak sorumlu olması için gereken kriterler esnek çalışmada meydana gelen iş kazalarında da aynı şekildedir.

Buna göre esnek çalışma sebebiyle meydana gelen iş kazalarında zarar ile nedensellik bağı ile birlikte işverenin kusuru varsa taksirle yaralamaya neden olma ya da taksirle ölüme neden olma suçlarından işverenin sorumluluğu doğacaktır.

Bununla birlikte esnek çalışma türlerinden evde çalışma şeklinde görülen çalışma türünde meydana gelebilecek iş kazalarının iş nedeniyle olduğunun ispat edilebilirliği zordur. Esnek çalışmanın daha da yaygınlaşması ile bu alanda düzenlemeler için çalışmalar yapmak gerekmektedir.

KAYNAKÇA

AKIN, Levent, **İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001.

ARSLANOĞLU, A. Mehmet, **İş Kanununda Esneklik Temelli Üçlü Sözleşmesel İlişkiler**, Legal Kitapevi, İstanbul, 2005.

ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, Mehmet Emin / ÇAKIR, Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, (Ceza Hukuku), 13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019,

ÇELİK, Sümeyra, **Türkiye İşgücü Piyasasının Esnekliği ve Esnek Çalışma Önündeki Engeller**, (Uzmanlık Tezi), Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2007.

ÇELİK, Nuri, **İş Hukuku Dersleri**, Beta Yayınevi, Ankara, 2007.

DEMİRCİOĞLU, Murat/ ENGİN, Murat, **Dünyada ve Türkiye'de Esnek Çalışma**, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, İstanbul, 2002.

DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım C. II,** (bundan sonra: Nazarî Tatbikî II), İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 1997.

EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşkazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 344, 1974.

GİBSON, Virginia, **Flexible Working Needs Flexible Space?**, Journal of Property and Finance, vol. 21, y.y., 2003, s.15.

GÜNEREN, Ali, **İş Kazası ve Meslek Hastalığından Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları, Adalet Yayınevi**, (İş Kazası), Ankara, 2018, 3. Baskı.

NOYAN, A. Mehmet, **Türkiye'de Çalışma Hayatında Esneklik Politikasının Çalışma Süreleri Açısından Değerlendirilmesi**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İzmir, 2007.

PİNHAS, M. Mordo, **Sosyal Politika Boyutunda Avrupa Birliği'nde Esnek Çalışma**, Türkiye Tekstil Sanayi İşverenleri Sendikası Yayınları, İstanbul, 2007.

SÜMER, Haluk Hâdi, **İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku,** Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

SÜZEK, Sarper, **İş Hukuku**, Beta Yayınevi, Ankara, 2017.

TOKOL, Aysen, **Tele Çalışma Geleceğin Çalışma Şekli Olabilir mi?**, İş Güç, Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi, 2003, http//www.isguc.org/?p=article&id=18&cilt=5&sayi=1&yil=2003, Mayıs 2021.

TOROSLU, Nevzat / TOROSLU, Haluk, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Ankara, Savaş Yayınevi, 2018.

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA TOPLANTI VE GÖSTERİ YÜRÜYÜŞÜ ÖZGÜRLÜĞÜ

Emir Efe EGEMEN *

Özet

Toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü, insanların sahip olduğu düşüncelerin ifade edilmesi ve başkalarına aktarılması bağlamında, özel bir öneme ve işleve sahiptir. Bu eksende düşünüldüğünde, toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğüne, günlük yaşamda sıkça ihtiyaç duyulduğu görülmektedir. Bu yüzden herhangi bir konu hakkındaki memnuniyetsizlik veya eleştiriler, uygulamada sıkça başvurulan toplantı, basın açıklaması ve gösteri yürüyüşleri aracılığıyla ifade edilmektedir. Belirtilen etkinlikler aracılığıyla, kişiler toplu bir şekilde hareket ederek düşüncelerini özgürce başkalarına aktarabilmektedir.

Belirli bir konu ve ortak bir amaç veya menfaat doğrultusunda bir araya gelerek kamuoyu oluşturmak isteyen kişiler, toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü sayesinde, eylemlerini etkin ve güçlü bir şekilde gerçekleştirebilmektedir. Gerçekleştirilen bu eylemler, kimi zaman, kanuna aykırılıklar oluştuğu gerekçesiyle, kolluk görevlilerinin müdahaleleri ile sonuçlanmaktadır. Bu doğrultuda ortaya çıkan uyuşmazlıklarla, adli yargıda karşılaşmak mümkündür.

Bu çalışmanın amacı, Yargıtay'ın toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü hakkındaki bakış açısını tespit ederek bu hususta bazı değerlendirmelerde bulunmaktır. Bu eksende, çalışma kapsamındaki konu hakkında, birçok Yargıtay kararı incelenmiştir. Genel olarak değerlendirildiğinde, Yargıtay'ın toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü bağlamında, özgürlükçü bir anlayışa sahip olduğu ve bu yönde olumlu kararlar verdiği söylenebilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki; Yargıtay'ın toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü hakkında özgürlükçü bir tavır tutunması ve bu yönde kararlar vermesi, demokratik bir hukuk devleti adına, sevindirici bir durumdur.

Anahtar Kelimeler: Toplantı, Gösteri Yürüyüşü, Basın Açıklaması, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü, Yargıtay.

* Türk Alman Üniversitesi Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi, ORCID: 0000-0002-1310-9713, lawlexius@gmail.com

THE FREEDOM OF ASSEMBLY AND DEMONSTRATION IN THE LIGHT OF THE SUPREME COURT'S DECISIONS

Abstract

The freedom of assembly and demonstration has a special significance and function in the context of expression of the people's ideas and in the context of transferring them to others. Considering in this axis, the freedom of assembly and demonstration is often needed in everyday life. So, any issues about the dissatisfaction or criticism are expressed with assembly, press release and demonstrations which are frequently referenced in practice. Through the specified events, people can transfer their ideas to others freely by acting all together.

People who want to create a community coming together and a common goal or interest in a particular subject line, through the freedom of assembly and demonstration, can carry out their actions in an effective and powerful way. These actions that are carried out, sometimes on the grounds of illegality occur, results in interference of enforcement officers. It is possible to encounter with conflicts arising in this direction in the judicial.

The aim of this study is to identify the Supreme Court's point of view about the freedom of assembly and demonstration and to make some assessments in this regard. In this axis, many the Supreme Court's decisions were examined about this issue. If it is evaluated in this context, it can be say that the Supreme Court has libertarian stance about the freedom of assembly and demonstration and has positive decisions in this direction. It should also be noted; the Supreme Court's libertarian stance about the freedom of assembly and demonstration is a pleasing situation on behalf of a democratic state and rule of law.

Key Words: Assembly, Demonstration, Press Release, the Freedom of Assembly and Demonstration, The Supreme Court.

Giriş

Toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü, belirli hususlar bağlamında seslerini duyurmak ve kamuoyu oluşturmak üzere bir araya gelen kişilerin günlük yaşamda sıkça ihtiyaç duyduğu ve başvurduğu bir özgürlük olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim toplantı, basın açıklaması ve gösteri yürüyüşü olarak adlandırılan eylemler aracılığıyla düşünceler etkin bir şekilde ifade edilmektedir.

Çalışma kapsamında, öncelikle, toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü hakkında bazı önemli hususlara değinilerek bu özgürlüğün işlev ve özelliklerine dikkat çekilecektir. İkinci bölümde ise, Yargıtay'ın toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü hakkında vermiş olduğu kararlar incelenerektir.

I. Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü: Özellikleri ve İşlevleri

Düşüncenin serbestçe yayılma araçlarından biri de insanların bir araya gelmeleri, karşılıklı olarak düşündüklerini birbirlerine aktarmalarıdır (Akın, 1964, s.545). Demokratik bir ülkede, demokrasinin olmazsa olmazı olarak, siyasal ve sosyal çoğulculuğu/çeşitliliği korumanın yolu, her türlü düşüncenin serbestçe ve barışçıl bir şekilde ifade edilebilmesidir (Eryılmaz ve Seyhan, 2007, s.46). Özgür bir ülkede yaşayanlar, ellerindeki hakları koruyabilmek için serbestçe toplanabilmeli, düşündüklerini birbirlerine aktarabilmelidir (Akın, 1964, s.545).

Kısaca, geçici olarak bir araya gelinmesi (Geray, 1959, s.103) şeklinde belirtilen toplantı, hakiki veya hükmi şahısların muhtelif maksat ve gayelerle geçici olarak toplanmaları ifade etmektedir (Ozanalp, 1957, s.10). O halde, toplantılar hem gerçek hem de tüzel kişiler tarafından gerçekleştirilebilmektedir ve geçici niteliktedir.

Bir olgunun hukuki anlamda toplantı olarak nitelendirilebilmesi için, bir araya gelmenin, belli bir yerde, ortak bir amaç çerçevesinde ve geçici nitelikte olması gerekir (Atalay, 1995, s.3). Toplantı, düşünce değişiminde bulunmak veya ortak çıkarları savunmak amacıyla geçici olarak bir araya gelen kişi gruplaşmasıdır (Kaboğlu, 1989, s.81). Daha geniş bir ifadeyle; toplantı, birçok kimsenin, ortak menfaatlerini korumak veya belli görüş ve fikirleri yaymak üzere, geçici bir süre için, genel yollar, parklar dışında bir araya gelmeleridir (Yarsuvat, 1968, s.34-35).Ayrıca 06.10.1983 tarih ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun[25] 2. maddesine göre; toplantı, belirli konular üzerinde halkı aydınlatmak ve bir kamuoyu yaratmak suretiyle o konuyu benimsetmek için gerçek ve tüzelkişiler tarafından bu Kanun çerçevesinde düzenlenen açık ve kapalı yer toplantılarını ifade etmektedir.

Önemle belirtmek gerekir ki; "toplantı" kavramı yerine, "toplanma" kavramını kullanmayı tercih eden (Anayurt, 1998, s.7)'a göre; toplanma, aynı yerde ikiden fazla şahsın belli bir amaçla bir araya gelmesi, buluşması veya karşılaşması olayıdır. Ayrıca başka bir tanıma göre; toplanma, kişilerin, görüşlerini açıklamak, fikir alışverişinde bulunmak için, özel veya kamuya ait, açık veya kapalı alanlarda bir araya gelmeleridir (Reisoğlu, 2001, s.90).

Toplantı dinamik bir şekilde, yani bir yürüyüş şeklinde, ya da statik şekilde, misal olarak oturma eylemi şeklinde olabilir (Tanyar, 2011: 601-602). Durağan bir gösteri "toplantı" kavramı içinde, yürüyüşlü bir gösteri ise "gösteri yürüyüşü" kavramı içinde sayılmalıdır (Şirin, 2013, s.17). Gösteri yürüyüşü; bir kısım halkın muayyen maksatla muayyen yerlerde toplanarak nutuk, umumî konuşma ve propaganda yapmaksızın belli dağılma yerlerine kadar muayyen yollardan yapacağı nümayiş yürüyüşüne denir (Ozanalp, 1957, s.38). "Nümayiş" kelimesinin karşılığı "gösteriş"tir ve birden fazla kimsenin bir araya gelerek tezahüratta bulunmalarını ifade eder (Yarsuvat, 1968, s.41).

[25] Resmi Gazete (RG) Tarih: 08.10.1983, Sayı: 18185.

Ayrıca 2911 sayılı Kanunun 2. maddesine göre; gösteri yürüyüşü, belirli konular üzerinde halkı aydınlatmak ve bir kamuoyu yaratmak suretiyle o konuyu benimsetmek için gerçek ve tüzel kişiler tarafından bu Kanun çerçevesinde düzenlenen yürüyüşleri,ifade etmektedir.

Çeşitli özgürlüklerin bir araya gelmesiyle oluşmuş bir özgürlük olarak nitelendirilen (Aygen, 1959, s.293) toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü; özellikle halk kitleleri için elverişli, pratik, ucuz ve etkili bir ifade ve baskı aracıdır (Tanör, 1994, s.107). Bir toplantının düzenlenmesini, yürütülmesini ve buna katılmayı içeren (Alpkaya, 2001, s.9) bu özgürlük sayesinde, bireyler belirli amaçlar doğrultusunda kamuoyu oluştururlar.Toplantı ve gösteri yürüyüşleri; bireylerin belli ortak çıkarları savunmak, düşünce değişiminde bulunmak ve belli fikir ve kanaatler çerçevesinde kamuoyu oluşturmak için geçici olarak bir araya gelmeleridir (İşgören, 2011, s.147). İnsanlar, toplantı ve gösteri yürüyüşleri sayesinde, kendi düşüncelerini dışa aktarmayı ve belli konularda kamuoyu oluşturmayı amaçlar. (Çözeli, 2016a, s.121). Ayrıca toplantı ve gösteri yürüyüşleri, yönetilenlerin, iktidarın politikalarından ne kadar memnun olduklarını gösterme yollarından biridir (Eryılmaz ve Seyhan, 2007, s.46).

Sunay (2001, s.182)'a göre; herkese açık olması, kullanımı bakımından basın araçlarında olduğu gibi fertlerin ekonomik durumunu göz önüne almaması, fikir ve düşüncelerin toplu bir şekilde ifadesine imkân sağlaması, toplantı ve gösteriyi en sık başvurulan baskı ve ifade aracı haline dönüştürmüş durumdadır. Toplantı, gösteri yürüyüşü ve basın açıklaması ile bireyler fikirlerini ve özellikle de tepkilerini özgürce ortaya koyarlar (Hançerli vd., 2013, s.110). Kişiler, siyasi, sosyal, kültürel vb. nedenlerle toplanırlar ve gösteriler, yürüyüşler, mitingler düzenleyerek görüşlerini toplu olarak ifade ederler (Doğru ve Nalbant, 2013, s.430).

Toplantı ve gösteri yürüyüşü ile şiddetin özendirilmesi ve sosyal ortamın gerilmesi, demokrasinin ortaya koymak istediği diyalog yolu ile çözüm sürecini engeller veya en azından o yönde katkı sağlar (Eryılmaz ve Seyhan, 2007, s.46). Toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü, şiddeti içermemesi, aleni olması, belli bir amacı taşıması gibi özellikleriyle sivil itaatsizlikle büyük oranda benzerlik göstermektedir (Sunay, 2001, s.185). Hukuk devletindeki bir eylemin sivil itaatsizlik olarak nitelendirilebilmesi öncelikle onun şiddet içermemesine bağlıdır (Gönen, 2014, s.16).

II. Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü Hakkında Yargıtay'ın Tutumu

1982 Anayasasının[26] *"Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı"* başlıklı 34. maddesinde güvence altına alınmış olan toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununda geniş bir şekilde düzenlenmiştir.Toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü hakkında detaylı açıklamalar

[26] Türkiye Cumhuriyeti Anayasası; Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG Tarih: 09.11.1982, Sayı: 17863.

içeren 2911 sayılı Kanun, birçok yasak fiili ve bu fiillerin karşılığı olan yaptırımları öngörmektedir. Bu bağlamda düşünüldüğünde; toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünün kullanımında, kanuni hükümler ihlâl edildiği gerekçesiyle, bu özgürlüğe yönelik müdahaleler ortaya çıkmaktadır. Bu eksende meydana gelen uyuşmazlıklarla adli yargıda sıkça karşılaşılmaktadır.

Toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü hakkında, Yargıtay 8. Ceza Dairesince verilen birçok karar bulunmaktadır. Verilen bu kararlardan bazılarına değinerek konu hakkında açıklamalara yer vermek gerekir.

Toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü, gerek Anayasanın 34/1 maddesi[27] ve gerekse 2911 sayılı Kanunun 3/1 maddesi[28] uyarınca, izne bağlı değildir.Toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü, mevzuatımıza göre, bildirim esasına dayanmaktadır. Fakat 2911 sayılı Kanunun 3/2 maddesi[29] uyarınca, yabancıların toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlemeleri, İçişleri Bakanlığının iznine bağlıdır. Bu bağlamda, Yargıtay'ın 1991 tarihli bir kararında[30], *İçişleri Bakanlığı'ndan izin almaksızın,* açık hava toplantısında yabancı uyruklu bir kişinin konuşturulmasının 2911 sayılı Kanuna aykırılık oluşturduğu ve böylece aynı Kanunun *"Kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşleri"* başlıklı 23/1-l maddesindeki[31] kanunsuz toplantının gerçekleştirilmiş olduğuna karar verilmiştir.Görüldüğü üzere; Yargıtay, herhangi bir kuşkuya yer vermeksizin, yabancılar için gerekli olan izin şartını açıkça vurgulamıştır.

Yargıtay, toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü ile ilgili olarak vermiş olduğu kararlarda bazı hususlara özel önem göstermektedir. Örneğin; ilk derece mahkemelerince mahkûmiyetle sonuçlandırılan birçok dava, Yargıtay tarafından bozulmuştur. Burada öne çıkan ve Yargıtay'ın dikkat çektiği en önemli husus, *kişilerin demokratik tepkileri*dir.Yargıtay'ın 2000 tarihli bir kararında[32], Üniversitedeki bir kısım olayları protesto amacıyla bir basın bildirisi okumak için, *hiçbir saldırı amacı taşımadan ve yasaların suç saydığı sloganlar atılmadan sırf demokratik bir tepkiyi ortaya koymak amacıyla* şehrin Meydanında toplanan kişilerin, bu oluş içerisindeki eylemlerinin 2911 sayılı Kanuna aykırılık oluşturmadığına karar verilmiştir.

---

[27] *"Herkes, önceden izin almadan, silahsız ve saldırısız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir."*

[28] *"Herkes, önceden izin almaksızın, bu Kanun hükümlerine göre silahsız ve saldırısız olarak kanunların suç saymadığı belirli amaçlarla toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir."*

[29] *"Yabancıların bu Kanun hükümlerine göre toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlemeleri, İçişleri Bakanlığının iznine bağlıdır."*

[30] Yargıtay8. Ceza Dairesi Kararı, E: 1991/1797, K: 1991/4621, T: 09.09.1997.

[31] *"3 üncü maddenin 2 nci fıkrası hükmüne uyulmadan, ... Yapılan toplantılar veya gösteri yürüyüşleri Kanuna aykırı sayılır."*

[32] Yargıtay8. Ceza Dairesi Kararı, E: 2000/5246, K: 2000/10192, T: 01.06.2000.

Yargıtay'ın 2000 tarihli başka bir kararında[33] ise; sendika üyesi olan sanıkların, cezaevlerindeki bazı görevlilerin başka illere sürgün edilmelerini protesto amacıyla Cezaevi önünde 2 sayfalık basın açıklamasını okumaları ve 40 kişilik bu grubun *suç oluşturmayan sloganları söylemelerinden sonra çok kısa sürede anons üzerine kendiliklerinden dağılmalarından ibaret eylemlerinin* 2911 sayılı Kanunun 28/1 maddesinde[34] tanımı yapılan suçu oluşturmadığına ve bu durumun *demokratik tepki niteliğinde* olduğuna karar verilmiştir.

Yargıtay'ın 2000 tarihli başka bir kararında[35] ise, 8 yıllık kesintisiz eğitimi ve zamları protesto amacıyla, kahve önünde masaya koyduğu 25 adet çiğ yumurtayı yemekten ibaret eylemin 2911 sayılı Kanuna (m. 28/1) aykırılık oluşturmayan *ilginç bir tepki* niteliğinde olduğuna karar verilmiştir.

Yargıtay'ın 2002 tarihli bir kararında[36], Sivas olaylarının yıldönümü dolayısıyla bir işhanı girişinde aniden toplanan 15-20 kişilik bir gruba, bazı siyasi parti, sendika ve derneklerin ortak basın bildirisi olan bir metnin yüksek sesle okunmasının 2911 sayılı Kanuna (md. 28) aykırılık oluşturmadığına karar verilmiştir.

Yargıtay'ın 2002 tarihli başka bir kararında[37] ise; siyanürle altın arama faaliyeti sürdüren bir şirketin çalışma alanına, bir kamyonun, siyanür maddesi getirdiğine ilişkin duyum alınması üzerine, (idari yargı kararlarıyla bu şirketin faaliyetlerinin durdurulmasına karşın) siyanürle altın arama çalışmalarının sürdürdüğü düşüncesi ve siyanürün insan yaşamını ve çevreyi olumsuz yönde etkileyeceği inancının ortaya çıkardığı *ani tepkiyle,* yörenin değişik köylerinden gelenlerle birlikte sanıkların, şehirlerarası karayolunda *önceden kararlaştırılmaksızın, duyarlılık kazanmış bir konuda toplumsal refleks sonucu* trafiği aksatmadan *tek sıra halinde* yürümekten ibaret eylemlerinde 2911 sayılı Kanunun 28/1 maddesinde tanımı yapılan kanunsuz toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme veya yönetme suçunun unsurlarının oluşmadığı vurgulanmıştır.

Yargıtay'ın 2002 tarihli başka bir kararında[38] ise; özelleştirme uygulamalarına tepki bağlamında sendika üyesi olan sanıkların, bulundukları ilçe merkezinde Atatürk anıtına çelenk koyduktan sonra, il merkezine hareket etmek üzere bekletilen otobüslerin olduğu yere kadar *trafiği aksatmadan, hiçbir saldırı amacı taşımadan yasa dışı eylem içinde olmaksızın sırf demokratik bir tepkiyi ortaya koymak üzere,* kendilerine katılan bir grupla birlikte 300 metre yürüdükten sonra otobüslere binip kendiliklerinden dağılmalarından

[33] Yargıtay 8. Ceza Dairesi Kararı, E: 1996/19782, K: 2000/1554, T: 03.02.2000.

[34] *"Kanuna aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşleri düzenleyen veya yönetenlerle bunların hareketlerine katılanlar, fiil daha ağır bir cezayı gerektiren ayrı bir suç teşkil etmediği takdirde bir yıl altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."*

[35] Yargıtay8. Ceza Dairesi Kararı, E: 1999/12623, K: 2000/1357, T: 02.02.2000.

[36] Yargıtay8. Ceza Dairesi Kararı, E: 2002/1414, K: 2002/5788, T: 02.05.2002.

[37] Yargıtay 8. Ceza Dairesi Kararı, E: 2002/949, K: 2002/7518, T: 27.06.2002.

[38] Yargıtay 8. Ceza Dairesi Kararı, E: 2002/486, K: 2002/5488, T: 25.04.2002.

ibaret eylemlerin 2911 sayılı Kanunun 28. maddesindeki suçu oluşturmayacağına karar verilmiştir.

Yargıtay'ın 2004 tarihli bir kararında[39], yapılacak olan termik santrali inşaatının temel atma töreninde, termik santralinin *insan yaşamını ve çevreyi olumsuz yönde etkileyeceği inancının ortaya çıkardığı ani tepkiyle* yörenin değişik yerlerinden töreni izlemeye gelen sanıkların *önceden kararlaştırmaksızın toplumsal refleks sonucu* termik santralinin yapılmamasına yönelik slogan atmak ve pankart açmaktan ibaret eylemin, 2911 sayılı Kanunun 32/1 maddesinde[40] tanımı yapılan suçun unsurlarını oluşturmadığına karar verilmiştir.

Yargıtay, *trafiğin bir müddet aksamasını* da demokratik bir eylem olarak değerlendirebilmektedir. Örneğin; Yargıtay'ın 1997 tarihli bir kararında[41], alıcıların düşük fiyat vermesi üzerine zarar eden ve tarlada mahsulü çürümekte olan domates üreticisinin dertlerini dile getirmek üzere Ziraat Odası Başkanı olan sanığın, olay günü kendisinin önderliğinde, şehirlerarası karayolundaki bir kavşakta bir araya gelen 500-600 kişilik domates üreticisinin, getirdikleri römorklu traktörlerle sadece düşük fiyat verilmesi nedeniyle ürünlerinin tarlada çürümeye bırakıldığını yetkililere duyurmak ve çözüm aramak amacıyla *traktörleri yola çekip getirdikleri domatesleri de dökerek yolu kısmen kapattıkları,* konuşmalardan sonra eylemin amaca ulaştığı belirtilerek *kendiliklerinden zor kullanılmadan* dağıldıkları bu eylemin, 2911 sayılı Kanunun 23 ve 27. maddelerinde[42] tanımlanan ve 28 ile 34. maddelerde[43] yaptırıma bağlanan suçların unsurlarını oluşturmadığına karar verilmiş ve bu eylemin *demokratik hakların elde edilmesine yönelik* bulunduğuna vurgu yapılmıştır.

Yargıtay'ın bazı kararlarında, kolluk görevlilerinin hoşgörüsü altında yapılan ve herhangi bir uyarıya dahi gerek kalmadan yani kendiliğinden dağılan grupların eyleminin,

---

[39]Yargıtay8. Ceza Dairesi Kararı, E: 2003/1359, K: 2004/1085, T: 17.02.2004.

[40] *"Kanuna aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşlerine katılanlar, ihtara ve zor kullanmaya rağmen dağılmamakta ısrar ederlerse, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçu, toplantı ve gösteri yürüyüşünü tertip edenlerin işlemesi halinde, bu fıkra hükmüne göre verilecek ceza yarı oranında artırılarak hükmolunur."*

[41]Yargıtay8. Ceza Dairesi Kararı, E: 1997/10518, K: 1997/11621, T: 09.09.1997.

[42]**Madde 23/1-e:** *"20 nci maddedeki yöntem ve şartlara ve 22 nci maddedeki yasak ve önlemlere uyulmaksızın, ... Yapılan toplantılar veya gösteri yürüyüşleri Kanuna aykırı sayılır."*
(**Madde 22/1:** *"Genel yollar ile parklarda, mabetlerde, kamu hizmeti görülen bina ve tesislerde ve bunların eklentilerinde ve Türkiye Büyük Millet Meclisine bir kilometre uzaklıktaki alan içinde toplantı yapılamaz ve şehirlerarası karayollarında gösteri yürüyüşleri düzenlenemez."*)
Madde 27/1: *"Halka karşı, doğrudan doğruya veya ses yükselten veya ileten herhangi bir alet veya araç ile söz söyleyerek veya seslenerek veya basılmış veya çoğaltılmış veya elle yazılmış veya çizilmiş kağıtları duvarlara veya diğer yerlere yapıştırarak veya dağıtarak veya benzeri araç ve yollarla halkı Kanuna aykırı toplantı veya yürüyüşe özendirmek veya kışkırtmak yasaktır."*

[43]**Madde 34/1:** *"27 nci maddedeki yasağa aykırı hareket edenler toplantı veya yürüyüş vukubulmamış veya vukubulmuş olup da ilk emir ve ihtar üzerine dağıtılmış ise, fiil daha ağır bir cezayı gerektiren ayrı bir suç teşkil etmediği takdirde bir yıl altı aydan dört yıla, toplantı ve yürüyüş zorla dağıtılmış ise üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."*

toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü ekseninde değerlendirildiği görülmektedir. Örneğin; Yargıtay'ın 2004 tarihli bir kararında[44], bir işletmenin özelleştirilmesine tepki duyan ve olay günü vardiya çıkışında, fabrika önünde kendiliğinden toplanan işletme işçileri ile birlikte hareket ederek yapılan özelleştirme işlemini protesto etmekten ibaret olan eylemde, *(dağılmaları için müdahalede bulunmayan ve uyarı yaparak olayı izlemekle yetinen polisin hoşgörüsü altında)*2911 sayılı Kanunun 28/1 maddesinde tanımı yapılan yasadışı toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme ve yönetme suçunun unsurlarının bulunmadığına karar verilmiştir. Ayrıca anılan kararda, olayın ilgili sendikayı doğrudan ilgilendiren bir konuda *demokratik bir tepki* niteliğinde kabul edilmesinin gerektiği de ifade edilmiştir.

Konuyla ilgili olarak, Yargıtay'ın 2004 tarihli başka bir kararında[45], sendika üyelerinin % 10 maaş zammı, zorunlu tasarrufların hak sahiplerine ödenmemesi, kamu çalışanlarının hak ve menfaatlerinin korunması vb. konularda istem ve düşüncelerini basın açıklaması biçiminde kamuoyu ile paylaşmak ve kamuoyunun ilgisini çekmek üzere bir Meydanda, *polisin denetimi ve hoşgörüsü içerisinde basın açıklamalarını yaparak kendiliklerinden ve hiçbir uyarıya hacet kalmaksızın* dağılmalarından ibaret eylemlerinin, *demokratik tepki niteliğinde* bulunduğuna ve bu eylemin 2911 sayılı Kanuna aykırılık oluşturmadığına karar verilmiştir.

Benzer bir hususla ilgili olarak, Yargıtay'ın 2005 tarihli bir kararında[46], İsrail'in Filistinlilere yönelik operasyonlarını protesto etmek için kendiliğinden oluşan kalabalığa, ıslık ve alkışlarla eşlik eden ve olay yerine gelen *polislerin ihtarına gerek kalmaksızın kendiliğinden dağıldıkları* anlaşılan kişilerin eyleminin 2911 sayılı Kanunun 28. maddesindeki tanımı yapılan suçu oluşturmadığına karar verilmiştir.

Toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü bağlamında, genellikle kolluk görevlilerinin sabırsızca hareket ettiği ve kanuna aykırı olduğu düşünülen toplantı ve gösteri yürüyüşlerine aceleci bir şekilde müdahalede bulunularak topluluğun erkenden dağıtıldığı görülmektedir. Başka bir deyişle; kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin dağıtılmasında kolluğa verilen yetkiye, kimi zaman vaktinden önce yani şartlar olgunlaşmadan başvurulmaktadır (Çözeli, 2016b, s.159).

Kolluk görevlilerinin topluluğa müdahalede aceleci davranmasıyla ilgili olarak, 2002 tarihli bir Yargıtay kararında[47], Çin Halk Cumhuriyetinin Doğu Türkistan politikasını protesto amacıyla bir araya gelen ve 30 kişiden ibaret olan sanıkların, kolluk görevlilerinin dağılma ihtarından sonra kendilerine dağılmaları için *makul bir süre*

[44] Yargıtay 8. Ceza Dairesi Kararı, E: 2002/12823, K: 2004/323, T: 23.01.2004.
[45]Yargıtay8. Ceza Dairesi Kararı, E: 2003/3291, K: 2004/5569, T: 17.06.2004.
[46] Yargıtay 8. Ceza Dairesi Kararı, E: 2003/11675, K: 2005/2706, T: 27.04.2005.
[47] Yargıtay 8. Ceza Dairesi Kararı, E: 2002/1143, K: 2002/6000, T: 09.05.2002.

tanınmadan yakalanıp götürülmelerinden ibaret eylemlerinde 2911 sayılı Kanunun 32/1 maddesinde tanımlanan suçun unsurlarının bulunmadığına karar verilmiştir.

Konuyla ilgili olarak, Yargıtay'ın 2006 tarihli bir kararında[48], "F tipi cezaevlerini" protesto etmek amacıyla basın açıklaması yapmak ve buna destek vermek için bir meydanda toplanmaya başladıkları sırada, *kanunların suç saydığı sloganlar atılmadan, basın açıklaması yapılmadan ve henüz toplantı ve gösteri yürüyüşü başlamadan* emniyet güçlerince dağıtılan kişiler hakkındaki mahkûmiyet kararlarının bozulmasına karar verilmiştir.

Yargıtay, bireylerin gerçekleştirdikleri toplantı ve gösteri yürüyüşleri kapsamında, suç kastına sahip olup olmadıklarına da dikkat çekmektedir. Yargıtay'ın 2004 tarihli bir kararında[49], barış, demokrasi ve kardeşlik mitingi yapmak için miting tarihinden önce gönderdiği davetiyeleri sanıkların mitinge katılacak şahısların sayısını belirlemek ve amaçlı olarak dağıtmaktan ibaret eylemlerinde *suç kastının bulunmadığına* karar verilmiştir. Bu nedenle 2911 sayılı Kanunda belirtilen suçun (m. 28 ve m. 31)[50] oluşmayacağı açıkça vurgulanmıştır.

Yargıtay, kolluk görevlilerince kanuna aykırı olarak değerlendirilerek müdahale edilen toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde, müdahale öncesinde gerekli uyarıların yapılması gerekliliğine dikkat çekmektedir. Bu bağlamda, Yargıtay'ın 1998 tarihli bir kararında[51],kolluğun müdahalesi ile sonuçlanan bir gösteri yürüyüşünün ardından, kolluk görevlilerince düzenlenen olay tutanağının, yasadışı gösteri yürüyüşüne katıldığı iddia edilen sanıkların, kolluğun müdahalesi sonucu yürüyüşün yasadışı olduğu ve dağılmaları gerektiği yönünde 2911 sayılı Kanunun 24/l maddesinde öngörülen biçimde *dağılma ihtarında* bulunulduğu yönünde açık bir bilgi içermediği ve böylece sanıklara atılı suçun yasal unsurlarının oluşmadığına karar verilmiştir. Ayrıca Yargıtay'ın 2000 tarihli bir kararında[52] ise, kolluğun *dağılma ihtarının megafonla* yapılmamış olması nedeniyle kişilerin bu ihtarı duymadıkları hususu da açıkça vurgulanmıştır.

2004 tarihli bir Yargıtay kararında[53], kolluk görevlilerince düzenlenen olay tutanağında protestocu gruba dağılmaları yönünde ikazda bulunulduğu, grubun dağılmayarak eylemlerine devam ettiği, zor kullanılarak grubun gözaltına alındığı belirtilmiş ise de; Cumhuriyet Savcısınca düzenlenen video kaset inceleme tutanağında, dağılma uyarısının yapıldığına ilişkin görüntü ve ses kaydından söz edilmediği ve

[48]Yargıtay 8. Ceza Dairesi Kararı, E: 2004/3314, K: 2006/58, T: 26.01.2006.
[49]Yargıtay8. Ceza Dairesi Kararı, E: 2003/3369, K: 2004/2600, T: 23.03.2004.
[50] Madde 31/1: *"Düzenleme kurulu başkanı ve en az altı üyesinin ad ve soyadları ile imzalarını taşımayan 26 ncı maddede yazılı propaganda vasıtalarını hazırlayanlar, yazdıranlar, bastıranlar, propaganda maksadıyla kullananlar veya sair surette 26 ncı maddedeki yasak ve şartlara uymayanlar altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."*
[51]Yargıtay8. Ceza Dairesi Kararı, E: 1997/18214, K: 1998/1806, T: 16.02.1998.
[52]Yargıtay8. Ceza Dairesi Kararı, E: 2000/5246, K: 2000/10192, T: 01.06.2000.
[53]Yargıtay8. Ceza Dairesi Kararı, E: 2003/2309, K: 2004/1968, T: 09.03.2004.

sanıkların da polisin *dağılın uyarısını* duymadıklarını beyan etmeleri karşısında, 2911 sayılı Kanunun 24. maddesine[54] uygun ihtarın yapılmadığı ve sanıkların eylemlerinin de *demokratik tepki* niteliğinde olduğu gözetilmeden, beraatleri yerine yazılı biçimde mahkûmiyetlerine karar verilmesinin, bozmayı gerektirdiği vurgulanmıştır. O halde; kolluk görevlilerince yapılan müdahale öncesinde, gruba yönelik dağılmaları hususunda gerekli ihtarlarda bulunulmalı ve bu durumun gerçekleştirildiğine dair bilgiler tutanaklar ve kamera görüntüleriyle tespit edilmelidir.

Devletin bazı yükümlülüklere sahip olduğu hususuna dikkat çeken Yargıtay'ın genel olarak, özgürlükçü bir tutuma sahip olduğu görülmektedir.Yargıtay'a göre[55]; *"...Devlet bir yandan geçerli bir neden olmaksızın toplanma özgürlüğünü ihlal etmekten kaçınırken, diğer yandan da bu hakkın kullanılmasını sağlamak için gereken önlemleri de almak zorundadır."*

Sonuç ve Öneriler

Kolektif özgürlükler içinde özel bir öneme sahip olan toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü, bireylerin düşüncelerinin başkalarına aktarılmasında büyük bir rol oynamaktadır. Böylesine önemli bir işleve sahip olan toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğüne sıkça ihtiyaç duyulmaktadır.

Toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünün kullanımından ortaya çıkan adli yargıdaki uyuşmazlıklarda, Yargıtay'ın tutumunun incelendiği bu çalışmada, öncelikle bu özgürlük hakkında bazı açıklamalarda bulunulmuştur. Bu eksende, toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünün işlev ve özelliklerine değinilmiştir. Ardından, çalışma kapsamında birçok Yargıtay kararından faydalanılmıştır.

Çalışma doğrultusunda incelenen Yargıtay kararlarının çoğunda, Yargıtay 8. Ceza Dairesinin ilk derece mahkemelerince verilen mahkûmiyet kararlarını bozduğu görülmektedir. Geçmiş yıllardan günümüze kadarki Yargıtay kararlarından bazılarına yer verilen bu çalışma sonucunda; Yargıtay'ın toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü bağlamında genel olarak özgürlükçü bir tutuma sahip olduğu değerlendirilmektedir. Ayrıca toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü bağlamında, ilk derece mahkemelerinin Yargıtay içtihatları ekseninde özgürlükçü bir tutumla hareket edebilmesi, insan hakları ve demokrasinin yerleştiği hukuk devleti adına olumlu bir adım niteliğinde olacaktır.

Kaynakça

Akın, İ. F. (1964). Toplanma Özgürlüğü. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFM), C. 30(3-4), 545-567.

[54]**Madde 24/2:** *"Bu amir, topluluğa Kanuna uyularak dağılmalarını, dağılmazlarsa zor kullanılacağını ihtar eder. Topluluk dağılmazsa zor kullanılarak dağıtılır."*

[55]YargıtayCeza Genel Kurulu Kararı, E: 2004/65, K: 2004/117, T: 11.05.2004.

Alpkaya, G. (2001). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Uygulamasında Toplanma Özgürlüğüne Hak. Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi (AÜSBFD), C. 56(3), 1-18.

Anayurt, Ö. (1998). Toplanma Hürriyeti Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Toplanma Hürriyeti. İstanbul: Kazancı Yayınları.

Atalay, E. (1995). Türkiye'de Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi (DEÜHF) Yayınları.

Aygen, C. (1959). Toplantı Hürriyeti. Yüzüncü Yıl Armağan'ı, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi (AÜSBF) Yayınları.

Çözeli, Y. (2016b), "Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Ekseninde Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü ve Türkiye Örneği. Ankara: Adalet Yayınevi.

Çözeli, Y. (2016a). Karşılaştırmalı Olarak Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgelerinde Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü. Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S. 2016/2, 121-172.

Çözeli, Y. (2016b). Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Ekseninde Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü ve Türkiye Örneği. Ankara: Adalet Yayınevi.

Doğru, O. ve Nalbant A. (2013). İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar: 2. Cilt. İstanbul: Legal Yayıncılık.

Eryılmaz, M. B. ve Seyhan, K. (2007). Türk ve İngiliz Hukukunda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı. Türk İdare Dergisi (TİD), S. 455, 45-79.

Geray, C. (1959). Türkiye'de Toplanma Hürriyetinin Düzenlenmesi. Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi (AÜSBFD), C. 14(4), 100-118.

Gönen, Y. (2011). İnsan Haklarının Korunma Yöntemi Olarak Sivil İtaatsizlik. e-akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, S. 116, 16.

Hançerli, S. vd. (2013. Toplumsal Olaylarda ve Kanunsuz Eylemlerde Katılım ve Saldırganlık. Polis Bilimleri Dergisi (PBD), C. 15(2), 109-134.

İşgören, A. (2011). Türk Hukukunda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri. Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Kaboğlu, İ. Ö. (1989). Kolektif Özgürlükler. Diyarbakır: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi (DÜHF) Yayınları.

Ozanalp, Ş. (1957). İdare Hukukunda Toplanma Hürriyeti-Toplantılar ve Gösteri Yürüyüşleri. Ankara: Ayyıldız Matbaası.

Reisoğlu, S. (2001). Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları. İstanbul: Beta Basım Yayım.

Sunay, R. (2001). Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları. Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu.

Şirin, T. (2013). 30 Soruda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı (Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Işığında). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Tanör, B. (1994). Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu. Genişletilmiş Yenilenmiş 3. Baskı, İstanbul: BDS Yayınları.

Tanyar, Z.Ç. (2011). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD), C. 60(3), 593-634.

Yarsuvat, D. (1968). Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hürriyeti ve İlgili Ceza Hükümleri. Doktora Tezi, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi (İÜHF) Yayınları.

TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'DA SON DÖNEMLERDE YAPILAN USUL HUKUKUNA İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLERE YÖNELİK BİR DEĞERLENDİRME

Prof. Dr. İbrahim ERMENEK*

Özet

Ekonomik hayatta meydana gelen dalgalanmalarla birlikte son dönemlerde hukuk sistemimizde tüketici hukukunu da ilgilendiren bazı önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerden bazıları tüketicinin hak arama ve adalete erişim hakkını doğrudan ilgilendirmektedir. Bu çalışmada işaret ettiğimiz değişikliklerden tüketicinin hak arama özgürlüğünün ve adalete erişim hakkının ne şekilde etkilendiği üzerinde durulacaktır. İşaret ettiğimiz kapsamda yapılan bazı kanun değişiklikleri aşağıdaki gibidir:

7392 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile Kat Mülkiyeti Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun bazı hükümleri değiştirilmiştir. Bu değişikliklerden en dikkat çekeni il tüketici hakem heyeti -ilçe tüketici hakem heyeti ayrımının kaldırılmış olmasıdır. Ayrıca tüketici hakem heyetlerinin görev sınırı otuzbin Türk lirasına çıkarılmıştır.

Tüketici hukuku alanında son dönemde yapılan ve usul hukukunu ilgilendiren bir diğer değişiklik ise 7063 sayılı Kanunun ile 6502 sayılı Kanun'un 68'inci maddesinin ilk fıkrasına eklenen "Tarafların İcra ve İflas Kanunundaki hakları saklı kalmak kaydıyla" ibaresidir. Satıcı ve sağlayıcı ile tüketici arasındaki menfaat dengesini tüketici aleyhine bozan bu düzenleme, Anayasanın 172'nci maddesi ile sorunlu olmasına rağmen, anayasaya aykırılık itirazı Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmiştir.

* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra – İflas Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi, e posta:ibrahim.ermenek@hbv.edu.tr, **ORCID:** 0000-0002-2823-7646

Daha önceki dönemlerde ise 10.9.2014 Tarih ve 6552 sayılı Kanun ile 6502 sayılı Kanun'un 70'nci maddesinin birinci fıkrasına, tüketici hakem heyetlerince vekâlet ücreti ödenmesine karar verilemez" ifadesi eklenmişti. Bu düzenleme, özellikle 6.12.2018 T ve 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarının Tahsili Hakkında Kanunun tüketiciyi ilgilendiren hükümleri ile birlikte değerlendirildiğinde, tüketicilerin avukatla temsil ve kendilerine hukuki destek sağlanması bakımından önemli sorunlarla karşılaşmasına neden olmaktadır. 6502 sayılı Kanunda daha önce 22.7.2020 Tarih ve 7251 sayılı Kanun ile arabulucuya başvuru zorunluluğuna ilişkin bazı değişiklikler yapılmıştır. Ancak çalışmamızda bu konu üzerinde (fazlaca çalışma yapıldığından) ayrıntılı durulmayacak, sadece tüketici hukuku bakımından doğurduğu usuli sorunlara işaret edilecektir.

Söz konusu yasal değişikliler Yargıtay'ın belirsiz alacak davası ve kısmi dava bakımından verdiği kararlar ile birlikte ele alınıp değerlendirildikten sonra, maddi hukukla tüketici lehine sağlanan hakların kullanılmasının usul hükümleri ile nasıl engellendiği ortaya konulacak ve nihayet bu durumun hak arama özgürlüğü ve adalete erişim hakkına yansımalarına işaret edilerek sunum tamamlanacaktır.

Anahtar Kelimeler: Tüketici hukuku, tüketici hakem heyeti, tüketici mahkemesi, tüketici sorunları, fiili uygulamalar

GİRİŞ

Teknoloji alanındaki hızlı değişimden ve ekonomik dalgalanmalardan tüketiciler kitlesel olarak etkilenmektedirler. Bu etkiden sebep son dönemlerde tüketicileri ilgilendiren mevzuatta sıklıkla değişiklikler yapılmaktadır. Bu değişiklilerin tüketiciler lehine olup olmadığı ise tam bir muammadır. Başka bir ifade ile tüketiciler işaret ettiğimiz değişikliklerin kendi menfaatlerine olup olmadığını uzunca bir süre idrak edememektedir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sının 2'nci maddesin göre; Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir. Ayrıca 172'nci maddesi " Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder" hükmünü ihtiva etmektedir. Yine

hak arama hürriyeti başlığını taşıyan 36'ncı maddesine göre, herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.

İşaret ettiğimiz Anayasa hükümleri ile, genel çerçevede sosyal hukuk devletinde sosyal adaletin tesis edilmesi veya hukuki ilişkinin tarafları arasında kurulan menfaat dengesinin bozulması hallerinde adalete etkin olarak ulaşılabilmesinin amaçlandığını söylemek mümkündür. Ayrıca bu düzenlemelerden, devletten hukuki ilişkilerde işlemin zayıf tarafı olarak kabul edilen tüketicilerin korunması bakımından özel bir hassasiyet göstermesinin beklendiği anlaşılmaktadır.

Bu çalışmada tüketici hukuku alanında son dönemlerde yapılan yasal değişikliklerin Anayasa'nın işaret ettiğimiz hükümleri ile uyumlu olup olmadığı, ilgili konularda verilmiş yargı kararları da dikkate alınarak ele alınıp incelenecektir. Ancak, bu değişiklikler ele alınıp incelenirken detaylardan ziyade tüketicinin korunması bakımından ortaya çıktığını düşündüğümüz amaçsal sapmaya dikkat çekilecektir.

Dikkati çekmek istediğimiz amaçsal sapmanın, finansal olarak şirketlerin devletlere yaptığı baskı, yasal karmaşa, icra hukukunun tehdit edici fonksiyonu ve içtihat sorunlarından kaynaklandığı düşünülmektedir. Sunumumuz da bu başlıklar dikkate alınarak şekillendirilmiştir.

A) FİNANSAL OLARAK GÜÇLÜ ŞİRKETLERİN DEVLETLER ÜZERİNDEKİ BASKISI

Sanayi devrimi ile birlikte ortaya çıkan sermayenin ve mülkiyetin desteklenmesi ve serbest piyasa ekonomisi zamanla güçlü sermaye ve mülkiyet yapılarını ortaya çıkarmıştır. Soğuk savaş döneminin sona ermesi ile birlikte oldukça güçlenen çok uluslu şirketler, hem uluslararası hem de ulusal ekonomi

politikalarının belirlenmesinde çok daha etkin bir rol oynamaya başlamıştır.[56] Sanayi devrimi ile başlayan sermayenin (girişimcinin – girişim özgürlüğünün) ve özel mülkiyetin desteklenmesi eğilimi teknoloji devrimi ile birlikte başka bir evreye geçmiştir.

Bu dönem içerisinde uluslararası dolaşan sermayeden pay kapmak veya ülkesine doğrudan yatırım çekmek isteyen ülkeler ile çok uluslu şirketler arasında yeni bir etkileşim biçimi ortaya çıkmış; bu etkileşim biçiminde, ülkelerin egemenlik hakları ile şirketlerin tekelci yaklaşım ve talepleri karşı karşıya gelmiştir. Bu çerçevede devletler kendi egemenlik haklarından kısmen vazgeçerek[57] çok uluslu veya ekonomik olarak çok güçlü olan şirketlerle onların istediği koşullarda sözleşmeler yaparak, uyuşmazlık çözümlerinde çoğu kere bu şirketlerin müdahalesine açık veya bir şekilde organik bağ olduğu sezgisi yaratan uluslararası tahkim merkezlerinin yetkisini kabul etmişler ya da milli hukuklarında yaptıkları değişiklerle hak aramayı fiili olarak zorlaştırmışlardır.

Milli hukuk alanında yapılan değişikliklerle sözleşme özgürlüğünün daha ziyade ekonomik olarak güçlü şirketlerin menfaatlerini koruyacak şekilde sınırlandırıldığı gözlemlenmektedir. Bu sınırlandırma uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk bakımından (iç kamuoyu baskısı ile) zayıf tarafı koruyucu hükümler şeklinde tezahür etmekle birlikte, usule ilişkin hükümlerle esasa ilişkin koruyucu hükümler uygulanamaz hâle getirilmektedir.[58] Bu bağlamda idarî

---

56 **Mütevellioğlu**, Nergis; "Sermayenin Küreselleşmesine Karşı Küresel Sosyal Haklar", *Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu III,* Kocaeli 2011, s. 101 vd.; Sermayenin küreselleşmesine sosyal hakların küreselleşmesi şeklinde bir karşılık verilmelidir. Sosyal hakların küreselleşmesi, herkese dini, ırkı, milliyeti ve cinsiyeti ne olursa olsun insan onuruna uygun bir hayat sürebilmesi için toplumsal refahtan adil ve eşit pay verilmesi ve herkesin sosyal güvenliğinin sağlanması şeklinde tezahür etmeli ve ayrıca sermayenin uluslararası dolaşımına karşı emeğin de kayıtsız şartsız uluslararası dolaşımı kabul edilmelidir. Bkz. **Mütevellioğlu**, s. 105 vd.

57 Küreselleşme nedeniyle devletlerin, her geçen gün vatandaşların refahının sağlanması ve sosyal hakların gerçekleştirilmesi bakımından daha fazla dezavantajlı konuma düştüğü; bu süreçte ulus devletlerin özerkliğinin ve politika üretme kapasitelerinin önemli ölçüde zedelenmesi nedeniyle uluslararası sermayenin işlerini yürüten bürolara dönüşmek üzere olduğu; artık birçok devletin piyasayı düzenleme ve denetleme yönündeki eski politikalarını terk ederek yalnızca piyasa güçlerinin işlerini kolaylaştırma rolü üstlendiği hakkındaki görüş için bkz.**Uygun**, Oktay; "Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi", *Anayasa Yargısı,* 2003-19/1, dn. 40 civarı.

58 **Atalı,** Murat; "6502 sayılı Kanun'un Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan*, C. I, Ankara 2014, s. 403 vd.,; **Bahadır**,

denetim yapacak kurum ve kuruluşlar ile kamuoyu adına denetim yapacak kurumların fonksiyonunu ifa edemez hale gelmeleri veya edilgen fonksiyonlu yapılara dönüştürülmeleri de dikkate değerdir. Başka bir ifade ile zayıf taraf Anayasa hükümlerine uygun olarak korunmak yerine korunuyormuş gibi davranılmaktadır.

Diğer taraftan finansal olarak güçlü şirketlerin bu baskısı, ilişkide oldukları ülkelerde ortaya çıkması muhtemel olan ve kendilerini ilgilendiren iç hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde uygulanacak hukuk kurallarını kendi lehlerine değiştirmeye zorlama şeklinde de tezahür etmektedir. Finansal olarak güçlü şirketlerin bu yöndeki baskıları öteden beri hukukun bütününü ilgilendirecek şekilde "hukuku bilmemek mazeret sayılmaz" şeklinde tezahür ederken, ticaret hukuku alanında "basiretli tacir gibi davranma", yargılama hukuku alanında "hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin kullanılamaması, icra ve iflas hukuku alanında önemli değişikliklerin çok büyük bir kısmının "yatırım ortamının iyileştirilmesine ilişkin kanun değişiklikleri içerisinde yapılması" vb şekilde kendisini göstermektedir. İşaret ettiğimiz bu enstrümanların çoğu kere amacı dışında; hukuka riayet eden, ona saygılı davranan, dürüst insanların hukuktan olan haklı beklentileri ortadan kaldıracak şekilde kullanıldığı gözlemlenmektedir.

Finansal olarak güçlü şirketler ile devletler arasında ortaya çıkan bu ilişki iktisadi ve sosyal hayat bakımın zamansal, mekânsal ve organizasyonel olarak yeni tip bir bağımlılık ilişkisi ortaya çıkarmakta; bu ilişki iş hukuku ve tüketici hukuku alanını doğrudan etkilemekte, şirketler arasındaki ilişki de ise rekabeti önemli derece sınırlandırıcı bir etki fonksiyon ifa etmektedir. Ortaya çıkan bu yeni ilişki biçiminde devletler, uyuşmazlık çözümü için egemenliklerinin bir tezahürü olan yargı mercilerinin yargı yetkisi dışında kalan çözüm seçeneklerini kabule zorlanmaktadırlar. Bu uluslararası tahkim, tahkim, arabuluculuk vesaire şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

Zeynep; "Abonelik Sözleşmelerinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü", *AHBVÜHFD*, 2019, 23(3), s. 146.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 68'nci maddesinin 5'nci fıkrasında ve yine aynı Kanun'a eklenen 73/A maddesinde bu düşüncenin izlerini bulmak mümkündür. Zira TKHK m.68/5'de, tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunluluğunun ilgili mevzuata göre alternatif çözüm yollarına başvuruya engel olmayacağına işaret edilmektedir. Bu düzenlemeye göre uyuşmazlık miktarının otuzbin Türk lirasının altında olduğu uyuşmazlıklarda taraflar dilerse ihtiyari arabuluculuk yoluna, dilerse tahkim yoluna başvurabilecek ancak mahkemeye başvuramayacaktır. Kanun'un 73/A maddesi ise arabulucuya başvuru zorunluluğunu düzenlemektedir. Bu düzenlemeye göre tüketici (veya satıcı ya da sağlayıcı) otuzbin Türk lirasını geçen uyuşmazlıklarda dilerse ihtiyari arabulucuya, dilerse tahkim yoluna başvurabilecek, bu başvuralar için dava şartı engeline takılmayacak; ancak devlet mahkemesine başvurmak istediğinde önce arabulucuya gitmek zorunda kalacaktır.

B) YASAL KARMAŞA

Tüketici hukuku esasında kısmen kamu düzenini ilgilendiren bir hukuk alandır. Bununla birlikte hem, ihtiyari tahkim, hem ihtiyari arabuluculuk hem de belirli miktarı aşan uyuşmazlıklar bakımından arabulucuya zorunlu başvuru yolları açıktır. Ayrıca hakem heyetlerinin görev alanına giren uyuşmazlıklar bakımından hakem heyetine başvurulmaksızın ilamsız icra yoluna başvurulmuşsa, bu andan itibaren açılacak davalar da arabulucuya başvuru zorunluluğuna tâbidir.

Tüketicinin korunması bakımından Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da tüketici uyuşmazlıklarının çözümü için esasında iki farklı mercii öngörülmüştür. Bunlar tüketici mahkemeleri ve tüketici hakem heyetleridir. Tüketici hakem heyetinin vermiş olduğu kararlara karşı tüketici mahkemelerine itiraz etmek mümkündür. Tüketici mahkemelerinin verdiği kararlar bakımından ise kural olarak istinaf ve temyiz yollarına başvurulabilmektedir.

Tüketicinin korunması için alternatif hak arama yöntemleri sunulmuş olması tüketiciler bakımından bir avantajmış gibi görünmekle birlikte, bu durum esasında tamamen tüketici bilincinin gelişmesi ve tüketicinin yeterli ve ekonomik hukuki yardıma erişebilmesi ile doğrudan ilgilidir. Zira tüketicinin zayıf taraf

olarak görülmesi ve daha fazla korunmaya mazhar kabul edilmesinin ilk ve en önemli nedeni entelektüel yetersizliğidir. Ayrıca teknoloji devriminin üretim ve tüketim modellerinde gerçekleştirdiği köklü değişikliklerin beraberinde getirdiği tüketime konu mal ve hizmetlerin içeriksel olarak kontrol edilemezliği de önemli bir etkendir. Ortaya çıkan bu durum, entelektüel yetersizliğin yanı sıra, bireysel olarak mücadele etme gücü düşük ve fiilî uygulamalar karşısında savunmasız bir tüketici kitlesi yaratmıştır. İhtiyaç duyulan mal ve hizmet konusundaki özel ve teknik bilgi eksikliği ile sözleşme ve içeriği konusundaki yeterli hukukî bilgiye sahip olmama, haklı olduğu yönündeki düşüncesini delillendirmekte yaşanan güçlük, günlük hayatın karmaşası, uyuşmazlıkların değerinin düşük olması ve alternatif maliyetler tüketicinin bireysel mücadele gücünü zayıflatan önemli etkenler olarak karşımıza çıkmaktadır.[59]

Tüketiciler için hak arama yollarının çeşitliliğinden ziyade önemli olan adalete hızlı erişim, ihlalin ortadan kaldırılması ve sonuçlarının etkin biçimde giderilmesidir. Adalete hızlı erişime ve ihlalin soncunun etkin giderimine hizmet etmeyen yöntemler tüketiciyi hak aramaktan caydırıcı bir etki gösterirler. Buna karşılık, hak arama yöntemlerinin çeşitliliği ve bunlar arasındaki ilişkinin karmaşıklığının tüketicilere yönelik ihlallerde ısrar bakımından satıcı ve sağlayıcıları cesaretlendirdiğini söylemek mümkündür.

Tüketici hak arama özgürlüğünü kullanmak istediğinde ne zaman arabulucuya, ne zaman tüketici hakem heyetine ne zaman mahkemelere ne zaman icra dairelerine başvuracağına ilişkin düzenlemeler karmaşık ve bu mercilerin görev sınırlarının kapsamı net değildir. Ayrıca tüketici doğrudan ilamsız takip yoluna başvurduğunda (ya da tüketici aleyhine bu yola başvurduğunda) başvurabileceği hukuki yollar yine karmaşıktır. Zira otuzbin Türk lirasının altında kalan tüketici uyuşmazlıkları için tüketici hakem heyetine başvuru zorunludur. Ancak TKHK m.68/1'e göre tarafların tüketici hakem heyetine başvurmadan ilamsız icra yoluna gitmesi mümkündür. Ancak takibe itiraz edilmesi halinde itirazın iptali davası açılmak istenirse arabulucuya başvuru da zorunludur. Fakat

[59] **Özel**, Çağlar; *Tüketicinin Korunması Hukuku,* Ankara 2019, s. 37, 38.

itirazın kaldırılması yolu tercih edilirse arabulucuya başvuru zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu ihtimalde itirazın iptali davası ve itirazın kaldırılması (geçici ve kesin kaldırma ayrı ayrı) koşulları dikkate alındığında yeterli hukuki donanıma sahip olmayan veya hukuki destek alamayan tüketiciler bakımından hak arama yoluna başvurulması sonunun ne zaman geleceği belli olmayan psikolojik bir şiddete dönüşmektedir. Mahkemelerin, icra dairelerinin ve tüketici hakem heyetlerinin görev ve yetki sınırlarından kaynaklanan belirsizlikler de işin cabasıdır. [60]

Meseleye ilişkin dikkate çekilmesi gereken diğer bir husus ise 6502 sayılı Kanun'un 70'nci maddesinin birinci fıkrasına 6552 sayılı Kanun değişikliği ile eklenen, "tüketici hakem heyetlerince vekâlet ücreti ödenmesine karar verilemez" şeklindeki hükümdür. Bu düzenleme, özellikle 6.12.2018 T ve 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarının Tahsili Hakkında Kanunun tüketiciyi ilgilendiren hükümleri ile birlikte değerlendirildiğinde, tüketicilerin avukatla temsil ve kendilerine hukuki destek sağlanması bakımından önemli sorunlarla karşılaşmasına neden olmaktadır. Bu hususa aşağıda ayrıca değinilmektedir. Meseleye burada değinilmesinin nedeni entelektüel bağımlılığı bulunan tüketicinin hukuki hizmetlere ulaşmasında yaşadığı zorluğa dikkat çekmektir.

Son dönemde işaret ettiğimiz yasal karmaşanın bir kısmını ortadan kaldırmaya yönelik değişiklikler de yapılmıştır. Bu bağlamda 6502 sayılı Kanun'da 7392 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle (böyle bir ayrıma neden

[60] *"Zira, ipoteğin fekki, tapu sicilinde işlem yapılmasını gerektirdiğinden, bu konuda karar verilmesi görevi Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri`ne değil, somut uyuşmazlık yönüyle tüketici mahkemesine ait bulunmaktadır. Ayrıca, ipoteğin fekki yönüyle dava değeri 350 TL masraf değil, dava dilekçesinde gösterilen ipotek bedeli olan 70.487 TL dir…Göreve dair az yukarda yer verilen kanun hükümlerinin bir bütün olarak değerlendirilmesi sonucu, 4077 Sayılı Kanun kapsamında bulunan bir uyuşmazlıkta, asıl olan tüketici mahkemesinin görevli olmasıdır. TSHH`ne zorunlu olarak başvuruyu düzenleyen kanun hükmü, uyuşmazlığın değeri bakımından bir sınırlamayı içermektedir. Bunun anlamı, TSHH`nin görev alanının dar, tersine tüketici mahkemelerinin görev alanının ise daha geniş olduğudur. Göreve dair bir belirsizlik ve tereddüt halinde, istisnai kanun hükümlerinin dar yorumlanması gerektiğine dair hukukun genel ilkesi uyarınca, tüketici lehine ve TSHH`nin görevinin sınırlı olduğu gözetilerek, tüketici mahkemesinin görevli olduğunu kabul etmek gerekir" HGK 28.03.2012 T, 2012/13-23 E ve 2012/255 K.* sayılı Kararı için bkz,. www.kazanci.com.tr, e.t: 12.05.2020.

ihtiyaç duyulduğu anlaşılamayan) il tüketici hakem heyeti - ilçe tüketici hakem heyeti ayrımının kaldırılmış olması önemlidir. Yine aynı Kanun değişikliği ile tüketici hakem heyeti kararlarına karşı sadece hakem heyetinin bulunduğu yer tüketici mahkemesine itiraz edilebilmesi kuralından vazgeçilerek tüketiciye kendi yerleşim yerindeki tüketici mahkemesine de itiraz edebilme imkânı tanınmıştır (TKHK m. 70/3).

7392 sayılı Kanun değişikliği ile bazı yasal karmaşalar giderilmekle birlikte yeni yasal karmaşalar da getirilmiştir. Bu değişiklikle tüketici hakem heyeti kararlarının taraflara yazılı olarak bildirilmesi kuralından vazgeçilerek, taraflara veya vekiline tebliğ zorunluluğu getirilmiştir. Ancak yapılacak tebligat bakımından elektronik tebligatta 213 sayılı VUK m.107/A hükümlerine atıf yapılmışken, bu hükme göre tebligatın yapılmadığı hallerde tebligatın 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre yapılması esası benimsenmiştir (TKHK m.70/2). Tebligat Kanunu'nda tarafların hukuki dinlenilme hakkına riayet için elektronik tebligatın uygulanması sıkı koşullara bağlanmışken, Vergi Usul Kanunu'nda vergi mükellefi olmak yeterlidir. Ayrıca Maliye Bakanlığı elektronik tebligat adresi kullanma zorunluluğu getirmeye yetkilidir. Bu değişiklikle tüketici olmayanlar için sağlanmaya çalışılan hukuki güvenlik, tüketicilerden esirgenmektedir.

C) İCRA HUKUKUNUN TEHDİT EDİCİ FONKSİYONU

Tüketici hukuku alanında son dönemde yapılan değişikliklerin bir başka ortak özelliği ise tüketiciyi doğrudan icra (haciz) tehdidi ile karşı karşıya bırakmasıdır. İcra hukukunun tehdit edici fonksiyonu tüketici hukuku alanında iki farklı görünüme sahiptir. Bunlardan ilki, tüketicinin hukuki bilgi yetersizliği, başvurulacak mercii ve usullerdeki karmaşa, ödeme emrinde yer alan haciz tehdidi, görece uyuşmazlık değerinin düşük olması gibi nedenlerle ödeme emrini alan tüketicilerin hak arama yollarını kullanmak yerine (kendi haklılığına inansa dahi) bir an önce ödeme yaparak bir beladan kurutulma düşüncesidir. Zira özellikle tüketicinin entelektüel yetersizliği ve maruz kaldığı psikolojik şiddet onun üzerinde yıldırıcı bir etki göstermekte ve onu edilgen bir yapıya

büründürülmektedir. Benzer durumlarda çoğu tüketici cebri icraya dahi maruz kalmaksızın kendilerinden haksız talep edilen bedelleri ödemektedir.

Tüketicinin içinde bulunduğu bu psikolojik durum satıcı ve sağlayıcı bakımından icra hukukunun tehdit edici fonksiyonunun diğer görünümünü ortaya çıkarmakta, bu yönü ile onları hukuka aykırı davranmaya adeta teşvik etmektedir. Bu durum özellikle tüketiciye yönelik fiili uygulamalarda kendisini göstermekte, bazı şirketler için tüketiciler karşılıksız sermaye toplamanın bir aracı haline getirilmektedir.

Soruna ilişkin olarak öncelikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un madde 68/1 hükmünde 7063 sayılı Kanun'la yapılan değişikliğe işaret edilmelidir. Zira bu Kanun değişikliği ile ilgili hükme "Tarafların İcra ve İflas Kanunundaki hakları saklı kalmak kaydıyla" ibaresi eklenmiştir[61]. Bu değişiklikten önce Yargıtay, nasıl ki tüketiciler tüketici hakem heyetlerinin görev sınırı içerisinde kalan uyuşmazlıklar bakımından hakem heyetine müracaat etmeksizin ilamsız icra yoluna gidemiyorsa aynı şekilde satıcı ve sağlayıcıların da tüketici hakem heyetine başvurmaksızın ilamsız icra takibi yapamayacağı yönünde kararlar vermekte idi.[62] Kanımızca işaret ettiğimiz değişiklik ile Yargıtay'ın tüketici lehine getirdiği çok önemli bir koruma kalkanı kanun koyucunun bilinçli bir tercihi ile kaldırılmıştır.

İşaret ettiğimiz soruna ilişkin olarak son dönemde yapılan değişikliklerden 7155 sayılı Abonelik Sözleşmelerinden Kaynaklanan Para Alacaklarının Tahsili Hakkında Kanunda yer alan bazı hükümler üzerinde de durmak gerekir. 7155 sayılı

[61] Bu hükmün Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülmüşse de, Anayasa Mahkemesi, statüsel eşitlikten hareketle bu düzenlemenin eşitlik ilkesine aykırı olmadığı; ayrıca TKHK m.68/1'e eklenen hükümden tüketicilerin de yararlanabileceği, bu nedenle ilgili düzenlemenin Any m.172'ye aykırı sayılamayacağı, ilgili düzenlemenin Yasama Organın takdir yetkisi kapsamında kaldığı gerekçeleri ile Anayasa'ya aykırılık talebinin reddine karar vermiştir. Bkz., Any. Mah. 14.11.2019 ve 99/83 K sayılı Kararı için bkz, www.anayasa.gov.tr, e.t: 30.06.2020.

[62] *"6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 68.maddesinde belirlenen miktarın altında kalan uyuşmazlıklar için, icra takibi yapılmadan veya dava açılmadan önce tüketici hakem heyetine müracaat edilmesi zorunludur"* Y. 13. HD. 18.03.2015 T ve 10571/8738 K sayılı Kararı için bkz. www.kazanci.com.tr, e.t:12.02.2020.

Kanun'un yürürlüğe girmesi ile birlikte uygulanmaya başlayan MTS sistemi üzerinden elektronik imza kullanma yoluyla işlem yapabilme yetkisi alacaklı taraf vekiline verilmişken, bu sistem bakımından tüketici avukatla temsil zorunluluğundan mahrum bırakılmıştır. Ödeme emrine itiraz etmek isteyen tüketicinin kendisi veya vekili fiziki olarak icra dairesine giderek itiraz etmek durumundadır. Her ne kadar tüketici vekili itiraz edemese de tüketicinin kendisi elektronik imza kullanarak ödeme emrine itiraz edebilmektedir. Ancak tüketicinin elektronik imza kullanmak suretiyle itiraz edebilmesi için, öncelikle bir bilgisayarı ve elektronik imzası bulunması ve UDF Formatını kullanabiliyor olması gerekir. Bu imkâna ve aynı zamanda yeterli düzeyde tüketici bilincine sahip olan tüketici sayısının istatistiki bir değerinin olup olmadığı ise muammadır!

7155 sayılı Kanun'un madde 8/4 hükmünde yer alan "Ödeme emrinin tebliği tarihinden itibaren iki yıl içinde haciz talep edilmezse takip düşer" şeklindeki düzenlemede yer alan "iki yıl" ifadesi 7343 sayılı Kanun ile "beş yıl" olarak değiştirilmiştir. Bu düzenlemeye göre satıcı veya sağlayıcı tüketiciye karşı ilamsız takip başlatacak, ödeme emrini tebliğ ettirdikten sonra haciz talep etmek için beş yıllık bir süreye sahip olacaktır. Yani, beş yıl boyunca her an haciz talep edilebileceği düşüncesi tüketicinin üzerinde Demokles'in kılıcı gibi sallanacaktır. Bu düzenleme ile haciz isteme süresinin beş yıla çıkarılmasının tek nedeni icra tehdidinin devam ettirilmesi ve kara listeye alınarak, tüketicinin birçoğu tekel mahiyetinde olan bazı kamu hizmetlerinden yararlanmasının engellenmesidir. Bu düzenleme değerlendirilirken İcra ve İflas Kanunu'na göre haciz isteme süresinin ödeme emrinin tebliği tarihiden itibaren bir yıl olduğu unutulmamalıdır (İİK m. 78/2).

D) İÇTİHAT SORUNU

Tüketici Hakem Heyetinin görev alanına giren uyuşmazlıklar bakımından sadece tüketici mahkemelerine itiraz edilebilmekte, itiraz üzerine tüketici mahkemesi tarafından verilen kararlara karşı istinaf ve temyiz yoluna başvurmak mümkün olmamaktadır. Bu nedenle tüketici hakem heyetinin görev alanına giren uyuşmazlıklar bakımından bir içtihat oluşması zorlaşmakta; bu konuda bir içtihat

oluşması ancak tüketici mahkemelerinin görev alanına giren (daha yüksek miktarlı) uyuşmazlıkların ortaya çıkması ve bu uyuşmazlıkların yargıya intikal ettirilmesi ile veya tüketici hakem heyetinin görev alanına giren uyuşmazlıklar bakımından kanun yararına bozma karaları ile mümkün olmaktadır. Ancak usule ilişkin sorunlarda içtihat ortaya çıkması çok daha zor olmakta veya bu uzun zaman almaktadır. Konuya ilişkin olarak tüketici hakem heyetlerinin görev alanına giren bir uyuşmazlık için takipten önce tedbir kararının hangi mercii tarafından verileceği uzun yıllar bir sorun olarak kalmıştır. Bu konuda tüketici mahkemeleri uyuşmazlığın esasının hakem heyetlerince çözüleceği; tüketici hakem heyetleri ise tedbir kararının sadece mahkemeler tarafından verilebileceği gerekçesi ile tedbir kararı vermekten kaçınmıştır. Sorun ancak 2020 yılında Yargıtay 3'ncü hukuk dairesinin kanun yararına bozma kararı ile çözülebilmiştir[63]. Bu belirsizlik nedeni ile tüketiciler yirmi yıldan daha uzun bir süre tedbir kararlarının sağlayacağı korumadan mahrum kalmışlardır. Hiç kuşkusuz bu sorunların ortaya çıkmasında tüketici hakem heyetlerinin hukuki statüsünün belirsizliği de önemli bir rol oynamaktadır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, son dönemlerde özellikle tüketici hakem heyetinin görev alanına giren uyuşmazlıklar hakkında belirsiz alacak davası ve kısmi dava bakımından verdiği kararlar da ilginçtir. Hukuk Genel Kurulu, belirsiz alacak davası olarak açılmak istenen ve talep tarihi itibari ile dilekçede gösterilen miktarın tüketici hakem heyetinin görev sınırı içerisinde kaldığı uyuşmazlıklarda tüketici hakem heyetinin görevli olduğuna karar vermiştir[64].

[63] "Somut olayda mahkemece; "davacı tarafın davaya konu ettiği bedelin 993.10 TL olduğu, bu miktarın tüketici 2019 yılında tüketici hakem heyetleri için belirlenen 8.480TL nin altında kaldığı, bu konuda karar verme yetkisinin tüketici hakem heyetlerinde olduğu" gerekçesi ile ihtiyati tedbir talebinin görevsizlik nedeni ile reddine karar verilmiş ise de, yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda ihtiyati tedbir talebinin kanunun açıkça izin verdiği haller dışında, ancak mahkemelerden istenebileceği, Anayasa Mahkemesi'nin tüketici hakem heyetlerinin "mahkeme" niteliği taşımadığına ilişkin kararı ile birlikte değerlendirildiğinde mahkemece yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı bulunduğundan, talebin kabulü ile hükmün 6100 sayılı HMK'nın 363/1 hükmü gereği kanun yararına bozulmasına karar verilmiştir" Y.3 HD 17.02.2020 T, 2019/ 6228 Eve 2020/1352 K, bkz 17.03.2020 T ve 31071 Sayılı RG.

[64] "*Tüm bu açıklamalar ışığında somut olay irdelendiğinde; davacı vekili belirsiz alacak davası şeklinde ileri sürdüğü alacak isteminde, talep tarihi itibariyle tüketici hakem heyetlerinin zorunlu görev sınırı dâhilinde bir değeri göstermiş olup bu hâlde öncelikle tüketici hakem heyetine başvuruda bulunulması gereklidir. Bu aşama tamamlanmaksızın dava açılması nedeniyle tüketici mahkemesinin dava*

Buna karşılık kısmi dava söz konusu olduğunda uyuşmazlığın hangi uyuşmazlık çözüm merciinde giderileceğinin uyuşmazlık miktarının tamamına göre belirlenmesi gerektiğine işaret etmiştir[65]. Hukuk Genel Kurulu'nun işaret ettiğimiz kararlarının içerik itibari ile yerindeliğine ilişkin tartışmalar bir yana; belirsiz alacak davası ve kısmi dava gibi, uygulandıkları her alanda birçok sorunu da beraberinde getiren iki dava türüne göre hak arama özgürlüğünü kullanmak isteyen tüketicinin hangi görevli merciye başvuracağını belirlemek, Anayasa m. 172/1'in ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un ruhuna tümüyle aykırıdır.

SONUÇ

Sosyal hukuk devletinden beklentiler, refahın paylaşılması, mülkiyetin ve sermayenin tabana yayılmasıdır. Finansal olarak güçlü şirketlerin devlet üzerindeki baskısı, sosyal hukuk devletinden uzaklaşılmasına, bilakis refahın ve sermayenin belirli bir katmanda kalmasına; tabandan haksız ve karşılıksız sermaye toplanmasına vesile olmaktadır.

Tüketicinin korunması bakımından yargısal denetim vazgeçilmezdir. Ancak hak arama özgürlüğünü kullanmak isteyen tüketici için görev sınırlarının kapsamı ve etkisi belirsiz ya da tartışmalı bir sürü uyuşmazlık çözüm yöntemi sunulması yerine sade bir model belirlenmelidir. Bu kapsamda öncelikle tüketici uyuşmazlıkları bakımından ilamsız icra yolu kapatılmalıdır. Tüketici hakem heyetleri mecburi tahkim modeli olarak yeniden yapılandırılmalı ve uyuşmazlığın miktarına bakılmaksızın bütün tüketici uyuşmazlıkları bakımından bu merciiye başvuru zorunlu olmalıdır. Hakem heyetlerinin ihtiyati tedbir kararı verebilmesinin önündeki engel kaldırılmalı; ancak hakem heyetleri tarafından verilen tedbir kararlarına tüketici mahkemesinde itiraz edilebilmelidir.

şartı noksanlığından davanın reddine karar vermesi usul ve yasaya uygundur",. HGK 04.03.2020 T, 2017/13-551 E ve 2020/239 K K sayılı Kararı için bkz,. www.kazanci.com.tr, e.t: 15.09.2020.

[65] "*Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde, dava dilekçesi ile fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak 5 ay geç teslim nedeniyle uğranılan 1.000,00 TL'lik zararını talep eden davacının talebini sınırlandırdığından söz edilmesi mümkün olmadığından, saklı tutulan fazlaya ilişkin talepleri arasında zarar miktarının yanında geç teslim edilen sürenin de var olduğu kabul edilmelidir",* HGK 25.03.2015 T, 2013/13-2342 E ve 2015/1066 K sayılı Kararı için bkz,. www.kazanci.com.tr, e.t: 12.05.2020.

Uyuşmazlığın esası hakkında (miktara bakılmaksızın) tüketici hakem heyetinin verdiği kararlar bağlayıcı olmalı, (bugün olduğu gibi) bu karara karşı tüketici mahkemelerinde itiraz edilebilmelidir. Tüketici mahkemesi kararlarına karşı HMK hükümlerine göre temyiz yolu açık tutularak içtihat sorunu ortadan kaldırılmalıdır. Tüketici uyuşmazlıkları için ön görülen, ihtiyari tahkim, arabulucuya zorunlu başvuru, ihtiyari arabuluculuk gibi diğer uyuşmazlık çözüm yöntemleri kaldırılmalıdır.

Tüketici mahkemelerinde ve tüketici hakem heyetlerinde tüketicilerin gerekli hukuki yardımı almaları kolaylaştırılmalı, lehe karar verilmesi halinde kendini vekille temsil ettiren tüketici lehine nisbi vekâlet ücretine hükmedilmelidir. Tüketici aleyhine karar verilmesi halinde ise, kanunla belirlenecek bir miktarın altında kalan (mesela bugün için onbeşbin Türk lirası gibi bir miktar düşünülebilir) uyuşmazlıklarda tüketici aleyhine hükmedilen vekâlet ücreti hazine tarafından karşılanmalıdır.

Anayasa'nın 2'nci ve 172'nci maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, (fiili durumun aksine) sosyal adaletin tesisinin ve tüketicinin korunmasının sadece yargı organlarına bırakıldığı söylenemez. Bu noktada tüketicinin korunmasının ilk ve önemli aşaması etkin bir idari denetimin varlığıdır. İdari denetim için, tüketicinin e-devlet ve benzeri yollardan (basitleştirilmiş bir prosedürle) başvurusu üzerine harekete geçip ihlalin varlığı halinde idari yaptırım uygulanması, ihlalin içeriği ve sonucundan tüketicinin haberdar edilmesi veya yargısal yöntemlerle kesinleşen ihlal kararlarının yıllık belirli bir sayıya ulaşması halinde her ihlal için idari para cezası uygulanması vb yöntemler düşünülebilir.

Tüketicinin korunmasına ilişkin yasa hükümleri sade ve genel çerçevede olmalıdır. Her detayın beraberinde bir istisna getirdiği unutulmamalıdır. Yasa yapımında tüketici lehine maddi hukuk sahasında getirilen hakların kullanılmasının usul hukuku hükümleri ile zorlaştırılmamasına özen gösterilmelidir.

Son olarak, (özellikle hizmet sağlayan tüzel kişiler bakımından) ihlali gerçekleştiren birimin yöneticilerinin hukuki ve cezai sorumluluğuna gidilebilmesinin önü açılmalıdır.

KAYNAKÇA

Atalı, M. (2014). "6502 sayılı Kanun'un tüketici sorunları hakem heyetlerine ilişkin hükümlerinin değerlendirilmesi", *Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan*, C. I, Ankara.

Bahadır, Z. (2019). "Abonelik sözleşmelerinden kaynaklanan para alacaklarına ilişkin takibin başlatılması usulü", *AHBVÜHFD*, 23(3).

Mütevellioğlu, N. (2011). "Sermayenin küreselleşmesine karşı küresel sosyal haklar", *Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu III,* Kocaeli.

Ermenek, İ. (2021). "Arabuluculuk sürecinde zayıf tarafın korunması, Ankara.

Ermenek, İ. (2013). "Yargı kararları ışığında tüketici sorunları hakem heyetleri ve bu alanda ortaya Çıkan Sorunlara ilişkin çözüm önerileri, GÜHFD C.XVII, S.2.

Kara, İ. (2021). "Tüketici hukuku, Ankara 2021.

Özel, Ç. (2019). Tüketicinin korunması hukuku, Ankara.

Uygun, O. (2003). "Küreselleşme ve değişen egemenlik anlayışının sosyal haklara etkisi", *Anayasa Yargısı*, 19/1.

von Hippel, E. (1982). "Der Schutz des Schwacheren", Tübingen.

Wendenburg, F. (2013).Der Schutz der schwäheren Partei in der Mediation", Tübingen.

DOĞA ANA'NIN HAKLARININ TANINMASININ ANAYASA YARGISINA ETKİSİ

Serkan KÖYBAŞI *

Özet

İklim krizinin etkilerinin tüm dünyada giderek daha fazla hissedilmeye başlanması ve Birleşmiş Milletler raporlarında acil önlemler alınmaması halinde öngörülen felaketlerin etkisiyle, toplumların doğaya bakışı değişmektedir. Bu durum, anayasa hukukunda genel olarak kabul edilmiş olan insan-merkezli (antroposantrik) yaklaşımı da etkilemedir. Çeşitli anayasada yer alan çevrenin korunmasına dair düzenlemelerin yetersiz kalması ve burjuva kökenli insan hakları karşısında doğal varlıkların yeterince korunamaması radikal anayasal düzenlemelere olan ihtiyacı yaratmıştır. Bu çerçevede çeşitli ülkeler anayasalarında doğanın haklarını tanıma yoluna gitmektedir. Ekvator bu ülkelerin en bilinenlerinden biridir. 2007 yılında Rafael Correa'nın Devlet Başkanı seçilmesinden sonra başlayan anayasa yazım süreci 2008'de başarıyla sonuçlanmış ve yeni anayasa referandumla onaylanarak yürürlüğe girmiştir. 2008 Ekvator Anayasası, ekosistemlerin var olma haklarını, zorlama yetkisi de içerecek şekilde tanıyan dünyadaki ilk anayasadır. Doğa'nın Hakları başlıklı yedinci bölümü oluşturan 71 ila 74. maddeler aracılığıyla Anayasa, geleneksel olarak *Pacha Mama* adı verilen Doğa'nın, varlığına, korunmasına ve yaşam döngülerinin, yapısının, işlevlerinin ve evrimsel süreçlerinin yeniden doğmasına saygı gösterilmesi hakkını tanınmıştır. Devlet, türlerin yok olmasına, ekosistemlerin yıkımına veya doğal döngülerin sürekli şekilde engellenmesine neden olacak faaliyetleri engellemekle yükümlüdür.

Ekvator Anayasası'nda yer alan Pacha Mama haklarının hayata geçip geçmeyeceği ve geçecekse ne şekilde geçeceği tartışma konusu olmuştur. Bu tartışmalar yakın zamanda önemli bir Anayasa Mahkemesi kararıyla alevlenmiş görünmektedir. Mahkeme önüne gelen davanın kökeni 2017'ye uzanmaktadır. Bu tarihte devlete ait ENAMI EP şirketine, korunmakta olan bir sis ormanını da içeren Los Cedros bölgesinde iki maden arama izni verilmiştir. Yerel kurumlar 2018 yılında madencilik izinlerinin iptal edilmesi için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. 2021 yılının sonlarına doğru verdiği kararda Mahkeme, bölgedeki madencilik faaliyetinin yalnızca yerel halkın haklarını değil, Doğa'nın haklarını da ihlal ettiğine karar vermiş, verilen izinleri iptal etmiş ve bundan sonra bölgedeki tüm madencilik faaliyetlerini de yasaklamıştır. Böylece Doğa anayasal hak öznesi olarak tanınmış ve hakları insan haklarıyla aynı seviyede kabul edilmiştir.

* Bahçeşehir Üniversitesi, ORCID ID: 0000-0002-9681-8602.

Giriş

Fosil yakıtların kullanımına bağlı olarak atmosferde biriken karbon dioksit ve sera etkisi gösteren diğer gazlar gezegenin her yerinde sıcaklıkları uzun zamandan beri yükseltmektedir. Dünya Meteoroloji Derneği'nin 2021 yılında yayınlanan raporuna göre son yedi yıl, kaydedilen en sıcak yedi yıl olmuştur ve 2021 yılında Dünya, ortalama olarak, sanayileşme öncesi döneme göre 1,11 derece daha sıcaktır.[66] Bu artış, hiç beklenmedik yerlerde daha da fazla gerçekleşmiştir. Örneğin Puerto Rico'nun balta girmemiş yağmur ormanları yaklaşık 2 derece ısınmış durumdadır. Bu da ormandaki böcek biyokütlesinin %98 oranında azalmasına neden olmuştur.[67] Dolayısıyla, iklim değişikliğine bağlı olarak türler yok olmaktadır. Dünya üzerinde yaşayan türlerden biri olan ve hayatta kalmak için ekosistemin dengede kalmasına muhtaç olan insan türü de aynı tehditle karşı karşıyadır.

İnsanlığın en büyük varoluşsal krizini iklim değişikliğiyle birlikte yaşadığı söylenebilir.[68] İçinde bulunduğumuz ekolojik kriz, tahmin ettiğimizden çok daha ciddidir. Her şey normal şekilde ilerlemeye devam ederken biraz orada veya şurada yapılacak müdahalelerle çözülebilecek bir veya iki olaydan ibaret değildir. Bugün olan, çoklu ve birbiriyle bağlantılı sistemlerin çöküşüdür. Bu sistemlere insanlar da temelden bağımlıdır.[69] Bugünkü düzenimizi aynen devam ettirmemiz halinde Dünya 2100 yılında 3,7 derece ısınacaktır ve küresel ölçekte 551 trilyon dolarlık bir zarara ve potansiyel küresel gelirde %23 düzeyinde bir kayba sebep olacaktır. Bu, Büyük Bunalım'dan çok daha ağır bir darbedir. Hâlâ sarsıntıları hissedilen 2008'deki Küresel Ekonomik Kriz'den ise on kat daha şiddetlidir.[70] Üstelik bu tehdit sadece ekonomiyi derinden sarsmayacak, insanların yaşayabileceği bir Dünya'nın son bulmasına da neden olabilecek bir felakettir.

Tarih, korkunç savaşlar, tarifsiz işkenceler, katliamlar ve akla gelebilecek her türden temel hak ihlali kayıtları yönünden olması gerekenden daha zengindir. Fakat tanınabilir ya da kabul olunabilir biçimdeki örgütlü insan yaşamının ortadan kalması tehdidi tümüyle yenidir.[71] Buna karşın, hukuk sistemlerimiz ve yaşam biçimimiz sanki bu tür varoluşsal bir tehdit sanki yokmuş gibi devam etmektedir.

Hava olaylarında değişiklikler gözlenmekte, deniz seviyeleri yükselmekte, daha şiddetli fırtınalar ve tayfunlar gerçekleşmekte ve gıda güvenliğinin yok olmasına ve buna bağlı olarak da siyasal karmaşalara yol açan kuraklıklar yaşanmaktadır.[72] Yakın zaman içinde kuraklık, aşırı hava olayları, açlık, suların yükselmesi, iklim göçleri, çatışmalar ve

---

[66] State of the Global Climate 2021, World Meteorological Association, https://mcusercontent.com/e35fa2254c2a4394f75d43308/files/3d2f5b01-11a6-dee2-a42a-13ad5002dc33/1290_Statement_2021_en_1_.pdf (erişim tarihi: 28.07.2022) s. 4.
[67] HICKEL, Jason: Less is More, Windmill Books, Londra, 2021, s. 3.
[68] CHOAMSKY, Noam / POLLIN, Robert: İklim Krizi ve Küresel Yeşil Yeni Düzen, Ütopya, Ankara, 2021, s. 13.
[69] HICKEL, s. 4.
[70] WALLACE-WELLS, David: Yaşanmaz Bir Dünya, Domingo, İstanbul, 2020, s. 183.
[71] CHOAMSKY / POLLIN, s. 20
[72] MARKS, Robert B.: The Origins of the Modern World, 3rd ed. Rowman & Littlefield, Maryland, 2021, s. 16.

savaşları giderek daha hızlı şekilde artacağı ve şiddetleneceği tahmin edilmektedir. Muhtemelen kendimizi bir yıkım silsilesi içinde bulacağız. Yüzyıllardır sapasağlam olduğuna ve öyle kalacağına inandığımız, üstünde yürüdüğümüz, evler ve otobanlar inşa ettiğimiz, çocuklarımızı emniyette olacaklarını düşünerek okullara ve yetişkinliğe yolladığımız coğrafyaların büyük bölümü ortadan kalkacak.[73] Üstelik tüm bunlar, dış bir etmen nedeniyle değil, insanların son üç yüzyıl içindeki faaliyetleri nedeniyle gerçekleşecek.

İnsanların Dünya'nın ekosistemi üzerindeki etkisi o kadar büyüktür ki bazı bilim insanları yeni bir jeolojik çağa, Antroposen'e girdiğimizi iddia etmektedir. Jeologlar, erken II. Dünya Savaşı sonrası dönemi genellikle içinde insan faaliyetlerinin çevre üzerinde büyük ve yıkıcı bir etkiye sahip olduğu yeni bir ekolojik çağ olan Antroposen'in başlangıcı olarak kabul etmektedir.[74] Buna göre "insanlık… o kadar genişlemiş ve aktiftir ki Dünya sisteminin işleyişine etkisi Doğa'nın büyük güçlerinden bazılarıyla yarışmaktadır."[75] Bu kadar önemli bir tehdidin ortadan kaldırılması veya en azından azaltılması için sorunun kaynağına gitmek gerekmektedir. Yüzbinlerce yıldır doğayla uyumlu yaşayan ve iklim üzerinde yıkıcı bir etkisi olmayan insanlık, ne olmuştur da bildiğimiz anlamda Dünya'nın sonunu getirmek üzeredir?

İklim krizinin tarihsel ve hukuksal kaynağı

Orta Çağ'ın sonuna dek, dünyanın dört bir yanında kültürler doğayı çok yakından gözlemiş, yaşam biçimlerini ona uyarlamışlardır. Gözlemleri sıklıkla dinî ya da mitolojik dille ifade edilmiş, genel olarak doğa ve kanunlarının Tanrı'dan ya da başka bir ilahî güçten kaynaklandığı düşünülmüştür. Bu inançlar, herkesin uyması beklenen davranış kurallarına işaret etmekteydi; hukukun kendi bile, yükümlülüklere ve bireyin bir topluluk içindeki, hayatı ayakta tutan dünyayla ilişkili rolüne dayalı son derece manevî bir kavramdı.[76]

Modernite, 17. yüzyıldan itibaren Sanayi Çağı'nın materyalist yönelimini ve kaynakların çıkarılması, sahiplenilmesi ve kullanılması zihniyetini yarattığından ve bu zihniyet de bugünkü küresel krizin temelinde yattığından, dünyanın bugünkü hali için sorumluluğu, biraz olsun hem bilim insanları hem de hukukçular paylaşmalıdır. Hukuk kuramı, doğa bilimleriyle şaşırtıcı paralellikler gösteren bir tarihe ve kavramsal yapıya sahip entelektüel bir disiplindir. Bilimde 16. ve 17. yüzyılda başlayan mekanikçi paradigma, Galileo Galilei, Francis Bacon, René Descartes, Isaac Newton ve John Locke

[73] WALLACE-WELLS, s. 23.
[74] CHOAMSKY / POLLIN, s. 24.
[75] STEFFEN, Will / GRINEVALD, Jacques / CRUTZEN, Pau / MCNEILL, John: "*The Anthropocene: Conceptual and Historical Perspectives*", Philosophical Transactions of the Royal Society, A 369 (2011): 842-67, aktaran: MARKS, s. 17.
[76] GROSSI, Paolo: A History of European Law, Blackwell-Wiley, Malden, Massachusetts, aktaran: CAPRA, Fritjof / MATTEI, Ugo: Hukukun Ekolojisi, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2017, s. 24.

gibi bilim insanlarının görüşlerini içerir.[77] Özellikle hukukçu ve bilim insanı Francis Bacon'ın savunduğu insanın doğa üzerinde hâkimiyet kurması fikri, doğanın hiç olmadığı kadar güçlü teknolojilerle sömürülmesini ve yıkıma sürüklenmesini beraberinde getirmiştir.[78] Hukuk kuramı alanında da Hugo Grotius ve Jean Domat gibi 17. yüzyıl hukukçularının geliştirdiği akılcı ve mekanikçi paradigma, gerçekliği birbirinden ayrı, tanımlanabilir bileşenlerden, bireysel hakları devlet tarafından korunan mülk sahiplerinden oluşan bir bütün olarak görmüştür. John Locke'un savunduğu mülkiyet hakkı ve Thomas Hobbes'un savunduğu devlet egemenliği, hukuksal modernitenin iki örgütleyici ilkesidir.[79]

Burjuva sınıfının bireysel mülkiyet anlayışı ve onu koruyan egemen devlet mantığıyla birlikte ortaya yeni bir üretim ve tüketim sistemi ortaya çıkmıştır: Kapitalizm. Kapitalizmin yükselişi şüphesiz enerji üretmek ve makinelere güç sağlamak için fosil yakıt yakmaya sıkı bir biçimde bağlıdır. Dolayısıyla atmosferi karbondioksit emisyonlarıyla kirletmek de sanayi kapitalizminin doğuşuna bağlıdır. Ancak bu bağlantı erken kapitalizm dönemindeki basit üretim meselesi değildir. Sorun, 1830'larda Büyük Britanya'da yoğun bir biçimde kömür kullanılmasıyla başlamıştır. Bu tarihte kömür, imalattaki birincil enerji kaynağı olan su gücünün yerini almaya başlamıştır. Hatta öyle ki 1850 civarlarında, fosil yakıtlardan kaynaklanan küresel karbondioksit salımlarının tamamının %60'ı kömür yakan Britanya'dan kaynaklanmıştır.[80]

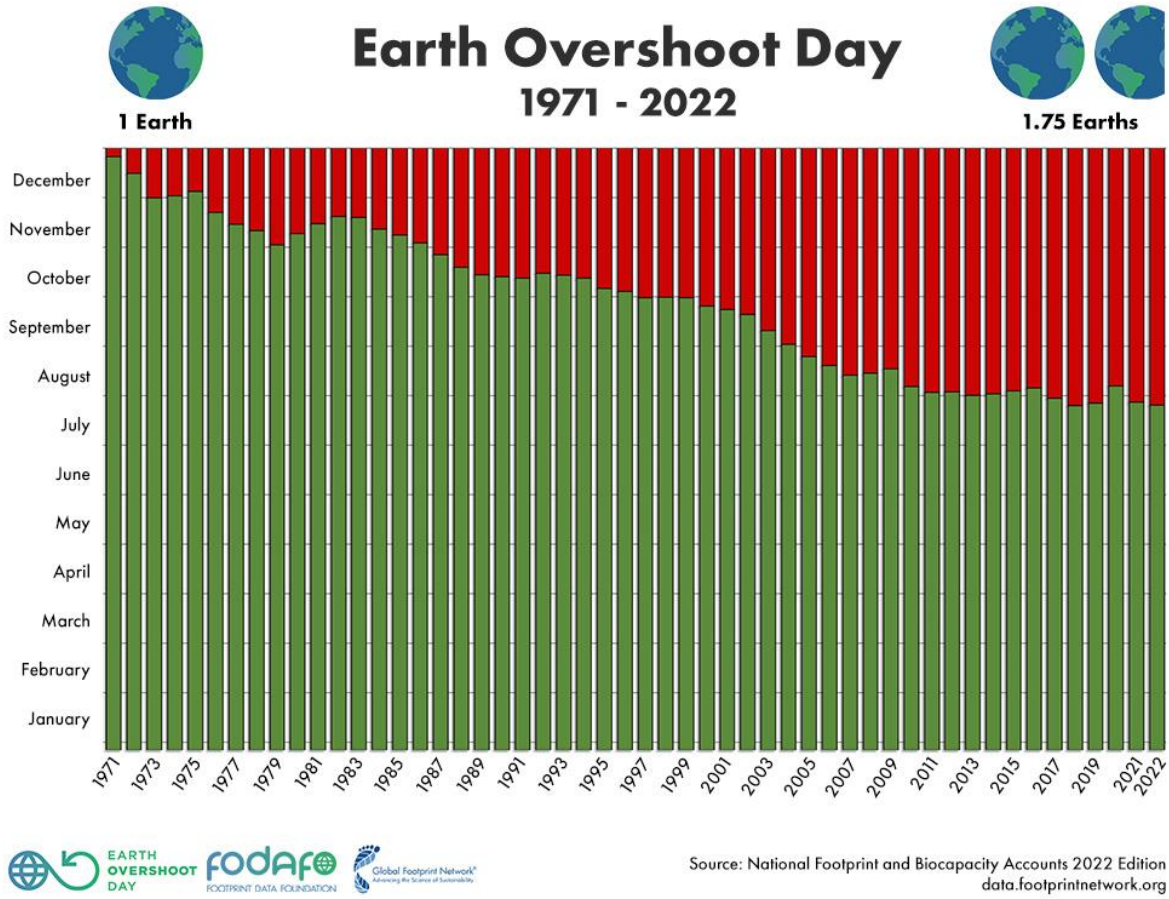
Bugün mustarip olduğumuz fosil yakıtlara ve fosil yakıt endüstrisine bağımlılığımız, bu eski problemin bir semptomudur. Gerçekte sorunu yaratan, geçmiş birkaç yüzyılda tüm gezegende az veya çok egemen olan kapitalist ekonomik sistemdir. Kapitalizmi tarihteki diğer ekonomik sistemlerden farklı kılan, zorunlu olarak sürekli genişleme, yani "büyüme" mantığı çevresinde örgütlenmiş olmasıdır. Gayrisafi yurtiçi hasıla (GYH) adına ölçülenler, sürekli artması gereken endüstriyel kazı[81], üretim ve tüketimdir. Büyüme, sermayenin en önemli emridir. Bu büyüme, herhangi bir amaç uğruna değil, sırf büyümek içindir. Kendi içinde totalitaryen bir mantık barındırır: her endüstri, her sektör, her ulusal ekonomi her zaman ve belirli bir son nokta olmaksızın büyümelidir.[82]

Kapitalizmde, küresel GYH'nin her yıl %2 ila %3 arasında büyümesi gerekir. Bu oran, büyük şirketlerin toplam kârlarının artmaya devam etmesi için asgarî zorunlu orandır. GYH'nin oluşması için enerji ve kaynak kullanımı gereklidir ve bu, kapitalizmin

---

[77] CAPRA / MATTEI, s. 23.
[78] CAPRA / MATTEI, s. 26.
[79] MEIKSINS WOOD, Ellen: Liberty and Property: A Social History of Western Political Thought from the Renaissance to Enlightment, Londra ve New York, 2012, aktaran: CAPRA / MATTEI, s. 23.
[80] CHOAMSKY / POLLIN, s. 85.
[81] Naomi KLEIN'ın Yanıyoruz adlı eserinde çevirmen Elif Sema Mutlu tarafından İngilizce "*extraction*" kelimesi yerine kullanılmıştır. Bknz: KLEIN, Naomi: Yanıyoruz, Doğan Kitap, İstanbul, 2021, s. 285.
[82] HICKEL, s. 19.

tüm tarihi boyunca bu şekilde olmuştur. GYH büyüdükçe, küresel ekonomi de daha fazla enerji, kaynak ve atık üretmeye yönelir. Ancak bu da, sonuç olarak, bilim insanlarının güvenli gezegen sınırları olarak tanımladığı "limit aşımına" neden olmaktadır.[83] 2022 yılında insanlık, 365 gün yetmesi gereken küresel kaynakları 209. gününde, 28 Temmuz 2022 Perşembe günü tüketmiştir ve sonraki yıllardan "yemeye" başlamıştır. Bu tarih neredeyse her sene biraz daha geriye çekilmektedir. Aşağıdaki grafik bu durumu çarpıcı şekilde göstermektedir:



Bu gerçeğe rağmen, kapitalist üretim ve tüketim sistemiyle modernitenin mekanikçi dünya görüşü hukukçularla iş ve siyaset dünyasının liderleri arasında hâlâ etkilidir. Bu liderler israf ve kirlilik yaratan, yeryüzünün doğal kaynaklarını tüketen, aşırı enerji ve kaynak israfına yol açan bir kullan-at ekonomisini ve gereğinden çok tüketimi teşvik ederek, sonlu bir gezegende daimî bir ekonomik büyüme yanılsamasının peşinden pervasızca gitmeye devam etmektedir.[84] Kural koyucular ve karar alıcılar, makul herkesin

[83] HICKEL, s. 20.
[84] CAPRA / MATTEI, s. 12.

görebildiği tehdidi adeta inkâr etmekte ve sanki her şey yolundaymış gibi mevcut hukuk sistemini olduğu gibi korumaya devam etmektedir.

Oysa bugün geldiğimiz noktada, çevre üzerinde herhangi bir egemenlik kuramadığımızı anlamış durumdayız. Bilakis, doğanın efendisi değil, yalnızca bu ağlar sisteminin bir parçası olduğumuzu ve eğer bu sistemi dikkate almadan yaşamaya devam edersek kendi sonumuzu da hazırladığımızı daha net şekilde anlamış olduk. Faaliyetlerimizin bugünkü gibi devam etmesi, bu sistemi daha fazla kontrolden çıkarmaktan başka bir işe yaramadı[85] ve yaramayacaktır. Bu nedenle, hukukçular da iklim krizinin ortaya çıkmasındaki sorumluluklarını kabul ederek derhal harekete geçmeli ve hukuk yoluyla krizin kaynaklarını engellemeye çalışmalıdır. İklim krizinin geldiği bugünkü aşamada, bilim insanlarının uyarıları doğrultusunda en hızlı şekilde hareket edilmeli ve en etkili hukuk araçları kullanılmalıdır. Mevcut uluslararası ve ulusal çevre hukukunun "yumuşak" yapısı ve buna bağlı etkisizliği nedeniyle eldeki en etkin araç anayasa hukuku gibi görünmektedir.

Mevcut Uluslararası ve Ulusal Çevre Hukukunun Etkisizliği

Özellikle Endüstri Devrimi ve Aydınlanma düşüncesi ile beraber tüm yakın tarih boyunca hukuk sistemleri, doğayı kontrol etmeye, ona egemen olmaya, onu düpedüz hegemonya altına almaya yönelmiş sistemler olarak karşımıza çıkmaktadır.[86] Ancak insan-merkezci bir bakış açısıyla doğayı bir sömürü nesnesi olarak kabul edilen bu hukuk sistemleri, şimdi tüm insanlığın sonunu hazırlar görünmektedir. Bunu engellemek için mevcut hukuk sistemlerinin zayıflıkları değerlendirilmeli ve yeni bir anlayışla yeni bir sistem tasarlanmalıdır.

İklim değişikliği, her yerde görülen, ezici ve hepimizi ilgilendiren öyle bir tehdittir ki gerçek bir uluslararası iş birliği sistemini, herkesin kabulleneceği kadar elzem kılmaktadır.[87] Bir başka deyişle, derhal bir araya gelinerek uluslararası bir işbirliği içinde devletlerin ve büyük şirketlerin doğayı tahrip etmesi bağlayıcı yaptırımlarla engellenmelidir. Elbette bu büyük çaplı iş birliği sistemi için ilk akla gelen uluslararası hukuktur.

Uluslararası düzey, etki alanı ulusal sınırlarla kısıtlı kalmadığından, ilk bakışta çevresel sorunlara cevap vermek için en uygun düzey gibi görünmektedir. Örneğin, su kaynaklarının paylaştırılması sorunu ulusal sınırları aşan bir sorundur, iklim değişikliğinin etkileri ekvatordan kutuplara kadar her yerde etkisini göstermektedir, madenler ve diğer doğal kaynaklar uluslararası piyasalarda değer görmektedir ve Amazon nehir yatakları ve Büyük Set Resifi gibi bazı yerler yalnızca yerel toplum için değil, tüm yerküre için ekonomik ve çevresel öneme sahiptir. Bu nedenle denebilir ki çevresel

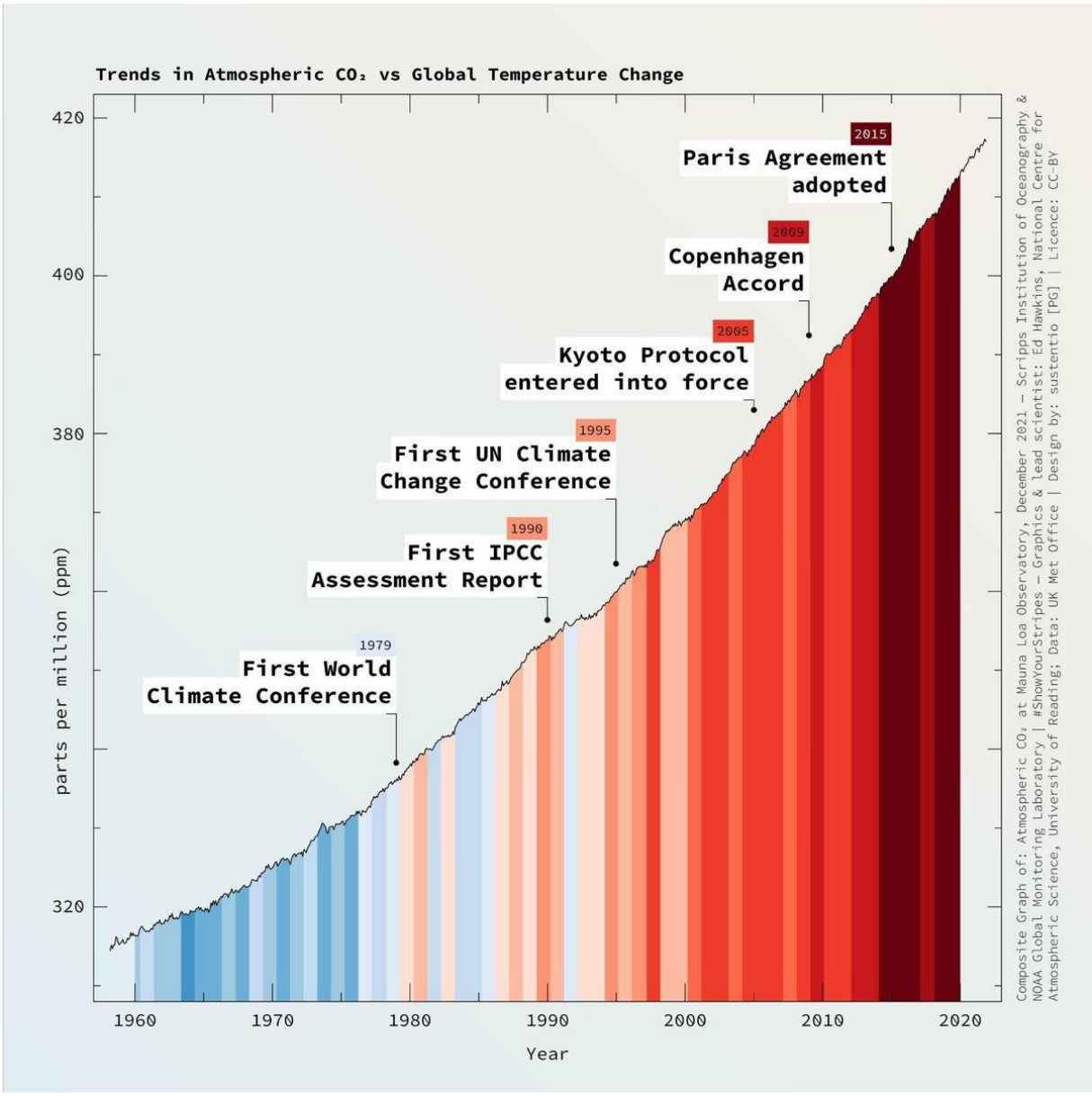
[85] WALLACE-WELLS, s. 170.
[86] MADRA, Ömer: Ekolojik Anayasa içinde, ed. Mahmut BOYNUDELİK, Yeni İnsan Yayınevi, İstanbul 2011, s. 29.
[87] WALLACE-WELLS, s. 28.

korumayı ulusal boyuta indirgemek, bu korumanın etkisini azaltabileceği gibi, ortak temel sorunlara gelişigüzel ve çelişkili karşılıklar verilmesiyle sonuçlanabilir.[88]

Buna karşın, uluslararası hukuk düzenleri genellikle indirgemeci ve yumuşaktır. Çevrenin korunması, küresel ısınma ve hayvan hakları gibi çok önemli konularda uluslararası hukukî standartlar ya çok düşük ve muğlak belirlenmekte ya da resmî hiçbir bağlayıcılığı bulunmayan belgelerde düzenlenmektedir. Bazı durumlardaysa tek bir belgede bu eksikliklerin hepsi görülebilmektedir. Bu nedenlerle, var olan uluslararası çevre hukuku rejimlerinin hiçbiri, icra edilebilir bir nitelikli çevre hakkı öngörmemektedir.[89]

Belirtmek gerekir ki iklim değişikliğinin bilimsel verilerle ilk kez ortaya konduğu 1970'lerden sonra çevreye ilişkin bazı uluslararası düzenlemeler yapılmamış değildir. Örneğin, Birleşmiş Milletler (BM) İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi 1992 yılında kabul edilmiştir. Sözleşme, sera gazı salımlarına ilişkin bazı sınırlamalar getirmiştir, ancak bunlar bağlayıcı değildir. 1995 yılından bu yana ise -COVID-19 salgını nedeniyle yapılamayan bir zirve dışında- her sene, salım azaltımlarına ilişkin planların görüşüldüğü Taraflar Kongresi (Congress of Parties – CoP) adıyla uluslararası iklim zirveleri düzenlenmektedir. Üstelik BM'nin sera gazı salımlarına ilişkin 1992'de çizdiği ilk çerçeve 1997'de Kyoto Protokolü'yle, 2009'da Kopenhag Muatabakatı'yla ve 2015'te Paris Anlaşması'yla üç kez genişletilmiştir. Tüm bunlara karşın, küresel karbondioksit salımı neredeyse her yıl artmaya devam etmekte, bu da küresel sıcaklıkların hızlanan şekilde yükselmesine sebep olmaktadır. Aşağıdaki grafik, uluslararası hukukla iklim değişikliğini durdurma çabalarının ne kadar işlevsiz olduğunu son derece net yansıtmaktadır:

[88] MAY, James R. / DALY, Erin: Dünyada Çevresel Anayasacılık, Ekoloji Kolektifi, İstanbul 2018, s. 27.
[89] MAY /DALY, s. 28.



Görüldüğü üzere, uluslararası çevre hukukunun devletleri ve şirketleri bağlayıcı bir yapısı -en azından henüz- bulunmadığı ve devletler arasındaki büyümeye dayalı ekonomik yarış alabildiğine devam ettiği için, ne yazık ki elimizde kalan kısıtlı sürede uluslararası hukukun iklim krizine çare olması muhtemel görünmemektedir. Bu nedenle dikkatin, yaptırım gücü ve bağlayıcılığı daha yüksek olan ulusal hukuk düzenlerine kaydırılması daha yerinde olacaktır.

Dünya genelinde giderek daha fazla sayıda anayasada, nitelikli bir ülke için, ormanların ve kıyıların korunmasından biyolojik çeşitliliğe kadar maddî anlamda klasik anayasa hukuku dışında kalan konular düzenlenmektedir. Bu açılımlar, ülke kavramının

farklı boyutlarla "anayasalaşma" olgusunu ifade etmektedir. Bu da mevcut ülkenin niteliğini koruma ve onu daha nitelikli kılma ereğine yönelindiği anlamını taşımaktadır.[90]

Çevresel korunmanın anayasalarca güvence altına alınması, hukuk kuralları arasında hiyerarşik olarak en yüksek düzeye ulaşması ve diğer tüm yasal düzenlemelere idarî kararlara ve mahkeme kararlarına göre üstün konuma gelmesi anlamına gelir. Üstelik, çevresel düzenlemelere anayasalarda yer vermek, çevrenin korunması ereğinin yasama organlarındaki basit çoğunluklara kurban edilmesini de engeller.[91]

Bugün, dünya genelinde ülkelerin yaklaşık dörtte üçü, anayasalarında çevresel konulara şu ya da bu biçimde yer vermektedir: bazıları çevrenin uygun biçimde yönetilmesini öngörmekte, bazıları bir temel hak olarak nitelikli çevre hakkını güvence altına almakta, bazıları ise çevresel konularda bilgiye erişim, katılım ve adalete erişim gibi hakları düzenlemektedir.[92]

Bununla birlikte, çevrenin ve doğal kaynakların korunmasına ilişkin anayasa maddeleri, insan odaklı bir anlayışla, aslında doğayı değil, doğanın insan hayatına kısa vadede değdiği anlardaki doğayı korumaya çabalamaktadır. İnsan yararı odaklı olan ve bu yüzden doğaya salt araçsal ve insanların kısa vadedeki çıkarlarına değinerek yaklaşma olasılığı bulunan çevre hakları, doğanın bütünlüğünü ve doğanın çıkarlarını koruyamamaktadır.[93]

Gerçekten de burjuva değerlerine dayanan bir hak ve özgürlük anlayışı ve insan-merkezcilik üzerinden yükselen mevcut anayasalarda, sayıları giderek artsa da çevreye ilişkin hükümler bir temenni hükmü olarak algılanmakta, buna karşın girişim ve mülkiyet hakları gibi haklar bağlayıcı şekilde uygulanmakta ve hatta çekirdek haklar olarak kabul edilmektedir. Bu da aslında hâlâ anayasalarda çevrenin değil, daha çok özel kişilerin ve şirketlerin kâr ve çıkarlarının korunduğunu göstermektedir. Asıl sorun da buradadır. Anayasalar da burjuva sınıfının elinde, bu sistemleri devam ettirmenin aracı haline dönüşmüştür.

Sonuç olarak, mevcut ulusal ve uluslararası belgelerde yer verilen çevrenin korunmasına yönelik düzenlemeler, insan türünün zevkine, tatmin duygusuna veya bunlara benzer nesnel değerlere tabidir ve insanların tevecühhüne bağlıdır. Tatmin duygusunun kâr hırsıyla harmanlandığı vahşi kapitalist sistemde, bu değerler ve teveccüh de büyük ölçüde çok uluslu şirketlerin uzun süreli beklentileri doğrultusunda şekillenmektedir. Hâl böyle olunca, doğal çevrenin korunması, insanların korunmasının

[90] KABOĞLU, İbrahim / YANCI ÖZALP, Nihan: Çevre Hakkı,Tekin Yayınevi, 4. Baskı, İstanbul 2021, s. 54.
[91] BRANDL, Ernest / BUNGERT, Hartwin: "*Constitutional Entrenchment of Environmental Protection: A Comparative Analysis of Experience Abroad*", Harward Environmental Law Review 16 (1992): 1, ss. 4-5, aktaran: MAY / DALY, s. 38.
[92] MAY / DALY, s. 11.
[93] CANDAŞ, Ayşen: Ekolojik Anayasa içinde, ed. Mahmut BOYNUDELİK, Yeni İnsan Yayınevi, İstanbul 2011, ss. 58-59.

en azından görünürdeki veya ahlakî "üstün" düzeyine ulaşamamakta, doğal çevreye ilişkin dokunulamayacak bir "öz"den de bahsedilememektedir.[94]

Ancak bu durum, Latin Amerika'da başlayan çevresel anayasalcılık hareketiyle değişime uğramaktadır. Anayasalarda doğanın da hak öznesi olarak tanımlanmasıyla birlikte, temel hak ve özgürlüklere yönelik burjuva bakış açısı geride bırakılmakta ve bu durum mahkemelerin kararlarına da yansımaktadır.

Temel hak ve özgürlüklere yeni bir bakış

Geçen otuz yıl içinde, bilimin ön saflarına bütünüyle yeni bir paradigma ortaya çıkmıştır. Mekanikçi dünya görüşünden bütünlükçü dünya görüşüne doğru bu paradigma değişikliğinin temelinde, dünyanın bir makine gibi görülmesindense bir ağ olarak anlaşılması bulunmaktadır. Ağlar, ilişki örüntüleridir. Bu nedenle, yaşamı ağlara dayanarak anlamak, ilişkiler ve örüntülerle düşünme becerisini gerektirmektedir. Doğanın, yaşamı, sömürmeye değil, üretmeye yönelik bir dizi ekolojik ilkeyle ayakta tuttuğu artık anlaşılmıştır.[95]

Bilim camiasında yaşanan bu dönüşüm ne yazık ki hukuk alanına henüz yansımamıştır. Anayasal düzenler, kanunlar ve hatta uluslararası anlaşmalar kazı ekonomisini halen korumakta, şirketlerin doğayı sömürmesini korumakta ve hatta bunun önünü açmaktadır. Hâlâ 250 yıl öncesinin burjuva mantığına sahip ekonomik altyapı ve onu koruyan hukuksal üstyapı, insanın doğa karşısındaki üstünlüğü çerçevesinde bir karşılıklılık değil, insanın doğayı hammadde olarak görmesini ve ondan tek taraflı bir şekilde yararlanmasını sağlayan haklar mantığı üzerinden işlemektedir.

Bununla birlikte, özellikle iklim krizinin daha görünür ve insanlığı tehdit eder bir noktaya gelmesiyle, insanın doğayla olan hukuksal ilişkisi de sorgulanır olmuştur. 1990'lı yıllarda Latin Amerika'da ortaya çıkan ve yerli hareketi, topraksız köylü hareketi gibi doğal çevreyle bire bir ilişki içinde olan dinamizm, antiemperyalist İnka geleneğinden aldığı ekolojik düşünsel mirasla beraber klasik-liberal hak yaklaşımının da sorgulanmasını sağlamıştır. Bu paradigma değişimi "*buen vivir*" (veya *Sumak Kawsay* - iyi yaşama) hakkının güvence altına alınmasına ve antroposantrik hak algısının gözden geçirilmesine neden olmuştur.[96] İnsanların kendilerine hak olarak gördükleri doğayı tahrip edecek eylemler (madencilik, fosil yakıt çıkarımı, çeşitli amaçlarla fosil yakıt yakımı, kitlesel turizm, petrole dayalı ulaşım sistemleri, vb.) bugün artık sorgulanmaya başlanmıştır. Zira, klasik anlayışa göre, bir hakkın sınırı, diğerlerinin hakkıdır. Bir hakkın kullanımı eğer başkalarının (insanlar ve insan-dışı canlı ve cansız varlıklar) yaşam hakkını ihlal ediyor ve hatta tümden ekosistemi yıkıma uğratıyorsa artık bu faaliyetin bir

[94] ŞİRİN, Tolga: Çevre İnsan Devlet, Tekin Yayınevi, İstanbul 2015, ss. 15-16.
[95] CAPRA / MATTEI, ss. 23-24
[96] ŞİRİN, s. 16.

hak olarak görülmemesi gerekir. Hele ki bu tehdidin oluşmasındaki neden kâr hırsıysa, bu faaliyet artık hukuk tarafından korunmamalıdır.

İklim krizinin asıl sorumluları, fosil yakıt peşinde koşan, maden çıkaran, ormansızlaşmaya neden olan, termik santral işleten ve karbon salımına neden olan büyük şirketlerle onların siyasî hamileridir. Ancak biz de elektrik düğmesine her dokunduğumuzda, her uçak bileti satın aldığımızda veya oy vermeye gitmediğimizde, gelecekteki kendimizin çekeceği acılar doğurduğumuzu bilmekteyiz.[97] İklimin dengesini bozan bu ekonomik ve sosyal sisteme destek vermiş ve bu suça ortak olmaktayız. Bugün hak ve özgürlük olarak kabul edilen faaliyetlerin nasıl bir yıkıma sebep olduğunu bilmemize rağmen bu durumu görmezden gelmekte ve hukuka uygun davranmanın konformizmine sığınmaktayız. Milgram deneyindekine[98] benzer şekilde, vicdanımızı susturup başkalarının (ve hatta kendimizin) acı çekeceğini bile bile, sonuçları yıkıcı olan faaliyetlerimize izin verilmesine dayanarak bunlara devam etmekteyiz.

Gözden kaçırmamamız gereken gerçek, yaşama güç veren çevreyi aşındırma eğiliminin kapitalizme içkin olduğudur.[99] İklim krizine sebep olan itici güç bugün içinde bulunduğumuz neoliberal düzendir. Çünkü neoliberalizm, klasik liberalizmin bir varyantıdır ve klasik liberalizm kapitalist piyasa düzenlemelerinin içinde herkese kendi çıkarlarının peşinde koşmada azamî özgürlük verilmesi gerektiği fikri üzerine kuruludur. Buna göre devletler, dev şirketlerin kâr fırsatlarının peşinde azamî ölçüde özgürce koşmasına müsaade etmelidir.[100]

Buna bağlı olarak, iklim krizinin esas sorumlusu, bu kapitalist ve neoliberal ekonomik düzenin kurulmasına öncülük eden sanayileşmiş Batı ve Kuzey ülkeleridir. Sömürgecilik tarihi sayesinde zenginleşen bu ülkelerde bulunan dev şirketler, daha iklim değişikliği kamusal tartışmaların konusu değilken bile yaptıkları üretimin ve teşvik ettikleri tüketim anlayışının ekosistem üzerindeki yıkıcı etkilerinin farkında olmuştur. Bu şirketler, irtibatta oldukları politikacılar aracılığıyla bilimin reddedilmesini sağlamış veya krize karşı etkin önlemler alınmasında engelleyici olmuştur. Uluslararası iklim anlaşmalarının hukuksal olarak bağlayıcı olmasını engelleyenler de büyük oran da onlardır.[101] Örneğin 1982 yılında, bugün adı ExxonMobil olan şirkette çalışan araştırmacılar petrol, kömür ve doğalgaz yakmanın, kabaca 2060 itibarıyla gezegenin ortalama sıcaklıklarını yaklaşık 2 derece yükselteceği tahmininde bulunmuştur. Shell

---

[97] WALLACE-WELLS, s. 34.

[98] 1961 yılında Yale Üniversitesi öğretim üyesi psikolog Dr Stanley Milgram tarafından gerçekleştirilen bu deneyde, deneklerden yan odadaki aktör kişiye elektrik vermesi istenmiş, aktörün rol icabı attığı çığlıklarına rağmen araştırmacının yönlendirmesiyle elektrik seviyesini artırması talep edildiğinde deneklerin %65'i öldürücü seviyedeki şoku dahi aktöre uygulamıştır. Deneyin kilit noktası, deneklerin şahsî vicdanlarıyla çelişen unsurların varlığına karşı otoriteye nasıl boyun eğdiklerini gösterebilmektir.

[99] FOSTER, John Bellamy: "*Marx's Theory of Metabolic Rift: Classical Foundations for Environmental Sociology*", American Journal of Sociology (105:2), 1999, aktaran: CHOAMSKY / POLLIN, s. 74.

[100] CHOAMSKY / POLLIN, s. 40.

[101] HICKEL, s. 18.

şirketinde çalışan araştırmacılar da 1988'de benzer sonuçlara varmıştır. Dolayısıyla bu şirketler, yaptıkları faaliyetin, tam da 1980'lerden beri gittikçe artan bir biçimde deneyimlediğimiz türden büyük ve ağır iklim bozulmaları yaratacağını, daha iklim değişikliği kamuoyunun gündeminde değilken dahi bilmekteydi. Fakat bu şirketler, bu bilgiye uygun davranmaktansa onu gizlemiştir. Çünkü eğer bu bilgi herkes tarafından bilinseydi, petrol üretme ve satmadan kaynaklanan çok büyük kârlar elde etme olasılıkları tehlikeye girebilirdi.[102]

Buna rağmen ne ExxonMobil'in ne de Shell'in ne şirket olarak ne de yöneticileri bakımından sorumluluğu doğmamaktadır. Zira iklimi krize sokacağı bilinen söz konusu faaliyetler, uluslararası ve ulusal ticaret hukukuyla ve mülkiyet ve girişim özgürlükleriyle korunmaktadır. Bugünkü hukuk sistemi, kapitalizmin sürdürülemez kalkınma modelini mülkiyet haklarıyla taşlaştırmıştır. Teknolojik ilerlemeye ve sonlu bir gezegende sonsuz büyümeye, dayanağı olmayan bir inanç beslenmektedir. Kalkınmacı mantık, doğal ve insanî kaynakların dizginsizce kullanılmasının ve sömürülmesinin, ekolojinin temel ilkelerine ters düştüğünü kabul etmeye yanaşmamaktadır.[103]

Şirketlerin kaynak çıkarmakla ilgili mülkiyet haklarını doğal haklar olarak korumakla bir tür Frankenstein yaratılmıştır. Öyle ki bireysel mülk sahibi, kamuya ait varlıklardan başkalarının zararı pahasına değer elde ederek Yeryüzü'nün sahibi gibi davranabilmektedir. Mülkiyeti, devletin kısa vadeli birikim ve kaynak çıkarmayı mümkün kılmak amacıyla koruduğu bir hak olarak gören egemen anlayış, bugünkü hukuksal düzenin doğal yapıtaşlarından biri haline gelmiştir. İşte bu nedenle de birbiri ardına patlak veren krizlerin sorumlusudur.[104]

Sanayileşmiş Batı'nın ve onun şirketlerinin yarattığı iklim krizinin en yıkıcı sonuçlarını görmekte ve daha da fazla görecek olansa küresel Güney'dir. En günahsız ve en savunmasız olanların çok daha vahşi bir biçimde başkalarının günahını çektiği bir geleceği engelleyeceksek, belki de en önemlisi, iklim krizinin en büyük sorumlusu olan güçlü oyunculara kafa tutacak cesareti bulmamızdır.[105] Doğrudan tehlike yaratan ve yıkıcı olabilecek davranışların önünü kesme alışkanlığımıza geri dönmemiz gerekmektedir. Bu da devreye girip kurumsal şirketlerin karşısına dikilmeyi ve pek çok cephede onlara engel çıkarmayı gerektirir.[106] Bu engellerin en önemli ve etkililerinden biri elbette ki hukuksal engeldir. O halde yapılması gereken, başarılı bir küresel iklim stabilizasyonu projesi kurmak için kapitalist piyasaların normal işleyişlerine devletlerin güçlü şekilde müdahale etmesidir.[107]

---

[102] CHOAMSKY / POLLIN, s. 41.
[103] CAPRA / MATTEI, s. 29.
[104] CAPRA / MATTEI, s. 31.
[105] KLEIN, s. 71.
[106] KLEIN, s. 108.
[107] CHOAMSKY / POLLIN, s. 91.

Ekvator Anayasası'nda Doğa Ana'nın Haklarına Yer Verilmesi

Bilim camiasında dünyanın işleyişine yönelik yaşanan paradigma değişikliğini hukuk alanına taşıyacak dönüşümün ilk adımları, iklim krizinden en fazla etkilenecek yerlerin başında gelen Latin Amerika'da atılmaya başlanmıştır. Sadece orada değil, yukarıda da belirtildiği üzere doğa, bir anayasal kavram olarak ulusal düzenlemelere giderek daha fazla girmektedir. Bunlardan bazıları, Almanya veya Sudan Anayasası'nda olduğu gibi, tüm devlet kademelerine doğayı koruma görevi yüklemektedir. Bununla birlikte, söz konusu düzenlemelerde halen doğanın edilgen bir konumda kabul edildiği gözlenmektedir. Oysa son zamanlarda, özellikle Güney Amerika'da birkaç ülke tarafından ısrarla vurgu yapılarak tanınan ve doğanın haklarını esas alan doğa-merkezli çevresel bir anayasacılık ortaya çıkmıştır.[108]

Yakın zamanda Bolivya ve Ekvator'da, yerli halkların önderliğinde gerçekleşen ve ekolojik dönüşüm çağrılarının merkezine, gitgide tırmanarak hayatlarımızı adeta esir alan tüketim stratejilerinin aksine, iyi bir yaşam hakkına odaklanmış olan *buen vivir* kavramını oturtan eylemlerden çıkarılacak çok ders bulunmaktadır.[109] 2008 yılında Ekvador'da ve ardından Bolivya'da gerçekleşen anayasa değişikliklerinde Toprak Ana'nın temel haklarının tanınması, doğanın tek tek parçalarıyla ve aynı zamanda bir bütün olarak var olma ve varlığını sürdürme haklarının anayasal güvenceye kavuşturulması devrimci bir hamle olarak kabul edilmektedir.[110] Bunun en önemli sebebi bu anayasaların, insanları doğadan ayıran ve bir dikotomi yaratan modernitenin bir yan ürünü olan anayasa kavramını, insanların kendi arasındaki bir anlaşma olmaktan çıkartması ve denkleme doğayı da bir anayasal hak öznesi olarak sokmasıdır.[111]

Bolivya Anayasası'nın dörtte biri çevreye ilişkin düzenlemelerden oluşmaktadır. Bu durum, doğaya verilen önemi göstermesi açısından elbette önemlidir. Buna karşın, maddeler yakından incelendiğinde, antroposantrik bakış açısının tam olarak terk edilemediği, doğanın başlı başına bir hak öznesi olarak ortaya çıkamadığı görülmektedir. Ekvator'da ise bir adım daha ileriye gidilebilmiştir. 2007 yılında Rafael Correa'nın Devlet Başkanı seçilmesinin ardından başlayan anayasa yazım süreci 2008'de başarıyla sonuçlanmış ve yeni anayasa referandumla onaylanarak yürürlüğe girmiştir. Yerli halkların doğaya yaklaşımı esas alınarak yazılan Anayasa'da çok net bir doğa-merkezci tercih ifade edilmiştir.[112] Zira Ekvator yerlileri doğayı, korunması gereken bir nesne olarak değil, insanların da bir parçası olduğu ve onunla uyumlu biçimde bir arada

[108] MAY / DALY, s. 224.
[109] KLEIN, s. 312.
[110] MADRA, s. 26.
[111] KÖYBAŞI, Serkan: Ekolojik Anayasa içinde, ed. Mahmut BOYNUDELİK, Yeni İnsan Yayınevi, İstanbul 2011, s. 105.
[112] ŞİRİN, s. 17.

olunması gereken bütünlüklü bir sistem olarak kabul etmektedir.[113] Öncelikle, Anayasa'nın 10. maddesinde kimlerin hak sahibi olduğu belirtilirken, Anayasa'nın onun için tanıdığı haklar kapsamında doğanın da bir özne olduğu belirtilmiştir. Anayasa'nın tanıdığı bu haklarsa ileride, "Doğa'nın Hakları" başlığını taşıyan Anayasa'nın 7. Bölümü'nde sayılmıştır. Dört maddeden oluşan ve 71 ila 74. maddeler arasında yer alan bu bölüm, Doğa Ana'nın haklarına ayrılmış ve böylece hem ayrı ayrı doğal varlıklar hem de bir sistem olarak doğa hak öznesi olarak kabul edilmiştir.

Anayasa'nın 71. maddesine göre yerli kültürden gelen adıyla *Pacha Mama,* yani Doğa Ana, hayatın kaynağıdır ve varlığına, olduğu gibi korunmasına ve yaşam döngülerinin, yapısının, işlevlerinin ve evrimsel süreçlerinin yeniden ortaya çıkmasına tam olarak saygı gösterilme hakkına sahiptir. Tüm kişiler, topluluklar, halklar ve milletler, kamu otoritelerini doğanın haklarını hayata geçirmeye davet edebilir. Dolayısıyla Ekvator'da, herkesin konuyla ilgili dava açmasını öngören bir tür halk davası (*actio popularis*) yolu öngörülmüştür.[114] Bu maddeye göre devlet, doğayı korumak ve bir ekosistemi oluşturan tüm unsurlara gösterdikleri saygıyı artırmak için gerçek ve tüzel kişileri ve toplulukları teşvik eder. Görüldüğü gibi, bu madde doğayı başlı başına bir hak öznesi olarak tanımakta ve bu anlamda, günümüz hukukundaki antroposantrik hak tekelini kırmaktadır.

72. madde ise zarar gören doğanın eski haline getirilmesiyle ilgilidir. Buna göre, doğanın eski haline gelme hakkı vardır. Üstelik, doğaya zarar verenin yükümlülüğü, etkilenen doğal sisteme bağlı kişilerin ve toplulukların zararını karşılamakla ortadan kalkmamaktadır. Devlet ve gerçek veya tüzel kişiler doğaya verdikleri zararı da ayrıca ortadan kaldırmakla, bir başka deyişle, tazminatın yanında, çevrenin eski haline getirilmekle de yükümlü tutulmuştur. Bu madde de günümüz hukukundaki "kirleten öder" ilkesinden devrimsel bir şekilde ayrılmaktadır. Zira Türk Ceza Kanunu'nun 181 ve 182. maddelerinde de görüldüğü üzere, günümüz hukuk sistemlerinde doğaya zarar verenler para cezası veya istisnaî hallerde hapis cezasına çarptırılsa da zarar verdikleri doğayı eski haline getirme yükümlülüğü altına sokulmamaktadır. Bu da doğaya verdiği zarar karşılığında kirletme cezasına nazaran daha yüksek bir kâr elde edecek olan kişi ve şirketlerin, bu cezayı göze alarak kirli faaliyetlerine devam etmelerine yol açmaktadır. Ancak bu durum Ekvator'da artık mümkün değildir.

Ekvator Anayasası'nın 73. maddesi devlete, ekosistemin korunmasına ilişkin çeşitli görevler yüklemektedir. Bunların başında türlerin korunması gelmektedir. Düzenlemeye göre devlet, türlerin soyunun tükenmesine neden olacak faaliyetlerin engellenmesi ve sınırlanması için gerekli önlemleri almalıdır. Aynı şekilde devlet,

[113] PRIETO, Gustavo: "*The Los Cedros Forest Has Rights*", https://verfassungsblog.de/the-los-cedros-forest-has-rights/ (erişim tarihi: 08.08.2022).
[114] ŞİRİN, s. 17.

ekosistemlerin yok edilmesini ve doğal döngülerin daimî şekilde değiştirilmesini önlemelidir. Buna ek olarak, söz konusu madde, milletin genetik varlığını kesin şekilde değiştirme ihtimali olan organizmaların ve organik ve inorganik materyalin üretimini yasaklamaktadır.

Son olarak 74. maddede ise hedef özne doğa olmaktan çıkmakta ve yeniden insana dönmektedir. Söz konusu maddenin ilk fıkrasına göre kişiler, topluluklar, halklar ve milletlerin, iyi yaşamdan keyif almalarını sağlayan çevreden ve doğal zenginlikten faydalanma hakları olduğu belirtilmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında ise çevresel hizmetlerin özelleştirilemeyeceği ve bu hizmetlerin üretiminin, tedarikinin, kullanımının ve gelişiminin devlet tarafından düzenleneceği ifade edilmiştir.[115]

Ekvator Anayasası'nın kabul edilmesinin hemen ardından, bu önemli paradigma değişiminin hayata geçip geçmeyeceği konusunda çeşitli şüpheler dile getirilmiştir.[116] Ancak iktidarın, Doğa Ana'nın hakları konusundaki güçlü siyasî duruşu yargı organlarını, değişen yeni hukuka uygun kararlar vermek konusunda cesaretlendirmiştir. Örneğin, hükûmetin yasadışı bir altın madenine karşı harekete geçmesinin ardından 2. Pichincha Cezaî Güvenceler Mahkemesi, "doğanın ve insanların haklarını korumak için" madencilik faaliyetlerinin derhal durdurulmasına karar vermiştir. Buna ek olarak mahkeme, "Ekvator silahlı güçlerinin ve ulusal polisin iş birliği yaparak, doğa ve yakın çevre için büyük bir tehlike arz eden (bölgedeki) yasadışı madencilik faaliyetlerini denetim altına almasına ve tüm eşyaların, araçların ve (madencilik faaliyetinde kullanılan) diğer araçların imha edilmesine" karar vermiştir. Gerçekten de bundan birkaç gün sonra 70 ila 120 arasında makine helikopterlerden atılan patlayıcılarla imha edilmiştir. Bu durumun madencilerin mülkiyet haklarını ihlal ettiği iddiasına karşı ise hükûmet, doğanın haklarına devletin verdiği önemi gösterir biçimde, toplantılar düzenleyerek, "imha edilen makine sahiplerinin ekonomik çıkarlarının bölge halkının yaşama ve sağlık hakları karşısında ikincil önemde olduğunu" vurgulamıştır.[117]

Dava konusu olan bir başka olayda ise, herhangi bir çevresel etki değerlendirme raporu alınmadan, planlama izinleri alınmadan ve bölgedeki taş, kum, çakıl, ağaç ve diğer hafriyat ve molozların atık boşaltım işlemleri planlanmadan bir yol inşasına başlanmıştır. Daha sonra molozlar, yasalara aykırı şekilde Vilcabamba nehri kıyılarına boşaltılmıştır. Bu da kanalı daraltarak nehrin akış hızını dört katına çıkarmış ve özellikle ilkbahar yağmurları sırasında nehrin aktığı yönde önemli oranda erozyona ve taşkınlara sebep olmuştur. Bölge mahkemesi, bu durumdan etkilenen toprak sahiplerinin iddiasını kabul ederken "doğaya verilen zararların yalnızca şimdiki kuşakları değil, gelecek kuşakları da

[115] Ekvator Anayasası'nın İngilizce metni için Constitute Project'in çevirisi temel alınmıştır. Bknz: https://constituteproject.org/constitution/Ecuador_2021?lang=en (erişim tarihi: 07.08.2022).
[116] KORKUT, Levent: Ekolojik Anayasa içinde, ed. Mahmut BOYNUDELİK, Yeni İnsan Yayınevi, İstanbul 2011, s. 96.
[117] MAY / DALY, ss. 225-226.

etkileyen zararlar olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca mahkeme, doğanın haklarının Anayasa'da yer alan haklardan daha üstün bir hak olduğunu ve "sağlıklı" bir çevrenin diğer tüm anayasal haklardan çok daha etkili ve önemli olduğunu savunmuştur.[118]

Ekvator Anayasa Mahkemesi'nin Los Cedros Kararı

Yerelde verilmiş olan bu iki kararın açtığı yoldan ilerleyen Ekvator Anayasa Mahkemesi, 2021 yılının Aralık ayında vermiş olduğu kararla, Anayasa'da yer alan Doğa Ana'nın haklarının uygulanıp uygulanamayacağı konusunda yaşanan tereddüdü kesin olarak ortadan kaldırmıştır. Los Cedros ormanının korunmasına ilişkin verdiği bu kararla Mahkeme, Anayasa'nın 71 ila 74 maddeleri arasındaki hükümleri bir temenni hükmü olmaktan çıkarıp gerçek hayatta etkili düzenlemelere çevirmiştir. Böylece şimdiye kadar insanların tekelinde olan hak özneliği sıfatı, Ekvator özelinde kırılmıştır.

Dava konusu olaya bakıldığında, Ekvator Anayasa Mahkemesi önüne gelen davanın, koruma altındaki bir sis ormanı olan Los Cedros sınırları içerisinde verilen bazı maden arama izinleriyle ilgili olduğu görülmektedir. Söz konusu orman alanı, And Dağları'ndadır ve geniş bir biyolojik çeşitliliğe ev sahipliği yapmaktadır. 2017 yılında Ekvator, devlete ait ENAMI EP adlı şirkete, diğer çevresel izinlerle birlikte, Los Cedros ormanını da kapsayacak şekilde iki maden arama imtiyazı tanımıştır. Bunun ardından şirket, çeşitli özel şirketlerle anlaşmalar yapmış ve onlar da maden çıkarma hazırlığı olarak alanda mineral keşfine başlamıştır.

2018 yılında, madencilik faaliyetinden etkilenecek bölgede yerel makamlar hem doğanın haklarının hem de kendilerinin, bölgede yaşayan topluluklar olarak, bilgilendirilme ve önceden danışılma haklarının ihlal edildiğini iddia ederek bir anayasa şikâyeti süreci başlatmıştır. Alt derece mahkemesi, iddiaları kısmen yerinde bularak yerel örgütlerin önceden danışılma hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mahkeme ayrıca, doğanın haklarının ihlal edilip edilmediğine dair daha derinlemesine yapılacak bir değerlendirmeye kadar madencilik faaliyetlerinin de durdurulmasını emretmiştir. Bunun üzerine yerel makamlar, mahkemenin bu kararına karşı yeni bir şikâyette bulunmuş ve davayı, doğanın haklarının ihlal edildiğini tespit etmesi için Anayasa Mahkemesi önüne taşımıştır.

Ekvator Anayasa Mahkemesi, 10 Kasım 2021 tarihinde verdiği kararda, tanınmış olan madencilik imtiyazlarının ve çevresel izinlerin Anayasa'daki üç farklı hakkı ihlal ettiğine karar vermiştir. Bunlardan ilki, Los Cedros ormanının haklarıyla bağlantılı olarak doğanın haklarıdır. Böylece Mahkeme, Anayasa'da yer alan doğanın haklarının güzel temenni sözlerinden ibaret olmadığı, gerçek hayatta yansıması olan haklar olduğu mesajını vermiştir. Mahkeme'ye göre "*bunlar retorik liriklik değil, fakat aşkın bir*

[118] MAY / DALY, s. 226.

açıklama ve tarihî bir vaattir."[119] İkinci olarak Mahkeme, bölge halkının su hakkı ve sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Son olaraksa, yerel mahkemenin de daha önce belirttiği gibi, yerel toplulukların önceden danışılma hakkı da ihlal edilmiştir.

Bu kararın önemi, Ekvator Anayasa Mahkemesi'nin "bir gezegen gibi düşünmesidir". Bu düşünce yöntemi modern hayatın bakış açılarına son derece yabancıdır. Hatta, insanlar gibi devletlerin de acımasız bir rekabet sistemi içindeki neoliberal özneler olarak düşündüğü bir zamanda, kulağa oldukça çocuksu gelmektedir.[120] Mahkeme, somut bir davada, belli bir ormanın hak sahibi olduğuna hükmetmiştir. Bunun ardındansa, bu hakların ekonomik bir faaliyetle ihlal edilip edilmediğini tespit edebilmek için iki aşamalı bir test uygulamıştır. İlk aşamada, potansiyel olarak doğaya ciddi ve geri döndürülemez bir zarar verilme riskinin olup olmadığına bakmıştır. İkinci aşamada ise Mahkeme, bir eylemin olumsuz etkilerine dair tam bir bilimsel kesinliğin eksikliğini aramıştır.[121] Anayasa Mahkemesi'ne göre bir ekonomik aktivite, doğada hiçbir olumsuz etki yapmamalıdır. Eğer şirket (veya devlet) yaptığı faaliyetin doğada hiçbir olumsuz etki yapmayacağını ispat edemiyorsa, o faaliyet doğanın haklarını ihlal ediyor demektir. Oysa Mahkeme'nin kararın 124. paragrafında belirttiği üzere, her tür madencilik faaliyeti Los Cedros ormanı üzerinde geri döndürülemez olumsuz bir etki yapacaktır. Bu da doğanın haklarını ihlal edilmesi anlamını taşıyacaktır.

Sonuç olarak, bu kararın ardından Los Cedros ormanında hangi maden için olursa olsun herhangi bir kazı faaliyetinin yapılması artık mümkün değildir. Burada dikkat edilmesi gereken noktlardan biri de madencilik faaliyetiyle zarar görecek yerel halkın haklarından bağımsız olarak, orman ekosisteminin kendinin korunmasıdır. Mahkeme, Los Cedros ormanının var olma hakkı olduğuna hükmetmiş ve bu hakkı, ormandan çıkarılacak madenlerin ekonomik değerinden ve şirketlerin çalışma, girişim ve mülkiyet haklarından üstün tutmuştur. Bu karar, şirketleri iktidar sahibi kılan ve devlet tarafından desteklenen mülkiyet hakları kavramının ve doğal kaynakların serbestçe çıkarılıp kullanılmasını sağlayan kültürel olarak inşa edilmiş mekanizmanın[122] karşısında durmaktadır.

Elbette Ekvator Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı çeşitli soruları da beraberinde getirmektedir.[123] Bunların başında hak sahibi doğal varlıkların ne olduğu sorusu bulunmaktadır. Örneğin, bu karar uyarınca yalnızca Los Cedros ormanı mı hak sahibi bir

[119] Kararın metnine ilişkin Gustavo Prieto'nun İngilizce çevirisi esas alınmıştır. https://verfassungsblog.de/the-los-cedros-forest-has-rights/ (erişim tarihi: 08.08.2022).
[120] WALLACE-WELLS, s. 248.
[121] PRIETO, "*The Los Cedros…*".
[122] CAPRA / MATTEI, s. 27.
[123] PRIETO, "*The Los Cedros…*"

doğal varlık olarak kabul edilmiştir, yoksa acaba Ekvator'daki benzer diğer ormanlar da hak sahibi haline gelmiş midir?

İkinci olarak, Mahkeme'nin doğaya verilen zararla ilgili belirlemiş olduğu yüksek standardın nasıl hayata geçirileceği merak konusudur. Zira, madencilik gibi doğa üzerinde olumsuz etkileri olan faaliyetler için alınması gereken çevre etki değerlendirme raporu gibi raporların yanında Mahkeme, şirketlerden, faaliyetlerinin doğa üzerinde hiçbir zararlı etkisinin olmayacağını bilimsel olarak kanıtlamalarını da beklemektedir. Tahmin edileceği üzere bu, erişilmesi son derece zor bir standarttır. Neredeyse her tür kapitalist üretim, yukarıda da belirtildiği üzere, doğadan elde edilecek bir hammadde kullanımını gerektirir ve bu hammaddenin elde edilmesinin de doğa üzerinde olumsuz bir etkisi vardır. Eğer Mahkeme'nin standardı genel kural olarak kabul edilirse, günümüzdeki neredeyse her tür ekonomik faaliyet, doğanın haklarını ihlal ettiği iddiasıyla dava edilebilecek ve durdurulabilecektir. Ancak Mahkeme'nin amacının bu olmadığı tahmin edilebilir. Muhtemelen Los Cedros'un hali hazırda koruma altında olan bir orman olması ve eşsiz bir biyolojik çeşitliliğe ev sahipliği yapması Mahkeme'nin bu kadar yüksek bir standart belirlemesinde etkili olmuştur. Buna bağlı olarak, önümüzdeki kararlarda da doğal yapının "eşsizlik" seviyesi belirleyici etmen olacaktır.

Son olarak, Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı, uluslararası ticaret hukuku açısından bir belirsizlik yaratmaktadır. Zira bugün Ekvator'da faaliyet gösteren şirketler, mevcut çevre hukuku standartlarına göre hareket etmektedir. Uluslararası şirketler de bu standartları yerine getireceklerini kabul ederek Ekvator'da yatırım yapmıştır. Ancak şimdi bu standartlar önemli derecede yükselmiştir. Bu durum yasal standartların öngörülemezliğine neden olabilecek ve sonuç olarak uluslararası hukukun üstünlüğü ilkesinin ihlal edildiği iddia edilebilecektir.

Sonuç

Rekabete mahkûm ve kâr hedefine bağlı kapitalist üretim sisteminde, doğa da emek gücünün yanı sıra ya da onunla birlikte sömürü kaynağıdır.[124] Doğayı sömürebilmek amacıyla kapitalizm doğayı bir mülke indirgemiştir. Tarih boyunca doğayla bir şekilde uyumlu yaşamış olan insanlık, burjuva sınıfının kurduğu bu ekonomik sistemle ve onu besleyen felsefî düşünceyle doğadan kendini ayırmış ve "yeryüzündeki tanrıya" dönüştüğünü düşünmüştür. Ancak bugün iklim krizinin insanlığın da varlığını tehdit ettiği noktada "doğanın efendisi" olmadığımız, gezegenin ekosistemindeki parçalardan yalnızca biri olduğumuz ve bu ekosistemi oluşturan ağ sistemini bozmanın kendi sonumuzu da getirdiğini anlamış bulunmaktayız. Fen bilimlerinde yaşanan dünyanın işleyişine ilişkin paradigma değişiminin artık hukuk alanına da yansıması gerekmektedir. Zira iklim krizine neden olan ekonomik sistemin dayanağı, sadece insanı

[124] AKDAĞ, Yusuf: "*Sermaye Birikimi ve Doğanın Yıkımı*", Teori ve Eylem, S. 55, Bahar 2022, s. 65.

hak öznesi olarak gören, doğayı ise sömürülmeye açık bir nesneye indirgeyen günümüz hukuk sistemidir.

Ekvator Anayasa Mahkemesi'nin Los Cedros kararı işte bu çerçevede okunmalıdır. Doğanın hakları konusunda tanıma aşamasına, hatta bu hakların unsurlarının otantik olarak çözümlenmesi sürecine geçilmiştir. Söz konusu hakkın dinamizm, yaygınlık ve etkililik kazanması, Latin Amerika'daki mücadelenin küresel boyut kazanmasına bağlıdır.[125] Küresel iklim krizinin etkisini her geçen gün artırdığı günümüzde, Ekvator'da başlayan bu hukuksal dönüşümün hızlı şekilde diğer ülkelere de aktarılması gerekmektedir.

Bu aktarımın önünde bir sorun olarak öne sürülebilecek olan, anayasalar arasındaki düzenleme farklılıklarıdır. Elbette Ekvator Anayasası'nda bulunan Doğa'nın Hakları bölümü, onu diğer anayasalardan ayırmaktadır. Los Cedros kararının bu yönde çıkması için söz konusu bölüm güçlü bir dayanak oluşturmuştur. Ancak, diğer ülkelerin anayasalarında (henüz) benzer düzenlemeler bulunmasa dahi anayasa mahkemeleri, mevcut çevre hakkı düzenlemelerini ekosantrik bir bakış açısıyla yorumlayarak ve kendine dayanak yaparak doğanın kapitalist sömürü nesnesi gibi muamele görmesinin önünde engel olabilir ve olmalıdır. Zira, doğanın ve onun bir parçası olan insanların yaşam hakkı, şirketlerin elde edeceği kârdan daha önemlidir.

[125] ŞİRİN, s. 20.

TÜRK HUKUKU AÇISINDAN BİR MODEL OLARAK ALMAN ANONİM ŞİRKETLERDE ELEKTRONİK GENEL KURUL TOPLANTISI HAKKINDA KANUN TASARISI[1]

Dr. Öğr. Üyesi Ezgi Başak Demirayak Ünal [*]

Özet

Alman Adalet Bakanlığı tarafından 09.02.2022 tarihinde sunulan Alman Anonim Şirketlerde Elektronik Genel Kurul Toplantısı Hakkında Kanun Tasarısı, 27.04.2022 tarihinde Federal Hükümet tarafından da kabul edilmiştir. Tasarı, esasen Covid-19 salgını nedeniyle alınan tedbirler çerçevesinde imkan tanınan elektronik genel kurul toplantısının kalıcı bir düzenlemeye kavuşturulmasını hedeflemektedir. Bu amaçla Tasarıda Alman Anonim Şirketler Kanununa elektronik genel kurul toplantıları ve bu toplantıların hangi koşullar altında gerçekleştirilebileceğine ilişkin yeni bir hüküm eklenmesi öngörülmektedir. Türk Hukukunda ise TTK m. 1527 hükmü anonim şirket genel kurul toplantılarının elektronik ortamda gerçekleştirilmesine imkan tanımaktadır. Konuyla ilgili ayrıntılar "Anonim Şirketlerde Elektronik Ortamda Yapılacak Genel Kurullara İlişkin Yönetmelik" ile düzenlenmiş olmakla birlikte elektronik genel kurul toplantısı imkanı Covid-19 salgını nedeniyle alınan tedbirlerle genişletilmiş bulunmaktadır. Çalışmada Alman Anonim Şirketlerde Elektronik Genel Kurul Toplantısı Hakkında Kanun Tasarısı hükümleri Türk Hukukundaki düzenlemelerle karşılaştırmalı olarak ele alınmakta ve Tasarı hükümlerinin Türk Hukuku açısından bir model olup olamayacağına ilişkin değerlendirmeler yapılmaktadır.

[1] Entwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften und Änderung weiterer Vorschriften, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_virtuelle_Hauptversammlung.pdf;jsessionid=EB0B2CE27B702B3AC953AD484E990B62.1_cid297?__blob=publicationFile&v=2, E.T. 05.05.2022. Tasarının, 26.06.2022 tarihi itibariyle kanunlaşarak yürürlüğe giren hali için bkz. https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&jumpTo=bgbl122s1166.pdf#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl122s1166.pdf%27%5D__1659433347841, E.T. 26.07.2022. İşbu çalışma, sempozyumdaki sunum tarihi itibariyle Anonim Şirketlerde Elektronik Genel Kurul Toplantısı Hakkında Kanun Tasarısı hakkında olmakla birlikte tam metnin hazırlandığı tarih itibariyle tasarı yasalaşmış olduğundan kabul edilen kanun metni de dikkate alınmıştır. Bu noktada Tasarı metni ile kanunlaşan metin arasındaki ilk farkın elektronik genel kurul toplantısının uygulama alanı konusunda olduğunu, Tasarıda uygulama alanı anonim şirketlerle sınırlı iken kanunlaşan metinde kooperatifler bakımından da elektronik genel kurul toplantısı imkanı tanındığını belirtmek gerekir. Tasarı hakkında genel değerlendirme için bkz. Schörnig, Michael, Monatschrift für Deutsches Recht, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften, 2022 (7), s. 103-104. Yazar, tasarıya ilişkin değerlendirmelerinde kapsamın genişletilmesi gereğine değinmektedir, s. 104.

[*] **Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ORCID ID: 0000-0001-9822-6718**

Anahtar Kelimeler: Anonim Şirket, Elektronik Genel Kurul Toplantısı, Alman Anonim Şirketler Kanunu

1. GİRİŞ

Almanya'da anonim ortaklıklarda genel kurul toplantılarının tamamen elektronik ortamda gerçekleştirilmesine ilişkin düzenlemeler içeren Alman Anonim Şirketlerde Elektronik Genel Kurul Toplantısı[2] Hakkında Kanun Tasarısı, Alman Adalet Bakanlığı tarafından 09.02.2022 tarihinde sunulmuş ve 27.04.2022 tarihinde de Federal Hükümet tarafından kabul edilmiştir. Esasen yürürlükteki Anonim Şirketler Kanunu, genel kurul toplantılarının tamamen elektronik ortamda gerçekleştirilmesine izin vermezken, Covid-19 salgını nedeniyle alınan tedbirler çerçevesinde çoğu ülkede olduğu gibi Almanya'da da genel kurul toplantılarının tamamen elektronik ortamda gerçekleştirilmesinin önü geçici bir süre için de olsa açılmıştır. Söz konusu deneyimin ardından elektronik genel kurula ilişkin kalıcı bir düzenleme yapılması amacıyla hazırlanan Tasarıda Alman Anonim Şirketler Kanununa[3] elektronik genel kurul toplantıları ve bu toplantıların hangi koşullar altında gerçekleştirilebileceğine ilişkin yeni bir hüküm eklenmesi öngörülmektedir.

Türk Hukukunda ise TTK m. 1527 hükmü Alman Anonim Şirketler Kanununda olduğu gibi anonim şirket genel kurul toplantılarının kısmen elektronik ortamda gerçekleştirilmesine imkan tanımaktadır. Konuyla ilgili ayrıntılar, hükme dayalı olarak çıkarılan "Anonim Şirketlerde Elektronik Ortamda Yapılacak Genel Kurullara İlişkin Yönetmelik" ile düzenlenmiştir. Öte yandan Covid-19 salgını nedeniyle alınan tedbirler çerçevesinde tartışmalara yol açacak biçimde anonim ortaklıklar bakımından genel kurul toplantılarının tamamen elektronik ortamda gerçekleştirilmesi sağlanmıştır.

Çalışmada Alman Anonim Şirketlerde Elektronik Genel Kurul Toplantısı Hakkında Kanun Tasarısı hükümleri Türk Hukukundaki düzenlemelerle karşılaştırmalı olarak ele alınacak ve Türk Hukuku bakımından anonim ortaklıklarda genel kurul toplantılarının tamamen elektronik ortamda gerçekleştirilmesine yönelik olası bir düzenlemede gözönünde bulundurulması gereken kimi hususlar değerlendirilecektir.

2. ALMAN HUKUKUNDA ELEKTRONİK GENEL KURULA İLİŞKİN MEVCUT DÜZENLEMELER VE ANONİM ŞİRKETLERDE ELEKTRONİK

[2] Tasarının başlığında kullanılan "virtuelle Hauptversammlung" ifadesinin tam karşılığı "sanal" ya da "virtüel" genel kurul olmakla birlikte Türk mevzu hukukunda "elektronik genel kurul" kavramının kullanılması nedeniyle düzenlemenin öngördüğü toplantı türü çalışmamızda da "elektronik genel kurul" olarak adlandırılmıştır. Doktrinde sanal ya da virtüel genel kurul ifadelerinin de tercih edildiği görülmektedir. Anılan kullanım için bkz. Bahtiyar, Mehmet/ Hamamcıoğlu, Esra, Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantıları, İstanbul, 2014, s. 14, dn. 31; Azarkan, Necat, Anonim Şirketlerde Sanal (Virtüel) Genel Kurul, Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi, 2018(2-4), s. 25 vd.

[3] Bundan sonra "AktG" olarak anılacaktır.

GENEL KURUL TOPLANTISI HAKKINDA KANUN TASARISININ GETİRDİKLERİ

a) Genel Düzenleme

Alman Hukukunda anonim ortaklıklar bakımından genel kurul toplantılarına elektronik ortamda katılım imkanı ilk kez 03/08/2009 tarihinde[4] AktG §118 hükmüne eklenen ikinci cümle ile tanınmıştır. Pay Senetleri Borsaya Kote Edilmiş Anonim Şirketlerde Pay Sahipliği Haklarının Kullanılması Hakkında 2007/36/EG Sayılı Avrupa Birliği Yönergesine[5] uyum amacıyla gerçekleştirilen değişiklikle Kanuna eklenen söz konusu cümleye göre "Esas sözleşmede pay sahiplerinin toplantının yapıldığı yerde bulunmaksızın ve yetkili temsilci de atamaksızın genel kurula katılabileceği ve haklarının tamamını veya bazılarını tamamen veya kısmen elektronik ortamda kullanabilecekleri öngörülebilir veya bu konuda yönetim kurulu yetkilendirilebilir." Söz konusu düzenlemenin fiziki katılımı tamamen yasaklamamış olması nedeniyle anonim ortaklıklarda genel kurul toplantılarının tamamen elektronik ortamda yapılamayacağı kabul edilmektedir. Bu anlamda yürürlükteki Alman Hukukunda anonim ortaklıklarda genel kurul toplantılarının fiziki genel kurul ve hibrit genel kurul[6] olmak üzere iki türü bulunmaktadır.

b) Covid-19 Tedbirleri Çerçevesinde Geçici Düzenleme

2019 yılının sonlarında ortaya çıkan Covid-19 hastalığının 2020 yılının başlarında Dünya Sağlık Örgütü tarafından pandemi olarak ilan edilmesiyle tüm dünyada hastalığın yayılmasının önlenmesi amacıyla kimi tedbirler alınmaya başlanmıştır. Bu önlemlerin başında hastalığın bulaşma ihtimalini azaltmak amacıyla fiziksel mesafenin sağlanması gelmiş ve fiziksel mesafe, anonim ortaklıklar bakımından genel kurul toplantılarının fiziki ortamda gerçekleştirilmemesi şeklinde kendini göstermiştir. Bu gelişme, fiziki genel kurula alternatif yöntemleri zorunlu hale getirmiştir.

Fiziki genel kurula alternatif arayışları, Almanya'da 27.03.2020 tarihli Şirketler-, Kooperatifler-, Vakıflar-, Dernekler- ve Konut Mülkiyeti Hukukunda Covid-19

[4] Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG), https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&start=//*%5b@attr_id=%27bgbl109s2479.pdf%27%5d#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl109s2479.pdf%27%5D__1656924131979, E.T.: 05.05.2022.

[5] Directive 2007/36/EC of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the exercise of certain rights of shareholders in listed companies, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32007L0036, E.T.: 05.05.2022.

[6] Doktrinde online katılımlı genel kurul ya da elektronik genel kurul olarak da adlandırılan ve bazı pay sahiplerinin fiziken, bazı pay sahiplerinin ise elektronik ortamda katılımıyla gerçekleştirilen bu genel kurul toplantı türü, Alman Anonim Şirketlerde Elektronik Genel Kurul Toplantısı Hakkında Kanun Tasarısının genel gerekçesinde kullanılan "hybride Versammlung" ifadesinin karşılığı olan "hibrit genel kurul" ifadesinin daha doğru açıkladığı düşünüldüğünden çalışmamızda bu şekilde adlandırılmıştır.

Pandemisinin Etkileriyle Mücadele Tedbirleri Hakkında Kanun[7] ile hayata geçmiş ve böylelikle 2020 yılının sonuna kadar genel kurul toplantılarının elektronik ortamda gerçekleştirilmesine imkan tanınmıştır.[8] Pandeminin devam etmesi üzerine uygulama süresi öncelikle 2021 sonuna, sonrasında ise 31.08.2022 tarihine kadar uzatılmıştır. Anılan Kanunun § 1/2 hükmü uyarınca "Yönetim Kurulu, aşağıdaki koşullarla toplantının pay sahiplerinin ya da yetkili temsilcilerinin fiziki katılımı olmaksızın elektronik genel kurul olarak gerçekleştirilmesine karar verebilir:

1. Toplantının tamamının görüntü ve ses naklinin gerçekleştirilmesi
2. Pay sahiplerinin elektronik iletişim yoluyla (mektupla oy kullanma ya da elektronik katılım) oy kullanmalarına ve temsilci tayinine imkan tanınması
3. Pay sahiplerine elektronik iletişim yoluyla soru sorma hakkının tanınması
4. 2 numara uyarınca soru sorma hakkını kullanan pay sahiplerine AktG § 245/N.1 hükmünden farklı olarak toplantıda hazır bulunma koşulu aranmaksızın genel kurul kararına muhalefet imkanının tanınması"

Söz konusu düzenleme, Kanunun adından da anlaşılacağı üzere Covid-19 pandemisi süresince uygulanması öngörülen geçici bir düzenlemedir. Bu nedenle düzenlemenin odaklandığı temel nokta, pandemi süresince esasen gerçekleştirilemeyecek olan genel kurul toplantılarının bir şekilde gerçekleştirilmesini sağlamak olmuş, pay sahipliği haklarının kullanılmasının sağlanması ise ikinci planda kalmıştır.[9] Düzenleme bu yönüyle doktrinde zaman zaman eleştirilere maruz kalsa da kimi yazarlarca da toplantıların tamamen elektronik genel kurul şeklinde gerçekleştirilmesine yönelik kalıcı bir düzenleme yapılması önerilmiştir.[10] Yukarıda ana hatlarıyla açıklanan Şirketler-, Kooperatifler-, Vakıflar-, Dernekler- ve Konut Mülkiyeti Hukukunda Covid-19 Pandemisinin Etkileriyle Mücadele Tedbirleri Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde 2020 yılının ortalarından başlamak üzere gerçekleştirilen elektronik genel kurul toplantısı uygulamalarının başarılı olduğu görülmektedir. Nitekim elektonik genel kurul toplantısı uygulamasının uygulamada kabul gördüğü, elektronik genel kurul toplantılarına katılımın fiziki genel kurul toplantılarına katılıma nazaran daha az maliyetli olması nedeniyle daha önce genel kurul toplantılarına katılımı sınırlı olan küçük pay sahiplerinin toplantılara katılımında artış olduğu yapılan tespitler arasında yer almaktadır. Aynı tespit, yurt dışında

[7] Gesetz über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie, https://www.gesetze-im-internet.de/gesruacovbekg/BJNR057000020.html, E.T.: 05.05.2022.

[8] Düzenleme hakkında ayrıntılı değerlendirme için bkz. Simons, Cornelius/ Hauser, Johanna, Die virtuelle Hauptversammlung, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, 2020 (13), s. 488 vd.; Schäfer, Carsten, Die virtuelle Hauptversammlung nach dem Corona-Gesetz, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, 2020 (13), s. 481 vd.

[9] Düzenlemede buna rağmen pay sahipliği haklarına ilişkin düzenlemelere de yer verilmiştir. Bu düzenlemelere ilişkin değerlendirmeler için bkz. Simons/Hauser, s. 491 vd: Schäfer, s. 487.

[10] Gerekçe, s. 14.

ikamet eden pay sahipleri bakımından da geçerlidir.[11] Ayrıca genel kurul toplantılarında pay sahiplerinin soru sorma hakkının ön plana geçmesi dolayısıyla hem pay sahiplerinin sorduğu soru sayısında hem de sorulan sorulara verilen cevapların kalitesinde artışa yol açtığı ifade edilmektedir.[12] Gerekçede açıklanan bu olumlu deneyimler, anonim ortaklıklarda genel kurul toplantılarının tamamen elektronik ortamda gerçekleştirilmesine yönelik kalıcı bir yasal düzenlemenin de önünü açmıştır. Bu amaçla hazırlanan ve Adalet Bakanlığınca 09.02.2022 tarihinde sunulan Anonim Şirketlerde Elektronik Genel Kurul Toplantısı Hakkında Kanun Taslağı, 27.04.2022 tarihinde hükümet tarafından kanun tasarısı olarak kabul edilmiştir.

c) Anonim Şirketlerde Elektronik Genel Kurul Toplantısı Hakkında Kanun Tasarısının Öngördüğü Esaslar

Anonim Şirketlerde Elektronik Genel Kurul Toplantısı Hakkında Kanun Tasarısı, Şirketler-, Kooperatifler-, Vakıflar-, Dernekler- ve Konut Mülkiyeti Hukukunda Covid-19 Pandemisinin Etkileriyle Mücadele Tedbirleri Hakkında Kanundan farklı olarak elektronik genel kurula i,lişkin kalıcı bir düzenleme niteliğini haiz olduğundan tasarı ile yapılan düzenlemeler, elektronik genel kurul toplantısına ilişkin temel şartların yanı sıra pay sahipliği haklarına ilişkin de ayrıntılı düzenlemeler içermektedir. Zira tasarının gerekçesinde de sıklıkla vurgulandığı üzere elektronik genel kurul toplantısı, fiziki genel kurula nazaran "ikinci sınıf" değil, fiziki genel kurulla eşdeğer bir toplantı türü olarak ele alınmaktadır.[13] Bu nedenle bu toplantı türü bakımından da pay sahiplerine haklarını fiziki genel kuruldakine denk biçimde kullanma imkanının sağlanması gerekmektedir.

Bu amaçla tasarıda Anonim Şirketler Kanunu ve ilgili başka kanunlarda bir dizi değişiklik yapılması öngörülmektedir. Tasarıda yer verilen düzenlemeler ana hatlarıyla şöyle sıralanabilir:

- Elektronik genel kurula ilişkin AktG § 118a hükmünün eklenmesi
- Genel kurul toplantı çağrısına ilişkin AktG § 121 hükmüne yeni fıkra eklenmesi
- Pay sahiplerince yapılan önerilere ilişkin AktG § 126 hükmüne yeni fıkra eklenmesi
- Gündem, katılımcı listesi, oy sayımında kanıtlara ilişkin AktG § 129 hükmüne yeni fıkra eklenmesi
- Elektronik genel kurulda görüş açıklama ve soru sorma hakkına ilişkin AktG § 130a hükmünün eklenmesi
- Pay sahiplerinin bilgi alma hakkına ilişkin AktG §131 hükmünün değiştirilmesi

[11] Gerekçe, s. 14; Klein, Martin, Der Referentenentwurf des Gesetzes für virtuelle Hauptversammlungen, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, 2022 (11), s. 483.
[12] Gerekçe, s. 1; Klein, s. 483.
[13] Gerekçe, s. 24.

- Genel kurul kararlarının iptal nedenlerine ilişkin AktG §243 hükmünün değiştirilmesi
- AktG Yürürlük Kanununun değiştirilmesi suretiyle 31.08.2023 tarihine kadar esas sözleşme değişikliği olmaksızın Yönetim Kurulu kararı ile elektronik genel kurul toplantısı yapılmasına imkan tanınması

Aşağıda Tasarının genel kurul toplantılarının tamamen elektronik ortamda gerçekleştirilmesine ve elektronik genel kurul toplantısında pay sahipliği haklarına ilişkin hükümleri incelenecektir.[14]

a. Genel Kurul Toplantısının Tamamen Elektronik Ortamda Gerçekleştirilmesi Açısından

Alman Anonim Şirketler Kanununa § 118a maddesinin eklenmesi Anonim Şirketlerde Elektronik Genel Kurul Toplantısı Hakkında Kanun Tasarısında yer alan en önemli düzenlemelerden birini oluşturmaktadır. Elektronik genel kurul imkanını, koşullarını ve toplantıya katımı düzenleyen "Elektronik Genel Kurul" başlıklı maddeye göre esas sözleşme ile genel kurul toplantısının pay sahiplerinin ya da temsilcilerinin toplantı yerinde fiziki katılımı olmaksızın gerçekleştirilebileceği (elektronik genel kurul) öngörülebilir ya da bu hususta yönetim kurulu yetkilendirilebilir.[15] Bu anlamda elektronik genel kuruldan söz edilebilmesi için aynı maddede toplantıya fiziken katılması zorunlu bulunanlar ile kendilerine toplantıya fiziken katılma imkanı tanınanlar dışında hiçbir paysahibinin toplantıya fiziken katılmaması gerekmektedir. Bu özellik, § 118a hükmü ile düzenlenen elektronik genel kurulu daha önce § 118/1 hükmü ile imkan tanınan hibrit genel kuruldan ayırmaktadır.

§118a hükmünün tasarı halinde elektronik genel kurul toplantısının gündemi konusunda sınırlama yapma imkanına da yer verilmiştir. Buna göre esas sözleşmede belirli konuların elektronik genel kurulda ele alınamayacağı öngörülebilir.[16] Esas sözleşmede herhangi bir konu sınırlaması yapılmamış olması halinde fiziki genel kurulda ele alınabilecek olan her türlü konu elektronik genel kurulda da ele alınabilecektir. Gerekçede bu tür konulara örnek olarak §327a Fıkra 1 Cümle 1 hükmü ile düzenlenen hakim ortağın azınlığın paylarını satın alma hakkı gösterilmektedir.[17]

---

[14] Tasarıda yer alan diğer hükümler ise çalışmanın kapsamını sınırlamak adına incele dışı bırakılmıştır.

[15] Esas sözleşmeye konulacak bu yöndeki hükmün §179 uyarınca sermayenin en az dörtte üçünü temsil eden pay sahiplerinin kararını gerektirdiği, ayrıca daha önce §118 hükmünün birinci fıkrasının ilk cümlesine uygun olarak pay sahiplerinin elektronik ortamda katılımına imkan tanıyan esas sözleşme hükümlerinin yeterli olmadığı yönünde bkz. Klein, s. 483.

[16] Elektronik genel kurul toplantı gündeminde ele alınabilecek konulara sınırlama getirilmesine imkan veren bu ifade, Tasarıya hakim olan elektronik genel kurulun fiziki genel kurula eşdeğer bir toplantı türü olması esasına aykırı olduğu gerekçesiyle kanunlaşan metne alınmamıştır, bu konuda bkz. Deutscher Bundestag, Drucksache 20/2653, https://dserver.bundestag.de/btd/20/026/2002653.pdf, E.T. 03.08.2022, s. 34.

[17] Gerekçe, s. 25.

§118a hükmünde ele alınan bir başka konu ise elektronik genel kurul toplantı koşullarıdır. Buna göre elektronik genel kurul toplantısı yapılabilmesi belirli koşullara bağlıdır. Pay sahipliği haklarının sağlanabilmesi bakımından öngörüldüğü ifade edilen[18] bu koşullar şöyle sıralanabilir:

1. Toplantının tamamının görüntü ve ses ile nakledilmeli[19]
2. Pay sahiplerine elektronik iletişim araçlarıyla, yani elektronik katılım ya da elektronik posta yoluyla ya da temsilci aracılığıyla oy kullanma imkanı sağlanmalı
3. Toplantıya elektronik ortamda katılan pay sahiplerine toplantı sırasında elektronik iletişim araçlarıyla öneri sunma imkanı tanınmalı[20]
4. Pay sahiplerine elektronik iletişim araçlarıyla § 131 uyarınca bilgi alma hakkı tanınmalı
5. Yönetim Kurulu raporu ya da raporun esaslı içeriği toplantıdan en az yedi gün önce pay sahiplerinin erişimine açılmalı[21]
6. Pay sahiplerine elektronik iletişim araçlarıyla § 130a Fıkra 4 uyarınca görüş bildirme hakkı tanınmalı[22]
7. Toplantıya elektronik ortamda katılan pay sahiplerine §130a uyarınca toplantı sırasında video iletişim yollarıyla konuşma hakkı tanınmalı
8. Toplantıya elektronik ortamda katılan pay sahiplerine genel kurul kararlarına elektronik iletişim araçlarıyla muhalefet hakkı tanınmalı[23]

§118a hükmünde ayrıca elektronik genel kurul toplantısına fiziken katılması zorunlu olanlar ve fiziken katılması mümkün olanlar da düzenlenmektedir. Gerçekten de hükmün ikinci fıkrası uyarınca yönetim kurulu üyelerinin toplantı yerinde hazır bulunmaları gerekmektedir. Buna karşın aynı hükme göre gözetim kurulu üyelerinin toplantıya fiziken katılmaları kural olarak zorunlu olmakla birlikte esas sözleşmeye konulacak bir hükümle kendilerine elektronik ortamda katılma imkanı sağlanabilir. Ayrıca hükümde toplantıya fiziken katılması zorunlu olanlar arasında toplantı başkanı da zikredilmiştir. Bunun sebebi, pay sahiplerinden birinin de toplantı başkanı

[18] Gerekçe, s. 25.

[19] Bu zorunluluk genel görüşme ve kararları kapsamaktadır. Ses ve görüntü olarak nakil, web sayfası üzerinden canlı yayınla gerçekleştirilebileceği gibi kayıtla katılım ya da video konferans hizmetleri kullanılarak da gerçekleştirilebilir. Bu konuda bkz. Gerekçe, s. 26.

[20] Toplantı başkanının görevden alınması talebi, özel denetim talebi, azınlık talepleri, gözetim kurulu üyeliğine öneri, YK üyelerinin görevden alınması gibi gündem önerileri buna örnek gösterilmektedir, Gerekçe, s. 27.

[21] Bu noktada yazılı belge şartının öngörülmediği, bir videonun dahi bu amaçla kullanılabileceği belirtilmektedir, Gerekçe, s. 27.

[22] Bu düzenleme ile getirilen ve Anonim Şirketler Kanunu bakımından bir yenilik olarak karşımıza çıkan bu hak pay sahiplerinin konuşma ve soru sorma hakkıyla yakından ilişkilidir, Gerekçe, s. 27.

[23] Bu koşulun pay sahipleri portalı, muhalefet butonu, özel bir e-posta adresi yoluyla gerçekleştirilmesi mümkündür, Gerekçe, s. 28.

olabilmesidir.[24] Denetçi bakımından ise §176 Fıkra 2 uyarınca yıllık faaliyet raporunun denetime tabi olduğu hallerde genel kurul toplantısına fiziken katılma zorunluluğu bulunmaktadır. §134 Fıkra 3 anlamında oy hakkı temsilcileri ise isterlerse toplantıya fiziken katılabilirler.

§118a hükmünün üçüncü fıkrasında, elektronik genel kurul imkanına ilişkin esas sözleşme hükmü bakımından bir süre sınırlaması öngörülmektedir.[25] Buna göre elektronik genel kurul toplantı öngören esas sözleşme hükmü beş yılla sınırlı olup beşinci fıkraya göre bu süre yeni kurulacak şirketler bakımından şirketin, mevcut şirketler bakımından ise esas sözleşme değişikliğinin tescilinden itibaren işlemeye başlayacaktır. Beş yıllık sürenin sonunda genel kurulun elektronik genel kurul toplantısına ilişkin yeni bir esas sözleşme değişikliğini karar bağlaması gerekecektir. Böylelikle pay sahiplerinin dağılımında ya da elektronik genel kurul toplantısına ilişkin düşüncesinde zaman içinde değişiklik olması ihtimali gözetilmiş olacaktır. Beş yılın sonunda genel kurul tarafından alınacak yeni kararında yine elektronik genel kurul toplantısında alınabileceği gerekçeden anlaşılmaktadır.[26]

§118a hükmünün son fıkrasında ise mevzuat gereği toplantı sırasında sunulması gereken belgeleri elektronik genel kurul toplantısı bakımından da şirketin ya da üçüncü bir kişinin web sayfası üzerinden erişime açılacağı hükme bağlanmıştır. Bu anlamda belgelerin toplantı yerinde bir monitör üzerinde gösterilmesinin yeterli olmadığı, toplantı çağrısı ile şirketin web sayfasında yayınlanan belgelerin toplantı süresince orada bırakılmasının bu gereklilik bakımından yeterli olacağı ifade edilmektedir.[27]

b. Pay Sahipliği Hakları Açısından

Elektronik genel kurulun fiziki genel kurula eşdeğer bir toplantı türü olması, bu tür genel kurulda da pay sahiplerinin fiziki genel kuruldakiyle aynı haklarla donatılmasını gerektirmektedir.[28] Ancak pay sahipliği hakları düzenlenirken, fiziki genel kurulda iletişimin fiziki genel kuruldan farklı işlediği gözönünde bulundurulmalıdır. Bu nedenle de elektronik genel kurulda pay sahipliği haklarının fiziki genel kuruldakiyle aynı seviyeye çıkarılması Tasarının hedefleri arasında yer almıştır.[29]

Tasarının bu amaçla öngördüğü ilk düzenleme pay sahiplerince yapılan önerilere ilişkin AktG § 126 hükmüne yeni fıkra eklenmesine yöneliktir. Hükme eklenmesi

[24] Gerekçe, s. 29.
[25] Süre sınırlamasının sakıncaları için bkz. Klein, s. 483.
[26] Gerekçe, s. 30.
[27] Gerekçe, s. 30.
[28] Gerekçe, s. 1.
[29] Gerekçe, s.1. Bu anlamda özellikle pay sahipliği haklarının yalnızca toplantı sırasında kullanılmasına imkan sağlanmasının yeterli olmadığı, toplantı sırasında hakların sağlıklı kullanılmasının pay sahiplerinin bazı konularda önceden bilgilendirilmiş olmasını gerektirdiği, aksi halde yalnızca yöneticiler ve pay sahipleri tarafından önceden hazırlanan konuşma metinlerinin okunacağı ve beklenen diyaloğun oluşmayacağı hususları vurgulanmaktadır, Gerekçe, s. 15.

öngörülen dördüncü fıkra uyarınca elektronik genel kurul toplantısı bakımından öneriler[30], erişime açıldığı anda yapılmış sayılacaktır. Şirket, bu tür öneriler bakımından pay sahipleri oy hakkına ilişkin kanuni ya da esas sözleşmesel koşulları kanıtlar kanıtlamaz bu tür önerilere ilişkin oy hakkının kullanılmasına imkan tanımakla yükümlüdür. Ayrıca hükme göre kanunda sayılan şartları sağlamayan öneriler genel kurulda ele alınamaz.

Anonim Şirketler Kanununa "elektronik genel kurulda görüş açıklama ve soru sorma hakkı" başlıklı AktG § 130a hükmünün eklenmesi, Tasarının elektronik genel kurula ilişkin getirdiği bir yenilik olarak karşımıza çıkmaktadır. Maddenin başlığından da anlaşılacağı üzere hüküm, elektronik genel kurula özgü bir hükümdür. Düzenleme, esasen şirketlerin pandemi süresince elektronik genel kurullarda kaydettikleri bir uygulamanın yansımasıdır. Bu dönem gerçekleştirilen toplantılarda pay sahiplerine önceden görüş bildirme ve toplantı sırasında konuşma hakkı tanınmıştır.[31] Bu uygulamadan hareketle hazırlanan AktG § 130a hükmünün birinci fıkrası uyarınca elektronik genel kurul toplantısında pay sahipleri, elektronik iletişim yöntemlerini kullanarak toplantı öncesinde gündemdeki konulara ilişkin görüş bildirebilirler. Gerekçeye göre hükümde görüş bildirmenin şekline ilişkin bir düzenlemeye bilinçli olarak yer verilmemiştir. Bu nedenle pay sahipleri görüşlerini yazılı olarak, video formatında ya da şirketin öngöreceği başka bir şekilde iletebilirler.[32] Fıkranın ikinci cümlesi uyarınca toplantı çağrısında görüşlerin kapsamına ilişkin ölçülü sınırlama yapılabilir.[33]

AktG § 130a hükmünün ikinci fıkrası uyarınca görüşlerin en geç toplantıdan beş gün önce iletilmesi gerekmektedir. Bu sürenin şirket tarafından uzatılabileceği, başka bir deyişle daha geç sunulan görüşlerin şirket tarafından kabul edilebileceği gerekçeden anlaşılmaktadır.[34] Anılan süre içinde sunulan görüşler, maddenin üçüncü fıkrası uyarınca toplantıdan en geç dört gün önce tüm pay sahiplerinin erişimine açılacaktır.[35] Bu işlem borsaya kote şirketler bakımından şirketin web sayfası üzerinden gerçekleştirilecektir. Sürelerin hesaplanması bakımından ise aynı maddenin dördüncü fıkrası uyarınca AktG § 121 hükmünün yedinci fıkrası uygulanacaktır.

---

[30] Hükmün lafzının yönetimin önerilerine getirilen karşı önerileri ve bir öneriyi reddeden karşı önerileri de kapsayacak biçimde düzenlenmesi gerektiği yönünde Klein, s. 484.
[31] Gerekçede 2021 yılı genel kurullarında kimi şirketlerin pay sahiplerine önceden kısmen yazılı kısmen video kayıtla görüş bildirme, kimi şirketlerin ise toplantı sırasında canlı konuşma imkanı sundukları belirtilmektedir, s. 34.
[32] Gerekçe, s. 34.
[33] Gerekçede sınırlamalara örnek olarak yazılı görüşler bakımından karakter, video formatındaki görüşler bakımından ise dakika sınırlaması gösterilmektedir, s. 34 ve 35.
[34] Gerekçe, s. 35.
[35] Düzenlemenin amacı, fiziki genel kurulda olduğu gibi diğer pay sahiplerinin bildirilen görüşten haberdar olmalarının ve böylelikle AktG § 131 ile kendisine tanınan bilgi alma hakkını etkili biçimde kullanmalarının sağlanmasıdır. Bu konuda bkz. Gerekçe, s. 35.

AktG § 130a hükmünün son fıkrasına göre ise toplantıya elektronik ortamda katılan pay sahiplerine videokonferans yoluyla konuşma hakkı tanınır. Bunun için şirket tarafından sunulan video iletişim yöntemi kullanılacaktır.[36] § 131, fıkra 1 anlamından bilgi talepleri, § 131, fıkra 1d anlamında talepler ve §131, fıkra 1e anlamındaki diğer sorular konuşmanın parçası olabilir.

Tasarının pay sahipliği hakları bakımından öngördüğü son düzenleme ise pay sahiplerinin bilgi alma hakkına ilişkin AktG §131 hükmünde değişiklik yapılmasıdır. Bu değişikliklerden ilki, maddeye elektronik genel kurul hakkında uygulanmak üzere 1a ila 1f fıkralarının eklenmesidir. Maddeye eklenmesi öngörülen 1a fıkrası ile Yönetim Kuruluna toplantı çağrısı ile soruların toplantıdan en az üç gün önce iletilmesini isteme imkanı tanınmaktadır.[37] 1b fıkrası uyarınca soruların kapsamı toplantı çağrısında sınırlanabileceği[38] gibi soru sorma hakkı bulunanlar da toplantıya usulüne uygun kayıt yaptıranlarla sınırlanabilir. 1c fıkrası uyarınca şirket, pay sahiplerince usulüne uygun olarak sorulan soruları toplantıdan önce tüm pay sahiplerinin erişimine açmalı ve en geç toplantıdan bir gün önce yanıtlamalıdır. Bu işlem, borsaya kote şirketlerde şirketin web sayfası üzerinden gerçekleştirilecektir. Fıkranın son cümlesine göre sorulara verilen cevapların toplantıdan bir gün önce ve toplantı sırasında erişime açık olması halinde Yönetim Kurulu bu sorulara ilişkin bilgi vermekten kaçınabilir. Maddeye eklenmesi öngörülen 1d fıkrası ile pay sahiplerine önceden soru sorulması halinde toplantı sırasında yeni soru sorma hakkı tanınmaktadır.[39] Bu hak, AktG § 131, fıkra 2, cümle 2 çerçevesinde sınırlanabilir.[40] 1e fıkrası ile toplantıya elektronik ortamda katılan pay sahiplerine soru sorma süresinin sona ermesinden sonra ortaya çıkan konulara ilişkin soru sorma hakkı tanınmıştır.[41] Yeni konulara ilişkin olmayan soruların sürenin sona ermesinden sonra sorulması ise ancak toplantı başkanının 1d anlamında ya da 1e anlamından soruların

[36] Bu hak esasen toplantıda diyaloğun sağlanması bakımından öngörülmüştür. Bu anlamda fiziki toplantıdakine eşdeğer bir uygulamanın sağlanması gerekmektedir. Bu ise pay sahibinin toplantıya doğrudan video ile bağlanması ile mümkün olabilir. Bu konuda bkz. Gerekçe, s. 36.

[37] Burada Yönetim Kuruluna gözetim kurulunun onayı gerekmeksizin kullanabileceği bir takdir yetkisi tanındığı yönünde bkz Gerekçe, s. 37.

[38] Bir pay sahibi tarafından sorulabilecek maksimum soru sayısının belirlenmesi ya da sorulara karakter sınırlaması getirilmesi bu sınırlamalara örnek gösterilmektedir. Yapılan sınırlamanın orantılı olup olmadığı toplam toplantı süresi dikkate alınarak tayin edilebilir, bkz. Gerekçe, s. 38.

[39] Maddede "Nachfrage" olarak adlandırılan bu sorular, içerik olarak daha önce sorulmuş olan sorularla ya da bu sorulara verilen cevaplarla bağlantılıdır. Örneğin soruya verilen cevabın yetersiz olduğu ve somutlaştırılması gerektiği durumlarda bu hak söz konusu olacaktır. Ayrıca bu hak, daha önce soru sormamış pay sahipleri tarafından, başka pay sahiplerinin sorduğu sorular ve bunlara verilen cevaplarla bağlantılı olarak da kullanılabilir. Bu konuda bkz. Gerekçe, s. 39.

[40] Sınırlamalarda yerindelik, eşit işlem ilkesi ve orantılılık ilkesinin gözönünde bulundurulması gerektiği yönünde Klein, s. 486.

[41] Söz konusu konunun yeni olup olmadığı belirlenirken sorunun daha önce de sorulmasının mümkün olup olmadığına bakılmalıdır. Gerekçede bu tür konulara örnek olarak soru sorma süresinin dolmasından sonra açıklanan iş sayısı ya da sürenin sona ermesinden sonra yayınlanan basın açıklamaları gösterilmektedir, s. 40.

yanıtlanmasından sonra buna imkan tanıması halinde mümkündür. Böylelikle toplantı başkanı öncelikle 1d ve 1e fıkraları anlamında soruların yanıtlanmasını sağlayacak ve geriye zaman kalırsa daha önce sorulması mümkün olduğu halde sorulmamış olan soruların sorulmasına imkan tanıyacaktır. Son olarak 1f fıkrası ile toplantı başkanına pay sahiplerinin bu maddede düzenlenen soru sorma haklarını yalnızca video iletişim yöntemi ile sınırlama imkanı tanınmıştır. Bu imkan, bilgi alma hakkının tümünü kapsayacak biçimde düzenlenmiştir.[42]

Bilgi alma hakkına ilişkin AktG § 131hükmünde yapılan bir başka değişik de maddenin dördüncü fıkrasına ilişkindir. Bu değişiklikle maddenin dördüncü fıkrasına bir ikinci cümle eklenmiştir. Buna göre elektronik genel kurulda toplantıya katılan pay sahiplerine birinci cümle anlamında taleplerini elektronik iletişim yöntemleriyle iletme imkanı tanınmalıdır. Aynı ifade maddenin beşinci fıkrasına yeni eklenen cümle ile de beşinci fıkradaki talepler bakımından düzenlenmiş bulunmaktadır.

3. TÜRK HUKUKUNDA ELEKTRONİK GENEL KURULA İLİŞKİN MEVCUT DÜZENLEMELER VE ÖNERİLER

a) Genel Düzenleme

Türk Hukuku bakımından elektronik genel kurul, TTK m. 1527'de düzenlenmiştir. Anılan maddenin birinci fıkrası uyarınca "Şirket sözleşmesinde veya esas sözleşmede düzenlenmiş olması şartıyla, sermaye şirketlerinde yönetim kurulu ve müdürler kurulu tamamen elektronik ortamda yapılabileceği gibi, bazı üyelerin fiziken mevcut bulundukları bir toplantıya bir kısım üyelerin elektronik ortamda katılması yoluyla da icra edilebilir. Bu hâllerde Kanunda veya şirket sözleşmesinde ve esas sözleşmede öngörülen toplantı ile karar nisaplarına ilişkin hükümler aynen uygulanır.". Görüldüğü üzere hüküm, esas sözleşmede hüküm bulunması şartıyla anonim şirketlerde yönetim ve temsil organı olan yönetim kurulu bakımından toplantıların tamamen elektronik ortamda yapılmasına izin vermektedir. Bunun yanında bazı üyelerin fiziken bazı üyelerin ise elektronik ortamda katıldığı hibrit toplantıların da yapılabileceği madde metninden anlaşılmaktadır. Aynı maddenin beşinci fıkrası ise anonim şirket genel kurul toplantılarına ilişkindir. Buna göre "Anonim şirketlerde genel kurullara elektronik ortamda katılma, öneride bulunma, görüş açıklama ve oy verme, fizikî katılmanın ve oy vermenin bütün hukuki sonuçlarını doğurur. Bu hükmün uygulanması esasları Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca hazırlanan yönetmelikle düzenlenir. Yönetmelikte, genel kurula elektronik ortamda katılmaya ve oy vermeye ilişkin esas sözleşme hükmünün örneği yer alır. Anonim şirketler yönetmelikten aynen aktarılacak olan bu hükümde değişiklik yapamazlar. Yönetmelik ayrıca oyun gerçek sahibi veya temsilcisi tarafından

[42] Gerekçeye göre bu imkan, özellikle soru sayısının ve konuşma taleplerinin fazla olduğu toplantılar bakımından akışı düzenlemek amacıyla tanınmıştır. Bu sayede tıpkı fiziki genel kurulda olduğu gibi cevapların ve konuşmaların birbirinin ardı sıra gelecek şekilde akışı sağlanacaktır, s. 40.

kullanılmasını sağlayan kurallar ile 407 nci maddenin üçüncü fıkrasında öngörülen Bakanlık temsilcilerinin bu hususa ilişkin yetkilerini içerir. Bu yönetmeliğin yürürlüğe girmesi ile birlikte genel kurullara elektronik ortamda katılma ve oy kullanma sisteminin uygulanması pay senetleri borsaya kote edilmiş şirketlerde zorunlu hâle gelir". Anılan hükme dayalı olarak 28.08.2012'de Anonim Şirketlerde Elektronik Ortamda Yapılacak Genel Kurullara İlişkin Yönetmelik ve 29.08.2012'de Anonim Şirketlerin Genel Kurullarında Uygulanacak Elektronik Genel Kurul Sistemi Hakkında Tebliğ çıkarılmış ve elektronik genel kurula ilişkin ayrıntılar anılan Yönetmelik ve Tebliğle düzenlenmiştir. TTK m. 1527 ve Yönetmelik hükümleri çerçevesinde anonim şirketler bakımından genel kurul toplantılarının fiziki ve hibrit olmak üzere iki şekilde gerçekleştirilmesi mümkündür.[43] Tüm pay sahiplerinin elektronik ortamda katıldığı bir genel kurul toplantısının gerçekleştirilmesi ise bu düzenlemelere göre mümkün değildir.[44]

[43] Doktrinde Çamoğlu, genel kurul toplantılarının "bütün ortakların elektronik ortamda katılımıyla yapılabileceği gibi, fiziki mekanda yapılan genel kurula dileyen ortakların elektronik ortamda katılması" şeklinde de düzenlenebileceğini ifade etmektedir, Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal/ Çamoğlu, Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, İstanbul, 2014, s. 524. Ayrıca genel kurul toplantılarının tamamen elektronik ortamda yapılmasına engel bir düzenleme bulunmadığı yönünde bkz. Töre, İrem, Kurumsal Yönetim Kapsamında Pay Sahipliği Haklarının Kullanılabilmesi Amacıyla Elektronik Genel Kurul Toplantısının Güncel Mevzuat Işığında Değerlendirilmesi ve Bazı Öneriler, Dokuz Eylül Üniversitesi İşletme Fakültesi Dergisi, 2020 (21-2), s. 400. Yazar, sonrasında TTK m. 1527 hükmünden hareketle Kanunda fiziki genel kurula elektronik katılımın esas alındığını ifade etmektedir, s. 400.

[44] Pulaşlı da genel kurul toplantılarının tamamen elektronik ortamda yapılamayacağı görüşündedir, Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt I, Ankara, 2018, s. 876; Aynı doğrultuda Bahtiyar/ Hamamcıoğlu, s. 14; Azarkan, s. 42; Şener, Oruç Hami, Ortaklıklar Hukuku, Ankara, 2022, s. 462.

b) Covid-19 Tedbirleri Çerçevesinde Geçici Uygulama

Covid-19 salgının Türkiye'de de yayılmaya başlaması üzerine 19.03.2020 tarihli 2020/3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi ile "ulusal ve uluslararası düzeyde açık ve kapalı alanlarda düzenlenecek her türlü bilimsel, kültürel, sanatsal ve benzeri toplantıların veya aktivitelerin Nisan ayı sonuna kadar ertelenmesi" uygun görülmüş ve bu doğrultuda anonim şirket genel kurul toplantıları da ertelenmiştir. Salgının olumsuz etkilerinin ortaya çıkmaya başlaması üzerine 16.04.2020 tarih ve 7244 sayılı "Yeni Koronavirüs (COVID-19) Salgınının Ekonomik Ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Anılan Kanun'un 2'inci maddesi ile dernekler ve kooperatifler bakımından genel kurul toplantılarının 31.07.2020 tarihine kadar ertelenmesi öngörülürken anonim şirket genel kurul toplantıları bakımından herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğünün Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarına İlişkin 20.03.2020 tarih ve 53382221 sayılı Açıklaması ile «Türk Ticaret Kanununun 1527'nci maddesi uyarınca, elektronik genel kurul sistemini kullanan ve genel kurul toplantısı gerçekleştirmek isteyen şirketlerde salgının önlenmesi amacıyla asgari düzeyde pay sahibinin katılımı ile fiziki ortamda toplantı gerçekleştirilmesini teminen, pay sahiplerinin genel kurul toplantılarına fiziki ortamda katılımda bulunmaksızın elektronik ortamda katılım sağlayabilecekleri hususunda takdirlerini kullanmaları tavsiye olunmaktadır. Bu çerçevede şirket sözleşmelerinde veya esas sözleşmelerinde kurul toplantılarının elektronik ortamda gerçekleştirilmesine imkan tanıyan hüküm bulunmayan şirketlerin, bu dönemde gerçekleştirmeyi planladıkları toplantıları "Elektronik Genel Kurul Toplantı Sistemi" ve "Elektronik Yönetim Kurulu Sistemi" üzerinden gerçekleştirilebilmelerine yönelik tedbir alınmıştır.» denilerek genel kurul toplantılarının elektronik ortamda yapılmasının önü açılmıştır.[1] Anılan dönemde TTK'ya eklenecek bir geçici madde ile anonim ve limited ortaklıklardaki genel kurulların yapılmasının ertelemesi, mevcut yöneticilerin görev sürelerinin, yasal pandemi önlemlerinin sürdüğü süre boyunca kendiliğinden uzayacağının, tüm mevcut imza sirkülerlerinin/iç yönerge çerçevesindeki görevlendirmelerin aynı süre boyunca geçerliğini muhafaza edeceğinin, bunun için özel bir karar almaya gerek olmadığının, ancak aksi yani azil yapılmak isteniyor ise özel bir karara ihtiyaç olduğunun düzenlenmesine yönelik öneriler[2] ise karşılık bulmamıştır.

[1] Bu konudaki eleştiriler için bkz. Paslı, Ali, Anonim/Limited Ortaklık Genel Kurul Toplantılarının 7244 Sayılı Özel Covid-19 Kanunu Sonrasındaki Durumu : Sermaye Şirketlerindeki Ortakların Sağlığının Değeri Var Mıdır?, https://www.ticaretkanunu.net/ali-pasli-anonim-limited-ortaklik-genel-kurul-toplantilarinin-7244-sayili-ozel-covid-19-kanunu-sonrasindaki-durumu-sermaye-sirketlerindeki-ortaklarin-sagliginin-degeri-var-midir/, E.T.: 05.05.2022; Gürel, Murat, Covid-19 Salgınının Şirketler Hukukunda Yarattığı Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Yaşar Hukuk Dergisi, 2020 (2-2), s. 3.

[2] Paslı, a.g.e.

c) Genel Kurul Toplantılarının Tamamen Elektronik Ortamda Gerçekleştirilmesine Yönelik Düzenleme Yapılırken Gözönünde Bulundurulması Gereken Bazı Hususlar

Covid-19 tedbirleri çerçevesinde hemen tüm ülkelerde yaşanmak zorunda kalınan elektronik genel kurul deneyimlerinin, anonim ortaklıklarda genel kurul toplantılarının tamamen elektronik ortamda gerçekleştirilmesine yönelik yasal düzenleme çalışmalarının önünü açtığı Almanya örneğinde görülmektedir. Bu durum, benzer bir düzenlemenin Türk Hukuku bakımından da mümkün olup olmadığı sorusunu akla getirmektedir. Türk Hukuku bakımından bu yönde gerçekleştirilecek olası bir düzenlemede Türk Ticaret Kanunu'nun anonim şirketler bakımından öngördüğü esasların da gözönünde bulundurulması gerekmektedir. Bu anlamda akla gelen ilk öneriler şöyle sıralanabilir.

- TTK m. 357 uyarınca "Pay sahipleri eşit şartlarda eşit işleme tabi tutulur.". Bu düzenleme çerçevesinde elektronik genel kurul toplantıları bakımından tüm pay sahiplerine eşit işlem ilkesini ihlal etmeyecek şekilde haklar tanınmasına yönelik düzenlemelerin de gerçekleştirilmesi önem arz etmektedir.[3]
- TTK m. 407 hükmünde pay sahiplerinin şirket işlerine ilişkin haklarını genel kurulda kullanacakları düzenlenmiş, ancak bu hususta kanuni istisnalar saklı tutulmuştur. Almanya'da rapor edilen deneyimler ve gerçekleştirilen düzenleme, elektronik genel kurul bakımından pay sahipliği haklarının tam anlamıyla sağlanabilmesi için bazı hakların toplantı öncesinde de kullanımının zorunlu olduğunu ortaya koymaktadır. Bu nedenle pay sahipliği haklarının genel kurul toplantısı dışında kullanılmasının gerekli görülmesi durumunda bunun TTK m. 407 hükmünde belirtildiği şekliyle özel bir kanun hükmüyle gerçekleştirilmesi gerekmektedir.
- Elektronik ortamda kurullara ilişkin TTK m. 1527 hükmünde genel kurul toplantılarının tamamen elektronik ortamda gerçekleştirilmesine imkan verecek değişikliğin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.
- TTK m. 415 hükmü uyarınca genel kurul toplantısına, yönetim kurulu tarafından düzenlenen "hazır bulunanlar listesi"nde adı bulunan pay sahipleri katılabilir. Yine TTK m. 446 uyarınca toplantıya katılma yetkisi bulunmayan kişilerin veya temsilcilerinin toplantıya katılıp oy kullanmaları halinde diğer şartlarda gerçekleşirse genel kurulda alınan kararın iptali söz konusu olabilecektir. Bu nedenle elektronik genel kurula ilişkin olası bir düzenlemede kayıtla girişi mümkün kılan bir sistem benimsenmeli ve toplantıların kamuya açık olmasının

[3] Bu noktada Azarkan, "internet kullanım kabiliyeti, el kaldırma veyahut oy pusulasının oy sandığına atılması gibi doğal bir kabiliyet niteliğinde değildir ve pay sahiplerine de genel kurla sanal ortamda katılma ve oy kullanabilmek için kendilerini bu alanda geliştirmek gibi bir yükümlülükte yüklenemez" demekte ve şirket sözleşmesine konulacak ve toplantıların tamamen sanal ortamda yapılmasına olanak sağlayacak bir hükmün butlan yaptırımıyla karşı karşıya kalacağını ifade etmektedir, s. 43.

önüne geçilmeli[4] ya da TTK m. 415 ve m. 446'da yer alan düzenlemelerde değişikliğe gidilmelidir

- Yine genel kurul kararlarının iptaline ilişkin TTK m. 446 hükmünde "Toplantıda hazır bulunup da karara olumsuz oy veren ve bu muhalefetini tutanağa geçirten,(…) pay sahipleri (…) iptal davası açabilir." denilmektedir. Anılan düzenleme elektronik genel kurul bakımından toplantıya katılım, olumsuz oy ve muhalefet koşullarının belgelenmesine yönelik değişiklik yapılmasını gerektirmektedir.

4. SONUÇ

Alman Adalet Bakanlığı tarafından 09.02.2022 tarihinde sunulan Alman Anonim Şirketlerde Elektronik Genel Kurul Toplantısı Hakkında Kanun Tasarısı, 27.04.2022 tarihinde Federal Hükümet tarafından da kabul edilmiştir. Tasarı, esasen Covid-19 salgını nedeniyle alınan tedbirler çerçevesinde imkan tanınan elektronik genel kurul toplantısının kalıcı bir düzenlemeye kavuşturulmasını hedeflemektedir. Bu amaçla Tasarıda Alman Anonim Şirketler Kanununa elektronik genel kurul toplantıları ve bu toplantıların hangi koşullar altında gerçekleştirilebileceğine ilişkin yeni bir hüküm eklenmesi öngörülmektedir. Bunun yanı sıra elektronik genel kurulun fiziki genel kurula eş değer bir toplantı türü olduğunun kabulünden harekete elektronik genel kurulda pay sahipliği haklarına ilişkin de ayrıntılı düzenlemeler içermektedir. Türk Hukukunda ise TTK m. 1527 hükmü anonim şirket genel kurul toplantılarının elektronik ortamda gerçekleştirilmesine imkan tanımaktadır. Konuyla ilgili ayrıntılar "Anonim Şirketlerde Elektronik Ortamda Yapılacak Genel Kurullara İlişkin Yönetmelik" ile düzenlenmiş olmakla birlikte elektronik genel kurul toplantısı uygulaması Covid-19 salgını nedeniyle alınan tedbirlerle genişletilmiş bulunmaktadır. Söz konusu uygulama yasal zeminden yoksun olduğu gerekçesiyle eleştirilse de Türkiye bakımından önemli bir deneyim oluşturmaktadır. Bu deneyimden hareketle Türk Hukuku bakımından da genel kurul toplantılarının tamamen elektronik ortamda yapılması yönünde kalıcı bir yasal düzenleme olasılığı göz önünde bulundurulmalıdır. Elbette bu yönde yapılacak bir düzenleme, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun anonim şirketler bakımından kurduğu siste gözönünde bulundurulduğunda başta TTK m. 1527 hükmü olmak üzere bir dizi hükümde değişiklik yapılmasını gerektirecektir.

Kaynakça

Azarkan, Necat, Anonim Şirketlerde Sanal (Virtüel) Genel Kurul, Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi, 2018(2-4), s. 25-48.

[4] Azarkan, s. 43.

Bahtiyar, Mehmet/ Hamamcıoğlu, Esra, Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantıları, İstanbul, 2014.

Gürel, Murat, Covid-19 Salgınının Şirketler Hukukunda Yarattığı Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Yaşar Hukuk Dergisi, 2020 (2-2), s. 1-10.

Klein, Martin, Der Referentenentwurf des Gesetzes für virtuelle Hauptversammlungen, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, 2022 (11), s. 483-490.

Schäfer, Carsten, Die virtuelle Hauptversammlung nach dem Corona-Gesetz, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, 2020 (13), s. 481-487.

Schörnig, Michael, Monatschrift für Deutsches Recht, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften, 2022 (7), s. 103-104.

Simons, Cornelius/ Hauser, Johanna, Die virtuelle Hauptversammlung, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, 2020 (13), s. 488-500.

Şener, Oruç Hami, Ortaklıklar Hukuku, Ankara, 2022.

Paslı, Ali, Anonim/Limited Ortaklık Genel Kurul Toplantılarının 7244 Sayılı Özel Covid-19 Kanunu Sonrasındaki Durumu : Sermaye Şirketlerindeki Ortakların Sağlığının Değeri Var Mıdır?, https://www.ticaretkanunu.net/ali-pasli-anonim-limited-ortaklik-genel-kurul-toplantilarinin-7244-sayili-ozel-covid-19-kanunu-sonrasindaki-durumu-sermaye-sirketlerindeki-ortaklarin-sagliginin-degeri-var-midir/, E.T.: 05.05.2022.

Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal/ Çamoğlu, Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, İstanbul, 2014.

Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt I, Ankara, 2018.

Töre, İrem, Kurumsal Yönetim Kapsamında Pay Sahipliği Haklarının Kullanılabilmesi Amacıyla Elektronik Genel Kurul Toplantısının Güncel Mevzuat Işığında Değerlendirilmesi ve Bazı Öneriler, Dokuz Eylül Üniversitesi İşletme Fakültesi Dergisi, 2020 (21-2), s. 395-415.

YASAL DÜZENLEMELER VE MAHKEME KARARLARI IŞIĞINDA UNUTULMA HAKKI

Öğr. Gör. Dr. Pelin ÇAVDAR*

Özet

Unutulma hakkı, bireye geçmişine ait bazı kişisel verilerin dijital dünyada silinmesini isteme olanağını tanıyan bir haktır. Söz konusu hak hukuki niteliği itibariyle, kişilik hakkının görünümünü teşkil etmektedir. Unutulma hakkı, "özel hayatın gizliliği hakkı", "kişisel verilerin korunması hakkı", "kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı", "şeref ve itibarının korunması hakkı", "ifade, haberleşme ve basın özgürlüğü" ile yakın bağlantı içerisinde olan bir haktır.

"Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün" 17. maddesinde unutulma hakkı düzenlenmektedir. Bu hükümde unutulma hakkının kullanılabileceği ve kullanılamayacağı haller açıkça belirtilmektedir. Unutulma hakkına ilişkin olarak Avrupa Birliği Hukukunda 2014 yılında verilmiş olan Google kararı oldukça önemlidir. Söz konusu karar tüm Avrupa Birliği üyesi ülkeler için bağlayıcı niteliktedir. Konuya ilişkin Türk hukukunda unutulma hakkı açıkça düzenlenmese de, çeşitli mevzuatlarda yasal temellerinin olduğu görülmektedir. Türk hukukunda unutulma hakkına ilişkin çeşitli Yargıtay kararları ve Anayasa Mahkemesine bireysel başvurular bulunmaktadır. Bu kararlar çerçevesinde bir internet haberinin unutulma hakkı kapsamında internetten çıkartılabilmesi için veya arama motorlarında görünmemesi için, söz konusu haberin kamu yararı taşıyıp taşımadığı, haberin konusu olan kişinin toplumdaki konumu ve haberin güncelliğini yitirip yitirmediği gibi hususlar oldukça önemlidir. Bunların dışında, "Kişisel Verileri Koruma Kurulu" tarafından 2020 yılında karara bağlanan kişilerin ad ve soyadı ile arama motorları üzerinden yapılan aramalarda çıkan sonuçların indeksten çıkarılmasına ilişkin dikkate alınacak kıstaslar da konumuz açısından göz önünde bulundurulmalıdır.

Çalışmamızda gerek yasal düzenlemeler gerekse mahkeme kararları ışığında unutulma hakkı ayrıntılı olarak incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: unutulma hakkı, kişilik hakkı, kişisel veri, özel hayatın gizliliği, basın özgürlüğü.

THE RIGHT TO BE FORGOTTEN IN THE LIGHT OF LEGAL REGULATIONS AND COURT DECISIONS

Abstract

* Öğr. Gör. Dr, Marmara Üniversitesi Adalet Meslek Y.O./Medeni Hukuk, İstanbul, Türkiye.
Dr, Marmara University, Vocational School of Justice/Civil Law, Istanbul, Turkey.
E-mail: pelin.cavdar@marmara.edu.tr. ORCID ID: 0000-0002-5595-216X

The right to be forgotten is a right that allows an individual who does not want certain elements of his past to be known, to request that some personal data of his past be deleted in the digital world. The mentioned right, in terms of its legal nature, constitutes the appearance of the personality right. The right to be forgotten is closely related with the rights such as; “the right to privacy”, “the right to the protection of personal data”, “the right to protect and develop one's material and spiritual existence”, “the right to protect his honor and reputation”, “the freedom of expression, communication and press”.
The right to be forgotten is regulated in Article 17 of the “General Data Protection Regulation” of the European Union. This provision clearly states the situations in which the right to be forgotten can and cannot be exercised. Regarding the right to be forgotten, Google decision in European Union Law in 2014 is very important. This decision is obligatory in all EU countries. Although the right to be forgotten is not clearly regulated in Turkish law, it is seen that the right to be forgotten is protected through some legislations. In Turkish law, there are various Supreme Court decisions regarding the right to be forgotten and individual applications to the Constitutional Court. In the light of these decisions, in order for an internet news to be removed from the internet within the scope of the right to be forgotten; public interest of the news, the position of the person in the society, the currency of the news etc. are highly important. Apart from these decisions, Personal Data Protection Board’s 2020 dated decision should also be taken into account when making an evaluation.
In our study, the right to be forgotten will be examined in detail in the light of both legal regulations and court decisions.
Keywords: the right to be forgotten, personality right, personal data, the right to privacy, freedom of the press.

Giriş

Teknolojinin ilerlemesiyle birlikte kişisel verilere erişim oldukça kolay bir hale gelmektedir. Daha açık bir ifadeyle, üzerinden yıllar geçmiş olsa da, kişisel verilere internet yoluyla ulaşmak mümkündür. Kişisel verilerin güncelliğini yitirmiş olmasına rağmen her an erişilebilir bir şekilde internette yer alması, bireyin geçmişin engeline takılmaksızın yaşamını sürdürmesine engel teşkil eder. Bu sebeple, ortaya çıkabilecek hukuka aykırılıkları unutulma hakkı aracılığıyla giderme yolunda yargı kararlarında önemli adımlar atılmıştır. Özellikle Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın (ABAD) Google Kararı konuya ilişkin verilen ilk karardır ve unutulma hakkının temel ilkelerini ortaya koyması açısından oldukça önemlidir. Nitekim Türk mahkemeleri, karar verirken ABAD’ın unutulma hakkı kararına atıf yaparak değerlendirmeler yapmaktadırlar.

Unutulma hakkı mahkeme kararlarında; üstün bir kamu yararı olmadığı sürece, dijital hafızada yer alan geçmişte yaşanılan olumsuz olayların bir süre sonra unutulmasını, başkalarının bilmesini istemediği kişisel verilerin silinmesini ve yayılmasının önlemesini

isteme hakkı olarak tanımlanmaktadır[5]. Unutulma hakkı; özel hayatın gizliliği ve bu kapsamda kişisel verilerin korunması hakkı ile basın özgürlüğü arasında adil bir denge kurulmasını sağlama yönünde önemli bir işleve sahiptir. Dolayısıyla, unutulma hakkının ihlali olup olmadığına ilişkin değerlendirme yapılırken bu dengenin sağlanması ve somut olayın özellikleri dikkate alınarak adil bir sonuca ulaşılması gerekmektedir. Bu bağlamda bir internet haberinin unutulma hakkı kapsamında İnternet'ten çıkarılabilmesi için; yayının içeriği, yayında kaldığı süre, güncelliği, tarihsel bir veri olarak kabul edilebilme niteliği, kamu yararına katkısı (toplumsal açıdan haberin değeri, haberin geleceğe ışık tutan niteliği), habere konu kişinin siyasetçi veya ünlü olup olmadığı, haber veya makalenin konusu, bu bağlamda haberin olgusal gerçekler ya da değer yargısı içerip içermediği, halkın ilgili veriye yönelik ilgisi gibi hususların her somut olay açısından incelenmesi gerekmektedir.

Çalışmamızda öncelikle, unutulma hakkının tanımı ve hukuki niteliği açıklanacak, sonrasında konuya ilişkin Avrupa Birliği'ndeki ve Türk hukukundaki yasal düzenlemeler ve mahkeme kararlarına yer verilecek ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararı ele alınacaktır.

A. Unutulma Hakkının Tanımı ve Hukuki Niteliği

Unutulma hakkı, geçmişine ait bazı unsurların bilinmesini istemeyen bireye geçmişine ait bazı kişisel verilerin dijital dünyada silinmesini isteme olanağını tanıyan bir haktır[6]. Bu hakkın kullanımı hem kişilerin rızaları ile verdikleri bilgiler, hem de veri öznesinin haberi olmaksızın üçüncü kişiler tarafından oluşturulan ve işlenen içerikler için de geçerlidir.

Unutulma hakkının konusunu kişisel veriler oluşturmaktadır[7]. 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkındaki Kanun'un 3. maddesine göre, kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi kişisel veriyi ifade etmektedir. Kişisel verilerin sınırlı bir şekilde sayılması mümkün değildir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu[8], *"bireyin kimliğini ortaya çıkartan, bir kişiyi belirli kılan ve karakterize eden kişinin kimlik, ekonomik ve dijital bilgileri, tabiiyeti, kanaatleri, ırk, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep veya diğer inançları, dernek, vakıf ve sendika üyeliği, sağlık bilgileri, fotoğrafları, parmak izi, sağlık verileri, telefon mesajları, telefon rehberi, sosyal paylaşım sitelerinde yazdığı veya paylaştığı yazılar, fotoğraf, ses veya görüntü kayıtları kişisel veri*

[5] YHGK., 2014/56 E., 2015/1679 K., 17.06.2015 Tarihli Kararı

[6] Akgül, A. (2016). Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Bir Hak: "Unutulma Hakkı" ve AB Adalet Divanı'nın "Google Kararı" TBB Dergisi, 116, 16; Sağlam, İ. (2017). Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90.Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926'dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku: Unutulma Hakkı, 683, Ankara: Yetkin Kitabevi; Akkurt, S. S. (2016). 17.05.2015 Tarih, E.2014/4-56, K. 2015/1679 Sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı ve Mukayeseli Hukuk Çerçevesinde "Unutulma Hakkı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65 (4), 2608.

[7] Akkurt, s.2623.

[8] 2017/1340 E., 2018/1622 K., 06.11.2018 Tarihli Karar.

olarak kabul edilebilir" şeklinde değerlendirmede bulunmaktadır. Bu bağlamda, unutulma hakkının kapsamını oluşturan içerikler de tahdidi değildir.

Unutulma hakkı, kişisel ve mesleki şeref haysiyet, özel hayatın gizliliği, iktisadi varlık gibi birçok kişisel değer ile bağlantılıdır ve kişisel değerlerden biri olarak, kişilik hakkı kapsamında bir değer olarak kabul edilmektedir[9]. Kanaatimizce, unutulma hakkı kişisel değerlerin korunmasına hizmet eden bir hak olarak da nitelendirilebilir. Zira bireyler unutulma hakkı kapsamında kişisel verilerinin silinmesini, anonim hale getirilmesini vb. talep etme imkânına sahip olmaktadırlar.

B. Avrupa Birliği Hukukunda Unutulma Hakkı

1. Yasal Düzenlemeler

a. 95/46 Sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bu Tür Verilerin Serbest Dolaşımına Dair Bireylerin Korunması Direktifi

Avrupa Birliği Hukukunda konuya ilişkin 95/46 sayılı Direktifte unutulma hakkı açıkça düzenlenmemiştir. Ancak söz konusu Direktif'in 6. maddesinde, veri sorumlusu, kişisel verilerin hukuka ve dürüstlük kuralına uygun bir şekilde işlenmesi, belirli-açık ve meşru amaçlarla elde edilmesi, elde ediliş amacı dışında işlenmemesi, elde edilme ve/veya işlenme amaçları ile ilgili tutulması, söz konusu amaçların gerektirdiğinden daha uzun süre saklanmaması, doğru ve gerektiğinde güncel bulundurulması konularında sorumluluk sahibi olduğu hususu belirtilmektedir. Bunun dışında, Direktif'in 12. maddesinde veri sahibine verilere erişimin engellemesini, silinmesini veya hukuka uygun olarak düzeltmesini talep etme hakkı tanınmaktadır. Bu Direktif 25.05.2018 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır ve yerine Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü yürürlüğe girmiştir.

b. Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (GPDR)

GPDR, 24 Mayıs 2016 tarihinde, Avrupa Parlamentosu tarafından onaylanmıştır ve 25 Mayıs 2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir. GPDR md.17 hükmünde ilk defa silme hakkı (unutulma hakkı) başlığıyla konuya ilişkin açık bir düzenleme yapılmıştır.

Söz konusu düzenlemeye göre, veri sahibi, verinin toplanma ve işleme amacının ortadan kalkması, verinin işlenmesi konusunda veri sahibinin rızasının geri çekilmiş olması, üzerinde uzlaşılan veri muhafaza zamanının dolması, verinin daha fazla işlenmesini gerektirecek yasal bir dayanağının olmaması, verinin işlenmesinin diğer nedenlerle AB ya da üye devletin iç hukuku kuralları ile uyumsuz olması hallerinde verinin silinmesini talep edebilir. Buna karşılık, ifade özgürlüğünün korunması, veri sorumlusunun tabi olduğu hukuk kapsamında söz konusu verileri işleme yükümlülüğünün bulunması, kamu yararının gerektirmesi, veri sorumlusunun resmi bir görevi ifa etmesi, toplum sağlığının korunmasına ilişkin faaliyetlerin yürütülmesi, kamu

[9] Akkurt, s.2613.

yararına arşivleme amaçları, bilimsel veya tarihi araştırma amaçları ya da istatistiki amaçlar taşıması hallerinde söz konusu hakkın kullanılamayacağı belirtilmektedir.

2. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 13.05.2014 Tarihli, C-131/12 Sayılı Google Kararı

Davanın temeli[10], bir internet kullanıcısının arama motoru Google'da "Mr Costeja González" adlı avukatın adını girdiğinde, "La Vanguardia" isimli günlük bir gazetenin 19 Ocak ve 9 Mart 1998 tarihli iki sayfasına link vermesi ve bu link verilen sayfalarda Costeja Gonzalez'in ismine açık olarak yer verilerek sosyal güvenlik borçları nedeniyle mallarını satmak zorunda kalmasına ilişkin bilgiler içermesine dayanmaktadır.

Costeja Gonzalez, kendisiyle ilgili sosyal güvenlik borçları nedeniyle mallarını satmak zorunda kalmasına ilişkin durumun yıllar önce ortadan kalktığını ve bu işlemlere yapılan atıfların artık tamamen ilgisiz olduğunu, bu nedenle Google İspanya ve Google Inc. şirketlerinin kendisiyle ilgili söz konusu kişisel verileri kaldırması ya da gizlemesi; böylece arama motorlarında yer almaması ve bundan böyle La Vanguardia'ya yapılan bağlantıların içerisinde görünmemesi istemiyle 95/46/EC sayılı Direktif uyarınca İspanyol Veri Koruma Kurumu'na (İVKK) 05.03.2010 tarihinde şikayette bulunmuştur.

İVKK Google İspanya ve Google Inc. şirketleri hakkındaki şikayeti kabul etmiştir. İVKK arama motorlarının veri işleme faaliyeti yaptıklarından dolayı veri koruma mevzuatına tabi olduklarını, listeledikleri arama sonuçlarındaki kişisel verileri işlediklerini, bu itibarla bireylerin talepte bulunması halinde ilgili verinin üçüncü kişiler tarafından bilinmemesi için verinin geri çekilmesi, belirli veriye erişimin yasaklanması ve kişisel verilerin silinmesi konusunda sorumlu olduğunu ifade etmiştir.

Google İspanya ve Google Inc şirketleri, bu karara karşı İspanya Ulusal Mahkemesi nezdinde dava açmıştır. Arama motoru Google, kişisel verilerin silinmesinin kamunun bilgi edinme hakkını engelleyeceğini savunmuştur. İspanya Yüksek Ulusal Mahkemesi konu hakkında görüş bildirmesi için davayı ABAD'a taşımıştır.

ABAD 13.05.2014 tarihinde, karara varırken 95/46 sayılı AB Veri Koruma Yönergesi ve AB Temel Haklar Şartına dayanmıştır.

Söz konusu kararda, *"İnternet kullanıcısının, Google Arama Motoru aracılığıyla veri konusunun ismine dayalı bir arama yaparak elde ettiği sonuçlar listesinde, veri konusunun isminin geçtiği ve sosyal güvenlik borçlarının tahsiline ilişkin haciz davaları ile bağlantılı bir gayrimenkul açık artırması ilanını içeren bir günlük gazetenin internet üzerindeki arşivlerinde yer alan sayfalara ait linklerin görüntülenmesine ilişkin esas davadaki gibi bir durum dikkate alındığında, bu haberlerde yer alan bilgilerin, veri konusunun özel hayatına karşı hassasiyeti ve ilk yayınlamanın 16 yıl önce yapıldığı göz önünde bulundurulduğunda, bu kişinin ilgili bilginin artık bir liste aracılığıyla ismine*

[10] Konuya ilişkin kararın tam metnine erişim için bkz .https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62012CJ0131&from=EN (Erişim Tarihi: 09.05.2022)

bağlanmaması gerektiğine ilişkin hakka sahip olduğuna hükmedilmelidir. Bu nedenle, söz konusu davada, başvuran mahkemenin değinmesi gereken bir konu olsa da bu tür bir arama kapsamında kamunun bu bilgiye erişiminde üstün bir çıkarı olduğunu doğrulayan belirli nedenler bulunmadığından, 95/46 sayılı Direktif'in 12'nci (b) bendi ve 14'üncü maddesinin birinci paragrafının (a) bendi gereğince, veri konusu, bu linklerin sonuçlar listesinden silinmesini gerekli kılabilir" şeklinde hüküm tesis edilmiştir.

Bir başka ifadeyle, ABAD haberin güncelliğini yitirdiğini belirtmiş ve somut olayda veri sahibinin özel hayatına karşı gösterilmesi gereken hassasiyet, kamunun bilgiye erişme hakkından daha üstün tutulmuştur. ABAD linkin silinmesi yönünde unutulma hakkının kullanılamayacağı durumları ise, ilgili linkin üstün kamu yararını ortaya koyması, kamu hayatında oynadığı önemli rol ve halkın geriye dönük olarak söz konusu veriye ilgisinin bulunması şeklinde belirtilmiştir.

Sonuç olarak, Gonzáles'in ismiyle yapılan aramalarda, arama motorlarında çıkan bağlantıların listeden kaldırılması kararı verilmiştir. Belirtmek gerekir ki, unutulma hakkı kapsamında ilgili kişinin ismiyle yapılan aramalarda, arama motorlarında çıkan bağlantı kaldırılmaktadır, içeriğin kendisi ana kaynaktan silinmemektedir[11].

ABAD tarafından verilen kararlar AB üyesi ülkeler için kesin hüküm teşkil etmekte olup, bireyler, kurumlar ve ulusal mahkemeler açısından bağlayıcı niteliktedir. Unutulma hakkını kullanan ilgili kişinin silinmesini istediği verilerinin, arama motorunun tüm AB üyesi ülkelerini kapsayan versiyonundan çıkartılması zorunludur.

Unutulma hakkının AB üye ülkeleriyle sınırlı tutulmayıp, ilgili arama motorunun dünyadaki tüm versiyonları açısından uygulanmasının mümkün olup olmadığı da değerlendirilmiştir[12]. ABAD 2019 yılında, AB üye devletlerinin sınırlarının ötesinde veriye erişimi kaldırmasını zorunlu kılan açık bir düzenleme olmadığını ancak AB üye devlet mahkemelerinin veya Veri Koruma Otoriteleri'nin unutulma hakkına ilişkin global olarak tüm arama motorlarını kapsayacak şekilde karar verebileceğini ve arama motorlarının bu karara uymaması halinde üye devletlerin iç hukukunda bir yaptırım varsa o yaptırımın uygulanmasının mümkün olabileceği yönünde görüş belirtmiştir (ABAD'ın 24.09.2019 Tarihli CNIL v. Google Kararı)[13].

C. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 28.06.2018 Tarihli M.L. ve W.W. v. Almanya Kararı

[11] Nalbantoğlu, S. (2018). Bir Temel Hak Olarak Unutulma Hakkı, TAAD, 9 (35), 601; Ocak, A. (2018). Hakları Dengelemek: Unutulma Hakkı İfade Özgürlüğüne Karşı, TAAD, 9 (33), 511.

[12] Konu hakkındaki açıklamalar için bkz. Elmalıca, H. (2016). Bilişim Çağının Ortaya Çıkardığı Temel Bir İnsan Hakkı Olarak Unutulma Hakkı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65 (4), 1618; Karakaş, M. E. (2020), Dijital Geçmişin İnternet Erişiminden Kaldırılması "Unutulma Hakkı" ve Türk Hukukunda Görünümü, NEÜHFD, 6, 278; Nalbantoğlu, 595.

[13] Konuya ilişkin kararın tam metnine erişim için bkz. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62017CJ0507&from=en (Erişim Tarihi: 09.05.2022)

ML ve WW ceza mahkumiyetine ilişkin bilgilerin bazı medya kuruluşlarına ait (Spiegel online, Deutschlandradio and Mannheimer Morgen) İnternet sitelerinden kaldırılmasına yönelik taleplerinin Alman Federal Mahkemesi tarafından reddedilmesi sebebiyle AİHS'nin Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına ilişkin 8. maddesinin ihlal edildiği iddiasıdır.

Başvuranlar 1991 yılında WS isimli bir aktörün cinayeti sebebiyle ömür boyu hapse mahkûm edilmişlerdir. 2007 ve 2008 yıllarında şartlı salıverilmişlerdir. ML ve WW, muhtelif mecralarda kendileriyle ilgili yayınlanan içeriklerin kaldırılması veya en azından içeriklerde isimlerin anonim hale getirilmesi için çeşitli girişimlerde bulunmuşlardır.

Hamburg Bölge Mahkemesi ve Hamburg İstinaf Mahkemesi başvuranların kendileriyle ilgili içeriklerin anonim hale getirilmesini talebi kabul etmiş anca ilgili kurumların karara ilişkin yaptığı temyiz başvuruları Federal Mahkeme tarafından kabul edilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ihtilafın başvuranların AİHS'nin 8. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakları ile yayıncıların ve kamunun AİHS'nin 10. maddesi altında güvence altına alınan ifade özgürlüğü arasında makul bir denge sağlanıp sağlanmadığına ilişkin olduğunu belirtmiştir[14]. Mahkeme, bu dengenin sağlanması sırasında devletlerin pozitif yükümlülükleri, basının demokratik bir toplumda oynadığı rolü, kamunun bu tür bilgiye erişmesindeki menfaatlerinin dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir.

AİHM, basının birinci fonksiyonunun kamuyu bilgilendirme olduğunu bir diğer önemli bir fonksiyonunun ise daha önce bildirilmiş haberlerin arşivlerini tutmak ve kamuya bu arşivleri erişilebilir kılmak olduğunu vurgulamıştır.

Yarışan hakların nasıl dengelenmesi gerektiğine ilişkin geliştirdiği kriterleri tekrarlamıştır. Bu kriterler: tartışmanın kamusal menfaate katkısı, ilgili kişinin bilinirlik derecesi, haber içeriklerinin konusu, yayının içeriği, şekli ve sonuçları, fotoğrafların hangi koşullarda alındığı vb.

AİHM Federal Mahkeme'nin başvuranların suçlarıyla tekrar yüzleştirilmemesine yönelik esaslı bir menfaati olduğunu kabul etse de, kamunun bu bağlamda olay hakkında bilgilendirmenin dışında geçmiş olayları da araştırabilmeye yönelik menfaati olduğunu belirtmiştir. Bilgiye erişimin kısıtlanmasına yönelik her türlü tedbirin güçlü gerekçeleri olması gerektiğini vurgulamıştır.

AİHS'nin 10. maddesinin gazetecilere verdiği özgürlüğün esasının gazetecilerin haberlerinin güvenilirliğini sağlamak adına mesleklerinin etik kuralları ile davranış kurallarına uydukları sürece neyi nasıl yayınlayacağına kendilerinin karar vermesi oluşturmaktadır.

[14] Özel hayata saygı hakkı ve ifade özgürlüğünün mutlak haklar olmadığına ve her ikisinin bazı hallerde sınırlanmasının mümkün olduğuna ilişkin bkz. Ocak, s.523.

AİHM, Alman Federal Mahkemesi'nin içeriklere yönelik değerlendirmelerini yerinde bulduğunu, içeriklerin yayın içeriğinin ve şeklinin basının ifade özgürlüğünü icrası kapsamında olduğunu belirtmiştir.

Sonuç olarak, başvuranların özel yaşamlarına saygı haklarını (AİHS md.8) korumaya yönelik pozitif yükümlülüğünü ihlal etmediğine karar vermiştir. Kamunun İnternet arşivinde yer alan içeriğe erişim hakkının hükümlü bir kişinin unutulma hakkı karşısında öncelikle korunması ve gözetilmesi gereken hak olduğuna hükmetmiştir.

D. Türk Hukukunda Unutulma Hakkı

1. Yasal Düzenlemeler

Türkiye, AB'ye üye devlet statüsünde olmadığı için ABAD'ın unutulma hakkı kararı Türkiye için bağlayıcı değildir. Unutulma hakkı Türk hukukunda açıkça düzenlenen bir hak olmasa da yasal temelleri mevcuttur.

Türkiye'de 2010 yılında md.20'de yapılan Anayasa değişikliği ile kişisel verilerin korunması güvence altına alınmıştır[15].

Unutulma hakkı, kişisel değerlerden biri olmasından ötürü TMK md.23 vd. düzenlenen kişilik hakkına ilişkin hükümler de niteliğine uygun olduğu ölçüde uygulama alanı bulur. TBK'daki tazminata ilişkin hükümler niteliğine uygun olduğu ölçüde uygulama alanı bulur

6689 sayılı Kişisel Verileri Koruma Kanunu (KVKK) 2016 yılında yürürlüğe girmiştir.

KVKK'nın 7. ve 11. maddelerinde "kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi veya anonim hale getirilmesi" hususları düzenlenmiştir.

5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun 2007 yılında yürürlüğe girmiştir. 29.07.2020'de yürürlüğe giren 5651 sayılı kanunda değişiklik yapılmasıyla ilgili olan 7253 sayılı Kanun konumuz açısından önemlidir. Konuya ilişkin 9. madde de, *"internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik hakları ihlal edilenlerin talep etmesi durumunda hâkim tarafından, başvuranın adının bu madde kapsamındaki karara konu internet adresleri ile ilişkilendirilmemesine karar verilebilir. Kararda, Birlik tarafından hangi arama motorlarına bildirim yapılacağı gösterilir" ibaresi yer almaktadır".* Söz konusu düzenlemeyle, veri sahibinin kişilik hakkını ihlal eden içeriğin yayından çıkarılmasının veya erişime engellenmesinin bir alternatifi olarak, veri sahibinin

[15] Md.20 – Özel Hayatın Gizliliği *"... 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…".*

adının, söz konusu bağlantılarla ilişkilendirilmemesine karar verilebilir. Bu düzenlemeyle unutulma hakkına benzer nitelikte bir düzenlemenin getirildiği kanaatindeyiz.

Ayrıca, arama motorları ve günlük erişimi 1 milyonun üzerinde olan Facebook, Instagram, Twitter, Youtube gibi sosyal ağ sağlayıcılara Türkiye'de temsilci bulundurma zorunluluğu getirilmiştir. (Ek madde 4) Bu düzenleme, Türk yargısının unutulma hakkı kararlarının ilgili sosyal ağ sağlayıcıları tarafından yerine getirilmesi açısından önemli bir düzenlemedir.

2. Mahkeme Kararları

a. YHGK., 2014/56 E., 2015/1679 K., 17.06.2015 Tarihli Kararı

".. Davacı vekili, müvekkilinin cinsel taciz suçundan şikayetçi olduğu ceza davasının yapılan yargılaması sonucunda, mahkeme ilamının temyizi sonrasında Yargıtay'ca verilen kararın davalılara ait Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu adlı altı ciltlik eserde müvekkilinin ve diğer kişilerin isimlerinin açıkça yazılmak suretiyle yayınlandığını, bu durumun kişilik haklarına saldırı oluşturduğunu, belirterek davalıların manevi tazminatla sorumlu tutulmalarını talep etmiştir…"

".. Davalılar vekili, söz konusu kitapların bilimsel eser niteliğinde olduğu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında davaların davacıların ismiyle adlandırıldığı, kitabın geniş kitlelere hitap etmediği, ceza hakimleri, savcılar ve ceza avukatlarınca okunduğu, kitapta isim belirtmenin hukuka aykırı olmadığını belirterek davanın reddini talep etmiştir..".

İlk Derece Mahkemesi; "*.... adı geçen eserde davacı ve diğer kişilerin isimlerinin kodlanmadan açıkça yazıldığı, söz konusu olayların anlatımında açıkça isim belirtmenin kitap içeriğine bir fayda sağlamadığı gibi, davacının isminin geçtiği olayın hassasiyeti ve Türk toplum yapısı da göz önünde tutulduğunda, yurt çapında dağıtımı ve satışı yapılan bir kitapta, bu tür bir olayla davacının adının açıkça belirtilmesinin davacının kişilik haklarını zedelediği, çevresine karşı davacıyı zor duruma düşürdüğü gerekçesi ile davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir."*

Davalının talebi üzerine Yargıtay tarafından yapılan değerlendirmede, taşıdığı önem dolayısıyla insan hakları belgelerine giren bilim özgürlüğü, araştırma özgürlüğünü, araştırma için zorunlu araçlara ve ortama sahip olma hakkını ve bilimsel üretme özgürlüğü veya bilgilendirme ve yayın hakkını içerir. Bu çerçevede bilim adamı bilimsel metotlarını kullanarak araştırma yapma hakkına ve bu araştırmanın sonuçlarını yayma hakkına sahip olacak, kural olarak bu konularda dış bir engelle karşılaşmayacaktır. Bilimsel eserler, kural olarak ancak kendi ilkeleri çerçevesinde sınır tanırlar ve istisnaen ancak insan yaşamına yönelen bir tehlike olasılığında kısıtlanabilirler.

Davaya konu olayda; bilimsel araştırma özgürlüğü kapsamında, aleniyet kazanmış ve kamu malı haline gelmiş Yargıtay ilamı, tarafların isimleri kodlanmadan davalıların yazmış oldukları Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu adlı altı ciltlik bilimsel

çalışma ürünü olan kitapta yayınlanmıştır. *Adı geçen eserin bilimsel nitelikli bir çalışma olduğu, davacının isminin kısaltılmadan yazıldığı davanın ve buna ilişkin kararın aleniyet kazandığını, kamu malı niteliğine büründüğünü, anlatılan ilkeler gereği davalıların sorumlu tutulamayacağı, çatışan yararlar dengesinin davacı aleyhine bozulmadığı, bu olayın davacının kişilik haklarına saldırı teşkil etmeyeceği gözetilerek davanın tümden reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı biçimde karar verilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir..."* gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu; .. *"Önümüze gelen sorunun temelinde unutulma hakkı ve bunun sonucu olan kişisel verilerin ve kişilik hakkının korunması ile bilim ve sanat hürriyet*inin *birbiri karşısında sınırlarının belirlenmesi yatmaktadır. Sorunun çözümünde dikkat edilmesi gereken husus, bilim ve sanat özgürlüğü ile bireyin temel hakları arasında adil bir dengenin kurulmasıdır. Kişisel veri belli veya belirlenebilir olan gerçek veya tüzel bir kişiye ilişkin her türlü bilgiyi ifade eder….. Kişisel verilerin korunması insan haklarıyla yakından ilişkilidir. Çünkü kişisel verilerin açıklanması öncelikle özel hayatın gizliliğini ihlal edilebileceği gibi bir takım diğer bağlantılı hakları da zarar görebilir. …. bireyin kişiliğini serbestçe geliştirmesi, kişiliğinin korunması ve özgür bireylerden oluşan bir toplum düzeninin oluşturulması, ancak bireyin kişisel verilerine ilişkin hakkının korunmasıyla mümkündür… Unutulma hakkına gelince; unutulma hakkı ve bununla ilişkili olan gerektiği ölçüde ve en kısa süreliğine kişisel verilerin depolanması veya tutulması konuları, aslında kişisel verilerin korunması hakkının çatısını oluşturmaktadır. Her iki hakkın temelinde bireyin kişisel verileri üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesini, geçmişin engeline takılmaksızın geleceğe yönelik plan yapabilmesini, kişisel verilerin kişi aleyhine kullanılmasının engellenmesini sağlamak yatmaktadır. Unutulma hakkı ile geçmişinde kendi iradesi ile veya üçüncü kişinin neden olduğu bir olay nedeni ile kişinin geleceğinin olumsuz bir şekilde etkilenmesinin engellenmesi sağlanmaktadır"* şeklinde değerlendirmede bulunmuştur.

Temyiz istemi üzerine yapılan inceleme sonunda ise, hüküm 2009 yılında onanmıştır. Mağdur davacı gerek hazırlık gerekse de yargılama sırasında cinsel saldırının nasıl gerçekleştiğini açık bir şekilde anlatmış, bu anlatımlar doğal olarak karar metnine geçirilmiştir. Karar mağdur ve sanığın ismi rumuzlanmadan 2010 yılı nisan ayında yayınlanan kitapta yer almıştır. Hemen ifade edilmelidir ki; davacının rızası dışında bir kitapta geçen ismi kişisel veri niteliğindedir. Ayrıca şunun da ifade edilmesi gereklidir ki; unutulma hakkı tanımlarına bakıldığında her ne kadar dijital veriler için düzenlenmiş ise de, bu hakkın özellikleri ve bu hakkın insan haklarıyla arasındaki ilişkisi dikkate alındığında; yalnızca dijital ortamdaki kişisel veriler için değil, kamunun kolayca

ulaşabileceği yerde tutulan kişisel verilere yönelik olarak da kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Davacı, geçmişte yaşadığı kötü bir olayın toplum hafızasından silinmesini istemektedir. Unutulma hakkı ile geçmişindeki yaşanan talihsiz bir olayın unutularak geleceğini serbestçe şekillendirmek, diğer bir deyişle hayatında, yeni bir sayfa açma olanağı istemektedir.

Bu bağlamda değerlendirildiğinde; *"4 yıl önce gerçekleşen bir olayın mağduru olan kişinin adının açık bir şekilde yazılarak kitapta yer alması halinde unutulma hakkının bunun sonucunda da davacının özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiği kabul edilmelidir. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın "Google Kararı"nda açıkladığı gibi ilgili verinin kamu hayatında oynadığı önemli rol ve halkın ilgili veriye yönelik yoğun ilgisi şeklinde, üstün bir kamu yararını ortaya koyan özel sebepler bulunmadığına göre bilimsel esere alınan kararda kişisel veriler açık bir şekilde yer almamalıdır. Davacının isminin rumuzlanmadan kitapta yer almasının unutulma hakkını ve bunun neticesinde özel hayatın gizliliğini ihlal ettiği dikkate alındığında, davacı lehine manevi tazminat koşullarının gerçekleştiğinin kabulü zorunludur… "* şeklinde hüküm tesis edilmiştir.

Mahkeme vermiş olduğu kararda, unutulma hakkını dijital ortamda yer alan kişisel verilerle sınırlı tutmayarak, kamunun kolayca erişebileceği kişisel veriler bakımından da söz konusu olabileceğine hükmetmiştir.

b. Anayasa Mahkemesi'nin 03.03.2016 Tarihli, 2013/5653 Başvuru Numaralı N.B.B Kararı

Başvuru, bir gazetenin İnternet haber arşivinde erişilebilir durumda olan haber ve yayınlar ile ilgili içeriğin yayından kaldırılması yönündeki talebin reddedilmesinin şeref ve itibarın korunması hakkını ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

Ulusal ölçekte yayımlanan bir gazetenin İnternet arşivi sayfalarında, başvurucu hakkında uyuşturucu kullandığı iddiası ile yürütülen bir ceza kovuşturması neticesinde adli para cezasına hükmedilen olaya ilişkin olarak 1998 yılında iki, 1999 yılında bir olmak üzere toplam üç haber başlığı yayımlanmıştır.

Başvurucu, ilgili basın kuruluşunun İnternet sayfasının arşiv bölümünde hakkındaki haberlerin yayınına devam ettiğini belirterek 2/4/2013 tarihinde ilgili basın kuruluşuna İnternet yayınının kaldırılması hakkında ihtarname göndermiştir. Bu ihtarname 3/4/2013 tarihinde tebliğ edilmiştir. İhtarnamenin içeriğinde sitede yayımlanan haberlerin başvurucunun şeref ve haysiyetini zedelediği, özel hayatına ilişkin mahremiyetini ortadan kaldırdığı, topluma mal olmuş ünlü bir kişi olmamasına rağmen başta aile yaşamı olmak üzere iş ve sosyal hayatını olumsuz etkilediği ileri sürülmüştür. Haber içeriklerinin kaldırılmaması üzerine Sulh Ceza Mahkemesi'ne başvurulmuştur.

(Kapatılan) İstanbul 36. Sulh Ceza Mahkemesi 22/4/2013 tarihli ve 2013/314 Değişik İş sayılı kararı ile talebin kabulüne karar vermiştir. Mahkemenin gerekçesi şöyledir: *"Yazı*

içeriğine yönelik yapılan incelemede, 1998 yılında gerçekleşen bir olay nedeniyle kamuoyuna yansıtılan bir haber niteliğinde olduğu anlaşılmış olup, basının görevi genel olarak kamu yararı ve toplumsal ilgi taşıyan, gerçek ve güncel haberlere ilişkin bilgi vermek, düşünceye sevk etmek, eleştiri yorum ve uyarılarda bulunmak olarak tanımlandığında talebe konu yazının güncelliğini yitirdiği, haber değerinin bulunmadığı, gündemde kalmasında kamu yararı bulunmadığı ve bu haliyle muhatabının özel hayatına ilişkin incitici ve örseleyici bir bilgi niteliğinde olduğu ve her isteyenin kolaylıkla özel hayata erişme olanağı sağlaması bakımından kişilik haklarının ihlal edilmesi sonucunu doğurduğu gözetilerek, yazı içeriğinin yayından çıkarılması talebinin kabulü gerektiği değerlendirilmiştir."

Anılan karara karşı yapılan itiraz, İstanbul 2. Asliye Ceza Mahkemesinin 28/5/2013 tarihli ve 2013/235 Değişik İş sayılı kararlarıyla kabul edilerek (kapatılan) İstanbul 36. Sulh Ceza Mahkemesinin kararının kaldırılmasına hükmedilmiştir. Mahkemenin gerekçesi şöyledir: *"Talep konusu ... ve ... isimli sitelerde yayınlanan ... başlıklı haberlerde içeriğin yayından çıkarılması talebinde bulunanın şeref ve haysiyetini ihlal edici bir içerik bulunmadığı gibi arşiv niteliğindeki haberin yayınlandığı tarihte görünür gerçekliğe uygun olduğu, yazıda talepte bulunanı rahatsız edici (kanaat ve olgu biçiminde) görüşler olsa da olguların daha sonra yanlış çıkması halinde dahi hak ihlal etme kastı bulunmayan gazetecinin bundan sorumlu tutulmayacağı, talepte bulunanın kişilik haklarına saldırı niteliğinde söz ve cümlelerin kullanılmadığı anlaşılmakla itirazın kabulüne..."* şeklindedir.

Başvurucu 22/7/2013 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur. Anayasa mahkemesi unutulma hakkının İnternet gazete arşivlerindeki her türlü haber yönünden uygulanmasını beklemenin mümkün olmadığını belirtmiştir. Nitekim özellikle basın özgürlüğü temelinde gazete arşivinin araştırmacılar, hukukçular veya tarihçiler için önem taşıyan veriler olduğu üzerinde durulmuştur. Bu durumda bir İnternet haberinin unutulma hakkı kapsamında İnternet'ten çıkarılabilmesi için; yayının içeriği, yayında kaldığı süre, güncelliğini yitirme, tarihsel bir veri olarak kabul edilememe, kamu yararına katkısı (toplumsal açıdan haberin değeri, haberin geleceğe ışık tutan niteliği), habere konu kişinin siyasetçi veya ünlü olup olmadığı, haber veya makalenin konusu, bu bağlamda haberin olgusal gerçekler ya da değer yargısı içerip içermediği, halkın ilgili veriye yönelik ilgisi gibi hususların her somut olay açısından incelenmesi gerekmekte olduğu belirtilmiştir[16].

Anayasa Mahkemesi birçok kararında ifade özgürlüğünün sadece düşünce ve fikirleri yayma özgürlüğünü değil, haber ve fikirlere ulaşma özgürlüğünü de kapsadığını vurgulamıştır. Öte yandan demokratik bir toplumda basının ilk işlevi olan "gözetleyici" rolünün bir sonucu da arşivlerin halkın erişimine sunmak olduğunu da ifade etmiştir.

[16] Konuya ilişkin açıklamalar için bkz. Börü, Ş. P. (2017), Esra Kararı Işığında Hassas Denge Değerlendirilmesi: Kişilik Haklarının Korunması vs. Sanat Özgürlüğü, İnÜHFD, 8 (2), 254.

Anayasa Mahkemesi, yaptığı incelemeler sonucunda, haberlerin başvurucunun uyuşturucu kullanırken yakalanması ve daha sonrasında yargılanması hakkında olduğunu, bu bağlamda haberin konusunun, haberin arşivde kolaylıkla ulaşılabilir kılınması için gerekli toplumsal açıdan haber değerinin devam ettiğinin veya haberin geleceğe ışık tutacak nitelikte bir haber olduğunun söylenemeyeceğini belirtmiştir. Başvuru tarihi itibarıyla söz konusu haberin yaklaşık on dört yıl önceki bir olaya ilişkin olduğunu ve böylelikle güncelliğini yitirdiğini, haberin içeriği açısından uyuşturucu kullanımı ile ilgili bir haberin tarihi, istatistiksel veya bilimsel amaçlarla internet ortamında kolaylıkla ulaşılabilirliğinin sağlanmasının zorunlu olduğunun da söylenemeyeceğini ifade etmiştir. Bu bağlamda, kamu yararı bakımından siyasi veya medyatik bir kişiliğe sahip olmayan başvurucu hakkında İnternet ortamında yayınlanan haberlerin kolaylıkla ulaşılabilirliğinin başvurucunun itibarını zedelediği kanaatine ulaşılmıştır.

Sonuç olarak, başvurucu hakkında yapılan haberlerin unutulma hakkı kapsamında değerlendirilmesi gereken haber olduğu, internet ortamının sağladığı kolaylıklar gözetildiğinde başvurucunun şeref ve itibarının korunması için anılan habere erişimin engellenmesinin gerekmekte olduğu ve başvurucunun şeref ve itibarını koruma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.

Sonuç

İnternet kullanımına bağlı olarak unutulma hakkına ilişkin tartışmalar ve mahkeme kararları da artmaktadır. Mahkeme kararlarında da yer verildiği üzere, unutulma hakkına ilişkin değerlendirme yapılırken iki temel hakkın dengelenmesi gerekmektedir. Bu haklar, ifade özgürlüğü ile özel hayatın gizliliğidir. Söz konusu haklar eşit düzeyde koruma gerektiren temel hak ve özgürlüklerdir. İnternetin hayatımızın önemli bir parçasını oluşturduğu ve unutulmanın zor olduğu günümüzde anılan dengenin tekrar kurulabilmesi bireylerin unutulma hakkının kabul edilmesi ile mümkün olabilir. Ancak unutulma hakkına ilişkin değerlendirme yaparken oldukça titiz davranılmalıdır. Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun 23/06/2020 tarihli ve 2020/481 sayılı Kararı'ndaki ölçütlerden da yararlanılmalıdır. Bu bağlamda özellikle, ilgili kişinin kamusal yaşamda önemli bir rol oynayıp oynamadığı, arama sonuçlarının öznesinin çocuk olup olmadığı, bilginin içeriğinin doğru olup olmadığı, bilgilerin kişinin çalışma hayatı ile ilgili olup olmadığı, arama sonuçlarında yer alan bilginin ilgili kişi hakkında hakaret, onur kırıcı, iftira niteliği taşıyıp taşıyamadığı, özel nitelikli kişisel veri niteliği taşıyıp taşımadığı, güncel olup olmadığı ve ulaşılan bilginin kişi hakkında önyargıya sebep olup olmadığı gibi hususlar değerlendirilerek bir sonuca ulaşılmalıdır.

Kanaatimizce, ifade özgürlüğünün ve kamu yararının gerektirdiği hallerde, bilimsel veya tarihi araştırmalarda arşivleme amacıyla kullanımın gerekli olduğu durumlarda unutulma hakkının daha sınırlı bir şekilde kullanılması gerekir. Daha açık bir

ifadeyle, kamusal değerler, kişisel değerlere üstün geldiğinde unutulma hakkının uygulanması söz konusu olmamalıdır.

Belirtmek gerekir ki, unutulma hakkı kapsamında kaldırılacak bağlantı sadece kişinin ismiyle yapılan arama sonucudur. Nitekim unutulma hakkının konusunu oluşturan kişisel veri kopyalanmış olabilir veya söz konusu kişisel veriye internetteki başka kaynaklardan farklı kelimeler kullanılarak ulaşılabilmesi söz konusu olabilir. Dolayısıyla, bir kere internet ortamında yayımlanan kişisel veriye başka şekillerde erişilebilir. Bu sebeple aslında tam anlamıyla unutulmanın mümkün olmadığı sonucuna ulaşabiliriz.

Kaynakça

Akgül, A. (2016). Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Bir Hak: "Unutulma Hakkı" ve AB Adalet Divanı'nın "Google Kararı" TBB Dergisi, 116, 11-38.

Akkurt, S. S. (2016). 17.05.2015 Tarih, E.2014/4-56, K. 2015/1679 Sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı ve Mukayeseli Hukuk Çerçevesinde "Unutulma Hakkı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65 (4), 2605-2635.

Börü, Ş. P. (2017). Esra Kararı Işığında Hassas Denge Değerlendirilmesi: Kişilik Haklarının Korunması vs. Sanat Özgürlüğü, İnÜHFD, 8 (2), 249-296.

Elmalıca, H. (2016). Bilişim Çağının Ortaya Çıkardığı Temel Bir İnsan Hakkı Olarak Unutulma Hakkı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65 (4), 1603-1636.

Karakaş, M. E. (2020). Dijital Geçmişin İnternet Erişiminden Kaldırılması "Unutulma Hakkı" ve Türk Hukukunda Görünümü, NEÜHFD, 6, 262-289.

Nalbantoğlu, S. (2018). Bir Temel Hak Olarak Unutulma Hakkı, TAAD, 9 (35), 583-605.

Ocak, A. (2018). Hakları Dengelemek: Unutulma Hakkı İfade Özgürlüğüne Karşı, TAAD, 9 (33), 507-535.

Sağlam, İ. (2017). Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90.Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926'dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku: Unutulma Hakkı, (s.684-699). Ankara: Yetkin Kitabevi.

Mahkeme Kararları

Anayasa Mahkemesi'nin 03.03.2016 Tarihli, 2013/5653 Başvuru Numaralı N.B.B Kararı

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 13.05.2014 Tarihli, C-131/12 Sayılı Google Kararı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 28.06.2018 Tarihli M.L. ve W.W. v. Almanya Kararı

YHGK., 17.06.2015 Tarihli, 2014/56 E., 2015/1679 K.

YHGK. 06.11.2018 Tarihli, 2017/1340 E., 2018/1622 K.

DİJİTAL PAZARYERLERİNDE GERÇEKLEŞEN TÜKETİCİ SATIŞLARINDA SATICININ VE ARACI PLATFORMUN BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Işık Aslı HAN *

Özet

Neoliberalizmin rasyonel tüketici mitine getirilen eleştiriler ve davranışsal ekonomi literatürünün değerlendirmeleri, tüketicinin pazardaki diğer aktörler olan satıcı ve sağlayıcılar karşısındaki zayıf konumunu ve tüketici işlemlerinde taraflar arasındaki bilgi asimetrisini açıkça ortaya koymaktadır. Diğer yandan, son otuz yılda tüketici satışlarının dijital ortama taşınmasıyla satıcı ve tüketici arasındaki ilişkiye, dijital platformu yöneterek sözleşmenin kurulmasına aracılık eden girişimci de üçüncü bir taraf olarak eklenmektedir. Bu durum, hem teknik detayların artması hem de hukuki ilişkilerin karmaşıklaşmasıyla tüketici açısından yeni soru işaretleri ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenle, Avrupa Birliği mevzuatında ve onu takiben Türk hukukunda, özellikle multidisipliner bir zemin sağlayan ekonomi ve hukuk öğretisinin yardımıyla, tüketicinin zayıf konumunu güçlendirerek taraflar arasında eşitlik sağlamayı amaçlayan regülasyonlar kaleme alınmıştır. Bu bağlamda, tüketici aleyhine doğan bilgi asimetrisinin giderilmesi için tüketici hukuku mevzuatında öngörülen en önemli araçlardan biri, satıcı veya sağlayıcıya yüklenen bilgilendirme yükümlülüğüdür. Hukuki niteliği itibariyle bu yükümlülük, yasadan doğan bir yan yükümlülüktür. Bilgilendirme yükümlülüğü, tüketicinin rasyonel karar verme becerisinin zayıfladığı mesafeli sözleşmeler ve bu bağlamda doğan cayma hakkının kullanımı bakımından özel bir önem arz etmektedir. Gerek Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu ile Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda, gerekse sair yönetmeliklerde bilgilendirme yükümlülüğünün konusu ve gereği gibi yerine getirilmesi için izlenmesi gereken prosedür detaylı olarak düzenlenmiş; bilgilendirme yükümlülüğünün ihlaline önemli sonuçlar bağlanmıştır. Çalışmamızda, tüketici aleyhine doğan bilgi asimetrisinin giderilmesi için dijital platformlar aracılığıyla mesafeli sözleşme olarak kurulan satış sözleşmeleri bağlamında satıcıya ve dijital pazaryerini yöneten aracı platforma yüklenen bilgilendirme yükümlülüğü incelenecektir.

I. KONUNUN TAKDİMİ VE SINIRLANMASI

Elektronik ortamda internet kullanıcılarının erişebileceği birçok türde ve içerikte dijital platform var. Tebliğ konusu açısından bu platformlardan, tüketicilerin mal ve hizmet temin edebileceği, elektronik ticaret faaliyeti yürüten dijital pazaryeri

* Marmara Üniversitesi, ORCID ID: 0000-0002-8381-0361.

niteliğindeki platformlar önem arz etmektedir (*B2C* niteliğindeki tüketici işlemleri)[17]. Bu bağlamda, tebliğ konusu temelde tüketici hukuku ve elektronik ticaret hukukunun kesişiminde yer almaktadır. Bu nedenle uygulanacak pozitif hukuk düzenlemeleri temelde şunlardır: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunu ve hüküm yoksa genel kanun olarak Türk Borçlar Kanunu'dur. Diğer yandan, satıcı ve aracı hizmet sağlayıcıların bilgilendirme yükümlülüğü özelinde, Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunu'nun bir uzantısı olarak Elektronik Ticarette Hizmet Sağlayıcı ve Aracı Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmelik de uygulanmaktadır. Bunun dışında, Elektronik Ticaret Kanununun hazırlanmasına temel alındığı görülen Avrupa Birliği elektronik ticaret hukuku müktesebatı ve özellikle 2000/31/EC sayılı Elektronik Ticaret Yönergesi[18] de, mevzuatımızın uygulanması açısından bir yorum aracı olarak dikkate alınmalıdır.

Tebliğ konusunu oluşturan e-ticaret platformları çoğu zaman sunulan mal veya hizmetin doğrudan tedarikçisi değil, daha ziyade bir kullanıcı sözleşmesiyle işletme hesabı açan satıcı ile platform kullanıcısı arasında köprü görevi görmektedir. Bu anlamda gerçek dünyayla ilişkilendirmek gerekirse, bu platformları dijital pazaryeri olarak adlanabiliriz. Bu tür platformlar, salt bir köprü görevi görerek aracılık hizmeti sağlıyorsa, ticari faaliyetleri AB elektornik ticaret hukukunda *''bilgi toplumu hizmeti sağlayıcıları (information society providers)[19]''* olarak nitelendirilmektedir[20]. Buna karşılı, sunulan mal veya hizmet üçüncü kişiler tarafından getirilse dahi, platform yönetiminin mal ve hizmetin sunumu bakımından yüksek düzeyde bir karar verme gücü varsa *''maddi hizmet sağlayıcı (material service providers)''* oldukları kabul edilmektedir.

II. İŞLEME KATILAN TARAFLAR ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİLERİN NİTELİĞİ

Bu bağlamda TKHK ve ETK'daki şu tanımlardan yararlanılacaktır.

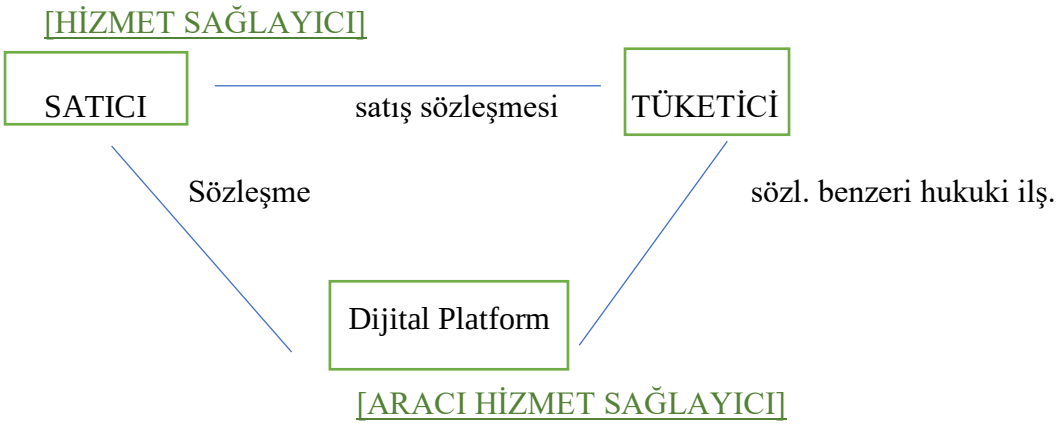
- *Tüketici: Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi* (TKHK m. 3/b.k)
- *Tüketici işlemi: Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma,*

[17] Bunlar dışında tedarikçi satıcı ve perakende satıcılar arasındaki işlemlere ya da tüketiciler arasında (çoğu zaman 2. el eşyaların satımına) yönelik platformlar da var.
[18] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32000L0031.
[19] Kural olarak para karşılığı ivazlı olarak sunulan, elektronik araçlarla mesafeli sözleşme şeklinde gerçekleşen işlem sunulması. *Information Society service, that is to say, any service normally provided for remuneration, at a distance, by electronic means and at the individual request of a recipient of services (Art. 1(b) - 2015/1535 sayılı AB Direktifi)*
[20] Sermaye Şirketlerinin Açacakları İnternet Sitelerine Dair Yönetmelik'e göre bilgi toplumu hizmeti, Avrupa Birliği mevzuatı ve özellikle 98/34/EC sayılı Direktif'e uygun şekilde, *''Fiziki olarak karşı karşıya gelmeksizin, bedelli veya bedelsiz olarak elektronik ortamda yerine getirilen çevrim içi hizmetleri''* olarak tanımlanmıştır.

simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi (TKHK m. 3/b.l)

- *Mesafeli sözleşme, satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dâhil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmelerdir* (m. 48/1)
- *Elektronik ticaret: Fiziki olarak karşı karşıya gelmeksizin, elektronik ortamda gerçekleştirilen çevrim içi iktisadi ve ticari her türlü faaliyet* (m. 2/a)
- Dijital platformu işleten = *Aracı hizmet sağlayıcı: Başkalarına ait iktisadi ve ticari faaliyetlerin yapılmasına elektronik ticaret ortamını sağlayan gerçek ve tüzel kişiler* (m. 2/d)
- Satan kişi = *Hizmet sağlayıcı: Elektronik ticaret faaliyetinde bulunan gerçek ya da tüzel kişiler* (m. 2/ç)

Bu açıklamalar ve kanuni tanımlar ışığında, dijital platformlar üzerinde gerçekleşen tüketici işlemini şu şekilde şematize edebiliriz:



Dijital platformlar üzerinde gerçekleşen satış sözleşmelerinde satıcı, dijital platform ile arasındaki özel sözleşme kapsamında işletme hesabı açarak ürünlerini çevrimiçi ortamda satışa sunan esnaf veya tacir niteliğindeki işletmedir. Nitekim tüketicinin ürünü seçip sepete ekledikten sonra sipariş oluştururken sunulan satış sözleşmesinde de satıcı olarak bu işletme görülmektedir. Bu kişi ticari veya mesleki amaçlarla mal veya hizmet sunduğundan tüketici işlemi çatısı altında satıcı ya da sağlayıcı konumundadır. Satıcı işletme için ETK'da kullanılan terim hizmet sağlayıcıdır. Bu ifade TKHK'da kullanılan satıcı ve sağlayıcıların tamamını kapsadığı kabul edilmelidir. Diğer

yandan, ETK'daki terimle aracı hizmet sağlayıcı olan dijital platform ise satış sözleşmesinin tarafı değildir[21].

Dijital platformun satış sözleşmesinin taraflarıyla hukuki bağı şu şekilde ifade edilebilir: Dijital platform ile satıcı işletme arasında, üyelik sözleşmesi, iş ortaklığı sözleşmesi gibi adlarla kurulan, atipik sözleşme niteliğinde özel bir sözleşme bulunmaktadır. Tüketici ve dijital platform arasındaki hukuki ilişki ise hukuk düzeni tarafından korunmaya değer bir güvene dayanan özel bağ *(Sonderverbindung)* ekseninde şekillenen bir sözleşme benzeri hukuki ilişki olarak adlandırılabilir. Romanogermanik hukuk sistemlerinde sözleşme benzeri hukuki ilişki çatısı altında tarafların birbirlerine verdikleri zararın haksız fiil sorumluluğuna kıyasen kural olarak daha avantajlı bir rejim sunan sözleşmesel sorumluluğa göre tazmin edilebilir[22]. Bu bağ, dijital platforma bir edim yükümlülüğü getirmez. Nitekim ETK m. 9/1 hükmü şu şekildedir: ''*Aracı hizmet sağlayıcılar, hizmet sundukları elektronik ortamı kullanan gerçek ve tüzel kişiler tarafından sağlanan içerikleri kontrol etmek, bu içerik ve içeriğe konu mal veya hizmetle ilgili hukuka aykırı bir faaliyetin ya da durumun söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir.''* Anılan hüküm, dijital platformun, işletme ve tüketici arasındaki satış sözleşmesi bağlamında edim yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmesinden sorumluluğu olmadığını teyit etmektedir. Yargıtay'ın e-ticaret platformlarının sorumluluğunun değerlendirildiği içtihatlarında da hükmün bu şekilde yorumlandığı görülmektedir[23]. Diğer yandan, bu bağ kapsamında dijital platform, tüketicinin bütünlük menfaatine yani malvarlığına, şahıs varlığına ya da hukuken korunan bir menfaatine zarar vermiş olabilir. Örneğin; konumuzu teşkil eden bilgilendirme yükümlülüğü bakımından, aracı hizmet sağlayıcının bunu ihlal etmesi, tüketicinin karar verme özgürlüğünü ve muhakeme yeteneğini engelleyerek ideal koşullarda bir sözleşme yapmasını engellemiş olabilir. Bu durumda sözleşme benzeri bir hukuki ilişkiden doğan bir koruma yükümlülüğü ihlal edilmiş olur. Bu kapsamda dijital platform, TBK m. 112 vd. hükümleri kapsamında sözleşmesel sorumluluk kurallarına göre sorumlu olur.

III. BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

1. Bilgilendirme Yükümlülüğünün Bir Yan Yükümlülük Olması

[21] Bu yapıyı teyit eden yakın tarihli bir Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, T. 15.11.2021, E. 2021/4000, K. 2021/11403.

[22] MüKoBGB/Bachmann, 8. Aufl. 2019, BGB § 241, Münchener Kommentar zum BGB, Band II, 8. Auflage, 2019, N. 117; Dier Medicus / Stephan, Lorenz, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 21., neu bearbeitete Auflage, C.H. Beck, 2015, s. 51, n. 115; Rolf H. Weber / Susan Emmenegger, Vorbemerkungen zu Art. 97–109, Vorbemerkungen zu Art. 97-109 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, BK - Berner Kommentar, 2. B., 2020, s. 10, n. 7; Rona Serozan, Sözleşmeden Dönme, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 283; Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1,3, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin, 2020, s. 461-462, n. 2346; Tamer İnal, 6098 satılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borca Aykırılık, Dönme ve Fesih, Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 377 vd.

[23] Yarg. 3. HD, T. 23.05.2019, E. 2019/215, K. 2019/404.

Tüketici ve satıcı işletme arasındaki satış sözleşmesi bağlamında bilgilendirme yükümlülüğü, hukuki niteliği itibariyle sözleşmeden doğan bir yan yükümlülüktür. Diğer yandan, tüketici ile dijital platform arasındaki sözleşme benzeri hukuki ilişkide bilgilendirme yükümlülüğü, hukuki niteliği itibariyle bir koruma yükümlülüğüdür. Tüketicinin tarafı olduğu her iki tür hukuki ilişkinin de kapsamı, tarafları ve hüküm ifade ettiği zaman dilimleri farklıdır. Bu nedenle bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamı da farklıdır ve hukuki ilişkinin amacıyla paraleldir.

Yan yükümlülükler, sözleşmeden doğan edim yükümlülüğü hariç olmak üzere, sözleşmeden doğan bütün yükümlülükleri kapsayan bir terimdir. Yan yükümlülükler, ifaya bağlı yan yükümlülükler ve koruma yükümlülükleri olmak üzere ikiye ayrılır. İfaya bağlı yan yükümlülükler sözleşmenin amacını, tarafların sözleşmeden bekledikleri yararı ve edim yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmesini sağlayan ya da güvence altına alan yükümlülüklerdir. Koruma yükümlülükleri ise sözleşme veya sözleşme benzeri hukuki ilişkinin taraflarının bütünlük menfaatlerini koruyan yükümlülüklerdir.

2. Bilgilendirme Yükümlülüğü Kavramı

Sözleşme taraflarının sözleşme görüşmeleri sırasında ya da sözleşme devam ederken kural olarak birbirlerine karşı genel bir açıklama bilgilendirme *(Informations-) (devoir d'information)* ya da uyarıda bulunma yükümlülüğü *(Warnungspflicht)* yoktur. Kural olarak müstakbel sözleşme tarafları, pazarlık gücü olarak kullanabilecekleri bilgiyi paylaşmak zorunda değildir ve tarafların her biri, sözleşmenin karlı yapılabilmesi için kendi araştırmasını yapmalıdır[24]. Sözleşme ilişkisiyle mal veya hizmeti konu alan bir işleme girmek isteyen her hukuk süjesi, bu işlemin risklerini ve işlem konusu şeyin mahiyeti ile özelliklerini kendisi araştırarak işlem kararını şekillendirmekle yükümlüdür *(emptor debet esse curiosus)*. Diğer bir deyişle, taraflar arasındaki bilgi asimetrisi, başlı başına sözleşme adaletini ve dengesini bozan bir faktör olarak kabul edilmez. Bununla beraber, somut olayın şartları veya kanun koyucunun izlediği hukuk politikası, taraflara dürüstlük kuralından[25] veya yasadan doğan bir açıklama yükümlülüğünü yükleyebilir[26].

Açıklama yükümlülüğüne uygun davranılması, açıklanması gereken bir husus hakkında aktif bir davranışla karşı tarafı bilgilendirmeyi veya durumdan haberdar etmeyi

[24] Bu kapsamda kural olarak sözleşme tarafları, faaliyet gösterdikleri ve/veya sözleşmenin ilgilendirdiği sektörde pazar araştırması ve fiyat karşılaştırması yapmak; karşı tarafın kredibilitesini ve finansal durumunu (özellikle aciz halinde olup olmadığını), mevzubahis sözleşmenin ekonomik risklerini araştırmalıdır. Aksi takdirde doğacak ve sözleşme tarafının ekonomik durumunu kötüleştirecek hallerden kendisi sorumludur. Bu riski almak istemeyen taraf; hukuki, finansal ve sektörel konularda profesyonel danışmanlık hizmeti veren kişilerle, açıklama ve tavsiye yükümlülüğünün bir asli edim yükümlülüğü olarak kararlaştırıldığı danışmanlık sözleşmelerine yönelmelidir. Aynı doğrultuda, bkz. MüKoBGB/Bachmann BGB § 241 n. 145-151.

[25] Özellikle taraflar arasında uzun süreli ticari ilişkiler mevcutsa, kurulan sözleşmenin temelinde karşı tarafa duyulan kişisel bir güvenin varlığından bahsedilebiliyorsa, taraflar arasındaki sözleşme bir inançlı işlem teşkil ediyorsa, kurulan sözleşme bakımından özen ve sadakat yükümlülüğü temel bir unsursa, bu hususlar açıklama ve aydınlatma yükümlülüğünün doğması ve kapsamının belirlenmesi açısından büyük önem arz eder, bkz. MüKoBGB/Bachmann BGB § 241 n. 141 vd.

[26] Chapuis, Devoirs Accessoires, s. 68-69.

kapsadığı gibi, yanlış ya da eksik bir bilgilendirme yapılmamasını veya karşı tarafta oluşan yanlış intibaı gidermeyi de kapsar[27].

3. Bilgilendirme Yükümlülüğünün Kaynağı ve Konusu

Elektronik ticaret hukukunda bilgilendirme yükümlülüğünün konu bakımından kapsamı, temel olarak satış konusu şeye ve niteliklerine, satıcının kimliği ve tüketicinin satış sözleşmesinin koşullarına erişim imkânına ilişkindir.

a. Salt Tüketici İşlemi Olmasından Kaynaklanan Bilgilendirme Yükümlülüğü ve Özellikle Cayma Hakkı

Mal veya hizmet sağlayıcılarının karşısında tüketicinin zayıf konumu ve bilgi asimetrisinin yoğunluğu nedeniyle Tüketici Hukuku mevzuatında düzenlenmiş bazı yasal yan yükümlülükler düzenlenmiştir. Tüketici satışı bağlamında bunlardan en önem arz edeni, birçok hükümde düzenlenen açıklama yükümlülüğüdür.

Dijital platformlar üzerinde gerçekleşen tüketici satışları, bir mesafesi sözleşme şeklinde kurulmaktadır. Satıcının açıklama yükümlülüğünün bir örneği, mesafeli sözleşme olarak kurulan satış sözleşmeleri bakımından TKHK m. 48/2'de düzenlenmiştir. Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğine atıf yapan bu hükme göre, satıcının başta satılanın temel nitelikleri, cayma hakkının kullanımına ilişkin hususlar (cayma hakkının varlığı, kullanım süresi ve prosedürü, teslim edilen şeyin iadesini sağlayacak taşıyıcı ve taşıma hizmetine karşılık bedel istenememesi gibi) ve ödeme, teslimat ve ifaya ilişkin taahhütler ile muhtemel şikâyetlere ilişkin çözüm yöntemleri hakkında bilgilendirmesi gerekir. Bu hususları konu alan açıklama yükümlülüğü, kronolojik açıdan sözleşme öncesi döneme ilişkin bir yan yükümlülüktür.

Satıcının açıklama yükümlülüğünün en önemli kısmı, mesafeli sözleşmelerde tüketicinin cayma hakkının varlığına ve kullanımına ilişkin şartlar hakkında bilgi verme yükümlülüğüdür. Tüketicinin cayma hakkının hukuki niteliği yasadan açıkça anlaşılamamaktadır. Ancak tüketicinin cayma hakkının kullanmasının anlamının, sözleşmenin kurulmasına yönelik öneri veya kabul niteliğindeki irade beyanının geri alınması olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Tüketici, kural olarak satılanın tesliminden itibaren on dört gün içinde herhangi bir gerekçe ileri sürmek zorunda olmaksızın cayma hakkını kullanabilir. Satıcı, cayma hakkının varlığına ve kullanımına ilişkin bilgilendirme yükümlülüğü yerine getirmemesi halindeyse, tüketici on dört günlük süreyle bağlı değildir. Bu takdirde, cayma hakkı en geç, cayma hakkının olağan olarak kullanılabileceği sürenin sona erdiği tarihten itibaren bir yıl sonra sona erer (f. 4).

b. Dijital Platformlarda Ürünlerini Sunan Satıcının Hizmet Sağlayıcı Olarak Bilgilendirme Yükümlülüğü

[27] BeckOK BGB/Sutschet BGB § 241 N. 79.

Satıcının bilgilendirme yükümlülüğü, *''Bilgi verme yükümlülüğü''* başlıklı ETK m. 3'te düzenlenmiştir. Hükme göre hizmet sağlayıcı konumundaki satıcının ön bilgilendirme yükümlülüğü, şu konuları kapsamaktadır:

i. Alıcıların kolayca ulaşabileceği şekilde ve güncel olarak tanıtıcı bilgiler (m. 3/1-b.a)
ii. Sözleşmenin kurulabilmesi için izlenecek teknik adımlara ilişkin bilgiler (m. 3/1-b.b)
iii. Sözleşme metninin sözleşmenin kurulmasından sonra, hizmet sağlayıcı tarafından saklanıp saklanmayacağı ile bu sözleşmeye alıcının daha sonra erişiminin mümkün olup olmayacağı ve bu erişimin ne kadar süreyle sağlanacağına ilişkin bilgiler (m. 3/1-b.c)
iv. Veri girişindeki hataların açık ve anlaşılır bir şekilde belirlenmesine ve düzeltilmesine ilişkin teknik araçlara ilişkin bilgiler (m. 3/1-b.ç)
v. Uygulanan gizlilik kuralları ve varsa alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına ilişkin bilgiler (m. 3/1-b.d)
vi. Varsa mensubu olduğu meslek odası ile meslekle ilgili davranış kurallarını ve bunlara elektronik olarak ne şekilde ulaşılabileceği (m. 3/2)

Diğer yandan, Yönetmelik m. 5/4'e göre, satıcı işletme, başka bir özel hukuk kişisine ait aracı hizmet sağlayıcı konumundaki bir dijital platform üzerinden ticari faaliyetlerini yürütüyorsa, elektronik ticaret faaliyetine başlamadan önce kendisine ayrılan alanda, kendisinin ticari olarak tanınmasını sağlayacak aşağıdaki bilgileri ibraz eder:

i. Ticaret unvanı, işletme adı veya tescilli marka adı bilgilerinden en az biri.
ii. Tebligata elverişli KEP adresi.
iii. Esnaflar için vergi kimlik numarası, tacirler için MERSİS numarası.
iv. Merkez adresi ve onaylanmış telefon numarasının aracı hizmet sağlayıcıda bulunduğuna ilişkin bilgi

Ayrıca ETK m. 3/4'e göre, *''Hizmet sağlayıcı, sözleşme hükümlerinin ve genel işlem şartlarının alıcı tarafından saklanmasına imkân sağlar.''* Hizmet sağlayıcı konumundaki işletmenin, satış sözleşmesini alıcıya sunması ve alıcı tarafından saklanması imkân sağlaması da yan yükümlülüktür. Ancak bilgilendirme yükümlülüğü başlıklı maddede düzenlenmesi yerinde görünmemektedir. Sözleşme hükümlerini alıcıya sunma yükümlülüğü ile bilgilendirme yükümlülüğü arasında bağlantı kurulması yoluyla buna şu şekilde anlam kazandırılabilir: Sözleşme hükümlerinin tamamı alıcının 'bilgisine sunulması' da bilgilendirme yükümlülüğü kapsamındadır. Bilgilendirme yükümlülüğünün bu mahiyetteki görünümü, hem sözleşme öncesi dönem hem de sözleşmenin kurulmasından sonraki döneme ilişkin bir yükümlülük niteliğindedir.

Satıcının ETK m. 3'de öngörülen ön bilgilendirme yükümlülüğü açısından iki hususa dikkat çekmek istiyorum: Bu maddede düzenlenen bilgilendirme yükümlülüğü, yasadan doğan bir yan yükümlülüktür ve satıcının ön bilgilendirme yükümlülüğünün

asgari kapsamını oluşturur. Diğer yandan, ETK m. 3/3 uyarınca ‘‘*Tarafların tüketici olmadığı hâllerde taraflar, birinci ve ikinci fıkralardaki düzenlemelerin aksini kararlaştırabilirler.’’* ETK m. 3/3’ün mefhum-u muhalifi gereği, anılan konulardaki bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmesi gereği, emredici bir hüküm niteliğindedir.

c. Dijital Platformu İşletenin Aracı Hizmet Sağlayıcı Olarak Bilgilendirme Yükümlülüğü

Aracı hizmet sağlayıcın konumundaki dijital platform işletenin yükümlülükleri, ETK m. 9’da düzenlenmiştir. Bilgilendirme yükümlülüğü bakımından ise hizmet sağlayıcının bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin m.3’e ve bunun aracı hizmet sağlayıcılara uygulanmasına ilişkin yönetmeliğe atıf yapılmıştır.

Diğer yandan, bu yıl içinde TKHK m. 48’e eklenen yeni düzenlemeler[28] de, e-ticaret platformlarında gerçekleşen mesafeli sözleşme niteliğindeki tüketici satışlarında aracı hizmet sağlayıcının sorumluluğu konusuna ilişkindir. Bu kapsamda, TKHK m. 48/5’e göre *‘‘Oluşturdukları sistem ile satıcı veya sağlayıcı adına mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık eden aracı hizmet sağlayıcılar, sistem aracılığıyla kurulan mesafeli sözleşmelerden doğan hak ve yükümlülüklerin kullanım süresi boyunca tüketicilerin yönetmelikle belirlenen hususlara ilişkin talep ve bildirimlerini iletebilmelerine ve takip edebilmelerine elverişli bir sistemi kurmak ve kesintisiz olarak açık tutmakla yükümlüdür.’’*

TKHK m. 48/6’ya göre

‘‘Aracı hizmet sağlayıcısı olarak faaliyet gösterenler aracılık ettikleri mesafeli sözleşmelere ilişkin olarak;

a) Tüketiciye ön bilgilendirmenin yapılmasından, teyidinden ve ispatından satıcı veya sağlayıcı ile birlikte müteselsilen,

b) Veri girişinin satıcı veya sağlayıcı tarafından yapıldığı durumlar hariç olmak üzere, yönetmelikle belirlenen ön bilgilendirmede bulunması zorunlu hususlardaki eksikliklerden,

c) Bu maddede yer alan hususlardan dolayı tüketicilerin satıcı veya sağlayıcılar ile yaptıkları işlemlere ilişkin kayıtların tutulmasından ve istenilmesi hâlinde bu bilgilerin ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile tüketicilere verilmesinden,

ç) Satıcı veya sağlayıcı ile yaptıkları aracılık hizmetine ilişkin sözleşmeye aykırı uygulamaları nedeniyle satıcı ve sağlayıcıların bu madde hükümlerine aykırı davranmasına sebep oldukları her bir işlemden, (3. Kişinin fiilini taahhüt?)

d) Satıcı veya sağlayıcı adına bedel tahsil etmesi hâlinde, mal veya hizmetin tüketiciye teslim veya ifası sonrası bedelin satıcıya veya sağlayıcıya aktarıldığı durumlar

[28] 7392 sayılı Kanunun 7 nci maddesiyle yayımı tarihinden altı ay sonra (1/10/2022) yürürlüğe girmek üzere bu maddede değişiklikler yapılmıştır.

ile 11 inci ve 15 inci maddelerde yer alan hakların kullanımı hariç olmak üzere teslim veya ifa ile cayma hakkına ilişkin yükümlülüklerden satıcı veya sağlayıcı ile birlikte müteselsilen, (3. Kişinin fiilini taahhüt?)

e) Satıcı veya sağlayıcı onayı olmaksızın düzenledikleri kampanyalı, promosyonlu veya indirimli satışlarda, sözleşmenin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesinden, (3. Kişinin fiilini taahhüt?)

f) Ön bilgilendirmede yer alan hususlar ile reklamlarında yer alan bilgilerin uyumlu olmasından ve ispatından sorumludur."

IV. BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHLALİ

Bilgilendirme yükümlülüğünün ihlali halinde alıcının hangi imkânlara başvurabileceği, bilgilendirme yükümlülüğünün doğduğu ilişkinin mahiyetine göre belirlenir. Bu kapsamda bilgilendirme, açıklama ya aydınlatma yükümlülüğünün ihlaline ilişkin şu değerlendirmeler yapılabilir:

TKHK m. 48/6, anlamı belirsiz ifadesi nedeniyle öğretide eleştiriyle karşılanan[29] TKHK m. 5/c.son düzenlenmesini *(''... aracılık edenler, satıcı veya sağlayıcı ile yaptıkları sözleşmeye aykırı fiillerinden dolayı sorumludur'')* ilga ederek aracı hizmet sağlayıcının sorumluluğunu yeniden düzenlemiştir. Yeni düzenlemeyle, hizmet sağlayıcı konumundaki işletmenin önbilgilendirme yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmemesi halinde aracı hizmet sağlayıcının da, satıcı işletmeyle birlikte müteselsilen sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Bu kapsamda, gerek bilgilendirme yükümlülüğünün ihlaline ilişkin bu düzenleme, gerekse de ç, d ve e bentlerinde satıcın borca aykırı davranışından sorumlu tutulması dikkate alındığında, tüketici işlemleri bakımından aracı hizmet sağlayıcının yasal bir garanti sorumluluğuna tabi tutulduğu görülmektedir.

Diğer yandan, bu düzenlemelerdeki yasal sorumluluk, kanunda öngörülen konulara ilişkin bilgilendirme yükümlülüğünün ihlali hallerine özgülenmiştir. Bu kapsama girmeyen hallerde genel hükümlere göre satıcı ve platformun sorumluluğuna başvurulabilir. Öncelikle, bilgilendirme yükümlülüğü temelde, dürüstlük kuralı, yasa hükmü veya taraflar arasındaki anlaşma gereği her tür sözleşmeden doğabilecek bir yan yükümlülüktür. Bu nedenle bilgilendirme yükümlülüğünün ihlali, bir yan yükümlülük ihlali teşkil etmesi itibariyle ifa engelleri sistemi açısından sözleşmenin müspet ihlali olarak nitelendirilir. Bu durumda borcun gereği gibi ifa edilmemesine ilişkin TBK m. 112 vd. hükümleri kıyasen uygulanır. Diğer yandan, bilgilendirme yükümlülüğünün aktif veya pasif bir davranışla ihlali irade sakatlıklarından aldatma teşkil edebilir. Bu takdirde TBK anlamında iptal edilebilirlik yaptırımı gündeme gelecektir. Son olarak, satılanın

[29] M. Murat İnceoğlu / Ece Baş Süzel, Mesafeli Sözleşme Kurulmasına Aracılık Edenlerin Tüketiciye Karşı Sorumluluğu (TKHK m. 48/f. 5), Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Mayıs-Haziran 2020, Cilt 15, Sayı 189-190, s.475 vd.

özelliklerine ilişkin bir nitelik vaadi bakımından gündeme gelmişse satıcının ayıba karşı sorumluluğunu doğuran bir hal gündeme gelebilir.

Yargıtay'ın e-ticaret platformunun bilgilendirme yükümlülüğünü ihlaline ilişkin yakın tarihli bir kararını değerlendirerek çalışmamıza son vermek isteriz. Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 14.12.2018 tarihli ve 2017/5834 E. , 2018/12148 K. sayılı kararında[30] hatalı olarak, salt hizmet sağlayıcı bilgilerini eksiksiz şekilde doldurmaması nedeniyle aracı hizmet sağlayıcının tüketiciye sunduğu belirtilen hizmetinin ayıplı olduğu ve sorumluluğuna gidilebileceğine kanaat getirmiştir. Ancak aracı hizmet sağlayıcı olan dijital platformun alıcı ile ilişkisi, TKHK anlamında bir satış veya hizmet sunumu sözleşmesi değildir. Bu nedenle platformun bir yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması, onun hizmetinin ayıplı olması sonucunu doğurmaz. Ayıba karşı sorumluluk, belirli sözleşme tipleri için yasada öngörülmüş özel ve borçlunun kusuruna dayanmayan bir sorumluluk tipidir. Buna karşılık, dijital platformun tüketiciyle arasında sözleşmesel bir ilişki yoktur. Burada varılması gereken sonucun, sözleşme benzeri hir hukuki ilişkiden doğan bir yan yükümlülük ihlali olduğu ve TBK m. 112 vd. hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

[30] Yarg. 13. HD, T. 14.12.2018, 2017/5834 E. , 2018/12148 K.

TAŞINIR SATIŞINI AŞAN PREFABRİK YAPILARIN HUKUKİ NİTELİĞİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Doç. Dr. Selin SERT SÜTÇÜ *
Arş. Gör. Edanur ÇOMAKLI *

Özet

Prefabrik yapılar ülkemizde özellikle son yıllarda sosyal, ekonomik ve hukuki alanlarda oldukça önemli bir rol oynamaktadır. Prefabrikasyon teknolojisinin gelişmesiyle birlikte başta barınma ihtiyacı olmak üzere en gerekli olanından en lüksüne kadar günlük ihtiyaçların büyük bir kısmı artık kolaylıkla analiz edilerek boyutlandırılma imkânına sahip olan prefabrik yapılar ile karşılanabilmektedir. Sanayi amaçlı yapılarda kullanılan prefabrik yapılar bugün ülkemizde birçok ihtiyacın karşılanmasında kullanılma düşüncesiyle inşa edilmekte ve böylelikle yeni bir yaşam tarzı oluşturulmaya başlanmaktadır. Bu kapsamda kurulu bir şekilde nakledilmeyi konu alan prefabrik yapı teslimine ilişkin sözleşmelerde ağırlıklı olarak teslimin ve mülkiyetin geçirilmesinin taahhüt edildiği dikkate alındığında burada ilk bakışta bir taşınır satış sözleşmesinin varlığı gündeme gelmektedir. Ancak günümüzde gerek sipariş usulüyle yapılan prefabrik yapılardaki bireysellik gerekse de çeşitli güçlendirme teknikleri başta olmak üzere ayrıntılı montaj detaylarına ihtiyaç duyabilen prefabrik yapılardaki ciddi emek sarfı dikkate alındığında; prefabrik yapıların ön üretimli yapılar şeklinde tanımlamasının yetersiz olduğu düşünülmektedir. Bu nedenle prefabrik yapının yalnızca kurulu bir vaziyette montaj alanına taşınabilen fabrikasyon ürün olarak değil de ciddi emek sarfı kullanılarak da meydana getirilebilen yapı şeklinde değerlendirilmesi konusu gündeme gelebilecektir. Bu durum ise taşınır satışını aşan nitelikteki prefabrik yapıların hukuki niteliğinin değerlendirilmesi ihtiyacını gündeme getirmiştir.

Günümüzde yapılan sözleşmelerin, birçok tip sözleşmeye vücut verebileceği gerçeği dikkate alındığında sözleşmeleri bugün yalnızca tek bir tip sözleşme olarak nitelendirmek oldukça zorlaşmıştır. Bu kapsamda çalışmamız, taşınır satış sözleşmesini aşan prefabrik yapılara ilişkin olarak uygulamada, aslında teorik temelleri olmayan bir takım ara çözümlerin bulunması zorunluluğundan kaynaklanan değerlendirmelerden ibarettir. Kısaca bu çalışma prefabrik yapı teslimine ilişkin sözleşme yapacak olan kişilerin

* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, selin81hukuk@gmail.com, ORCID: 0000-0001-7483-6394
* Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Öğrencisi, edanur.comakli@erdogan.edu.tr, ORCID: 0000-0003-1864-2944

meydana getirdikleri sözleşme ile sahip oldukları hakları ve sorumlulukları bilmeleri noktasında da yol gösterici olacaktır.
Anahtar Kelimeler: Prefabrik, Prefabrik Yapı, Taşınır Satış Sözleşmesi, Eser Sözleşmesi, Değerlendirme

EVALUATION OF THE LEGAL NATURE OF PREFABRICATED BUILDINGS THAT EXCEED THE SALE OF MOVABLE

Abstract

Prefabricated buildings play a very important role in our country, especially in recent years, in the social, economic, and legal fields. With the development of prefabrication technology, most of the daily needs, from the most necessary to the most luxurious, can now be met with prefabricated structures that can be easily analyzed and dimensioned. Prefabricated structures used in industrial buildings are built with the idea of being used to meet many needs in our country today, and thus a new lifestyle is started to be created. In this context, considering that the delivery and transfer of ownership are mainly committed in the contracts for the delivery of prefabricated buildings, which are subject to transportation in an established manner, the existence of a movable sales contract comes to the fore at first glance. However, considering both the individuality in prefabricated structures made to order and the serious effort in prefabricated structures that may need detailed assembly details, especially various strengthening techniques; It is thought that the definition of prefabricated buildings as prefabricated buildings is insufficient. For this reason, the issue of evaluating the prefabricated building not only as a fabricated product that can be transported to the assembly area in an established state but also as a structure that can be created using serious labor may come to the fore. This situation has brought the need to evaluate the legal quality of prefabricated structures that exceed the sale of movables.

Considering the fact that contracts concluded today can give rise to many types of contracts, it has become quite difficult to characterize contracts as only one type of contract today. In this context, our study consists of evaluations arising from the necessity of finding a number of Dec solutions that do not actually have theoretical foundations in practice in relation to prefabricated structures that exceed the movable sales contract. In short, this study will also guide the people who will make a contract for the delivery of prefabricated buildings to know the rights and responsibilities they have with the contract they have created.
Keywords: Prefabricated, Prefab, Movable sale contract, Contract of construction, Evaluation.

GİRİŞ

Parçaları önceden hazırlanıp birleştirilerek oluşturulan veya kurma anlamlarını[31] taşıyan prefabrik yapıların özellikle son yıllarda sosyal, ekonomik ve hukuki alanlarda oldukça önemli bir rol oynadığı görülmektedir. Özellikle Covid-19 salgın hastalığı sebebiyle insanların sosyal faaliyetlerinin durduğu, bunun da ötesinde eve kapanma tedbirleri ile birlikte genellikle apartman dairelerinde oturan insanların bağımsız ve hızlı bir şekilde doğaya en yakın yapılara duyduğu gereksinim dikkate alındığında, tamamlanma hızı ve maliyeti açısından avantajlı olan prefabrik yapıların yaygınlaştığı söylenebilecektir. Günümüzde prefabrik yapının yalnızca kurulu bir vaziyette montaj alanına taşınabilen ön üretimli fabrikasyon ürün olarak değil de ciddi emek sarfı kullanılarak da meydana getirilebilen yapı şeklinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu durum ise taşınır satışını aşan nitelikteki prefabrik yapıların hukuki niteliğinin değerlendirilmesi ihtiyacını gündeme getirmektedir.

Sözleşme özgürlüğü[32], irade serbestliği ilkesinin bir sonucu olup tarafların hukuki ilişkilerini kanunlarda belirtilen emredici kurallara uygun şekilde diledikleri gibi düzenlemelerine imkân vermektedir[33]. Temel bir ilke olduğu kabul edilen sözleşme özgürlüğü ilkesi; sözleşmenin içeriğini, tipini, şeklini belirleyebilme gibi farklı görünüm şekillerine sahiptir[34]. Bu kapsamda farklı hukuki niteliklere sahip prefabrik yapıyı konu alan sözleşmelerden bahsedilebilecektir. Tıpkı diğer bazı sözleşmeler de olduğu gibi prefabrik yapıyı konu alan sözleşmelerin de sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir sonucu olarak taşınır satış sözleşmesi, (eser) inşaat sözleşmesi ya da isimsiz bir sözleşme tipinde yapılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Belirtilen bu durum sözleşme özgürlüğü şeklinde ifade edilen ilkenin bir sonucu olarak kabul edilen, bahse konu sözleşmenin içeriğini belirleyebilme özgürlüğü ilkesinden[35] kaynaklanmaktadır.

Değişen hayat şartlarının beraberinde getirdiği gereksinimler çeşitli prefabrik yapılara vücut vermektedir. Bu kapsamda sözleşme özgürlüğü ilkesine ek olarak ayrıntılı montaj detayları ve sipariş usulü gerektiren özel talepler dikkate alındığında ciddi emek sarfına ihtiyaç duyan prefabrik yapıların farklı hukuki nitelikteki sözleşmelere konu olabileceği görülmektedir. Dolayısıyla süreklilik arz eden bu döngü sonucu ortaya çıkan prefabrik yapıları konu alan sözleşmelerin tek bir tip olarak kanunlarda düzenlenmiş

[31] Türk Dil Kurumu. (2019). Türk Dil Kurumu Sözlükleri. https://sozluk.gov.tr/ adresinden erişildi. (ET: 20.07.2022)
[32] Ayrıntılı bilgi için bkz. Tandoğan, H. (2008). Borçlar hukuku (özel borç ilişkileri) I. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 9 vd.
[33] Yıldırım, M. M. (2018). Know-how sözleşmeleri. Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 1, 207-257, s. 210.
[34] Erzurumluoğlu, E. (2019). Sözleşmeler hukuku (özel borç ilişkileri). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 29-30; Zevkliler, A. ve Gökyayla, K. E. (2019). Borçlar hukuku (özel borç ilişkileri). Ankara: Turhan Kitabevi, s. 10.
Sözleşme özgürlüğü ifadesi gerek sözleşmenin içeriğinin özgürce belirlenebilmesi konusunda gerekse de sözleşmenin tipinin (türünü) seçilmesi özgürlüğü konusunda da bir özgürlüğe sahip olunmasını ifade etmektedir. Bkz. Hatemi ve Gökyayla, s. 60.
[35] Ayrıntılı bilgi için bkz. Zevkliler ve Gökyayla, s. 10; Benzer yönde bkz. Ercoşkun Şenol, H. K. (2016). Sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü ve bunun genel sınırı: TBK m. 27. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 74(2), 709-738, s. 718 vd.; Tandoğan, s. 12.

olmasını beklemek ne yazık ki mümkün değildir. Özellikle günümüzde sözleşmelerde yer alan hükümlerin, bir başka tip sözleşmeye de vücut verebileceği gerçeği dikkate alındığında sözleşmeleri örneğin yalnızca satış ya da yalnızca eser sözleşmesi şeklinde nitelendirmek oldukça zorlaşmaktadır[36]. Bu hususta taşınır satışını aşan prefabrik yapıların hukuki niteliğinin değerlendirilmesi önem arz etmektedir. Türk hukukunda prefabrik yapıların hukuki niteliğinin değerlendirilmesine ilişkin ayrıntılı bir çalışmanın olmadığı dikkate alındığında çalışmamızda yapılan değerlendirmelerin prefabrik yapı teslimine ilişkin sözleşme yapacak olan kişilerin meydana getirdikleri sözleşme ile sahip oldukları hakları ve sorumlulukları bilmeleri noktasında da yol gösterici olması beklenmektedir. Bu kapsamda prefabrik yapıya ilişkin bir takım temel bilgiler verildikten sonra bahse konu hususlarda ayrıntılı açıklamalara yer verilecektir.

I. PREFABRİK YAPI NEDİR?

Prefabrik yapı üretimi oldukça geniş bir konuyu kapsamaktadır. Gerek prefabrik yapıların üretim sistemleri için kullanılan çeşitli teknikler ve malzemeler gerekse de bu yapıyı korumak amacıyla alınan önlemler prefabrik yapıyı konu alan sözleşmelerin hukuki niteliğinin tespitinde incelenmesi gereken araştırma konuları olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda öncelikle prefabrik yapının ne anlama geldiği tespit edilmelidir. Parçaları önceden hazırlanıp birleştirilerek oluşturulan, kurma anlamlarını taşıyan prefabrik kavramının Türkçe karşılığı ön üretim olup Fransızca kökenli bir kelime olduğu belirtilmektedir[37]. Temel kavram olarak prefabrik, yerinden başka bir yerde dökülerek üretilen ve taşınmak suretiyle yapıdaki yerine monte edilen yapı elemanı olarak ifade edilmektedir[38]. Prefabrikasyon ise insan hatalarını en aza indirmek ve kaliteyi artırmak amacıyla bir yapı elemanının bina içerisinde kullanılacağı yerin dışında, genellikle bir fabrika ortamında, üretilmesidir[39]. Yapı elemanlarının fabrika ortamında projelerine uygun olmak şartıyla tek tek üretilerek inşaat alanında birbirlerine monte edilmek suretiyle bir yapıya vücut vermesi ise prefabrik yapı olarak ifade edilmektedir[40].

Prefabrik yapılar ülkemizde sosyal, ekonomik ve hukuki alanlarda oldukça önemli bir rol oynamaktadır. Özellikle son yıllarda ülkemizin de kanayan yarası olarak ifade

[36] Bu hususta uygulamada, aslında teorik temelleri olmayan bir takım ara çözümlerin bulunması zorunluluğundan bahsedilmektedir. Bkz. Kurşat, Z. (2009). Eser ve vekâlet sözleşmelerinin nitelendirilmesi sorunu ve nitelendirmenin hükmü. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 67(1-2), 143-166.

[37] Polat, B. (2016). Prefabrik yapılar. https://docplayer.biz.tr/7722430-Prefabrik-yapilar-ogr-gor-berivan-polat-kaynak-ogr-gor-cahit-gurer-ders-notu.html adresinden erişildi. (ET: 20.07.2022).

[38] Ayrıntılı bilgi için bkz. Bakış, A. (1995). Türkiye'de prefabrik yapı elemanlarının teknik, ekonomik, seri üretim ve uygulama yönünden incelenmesi. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Harran Üniversitesi, Şanlıurfa, s. 1.

[39] Toprak, Z. (2002). Prefabrike sanayi yapılarının deprem etkisine göre değerlendirilmesi. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul Teknik Üniversitesi, İstanbul, s. 14; Polat, s. 3.; Bayar, H. (2018). Prefabrik yapılar. https://eski.imo.org.tr/resimler/dosya_ekler/9ce07e214fce49e_ek.pdf?tipi=79&turu=X&sube=7 adresinden erişildi. (ET: 20.07.2022), s. 2.; Taştekin, M. S. (2006). Sanayi yapılarında prefabrik betonarme ve çelik konstrüksiyon uygulamalarının ekonomik yönden karşılaştırılması. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Selçuk Üniversitesi, Konya, s. 9 vd.

[40] Toprak, s. 14; Polat, s. 3; Kargılı, F. (2005). Prefabrike betonarme panolu yapıların teşkili, tasarımı ve maliyet analizi. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul Teknik Üniversitesi, İstanbul, s. 4.

edebileceğimiz konut sıkıntısı karşısında prefabrik yapılar; ekonomik ve hızlı bir çözüm yolu olarak karşımıza çıkmaktadır. Hızlı nüfus artışı, göçler vb. sebepler sonucu ortaya çıkan konut ve işyeri ihtiyaçları; ekonomik, kaliteli ve hızlı yapı arayışlarını gündeme getirmiş olup inşaat sektöründe sistemli bir endüstriyel üretim sürecine geçişi sağlayan prefabrikasyon üretim etkinliğini ortaya çıkarmıştır[41]. Prefabrik yapının en temel amacının montaj alanına en az sayıda iş bırakacak surette, fabrika ortamında üretilen malzemenin kalitesini ve çalışma şartlarında hedeflenen düzeyi standartlaştırmak olduğu ifade edilmektedir[42]. O kadar ki prefabrikasyon teknolojisinin gelişmesiyle birlikte başta barınma ihtiyacı olmak üzere en gerekli olanından en lüksüne kadar günlük ihtiyaçların büyük bir kısmı artık kolaylıkla analiz edilerek boyutlandırılma imkânına sahip olan prefabrik yapılar ile karşılanabilmektedir. Dolayısıyla eskiden genellikle sanayi amaçlı yapılarda kullanılan prefabrik yapılar bugün ülkemizde konut ihtiyacında kullanılmak amacıyla da inşa edilmekte ve böylelikle yeni bir yaşam tarzı oluşturulmaya başlanmaktadır[43]. Hal böyle olunca gerek geleneksel inşaat tekniklerine göre yoğun makine kullanımı ile gerekse de öngörülenden çok daha hızlı ve daha kaliteli bir üretim imkânı ile birtakım kolaylıklar[44] sağlayan prefabrikasyon; sosyal, ekonomik ve hukuk alanlarında incelemeye değer bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yapılan açıklamalar dikkate alındığında prefabrik yapıya ilişkin genel bir tanımlama yapmak gerekirse, *"çeşitli malzemelerden oluşan yapı elemanlarının fabrika ortamında ön üretiminin ardından, kurulacak alana demonte veya kurulu olarak nakledilmesi ve sonrasında ise yapı elemanlarının montajıyla biten süreç"*[45] şeklinde ifade edilmesi mümkündür. Verilen tanım incelendiğinde prefabrik yapının teslimini konu alan sözleşmelerin; ön üretimi yapılan yapı elemanlarının kurulacak alana demonte edilmesini ya da kurulu bir şekilde nakledilmesini konu alması mümkündür. Ön üretimli yapılar şeklinde ifade edilebilen prefabrik yapıların bugün gerek dünyada gerekse de ülkemizde pek çok tip ve çeşide sahip olduğu belirtilmektedir[46]. Bunlardan birini de özellikle konut ihtiyacında kullanılmak amacıyla inşa edilen prefabrik yapılar ile sanayi amacıyla kullanıldığı için ekonomik açıdan oldukça önemli olan prefabrik yapılar oluşturmaktadır. Prefabrik yapı konusunda dünya teknolojisinin insan gücü ihtiyacını giderek azaltan bilgisayar kumandalı robot benzeri sistemlere kaymakta olduğu ifade

[41] Bakış, s. 1.
[42] Amani, A. ve Niyazi A. Q. (2018). Türkiye'de prefabrik yapı sektörünün hızlı gelişimi. Mühendislik Bilimleri ve Tasarım Dergisi, 6(3), 487-494, s. 488.
[43]Türkiye Prefabrik Birliği. (2022). Prefabrikasyonun Türkiye'deki gelişimi. https://www.prefab.org.tr/icerik.php?yapi-sistemleri/prefabrikasyonun-turkiyedeki-gelisimi&tr adresinden erişildi. (ET: 20.07.2022); Amani ve Niyazi, s. 488.
[44] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Bakış, s. 1; Amani ve Niyazi, s. 489 vd.
[45] Bkz. Amani ve Niyazi, s. 488. Benzer yönde bkz. Bakış, s. 1; Türkiye Prefabrik Birliği s. 1 vd.
[46] Amani ve Niyazi, s. 488.

edilmiştir[47]. Ancak günümüzde prefabrik yapıların çeşitli güçlendirme teknikleri[48] başta olmak üzere ayrıntılı montaj detaylarına[49] ihtiyaç duyabileceği dikkate alındığında prefabrik yapıya ilişkin yapılan tanımlamaların yetersiz olduğu sonucuna varılmaktadır. Prefabrik yapı teslimini konu alan sözleşmelerde, prefabrik yapıya ilişkin tanımda yer almayan emek unsuru oldukça önem arz edebilmektedir. Dolayısıyla günümüzde çeşitli nedenlerden dolayı kurulu bir vaziyette montaj alanına taşınabilen fabrikasyon ürünlerin yanında emek sarfı kullanılarak bir yapının meydana getirilmesi ihtiyacı gündeme gelmiştir. Söz konusu bu durum, ortaya çıkan hukuki problemleri inceleme gereğini doğurmuştur.

II. PREFABRİK YAPIYA İHTİYAÇ DUYULMA SEBEPLERİ

Prefabrik yapılara ihtiyaç duyulma sebepleri incelenirken bu yapıların ilk ne zaman ortaya çıktığına değinmek yol gösterici olacaktır[50]. İkinci Dünya Savaşı sonucunda büyük yıkımların meydana gelmesi sebebiyle daha hızlı, daha çok ve daha kaliteli yapıların üretilmesi ihtiyacı gündeme gelmiştir[51]. Dolayısıyla prefabrik yapılara ihtiyaç duyulma sebeplerinden ilki savaş sonucu ortaya çıkan zararların prefabrik yapılar aracılığıyla giderilmesine yardımcı olmaktır.

Prefabrik yapılara ihtiyaç duyulma sebeplerinden bir diğerini iklim şartları oluşturmaktadır[52]. Prefabrik yapı üretimi olumsuz hava koşullarından etkilenmeksizin fabrika ortamında normal oda sıcaklığında yapılmaktadır[53]. Bunun yanında Covıd-19 salgını döneminde yakından şahit olduğumuz sokağa çıkma yasakları ve diğer tedbirler dikkate alındığında bugün sosyal alan ve dinlenme amacıyla iklim şartlarına göre kullanılmak üzere az maliyetli ve hızlı meydana getirilen yazlık-kışlık vb. yapılara ihtiyaç duyulmaktadır.

Yetişmiş eleman temininde güçlük prefabrik yapıya ihtiyaç duyulma sebeplerinden bir diğeridir[54]. Fabrika ortamında bir üretimin meydana gelmesi; yüksek kalite ve insan hatasının en aza indirilmiş olması yetişmiş elemana duyulan ihtiyacı da azaltmaktadır. Dolayısıyla prefabrik yapının yaygınlaşması yetişmiş elemana duyulan ihtiyaç karşısında bir çözüm niteliğindedir.

Ülkemizde yapıların meydana getirilmesinde yer ihtiyacı büyük bir problem teşkil etmektedir. Bu nedenle fabrika ortamındaki üretim bu imalatın gerçekleştirileceği yer

---

[47] Bakış, s. 19.
[48] Ayrıntılı bilgi için bkz. Kaplan, H. vd. (2013). Prefabrik endüstri yapılarının güçlendirmesi için yeni bir yöntem. Gazi Üniversitesi Mühendislik Mimarlık Fakültesi Dergisi, 24(4), 659-665, s. 660 vd.
[49] Ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan, M. vd. (2010). Effect of seismic loading to prefabricated connections. Anadolu Üniversitesi Bilim ve Teknoloji Dergisi A - Uygulamalı Bilimler ve Mühendislik, 11(1), 47-58, s. 48 vd.
[50] Prefabrikasyonun Türkiye'deki gelişimi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Toprak, s. 16 vd.; Türkiye Prefabrik Birliği s. 1 vd.; Bayar, s. 9; Taştekin, s. 10 vd.
[51] Toprak, s. 16; Polat, s. 14.
[52] Polat, s. 4.
[53] Türkiye Prefabrik Birliği s. 1 vd. Benzer yönde bkz. Toprak, s. 21.
[54] Polat, s. 4.

sorununa bir çözüm niteliğinde olup prefabrik yapıya ihtiyaç duyulma sebeplerinden birisidir. Kalıp bulma sorunu fabrika ortamında üretilen prefabrik yapılarda gündeme gelmediğinden dolayı, kalıp sorununun olmadığı prefabrik yapılar ihtiyacı karşılamak üzere tercih edilmektedir[55]. Seri üretimin kullanıldığı prefabrik yapılarda hızlı üretimin sağlanması da zaman faktörü açısından avantajlı olup prefabrik yapılara ihtiyaç duyulma sebeplerinden bir tanesidir[56].

Bugün Türkiye'de sanayi yapılarının çoğunluğunda prefabrik yapıların kullanıldığı ifade edilmektedir[57]. Dolayısıyla prefabrik yapılara ihtiyaç duyulma sebeplerinden birini de bu yapıların sanayi alanında kullanım alanının genişliği oluşturmaktadır.[58] Hal böyle iken inşaat sektörünün büyük bir kısmına sahip olan konut inşaatlarında prefabrik yapı kullanım oranının yüksek olmadığı ifade edilmektedir[59]. Fakat belirtilmelidir ki, sosyal ve ekonomik gelişmeler ışığında bireylerin hızla değişim ve gelişime uğradığı günümüzde, farklılaşan taleplerin varlığı, prefabrik kullanım oranını ve prefabrik yapılara ihtiyaç duyulma sebeplerini artırabilecektir.

III. PREFABRİK YAPININ ÇEŞİTLERİ

Prefabrik yapılar özelinde denenmiş ve uygulanmış oldukça fazla yöntemin bulunduğu ifade edilmektedir[60]. Hal böyle iken günümüzde çok farklı şekillerde yapılabileceği ifade edilen prefabrik yapı çeşitlerinin çalışma konumuzla ilişkisi düşünüldüğünde, prefabrik yapıların uygulanan yönteme ve yapım sistemlerine göre iki temel sınıflandırmaya tabi olacağı söylenebilir. Yapılan bu sınıflandırmanın prefabrik yapıya ilişkin sözleşmelerin hukuki niteliği konusunda önemli olduğu söylenebilecektir.

A- Uygulanan Yöntem Bakımından Prefabrik Yapıların Sınıflandırılması

1- Açık Prefabrike

Prefabrike yapıda kullanılan yapı elemanlarının her biri kendi alanında uzmanlaşmış farklı fabrikalarda seri üretim yöntemleriyle meydana getirilerek daha sonra birleştirilmek suretiyle prefabrik yapının oluşturulmasıdır[61].

2- Kapalı Prefabrike

Prefabrik yapı için ihtiyaç duyulan yapı elemanlarının tamamı belirlenen prefabrik yapı için uygun olan bir fabrika ortamında üretilmek suretiyle meydana getirilmektedir[62].

---

[55] Ayrıntılı bilgi için bkz. Şentürer, A. (1983). Endüstrileşmenin bina alanında gelişimi ve Türkiye'nin geçiş dönemi teknolojileri üzerine bir inceleme. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul Teknik Üniversitesi, İstanbul; Polat, s. 4.
[56] Polat, s. 4.
[57] Polat Tatar, G. ve Damcı, A. (2007). Türk inşaat sektöründe prefabrik betonarme yapı elemanlarının kullanımını etkileyen faktörler. 4. İnşaat Yönetimi Kongresi 30-31 Ekim 2007 içinde (s. 149-158). İstanbul, s. 152.
[58] Polat, s. 3.
[59] Polat, s. 3.
[60] Taştekin, s. 11; Polat, s. 14.
[61] Eşiyok, Ü. (2000). Konut üretiminde prefabrikasyona bağlı teknolojiler. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul Teknik Üniversitesi, İstanbul, s. 23; Polat, s. 14; Toprak, s. 23.
[62] Eşiyok, s. 24; Polat, s. 14; Toprak, s. 23.

3- Ağır Prefabrike

Bir yerden başka bir yere taşınması ve bir araya getirilmesi oldukça güç olan prefabrike yapılar olup büyük prefabrik tesisleri ifade etmektedir[63]. Dolayısıyla ağır prefabrike yapılar için özel tekniklerin kullanıldığı ve ciddi emeklerin harcandığı söylenebilir.

4- Hafif Prefabrike

Ağır prefabrike yapıların aksine taşınmasının ve bir araya getirilmesinin daha kolay olduğu prefabrike yapılardır. Hafif prefabrike yapıların en ağır olanının dahi iki insan tarafından kaldırılabileceği ifade edilmektedir[64].

5- Yarı Prefabrike

Prefabrik yapının bir bölümünün fabrika ortamında diğer bölümünün ise yapı alanında meydana getirildiği prefabrike yapılar olduğu söylenebilir[65].

6- Tam Prefabrike

Yapı bileşenlerinin tamamının bir fabrika ortamında meydana getirildiği prefabrike yapıları ifade etmektedir[66].

B- Yapım Sistemleri Bakımından Prefabrik Yapıların Sınıflandırılması

1- Panel Sistemler

Genellikle konut türü yapılarda kullanılan panel sistemler çeşitli açılardan değişiklik arz etmektedir[67].

2- İskelet Sistemler

Çerçeve veya kolon kiriş sistemler olarak da ifade edilebilen iskelet sistemler; kolon, kiriş ve döşeme elemanlarıyla birlikte oluşturulan sistemler olup genellikle fabrika, depo ve endüstriyel yapıların meydana getirilmesinde kullanılmaktadır[68].

3- Hücre Sistemler

Üç boyutlu mekânsal elemanlar şeklinde ifade edilebilen hücre sistemler ise prefabrik yapının fabrika ortamında üretilip birleştirildikten sonra kaplama yapılarak; cam, kapı, pencere eklenerek tamamlanmasıdır[69].

IV. PREFABRİK YAPILARIN AVANTAJLARI VE DEZAVANTAJLARI

Fabrika ortamında üretilen prefabrik yapıların günümüzde birçok avantajı bulunmaktadır. Prefabrik yapıların genellikle seri üretim kullanılarak uzun ömürlü yapı elemanlarıyla yılın her mevsiminde fabrika ortamında kısa sürede üretiliyor olması, yüksek donanım sahibi işçilere gerek duyulmaksızın daha etkin ve kolay bir kalite

[63] Toprak, s. 22.; Eşiyok, s. 23; Polat, s. 15.
[64] Toprak, s. 22; Eşiyok, s. 23; Polat, s. 15.
[65] Polat, s. 15; Eşiyok, s. 25.
[66] Polat, s. 15.
[67] Toprak, s. 23; Ayrıntılı bilgi için bkz. Polat, s. 23.
[68] Toprak, s. 23; Ayrıntılı bilgi için bkz. Polat, s. 42; Kargılı, s. 4 vd.; Taştekin, s. 12.
[69] Polat, s. 62 vd.; Toprak, s. 23; Kargılı, s. 6; Taştekin, s. 14.

kontrolünü ve bunun sonucu olarak da en aza indirilen yapım hatalarını gündeme getirmektedir[70].

Prefabrik yapıların avantajları olduğu kadar dezavantajlarından da bahsedilmektedir. Bunlar, ileri gelişmiş yöntemlerin kullanıldığı bazı prefabrik yapıların pahalı ön yatırımları gerektirmesi, kısa sürede tamamlanabilen prefabrik yapılar karşısında kooperatif sisteminde yer alan kişilerin ödeme gücünde zorlaşmanın olması ve mimari bakımdan bazı sınırlamaların bulunmasıdır[71].

V. PREFABRİK YAPININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Prefabrik yapıların hukuki niteliğinin tespiti prefabrik yapı anlayışının değişmesiyle birlikte farklı bir boyut kazanmaya başlamıştır. Prefabrik yapının yapılmasında emek unsurunun ön plana çıkmaya başlamasıyla birlikte yeni tartışmaların da gündeme geleceği açıktır.

A- Taşınır Satış Sözleşmesi Kapsamında Değerlendirilmesi

Satış sözleşmesi TBK m.207 vd. hükümlerinde ayrıntılı olarak düzenlenmiş ancak taşınır satışı ve taşınmaz satışının ne olduğuna dair bir tanıma satış sözleşmesi hükümleri kapsamında yer verilmemiştir.

Prefabrik yapıların özelliği gereği, bir yerden bir yere kolay şekilde taşınmaları, bu yapıların TMK m.728 anlamında hafif yapı olarak değerlendirilmelerine sebep olabilecektir. Türk Medeni Kanunu m. 728 hükmünde "*Başkasının arazisi üzerinde kalıcı olması amaçlanmaksızın yapılan kulübe, büfe, çardak, baraka ve benzeri hafif yapılar, bunların malikine aittir. Bu tür yapılar, taşınır mal hükümlerine tâbi olur ve tapu kütüğünde gösterilmez*." denilerek hafif yapıların taşınır olarak değerlendirilmesi gerektiğine işaret etmiştir. Taşınır yapının mülkiyeti, bulunduğu arazinin mülkiyetine tabi olmayıp, inşa edenin mülkiyetine tabidir ve buna taşınır mülkiyetine ait hükümler uygulanır. Bu sebeple arazi maliki başkası olsa dahi, prefabrik yapının maliki başkası olabilecektir. Bu durumda prefabrik yapıları taşınır kabul edilse dahi kanımızca taşınır yapının bazı işlemler bakımından taşınmaz olarak değerlendirilmesi daha adil olacaktır. Bu sebeple taşınır yapının kiralanmasında da taşınmaz kiralarına dair TBK m. 310, 329, 331 ve 336'nın uygulanması gerektiği kabul edilmektedir[72]. 6570 Sayılı Gayrimenkullerin Kiralanması Hakkında Kanun hükümleri yürürlükte iken prefabrik yapıların 6570 sayılı Kanun hükümleri kapsamında değerlendirilmesi gerektiği de ifade edilmekteydi[73]. Yargıtay bir kararında prefabrik çelik konstrüksiyon yapıyı musakkaf

[70] Toprak, s. 19 vd.; Eşiyok, s. 19 vd.; Polat Tatar ve Damcı, s. 150 vd.; Polat, s. 5-6; Türkiye Prefabrik Birliği s. 1 vd.; Bkz. Şentürer, s. 1 vd.; Bayar, s. 6 vd.
[71] Eşiyok, s. 21 vd.; Polat Tatar ve Damcı, s. 151 vd.; Polat, s. 5-6; Polat, s. 7.
[72] Oğuzman, M. K. vd. (2020). Eşya hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 483-484.
[73] Arpacı, A. (2002). Kira hukuku ve uygulaması. İstanbul: Temel Yayınları, s. 42.

olarak değerlendirmemiştir[74]. Yargıtay bir başka kararında ise prefabrik binayı baskın vasfın belirlenmesinde kapalı olarak değerlendirmiştir[75].

B- Eser Sözleşmesi Kapsamında Değerlendirilmesi

Prefabrik yapıların yapımında emek unsurunun ön plana çıkmasıyla birlikte nitelikli prefabrik yapılar yapılmaya başlanmış bu durumda prefabrik yapıların yapılması aşamasında hukuki niteliğinin satış sözleşmesi olarak değil de eser sözleşmesi olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorununu beraberinde getirmiştir.

Eser sözleşmesi[76] TBK m.470 vd. hükümlerinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Eser sözleşmesinin en önemli özelliği emek unsurunun ön planda olmasıdır[77]. Prefabrik yapıların yapılması sadece basit yapıların yapılması şeklinde değil, artık özellikle daha nitelikli yapıların inşa edilmesi şeklinde de karşımıza çıkmaktadır. Bu anlamda sadece tamamlama ve teslim etme olgusundan çok, yapanın özelliklerini veya eseri yaptıranın özelliklerini daha fazla yansıtan bir taşınır yapıyla daha çok karşılaşmamız sebebiyle prefabrik yapıların yapılmasına ilişkin olarak bunun bir eser sözleşmesi olarak düşünülmesi gündeme gelebilecektir.

C- İsimsiz Sözleşme Kapsamında Değerlendirilmesi

[74] Yarg. 6. HD, E. 2006/2243, K. 2006/4461, T. 25.4.2006 "*...Davacı kiralayanın tahliye taahhüdüne dayanarak davalı kiracı hakkında başlatmış olduğu icra takibi nedeniyle düzenlenen tahliye emrine, davalı kiracının itiraz etmesi üzerine davacı icra mahkemesine başvurarak itirazın kaldırılması ve tahliye isteminde bulunmuştur…Takibe dayanak yapılan ve davaya esas alınan 1.4.2005 başlangıç tarihli ve bir yıl süreli sözleşme konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmamaktadır…Taraflar arasında uyuşmazlık konusu olmayan 1.4.2005 tarihli sözleşmeden kiralananın 1100 m2, prefabrik çelik konstriksiyon niteliğinde yer olduğu anlaşılmaktadır. Kiralanan bu niteliği itibariyle musakkaf nitelikte olmadığından Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir. Borçlar Kanununa tabi olan yerlerde kural olarak taahhüde dayanılarak tahliye davası açılamaz. Ancak taahhüt tarihi akdin sonunu belirleyeceğinden akdin feshi ve tahliye nedenini oluşturur...Kiralanan Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir…"* https://kararara ma.yargitay.gov.tr (ET: 25.07.2022)

[75] Yarg. 6. HD, E.2015/4839 ,K.2015/6574, T. 29/06/2015, "…. *Davaya konu kiralanan iki adet halı sahadan ibaret olup bilirkişi raporunda da belirlendiği üzere 2.400 m2 iki adet halı saha alanı toplamı, bundan ayrı ulaşım yolları ile açık otopark alanı bulunmakta olup, kapalı prefabrik binaların toplam alanı 300 m2 dir. Kiralananın baskın vasfı açık alandır….Kira bedelinin belirlenmesine ilişkin TBK'nun m.344 konut ve çatılı iş yerlerine ilişkin TBK'nun 339 vd. düzenlediğinden Borçlar Kanunu'nun adi kira hükümlerine tabi yerlerde bedel tespiti mümkün değildir… kira parası, TBK m.299 yer alan, kira akdinin esaslı unsurlarındandır. Borçlar Kanununa tabi olan yerlerde akit kural olarak sözleşmede öngörülen süre hitamında sona erer ve mecurun kira parası hakkında taraflar arasında anlaşmazlık bulunması durumunda kira akdinin asli unsurlarından olan kira bedeli konusundaki uyuşmazlık nedeniyle, artık devam eden bir kira sözleşmesinin varlığından da söz etme olanağı yoktur. Ortada…bir kira akdi bulunmadığına göre musakkaf olmayan kiralananlara yönelik açılan kira tespit davasının reddi gerekirken yazılı şekilde tespit kararı verilmesi doğru değildir…"* https://kararara ma.yargitay.gov.tr (ET: 25.07.2022)

[76] Eser sözleşmesinin tanımına ilişkin bkz. Eren, F. (2021). Borçlar hukuku: özel hükümler. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 999; Gümüş, M. A. (2014). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre borçlar hukuku özel hükümler. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 1; Aral, F. ve Ayrancı, H. (2021). Borçlar hukuku özel borç ilişkileri. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 371; Zevkliler ve Gökyayla, s. 489; Öz, M. T. (1989). İş sahibinin eser sözleşmesinden dönmesi. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, s. 1-3.

[77] Yargıtay HGK., 18.11.2009 T., 2009/15- 459 T., 2009/541 K.: …*Başka bir deyişle, objektif olarak tespiti mümkün olan belirli bir maddi veya maddi olmayan sonucun meydana getirilmesi, istisna akdinin konusunu oluşturabilir. (...) Bu kapsamda, genellikle emek unsuru ağır basan bir çalışma ürünü olup bütünlük arz eden ve ekonomik değeri olan her hukuksal varlık, maddi nitelikte olsun veya olmasın bir eser sayılmaktadır…*". www.kazanci.com.tr (ET: 25.07.2022)

İsimsiz sözleşme kavramı en basit haliyle; Türk Borçlar Kanunu'nda ve diğer özel kanunlarda düzenlenmemiş sözleşmelerdir[78]. Diğer bir değişle; isimsiz sözleşme kavramı, kişilerin kanunlarda düzenlenmiş sözleşmelerden bağımsız olarak veya kanunlarda düzenlenmiş sözleşmelerden yararlanarak oluşturdukları yeni bir sözleşme tipini ifade etmektedir[79].

Prefabrik yapıların parçalardan oluşması ve bu parçaların teslimatı ve montajı düşünüldüğünde bu durum satış sözleşmesinin varlığına işaret edecektir. Prefabrik yapıyı oluşturan parçaların teslimi aynı zamanda inşaat planları, inşaat çizimleri ve statik hesapların teslim edilmesi yükümlülüğünü de içeriyorsa bu durumda karma nitelikte bir sözleşmeden bahsetmek gerekecektir. Bu durumda eser sözleşmesi ve hizmet sözleşmesinin prefabrik sözleşmeler bakımından daha çok uygulanacağı düşünülebilecektir[80].

Kanımızca prefabrik yapıların tamamlanması ve sonrasında kullanıma sunulması hususlarını birbirinden ayırırsak bu sözleşmelerin isimsiz sözleşme olarak değerlendirilmesi daha doğru bir yaklaşım olacaktır.

SONUÇ

Günümüzde artan ekonomi, pandeminin etkisi gibi farklı nedenler insanları daha doğal bir yaşama doğru yönlendirmiş, bu yönlendirmenin sonucu olarak da daha kolay inşa edilen evler tercih sebebi olmuştur. Prefabrik yapıların artması onlarla ilgili hukuki problemleri de beraberinde getirecektir. Prefabrik yapı taşınır yapı mı, taşınmaz yapı olarak mı değerlendirilmeli sorusu bile birçok sorunu beraberinde getirecektir. Taşınmaz yapı olarak değerlendirilmesi sadece arazinin mülkiyetinin de yapı sahibine ait olması durumunda mı söz konusu olmalıdır? Prefabrik taşınmaz yapı olursa bu durumda kira sözleşmesine konu olur mu? Aile konutu olarak şerh edilebilir mi? gibi farklı sorular da karşımıza çıkacaktır.

Kolay yapılması, bir yerden bir yere kolaylıkla taşınması, çoğu zaman hareket edebilmesi gibi özellikleri prefabrik yapıların tercih edilme sebeplerini arttırmıştır. Prefabrike sektörü ile ilgili çalışmaların başlangıcı 19.yüzyılın ilk başlarına dayanmaktadır. George Godwin öncülüğünde yazılan prefabrik yapılarla ilgili bilimsel eserin 1836 yılında İngiltere'de yayımlanmasıyla başlamıştır. Yayımlanan bu bilimsel eser sayesinde Godwin G., Royal Institute of British Architects (RIBA) tarafından madalya ile ödüllendirilmiştir[81].

[78] Oğuzman, M. K. ve Öz, M. T. (2018). Borçlar hukuku genel hükümler / Cilt-1. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 47-48; Eren, s. 945; Aral ve Ayrancı, s. 53.
[79] Yücer Aktürk, İ. (2016). İsimsiz sözleşme genel teorisi ve uzaktan öğretim sözleşmesi. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 33.
[80] Kniffka, R. vd. (2020). Kompendium des baurechts: privates baurecht und bauprozess. München: C. H. Beck, s. 110-112.
[81] Tümer, Ç. (2006). Prefabrike yapılarda kenetli birleşimlerin tasarımı, Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul Teknik Üniversitesi, İstanbul, s. 10.

Prefabrik yapıların farklı türlerinin ortaya çıkması, özellikle sadece satış değil aynı zamanda emek unsurunun da ön plana çıkması prefabrik yapının hukuki olarak karmaşık bir hale gelmesine neden olmuştur. Prefabrik yapılarda inşaat planları, çizimler yapılması gibi birçok faktör bu sözleşmelerin eser sözleşmesi mi, satış sözleşmesi mi yoksa isimsiz sözleşme mi olarak düşünülmesi konusunda farklı tartışmalara yol açacaktır.

Kanımızca prefabrik yapıların sayısının ilerleyen zamanlarda daha da çok artacağı göz önüne alındığında hukuki olarak daha ayrıntılı düzenlemelere de ihtiyaç duyacağı açıktır.

KAYNAKÇA

Amani, A. ve Niyazi A. Q. (2018). Türkiye'de prefabrik yapı sektörünün hızlı gelişimi. Mühendislik Bilimleri ve Tasarım Dergisi, 6(3), 487-494.

Aral, F. ve Ayrancı, H. (2021). Borçlar hukuku özel borç ilişkileri. Ankara: Yetkin Yayınları.

Arpacı, A. (2002). Kira hukuku ve uygulaması. İstanbul: Temel Yayınları.

Bakış, A. (1995). Türkiye'de prefabrik yapı elemanlarının teknik, ekonomik, seri üretim ve uygulama yönünden incelenmesi. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Harran Üniversitesi, Şanlıurfa.

Bayar, H. (2018). Prefabrik yapılar. https://eski.imo.org.tr/resimler/dosya_ekler/9ce07e214fce49e_ek.pdf?tipi=79&turu=X&sube=7 adresinden erişildi. (ET: 20.07.2022)

Doğan, M. vd. (2010). Effect of seismic loading to prefabricated connections. Anadolu Üniversitesi Bilim ve Teknoloji Dergisi A - Uygulamalı Bilimler ve Mühendislik, 11(1), 47-58.

Ercoşkun Şenol, H. K. (2016). Sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü ve bunun genel sınırı: TBK m. 27. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 74(2), 709-738.

Eren, F. (2021). Borçlar hukuku: özel hükümler. Ankara: Yetkin Yayınları.

Erzurumluoğlu, E. (2019). Sözleşmeler hukuku (özel borç ilişkileri). Ankara: Yetkin Yayınları.

Eşiyok, Ü. (2000). Konut üretiminde prefabrikasyona bağlı teknolojiler. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul Teknik Üniversitesi, İstanbul.

Gümüş, M. A. (2014). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre borçlar hukuku özel hükümler. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Hatemi, H. ve Gökyayla, K. E. (2017). Borçlar hukuku (genel bölüm). İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Kaplan, H. vd. (2013). Prefabrik endüstri yapılarının güçlendirmesi için yeni bir yöntem. Gazi Üniversitesi Mühendislik Mimarlık Fakültesi Dergisi, 24(4), 659-665.

Kargılı, F. (2005). Prefabrike betonarme panolu yapıların teşkili, tasarımı ve maliyet analizi. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul Teknik Üniversitesi, İstanbul.

Kniffka, R. vd. (2020). Kompendium des baurechts: privates baurecht und bauprozess. München: C. H. Beck.

Kurşat, Z. (2009). Eser ve vekâlet sözleşmelerinin nitelendirilmesi sorunu ve nitelendirmenin hükmü. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 67(1-2), 143-166.

Oğuzman, M. K. ve Öz, M. T. (2018). Borçlar hukuku genel hükümler / Cilt-1. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Oğuzman, M. K. vd. (2020). Eşya hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi.

Öz, M. T. (1989). İş sahibinin eser sözleşmesinden dönmesi. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları.

Polat, B. (2016). Prefabrik yapılar. https://docplayer.biz.tr/7722430-Prefabrik-yapilar-ogr-gor-berivan-polat-kaynak-ogr-gor-cahit-gurer-ders-notu.html adresinden erişildi. (ET: 20.07.2022).

Polat Tatar, G. ve Damcı, A. (2007). Türk inşaat sektöründe prefabrik betonarme yapı elemanlarının kullanımını etkileyen faktörler. 4. İnşaat Yönetimi Kongresi 30-31 Ekim 2007 içinde (s. 149-158). İstanbul.

Şentürer, A. (1983). Endüstrileşmenin bina alanında gelişimi ve Türkiye'nin geçiş dönemi teknolojileri üzerine bir inceleme. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul Teknik Üniversitesi, İstanbul.

Tandoğan, H. (2008). Borçlar hukuku (özel borç ilişkileri) I, İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Taştekin, M. S. (2006). Sanayi yapılarında prefabrik betonarme ve çelik konstrüksiyon uygulamalarının ekonomik yönden karşılaştırılması. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Selçuk Üniversitesi, Konya.

Tümer, Ç. (2006). Prefabrike yapılarda kenetli birleşimlerin tasarımı, Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul Teknik Üniversitesi, İstanbul.

Türk Dil Kurumu. (2019). Türk Dil Kurumu Sözlükleri. https://sozluk.gov.tr/ adresinden erişildi. (ET: 20.07.2022)

Türkiye Prefabrik Birliği. (2022). Prefabrikasyonun Türkiye'deki gelişimi. https://www.prefab.org.tr/icerik.php?yapi-sistemleri/prefabrikasyonun-turkiyedeki-gelisimi&tr adresinden erişildi. (ET: 20.07.2022).

Toprak, Z. (2002). Prefabrike sanayi yapılarının deprem etkisine göre değerlendirilmesi. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul Teknik Üniversitesi, İstanbul.

Yıldırım, M. M. (2018). Know-how sözleşmeleri. Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 1, 207-257.

Yücer Aktürk, İ. (2016). İsimsiz sözleşme genel teorisi ve uzaktan öğretim sözleşmesi. Ankara: Yetkin Yayınları.

Zevkliler, A. ve Gökyayla, K. E. (2019). Borçlar hukuku (özel borç ilişkileri). Ankara: Turhan Kitabevi.

SAĞLIK HİZMETLERİNDE HASTALARIN ADİL DEĞERLENDİRİLMEYİ İSTEME HAKKI

Prof. Dr. Z. Gönül BALKIR*- Öğr. Gör. Başak BALKIR GÜLEN*

Özet

Sağlık hukuku ve sağlık hakkının kapsamı, toplumsal yaşamdaki gelişmeler ve sosyal devlet anlayışıyla genişlemiştir. Sağlık hakkı, herkesin mümkün olan en yüksek seviyede fiziksel ve ruhsal sağlık standartlarına sahip olma hakkıdır. Her insan, onurlu bir yaşam sürdürebilmek için ulaşılabilecek en yüksek sağlık standardına sahip olmalıdır.

Sağlık hizmetlerinden yararlanan herkes, insan onuruna yakışır bir şekilde kaliteli bir tıbbi bakım görme hakkına da sahiptir. Kaliteli tıbbi bakım görme hakkı, aynı zamanda sağlık hizmetlerinin paylaşılmasında, tüm hastalar için, adil biçimde değerlendirilmeyi isteme hakkı demektir. Sağlık hizmetleriyle ilgili kaynakların dağılımında seçim yapılacağı zaman tüm hastaların adil biçimde değerlendirilmeyi isteme hakkı bulunmaktadır. Hastaların adil değerlendirilmesi hakkında, hastaların seçiminde tıbbi ölçütler dışında herhangi bir ölçüte göre ayrımcılık yapılamaz. Gerçekten tıbbın, temel değerlerinden biri ayırım yapmamaktır. Sağlık hizmetleriyle ilgili gereksinimi belirler ve kaynakları dağıtırken kişinin herhangi bir özelliği değil, sadece tıbbi ölçütler dikkate alınmalıdır.

Devletler, gerekli sağlık sigortası ve tıbbi bakım hizmetleri için yeterli olanaklara sahip olmayanlara bu imkânları sunma veya sağlık hizmetleri ve tıbbi bakım konusunda, özellikle sağlık hakkına dair temel yükümlülükler açısından ayrımcılığı engelleme yükümlüğü altındadır. Sağlık kaynaklarının uygunsuz şekilde tahsisi ayrımcılığın aleni bir biçimde gerçekleşmesine neden olabilir. Örneğin yatırımlar, toplumun geniş bir bölümünün yararlanabileceği temel ve önleyici sağlık hizmeti yerine ölçüsüz şekilde, toplumun sadece dar, imtiyazlı bir kesiminin erişebileceği pahalı sağlık hizmetlerine yapılmamalıdır.

Tıp mesleğinin temel değerlerinden biri olan tıbbi kriterler dışında ayırım yapmama ilkesi, gereksinimlerin belirlenmesi ve kaynakların dağılımı noktasında eşitlik hakkaniyet ve adaletin sağlanması için en temel ilke ve değerdir. Sağlık hizmetine erişim hakkı, ödeme gücüne göre değil, gereksinime göre dağıtımı gerekli kılar. Bu gereklilik, salt matematiksel bir eşitlik anlayışı ve talebini ortadan kaldırırken gereksinimlerin nasıl tespit edileceği veya tespit edilmesi gerektiği sorusunu ortaya çıkarır.

* Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, Kocaeli/Türkiye. E-mail: gonulbalkir@yahoo.com; ORCID NO:0000-0003-0710-8375.

* Kocaeli Üniversitesi, Ali Rıza Veziroğlu MYO, Kocaeli/Türkiye. E-mail: basakbalkir@hotmail.com; ORCID NO:0000-0003-0527-2980.

Anahtar Kelimeler: Tıbbi Bakım Hakkı, Sağlık Hizmetlerinde Eşitlik, Adil Değerlendirilme Hakkı

GİRİŞ

1970'lerde başlayan ve 1980'lerde hız kazanan küreselleşme dalgası, devletlerin kamusal politikalarında önemli değişikliklere yol açmış, devletin küçültülmesi adı altında kamu harcamalarının azaltılması yoluna gidilmiştir. Gerçekleştirilmeleri büyük ölçüde devletlerin ekonomik kaynaklarını harekete geçirmesine bağlı olan sosyal haklar, bu süreçten zayıflayarak çıkmıştır. Küreselleşme olgusuyla birlikte bir yandan, kamu harcamalarının kısıtlanması, devletin küçültülmesi ve özelleştirme uygulamalarını içeren neo-liberal politikalar yürürlüğe sokulurken; sosyal hakların kapsamı süreç içinde daraltılmaya başlanmıştır (Uygun 2009, 276). Sosyal haklardaki bu daraltma, sağlık hakkının kullanılmasıyla ilgili sağlık hizmetlerinin sunumuna da yansımaktadır.

Dünya üzerinde her ülkenin elindeki sınırlı kaynaklarına bağlı olarak sağlık hizmetlerini sağlayabilme olanağına karşılık toplumların sağlık hizmetlerine olan gereksinimi ve istekleri; sürekli genişleyerek, artan bir talep yaratmaktadır. Sağlık politikaları açısından devletin mali imkânlarının sınırlılığıyla, halka yönelecek sağlık hizmetlerinin erişiminin engellenmesi ve sağlık sektöründe; devletin mali imkânlarının yetersizliği nedeniyle, istenilen ölçüde verim alınamamasıyla ortaya çıkan büyük talepler; özel sektörü, sağlık alanına yönelmeye itmiştir. (Özdemir, 2004, 27). Sağlık sistemlerinde yaşanan süreç, kendi içinde sağlık hizmetlerinde adil değerlendirme hakkını öne çıkarmıştır. Bu çalışmada, öncelikle sağlık hizmetlerinde kaynakların paylaştırılmasında adil değerlendirme hakkına ağırlık verilmek üzere; sosyal bir hak olan, sağlık hakkı ve sağlık hakkının korunması yanında; sağlık kaynak ve hizmetlerinde sınırlı kaynakların paylaştırılması ilkeleri ve ayrımcılık yasağı üzerinde durulmaya çalışılacaktır.

1.SAĞLIK HAKKI VE SAĞLIK HAKKININ KORUNMASI

1.1.Sosyal Bir Hak Olarak Sağlık Hakkı

İnsan hakları ve sosyal haklar, özellikle 20. yüzyılın ikinci yarısında özerk bir hukuk disiplini içinde kurumsallaşan bir değer ve sistem olarak, tarihsel evrimin belli bir aşamasında ortaya çıkmış ve somutlaşmış bir birikimin ürünüdür (Gemalmaz, 1985, 56). Tarihsel süreç ve zorunluluk nedeniyle; ikinci kuşak temel hak ve özgürlükler içinde ortaya çıkan sosyal haklar, devletin katkısı olmadan kişilerin kendi başlarına yararlanamayacağı haklardandır. Sosyal hakların temel amacı, bireylerin ihtiyaçlarının karşılanması ve ülke içinde muhtaçlığın ve yoksulluğun yok edilmesidir. Sosyal haklar, ekonomik bakımdan zayıf ve güçsüz olanların; kendi yaşamlarını sağlamak ve güçlendirilmek için, hukukça korunma haklarına sahip olmalarıdır (Talas,1982, 43). Sosyal haklar, ekonomik ve sosyal dengesizlikleri azaltmaya yönelik haklardır

(Turan,1996,104). Bu hakların amacı, ekonomik ve sosyal yönden zayıf olan kişi ve toplumsal katmanları, özel olarak korunması gerekli kişi ve grupları korunak bunların maddi ve manevi varlıklarını geliştirmektir (Tanör,1978,54). Klasik haklar alanında daha çok hak ve özgürlükleri zedelememe ile yükümlü olan devlet, sosyal haklar alanında hakların somutlaştırma işlevini yüklenecektir (Balkır, 2009, 90). Sosyal haklar iktisadi ve sosyal eşitsizliklere tepki niteliğindeki haklar olarak, geniş yoksul kitlelerin temel gereksinimlerini karşılamak üzere herkesin insan haklarından yararlanabilmesini amaçlayan ve insan haklarının mutlu bir azınlığın ayrıcalıkları olmasını önleyen araçlar olarak tasarlanmıştır (Uygun, 2002,71).

Sosyal haklar toplumun güçsüz kesimlerinin insan onuruna yakışır bir yaşam sürdürebilmeleri için devletçe gerekli önlemlerin alınması şeklindeki olumlu müdahalelerle gerçekleştirilen haklardır (Kaboğlu, 2002, 262). Sosyal hakların belirleyici niteliği, toplumdan bireye doğru yararlandırıcı yönde olmalarıdır (Akıllıoğlu,1995,147). Sosyal haklar, onur içinde yaşama hakkını korurken, özünde, temel hak ve özgürlükleri toplumsallaştırmıştır.

Sosyal haklar içinde yer alan sağlık hakkı, doğrudan yaşama hakkının ayrılmaz ve bölünmez bir parçasını oluşturmaktadır. Sağlıkla ilgili insan hakları, sağlık politikaları ve sağlığın korunması çalışmalarıyla birlikte daha çok gündeme oturan sağlık hakkı kavramı; hasta hakları kavramıyla birlikte tartışmaya açılmıştır (Günerli, 2009, 77) . Sağlık hakkı, bir insanın, insan onuruna yaraşan asgari bir yaşam düzeyi içinde yaşayabilmesi için gerekli bir haktır(Gözler, 2007, 86). Sağlık hakkı çağdaş sosyal devlet anlayışının en yaygın hizmetlerinden birisidir(Kalabalık, 2004, 311). Sağlık, insanın sadece hastalık ve sakatlık dışında bedence, ruhça ve sosyal yönden iyi olmasıdır (Bozkurt, 2008, 14) Sağlık hakkı temel ve evrensel bir insan hakkı olarak kabul edilir. Bu hak olmadan diğer hakların gerçekleşme ve kullanılma şansı yoktur (Okur, 1992, 1). Sağlık hakkı, "kişinin devletten, sağlığının korunmasını, gerektiğinde tedavi edilmesini, iyileştirilmesini isteyebilmesi ve toplumun sağladığı imkânlardan faydalanabilmesini" ifade eder (Er, 2008, 32). Sağlık hakkı, özellikle toplumun yoksul kesimleri için büyük bir anlam taşır. Dünyanın gelişmiş ülkelerinde bile sağlık sigortasına sahip olmayan insan sayısı hayli yüksektir. Normal koşullarda tıbbi yardımdan yararlanamayan bu kişiler, büyük bir risk altındadırlar. Bu hak sayesinde risk altında bulunan kişiler, yani toplumun zayıf kesimleri, fiziksel ve ruhsal sağlıklarını koruma imkânına kavuşurlar. Ayrıca bu hak dolayısıyla yoksullar toplumun dışına itilme duygusundan arınırlar ve toplumsal yaşama katılma olanakları artar. Bu bağlamda sağlık hakkı, sosyal dışlanmayı önleyen araçlardan birisi olarak görülür (Bulut, 2009,205).

1.2.Sağlık Hakkının Güvenceleri

İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'ne göre, "Her şahsın, gerek kendisi gerekse ailesi için, yiyecek, giyim, mesken, tıbbi bakım, gerekli sosyal hizmetler dahil olmak üzere

sağlığı ve refahını temin edecek uygun bir hayat seviyesine ve işsizlik, hastalık, sakatlık, dulluk, ihtiyarlık veya geçim imkânlarından iradesi dışında mahrum bırakacak diğer hallerde güvenliğe hakkı vardır" (Md.25/1). BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi sağlık hakkının korunmasında; devletlerin, herkesin mümkün olan en yüksek seviyede fiziksel ve ruhsal sağlık standartlarına sahip olma hakkını tanıyacağını ve herkesin mümkün olan en yüksek seviyede fiziksel ve ruhsal sağlık standartlarına sahip olma hakkını tanımasını kabul edilmiştir (Md.12). Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartının 11.maddesinde sağlığın korunması hakkıyla ilgili olarak Devletlere; sağlığın korunması hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını uygun önlemler almayı taahhüt sorumluluğu yüklemiştir.

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda 35.maddesinde; "Herkes, ulusal yasalar ve uygulamalarda belirtilen şartlar çerçevesinde koruyucu sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkına ve tıbbi tedaviden yararlanma hakkına sahiptir. Bütün Birlik politikaları ve faaliyetlerinin tanımlanmasında ve uygulanmasında yüksek düzeyde bir insan sağlığı koruması sağlanmalıdır" hükmü yer almaktadır (Md.35). Ulusal ve uluslararası belgelerde sağlık hakkının en sık vurgulanan öznesi herkes ve tüm bireylerdir. Gözden geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın, "Sosyal ve Tıbbi Yardım Hakkı" başlıklı 13. maddesi; taraf devletleri, "yeterli olanağı bulunmayan ve kendi çabasıyla veya başka kaynaklardan, özellikle bir sosyal güvenlik sisteminden yararlanarak böyle bir olanak sağlayamayan herkese yeterli yardımı sağlamayı ve hastalık halinde bunun gerektirdiği bakımı sunmak" la yükümlü tutmaktadır. İnsan hakları belgelerinde, sağlık hakkının en önemli özneleri kadın ve çocuktur. Nitekim BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi "var olan doğum oranının ve bebek ölümlerinin düşürülmesi ile çocukların sağlıklı gelişmelerinin sağlanması"nı devlete görev olarak yüklemektedir (Md.l2/2-a).

1998 yılında başlatılan Halkların Sağlık Meclisi; Halkların Sağlık Bildirgesi taslağı oluşturarak Aralık 2000'de Bangladeş Savar'daki Meclis toplantısında imzaya açılmıştır. Halkların Sağlık Bildirgesi'nin temel ilkeleri belirlenmiştir. Bir insanın rengine, etnik kökenine, dinine, cinsiyetine, yaşına, yeteneklerine, cinsel yönelimine ve sınıfına bakılmaksızın mümkün olan en yüksek sağlık ve refah seviyesine erişmesi temel bir insan hakkıdır. Sağlığa ve sağlık hizmetine daha eşit, katılımcı ve sektörler arası bir yaklaşım şimdi her zamankinden daha çok gereklidir. İnsanların ödeme gücüne değil, ihtiyaçlarına göre nitelikli sağlık bakımı, eğitim ve diğer sosyal hizmetlere ulaşmasını temin etmek hükümetlerin temel bir sorumluluğudur.

Türkiye'de Sağlık Hakkı'nın korunmasına gelince sağlık hakkının korunması Anayasalarımızda yer almıştır. 1961 Anayasası, 49. maddesinin birinci fıkrasında, "Devlet, herkesin beden ve ruh sağlığı içinde yaşayabilmesini ve tıbbi bakım görmesini sağlamakla ödevlidir" diyerek, devleti sağlık konusunda açıkça yükümlü tutmuştu. 1982 Anayasası ise sağlık hakkını, "sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı" ile birlikte, 56.

maddesinde düzenlemiştir. Buna göre, "herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir" (Md.56/1). Anayasanın 56. maddesinin üçüncü fıkrasına göre ise "Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler". Bu düzenleme ile devlet, kişilerin yaşamını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmelerini sağlamak amacı ile sağlık kuruluşlarını tek elden planlamakla yükümlü tutulmuştur. Maddenin bu içeriği, konuya ilişkin uluslararası belgelere de uygun olarak, devlete, gerektiğinde bu görevini yerine getirmek için, özel sağlık kurumlarından yararlanma olanağını da tanımaktadır. 1982 Anayasası'nın, 56/4.fıkrasına göre; "Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir".

2.SAĞLIK HİZMETLERİNDE KAYNAKLARIN PAYLAŞIMI

2.1.Sağlık Hizmetleri Ve Sağlık Hizmetlerinin Sağlanması

Sağlık hakkı ve sağlığın korunması, bireylerin sağlıklı yaşam koşullarına sahip olması ve sağlık hizmetlerine ulaşabilme fırsatına erişebilmesi anlamında kullanılır ve her şeyden önce, hastalık halinde her türlü sağlık hizmetinin ve bakımının sağlanması için gerekli şartların yaratılmasını gerektirir. Sağlık hizmetlerinde amaç; toplumun sağlık düzeyini yükseltmektir (Akdur, 1990, 21). Bu amaç ise, ekonomi bağlamında, iki ayak üzerine durur. Bunlardan birisi; sağlık hizmetlerini finanse etmek üzere, gerekli ve yeterli kaynağı bulmak, başka bir deyişle ulusal gelirden sağlık hizmetleri için yeterli bir pay ayrılmasını sağlamak, ikincisi ise; ayrılabilen bu kaynağın en verimli bir biçimde ve toplum yararına kullanmasını sağlamaktır (Akdur ve Aydın, 1999).

(Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartının 11. maddesinde sağlığın korunması hakkıyla ilgili olarak Devletlere; sağlığın korunması hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla, ya doğrudan ya da kamusal veya özel örgütlerle işbirliği içinde diğer önlemlerin yanı sıra; sağlığın bozulmasına yol açan nedenleri olabildiğince ortadan kaldırmak, sağlıklı olmayı teşvik etmek üzere tasarlanmış uygun önlemler almayı taahhüt sorumluluğu yüklenmiştir. Aynı şekilde Sosyal Şart'ın 13. maddesi; Devletleri, sosyal ve tıbbi yardım hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla; yeterli olanağı bulunmayan ve kendi çabasıyla veya başka kaynaklardan, özellikle bir sosyal güvenlik sisteminden yararlanarak böyle bir olanak sağlayamayan herkese yeterli yardımı sağlamayı ve hastalık halinde bunun gerektirdiği bakımı sunmayı, böyle bir yardım görenlerin, bu nedenle siyasal ve sosyal haklarının kısıtlanmasını önlemeyi, herkesin, kişisel veya ailevi mahrumiyet halini önlemek, gidermek ya da hafifletmek için gerekebilecek öneri ve kişisel yardımları uygun kamusal

ya da özel hizmetler eliyle alabilmesini sağlamakla yükümlü tutmuştur. Türkiye, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı kabul etmiştir.

Türkiye'de, sağlık hakkının korunması Anayasal güvence altında olduğu gibi; sağlık hizmetlerinin sunumu ve temel ilkeleri hasta hakları yönetmeliğinde belirlenmiştir. Bedeni, ruhi ve sosyal yönden tam bir iyilik hali içinde yaşama hakkının, en temel insan hakkı olduğu, hizmetin her safhasında daima göz önünde bulundurulur(m.5/a).Herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını haiz olduğu ve hiçbir merci ve ya kimsenin bu hakkı ortadan kaldırmak yetkisinin olmadığı bilinerek, hastaya insanca muamelede bulunulur (m.5/b).Sağlık hizmetinin verilmesinde, hastaların, ırk, dil,din ve mezhep, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç ve ekonomik ve sosyal durumları ile sair farklılıkları dikkate alınamaz. Sağlık hizmetleri, herkesin kolayca ulaşabileceği şekilde planlanıp düzenlenir (m.5/c).

2.2. Sağlık Hizmetlerinin Devlet Eliyle Sağlanması Sorumluluğu

Sağlık hakkının, yaşama hakkıyla birlikte güvenceli bir şekilde sağlanması için devletin yerine getirmekle yükümlü oldukları görev ve sorumlulukları bulunmaktadır. Devletler bu görevini; kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarını kurarak ve onlardan yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirirler. Ayrıca devlet, sağlık hizmetlerinin ülkede yaygın bir biçimde yerine getirilmesi için de genel sağlık sigortası kurmakla da yükümlüdür.

Dünya Sağlık Örgütü, sağlık hakkını, sadece hastalık ve sakatlığın olmayışı değil, bedence, ruhça ve sosyal yönden tam iyilik hali olarak tanımlamaktadır. Sosyal yönden tam iyilik hali, sağlığın sadece kişisel bir olgu olmadığını, toplumsal yönünün de bulunduğunu gösterir. Sağlık hizmetleri en genel ayrım amaçlarına göre, koruyucu ve tedavi edici özellikte faaliyetlerin bütünü olarak tanımlanabilmektedir. Bu ikili ayrım rehabilite edici hizmetlerin de eklenmesiyle üçlü şekilde de karşımıza çıkmaktadır(Sayım, 2011,18).

Uluslararası insan hakları belgelerine bakıldığında, sağlıklı yaşam koşullarının sağlanması konusunda devletlere; sağlığın bozulmasına yol açan nedenleri olabildiğince ortadan kaldırmak; sağlığı geliştirmek ve sağlık konularında kişisel sorumluluğu artırmak üzere eğitim ve danışma kolaylıkları sağlamak; salgın hastalıkları, yöresel hastalıkları, mesleki hastalıkları ve diğer hastalıklaı olabildiğince önlemek; var olan doğum oranının ve bebek ölümlerinin düşürülmesi ile çocukların sağlıklı gelişmelerini sağlanmak; çevre sağlığını ve sanayi temizliğini her yönüyle ileriye götürmek gibi görevler yüklediği görülmektedir.

Sayılan bu tedbirleri alarak, sağlıklı yaşam koşullarını sağlayan, devletin bir başka görevi; hastalık halinde, her türlü sağlık hizmetinin verilmesi ve hastalara tıbbi yardımın yapılacağı ortamın oluşturulmasıdır. Hastane ve diğer tıbbi tesislerin kurulması ya da desteklenmesi; sağlık tesislerinin, hiçbir ayrımcılık olmadan herkesin erişimine, özellikle de

nüfusu en savunmasız veya dışına itilmiş kesimlerine hem hukuken hem fiilen açık olması; sağlık hizmetini veren ister kamu isterse özel olsun, bu hizmetlerin, toplumsal olarak dezavantajlı gruplar da dahil, herkes tarafından karşılanabilir olmasının güvence altına alınması; başta doktorlar olmak üzere iyi yetiştirilmiş bir sağlık personelinin mevcudiyetinin sağlanması ve sonuçta verilen hizmetlerin kaliteli olması devletin temel görevleri arasındadır.

2.3.Ulaşılabilecek En Yüksek Sağlık Standardına Sahip Olma Hakkı

Sağlık hakkının Korunması, diğer bütün insan haklarındaki gibi; Devletlere, sağlık hakkına saygı duyma, sağlık hakkını koruma ve sağlık hakkını yerine getirme gibi sorumluluklar yüklemektedir. Saygı duyma ve koruma yükümlülüğü, Devletin herkesin üçüncü kişilerin sağladığı sağlık olanakları ve sağlıkla ilgili hizmetlere eşit şekilde erişimini sağlayacak yasama tedbirlerini ve diğer tedbirleri almasını; sağlık sektörünün özelleştirilmesinin sağlık olanakları, malları ve hizmetlerinin mevcudiyeti, erişimi, kabul edilebilirliği ve kalitesini olumsuz yönde etkilememesini güvence altına almasını; tıbbi cihaz ve ilaçların üçüncü kişiler tarafından pazarlanmasının kontrolünü gerçekleştirmesini; tıbbi personel ve diğer tüm sağlık personelinin gereken eğitim, tecrübe ve etik davranış kurallarına sahip olmasını sağlamasını içermektedir.

Devletler ayrıca, zararlı sosyal veya geleneksel uygulamaların doğum öncesi ve doğum sonrası bakıma erişimi ve aile planlamasını engellememesini güvence altına almalı; üçüncü kişilerin kadınları geleneksel uygulamalara zorlamasını engellemeli, örneğin kadın sünneti; özellikle kadınlar, çocuklar, gençler ve yaşlılar başta olmak üzere ve cinsiyete dayalı şiddet eylemlerini göz önünde bulundurarak, toplumun tüm risk altındaki kesimlerini koruyacak tedbirlere yer vermeli ve ayrıca, üçüncü kişilerin bireylerin sağlıkla ilgili bilgi ve hizmetlere erişimini engellemelerinin önüne geçmelidir. Devletlerin sağlığın korunması hakkını yerine getirme yükümlülüğü ise, sağlık haklarını kolaylaştırmak, sağlamak ve geliştirmek yükümlülüklerini içermektedir. Devletin sağlık hakkı ile ilgili görev ve yükümlülükleri iki bağlamda ele alınabilir. Birincisi, sağlıklı yaşam koşullarının sağlanması ve bu bağlamda kişilerin sağlıklarını yitirmemeleri için gereken önlemlerin alınmasıdır. İkincisi ise, hastalık halinde her türlü sağlık hizmetinin verilmesi ve tıbbi yardımın sağlanması için gerekli şartların yaratılmasıdır.

Günümüzde sağlık hukukunun ve buna bağlı olarak sağlık hakkının kapsamı, toplumsal yaşamdaki gelişmeler, sosyal devlet anlayışının yarattığı etkiler ve uluslararası insan hakları hukukunun yaratmış olduğu ivmeyle oldukça genişlemiştir. Başlangıçta, yalnızca hasta ya da sakat olmamak bağlamında ele alınan sağlık hakkı, günümüzde herkesin mümkün olan en yüksek seviyede fiziksel ve ruhsal sağlık standartlarına sahip olma hakkı biçiminde değerlendirilmektedir. Sağlık, bütün diğer insan haklarından faydalanabilme açısından elzem bir haktır. Her insan, onurlu bir yaşam sürdürebilmek için ulaşılabilecek en yüksek sağlık standardına sahip olmalıdır. Ekonomik, Sosyal ve

Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 12. maddesi sağlık hakkına dair uluslararası insan hakları hukukunda yer alan en kapsamlı maddedir. Bu maddenin 1. paragrafına göre Sözleşme'ye taraf devletler "herkesin, ulaşılabilecek en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standardına sahip olma hakkını" kabul ederler. Aynı maddenin 2. paragrafı ise "Taraf Devletlerin bu hakkın tam olarak kullanılmasını sağlamak için alacakları tedbirlerin bir kısmını örneklendirerek saymaktadır.

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 12. maddesinde; her Taraf Devletin, herkesin sağlık olanaklarına, mallara ve hizmetlere erişiminin mümkün olan en kısa sürede gerçekleşmesi ve herkesin en yüksek düzeyde fiziksel ve ruhsal sağlık standardına sahip olabilmesi için gerekli tedbirlerin alınması konusunda yükümlülük altında olduğunu belirtmektedir. Bu durum, amaçları insan hakları ilkelerine dayalı olarak belirlenmiş herkes için sağlık hakkını güvence altına alacak ve hedefe uygun politikaları içerecek ulusal stratejilerin belirlenmesini gerektirmektedir. Ulusal sağlık stratejisi, aynı zamanda, belirlenen hedeflere ulaşmak için mevcut kaynakları ve bu kaynakların en etkili biçimde kullanılması yollarını belirlemelidir. 12. maddenin 1. paragrafında yer alan "ulaşılabilecek en yüksek sağlık standardı" kavramı, bireyin biyolojik ve sosyoekonomik şartlarını ve Devletin mevcut kaynaklarını dikkate almaktadır. 12. maddenin 1. paragrafında tanımlanan sağlık hakkı; zamanında ve uygun sağlık hizmetinin yanı sıra, güvenli ve içilebilir suya, yeterli temizliğe, güvenli gıdaya, beslenme ve konuta, sağlıklı yerleşim koşullarına ve çevresel koşullara, cinsel sağlık ve üreme de dahil olmak üzere sağlıkla ilgili eğitim ve bilgiye sahip olma şeklinde geniş olarak yorumlanabilir.

3. SAĞLIK HİZMETLERİNDE ADİL DEĞERLENDİRİLME HAKKI

3.1. Sağlık Kaynak Ve Hizmetlerinin Sınırlılığı

Kapitalizmin ileri bir aşaması olarak, uluslararası sermayenin ya da çok uluslu şirketlerin devreye soktuğu ve temelde devletin ekonomik yaşamdan çekilmesini öngören bir süreci ifade eden küreselleşme, sermayenin artan gücü ve bağımsızlığı karşısında, devletin sosyal niteliğini zorlamakta ve sosyal politikaları zayıflatmaktadır. Küreselleşme ile birlikte ekonomik işlevleri daralan devletler, özellikle de gelişmekte olan ülkeler, sosyal hakları devreye sokarak, vatandaşlarının sosyal durumlarını iyileştirecek önlemleri alma gücünü yitirmektedir (Bulut, 2009, 129). Oysaki sağlık hakkının yaşama geçirilmesi maliyetlidir ve devletlere maddi olarak sorumluluk yükler. Ancak bir hakkın maliyetinin yüksek oluşu, onu hak olmaktan çıkaramayacağı gibi, bu hakkın devletin sorumluluğu dışında kalmasını da sağlayamaz. Sağlık hakkı, özellikle uluslararası belgelerde herkese tanınmış olan önemli bir sosyal haktır ve etkisi dünya çapında artarak devam etmektedir. Sosyal hak yönüyle sağlık, insanlara, mümkün olan

en yüksek seviyedeki sağlık durumuna ulaşabilmeleri için, eşit imkânlar sunan bir sağlık koruma sistemine sahip olma hakkını içermektedir.(Bulut, 2009, 206).

Devlete yüklenen bu yükümlülüklerin nedeni, hiç kuşkusuz, devletin, yurttaşları yüksek bir sağlık standardına ulaştırmakla sorumlu olmasıdır. Ancak devletin sorumlu olduğu ulaşılabilecek en yüksek sağlık standardı, mümkün olan en yüksek standarttır. Devletler, sağlık hakkıyla ilgili görevlerini mevcut kaynaklarını göz önünde bulundurarak yerine getirmek durumundadırlar. Ekonomik ve Sosyal Komite'nin de vurguladığı gibi, "İyi sağlık hali, bir devletin tek başına temin edebileceği bir durum değildir. Devletlerin insanların kötü sağlık durumunun her türlü muhtemel nedenine karşı bir koruma geliştirmeleri de mümkün değildir. Yani, genetik nedenler, insanların hastalıklardan kolay etkilenebilir olması ve kişilerin sağlıksız veya riskli hayatlar yaşıyor olması, bireylerin sağlık durumu ile ilgili olarak çok önemli etmenler olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu suretle, sağlık hakkı, pek çok tesisten, mal ve hizmetten ve ayrıca mümkün olan en yüksek seviyedeki sağlık standardının gerçekleştirilmesi için, gerekli koşullardan yararlanma hakkı" olarak anlaşılmalıdır (Bulut, 2009, 210).

Devletin, herkesin ulaşılabilecek en yüksek sağlık standardına sahip olma hakkını gerçekleştirmek ve sağlık hakkını koruma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu nedenle sağlık hizmetlerinin paylaşımında, kaynakların adil biçimde paylaştırılması ve sağlık hizmetlerine erişim uygulamalarında tıbbi ölçütler dışında, eşitlik adalet ve hakkaniyet ilke ve kurallarıyla, ulaşılabilecek en yüksek sağlık hizmetlerini verme yükümlülüğü de Devletin sorumluluğundadır.

Sağlık hizmetlerinin sunumuna ait kaynaklar, çeşitli ölçeklerde paylaştırılmaktadır. Büyük ölçekte, toplam bütçenin ne kadarının sağlığa ayrılacağı; sağlığa ayrılan bütçenin nasıl harcanacağı, hükümetçe belirlenir. Orta ölçekte, kurumsal kaynakların nasıl harcanacağı kurum yöneticilerince belirlenir. Küçük ölçekte ise hizmet sunumu sırasında örneğin bir hastadan hangi testin isteneceğini hekim belirler. Tüm ölçeklerde dağıtım için temele soru, dağıtımın hangi ölçütlere göre yapılacağıdır. Bu noktada temel olarak göz önünde tutulması gereken, her insanın gereksindiği sağlık hizmetine herhangi bir engelle karşılaşmadan erişme hakkı bulunduğudur; dolayısıyla sağlık hizmetlerinin dağıtımında adil olan, gereksinime göre dağıtımdır. Bu durumda yeni bir soru ortaya çıkar: Gereksinim nasıl tanımlanabilir? Gereksinimin acilliği, gereksinim duyulan şeyin miktarı, bireyin o şeyden yararlanma kapasitesi gereksinimin boyutları olarak öne sürülmekte, bu ölçütlerin kullanılması önerilmektedir. Bunun yanı sıra, çeşitli meslek ahlakı düzenlemelerinin belirttiği gibi, tıbbın temel değerlerinden biri ayrım yapmamaktır, dolayısıyla gereksinimi belirlerken/kaynakları dağıtırken kişinin herhangi bir özelliği değil, sadece tıbbi ölçütler dikkate alınmalıdır.

Küçük ölçekte yapılan seçimler, daha üst ölçekteki dağıtım kararlarından önemli ölçüde etkilenmektedir. Sağlık çalışanları tek başlarına bu kararları vermek durumunda bırakılmamalı, sorumluluk sadece onlara yüklenmemelidir. Bu bağlamda sağlık çalışanlarının orta ve büyük ölçekteki dağıtım politikalarına ilişkin uyanda bulunma ve öneri geliştirme sorumluluğu bulunmaktadır. Kaynakların sınırlı, değişmez ve sabit olmadığı hatırda tutularak, eldeki kaynakların artırılmasına çalışılması zorunludur.

Sağlık hizmetine erişim hakkı, ödeme gücüne göre değil; gereksinime göre, dağıtımı gerekli kılar. Ancak sağlık kaynaklarını adil bir şekilde dağıtılması için hizmete ihtiyacı olanlardan, kimin; ne büyüklükte bir hizmet alacağını, nasıl belirleyeceğiz? Sağlık hizmetlerine olan gereksinim nasıl belirlenecek? Sağlık hizmetlerine olan gereksinimin belirlenmesinde; önerilen bir yöntem, gereksinimin adilliği, gereksinim duyulan şeyin miktarı ve bireyin o şeyden yararlanma kapasitesinin değerlendirilmesi ve tespiti zorunluluğu bulunmaktadır.

Gereksinimin belirlenmesi için, adalet yönteminden başka; kullanılabileceği ileri sürülen, pek çok başka ölçüt bulunmaktadır. Örneğin yaşamın değerinin, kişinin kendisine göre yaşamının önemi, yakınları için önemi, toplum için yararlılığı, geçmiş ve gelecekteki katkıları gibi ölçütlere göre belirlenebileceği ve bu değer üzerinden sağlık hizmeti alma gereksinimi içinde olan kişiler arasında bir ayrım yapılabileceğini ileri süren görüşler bulunmaktadır. Ayrıca ayrım için; yaş, yaşam beklentisi, toplumsal statü, meslek, yetenek ya da kendisine bağımlı kişilerin varlığı, yaşam biçimi, bireyin ahlaki karakteri ve seçimleri, ödeme gücü gibi kişisel özelliklerin kullanılabileceği de ileri sürülmektedir. Yaşamın değerini belirlemeye çalışmak ve kişisel özellikleri dikkate almanın yanı sıra, ilk gelene önce hizmet sunmak, kura çekmek ya da seçimi şansın yapması ve sadece endikasyon, aciliyet, kişinin girişimden yararlanma kapasitesi, kişiye özgü olarak girişimin başarı şansı gibi tıbbı ölçütler kullanmak da kullanılabileceği savunulan ve tartışılan ölçütler arasındadır.

3.2.Hizmet Sunumunda Kaynakların Adil Dağıtılması

Sağlık politikalarında, toplam bütçenin ne kadarının sağlığa ayrılacağı, hangi sağlık hizmeti harcamalarının ücretsiz, hangilerinin doğrudan hastadan ya da hastanın bağlı olduğu sigortadan karşılanacağı, hekimlerin, hemşirelerin ve diğer sağlık çalışanlarının emeklerinin nasıl ücretlendirileceği, sağlık bütçesinden hastaneler ve diğer kurumların harcamaları için, bilimsel araştırma için, sağlık çalışanlarının eğitimi için, tüberküloz ve AIDS gibi özel hastalıklarla savaşım için ne kadar pay ayrılacağı vb. hükümet tarafından belirlenir.

Sınırlı sağlık kaynak ve hizmetlerinin adil paylaştırılmasıyla ilgili tartışmalar, bizleri; etik birçok açmaza sürüklemektedir. Çünkü insan hayatına değer ve fiyatı biçilemeyeceği gibi; en önemli değerimiz, insan hayatı ve sağlığıdır. Bu yüzden tıbbi bakım, eşitlikçi bir şekilde dağıtılmalı ve ödemeye gücü yetmemesi yüzünden hiç

kimsenin tıbbi bakım ihtiyacı geri çevrilmemelidir. Hayatları kurtulabilecekken, ekonomik sebeplerle; kaynaklarda, kısıntıya gidilmesi gibi bir sonuçla insan hayatlarının kaybedilmesi, insanlık onuru için kabul edilebilir bir durum olamaz. İnsan hayatının değerine, paha biçilemediğine göre; yaşamların değerlerini, karşılaştırmak mümkün değildir(Metin, 210, 364).

Hastaneleri, poliklinikleri, sağlık hizmeti kurumlarını kapsayan kurumsal düzeyde; hangi hizmetler sunulacak, çalışanlara, araçlara, güvenliğe, genişlemeye, diğer işletme giderlerine ne kadar ayrılacak vb. kaynakların, nasıl dağıtılacağına sağlık sağlayıcılarının yöneticileri karar verir. Bireysel olarak hasta düzeyinde sağlık hizmeti sunan hekimler; hangi testin isteneceğine, başka bir hekime yönlendirmek gerekip gerekmediğine, hastanın hastaneye yatmasının gerekip gerekmediğine, jenerik bir ilaç yerine mutlaka belli bir marka ilacın gerekli olup olmadığına vb. karar verirler. Kaynaklar; tedavi giderleri, hasta yataklarının kullanımı, ileri tedavi yöntemleri, yeni teknoloji vb. olanaklar tarafından oluşturulmaktadır. Kaynaklar dağılımı, kaynakların yerinde kullanılmasını, rasgele dağıtılmasının ve israf edilmesinin önlenmesini ifade eder. En varsılından en yoksuluna dek dünyadaki her ülkede, eldeki kaynaklar ile sağlık hizmetlerine olan gereksinim ve istekler arasında geniş ve sürekli olarak artan bir fark bulunmaktadır. Bu fark, eldeki kaynakların akılcı bir biçimde değerlendirilmesini gerektirir. Sağlık hizmetlerinde kaynakların dağıtımı, üç düzeyde paylaşım ve yönetimi gerektirir (Civaner, 2009, 147).

Tıbbi bakıma ulaşma hakkı ve sınırlarının nasıl belirginleştireceği cevabı zor bir problemdir. Tıbbi ihtiyaçlar neredeyse sınırsız, buna karşın kaynaklar sınırlıdır. Sınırlı olan toplumsal kaynakların, bu kaynaklara ihtiyaç duyanlara hangi temel üzere dağıtılacağı ise paylaştırma sorunu olması nedeniyle adalet tartışmasını beraberinde getirir. Sağlık, toplumun tek değeri ya da hedefi değildir. Barınma, eğitim, kültür, savunma, araştırma gibi diğer değerler de sınırlı kaynaklardan pay almak durumundadır. İşte Sağlık politikalarıyla yapılan dağıtım, sağlık harcamalarına kaynaklardan ne kadar fon ayrılacağı konusunda verilecek kararlardır. Gerçekten de makro dağıtım ile ilgili programlar, toplumda hangi tür tıbbi bakım hizmetlerinin olacağına, kimin, hangi temel üzerine bu hizmetleri alacağına, bu hizmetleri kimin vereceğine, tıbbi hizmetlerin dağıtımında finansal yükü kimin üstleneceğine ve bu hizmetlerin kontrolünü kimin yapacağına karar vermek durumundadır (Metin, 210, 364).

Kaynakların doğru kullanılması, doğru hasta seçimi ile başlar. Doğru hasta seçimi; genel tıp etiğinin uygulanması ile çözülemeyen sorunlardan biri olup kısıtlı olan yoğun bakım yataklarının hangi hastaya öncelikle nasıl tahsis edileceğini anlatmaya çalışmaktadır. Doğru hasta için önce klinik düzenlemeler yapılmış, bu amaçla yoğun bakım hastaları kimlerdir hangi hastalar yoğun bakıma alınmalıdır, sorularına cevaplar

belirlenmiş daha sonra bu belirlemelere; yoğun bakıma alınan hastaların hangi etik kurallara uygun olarak alındığı açıklamaları yapılmalıdır (Akpir, 2009, 107).

Sağlık sağlayıcılarının kararları ise; kıt kaynaklardan, hastaların ne kadar pay alacağını somut olarak belirler. Ancak bu paylaşım sağlık politikalarındaki dağıtım kadar keskin değildir. Tedaviye ulaşmada eşitliğin niteliklerini saptayan tıbbi koşullar içerikseldir ve tıbbi kaynakların sağlık sağlayıcıları tarafından dağıtımı ile ilgili olarak; eşitlik ilkesinin uygulanması pek kolay değildir (Metin, 210, 364).

3.3.Hastaların Adil Değerlendirilmeyi İsteme Hakkı

Sağlık hizmetlerinden yararlanan herkes, insan onuruna yakışır bir şekilde kaliteli bir tıbbi bakım görme hakkına da sahiptir. Kaliteli tıbbi bakım görme hakkı, aynı zamanda sağlık hizmetlerinin paylaşılmasında, tüm hastalar için, adil biçimde değerlendirilmeyi isteme hakkı demektir. Sağlık hizmetleriyle ilgili kaynakların dağılımında seçim yapılacağı zaman tüm hastaların adil biçimde değerlendirilmeyi isteme hakkı bulunmaktadır.

Sağlık hizmetlerinin dağıtım ve paylaştırılmasında hastaların tıbbi bakım hizmetlerine erişim hakkı yanında; adalet ve hakkaniyete uygun olarak sağlık hizmetlerinden faydalanma haklarıyla birlikte öncelik sıralarının belirlenmesini isteme hakları bulunmaktadır. Hekimlerin, hasta seçiminde adil değerlendirilme hakkı; hastaların, hasta seçiminde tıbbi zorunluluklar dışında öncelik sırasının belirlenmesini isteme hakkını da kapsamaktadır. Gerçekten tıbbi zorunluluklar dışında hastalar arasında ayrımcılık yapılmaması gerekmektedir. Hasta Hakları Yönetmeliğinin 10.maddesine göre; sağlık kuruluşunun hizmet verme imkânlarının yetersiz veya sınırlı olması sebebiyle sağlık hizmeti talebi zamanında karşılanamayan hallerde, hastanın, öncelik hakkının tıbbi kriterlere dayalı ve objektif olarak belirlenmesini istemek hakkı vardır (m. 10). Sınırlı kaynakların paylaştırılmasında adalet ve hakkaniyete uygun olarak faydalanma hakkı, Hasta Hakları Yönetmeliğinin 6.maddesinde de düzenlenmiştir (Hancı, 2009,119). Hastaların, adalet ve hakkaniyet ilkeleri çerçevesinde sağlıklı yaşamın teşvik edilmesine yönelik faaliyetler ve koruyucu sağlık hizmetleri de dahil olmak üzere, sağlık hizmetlerinden ihtiyaçlarına uygun olarak faydalanma hakkına sahiptir(6.md.). Bu hak, sağlık hizmeti veren bütün kurum ve kuruluşlar ile sağlık hizmetlerinde görev alan personelin adalet ve hakkaniyet ilkelerine uygun olarak hizmet verme yükümlülüklerini de içerir. Yönetmelikte tanımlanan hasta haklarından sınırlı kaynakların paylaşımı açısından özellikle; sağlık hizmetlerinden faydalanma hakkı, öncelik sırasının belirlenmesini isteme hakkı son derece hayati bir önem taşımaktadır.

Kaynakların dağılımının, hasta düzeyine yansımasına bakıldığında; karşımıza bir yandan tıbbi sorumlu olarak, karar vericilerin değer yargı ve etik tutumları çıkarken; öte yandan kaynakların dağılımında, ihtiyacı olanlar arasında eşitlik ve adalet ilkelerinin uygulanmasında; diğer hastaların ve toplumun ihtiyaçlarının dikkate alınmasını

gerektiren, sosyal adalet ilkesine uyulması şartı çıkar. Sağlık hizmetine erişim hakkı ödeme gücüne göre değil, gereksinime göre dağıtımı gerekli kılar. Bu gereklilik salt matematiksel bir eşitlik anlayışı ve talebini ortadan kaldırırken gereksinimlerin nasıl tespit edileceği veya tespit edilmesi gerektiği sorusunu ortaya çıkarır. Gereksinimlerin belirlenmesi için kullanılması gereken ölçütleri yaşam değerinin belirlenmesi yaklaşımı doğru adil ve eşitlikçi bir yaklaşımıdır? Yaşam değerini belirlemeye çalışmak ya da ilk gelene önce hizmet sunmak yanında seçimi şansa bırakmak imkânları olsa da; sadece ya da sadece tıbbı ölçütlerden yararlanmak, sağlık hizmetine erişim hakkının sağlanmasında; asla adil bir dağıtım olanağı, sunmaz.

1995 tarihli Bali Bildirgesi'nin 1/a. maddesinde, kaliteli tıbbi bakım hakkı tanımlanırken; "Her insan ayırımcılık yapılmaksızın yeterli tıbbi bakım görme hakkına sahiptir." Hükmü yer almaktadır. Maddenin 1/d fıkrasında, "Kalitenin sağlanması her zaman sağlık bakım sisteminin bir parçası olmalıdır. Özellikle hekimler tıbbi hizmetlerde kalitenin sağlanmasında sorumluluklarını kabul etmelidir." sağlık hakkının sağlık sisteminin bir parçası olduğuna vurgu yapılırken; maddenin 1/e fıkrasında "Özellikle tedavi bakımından hizmet sınırlılığı olan durumlarda potansiyel hastalar arasında bir seçim yapılması gerekiyorsa, bu seçimin bütün hastaların hakkını dikkate alarak eşit bir şekilde yapılması gerekir. Bu seçim tıbbi ölçütlere göre ve ayırım yapılmaksızın yapılmalıdır." şeklindeki düzenleme ile tedavi de hizmet sınırlılığı durumunda hiçbir şekilde ayırım yapılamayacağının tekrar tekrar altı çizilmiştir. Sağlık hizmetleriyle ilgili kaynakların dağılımında tıbben ayırım yapmama ilkesi olarak; ayrımcılık yasağı; kaynakların sınırlı olduğu belli bir tedavinin uygulanması için hastalar arasında seçim yapılması gereken koşullarda tüm hastalar arasında eşitlik ve adalet ilkesinin uygulanması demektir. Sağlık hizmetleri ve tıbbi bakıma erişimde eşitlik ve sosyal adalet ilkelerine uyulması gerekmektedir.

Tüm hastalar adil biçimde değerlendirilme hakkına sahiptir. Bu seçimde tıbbi ölçütler dışında herhangi bir ölçüte göre ayrımcılık yapılamaz. Sağlık hizmetleriyle ilgili kaynakların dağılımında seçim yapılacağı zaman tüm hastaların adil biçimde değerlendirilme hakkı bulunmaktadır. Hastaların adil değerlendirilmesi hakkında, hastaların seçiminde tıbbi ölçütler dışında herhangi bir ölçüte göre ayrımcılık yapılamaz. Tıp mesleğinin temel değerlerinden biri olan tıbbi kriterler dışında ayırım yapmama ilkesi, gereksinimlerin belirlenmesi ve kaynakların dağılımı noktasında eşitlik hakkaniyet ve adaletin sağlanması için en temel ilke ve değerdir. Sağlık hizmetine erişim hakkı ödeme gücüne göre değil, gereksinime göre dağıtımı gerekli kılar. Bu gereklilik salt matematiksel bir eşitlik anlayışı ve talebini ortadan kaldırırken gereksinimlerin nasıl tespit edileceği veya tespit edilmesi gerektiği sorusunu ortaya çıkarır. Devletler, gerekli sağlık sigortası ve tıbbi bakım hizmetleri için yeterli olanaklara sahip olmayanlara bu imkânları sunma veya sağlık hizmetleri ve tıbbi bakım konusunda, özellikle sağlık

hakkına dair temel yükümlülükler açısından ayrımcılığı engelleme yükümlüğü altındadır. Sağlık kaynaklarının uygunsuz şekilde tahsisi ayrımcılığın aleni bir biçimde gerçekleşmesine neden olabilir. Örneğin yatırımlar, toplumun geniş bir bölümünün yararlanabileceği temel ve önleyici sağlık hizmeti yerine ölçüsüz şekilde, toplumun sadece dar, imtiyazlı bir kesiminin erişebileceği pahalı sağlık hizmetlerine yapılmamalıdır.

Sağlık hizmetlerinden yararlanmak, kişinin herhangi bir niteliğe sahip olmasını gerektirmez. Bu nedenle, sağlık hizmetlerinin yürütülmesinde, keyfi olarak kişiye ait bazı niteliklere dayanmak ayrımcılık teşkil edecektir. Sağlık hakkı ve ayrımcılık yasağı, diğerlerinin yanı sıra; 1965 tarihli Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 5. maddesi, 1979 tarihli Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin 11. maddesinin 1. paragrafı ve 12. maddesi ve 1989 tarihli Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 24. maddesinde de tanınmaktadır. En kapsamlı sağlık hakkı ve sağlığın korunması hakkını düzenleyen bir insan hakları belgesi olarak, BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 12. maddesinde de eşit muamele ve ayrımcılık yasağı özel olarak düzenlenmiştir. Sözleşme, 2. maddenin 2. paragrafı ve 3. maddede belirtildiği üzere, tıbbi bakım ve sağlıkla ilgili unsurlara erişim ve aynı zamanda bu konudaki yetkiler açısından, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, fiziksel veya zihinsel engellilik, sağlık durumu (HIV/AIDS dahil olmak üzere), cinsel tercih, medeni, siyasi, sosyal veya diğer statüler bakımından sağlık hakkından herkesin eşit şekilde faydalanmasını ve sağlık hakkının herkes tarafından eşit şekilde kullanılmasını ortadan kaldıracak veya zedeleyici etki ve amaca sahip her türlü ayrımcılığı yasaklamaktadır. Tıbbın temel değerlerinden biri ayrım yapmamaktır. Sağlık hizmetleriyle ilgili gereksinimi belirler ve kaynakları dağıtırken kişinin herhangi bir özelliği değil, sadece tıbbi ölçütler dikkate alınmalıdır (Civaner, 2009, 145).

3.4.Sınırlı Kaynakların Dağılımında Hasta Seçiminde Öncelik Sırasının Tespiti

İnsan hayatının fiyatının olup olmadığı biyo-etik alanında hem hayatı koruyucu hem kalitesini arttırıcı tedaviler arasında olağan-olağanüstü ayrımını yapmakta önem arz etmektedir. Eğer yaşam kurtaran tedavilerin pahalı oluşu yüzünden, yaşamın sonlandırılmasına izin veriliyorsa; hayatın da bir fiyatı var, demektir. Yaşamı koruyan teknolojik araştırmalara para yatırılması, dahası bu teknolojilerin satın alınması meselesi; çoğu zaman, kişinin hayatına; başkalarının, fiyat biçmesini beraberinde getirir. Bu durumda çok zor bir soru olan "Herkesin yaşatılamadığı durumda kimin hayatı koruma altına alınacak" sorusunun cevaplanması gerekir. Böbrek gibi; kıt tıbbi kaynakların dağıtımında, seçilecek; hastaları belirleyecek, farklı kriterler ve yöntemler; tüm hayatların eşit değer taşıyıp, taşımadığı yargısına bağlıdır. Sağlık politikaları düzeyinde yatırım ve dağıtım arasındaki ayırıma gitmek önemlidir. Hayati sorulardan birisi; hükümetin yaşam

kurtaracak teknolojilere ve bunlar hakkındaki araştırmalara, kaç para ayırması gerektiğidir (Metin, 210, 382). Bu bağlamda ölümlerin önüne geçmek için, ne kadar paranın gözden çıkarılması gerektiği de sorgulanmaya başlanabilir?

Sınırlı sağlık kaynak ve hizmetleriyle hasta seçiminde öncelik sırasının tespitinde eşitlik ve adalet ilkesinin nasıl uygulanacağı konusu son derece belirsizdir ve çoğu zamanda kuralları olmayan keyfi bir şekilde uygulanan sağlık hizmet sağlayıcılarının takdir hakkına bağlı kalmaktadır. Sağlıkta, kaynakların adil biçimde paylaştırılması ve sağlık hizmetlerine erişim uygulamalarında yaşanan adaletsiz erişim hak ihlalleri nedeniyle; sınırlı sağlık kaynak ve hizmetlerinin, adil değerlendirilme hak ve paylaştırılmasında; tıbbi ölçütler dışında, eşitlik adalet ve hakkaniyet ilke ve kurallarıyla ayırımcılık yasağının en temel ilke olduğunu söylemek gerekmektedir.

Sağlık hizmetlerinden faydalanma hakkı sınırlı kaynakların dağılımında, hasta seçiminde öncelik sırasının tespitinde; adil değerlendirme hakkını da kapsar. Hasta Hakları Yönetmeliğinin 6. maddesine göre, hastalar; adalet ve hakkaniyet ilkeleri çerçevesinde, sağlıklı yaşamanın teşvik edilmesine yönelik faaliyetler ve koruyucu sağlık hizmetleri de dahil olmak üzere; sağlık hizmetlerinden ihtiyaçlarına uygun olarak, faydalanma hakkına sahiptir. Bu hak, sağlık hizmeti veren bütün kurum ve kuruluşlar ile sağlık hizmetinde görev alan personelin adalet ve hakkaniyet ilkelerine uygun hizmet verme yükümlülüklerini de içerir (Üçışık, 2010,16).

SONUÇ

Sağlık hakkı, in sanın en temel hakkı olan yaşama hakkının ayrılmaz bir parçası olmazsa olmaz şartıdır. Sağlık hakkının korunması ve ulaşılabilecek en yüksek sağlık standardının gerçekleşmesi için kişilerin gerekli olan birçok kaynak, mal, hizmet ve faaliyetlerden yararlanma hakkına sahip olması gerekmektedir. Bu hakkı sağlamak üzere devletler mevcut kaynaklarıyla sağlık hizmetleri ve sağlık hizmetlerinin sunumunda gerekli olan her türlü tedbiri almakla yükümlüdürler.

Sağlık hizmetlerinin paylaştırılması olarak kaynakların dağılımı; bir yandan toplam bütçeden sağlığa ayrılan miktara ve sağlık politikalarına bağlıyken, bir yandan da bireysel olarak sağlık hizmeti sunan sağlık kurumlarının yönetici ve hekimlerinin seçimlerine bağlıdır. Öte yandan sağlık politikalarında toplam bütçenin ne kadarının sağlığa ayrılıp ne şekilde harcanacağının belirlenmesi son derece önemlidir. Sağlık sağlayıcılarının kurum yöneticileri tarafından yönetilen kurum kaynaklarının nasıl harcanacağının belirlenmesi kaynakların dağıtımını belirlemektedir. Aynı şekilde hekimlerin hizmet sunumu sırasında ellerindeki sınırlı kaynakları hangi hasta ve hangi hizmet için ne ölçüde kullanmaya karar vereceği yani elindeki kaynakların dağılımını hangi ölçülere göre yapacağı noktasında kullandıkları kriterler de sağlık hizmet ve kaynakların paylaşımını doğrudan etkilemektedir.

Hastaların adil değerlendirilmesi hakkında, hastaların seçiminde tıbbi ölçütler dışında herhangi bir ölçüte göre ayrımcılık yapılamaz. Gerçekten tıbbın, temel değerlerinden biri ayırım yapmamaktır. Sağlık hizmetleriyle ilgili gereksinimi belirler ve kaynakları dağıtırken kişinin herhangi bir özelliği değil, sadece tıbbi ölçütler dikkate alınmalıdır. Devletler, gerekli sağlık sigortası ve tıbbi bakım hizmetleri için yeterli olanaklara sahip olmayanlara bu imkânları sunma veya sağlık hizmetleri ve tıbbi bakım konusunda, özellikle sağlık hakkına dair temel yükümlülükler açısından ayrımcılığı engelleme yükümlüğü altındadır. Sağlık kaynaklarının uygunsuz şekilde tahsisi ayrımcılığın aleni bir biçimde gerçekleşmesine neden olabilir. Örneğin yatırımlar, toplumun geniş bir bölümünün yararlanabileceği temel ve önleyici sağlık hizmeti yerine ölçüsüz şekilde, toplumun sadece dar, imtiyazlı bir kesiminin erişebileceği pahalı sağlık hizmetlerine yapılmamalıdır. Tıp mesleğinin temel değerlerinden biri olan tıbbi kriterler dışında ayırım yapmama ilkesi, gereksinimlerin belirlenmesi ve kaynakların dağılımı noktasında eşitlik hakkaniyet ve adaletin sağlanması için en temel ilke ve değerdir. Sağlık hizmetine erişim hakkı, ödeme gücüne göre değil, gereksinime göre dağıtımı gerekli kılar. Bu gereklilik, salt matematiksel bir eşitlik anlayışı ve talebini ortadan kaldırırken gereksinimlerin nasıl tespit edileceği veya tespit edilmesi gerektiği sorusunu ortaya çıkarır.

Kaynakların dağılımında adaletin sağlanması için sadece tıbbı ölçütlerin dikkate alınması, adaletin sağlanmasına yetmemektedir. Hastalar arasında sınırlı kaynakların eşitlik ve adalet ilkeleri doğrultusunda dağıtılması için değerlendirme yapılırken, tıbbi ölçütler yanında sosyal adalet ilkelerinin de dikkate alınması gerekmektedir. Sağlık hizmetleriyle ilgili kaynakların adil biçimde değerlendirilmesi ve bu bağlamda hasta seçiminde ayrımcılık yapılmaması için; hasta seçimlerini değerlendirirken, karar vericilerin tıbbi ölçütlerle sosyal adalet ilkelerini birlikte gözeterek değerlendirilmesi gerekmektedir. Sağlık hizmetlerine ait sınırlı kaynakların dağılımında hasta seçiminin hangi kritere göre yapılacağı veya yapılması gerektiği sağlık hizmetlerinin eşit dağılımı ve ayrımcılık yapılmaması bağlamında en zor cevaplanabilecek açmazlardan birisidir.

KAYNAKLAR

Akdur R., (1990), “Ulusal Ekonomi Ve Sağlık Harcamaları”, Sağlık Ve Toplum Sayı:3, Ankara.

Akdur R., Aydın E., (2011), “Sınırlı Kaynakların Dağıtımı Ve Sağlık Hizmetleri”, 1. Ulusal Tıbbi Etik Kongresi, 9-11 Haziran 1999 Kocaeli.

Alpir, K., (2009),“Yoğun Bakım Etiği Açısından Kaynakların Dağılım Ve Yaşamın Son Dönemine İlişkin Kararlar Açısından Tedavinin Kısıtlanması,” III. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu Kitabı, Yüksek Riskli Hastaya Yaklaşım, Ankara.
Akıllıoğlu, T., (1995), İnsan Hakları, Ankara.
Balkır, Z.G., (2009), Türk Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması, Ankara.
Balkır, Z.G., (2011),“Sağlık Hizmetlerinde Kaynak Dağılımının Adil Bir Şekilde Değerlendirilmesini İsteme Hakkı” 5.Balkan Tıp Tarihi Ve Etiği Özet Ve Bildiri Kitabı İstanbul.
Bozkurt, E., (2008), "İnsan Hakkı Olarak Sağlık Hakkı", Sağlık Hukuku Kurultayı, Kasım 2007, Ankara Barosu Y., Ankara.
Bulut, N., (2009), Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar, İstanbul.
Civaner, M., (2009),“Kaynakların Dağıtımı: Tıp Etiği Açısından Temel Kavramlar Ve Sorunlar.”, III. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu Kitabı, Yüksek Riskli Hastaya Yaklaşım, Ankara.
Günerli, A., (2009), “Yoğun Bakımda Aydınlatılmış Onamklinik Uygulamalardan Örnekler Ve Çözüm Önerileri”, III. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu Kitabı, Yüksek Riskli Hastaya Yaklaşım, Ankara.
Gemalmaz, M.S., (2003), İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, İstanbul.
Gözler, K., (2007), Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Bursa.
Güzel, A., Okur, A. R., Caniklioğlu, N., (2021), Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul.
Er, Ü., (2008), Sağlık Hukuku, Ankara .
Hancı, İ.H., (1999), Hekimin Yasal Sorumlulukları ve Hakları, İzmir.
Kaboğlu, İ. Ö., (2002), Özgürlükler Hukuku, İstanbul.
Kalabalık, H., (2004), İnsan Hakları Hukuku, Ankara.
Metin, S., (2010), Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk, İstanbul.
Okur, A.R., (1992), Sağlık Hakkı ve Sağlık Sigortaları(Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul.
Özdemir, H., (2008), Teşhis Ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara.
Sayım, F., (2011), Sağlık Piyasası Ve Etik, Bursa.
Talas, C., (1982), “Sosyal Haklar ve Türk Anayasalarında Sosyal Hakların Evrimi”, İnsan Hakları Yıllığı Cilt 3-4 ,1981-1982, Ankara.
Tanör, B., (1978), Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, İstanbul.
Turan, G., (1996), “Türk Anayasalarında Sosyal Hakların Gelişimi ve Yorumu”, İnsan Hakları Yıllığı Dr. Muzaffer Sencer’e Armağan 1995-1996, Ankara.
Uygun, O., (2002), “Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi”, Anayasa Yargısı 20, Ankara.
Üçışık, H.F., (2008), Sağlık Hukuku, İstanbul.

*"EXTRANEUS"*UN ÖZGÜ SUÇLARDA DOLAYLI FAİL OLARAK CEZALANDIRILIP CEZALANDIRILAMAYACAĞI SORUNSALI

Dr. Öğr. Üyesi Tülay Kitapçıoğlu Yüksel[1]

Özet

Türk doktrininde özgü suçlarda dolaylı faillik meselesi, ön planda ve arka planda bulunan kişilerin niteliği göz önüne alınmaksızın genel olarak *"özgü suçlarda dolaylı faillik"* başlığı altında incelenmektedir. Arka plandaki ve ön plandaki kişinin *"intraneus"* ya da *"extraneus"* olmasına göre bir ayrım yapılarak inceleme yapılmamakta ve bu sebeple ulaşılan neticeler de karmaşık hale gelmekte ve çoğu kez doğru da olmamaktadır. *"Extraneus"*un özgü suçlarda dolaylı fail olarak cezalandırılıp cezalandırılamaması sorunsalında incelendiğimiz husus, *"extraneus"*un *"intraneus"*un fiili üzerinde hakimiyet kurması ve dolayısıyla *"intraneus"*u araç olarak kullanmasıdır. Çalışmamızda, Türk ve Alman doktrinindeki görüşler, mahkeme kararları incelenmiş ve değerlendirilmiştir. *"Extraneus"*un özgü suçtan dolaylı fail olarak sorumlu olmayacağını kabul etmekle birlikte, ceza sorumluluğunun belirlenmesine ilişkin iki aşamalı sistematik bir inceleme yapılmasına yönelik çözüm önerimiz izah edilmiştir.

Anahtar Kelimeler : extraneus, intraneus, özgü suç, iştirak, özgü suçlarda dolaylı faillik.

THE PROBLEMATİC OF WHETHER *"EXTRANEUS"* CAN BE PENALİZED AS AN INDİRECT PERPETRATOR İN SPECİFİC OFFENSES

Abstract

In Turkish doctrine, the issue of indirect perpetrator in specific offenses is generally examined under the title of *"indirect perpetrator in specific offenses"*, regardless of the characteristics of the people in the foreground and background. No distinction is made based on whether the person in the background or the foreground is *"intraneus"* or *"extraneus"*, and for this reason, the acquired results finally become complex and often not considered as correct. The issue that we examine in the problematic of whether the *"extraneus"* can be penalized as an indirect perpetrator in specific offenses is that the *"extraneus"* dominates the act of the *"intraneus"* and therefore uses the *"intraneus"* as a tool. In our study, the aspects in Turkish and German doctrines and court decisions were examined and evaluated. Alongside of acknowledging that *"extraneus"* is not responsible for the specific offence as an indirect perpetrator, the solution proposal for a two-stage systematic examination of the determination of criminal responsibility was also clearly explained.

Keywords : extraneus, intraneus, specific offence, participation, indirect perpetrator in specific offenses.

Giriş

[1] Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, tulaykitapcioglu@hotmail.com, ORCID: 0000-0001-6631-1109.

Çalışmamız kapsamında, *"extraneus"*un özgü suçlarda dolaylı fail olarak cezalandırılıp cezalandırılamaması sorunsalında incelendiğimiz husus, *"extraneus"*un *"intraneus"*un fiili üzerinde hakimiyet kurması ve dolayısıyla *"intraneus"*u araç olarak kullanmasıdır. Bir başka deyişle, özgü suçun kanuni tanımında yer alan özel niteliği haiz olmayan kişinin, özel niteliği haiz olan kişiyi araç olarak kullanması halinde, özgü suçtan dolaylı fail olarak cezalandırılabilip cezalandırılamayacağını tartışacağız.

Bu kapsamda, öncelikle Türk doktrininde yer alan görüşleri, sonrasında Alman doktrininde yer alan görüşleri, devamında mahkeme kararlarını inceleyeceğiz, son olarak ise, değerlendirmemize ve çözüm önerilerimize yer vereceğiz.

1. Türk Doktrininde Yer Alan Görüşler

Türk doktrininde bir görüş, *"extraneus"*un dolaylı fail olarak sorumlu olup olamayacağını incelerken *"intraneus"*un kasten hareket edip etmemesine göre ayrım yapmıştır. Bu görüşe göre, *"intraneus"* kasten hareket etmediğinde suç tipine nitelik kazandıran özel haksızlık gerçekleşmemiştir[2]. Yazara göre, iştirake ilişkin genel kurallar uyarınca *"extraneus"*un ne dolaylı failliği ne de şerikliği mümkün değildir. Bu halde *"extraneus"* cezasız kalmalıdır. Bu halde, kanun koyucunun özel suç tipleri ihdas ederek bu boşluğu doldurması önerilmektedir. Bu görüşe göre, *"extraneus"*un kastsız hareket eden *"intraneus"*u bir özgü suç işlemeye sevk etmesi halinde gerçekleşen haksızlık, özgü suça mahsus bir haksızlık değildir, bu haksızlık *"extraneus"*un davranışından kaynaklanan haksızlıktır[3]. *"Extraneus"*un özgü suçta dolaylı fail olamayacağını kabul eden yazara göre, bir özgü suçun işlenmesini sağlamak amacıyla *"extraneus"*un *"intraneus"*a korkutma ya da tehdit uygulaması halinde, kastsız hareket etmeden farklı olarak korkutma ya da tehdit altında hareket eden *"intraneus"*, kanuni tanıma uygun haksızlığı gerçekleştirmiştir. Bu halde sırf yükümlülük suçu söz konusu ise, fiil hakimiyeti koşulunun gerçekleşmesi aranmadığından ve *"intraneus"* kanuni tanıma uygun haksızlık gerçekleştirdiğinden dolayı *"extraneus"*, *"intraneus"*un tipe uygun haksızlığından azmettiren olarak sorumlu olmalıdır[4]. Bu yöndeki bir başka görüşe göre, *"extraneus"*un arka planda olması halinde, *"extraneus"* fiil kastsız işlendiğinde şerik olamamakta ve özel faillik niteliğini haiz olmadığından dolaylı fail olamamaktadır[5]. Bu yöndeki bir başka görüşe göre de, kast unsurunun aranması, taksirle hareket eden *"intraneus"*un *"extraneus"* tarafından araç olarak kullanılması durumunda fail olarak sorumlu tutulamamasına yol açmaktadır ve taksirli suçlara iştirak da mümkün olmadığından şerik olarak da sorumlu olamamaktadır. Bu görüşe göre, *"extraneus"* özel

[2] İzzet Özgenç, Suça İştirakın Hukuki Esası ve Faillik, İstanbul, 1996, s.122.
[3] Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, s.208, 209.
[4] Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, s.231.
[5] Fatih Selami Mahmutoğlu, Serra Karadeniz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Şerhi, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.961.

niteliği haiz olmadığı için dolaylı fail olarak cezalandırılamaz ise de, en azından azmettiren olarak cezalandırılması gerekir. Çünkü bağlılık kuralı anlamındaki kast ile hataya ilişkin kast ayrılmalıdır, bağlılık kuralında fiile ilişkin kast yeterli olmalıdır[6]. Yine bu düşünceye göre, *"intraneus"*un kastsız olduğu halde *"extraneus"*un şerikliği üzerinde durulmalıdır. Eğer araç kasten hareket etmemişse, arkadaki kişinin şeriklikten sorumluluğu söz konusu olamaz, *"intraneus"*un hataya düşürülmesinde de *"extraneus"* özel niteliği haiz olmadığı için dolaylı fail olamaz, *"intraneus"*un kastı da olmadığından *"extraneus"* şerik olarak da sorumlu olamaz[7]. *Akbulut*'a göre, *"extraneus"*un *"intraneus"*u kandırmak suretiyle suç işlemeye yöneltmesi halinde de, kastı olmayan kişiyi suç işlemeye azmettirmesi halinde de cezalandırılması gereklidir ve kanuna bu yönde düzenleme eklenmelidir. Bu görüşe göre, kastın suçun maddi unsurlarının bilinmesi olarak kabul edilerek *"extraneus"*un azmettiren olarak cezalandırılması gereklidir[8].

Türk doktrininde aksi yöndeki görüşe göre, dolaylı failliğin olduğu hallerde özgü suça ilişkin bağlılık kuralının uygulanmaması gereklidir. Bu görüşe göre, dolaylı faillik hükmü bağlılık kuralına bir istisna getirmektedir, suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi özgü suçun dolaylı faili olarak sorumlu olmalıdır. Örneğin, kamu görevlisi olmayan kişinin noteri aldatarak sahte belge düzenletmesi halinde noteri aldatan kişi yani *"extraneus"*, resmi belgede sahtecilik suçundan *(TCK m.204/2)* dolaylı fail olarak sorumlu tutulmalıdır[9]. Kamu görevlisi olan kişi kastı olmaması dolayısıyla cezalandırılmazken, onu bu suçu işlemeye sevk eden kişi, kamu görevlisi niteliğini haiz kişinin yerine geçerek resmi belgede sahtecilik suçundan dolaylı fail olarak sorumlu olur. Bu yöndeki görüşe göre, *"extraneus"*, *"intraneus"*u yanıltarak suç işlerse, özgü suçun kanuni tanımında öngörülen niteliklere kendisi haizmiş gibi sorumlu tutulur[10].

Bu yöndeki bir başka görüş ise, *"extraneus"*un *"intraneus"*u özgü suçu işlemeye sevk etmesi halinde, sözgelimi sivil kişinin bir kamu görevlisini işyerine ait bir bilgisayarı kendisine getirmesi hususunda zorlaması halinde, sivil kişiyi yani *"extraneus"*u zimmet suçundan fail olarak sorumlu tutmanın mümkün olup olmadığına ilişkin olarak dolaylı failliğin mümkün olmadığını, ancak TCK m.28 hükmüne

[6] Berrin Akbulut, "Bağlılık Kuralı", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:14, Yıl:2010, Sayı:1, s.167- 214, s.196, 197.
[7] Akbulut, a.g.e., s.661, 662; Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, s.208.
[8] Murat Önok, Yapısal Suçlarda Failin Tespiti: Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hakimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s.247; Akbulut, a.g.m., s.198; Akbulut, a.g.e., s.661.
[9] Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa, Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt:I, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s.1169; Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s.524.
[10] Demirbaş, a.g.e., s.524.

başvurularak fail sayılmasının mümkün olabileceğini ifade etmiştir. Bu halde de sadece maddi veya manevi cebir yolu ile doğrudan failin iradesi üzerinde hakimiyet kurulduğunda çözüm sağlanacağını, sadece bu hükme dayanıldığında da *"extraneus"*un *"intraneus"* tarafından kastsız olarak işlenen fiilden ne şerik olarak ne de dolaylı fail olarak sorumlu tutulamayacağını ifade etmiştir[11]. Düşüncemize göre, TCK m.28 hükmü *"extraneus"*un özgü suçlarda dolaylı fail olarak sorumlu tutulması meselesini çözmemektedir. Bu görüşümüzün ilk sebebi, özgü suçu oluşturan en temel unsurun failin suçun kanuni tanımında öngörülen niteliği haiz oluşudur. Özgü suçun yapısı gereği özel niteliği haiz olmayan kişi fail olarak sorumlu olamaz. Aksi yöndeki kabul, özgü suçun varoluş sebebini ortadan kaldırır niteliktedir. İkinci sebebi, bu hususun normatif anlamda TCK m.40/2'de karşılık bulmasıdır. Bu hükme göre, özel niteliği haiz olmayan kişi özgü suçtan fail olarak sorumlu olamaz, ancak şerik olarak sorumlu olabilir. Üçüncü sebebi ise, TCK m.28'in cebir veya tehdit dışındaki halleri yani aracı kişinin kastsız hareket ettiği halleri çözememesidir. Bu meselenin çözümüne ilişkin görüşümüze, dayanaklarına ve çözüm önerilerine aşağıda yer verilecektir.

Bir başka görüşe göre ise bu mesele, TCK m. 37/2 kapsamında dolaylı faillik hükmü gereğince çözülmelidir. Yazara göre, kamu görevlisini yanıltarak kamu görevlisine suç işleten *"extraneus"*, dolaylı fail olarak sorumlu olmalıdır. Örneğin, *"extraneus"*un noteri yanıltarak sahte belge düzenletmesi halinde noteri aldatan kişi, resmi belgede sahtecilik suçunun dolaylı faili olarak sorumlu olmalıdır, yine kamu görevlisinin zorla rüşvet alması durumunda da dolaylı faillik söz konusu olmalıdır[12].

2. Alman Doktrininde Yer Alan Görüşler

Alman doktrininde hakim olan görüşe göre, *"extraneus"*un özgü suçlarda dolaylı fail olarak sorumluluğu kabul edilmemektedir. Şöyle ki;

Bir görüşe göre, özgü suçlarda özel nitelik sadece araç kişide bulunmakta ise, dolaylı faillik elenir. Bu da, her şeyden önce kast olmaksızın hareket eden özgü yükümlülük altındaki araç kişi alanında cezalandırma boşluklarına yol açar. Pratikte en çok karşılaşılan durum, maddi menfaati olan arka plandaki kişinin özgü yükümlülük altındaki ön plandaki kişiyi belirli bir faaliyet için izin gerekmediği hususunda yanıltması ya da böyle bir hatadan faydalanmasıdır. Tipe uygun olmayan ve hukuka uygunluk sebebi içerisinde araç kişinin hareket ettiği hallerde, elverişli olmayan fail cezalandırılmaz[13]. Benzer yöndeki bir görüşe göre de örneğin, kamu görevlisi olmayan T, bir kamu görevlisini silah zoru altında görev başında sahte belge düzenlemeye zorluyor ise, özgü suçun mahiyetini oluşturan ve fail olarak cezalandırılabilirliğin temel sebebini oluşturan

[11] Önok, a.g.e., s.246, 248, 249.
[12] Devrim Aydın, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s.275, 276.
[13] Rudolf Rengier in: Karlsruher Kommentar zum OWIG, 5. Auflage, 2018, kn.95, 98.

kamu görevlisi niteliği eksik olduğundan Alm. CK § 348/1'e dolaylı faillikten cezalandırılmaz, sadece resmi belgede sahtecilik suçuna azmettiren olarak sorumlu olur[14]. Yine benzer yöndeki bir görüşe göre, Alm. CK § 25/1/c.2'ye göre, arka plandaki kişi fail olduğundan elverişli süje olmalıdır. Bu nedenle dolaylı faillik arka plandaki kişide fail niteliğinin eksik olduğu ya da kişinin fiili bedensel ya da kişisel olarak icrasının gerekli olduğu hallerde elenir. Bundan dolayı gerçek özgü suçlarda ve bizzat işlenebilen suçlarda dolaylı faillik mümkün değildir[15]. Bu yönde başka bir görüşe göre, manevi fail *(die geistige Urheber)* suçun kanuni tanımında öngörülen niteliği *(sözgelimi kamu görevlisi niteliğini)* haiz değil ise, yürürlükteki düzenlemeye göre cezasız kalır[16]. Aynı yönde bir başka görüşe göre de, özgü suçlarda dolaylı faillik en azından *"intraneus"*u aracı olarak kullanan *"extraneus"* bakımından mümkün değildir. Bu anlayış, bizzat işlenebilen suçlardaki problemi kuşkusuz çözmemektedir, ancak bir taraftan dolaylı işlenen fiili dışladığı için bazı durumlarda soruyu basitleştirmektedir. Tanık olmayan bir kimsenin bir tanığı yalan ifade vermeye zorlaması halinde fiil hakimiyetine rağmen fail olamaması kesinlikle doğrudur. Peki bu sonuç, 160.paragraftan mı kaynaklanmaktadır? Hayır, çünkü bu kural olmasaydı, tüm koşullar gerçekleşmiş olsaydı dahi, tanık olmayan arka plandaki kişi, tanık olarak yalan ifade veren kişi yani suçun süjesi olamazdı[17]. Benzer yönde başka bir görüşe göre, kamu görevlisi niteliği gibi failin özel niteliği haiz olmasının gerektiği gerçek özgü suçlarda eğer arkadaki kişi özel niteliği haiz değil ise, dolaylı faillik mümkün değildir. Örneğin, A, hakim R'yi bir yargılamada B'nin arkadaşı hakkında hukuksal duruma aykırı olarak beraat kararı vermediğinde kendisi ve ailesini öldüreceği hususunda tehdit eder. Burada A, Alm. CK § 339'da yer alan *"hukuku kasten ihlal ederek yapılan*

[14] Jürgen Baumann, Ulrich Weber, Wolfgang Mitsch, Strafrecht AT, 11. neubearbeitete Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Biefeld, 2003, kn.122.
Alman doktrininde bir başka görüş ise, bu durumda *"extraneus"*un resmi belgede sahtecilik suçuna azmettirmeden değil de, Alm. CK § 271'de yer alan dolaylı resmi belgede sahtecilik suçundan fail olarak cezalandırılması gerektiği görüşündedir. Şöyle ki;
Örneğin, P, tapu sicil memuru B'ye tapu siciline ilişkin sahte bir noter belgesi sunar. B, belgenin sahte olduğunu fark etmez ve sahte belgeyi tapu siciline kaydeder. B kastı bulunmadığından dolayı Alm. CK § 348'de yer alan resmi belgede sahtecilik suçundan dolayı cezalandırılamaz. P'nin dolaylı failliği, kamu görevi niteliği eksikliğinden dolayı başarısızlığa uğramıştır. Ancak P, Alm. CK § 271'de yer alan dolaylı resmi belgede sahtecilik suçundan cezalandırılabilir (Dirk Schweinberger, Strafrecht AT II, 4. Auflage, Jura Intensiv Verlags, Frankfurt, 2016, s.41, kn.123).
[15] Jörg Weddig, Mittelbare Täterschaft und Versuchsbeginn bei der Giftfalle, Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main, 2008, s.20; Ulrich Stein, Die Strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, Duncker & Humblot, Berlin, 1988, s.18.
[16] Karl Freye, Gibt es eigenhändige Delikte?, Buchdruckerei Richard Mayr., Würzburg, 1935, s.28.
[17] Dietrich Herzberg, "Eigenhändige Delikte", Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), Cilt:82, 1970, s.896-947, s.916.

uygulama" suçu, sadece hakim tarafından işlenebileceğinden bu suçta dolaylı fail olamaz. Bu olaylarda dolaylı faillik mümkün olmasa da, eğer araç kişi kasten ve hukuka aykırı hareket eder, ancak kusurlu olmaz ise, sıklıkla azmettirme düşünülebilir[18]. *Freye* de, özgü suça örnek olarak gösterdiği Alm. CK § 173'de yer alan *"akrabalar arasındaki cinsel ilişki"* suçuna ilişkin olarak, bu akrabalık ilişkisi kapsamına girmeyen üçüncü kişinin dolaylı fail olarak değerlendirilemeyeceğini, çünkü dolaylı failin sadece doğrudan tek başına suç işleyebilecek kişi olabileceğini ifade etmiştir[19].

Alm. CK § 160'da düzenlenen *"gerçek dışı beyanda bulunmaya yönlendirme"* ve Alm. CK § 271'de yer alan *"resmi belgeleri dolaylı olarak gerçek dışı düzenleme"* suçu, özgü suçlarda dolaylı faillik durumunu özel olarak düzenlemektedir ve bu suçlarda genel kurallara göre dolaylı faillik mümkün değildir[20]. Alm. CK § 271'de yer alan *"resmi*

---

[18] Peter Kasiske, Strafrecht I: Grundlagen und Allgemeiner Teil, 2.Auflage, Verlag W. Kohlhammer GmbH, Stutgart, 2016, s.71, kn.194.

[19] Freye, a.g.e., s.32.

Tam tersi durumda, örneğin bir erkek kardeş, kız kardeşinden cinsel olarak faydalanması için bir akıl hastasını azmettirdiğinde, ensest suçunda dolaylı faillik olmaz. Çünkü bu suç akrabalar arasında işlenir. Görülmektedir ki bu suçlarda *"extraneus"*un failliğinin doğrudan ya da dolaylı olması dikkate alınmaz (Freye, a.g.e., s.32, 33).

"Bindungsdelikte" yani *"yakın ilişkili suçlar"* olarak adlandırılan bu suçlarda dolaylı faillik kavramsal olarak sadece iki ya da daha fazla aynı biçim ve türde aynı yakın ilişkide bulunan kişiler bakımından mümkündür. Çünkü suç ile korunan hukuki değer yalnızca bu kişiler tarafından ihlal edilebilir. Bkz: Freye, a.g.e., s.33. Bu suçlar özetle; belirli akrabalık ilişkisi içerisinde bulunan kişiler tarafından işlenen suçlar, yemin suçları, gerçek ihmali suçlar ve birçok münferit suçlar *(mahpusun kaçmasını sağlama suçu, suçun ihbar edilmemesi suçu, ebeveyn tarafından terk suçu, rehinli malı hakkı olmadığı halde kullanma suçu)* gibi suçlardır (Freye, a.g.e., s.32-37). Yazarın eserinde bahsetmiş olduğu ve daha sonra yürürlükten kaldırılmış olan suçlara yer vermemiş bulunmaktayız.

[20] Baumann, Weber, Mitsch, a.g.e., s.701, kn.123.

Alm. CK § 160'da düzenlenen *"gerçek dışı beyanda bulunmaya yönlendirme"* suçu ile yalan yere yemin suçunda dolaylı faillik imkansız hale gelmiştir ve bu suçlarda manevi faillik özel bir suç tipi haline getirilmiştir (Freye, a.g.e., s.20, 33; Herzberg, a.g.m., s.916). Tanıklık suçlarının bizzat işlenebilirliğinin tartışmasızlığı, Alm. CK § 160'a dayanmaktadır. Bu hüküm, kanun koyucunun görüşünün yemin ve tanıklık suçlarının dolaylı faillik ile işlenemeyeceği yönünde olduğunu göstermektedir (Herzberg, a.g.m., s.916.). Böylece *"yalan yere yemin"* suçu, bizzat işlenebilen suç olarak kanunen saptanmıştır. Örneğin, Z, bir ceza yargılamasında tanık olarak çağrılır. Tanık beyanından önce V, Z'nin ifadesini manipule etmeyi başarır. Z, V'nin manipülasyonu ile objektif olarak gerçeğe uymayan bir şekilde bilgisi ve vicdanına göre yeminli ifade verir. Z, kast eksikliği nedeni ile Alm. CK § 154'de yer alan yalan yere yemin suçundan değil, Alm. CK § 161'de yer alan taksirle işlenen yalan yere yemin suçundan cezalandırılabilir hale gelmiştir. V için dolaylı faillik düşünülebilse de, tanıklık suçları bizzat işlenebilen suçlar olduğundan tanık olmayan kişi tarafından yani üçüncü kişi tarafından işlenemez, sadece tanık tarafından işlenebilir. Sonuç olarak V, yalnızca Alm. CK § 160'da yer alan gerçek dışı beyanda bulunmaya yönlendirme suçundan cezalandırılabilir (Schweinberger, Strafrecht AT II, s.41, kn.123).

belgeleri dolaylı olarak gerçek dışı düzenleme" suçunda kamu görevlisi niteliğini haiz olmayan arka plandaki kişinin cezalandırılabilirliği açık bir şekilde düzenlenir iken, Alm. CK § 160'da yer alan suç ile dolaylı failliğin özel bir durumu düzenlenmiştir. 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[21]. Alm. CK § 160 düzenlemesi ile kanun koyucu belli hukuki değere yönelik ihlalin dolaylı faillikle işlenmesini ayrı bir suç tipi olarak ihdas etmiştir. Özgü suç ve bizzat işlenebilen suçlarda genel kurallara göre cezalandırılamayan dolaylı failliğin özel hükümlerde cezalandırılması halinde, arka plandaki kişinin bu hükümlere göre cezalandırılıp cezalandırılamayacağına ya da sadece Alm. CK § 348'de yer alan *"görev başında sahte belge düzenleme"* suçuna yahut Alm. CK § 153, 154'de düzenlenen *"yalan tanıklık"* ve *"yalan yere yemin"* suçlarına azmettirmenin kabul edilip edilmeyeceğine dair soruya cevap verilmesi gereklidir[22]. Düşüncemize göre, Alm. CK'da dolaylı failliğin özel bir biçimde suç tipi olarak düzenlendiği hallerde *(§ 160; § 271)*, suçun dolaylı fail olarak işlenmesinin özel olarak düzenlenmediği suçlara *(§ 348; § 153; § 154)* şeriklikten ziyade özel suç tipinden doğrudan fail olarak sorumlu tutulmaları gereklidir.

3. Yargıtay Kararları

Dolaylı failliğe ilişkin olarak 765 sayılı TCK döneminde Yargıtay, yükümlülük suçunda *"intraneus"*un yanılgıya düşürülerek suçun icrai hareketlerinin *"intraneus"* tarafından gerçekleştirilmesinin sağlanması halinde, *"extraneus"*un bahse konu özel yükümlülük suçundan sorumlu tutulamayacağı kanaatinde idi. Verdiği bir kararda da, sanıkların tapu görevlilerini aldatarak gerçeğe aykırı resmi belge düzenletmelerini herkes tarafından işlenebilen resmi belgede sahtecilik suçuna müşterek faillik olarak değerlerlendirmiştir[23]. 5237 sayılı TCK döneminde de Yargıtay'ın resmi belgede sahtecilik suçunda kamu görevlisinin yanıltıldığı hallerde *"extraneus"*un TCK m.204/1'de yer alan suçun temel şeklinden sorumlu tuttuğu kararları bulunmaktadır[24].

Freye, Alm. CK'da § 160 dışında dolaylı failliği dışlayan bir hüküm olmadığını ifade etse de (Freye, a.g.e., s.20), § 271'de yer alan suç da esasen resmi belgede sahtecilik suçu bakımından dolaylı failliğin dışlandığının bir örneğidir.

[21] Jörg Weddig, Mittelbare Täterschaft und Versuchsbeginn bei der Giftfalle, Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main, 2008, s.20.

[22] Baumann, Weber, Mitsch, a.g.e., s.721, 722, kn.29.

[23] Yargıtay 6. CD., 08.03.1979 tarih ve 1616/1492 K. sayılı karar (Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, s.119).

[24] Yargıtay 11.CD., 10.10.2007 tarih ve 6405/6535 K. sayılı karar; Yargıtay 11.CD., 01.04.2008 tarih ve 6232/2318 K. sayılı karar; Yargıtay 11.CD., 20.02.2012 tarih ve 18475/1863 K. sayılı karar (Önok, a.g.e., s.248).

Yargıtay tarafından verilen bir kararda ise, *"sanık İbrahim'in müdahil Bayram'a ait kimlik bilgilerini kullanıp ve kendisini Bayram olarak tanıtmak suretiyle sanık Mustafa S'nin da yardımı*

Yargıtay tarafından verilen yakın tarihli bir kararda ise, ehliyet almak için gerekli olan sınavlara girmeksizin sürücü kursu yöneticileri tarafından sahte sürücü sertifikası düzenlenmesini sağlayan kişinin bu eylem kapsamındaki ceza sorumluluğu tartışılmıştır[25]. Ancak sahte sürücü sertifikasının düzenlenmesini sağlayan kişinin bu

ile muhtar olan sanık Mustafa G'den nüfus cüzdanı talep belgesi aldığı, bu belgeyi kullanarak içerik bilgileri itibariyle sahte nüfus cüzdanı edindiği ve bu suretle sanık Mustafa S'nin sanık İbrahim'in eylemlerini kolaylaştırarak yardımda bulunduğu, muhtarın belirtilen belge içeriğinin doğru olmadığını bilerek düzenlediğinin kabul edildiği olayda, muhtar olan sanık Mustafa G'i sahte nüfus cüzdanı talep belgesi düzenlemeye azmettiren sanık Mustafa S'nin eyleminin 5490 sayılı Yasanın 67/1.maddesinde düzenlenen suça azmettirme kapsamında kaldığı gözetilmeden, yazılı şekilde sanık hakkında resmi belgede sahtecilik suçuna yardım etmekten hüküm kurulması" hukuka aykırı bulunmuştur (Yargıtay 21. CD., 22.10.2015 tarih ve 3157/4303 K. sayılı karar (Cengiz Otacı, Murat Öztekin, Fatih Özaydın, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri Yargıtay Yorumu (2013-2015 Kararları), 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s.600).
Bahse konu kararda, *"extraneus"* olan sanık İbrahim, kamu görevlisi olan muhtara içerik itibariyle sahte bilgiler vererek nüfus cüzdanı edinmiş olmakla birlikte muhtarın içeriğinin sahte olduğu hususunda bilgisi olması, kastının olması dolayısıyla dolaylı faillikten söz edilemez. Düşüncemize göre karara konu olayda muhtar, *"intraneus"* olarak resmi belgede sahtecilik suçunun nitelikli şeklinin doğrudan faili olmaktadır. *"Extraneus"* sanık İbrahim ise, TCK m.206'da yer alan *"resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan"* suçunun faili olmalıdır. Ayrıca karara konu olayda, sanık Mustafa S'nin sanık İbrahim'e yardım ettiği kabul edilmekle birlikte azmettiren olarak sorumlu tutulmasına yönelik kanaatin gerekçesi anlaşılmamaktadır.

[25] *"Sanık hakkında, ilgili kurumlara gitmediği, muayene olmadığı, gerekli parayı ödemediği, yazılı ve direksiyon sınavlarına girmediği halde kursun yöneticileri tarafından düzenlenen motorlu taşıt sürücü sertifikası ve diğer belgelerle Çerkezköy İlçe Tescil Büro Amirliğine başvurarak kendi adına sahte içerikli ehliyet düzenlenmesini sağladığının iddia olunduğu olayda; kamu görevlisinin resmi belgede sahteciliği suçunun özgü suç niteliğinde olduğu ve bu suçun sadece kamu görevlisi olan ve bu nedenle özel fail olarak nitelendirilen kişiler tarafından işlenebileceği, özel faillik niteliğini taşımayan suç ortaklarının ise gerçekleşen fiilden dolayı 5237 sayılı Kanun'un 40.maddesinde düzenlenen bağlılık kuralı uyarınca sadece azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu olabileceği, dolayısıyla özel faillik niteliğini taşımayan kişilerin özgü suça TCK'nın 37.maddesi kapsamında müşterek fail olarak iştirak edemeyeceği ancak şerik olabileceği göz önünde bulundurulduğunda, teorik ve direksiyon eğitimi sınavına girmeden motorlu taşıt sürücü sertifikası alamayacağını bilen sanığın, Özdilay 2.Özcan Sürücü Kursu yöneticilerine başvurup kendisine sahte sürücü sertifikası düzenleme hususunda teklifte bulunmayan yöneticileri suç işlemeye azmettirerek sahte sürücü sertifikası düzenlettirdiği, düzenlenen bu sertifika ve diğer belgelerle Çerkezköy İlçe Tescil Büro Amirliğine başvurarak suça konu sahte sürücü belgesini aldığı olayın sübutu halinde sanığın kamu görevlisinin resmi belgede sahteciliği suçuna azmettiren olarak cezalandırılması gerekeceği, bu husus yasaca açık olarak düzenlendiğinden, failliğe göre şeriklik halinin tali norm niteliğinde olduğundan bahisle sanığın eyleminin TCK'nın 204.maddesinin birinci fıkrası kapsamında değerlendirilemeyeceği kabul edilmelidir"*. Bkz: Yargıtay CGK., 11.04.2019 tarih ve 2018/189 E., 2019/350 K. sayılı karar (https://kararara ma.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/, Çevrimiçi, 31.10.2019).

belgeyi kullanarak yetkili kişileri hataya sevk etmek suretiyle elde ettiği sahte sürücü belgesinden dolayı ceza sorumluluğu tartışılmamıştır.

Düşüncemize göre, karara konu olayda sürücü kursu yöneticileri 5580 sayılı Kanun m.9 hükmü gereğince kamu görevlisi sayıldıklarından sahte sürücü belgesine öncel sahte sürücü sertifikasını düzenleyerek yetkili kişileri hataya sevk ettiklerinden nitelikli resmi belgede sahtecilik suçunun *(TCK m.204/2)* dolaylı faili olarak sorumlu tutulmalıdırlar. Sahte sürücü sertifikasını kullanan kişi ise, kamu görevlisi olmadığı, *"extraneus"* olduğu için dolaylı fail olarak sorumlu olmamalı, ancak fiil üzerinde hakimiyet kurduğu için resmi belgede sahtecilik suçunun temel şeklinden *(TCK m.204/1)* müstakil fail olarak sorumlu olmalıdır. Ancak bu halde de fiil tipik olmamaktadır. Çünkü karara konu olaydaki fiil, TCK m.204/2'de yer alan, 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 karara konu olayda *"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[26]. 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.

Sonuç ve Çözüm Önerimiz

Özgü suçlarda dolaylı fail olarak sorumlu tutulabilmek için suçun kanuni tanımında öngörülen faillik alanı sınırları içerisinde bulunmak, fail bakımından öngörülen belirli özelliği ya da yükümlülüğü haiz olmak ve araç kişinin fiili üzerinde hakimiyet kurmuş olmak gereklidir. Bu açıdan bakıldığında *"extraneus"*, fiil hakimiyeti kurmuş olsa dahi suçun kanuni tanımında öngörülen özelliği ya da yükümlülüğü haiz olmadığı için özgü suçun faili olamaz. Burada müstakil ve müşterek faillikten farklı olan ve özellik arz eden hususlar, *"intraneus"*tan başka kimsenin fail olamayacağına ilişkin kuraldan

[26] Tülay Kitapçıoğlu Yüksel, Özgü Suç, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s.303.

faydalanılarak *"intraneus"*un araç olarak kullanılması, bu kişinin iradesinin *"extraneus"* tarafından ele geçirilmesi ve suçun özel haksızlığı gerçekleştirebilecek olan kişiye işletilmesi ve *"extraneus"*un kendisinin özel haksızlığı gerçekleştiremeyecek ve bu haksızlıktan dolayı cezalandırılamayacak olmasıdır.

*"Extraneus"*un özgü suçtan dolaylı fail olarak sorumlu olmayacağını kabul etmekle birlikte, ceza sorumluluğunun belirlenmesine ilişkin değerlendirmede, iki aşamalı bir yol izlenmesini önermekteyiz. Öncelikle gerçek ve gerçek olmayan özgü suç arasında ayrım yapılması ve ikinci olarak *"intraneus"*un kasten hareket edip etmemesinin dikkate alınması gerektiği düşüncesindeyiz[27].

Gerçek özgü suçta, *"intraneus"* kasten hareket etmemekte ise *"extraneus"*un özgü suçtan dolayı şerik olarak ceza sorumluluğu olmaz. Düşüncemize göre *"extraneus"*un fiili, başkaca bir genel suçu oluşturmakta ise *"extraneus"*un genel suçtan dolayı fail olarak sorumluluğu söz konusu olmalıdır. Ancak *"extraneus"*un fiiline uyan bir genel suç bulunmamakta ise bu halde fiili cezasız kalmaktadır. Burada düşüncemize göre, cezalandırma açısından boşluk olsa dahi, ceza adaletsizliği bulunmamaktadır. Çünkü özgü suçlardaki özel haksızlık ve bu suçlar ile korunan hukuki değer, ancak *"intraneus"* tarafından ihlal edilebilir. Dolayısıyla kanun koyucunun bilinçli olarak faillik alanı içerisine almadığı bir kişinin işlediği fiilin suç teşkil etmemesi dolayısı ile cezalandırılmaması da yerinde olup, bu durum ceza adaletsizliğine yol açmamaktadır. Bu halde *"extraneus"*, *"intraneus"*u hataya düşürmek suretiyle suç işlemeye yönlendirirse sorumlu olacak mıdır? Örneğin, bankada çalışan müşteri temsilcisinin havale işlemlerini yapma hususunda yetkili olan diğer çalışanını gerçekte müşterinin havale talimatı olmamasına rağmen, yanıltarak varmış gibi havale işlemi yaptırması gibi. Bu suç, ilk bakışta Bankacılık Kanunu'nda yer alan zimmet suçudur *(BK. m.160)*. Bu suç, gerçek özgü suçtur. Müşterinin talimatı olmaksızın havale işlemi yapan kişi, işlem yetkilisidir; onu yanıltan kişi ise, bu işlemi yapma yetkisi bulunmayan müşteri temsilcisidir. Bu örnekte, ön plandaki kişi, *"intraneus"*tur, arka plandaki kişi ise, *"extraneus"*tur. Burada arka plandaki *"extraneus"*un kastsız hareket eden ön plandaki *"intraneus"*u hataya sevk etmek suretiyle fiili üzerinde hakimiyet kurması söz konusudur. Bu haliyle dolaylı failliğin genel koşulu gerçekleşmiştir. Ancak *"extraneus"*, özgü suçtan fail olmak için gerekli olan kamu görevlisi niteliğini haiz olmadığı ve zilyetlik kendisine devredilmediği için bankacılık zimmeti suçundan dolaylı fail olarak sorumlu olamaz. *"Intraneus"* kastsız hareket ettiği için *"extraneus"*, özgü suçtan şerik olarak da sorumlu olamaz. Ancak *"extraneus"*un fiiline karşılık gelen dolandırıcılık suçundan *(TCK m.157)* fail olarak sorumluluğu söz konusu olabilir.

Gerçek özgü suçta *"intraneus"*, kasten hareket etmekteyse sözgelimi cebir ya da tehdit altında suçu işlemiş ise, *"extraneus"* özgü suçtan şerik olarak sorumlu olabilir.

[27] Kitapçıoğlu Yüksel, a.g.e., s.307.

Düşüncemize göre *"extraneus"*un fiili, genel bir suçu oluşturmakta ise bu suçtan dolayı failliğin şerikliğe önceliği ilkesi gereğince fail olarak sorumlu olabilir. Örneğin bir kişinin, bir annenin çocuğunu beslemesine zorla engel olmak suretiyle aç kalarak ölmesine sebep olması gibi. Bu örnekte, kasten öldürmenin ihmali davranış ile işlenmesi suçu *(TCK m.83)* söz konusudur. Bu suç, gerçek özgü suçtur. Ön plandaki kişi yani anne, *"intraneus"*tur ve arka plandaki kişi *"extraneus"*tur. *"Intraneus"*, burada kasten hareket etmektedir. Bu halde, *"intraneus"* kasten hareket ettiği için *"extraneus"*, gerçek özgü suça azmettiren olarak sorumlu olabilir. Bu örnekte, *"extraneus"*, *"intraneus"*un kusurluluğu ortadan kalksa dahi kasten hareket ettiği için kasten öldürmenin ihmali davranış ile işlenmesi suçuna azmettirmekten sorumlu olur**.** Ayrıca burada düşüncemize göre, *"extraneus"*un fiili ile çocuğun ölmesi neticesi arasında nedensellik bağı bulunmakta ve *"extraneus"*un fiil üzerinde hakimiyeti bulunmaktadır. Burada *"extraneus"*, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçundaki özel haksızlığı gerçekleştirmese de, kasten öldürme suçunun temel şeklindeki haksızlığı gerçekleştirdiğinden bu suçtan fail olarak sorumlu olabilir. Neticede olayda, *"extraneus"* kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçundan *(TCK m.83)* azmettiren ve kasten öldürme suçundan *(TCK m.81)* fail olarak ve failliğin şerikliğe önceliği ilkesi gereğince de TCK m.81'den fail olarak sorumlu olmalıdır[28]. Örneğin, bir kişinin banka görevlisinden silah zoru ile para alması halinde Bankacılık Kanunu'nda yer alan zimmet suçu *(BK. m.160)* söz konusu olur. Bu suç, gerçek özgü suçtur. Ön plandaki kişi yani banka görevlisi, *"intraneus"*tur ve arka plandaki kişi *"extraneus"*tur. *"Intraneus"*, burada kasten hareket etmektedir. Bu halde *"intraneus"* kasten hareket ettiği için *"extraneus"*, gerçek özgü suça azmettiren olarak sorumlu olabilir. Ayrıca burada düşüncemize göre, *"extraneus"*un fiili ile paranın alınması neticesi arasında nedensellik bağı bulunmakta ve *"extraneus"*un fiil üzerinde hakimiyeti bulunmaktadır. Burada *"extraneus"*, zimmet suçundaki özel haksızlığı gerçekleştiremese de, yağma suçundaki haksızlığı gerçekleştirdiğinden bu suçtan fail olarak sorumlu olabilir. Neticede

[28] Türk doktrininde aksi yöndeki görüşe göre, gerçek olmayan ihmali suçlarda yani ihmali özgü suçlarda, garantörün harekete geçmesi engellenerek neticenin gerçekleşmesinin sağlandığı hallerde ihmali suça dolaylı faillik söz konusu olur. Örneğin, boğulmak üzere olan ve onu kurtarma yükümlülüğü bulunan garantörün silahla tehdit edilerek garantör yükümlülüğünün yerine getirilmesine engel olunması halinde, silahla tehdit ederek garantörün iradesi üzerinde hakimiyet kuran kişinin kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçundan dolaylı fail olarak sorumlu tutulması gereklidir (Mahmut Koca, İlhan Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.470; Önok, **a.g.e.**, s.242; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökcen, Mehmet Emin Alşahin, Kerim Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s.663; Mustafa Özen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s.562). Burada ihmali suça icrai bir hareket ile iştirak söz konusudur (Önok, **a.g.e.**, s.242). Bu halde esasen *"extraneus"*un ihmali özgü suçtan dolaylı fail olarak sorumluluğu kabul edilmiş olmaktadır.

"extraneus", bankacılık zimmeti suçundan *(BK. m.160)* azmettiren ve yağma suçundan *(TCK m.148)* fail olarak ve failliğin şerikliğe önceliği ilkesi gereğince de TCK m.148'den fail olarak sorumlu olur.

Gerçek olmayan özgü suçta ise, *"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. Örneğin, *"extraneus"* bir kimseyi hataya düşürerek bu kişinin kendi babasını öldürmesini sağlarsa kasten öldürme suçunun üstsoy, altsoy, eş ya da kardeşe karşı işlenmesi *(TCK m.82/1/d)* suçundaki özel faillik niteliğini haiz olmadığından kasten öldürme suçunun temel şeklinden fail olarak sorumlu olmalıdır[29].

KAYNAKÇA

Akbulut, Berrin, "Bağlılık Kuralı", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:14, Yıl:2010, Sayı:1, s.167- 214.

Artuk, Mehmet Emin/Gökcen, Ahmet/Alşahin, Mehmet Emin/Çakır, Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

Aydın, Devrim, **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang, **Strafrecht AT**, 11. neubearbeitete Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Biefeld, 2003.

Demirbaş, Timur**, Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

Freye, Karl, **Gibt es eigenhändige Delikte?**, Buchdruckerei Richard Mayr., Würzburg, 1935.

Herzberg, Dietrich, "Eigenhändige Delikte", **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)**, Cilt:82, 1970, s.896-947, s.916.

Kasiske, Peter, **Strafrecht I: Grundlagen und Allgemeiner Teil**, 2.Auflage, Verlag W. Kohlhammer GmbH, Stutgart, 2016.

Kitapçıoğlu Yüksel, Tülay, **Özgü Suç**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

Mahmutoğlu, Fatih Selami/Karadeniz, Serra, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Şerhi**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Otacı, Cengiz/Öztekin, Murat/Özaydın, Fatih, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri Yargıtay Yorumu (2013-2015 Kararları)**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

[29] Kitapçıoğlu Yüksel, **a.g.e.**, s.309.

Önok, Murat, **Yapısal Suçlarda Failin Tespiti: Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hakimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

Özgenç, İzzet, Suça İştirakın Hukuki Esası ve Faillik, İstanbul, 1996.

Özen, Mustafa, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

Rengier, Rudolf, **Karlsruher Kommentar zum OWIG**, 5. Auflage, 2018.

Schweinberger, Dirk, **Strafrecht AT II**, 4. Auflage, Jura Intensiv Verlags, Frankfurt, 2016.

Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, Cilt:I, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

Weddig, Jörg, **Mittelbare Täterschaft und Versuchsbeginn bei der Giftfalle**, Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main, 2008, s.20; Ulrich Stein, **Die Strafrechtliche Beteiligungsformenlehre**, Duncker & Humblot, Berlin, 1988.

https://karararama.yargitay.gov.tr/

BOŞANMANIN HUKUKÎ SONUÇLARININ ARABULUCULUK BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Doç. Dr. Nur BOLAYIR*

GİRİŞ

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden olan arabuluculuk kurumu, 07.06.2012 tarihli Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) ile hukukumuzda yasal bir düzenlemeye kavuşturulmuştur. Kanun'un 1. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde arabuluculuğa başvurmalarına imkân tanınmış; böylece arabuluculuğa elverişliliğin kapsamı genel hatlarıyla ortaya konulmuştur. Arabuluculuğa elverişliliğe ilişkin olarak çok genel bir kanunî düzenlemeye yer verilip, arabuluculuğa elverişli olabilecek konular tek tek sayılmadığından, her bir uyuşmazlığın tarafların tasarruflarına açık olup olmadığı özel olarak incelenmelidir. Çalışma konumuzu oluşturan boşanmanın hukukî sonuçlarının arabuluculuk bakımından değerlendirilmesi hususunda, boşanmanın gerek eşler, gerekse çocuklar yönünden kişisel ve malî sonuçlarının arabuluculuğa elverişlilik açısından ayrı ayrı ele alınıp, bir değerlendirmeye tâbi tutulması önem taşımaktadır. Nitekim, söz konusu sonuçların bir kısmı kendiliğinden, bir kısmı ise hâkimin kararı neticesinde ortaya çıkmakta; söz konusu durum da arabuluculuğa elverişliliğin farklı açılardan özel bir değerlendirmeye konu edilmesini gerekli kılmaktadır. Bu çerçevede, çalışmamızın birinci bölümünde boşanmanın eşler, ikinci bölümünde ise çocuklar yönünden kişisel ve malî sonuçlarını arabuluculuk bakımından değerlendirmeyi amaçlamaktayız.

I-Boşanmanın Eşler Yönünden Kişisel ve Malî Sonuçlarının Arabuluculuk Bakımından Değerlendirilmesi

A-Boşanmanın Eşler Yönünden Kişisel Sonuçlarının Arabuluculuk Bakımından Değerlendirilmesi

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ORCID ID: 0000-0001-6871-1181

Boşanmanın eşler yönünden kişisel sonuçları, evlilik birliğinin sona ermesi, kadın hakkında bekleme süresinin başlaması, eşlerin kişisel durumlarında değişiklik meydana gelmesi, eşlerin birbirlerinden olan alacakları hakkında zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması, eşlerin birbirlerine karşı mirasçılık sıfatını kaybetmeleri şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

1-Evlilik Birliğinin Sona Ermesi

Boşanma kararının kesinleşmesiyle, eşler arasında kurulmuş olan evlilik birliği sona erdiğinden, Türk Medenî Kanunu (TMK)'nun 185. maddesi çerçevesinde evlilik birliğinin eşler bakımından öngörmüş olduğu haklar ve yükümlülükler de kendiliğinden ortadan kalkmaktadır. Böylece, eşlerin evlilik birliğinin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak; çocukların bakımına, eğitimine ve gözetimine beraberce özen göstermek; birbirlerine sadık kalmak ve yardımcı olmak şeklindeki yükümlülükleri de kendiliğinden sona ermektedir. Bunun doğal bir sonucu olarak da, söz konusu haklar ve yükümlülükler bağlamında bir arabuluculuk faaliyeti gerçekleştirilebilme imkânı da bulunmamaktadır.

2-Kadın Hakkında Bekleme Süresinin Başlaması

TMK m. 132 uyarınca, evliliğin sona ermiş olması halinde, kadın evliliğin bitiminden itibaren üç yüz gün geçmedikçe evlenememekte; kadının önceki evliliğinden gebe olmadığının anlaşılması veya evliliği sona eren eşlerin yeniden birbiriyle evlenmek istemeleri halinde mahkeme bu süreyi kaldırabilmektedir. Kadınlar bakımından öngörülmüş olan bu evlenme engeliyle, soybağı karışıklıklarının önlenmesi amaçlandığından[30], ortada kamu düzenine ilişkin bir konu mevcuttur. Dolayısıyla, HUAK.m.1/f.II uyarınca tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacakları bir çekişmesiz yargı işi söz konusu olduğundan[31], arabuluculuğa elverişlilikten de bahsedilemeyecektir[32].

3-Eşlerin Kişisel Durumlarında Değişiklik Meydana Gelmesi

Kişisel durumla erginlik, kayın hısımlığı, vatandaşlık ve soyadı kast edilmektedir[33].

[30] Mustafa **Dural**/Tufan **Öğüz**/Mustafa Alper **Gümüş**, Aile Hukuku, Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, 16. Bası, İstanbul 2021, s.62; Turgut **Akıntürk**/Derya **Ateş**, Türk Medeni Hukuku, II. Cilt, Aile Hukuku, 24. Baskı, İstanbul 2022, s. 80. TMK m. 285'de, bir evlilik devam ederken ve evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün içinde doğan çocuğun babasının koca olduğu belirtilmiş; bu süre geçtikten sonra doğan çocuğun, annenin evlilik sırasında gebe kaldığının ispatlanması şartıyla soybağı bakımından kocaya bağlanacağı öngörülmüştür.

[31] HMK.m.382/f.II/b,4'de, yeniden evlenmede bekleme süresinin hâkim tarafından kaldırılması aile hukukundaki bir çekişmesiz yargı işi olarak öngörülmüştür.

[32] Beyhan **Kaplan Güler**, Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk, İstanbul 2014, s. 115; Alper **Uyumaz**/ Kemal **Erdoğan**, Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif ÇözümYolları, DEÜHFD 2015, C. XVII, S.1, s.149; Hande **Tazıcı**, Boşanmanın Hukuki Sonuçlarına İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi-Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), Ankara 2019, s. 60.

[33] Bilge **Öztan**, Aile Hukuku, 6.Bası, Ankara 2015, s. 462; Mehmet **Erdem**/Aslı **Makaracı Başak**, Aile Hukuku, Ankara 2022, s. 166.

Boşanmayla kişisel durum değişikliği bakımından kadının soyadı meselesi önem taşımaktadır. Nitekim, TMK.m.11/f.II uyarınca evlenmeyle ergin olan kişi, boşanmakla erginliğini kaybetmediği gibi, TMK.m.129/f.I,b.2'ye göre eşlerden biri ile diğerinin üst soyu ve alt soyu arasında kayın hısımlığı meydana getiren evlilik son bulmuş olsa bile, evlenme engeli devam etmekte; Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 16. maddesi bağlamında evlenme yoluyla vatandaşlığın kazanılmış olması halinde, boşanmış olan kişinin Türk vatandaşlığı devam etmektedir[34]. Kadının soyadı bakımından ise, TMK.m.173'de boşanma halinde kadının evlenme ile kazandığı kişisel durumunu koruyacağı; evlenmeden önceki soyadını yeniden alacağı düzenlenmiş; ancak talebi üzerine, kadının boşandığı kocasının soyadını kullanmakta menfaati bulunduğunu ve bunun kocasına zarar vermeyeceğini ispatlaması şartıyla, kadının kocasının soyadını taşımasına hâkimin izin vermesini mümkün kılmıştır.

Doktrinde, ilgili düzenlemenin kamu düzeniyle yakından ilgili bulunması sebebiyle tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri bir konuya ilişkin olduğu; dolayısıyla arabuluculuğa elverişli olmayıp Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu kapsamında bir arabuluculuk faaliyetinin yürütülemeyeceği; ayrıca taraflar bu konuda anlaşmış olsalar bile, söz konusu anlaşmanın, TMK.m.184/f.I, b.5 uyarınca hâkim tarafından onaylanmadıkça, hukuken herhangi bir sonuç doğurmayacağı[35] kabul edilmektedir[36].

Kanaatimizce, boşanmış olan kadının boşandığı kocasının soyadını taşıyabilmesine imkân veren anılan düzenleme, kamu düzeniyle bağlantılı değildir. Ancak, böyle bir sonucun doğabilmesi için TMK.m.173/f.II'ye göre hâkimin kararı aranmakta; tarafların iradelerine doğrudan bir sonuç bağlanmamaktadır. Bu çerçevede, tarafların üzerinde tasarrufta bulunamayacakları kamu düzenine ilişkin iş veya işlemlerin yanı sıra, varlık kazanabilmeleri için kanunlarca bir yargı kararına bağlı kılınmış olan iş ya da işlemler de arabuluculuğa elverişli değildir[37]. O halde, kadının boşanmadan sonra evlilik soyadını

[34] Belirttiğimiz bu durumlar, boşanma neticesinde hem kadın, hem erkek için geçerlidir (**Erdem/Makaracı Başak**, s.167).

[35] İlgili hükmün, zayıfların korunması amacıyla devletin aile hukuku ilişkilerine yaptığı doğrudan müdahalenin tipik bir örneği olduğu hususunda bkz. Huriye Reyhan **Demircioğlu**, Aile Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Uygulanabilirliği, TAAD Ekim 2015, S.23, s.75. Söz konusu hükmün amacının boşanma davasının gerektirdiği baskılar nedeniyle bunalmış olan tarafı korumak, ezilmesini önlemek, haksız çıkar sağlanmasını engellemek olduğu hususunda bkz. Gülçin **Elçin Grassinger**, Boşanma Davasında Eşlerin Boşanmanın Tali Sonuçlarına İlişkin Konularda Anlaşma Yapmaları ve Konu İle İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararı, İHFM 1997, C.LV, S.3, Prof.Dr. Türkan Rado'ya Armağan, s.237.

[36] **Kaplan Güler**, s. 116-117; **Uyumaz/Erdoğan**, s. 149-150; **Tazıcı**, s.61.

[37] Ömer **Ekmekçi**/ **Özekes**/ **Atalı**/Vural **Seven**, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2.Baskı, İstanbul 2019, s.50. Mahkeme kararının varlığının zorunlu olduğu hallerde arabuluculuğa elverişlilikten söz

kullanması bakımından da hâkim kararına ihtiyaç duyulduğundan, ortada arabuluculuğa elverişli bir konudan söz edilemeyecektir.

4-Eşlerin Birbirlerinden Olan Alacakları Hakkında Zamanaşımı Süresinin İşlemeye Başlaması

Zamanaşımının durmasına ilişkin olan Türk Borçlar Kanunu'nun 153. maddesinin 1.fıkrasının 3. bendi uyarınca, evlilik birliği devam ettiği sürece, eşlerin birbirlerinden olan alacakları hakkında zamanaşımı işlememektedir. Boşanma kararının kesinleşmesiyle birlikte evlilik birliği son bulacağından, zamanaşımının durma nedeni ortadan kalkacak; kararın kesinleştiği andan itibaren eşlerin birbirlerinden olan alacak hakları hakkında zamanaşımı süresi kaldığı yerden itibaren işlemeye devam edecek; durma anında zamanaşımı süresi henüz hiç işlememiş ise, baştan işlemeye başlayacaktır[38]. Kanun'da zamanaşımını durduran nedenler sınırlı olarak sayılmış olup[39], eşlerin birbirlerinden olan alacakları hakkında zamanaşımının işlemeye başlayıp başlamayacağı hususunda serbestçe tasarrufta bulunmaları mümkün değildir. Bu çerçevede, taraflar sulh, kabul, feragat yoluyla birbirlerinden olan alacaklarından vazgeçebilmekle birlikte, söz konusu alacakları hakkında zamanaşımının işlemeye başlaması bakımından herhangi bir tasarruf yetkisine sahip olmadıklarından, ortada arabuluculuğa elverişli bir konu bulunmamaktadır[40].

5- Eşlerin Birbirlerine Karşı Mirasçılık Sıfatını Kaybetmeleri

TMK.m.181/f.I'de boşanan eşlerin, bu sıfatla birbirlerinin yasal mirasçısı olamayacakları ve boşanmadan önce yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflarla kendilerine sağlanan hakları, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça, kaybedecekleri belirtilmiştir. Bu çerçevede, boşanma ile evlilik birliğinin, karı-koca olma durumunun sona ermiş olmasının doğal bir sonucu olarak, yasal mirasçılık sıfatı da kendiliğinden son bulmaktadır. Boşanmadan önce yapılan ölüme bağlı tasarrufla eşe sağlanan hakkın saikinin, genelde evli olma durumu olması sebebiyle kanun koyucu, evliliğin sona ermesiyle birlikte ölüme bağlı tasarrufta bulunanın saikinin de ortadan kalkacağını kabul etmiştir. Ancak, ölüme bağlı tasarruftan aksi anlaşılıyorsa, yani boşanma olsa bile, açık veya örtülü şekilde ölüme bağlı tasarrufun geçerli olacağı belirtilmişse, boşanmış olan eş, kendisine sağlanan hakkı kazanabilecektir[41]. Bu yönde bir düzenlemenin yanı sıra,

---

edilemeyeceği hususunda ayrıca bkz. Nursen **Karagözoğlu**, Aile Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa Elverişlilik, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi-Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), Ankara 2017, s. 88; Levent **Börü**, Aile Arabuluculuğu Konusunda Güncel Gelişmeler, II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu, Editörler: Süheyla Suzan **Gökalp Alıca**/Necdet **Basa**, Ankara 2019, s.1051-1052.

38 Mehmet **Erdem**, Özel Hukukta Zamanaşımı, İstanbul 2010, s. 249 ve 266; **Erdem/Makaracı Başak**, s.173.

39 **Erdem**, Zamanaşımı, s. 236.

40 **Kaplan Güler**, s. 117; **Tazıcı**, s. 62.

41 **Akıntürk/Ateş**, s.293-294; **Erdem/Makaracı Başak**, s.170-171.

tarafların eşin mirasçılığının devamının sağlanması hususunda boşanmanın fer'i sonuçlarına ilişkin bir anlaşma yapmaları da mümkündür. Ancak, boşanmanın fer'i sonuçlarına ilişkin anlaşmaların geçerlilik kazanabilmeleri, TMK.m.184/f.I, b.5 uyarınca hâkim tarafından onaylanmalarına bağlı olduğundan, ortada arabuluculuğa elverişli bir konu bulunmamaktadır[42]. Nitekim, tarafların yapmış oldukları böyle bir anlaşma, hâkim tarafından tasdik edilerek hukukî sonuç doğurmakta; böylece anlaşma mahkeme hükmü haline getirilmektedir[43].

B-Boşanmanın Eşler Yönünden Malî Sonuçlarının Arabuluculuk Bakımından Değerlendirilmesi

Boşanmanın eşler yönünden malî sonuçları maddî ve manevî tazminat, yoksulluk nafakası, mal rejiminin tasfiyesinden doğan alacak talepleri olarak karşımıza çıkmaktadır.

TMK.m.174'te mevcut veya beklenen menfaatleri boşanma yüzünden zedelenen kusursuz veya daha az kusurlu olan tarafın, kusurlu taraftan uygun bir maddî tazminat isteyebileceği[44]; boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan tarafın ise, kusurlu olan diğer taraftan manevî tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini talep edebileceği[45] düzenlenmiştir. Yoksulluk nafakasına ilişkin olan TMK.m.175'te ise, boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek[46] tarafın, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla, geçimi için diğer taraftan malî gücü oranında süresiz olarak nafaka[47]

[42] **Kaplan Güler**, s.118; **Uyumaz/Erdoğan**, s.150;

[43] Erdem **Şimşek**, Aile Hukuku'na İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümü İçin Düzenlenmesi Gereken, Ayrı Bir Arabuluculuk Kanunu İle İlgili Değerlendirme, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, 6-7 Aralık 2018, Ankara 2019, s. 66.

[44] TMK.m. 176/f.I uyarınca, maddî tazminatın toptan veya durumun gereklerine göre irat biçiminde ödenmesine karar verilmesi mümkündür. Ancak, irat biçiminde ödenmesine karar verilen maddî tazminat, TMK.m.176/f.III'te belirtildiği üzere, alacaklı tarafın yeniden evlenmesi ya da taraflardan birinin ölümü halinde kendiliğinden kalkmakta; alacaklı tarafın evlilik olmaksızın fiilen evliymiş gibi yaşaması ya da haysiyetsiz hayat sürmesi halinde, mahkeme kararıyla kaldırılmaktadır. TMK.m.176/f.IV-V'e göre, tarafların malî durumlarının değişmesi veya hakkaniyetin gerektirdiği diğer hallerde iradın artırılmasına veya azaltılmasına karar verilebilmekte; hâkim de talep halinde, irat biçiminde ödenmesine karar verilen maddî tazminatın, sonraki yıllarda tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre ne miktarda ödeneceğini karara bağlayabilmektedir.

[45] Maddî tazminatın aksine, TMK.m.176/f.II'de manevî tazminatın irat biçiminde ödenmesine karar verilemeyeceği öngörülmüştür.

[46] Yoksulluk ile kast edilen, nafaka talep eden tarafın, bu nafaka olmadan hayatını orta halli bir kişi seviyesinde bile devam ettiremeyecek olmasıdır (Mesut **Öcal**, Yoksulluk Nafakasının Süresi, İstanbul 2019, s.44 vd.).

[47] TMK.m.176/f.I'de, maddî tazminat gibi yoksulluk nafakasının da toptan veya durumun gereklerine göre irat biçiminde ödenmesine karar verilebileceği belirtilmiş; bunun paralelinde TMK.m.176/f.III-IV-V'de, nafakanın alacaklı tarafın yeniden evlenmesi ya da taraflardan birinin ölümü halinde kendiliğinden kalkacağı; alacaklı tarafın evlilik olmaksızın fiilen evliymiş gibi yaşaması ya da haysiyetsiz hayat sürmesi halinde, mahkeme kararıyla kaldırılacağı; tarafların malî durumlarının değişmesi veya hakkaniyetin gerektirdiği diğer hallerde iradın artırılmasına veya azaltılmasına karar verilebileceği; hâkimin de talep halinde, irat biçiminde ödenmesine karar verilen yoksulluk nafakasının, sonraki yıllarda tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre ne miktarda ödeneceğini karara bağlayabileceği ifade edilmiştir.

isteyebileceği öngörülmüştür[48]. Boşanma neticesinde eşler arasındaki mal rejiminin[49] sona ermesiyle birlikte, bunun tasfiyesi gündeme gelmekte ve eşler malvarlıklarına ilişkin olarak birbirlerinden talep hakkına sahip olmaktadırlar.

Maddî ve manevî tazminata, yoksulluk nafakasına ve mal rejiminin tasfiyesine ilişkin uyuşmazlıklardan doğan davalar sulh yoluyla sona erdirilebildiğinden[50], anılan uyuşmazlıklar bakımından doktrinde, arabuluculuk yoluna da başvurulup Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu kapsamında bir arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesinin mümkün olduğu savunulmaktadır[51]. Ancak, baskıya maruz kalmış bir eşin arabulucunun seçimi ve sürecin devamında da baskıya maruz kalabileceği, özel hukuka ilişkin taleplerini arabulucu nezdinde özgürce ileri süremeyebileceği düşüncesiyle, HUAK. m. 1/f.II,c.2'de aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olmadıkları öngörüldüğünden, ilgili uyuşmazlıkların aile içi şiddet içermeleri halinde arabuluculuk yoluyla çözümlerinin mümkün olmadığı kabul edilmektedir[52]. Bu nedenle, boşanmanın eşler yönünden malî bakımdan hukukî

---

[48] TMK.m.175/f.II'de, nafaka yükümlüsünün kusurunun aranmayacağı ortaya konulmuştur. Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmamakla birlikte, yoksulluk nafakasına hükmedilebilmesi için nafaka talep eden davacının, davalıya nazaran boşanmaya neden olan olaylarda daha fazla kusurunun olmaması gerekmektedir. Bu nedenle, gerek davalının daha fazla kusurlu olduğu, gerekse her iki tarafın kusurunun olmadığı ya da kusurlarının eşit olduğu hallerde yoksulluk nafakası talep edilebilecektir (**Öcal**, s. 50; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 156; **Akıntürk/Ateş**, s.303).

[49] Türk Medenî Kanunu'nda edinilmiş mallara katılma, mal ayrılığı, paylaşmalı mal ayrılığı ve mal ortaklığı şeklinde dört farklı mal rejimi düzenlenmiştir.

[50] Boşanmanın malî sonuçlarına ilişkin uyuşmazlıkların sulh yoluyla sona erdirilebileceği hususunda ayrıca bkz. Tolga **Akkaya**, Medenî Usûl Hukuku Bakımından Boşanma Davası, Ankara 2017, s.525.

[51] **Kaplan Güler**, s. 123, 128, 140 ve 157; **Demircioğlu**, s. 79; **Uyumaz/Erdoğan**, s.151, 153-154; **Karagözoğlu**, s.96; Ebru **Ceylan**, Türk Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk, Legal HD Ekim 2018, S.190, s.4577-4578, 4579-4580; 4582; H.Reyhan **Demircioğlu**, 6325 Sayılı Kanun'un Aile Hukuku Uyuşmazlıklarında Uygulanabilirliği, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, 6-7 Aralık 2018, Ankara 2019, s.54; Süha **Tanrıver**, Medenî Usûl Hukuku, C.II, 2.Bası, Ankara 2022, s.270; Süha **Tanrıver**, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, 2.Bası, Ankara 2022, s. 61-62; Mustafa **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 5.Baskı, Ankara 2022, s. 1046 ve 1500.

[52] Örneğin, kocası tarafından işlenen kasten yaralama suçunun mağduru olan kadın, özel hukuka ilişkin maddî ve manevî tazminat taleplerine ilişkin olarak arabuluculuk yoluna başvuramayacaktır (Ahmet **Barut**, Hukuki Uyuşmazlıkların Çözümünde Arabuluculuğun Faaliyet Sınırının Belirlenmesi, İBD 2014, C.LXXXVIII, S.1, s.85; Özlem **Acar Ünal**, Benimle Boşanır Mısın?!, Boşanmanın Hukuki Sonuçları Bakımından Arabuluculuğun Uygulanabilirliği, Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu Bildiri Tam Metin Kitabı, Editörler: Ali **Yeşilırmak /** Yeliz **Bozkurt Gümrükçüoğlu /** Gülnihal Ahter **Yakacak/** Ömer Faruk **Kafalı**, İstanbul 2021, s.303). HUAK.m.1/f.II hükmünün, aile içi şiddet iddiasını barındıran her türlü özel hukuk uyuşmazlığının arabuluculuk kapsamından çıkartılması sonucunu doğuracak şekilde anlaşılmaması; anılan hükmün, TMK.m.1 bağlamında Kanun'un özüne uygun biçimde daraltılıp yorumlanması ve sadece "konusu bizatihi aile içi şiddet olan uyuşmazlıklarla" sınırlı tutulması; aile içinde şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar bakımından ise, halihazırda şiddet tehlikesinin mevcut olup olmadığının ayrıca değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin aksi yöndeki görüş için bkz. **Demircioğlu**, s.72; **Karagözoğlu**, s.102. Aile içi şiddet iddiası içeren uyuşmazlıklarda, uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olup olmadığının somut olay bakımından hâkim ve arabulucu tarafından takdir edilmesinde fayda bulunduğu; arabuluculuk ihtiyarî bir süreç olduğundan, en azından tarafların arabulucuya başvurma hususunda ortak iradelerinin varlığı

sonuçlarının arabuluculuğa elverişliliğinin tespitinde, ilgili konunun aile içi şiddeti içerip içermediğinin ayrıca göz önünde bulundurulması gerektiği ifade edilmektedir[53].

Kanaatimizce, boşanmanın malî sonuçlarına ilişkin olarak arabuluculuk yoluyla bir anlaşmaya varılıp varılmayacağı hususunda, boşanma veya ayrılığın fer'i sonuçlarına ilişkin anlaşmaların, hâkim tarafından onaylanmadıkça geçerli olmayacağını düzenleyen TMK.m.184/f.I,b.5 hükmü mutlaka dikkate alınmalıdır. Taraflar, boşanmanın eşler yönünden malî bakımından hukukî sonuçlarının kapsamına giren konular üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabildiklerinden, arabuluculuğa elverişlilik mevcutmuş gibi gözükse de, tarafların bu konularda yapacakları anlaşmaların geçerliliğini hâkimin onayına tâbi tutan TMK.m.184/f.I,b.5 hükmü, böyle bir yorum yapılmasını engellemektedir[54]. Bu çerçevede, böyle bir anlaşmanın hukuken geçerlilik kazanabilmesi için kanunen hâkimin onayı arandığından, taraflar ilgili konu üzerinde tasarruf yetkisine sahip olsalar bile, arabuluculuğa elverişlilikten söz edilemeyecektir. Taraflar, ilgili konular üzerinde anlaşma sağlamak amacıyla Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu çerçevesinde teknik anlamda bir arabuluculuk faaliyeti yürütemeseler de, Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun (AMK)'un 7. maddesinin 1. fıkrasında aile mahkemelerinin, önlerine gelen dava ve işlerin özelliklerine göre, esasa girmeden önce, aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması bakımından eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit ederek, bunların

halinde, aile içi şiddet iddiası bulunsa dahi, arabuluculuk sürecinden yararlanmalarına izin verilmesi gerektiğine ilişkin aksi görüş için bkz. **Akkaya**, Boşanma Davası, s.386-387. Arabuluculuğa uygun olan fer'i nitelikteki uyuşmazlıkların, aile içi şiddet iddiası içerse bile, taraf iradesi esas alınarak ihtiyarî arabuluculuğa uygun hale getirilmesi gerektiği hususunda bkz. Şamil **Demir**, Arabuluculuk İle Aile İçi Şiddet ve Uzlaşmaya Tâbi Suçların İlişkisi, ABD 2014/2, s.222. Aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklarda, aile arabuluculuğundan aile içi şiddetin tekrarını önleyecek bir unsur olarak yararlanılabileceği ve bu çerçevede aile arabuluculuğunun faydaları hakkında bkz. **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s.1514 vd. Bu görüş hakkında ayrıca bkz. Levent **Börü**, Kadına Karşı Şiddette Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler, TBBD 2017 Özel Sayı, s.190 vd.

53 **Kaplan Güler**, s.124,129 ve 141.

54 Doktrinde, TMK.m.184/f.I,b.5 çerçevesinde boşanmanın tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri maddî ve manevî tazminat, yoksulluk nafakası, malvarlığının tasfiyesi şeklindeki fer'i sonuçları ile tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacakları fer'i sonuçları arasında bir ayırım yapılıp, bu bağlamda anılan hükmün "*boşanma ve ayrılığın tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği fer'i sonuçlarına ilişkin anlaşmalar bakımından hâkimin onayı gerekir*" biçiminde anlaşılması gerektiği savunulmuştur. Çünkü, anılan görüşe göre ilgili hüküm, mevcut haliyle yorumlandığı takdirde arabuluculuğa elverişli olarak kabul edilen fer'i sonuçlar bakımından bile, hâkimin onayı aranacaktır (**Uyumaz/Erdoğan**, s. 151-152-dn:97). Kanaatimizce, TMK.m.184/f.I,b.5 hükmü son derece açık olup, böyle bir yorumda bulunulması son derece zorlayıcı olacaktır. Nitekim ilgili hüküm, boşanmanın fer'i sonuçları bakımından tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunup bulunamayacaklarına göre herhangi bir ayırım yapmamakta; fer'i sonuçlara ilişkin her türlü anlaşmayı, aile hukukunun kamu düzeni kökenli sosyal karakterini göz önünde bulundurarak, hâkimin onayına tâbi kılmaktadır. Boşanmanın tüm fer'i sonuçları bakımından hâkimin onayının aranmasının, arabuluculuk kurumunun amacıyla bağdaşmadığı; aile hukuku arabuluculuğuna ilişkin özel bir düzenleme yapılmasının daha isabetli olacağı hususunda ayrıca bkz. **Acar Ünal**, s.303.

sulh yoluyla çözümünü, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik edecekleri düzenlenmiştir. Bu çerçevede, açılmış olan bir boşanma davasında boşanmanın belirttiğimiz malî sonuçları üzerinde taraflar kendi aralarında anlaşabilecekleri gibi, hâkim de tarafları sulhe teşvik edebilecektir[55]. AMK.m.7/f.III'ün Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na yaptığı atıf gereği uygulama alanına sahip olan HMK.m. 140/f.II ve m.320/f.II uyarınca hâkim, tarafları arabulucuya başvuru hususunda da yönlendirebilecektir. Nitekim, burada hâkimin tarafları arabuluculuğa yönlendirmesi, sulhe teşvik ödevinin[56] de bir parçası olarak karşımıza çıkmaktadır[57].

Boşanma davası içinde ileri sürülebilecek olan maddî ve manevi tazminata, yoksulluk nafakasına, mal rejiminin tasfiyesine ilişkin bu taleplerin, boşanma davasından ayrı bir davaya konu edilmesi de mümkündür. TMK.m.184 hükmünün başlığının boşanmada yargılama usûlü olduğu göz önünde tutulduğunda, boşanmanın fer'i sonuçlarına ilişkin anlaşmaların hâkim tarafından onaylanmadıkça geçerli olmayacağına dair TMK.m.184/f.I,b.5 hükmünün, anılan taleplerin boşanma davasından sonra açılacak ayrı bir dava yoluyla ileri sürülmesi halinde uygulanmayacağı sonucuna ulaşılabilecektir. Nitekim, açılabilecek olan söz konusu davalar, boşanma davası olarak değerlendirilemeyeceğinden, ilgili hükmün tatbiki de mümkün olmayacaktır[58]. Bu çerçevede, boşanma kararının kesinleşmesinden sonra TMK.m.178 uyarınca bir yıl içinde ileri sürülebilecek olan boşanmanın malî sonuçlarına ilişkin talepler, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu bağlamında arabuluculuk faaliyetine konu

[55] Hâkimin sulhe teşvik faaliyetinin "yargısal arabuluculuk", yani "mahkeme içi arabuluculuk" olarak değerlendirilebileceği hususunda bkz. Melis **Taşpolat Tuğsavul**, Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 Sayılı Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde), Ankara 2012, s.82; Elif Kısmet **Kekeç**, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 2.Baskı, Ankara 2014, s.100-101; **Demircioğlu**, Aile Hukuku, s.55. Hâkimin burada adeta aile arabulucusu olarak hareket edebileceği hususunda bkz. Süha **Tanrıver**, Türk Aile Mahkemeleri, Ankara 2014, s.85. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, arabuluculuk faaliyetini ve arabulucunun niteliklerini açıkça düzenlediğinden, söz konusu faaliyetin arabuluculuk olarak değerlendirilemeyeceği hususunda bkz. Orhan **Dür**, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, 2.Baskı, Ankara 2018, s.87-dn:271. Eşlerin, üzerinde serbestçe tasarrufta bulunacakları konulara ilişkin olarak, dava içinde sulh olmaları halinde, bunun bir mahkeme içi sulh olması nedeniyle, TMK.m.184/f.I,b.5 uyarınca hâkimin onayının gerekmediği; yalnızca mahkeme dışında yapılan anlaşmalar bakımından anılan hükmün uygulanacağı hususunda bkz. Ergun **Önen**, Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972, s.45-46; **Uyumaz/ Erdoğan**, s.135.

[56] Aile mahkemelerinde hâkimin sulhe teşvikinin emredici nitelikte olduğu hususunda bkz. Seda **Özmumcu**, Uzakdoğu'da Arabuluculuk Anlayışı İle Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, 3.Baskı, İstanbul 2013, s.245.

[57] **Tanrıver**, s.85; **Akkaya**, Boşanma Davası, s.389-390. Bu bağlamda, hâkimin yalnızca tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri boşanmanın fer'i sonuçları bakımından, tarafları sulhe teşvik ve arabuluculuğa yönlendirme ödevinin bulunduğu hususunda bkz. **Tanrıver**, s.86; **Dür**, s. 88.

[58] **Uyumaz/Erdoğan**, s. 151-152-dn:97; **Akıntürk/Ateş Karaman**, s.282.

olabilecek[59] ve arabuluculuk neticesinde anlaşmaya varılması halinde, HUAK.m.18/f.II uyarınca icra edilebilirlik şerhi alınabilecektir[60].

II-Boşanmanın Çocuklar Yönünden Kişisel ve Malî Sonuçlarının Arabuluculuk Bakımından Değerlendirilmesi

A-Boşanmanın Çocuklar Yönünden Kişisel Sonuçlarının Arabuluculuk Bakımından Değerlendirilmesi

Boşanmanın çocuklar yönünden kişisel sonuçları, velâyetin düzenlenmesi ve velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocukla kişisel ilişkisinin kurulması şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

TMK.m.182/f.I'de mahkemenin, boşanma veya ayrılığa karar verirken, olanak bulundukça, anne ve babayı dinledikten, çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, anne ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenleyeceği belirtilmiştir. Anılan hükümden anlaşıldığı üzere, velâyetin düzenlenmesi hususunda hâkime geniş bir takdir yetkisi tanınmış; velâyetin eşlerden hangisine verileceği konusunda, belirli ve kesin ölçütler konulmamıştır[61]. Bu çerçevede, çocuğun boşanma sürecinden ve boşanmadan en az olumsuz şekilde etkilenmesini sağlayabilmek amacıyla, velâyetin düzenlenmesi bakımından özellikle çocuğun güvenliğinin ve yararının mutlaka gözetilmesi gerekmektedir[62].

TMK.m.323/f.I'de anne ve babadan her birinin, velâyeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahip oldukları düzenlenmiş; bunun paralelinde TMK.m.182/f.II'de, velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eş açısından çocukla kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim, ahlâk bakımından yararlarının esas alınması gerektiği belirtilmiştir. Anlaşıldığı üzere, kanun koyucu, bazı ölçütlere yer vererek, hâkime çocuğun kişisel yararı için en uygun olan çözümü bulması hususunda geniş bir takdir

---

[59] Dava sebebini oluşturan maddî vakıalardan birinin veya birkaçının aile içi şiddetin kapsamına giren eylemlerden oluşması halinde, bu dava sonunda verilen kararın kesinleşmesinden sonra ortaya çıkacak fer'i nitelikteki uyuşmazlıkların çözümü için arabuluculuk yoluna başvurulamayacaktır. Nitekim, fer'i nitelikteki uyuşmazlıklar da boşanma davasında ileri sürülen maddî vakıalara ve bunlar nedeniyle ortaya çıkmış olan asıl uyuşmazlığa dayanmaktadır (**Demir**, s.222).

[60] **Demircioğlu**, s.76; **Demircioğlu**, Aile Hukuku, s.56. Bu konuda ayrıca bkz. **Kaplan Güler**, s.125 ve 129.

[61] **Öztan**, s.780; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 145; **Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 310.

[62] Çocuğun güvenliği kavramıyla, çocuğun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlâkî, sosyal açıdan özgür ve haysiyet içinde gelişebilmesine imkân veren bir ortamın çocuğa sağlanması kastedilmektedir. Çocuğun yararı kavramı ise, çocuğun güvenliği kavramından daha objektif olup, çocuğun hem mevcut, hem de gelecekteki yararlarını ve haklarını kapsamakta; dolayısıyla çocuğun güvenliğinin korunmasına hizmet eden tüm yararları bu kavramın kapsamında yer almaktadır (Emine **Akyüz**, Çocukların Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 2.Bası, Ankara 2000, s.242; Ebru **Ceylan**, Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, İstanbul 2006, s.154-155).

yetkisi tanımıştır[63]. TMK.m.324/f.I'de ise, anne ve babadan her birinin, diğerinin çocuk ile kişisel ilişkisini zedelemekten, çocuğun eğitilmesini ve yetiştirilmesini engellemekten kaçınmakla yükümlü oldukları öngörülmüştür. İlgili hükümler ışığında bir sonuca varacak olursak, kişisel ilişkilerin kurulmasında çocuğun yararı gözetilmeli; çocuğun yaşı, bedensel ve ruhsal sağlığı, ahlâki yararı, okul durumu, kardeşlerin birbirlerini görebilmeleri, anne ve babanın yaşadıkları yer, izin durumları, annelik ve babalık duygularının tatmini, kişisel ilişkilerin süresi ve sıklığı, kişisel ilişkinin kurulma şekli ve çevre değişikliği gibi birçok husus birlikte değerlendirilmelidir[64].

TMK m. 182/f.I'de velâyetin düzenlenmesi hususunda anne ve babanın dinlenilmesinden söz edilmek suretiyle, taraf iradelerinin ortaya konulması amaçlanmış olmakla birlikte, velâyetin hangi eşe bırakılacağı hususunda eşler arasında yapılmış olan anlaşmanın hüküm ifade edebilmesi, TMK.m.184/f.I, b.5 uyarınca hâkim tarafından onaylanmasına bağlıdır. Velâyete ilişkin meselelerin kamu düzenine ilişkin olmasının doğal bir sonucu olarak, çocuk ile boşanan anne ve baba arasındaki ilişkilerin düzenlenmesi, HUAK.m.1/f.II bağlamında tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri konulardan olmadığından, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu hükümleri çerçevesinde arabuluculuk faaliyeti yürütülemeyecektir. Böyle bir anlaşmanın varlığı halinde, çocuğun güvenliğini ve yararını göz önünde bulunduracak olan hâkim, anlaşmanın tarafların gerçek ve samimi isteklerini yansıtıp yansıtmadığını, baskı unsuru oluşturan bir durumun mevcut olup olmadığını re'sen araştıracak ve bunun sonucunda anlaşmanın çocuğun lehine olacağı kanaatine vardığı takdirde anlaşmayı onaylayacaktır[65].

Velâyetin kullanılması kendisine verilen eş ile diğer eşin çocukla kişisel ilişkisinin ne şekilde kurulacağı hususunda aralarında anlaşmaları mümkündür. Ancak, söz konusu anlaşmanın geçerli olabilmesi için, TMK.m.184/f.I, b.5 uyarınca, hâkim tarafından onaylanması şart olduğundan, hâkim eşlerin aralarında yaptıkları bu anlaşmayla bağlı bulunmamaktadır[66]. Hâkim, söz konusu anlaşmayı uygun görmediği veya herhangi bir anlaşma yapılmadığı takdirde, boşanma kararında çocuğun velâyeti kendisine verilmeyen eş ile çocuk arasındaki kişisel ilişkiyi kendiliğinden düzenlemektedir. Velâyetin

---

63 **Kaplan Güler**, s.162.

64 Serdar **Çelikel**, Çocuk Haklarına Dair Uluslararası Sözleşmeler Işığında Boşanmanın Çocuklara İlişkin Hukuki Sonuçları, Ankara 2012, s.119. TMK m. 325/f.I uyarınca olağanüstü hallerin varlığı halinde, çocuğun menfaatine uygun düştüğü ölçüde, çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkının diğer kişilere, özellikle hısımlarına da tanınması mümkündür.

65 **Kaplan Güler**, s.181-182; **Demircioğlu**, s.76; **Karagözoğlu**, s.94; **Tazıcı**, s.101; **Öztan**, s.778 ve 785-786; **Tanrıver**, Medenî Usûl, s.269; **Tanrıver**, Arabuluculuk, s.61; **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s.1034. Velâyetin hangi eşe verileceği hususunda mutlaka hâkimin kararı arandığı gibi, TMK.m.348 vd. hükümleri uyarınca velâyetin kaldırılması hususunda da hâkimin kararı şarttır.

66 Ayrıca, çocuk ile kişisel ilişkiye yönelik bir düzenleme yapılıncaya kadar, velâyet hakkına sahip veya çocuk kendisine bırakılmış eşin rızası dışında kişisel ilişki kurulamayacağına ilişkin TMK.m.326/f.III hükmünden de anlaşıldığı üzere, çocukla kişisel ilişki kurulmasına mutlaka mahkeme karar verecektir.

düzenlenmesinde olduğu gibi, velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocukla kişisel ilişkisinin kurulması meselesi de kamu düzenine ilişkin olup, re'sen araştırma ilkesine tâbidir. O halde, ortada HUAK.m.1/f.II uyarınca tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacakları bir konu bulunduğundan, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu hükümleri çerçevesinde arabuluculuk faaliyetine de girişilmesi mümkün olmayacaktır[67]. Hâkim, velâyeti kendisine bırakılmayan eşin, çocuğu hangi gün ve saatlerde, hangi resmî ve dinî tatillerde görerek kişisel ilişki kuracağı hususunda eşlerin görüşlerini alabilecek olmakla birlikte, eşler tarafından ileri sürülen vakıalarla ve gösterilen delillerle bağlı olmaksızın, çocuğun üstün yararını gözeterek kararını verecektir[68].

Anlaşıldığı üzere, boşanmanın çocuklarla ilgili kişisel sonuçları kendiliğinden doğmamakta; hâkim tarafından re'sen düzenlenmektedir[69]. Her ne kadar taraflar belli konular hakkında aralarında anlaşmış bile olsalar, çocuğun bir taraftan toplum için taşıdığı önemi, onun korunmaya muhtaçlığını ve kendi sorunlarını çözmedeki çaresizliğini, haklarını koruyabilme yetisine sahip olmadığını düşünen kanun koyucu[70], ilgili sonuçların kamu düzeni karakterli olduğunu öngörmüş ve bu sonuçların kesin olarak ortaya çıkabilmesi için mutlaka hâkimin kararını aramıştır[71]. Dolayısıyla, ortada bir anlaşma bulunsa bile, söz konusu anlaşmanın eşlerin üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacakları konulara ilişkin olması sebebiyle, bireylerin iradesine doğrudan bir sonuç bağlanmamış ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu çerçevesinde arabuluculuk yolu kapatılmıştır.

Belirttiğimiz gibi, velâyetin düzenlenmesi ve velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocukla kişisel ilişkisinin kurulması hususunda Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu kapsamında teknik anlamda bir arabuluculuk faaliyeti yürütülemeyecek olmakla birlikte, eşlerin gerek boşanma davasının açılmasından evvel, gerekse davanın devamı sırasında çocuğun üstün yararını gözeterek

---

67 Çocukla kişisel ilişki kurulması hususunda, TMK m. 323 vd. hükümlerinde mutlaka hâkimin kararını gerektiren sınırlayıcı herhangi bir düzenleme bulunmadığı gerekçesiyle, bu konudaki uyuşmazlıkların arabuluculuk faaliyetine elverişli olduğuna ilişkin aksi görüş için bkz. Alper **Bulur**, 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Uygulaması Hakkında Değerlendirmeler, Prof.Dr.Ramazan Arslan'a Armağan, C.I, Ankara 2015, s. 502.

68 **Kaplan Güler**, s. 167; **Tazıcı**, s.95-96. Velâyet konusunda anne-babanın ve çocuğun görüşlerinin alınması suretiyle en iyi çözüme varılmaya çalışılması; çok ciddi sakıncalar bulunmadığı takdirde tarafların görüşlerinin dışında çözüm üretilmemesi gerektiği hususunda bkz. Muhammet **Özekes**, Pekcanıtez Usûl, Medenî Usûl Hukuku, Cilt III, 15.Bası, İstanbul 2017, s.2829; Hakan **Pekcanıtez**/Oğuz **Atalay**/Muhammet **Özekes**, Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 9.Bası, İstanbul 2021, s.636.

69 **Ceylan**, s. 151; **Ceylan**, Arabuluculuk, s. 4582.

70 **Kaplan Güler**, s. 167.

71 Ayrı bir aile arabuluculuğu kanunu yapılması halinde dahi, çocukların üstün yararının korunup korunmadığının dikkatle incelenmesi gerektiğinden, velâyet, kişisel ilişki kurulması gibi kamu düzenine ilişkin konularda son kararın daima mahkeme tarafından verilmesinin şart olduğu hususunda bkz. **Şimşek**, s.69.

ilgili hususlarda bir sonuca varıp anlaşabilmeleri için uzlaşma yoluna gitmeleri mümkündür. Burada, aile mahkemelerinin önlerine gelen dava ve işlerin özelliklerine göre, esasa girmeden önce, aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması bakımından eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit ederek, bunların sulh yoluyla çözümünü, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik edeceklerine ilişkin AMK.m.7/f.I hükmünün de dikkate alınması gerekmektedir. Kural olarak, tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri konularda sulh yoluna başvurmaları mümkün olmakta; serbestçe tasarrufta bulunamayacakları konularda ise, sulh yoluyla dava sona erdirilememekte; hâkim tarafların yaptıkları sulhle bağlı olmaksızın davaya devam edip bir karar vermekte; dava bu kararla sona ermektedir. Ancak, ilgili maddede belirtilen sulhun, Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinde düzenlenmiş olan davaya son veren taraf işlemlerinden olan sulhten farklı bir hukukî niteliği bulunduğu kabul edilmeli; teknik anlamda bir sulhun söz konusu olmadığı; tarafların uzlaştırılması ve barıştırılmasının amaçlandığı göz önünde tutulmalıdır[72]. Bu çerçevede, hâkim tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacakları konularda da onları uzlaşmaya teşvik etmelidir. Tarafların anlaşmaları halinde ise, söz konusu anlaşma yalnızca hâkimin kararına temel teşkil edebilecek; karara yön verebilecek; ancak dava yine de hâkimin vicdanî kanaati doğrultusunda vermiş olduğu kararla son bulacaktır[73]. Böylece, eşler arasında anlaşma sağlanması halinde çocuğun boşanma sürecini psikolojik açıdan en az zararla atlatması sağlanabilecek; evlilik birliğinin boşanmayla sona ermesinden sonra anne ve babanın birbirleriyle ve çocuklarıyla olan ilişkilerinin daha sağlıklı olmasına, çocuğun fizyolojik, psikolojik, ahlâkî ve sosyal açıdan gelişimini tehdit eden tehlikelerin ortadan kaldırılmasına katkıda bulunulabilecektir[74].

[72] Bahattin **Aras**, Aile Mahkemelerinde Tarafların Sulh Yoluyla Çözüme Teşviki, YD Temmuz 2005, C.XXXI, S.3, s. 304. İlgili düzenlemenin aile hukukundan doğan uyuşmazlıklarda, eşler arasındaki ilişkilerin çeşitli şekillerde sürdürülme zorunluluğu karşısında, uzlaşmaya ilişkin olduğu hususunda bkz. Gülgün **Ildır**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2003, s. 148.

[73] Hâkimin tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacakları konularda da onları sulhe teşvik etmesi gerektiği; tarafların sulh yoluyla anlaşmaları halinde ise, sulhün doğrudan hâkimi bağlayıp davayı sona erdirici bir etkiye sahip olmayacağı; hâkimin kararına yön vereceği; davanın mutlaka hâkimin vicdanî kanaati doğrultusunda vermiş olduğu kararla son bulacağı hususunda bkz. Erdal **Tercan**, Türk Aile Mahkemeleri, AÜHFD 2003, C.LII, S.3, s.47-48; **Uyumaz/Erdoğan**, s.136; Duygu **Dağlıoğlu**, Aile Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk, ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 2020/2, s.587.

[74] Tolga **Akkaya**, Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hakimin Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci (Aile) Danışmanlığı, ABD 2014/4, s.27-28; **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s.1027-1028. Boşanma sürecinde çocuğun menfaatlerinin korunabilmesi amacıyla, taraflar arasındaki iletişimin tekrar kurulabilmesi, çocuğun boşanma sürecinden olabildiğince en az şekilde etkilenmesinin sağlanabilmesi için, tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacakları konuların varlığına rağmen, eşlerin arabulucuya başvurulabilecekleri hususunda bkz. **Akkaya**, s.28; **Akkaya**, Boşanma Davası, s.389-390. Tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacakları konularda da aile arabuluculuğuna başvurulabileceği, ancak arabuluculuk sonunda yapılan anlaşmanın hâkimin onayıyla geçerlilik kazanabileceği hususunda bkz. **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s.1043. Bu çerçevede, arabuluculuğun boşanmanın çocuklar

B-Boşanmanın Çocuklar Yönünden Malî Sonuçlarının Arabuluculuk Bakımından Değerlendirilmesi

Boşanmanın çocuklar yönünden malî sonuçları çocuğun giderlerini karşılama ve iştirak nafakası ödeme yükümlülüğü olarak karşımıza çıkmaktadır.

TMK.m.327/f.I'de çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderlerin anne ve baba tarafından karşılanacağı düzenlenmiştir. Boşanmadan önce anne ve babanın bu yükümlülüğü birlikte yerine getirmeleri gerekirken, boşanmadan sonra çocuğun velâyetinin anneye veya babaya bırakılmasının sonucu olarak, anne ve baba ayrı ayrı söz konusu yükümlülüğe tâbidirler[75].

Velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen annenin veya babanın, velâyetin kendisine bırakıldığı anneye ya da babaya çocuk için iştirak (bakım) nafakası ödeme yükümlülüğü bulunmaktadır. TMK.m.182/f.II.c.2'de velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorunda olduğu düzenlenmiştir. Bu çerçevede, velâyet hakkı kendisine bırakılan tarafın çocuğun bakımı ve eğitimi için gerekli harcamaları yapma yükümlülüğü devam etmekle birlikte, velâyet kendisine bırakılmayan taraf da çocuğun bakımı ve eğitimi için kendi malî gücü oranında katkıda bulunarak, nafaka ödemekle yükümlü tutulmaktadır[76]. İştirak nafakasının kapsamı, taraflar aralarında miktar hususunda anlaşamadıkları takdirde, hâkim tarafından belirlenmekte[77]; TMK.m.330'da belirtildiği üzere, nafaka miktarının tespitinde çocuğun ihtiyaçları ve gelirleri, anne ile babanın hayat şartları ve ödeme güçleri göz önünde bulundurulmaktadır.

Taraflar, çocuğun giderlerinin ne şekilde karşılanacağı, nafaka miktarı, nafakanın arttırım oranı, nafakanın hangi cins parayla ödeneceği hususlarında aralarında anlaşabilmekle birlikte, böyle bir anlaşmanın geçerliliği, TMK.m.184/f.I, b.5'e göre, hâkim tarafından onaylanmasına bağlıdır. Çocukların bakım ve eğitim giderlerinin karşılanmasına ilişkin düzenleme getiren Türk Medenî Kanunu'nun 327 ve devamı hükümleri, çocuğun korunmasına yönelik olduğundan, kamu düzenine ilişkindir. Bu bağlamda, hâkim tarafların yükümlülüklerini, özellikle de iştirak nafakasının ne biçimde ve nasıl ödeneceğini, nafaka yükümlüsünün şartlarını ve çocuğun yararını göz önünde bulundurarak, belirleyecek; taraflarca talep edilmemiş bile olsa iştirak nafakasına re'sen

---

üzerindeki sonuçlarını düzenlemeye yönelik bir faaliyetten ibaret olup, boşanmanın mümkün olduğunca çekişmeden uzak, uzlaşmaya dayalı bir biçimde gerçekleşmesini sağlamaya yönelik olduğu hususunda bkz. **Demircioğlu**, s.74. Aile arabuluculuğu hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Mustafa **Özbek**, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin "Aile Arabuluculuğu" Konulu Tavsiye Kararı, DEÜHFD 2005, C.VII, S.2, s. 74 vd.; **Akkaya**, s. 26 vd. ; **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s.1028 vd.

[75] **Ceylan**, s.176.

[76] **Öztan**, s.795; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s.149; **Akıntürk/Ateş**, s.316. İştirak nafakasına ilişkin olarak, boşanma davası sırasında talepte bulunulabileceği gibi, sonradan ayrı bir davayla da talepte bulunulabilecektir (**Akıntürk/Ateş**, s.317-318; **Erdem/Makaracı Başak**, s.185).

[77] **Ceylan**, s.181.

hükmedebilecektir[78]. O halde, boşanmanın çocuklara ilişkin malî sonuçlarına ilişkin bu konular üzerinde, HUAK.m.1/f.II uyarınca, taraflar serbestçe tasarrufta bulunamayacaklarından, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu hükümleri çerçevesinde arabuluculuk faaliyetine de girişemeyeceklerdir[79].

Tıpkı boşanmanın çocuklarla ilgili kişisel sonuçlarında olduğu gibi, malî sonuçları da kendiliğinden doğmamakta; hâkim tarafından re'sen düzenlenmektedir[80]. Yukarıdaki açıklamalarımızda belirttiğimiz üzere, kanun koyucu çocuğun hem toplum için taşıdığı önemi, hem de korunmaya muhtaçlığını ve kendi sorunlarını çözmedeki çaresizliğini, haklarını koruyabilme yetisine sahip olmadığını düşünerek[81], söz konusu sonuçların kamu düzenine ilişkin olduğunu ortaya koymuş ve bu sonuçların varlık kazanabilmesi için hâkimin kararını gerekli görmüştür. Taraflar, ilgili hususlar hakkında aralarında anlaşmış bile olsalar, anlaşmanın konusu üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacaklarından, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu çerçevesinde arabuluculuk yoluna başvurulmasına izin verilmemiştir. Ancak, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na göre teknik anlamda bir arabuluculuk faaliyetinin gerçekleştirilmesi mümkün olmamakla birlikte, çocuğun boşanma sürecinden psikolojik açıdan olabildiği ölçüde etkilenmemesi amacıyla, uzmanlardan da yardım alınarak, eşler arasında uzlaşma yoluna gidilebilecek; bu sayede bir anlaşma sağlanmaya çalışılabilecektir. Tarafların uzlaşmaları halinde ise, söz konusu anlaşma yalnızca hâkimin kararının oluşmasına yardımcı olacak; hâkim çocuğun üstün yararını da gözeterek son kararı daima kendisi verecektir.

SONUÇ

Boşanmanın eşler yönünden kişisel sonuçları, evlilik birliğinin sona ermesi, kadın hakkında bekleme süresinin başlaması, eşlerin kişisel durumlarında değişiklik meydana gelmesi, eşlerin birbirlerinden olan alacakları hakkında zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması, eşlerin birbirlerine karşı mirasçılık sıfatını kaybetmeleridir.

---

78 **Öztan**, s.795-796.
79 **Kaplan Güler**, s.193; **Tanrıver**, Medenî Usûl, s.270-dn:77; **Tanrıver**, Arabuluculuk, s.61-dn:80.
80 **Ceylan**, s. 151.
81 **Kaplan Güler**, s. 193.

Boşanma kararının kesinleşmesiyle, eşler arasında kurulmuş olan evlilik birliği sona erip, TMK.m.185 uyarınca, evlilik birliğinin eşler bakımından öngörmüş olduğu haklar ve yükümlülükler de kendiliğinden ortadan kalktığından, söz konusu haklar ve yükümlülükler de arabuluculuğa konu olamayacaktır. Kadının bekleme süresine tâbi tutulması, soybağı karışıklıklarının önlenmesini amaçlayan, kamu düzenine ilişkin tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacakları bir çekişmesiz yargı işi olduğundan, burada arabuluculuğa elverişlilikten söz edilemeyecektir. Eşlerin kişisel durumlarında değişiklik meydana gelmesi çerçevesinde,TMK.m.173/f.II uyarınca boşanmış olan kadın, hâkimin kararıyla, boşandığı kocasının soyadını taşıyabilmektedir. Ancak, hâkimin kararının arandığı bu gibi konularda da, arabuluculuğa başvuru yolu kapalıdır. Boşanmayla kural olarak olarak eşlerin mirasçılık sıfatı ortadan kalkmakla birlikte, tarafların aralarında yapacakları bir anlaşmayla bunun aksini kararlaştırmaları mümkündür. Böyle bir anlaşmanın geçerlilik kazanabilmesi ise, TMK.m.184/f.I, b.5'e göre hâkimin onayına bağlı olduğundan, ortada arabuluculuğa elverişli bir konu da bulunmamaktadır.

Boşanmanın eşler yönünden malî sonuçları maddî ve manevî tazminat, yoksulluk nafakası, mal rejiminin tasfiyesinden doğan alacak talepleridir. Söz konusu talepler üzerinde taraflar serbestçe tasarrufta bulunabildiklerinden, anılan taleplerin arabuluculuğa elverişli olduğu doktrinde kabul edilmektedir. Ancak, tarafların bu hususta yapacakları anlaşmalar, TMK.m.184/f.I,b.5 uyarınca, hâkimin onayıyla geçerlilik kazandığından, arabuluculuğa elverişlilikten söz etmek mümkün olmayacaktır. Açılmış olan bir boşanma davasında, boşanmanın malî sonuçları üzerinde taraflar kendi aralarında anlaşabilecekler; AMK.m.7/f.I'e göre hâkim de tarafları sulhe teşvik edebileceği gibi, AMK.m.7/f.III'ün atfıyla uygulanacak olan HMK.m. 140/f.II ve m.320/f.II bağlamında onları arabulucuya başvurmaya da yönlendirebilecektir. Boşanma kararının kesinleşmesinden sonra,TMK.m.178 bağlamında, bir yıl içinde ileri sürülebilecek olan boşanmanın malî sonuçlarına ilişkin talepler hakkında ise, ortada herhangi bir boşanma davası bulunmadığından, TMK.m.184/f.I,b.5 hükmü uygulanmayacak ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu çerçevesinde arabuluculuk faaliyeti yürütülebilecektir.

Boşanmanın çocuklar yönünden kişisel sonuçları, velâyetin düzenlenmesi ve velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocukla kişisel ilişkisinin kurulması iken; malî sonuçları, çocuğun giderlerini karşılama ve iştirak nafakası ödeme yükümlülüğüdür.

Boşanmanın çocuklar yönünden kişisel ve malî sonuçlarına ilişkin meselelerin kamu düzenine ilişkin olmasının doğal bir sonucu olarak, ortada tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri bir konu bulunmadığından, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu hükümleri çerçevesinde arabuluculuk faaliyetine girişilemeyecektir. Tarafların anılan hususlarda aralarında anlaşmaları mümkün olmakla

birlikte, TMK.m.184/f.I, b.5 uyarınca, taraflarca yapılan anlaşmayla bağlı olmayan hâkim, re'sen araştırma ilkesi çerçevesinde çocuğun üstün yararını gözeterek, son kararı daima kendisi verecektir.

Belirttiğimiz konularda, teknik anlamda bir arabuluculuk faaliyeti yürütülemese de, eşler gerek boşanma davasının açılmasından evvel, gerekse dava sırasında ilgili hususlarda anlaşabilmek için uzlaşma yoluna gidebileceklerdir. Bu çerçevede, AMK.m.7/f.I'de düzenlenmiş olan sulh kurumunun, burada farklı bir hukukî niteliği haiz olduğu kabul edilmeli; tarafların uzlaştırılması ve barıştırılmasını amaçlayan bir işleve sahip olduğu dikkate alınmalıdır. Böylece, anılan hüküm bağlamında hâkim, çocuğun boşanma sürecini psikolojik açıdan en az zararla atlatabilmesi, evlilik birliğinin boşanmayla sona ermesinden sonra anne ve babanın birbirleriyle ve çocuklarıyla olan ilişkilerinin daha sağlıklı olabilmesi amacıyla, uzmanlardan da yardım alınarak, belirttiğimiz konularda da tarafları uzlaşmaya teşvik etmelidir. Taraflar anlaşabildikleri takdirde, böyle bir anlaşma hâkimin kararına yön verebilmekle birlikte, dava mutlaka hâkimin vicdanî kanaatine göre vereceği kararla sona erecektir.

KAYNAKÇA

Acar Ünal Özlem, Benimle Boşanır Mısın?!, Boşanmanın Hukuki Sonuçları Bakımından Arabuluculuğun Uygulanabilirliği, Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu Bildiri Tam Metin Kitabı, Editörler: **Yeşilırmak** Ali / **Bozkurt Gümrükçüoğlu** Yeliz / **Yakacak** Gülnihal Ahter / **Kafalı** Ömer Faruk, İstanbul 2021, s.285-307.

Akıntürk Turgut / **Ateş** Derya, Türk Medeni Hukuku, II. Cilt, Aile Hukuku, 24. Baskı, İstanbul 2022.

Akkaya Tolga, Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalarveya Hakimin Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci (Aile) Danışmanlığı, ABD 2014/4, s. 23-61.

Akkaya Tolga, Medenî Usûl Hukuku Bakımından Boşanma Davası, Ankara 2017. (**Kısaltma:** Akkaya, Boşanma Davası)

Akyüz Emine, Çocukların Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 2.Bası, Ankara 2000.

Aras Bahattin, Aile Mahkemelerinde Tarafların Sulh Yoluyla Çözüme Teşviki, YD Temmuz 2005, C.XXXI, S.3, s. 303-310.

Barut Ahmet, Hukuki Uyuşmazlıkların Çözümünde Arabuluculuğun Faaliyet Sınırının Belirlenmesi, İBD 2014, C.LXXXVIII, S.1, s.81-88.

Börü Levent, Kadına Karşı Şiddette Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler, TBBD 2017 Özel Sayı, s.173-197.

Börü Levent, Aile Arabuluculuğu Konusunda Güncel Gelişmeler, II.Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu, Editörler: **Gökalp Alıca** Süheyla Suzan / **Basa** Necdet, Ankara 2019, s.1043-1061.

Bulur Alper, 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Uygulaması Hakkında Değerlendirmeler, Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, C.I, Ankara 2015, s.499-514.

Ceylan Ebru, Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, İstanbul 2006.

Ceylan Ebru, Türk Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk, Legal HD Ekim 2018, S.190, s. 4561-4588. (**Kısaltma:** Ceylan, Arabuluculuk)

Çelikel Serdar, Çocuk Haklarına Dair Uluslararası Sözleşmeler Işığında Boşanmanın Çocuklara İlişkin Hukuki Sonuçları, Ankara 2012.

Dağlıoğlu Duygu, Aile Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk, ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 2020/2, s.551-582.

Demir Şamil, Arabuluculuk İle Aile İçi Şiddet ve Uzlaşmaya Tâbi Suçların İlişkisi, ABD 2014/2, s.211-228.

Demircioğlu **Huriye Reyhan,** Aile Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Uygulanabilirliği, TAAD Ekim 2015, S.23, s. 45-84.

Demircioğlu H.Reyhan, 6325 Sayılı Kanun'un Aile Hukuku Uyuşmazlıklarında Uygulanabilirliği, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, 6-7 Aralık 2018, Ankara 2019, s.53-56. (**Kısaltma:** Demircioğlu, Aile Hukuku)

Dural Mustafa / **Öğüz** Tufan/ **Gümüş** Mustafa Alper, Aile Hukuku, Türk Özel Hukuku, C.III, Aile Hukuku, 16. Bası, İstanbul 2021.

Dür Orhan, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, 2.Baskı, Ankara 2018.

Ekmekçi **Ömer/** Özekes **Muhammet/**Atalı **Murat/** Seven **Vural, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Baskı, İstanbul 2019.**

Elçin Grassinger **Gülçin,** Boşanma Davasında Eşlerin Boşanmanın Tali Sonuçlarına İlişkin Konularda Anlaşma Yapmaları ve Konu İle İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararı, İHFM 1997, C.LV, S.3, Prof.Dr. Türkan Rado'ya Armağan, s.235-242.

Erdem Mehmet, Özel Hukukta Zamanaşımı, İstanbul 2010.

Erdem Mehmet / **Makaracı Başak** Aslı, Aile Hukuku, Ankara 2022.

Ildır Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2003.

Kaplan Güler Beyhan, Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk, İstanbul 2014.

Karagözoğlu Nursen, Aile Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa Elverişlilik, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi-Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), Ankara 2017.

Öcal Mesut, Yoksulluk Nafakasının Süresi, İstanbul 2019.

Önen Ergun, Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972.

Özbek Mustafa, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin "Aile Arabuluculuğu" Konulu Tavsiye Kararı, DEÜHFD 2005, C.VII, S.2, s.71-102.

Özbek Mustafa, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 5.Baskı, Ankara 2022. (**Kısaltma:** Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü)

Özekes Muhammet, Pekcanıtez Usûl, Medenî Usûl Hukuku, Cilt III, 15.Bası, İstanbul 2017.

Özmumcu Seda, Uzakdoğu'da Arabuluculuk Anlayışı İle Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, 3.Baskı, İstanbul 2013.

Öztan Bilge, Aile Hukuku, 6.Bası, Ankara 2015.

Pekcanıtez Hakan/**Atalay** Oğuz/**Özekes** Muhammet, Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 9. Bası, İstanbul 2021.

Şimşek Erdem, Aile Hukuku'na İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümü İçin Düzenlenmesi Gereken, Ayrı Bir Arabuluculuk Kanunu İle İlgili Değerlendirme, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, 6-7 Aralık 2018, Ankara 2019, s.57-76.

Tanrıver Süha, Türk Aile Mahkemeleri, Ankara 2014.

Tanrıver Süha, Medenî Usûl Hukuku, C.II, 2.Bası, Ankara 2022. (**Kısaltma:** Tanrıver, Medenî Usûl)

Tanrıver Süha, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, 2.Bası, Ankara 2022. (**Kısaltma:** Tanrıver, Arabuluculuk)

Taşpolat Tuğsavul Melis, Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 Sayılı Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde), Ankara 2012.

Tazıcı Hande, Boşanmanın Hukuki Sonuçlarına İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi-Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), Ankara 2019.

Tercan Erdal, Türk Aile Mahkemeleri, AÜHFD 2003, C.LII, S.3, s.19-53.

Uyumaz **Alper** / Erdoğan **Kemal,** Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif ÇözümYolları, DEÜHFD 2015, C. XVII, S. 1, s.119-169.

DİJİTAL SOSYAL MEDYADA VELİLERİN ÇOCUK HAKKINDAKİ PAYLAŞIMLARI VE HUKUKA UYGUNLUK NEDENİ OLARAK ÇOCUĞUN RIZASI

Dr. Öğr. Üyesi Doğa Ekrem DOĞANCI*
Öğr. Gör. Musa CAN**

Özet

Dijital alandaki kullanımın çok yaygınlaştığı günümüzde gerek bizzat çocuklar tarafından, gerekse de çocuklar hakkında onların aileleri tarafından artan oranda çeşitli işlemler yapılmaktadır. İnceleme konumuz açısından velilerin çocukları hakkında dijital ortamda yaptıkları paylaşımlardan öncelikle çocukların resmi, sesi, özel hayatının gizliliği, onuru gibi şahıs varlığı değerleri etkilenebilmektedir. Bunun yanında veliler çocuğun malvarlığını da doğrudan veya dolaylı şekilde etkileyebilecek işlemler de yapılabilmektedir. Çocukların şahıs ve malvarlığı değerlerine yapılan söz konusu müdahale belli durumlarda hukuka aykırılık teşkil edebilmektedir. Söz konusu durum toplumumuzun en korunmaya muhtaç gruplarından biri olan çocuklar ve gençleri etkileyebilmektedir. Biz de incelememizin ilk kısmında genel hatlarıyla hangi durumlarda çocuğun şahıs ve malvarlığı değerlerine müdahale suretiyle bir hukuka aykırılığın olabileceğini irdeleyeceğiz.

İncelemenin ikinci kısmında ise bir hukuka uygunluk nedeni olarak çocuğun rızası üzerinde bazı değerlendirmelerimizi aktaracağız. Çocuğun rızasına ilişkin bir incelemede öncelikle hukuki işlem öğretisine ilişkin temel esaslar ile çocuk haklarına ilişkin temel ilkelere hassasiyetle yaklaşılmalıdır. Öte yandan böyle bir incelemede çeşitli ayrımlar ve ölçütler dikkate alınabilir. Bunlar arasında öncelikle çocuğun sınırlı ve tam ehliyetsiz olması durumu zikredilebilir. Genellikle çocuğun sınırlı ehliyetsiz olduğu tespiti yeterli olmamakta, ayrıca çocuğun somut yaşı, durumu, algılama imkanı vb. olguların dikkate alınması nisbi bir kavram olan ayırt etme gücünün tespitinde önem taşımaktadır. Bunun gibi işleme konu olan değerlerin şahıs veya malvarlığı olması temel ayrımı kadar, söz konusu değerlerin bunların altında yer alan hangi alt ayrıma dahil olduğu da önemlidir. Çocuğun rızasına ilişkin incelememizi esas olarak medeni kanun hükümlerini dikkate alarak bazı önerilerimizi paylaşacağız. Bu bağlamda tamamlayıcı olarak kişisel verilerin korunması hukukuna ve telif hukukuna yönelik açıklamalar da yapacağız.

Anahtar Kelimeler: Sosyal Medya, Çocuk Hakkındaki Paylaşımlar, Çocuğun Şahıs Değerleri, Çocuğun Malvarlığı Değerleri, Çocuğun Rızası.

* Sakarya Üniversitesi
** Sakarya Uygulamalı Bilimler Üniversitesi

PARENTS' SHARING ABOUT THE CHILD ON DIGITAL SOCIAL MEDIA AND THE CHILD'S CONSENT AS A REASON FOR LEGAL COMPLIANCE

Abstract

In today's world, where the use of the digital field has become very widespread, various actions are increasingly carried out by the children themselves and by their families about the children. In terms of the subject of our review, personal property values such as children's picture, voice, privacy and honor of their private life can be affected primarily by the sharing of parents about their children in the digital environment. In addition, parents can also take actions that may directly or indirectly affect the child's assets. The said intervention to the personal and property values of children may constitute a violation of the law in certain situations. This situation can affect children and youth, one of the most vulnerable groups in our society. In the first part of our review, we will examine in general terms in which cases an illegality may occur by interfering with the personal and property values of the child.

In the second part of the review, we will convey some of our evaluations on the consent of the child as a reason for compliance with the law. In an examination on the consent of the child, first of all, the basic principles of legal action doctrine and the basic principles of children's rights should be approached with sensitivity. On the other hand, various distinctions and criteria can be taken into account in such an examination. Among these, first of all, the situation of the child being limited and completely incapable can be mentioned. Generally, the determination of the child's limited incompetence is not sufficient, moreover, the concrete age of the child, the situation, the possibility of perception, etc. Considering the facts is important in determining the power of discrimination, which is a relative concept. As well as the basic distinction that the values subject to the transaction are persons or assets, it is also important which sub-division under which the said values are included. We will share some of our suggestions, mainly taking into account the provisions of the civil law, in our examination of the consent of the child. In this context, we will also make explanations on the law of protection of personal data and copyright law as a complement.

Keywords: Social Media, Sharing About the Child, Personal Values of the Child, Values of the Child's Property, Consent of the Child.

GİRİŞ

Dijital ortamdaki faaliyetler çocuklar yönünden çeşitli riskler barındırır. Bu riskler üçüncü kişilerden kaynaklanabileceği gibi bizzat çocuğun menfaatlerini korumakla yükümlü olan velilerinden de kaynaklanabilir. Günümüzde ana ve babalar bilinçli veya bilinçsiz paylaşımları ile kendi çocuğunun kişilik hakkını ihlal etmektedir. Bu kapsamda

özellikle ailenin çocuk hakkında yaptığı paylaşımlar incelenebilir. Bu paylaşımlar genellikle ebeveynler tarafından çocukların rızası olmaksızın yapılmaktadır. Bu durum çocukların ileride kendi dijital kimliklerini oluşturmasını engelleyerek, kişilik hakkı kapsamında yer alan özel hayata müdahale teşkil etmektedir[82].

Biz de aşağıda öncelikle velayet hakkı kullanımının dijital alandaki bazı sınırlarını aktaracağız. Açıklamalarımızın merkezinde velilerin dijital ortamda çocukları hakkında yaptıkları paylaşımlar yer almaktadır. Bu bağlamda bir hukuka uygunluk nedeni olarak çocuğun rızasını irdeleyeceğiz. Özellikle çocuğun rızası kavramının TMK yanında kişisel veri koruma hukuku ve telif hukuku yönünden özellik arz ettiği bazı hususlara da tamamlayıcı olarak aşağıda işaret edeceğiz. Daha sonra bazı önerilerimizi paylaşacağız. Açıklamalarımıza velilere karşı başvurulabilecek bazı hukuki imkanlar ile son vereceğiz.

I. VELİLERİN DİJİTAL ORTAMDA ÇOCUKLARI HAKKINDA YAPTIKLARI PAYLAŞIMLAR

Veliler günümüzde çocuklarının çok farklı bilgilerini dijital sosyal medyada paylaşmaktadırlar. Hatta bu paylaşımlar daha çocukları doğmadan önce ultrason fotoğraflarının paylaşımı suretiyle başlamaktadır[83]. Facebook, instagram vb. sosyal medya platformlarında paylaşılan çocuk fotoğraflarıyla sıklıkla karşılaşmaktayız. Bu bağlamda örneğin geçmiş yıllarda Amerika'da yapılan bir araştırma, iki yaşın altındaki çocukların %90'dan fazlasının fotoğraflarının sosyal medyada paylaşıldığını bizlere göstermektedir[84]. Bunun gibi örneğin Londra'da yürütülen başka bir projede velilerin %72'sinin çocuklarının fotoğraf ve videolarını paylaştıklarını göstermektedir[85]. Biz de velilerin dijital ortamda çocukları hakkında yaptıkları paylaşımları velayetin sınırları bağlamında sıklıkla inceleme konusu yapılan fotoğraf ve video paylaşımı örneği üzerinden aktaracağız. TMK'da ayrıca bir hükümde düzenlenmiş olmamakla birlikte bir kişiyi dışarıya yansıtan karikatür, video, fotoğraf gibi görünüm şekillerini ifade etmek üzere resim üzerindeki haktan bahsedilmekte ve bunun da kişilik değerlerine dahil olduğu kabul edilmektedir[86]. Biz de açıklamalarımızda fotoğraf ve video gibi paylaşımlara karşılık gelmek üzere resim ifadesini kullanacağız. Velilerin sosyal ağlarda kendi çocuklarının fotoğrafları veya videolarını paylaşmaları durumunun yerindeliğinin ahlaki

[82] Erdoğan, C. (2019). Çocukların kişisel verilerinin korunması (sosyal medya örneği kapsamında). D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, C21, s. 2448.
[83] Gültekin, E. (2018). Çocuğun kişilik hakkının ana-baba tarafından sosyal medya aracılığıyla ihlalinin hukuki görünümü, Çocuk ve Medeniyet, CIII (5), 103-143, s. 114.
[84] Söz konusu araştırma için bkz. LaFrance, A. (2016). The Perils of 'Sharenting. All those Facebook photos are cute—but how are they affecting the kids?. The Atlantic. https://www.theatlantic.com/technology/archive/2016/10/babies-everywhere/502757/ adresinden erişildi. (E.T:6.10.2016).
[85] Gültekin, s. 114.
[86] Oğuzman, M. K., Seliçi, Ö. ve Oktay Özdemir S. (2018). Kişiler hukuku: gerçek ve tüzel kişiler. İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 618 vd.; Dural, M. ve Öğüz, T. (2021). Türk özel hukuku (kişiler hukuku). İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 699 vd.

ve etik boyutunun yanı sıra hukuki boyutu da önem taşır. Biz de bu konuyu genel hatlarıyla medeni hukuk boyutuyla aktaracağız. Tamamlayıcı olarak kişisel veri koruma hukuku ve telif hukuku yönüyle bazı boyutlarına işaret edeceğiz.

Ana ve baba, üçüncü kişilere karşı velâyetlerinin yürütümünde çocuklarının yasal temsilcisidirler (TMK m. 342 f. 1). Velayet sadece bir hak değil, aynı zamanda bir yükümlülük olarak kabul edilmekte olup, çocuğu kendinden sorumlu ve sosyal olarak yetkin bir kişilik haline getirmek için eğitmek hedefine yönelik olmalıdır[87]. Velayetin gereği gibi yürütümüne ilişkin yapılacak değerlendirmede söz konusu paylaşımın amacı da dikkate alınmalıdır. Bu anlamda velileri velayeti yürütümünde çocuğun malvarlığı ve şahıs varlığı değerlerinin korunmasını gözetmeleri gereklidir.

Özellikle bu tarz bir paylaşım ekonomik bir amaç güdüyorsa burada çocuğun malvarlığı menfaatlerinin korunması ilkesinin gözetilmesi özel bir önem taşır[88]. Gerçekten de anne ve babanın "*İnfluencer*" (etkileyen/ etki altına alan kişi) olarak çok sayıda (bazen milyonlara varan) ve artan sayıda takipçisinin olmasıyla birlikte, bazen markalarla işbirliği içinde çocuğuna ilişkin yaptığı paylaşımlarla ciddi bir gelir elde etmesi mümkündür[89]. Bunun gibi örneğin çocuk fotoğraflarının bir çiftliğin internet sitesinde[90] veya bir kuaförün facebook ve instagram hesabında[91] paylaşılması ticari bir kullanıma örnek olarak gösterilebilir. Ancak belirtebiliriz ki velilerin yaptığı bu paylaşım onların menfaati ile çocuğun menfaatlerinin çatışması olarak kabul edilebildiği takdirde bir kayyım atanması ve hakimin onayının aranması söz konusu olur[92].

Kişilik hakkı dinamik bir kavram olup, çeşitli değerleri içinde barındırır[93]. Kişilik hakları mutlak haklardan olup[94], herkese ve bu kapsamda bir çocuğun kendi velilerine karşı da korunur. TMK'da açıkça düzenlenmemekle birlikte, kişilik değerlerine dahil olduğu kabul edilen, kişinin dış dünyaya yansıyan fotoğraf, video, karikatür vb. her türlü görünüm şeklini ifade eden resim üzerindeki kişilik hakkı zikredilebilir. Yukarıda da aktardığımız üzere kişilik değerlerine dahil olduğu kabul edilen, kişinin dış dünyaya yansıyan fotoğraf, video, karikatür vb. her türlü görünüm şeklini ifade eden resim

---

[87] Krş Huber, P. (2020). BGB § 1626, 1626a, 1631, 1632. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 10: Familienrecht II, §§ 1589-1921, SGB VIII, 8. Auflage. München: Beck Verlag, N. 7; Veit, B. (2019). BGB § 1626, 1646, 1666. Beck'sche Online-Kommentare BeckOK BGB Buch 4. Familienrecht, 54. Auflage. München: Beck Verlag, N. 4.

[88] Leeb, C., M./ Starnecker, T. (2021). Rechtliche Grenzen des digitalisierten Alltags von Eltern und Kindern Ein Überblick anhand von Beispielen aus der Rechtsprechung. Neue Zeitschrift für Familienrecht, 21, 97-101, s. 98.

[89] NTV Haber. (2021). Influencer nedir, ne demek? (Influencer ne iş yapar?). https://www.ntv.com.tr/yasam/influencer-nedir-ne-demek-influencer-ne-is-yapar,wLK4-R66yEe0BvCTsODqvw adresinden erişildi. (ET:07.06.2022)

[90] OLG Oldenburg NJW-RR 2018, 1134 (1135).

[91] OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.7.2021 – 1 UF 74/21, BeckRS 2021, 22062.

[92] TMK m 345: "*Çocuk ile ana veya baba arasında ya da ana ve babanın menfaatine olarak çocuk ile üçüncü kişi arasında yapılacak bir hukukî işlemle çocuğun borç altına girebilmesi, bir kayyımın katılmasına ve hâkimin onayına bağlıdır*".

[93] Öztan, B. (2021). Kişiler hukuku gerçek kişiler. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 226, 252 vd.; Oğuzman, M. K. ve Öz, T. (2014). Borçlar hukuk genel hükümler CII. İstanbul: 2014, s. 576.

[94] Helvacı, S. (2013). Gerçek Kişiler. İstanbul: Legal Yayıncılık, s. 109.

üzerindeki kişilik hakkı bu kapsamda zikredilebilir. Ailenin paylaşımları özellikle çocuğunun kişilik hakkını da etkileyebilmektedir. Bu bağlamda çocuğun sosyal kişilik değerleri[95] arasında yer alan çocuğun resmi üzerindeki kişilik hakkı zikredilebilir. Çocuğun da resimlerinin (fotoğraf, video vb.) paylaşımı çocuğun resmi üzerindeki kişilik hakkı yanında şeref ve haysiyetini de ihlal edebilir[96]. Bunun yanında çocuğun resminin paylaşımı onun yaşam alanı üzerindeki kişilik hakkını etkileyebilir. Şöyle ki bir çocuğun resmi şimdi veya ileride paylaşmak isteyeceği kitlenin kim olduğuna dikkate alınarak (baskın görüşün ve uygulamanın kabul ettiği üç alan teorisine göre[97]) genel, özel veya gizli alanına ilişkin olabilir. Özellikle velilerin paylaştığı resimleri, çocuğun yakınları ile (özel alan) veya sadece hiç kimseyle veya çok daha sınırlı sayıda yakını ile paylaşacağı (gizli alanı) kabul ediliyorsa bu durum çocuğun kişilik değerleri arasında yer alan özel hayatının gizliliğini (ÇHS m.1631; İHEB m.1230, AİHS m.832) ihlal edecektir.

Ailenin dijital ortamdaki paylaşımları suretiyle çocuğun kişilik haklarını ihlalinin ağırlığı analog ortamdakine kıyasla çok daha fazladır. Şöyle ki öncelikle çocuğun dijital ortamda paylaşılan fotoğraf veya videolarına üçüncü kişiler[98]çok daha rahat erişebilmektedirler. Hatta teknolojinin gelişimiyle, büyük veri teknolojileri, kuantum bilgisayarların kullanımı vb. ile her geçen gün veri güvenliği daha da endişe edici bir duruma gelmektedir. Bunun yanında velilerin paylaşmış olduğu çocuğun söz konusu verileri dijital ortamda bir iz bırakmakta[99], çok kısa zamanda, çok geniş kitlelere yayılabilmektedir[100]. Hatta bu verileri farklı mecralarda kayıt altına alındığı için[101] ailelerin bunları sonradan (şayet mümkünse) silmeleri de sonuca değiştirmemektedir. Çok uzun yıllara yayılacak şekilde bu veriler dijital ortamda kalmaya devam etmektedir[102]. Bu bağlamda Oldenburg Yüksek Bölge Mahkemesi'nin bir kararında konumuza ilişkin zikretmiş olduğu şu ölçütler zikredilebilir[103]: üçüncü kişilerin sınırsız erişimi, yeterli olmayan veri silme araçları, resimlerin kontrolsüz olarak yayılma potansiyeli[104].

[95] Özcan B. ve Burcu G. (2019). Çocuğun kişilik hakkı ve çocuğun kişilik hakkının hukuka aykırı fiillere karşı korunması. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 142 vd., 210; Antalya, O. G. (2017). Manevi zararın belirlenmesi ve manevi tazminatın hesaplanması. İstanbul: Legal Yayıncılık, s. 53.

[96] Akdi, M. (2016). Ana-babanın çocuğun fotoğraf ve görüntülerinin sosyal medyada yayınlamasından doğan sorumluluğu. Cevdet Yavuza Armağan, CI(22), 123-145, s. 129.

[97] Dural ve Öğüz, s. 674 vd.; Helvacı, s. 123 vd.; Öztan, Kişiler, s. 281 vd.

[98] Üçüncü kişi, yasal temsilci ana baba dışında kalan herkesi ifade eder. Bkz. Özcan ve Burcu, s. 156.

[99] Velilerin sosyal medya paylaşımlarıyla çocuğun müdahale edemediği, ama içinde kalmak zorunda kaldığı bir sürecin parçası olduğu ve dijital ortamda çocuğun kalıcı "*dijital ayak izleri*" oluştuğu hakkında bkz. Gültekin, s. 114.

[100] Herberger, M. (2020). Die Welt zu Gast im digitalen Kinderzimmer. JM, Heft 12, 442-449, s. 446; Leeb ve Starnecker, s. 98.

[101] Kişisel verilerin korunması hukukunda özellikle kişilik hakkı korumasının özel bir görünümü olan kişisel veri korumasına yönelik olarak esas alınan muhafaza süresi hakkında krş. Herberger, 2020, s. 446.

[102] Erdoğan, s. 2448.

[103] OLG Oldenburg NZFam (2018). 614 bespr. v. Engelmann.

[104] Dolaşıma giren hiçbir paylaşımın internet ortamından tamamen silinip kaldırılamayacağı gerçeği nazara alındığında "*unutulma hakkı*"ndan bahsedilmektedir. Kişilere dijital ayak izlerini değiştirme imkanı sağlayan unutulma hakkı doktrini, 2014 yılında Avrupa Mahkemeleri tarafından tanınmıştır. Bu konuda örneğin bkz. Steinberg, 2017, s. 864. Türk Hukukundaki bununla ilgili bazı yargı kararlarını şu şekilde paylaşabiliriz: "*Unutulma hakkı; üstün bir kamu*

Ancak velilerin çocuk fotoğraflarını paylaşmasının diğer bir boyutu da anne ve babanın ifade özgürlüğüdür. Özellikle çocukların kişilik haklarına aykırı resimlerinin paylaşılmasında çocuğun kişilik hakkı ile ailenin ifade özgürlüğü karşı karşıya gelmektedir. Anne ve babanın anayasa ile güvence altına alınmış ifade özgürlüğünün (AY m. 26) çocuğun menfaatlerinin korunması gereği karşısında sınırları yine anayasada çizilmiştir. Örneğin (anayasanın medeni hukuk ilişkilerine dikey uygulamasına ilişkin olarak benimsenecek görüşe göre doğrudan uygulanabileceği kabul edilebilecek)[105] AY m. 41 f. 3 her türlü istismara ve şiddete karşı çocuğun korunması gereğine işaret eder. Öte yandan BMÇKS'nin kanun hükmünde olduğu ve hatta bunlar arasından temel hak ve hürriyetlere ilişkin olanların olası bir çatışma durumunda kanun hükümlerinden öncelikle uygulanacağı da (AY m. 90 f. 5) vurgulanabilir. Yine genel bir sınırlama öngören Ay m. 13'te de sınırlamanın kanunla yapılması gerektiği vurgulanmakta olup, söz konusu kanun hükümleri arasında ÇK m. 3, 45 ve TMK m. 346'da bulunmaktadır[106]. Özel bir sınırlama olarak ta zaten bizzat AY m. 26'da ifade özgürlüğünün doğal sınırlarının başkalarının hakları ile özel ve aile hayatlarının korunması olduğuna dikkat çekilmiştir.

Bu anlamda velayet hakkı kapsamında çocukların kişilik haklarını korumak ile yükümlü olan veliler; çocuk resimlerini paylaşırken kendi arkadaş çevresi dışında üçüncü kişilerin erişmesini engelleyecek tedbirler almalı, gerekli gizlilik ayarlarını yapmalı ve kendi arkadaş çevresinde de çocuğun kişilik değerlerini ihlal etmeyecek paylaşım yapmaya özen göstermelidirler[107]. Buna karşılık çocuğun paylaşılan resimleri bizzat onun menfaatini korumaya yönelikse bunların paylaşımı velayetin gereği gibi yürütümü kapsamında kabul edilebilir[108]. Örneğin aile bağlılığının kuvvetlendirilmesine yönelik

yararı olmadığı sürece, dijital hafızada yer alan geçmişte yaşanılan olumsuz olayların bir süre sonra unutulmasını, başkalarının bilmesini istemediği kişisel verilerin silinmesini ve yayılmasının önlemesini isteme hakkı olarak ifade edilebilir." Yargıtay HGK., E. 2014/56 K. 2015/1679 T.17.06.2015 (LEXPERA, 2018)), "*Unutulma hakkı Anayasa'mızda açıkça düzenlenmemiştir. Bununla birlikte Anayasa'nın "Devletin temel amaç ve ödevleri" başlığı altında düzenlenen 5. maddesinde "insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak" ifadesi ile devlete pozitif bir yükümlülük yüklenmiştir. Bu yükümlülük bağlamında Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen kişinin manevi bütünlüğü bağlamında şeref ve itibarının korunması hakkı ve Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı ile birlikte düşünüldüğünde, devletin bireye geçmişte yaşadıklarının başkaları tarafından öğrenilmesi engellenerek "yeni bir sayfa açma" olanağı verme hususunda bir sorumluluğu olduğu açıktır. Özellikle kişisel verilerin korunması hakkı kapsamında kişisel verilerin silinmesini talep edebilme hakkı, kişilerin geçmişlerinde yaşadıkları olumsuzlukların unutulmasına imkiin tanımayı kapsamaktadır. Dolayısıyla Anayasa'da açıkça düzenlenmeyen unutulma hakkı, İnternet vasıtasıyla ulaşılması kolay olan ve dijital hafızada bulunan haberlere erişiminin engellenmesi için Anayasa'nın 5., 17. ve 20. maddelerinin doğal bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Diğer taraftan unutulma hakkının kabul edilmemesi, İnternet vasıtasıyla kolayca ulaşılabilir ve uzun süre muhafaza edilebilir kişisel veriler nedeniyle başkaları tarafından kişiler hakkında ön yargı oluşturabilmesi nedeniyle manevi varlığının geliştirilmesi için gerekli onurlu bir yaşam sürdürmesine ve manevi bağımsızlığına müdahaleyi sürekli kılmaktadır*". Anayasa Mahkemesi, GK. N.B.B. Başvurusu, K. 03.03.2016 (RG, 2018).

[105] Antalya, O. G. ve Topuz, M. (2021). Medeni hukuk giriş temel kavramlar başlangıç hükümleri CI. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 366 vd.

[106] Gültekin, s. 117.

[107] Akdi, s. 130, 132 vd.

[108] Usta, S. (2012). Çocuk hakları ve velayet. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 138.

paylaşımlar, çocuğun bir başarısının veya yeteneklerinin paylaşımı vb. çocuğun kişilik hakkı ihlali olarak değerlendirilmez. Yine örneğin yapılan bu paylaşımla veliler çocuğun bir hastalığının tedavisi için bir çözüm arayışında iseler somut olayda aksi yönde bir sonuca varılabilir[109]. Son verilen örnekte çocuğun paylaşılan hastalığı ileride onun bu hastalığın üçüncü kişilerce öğrenilmemesine ve sağlık bilgilerinin mahremiyetine ilişkin kişilik hakkını ihlal edebilir. Ancak bize göre bu durum çocuğun sağlığının korunması yönünden gerekliliği taşıyorsa son soyutlamada her ikisi de aslında çocuğun üstün yararının korunmasına hizmet eden bu değerlerden sağlığa öncelik verilmeli ve bu durum velayetin gereği gibi yürütümü kapsamında değerlendirilmelidir.

Bize göre küçüğün malvarlığı yanında şahıs varlığı değerlerini de etkileyen çocuğun resminin paylaşımı kendisi için TMK anlamında önemli bir iş veya konu niteliğindedir. Gerçekten de çocuğun paylaşılan, örneğin çıplak veya gülünç fotoğrafları, tuvalet eğitimi aldığı videolar gibi ileride çocuk büyüdükçe onun gelişimi üzerinde önemli etkileri olabilecek kayıtlar yukarıda da aktardığımız üzere hiç ya da teknik olarak çok fazla çaba sarf edilemeden giderilememektedir[110]. Velayet hakkına sahip olan anne ve/veya baba, konumuz özelinde çocuğun fotoğrafları vb. paylaşılmasına ilişkin kararlar alırken çocuğun menfaatini gözetmeleri gerekir (TMK m. 339 f. 1). Bu durumun TMK m. 339 f. 3 anlamında "*önemli konu*" olduğunun kabul edilebileceği ve onun düşüncesinin alınması gerektiği söylenebilir. Öte yandan velayet hakkına müştereken sahip olan anne babanın çocuklarının fotoğraflarını sosyal medyada yayınlanması hususunda farklı görüşlere sahip olmaları mümkündür[111]. Bu bağlamda evlilik birliğine "*önemli konuda*" uyuşmazlığa düşülmesine ilişkin TMK m. 195 f. 1'in uygulanması gündeme gelebilir. Eşler çocuğun fotoğraf veya videolarının paylaşılmasına ilişkin verecekleri kararda ihtilafa düşmeleri hâlinde, ayrı ayrı veya birlikte hâkimin müdahalesini isteyebilirler[112].

II. HUKUKA UYGUNLUK NEDENİ OLARAK ÇOCUĞUN RIZASI

Veliler veya kayyım, çocuğun resimlerinin paylaşımına yönelik olarak çocuğun görüşlerini oluşturma ve açıklama yeteneğine sahip olduğu kabul edilebiliyorsa, onun görüşünü almakla yükümlüdür/ler (TMK m. 342 f. 3; TMK m. 450). Çocuk ve velayet hukukunda ana ilke çocuğun üstün yararının korunmasıdır[113]. Diğer ilkelerde son

---

[109] Erdoğan, s. 2448, 2450.

[110] Krş. Leeb ve Starnecker, s. 98; Hennemann, H. (2017). § 1687. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 10: Familienrecht II §§ 1589-1921, SGB VIII. München: Beck Verlag, s. 15.

[111] Herberger, Maria. (2021). Veröffentlichung von Kinderfotos zu kommerziellen Zwecken gegen den Willen eines Elternteils. Neue Zeitschrift für Familienrecht, Heft 24, 1088-1091, s. 1088; Leeb ve Starnecker, s. 97.

[112] Bu hususta Alman Hukuku'nda da BGB m. 1628'e ilişkin ebeveynler, çözümü çocuk için önemli olan bir konuda veya belirli bir ebeveyn sorumluluğu meselesi üzerinde anlaşamazlarsa, aile mahkemesi ebeveynlerden birinin talebi üzerine bu konudaki kararı içlerinden birine devredebilir. Ancak bu yetki devri birtakım kısıtlamalara veya koşullara tabi olabilir.

[113] Özdemir, H. ve Ruhi, A. C. (2016). Çocuk hukuku ve çocuk hakları. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 16 vd.; Elçin G. ve Evgen G. (2017). Çocuğun menfaati gereği çocukla ilgili uyuşmazlıklarda görüşünün alınmaması gereken durumlar. Çocuk hakları çalışmaları I, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 1-26, s. 2 vd.; Akyüz, E. (2020). Çocuk hukuku çocukların hakları ve korunması. Ankara: Pegem Akademi, s. 12, 53 vd., 227.

soyutlamada çocuğun üstün yararının korunmasına hizmet ederler. Bu bağlamda çocuğun üstün yararı onun dinlenilmesi ve onun kişiliğine saygı gösterilmesini gerektirmektedir[114]. Çocuğun kişiliğine saygı gösterilmesi ve kendisi hakkında verilen kararlara katılımının sağlanması iç ve uluslararası hukukta çeşitli metinlerde vurgulanmıştır (BMÇHS m. 12; Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi m. 3, 6; ÇKK m. 4 f. 1 d), TMK m. 339 f. 3).

Ancak çocuğun katılımının sağlanması ilkesi doğal olarak çocuğun bu konuda ayırt etme gücünün bulunmasını gerektirir. Ayırt etme gücü de nisbi, göreceli bir kavram olup; somut olayda işin niteliği, çocuğun durumu ve olayın koşullarına göre somutlaştırılmaktadır[115]. Çocuğun artan yaşı ona ilişkin dijital verilerin internette paylaşılmasına yönelik velilerin verecekleri karara bir sınır koymaktadır[116]. Hatta ailenin paylaştığı resimler çocuğun şahıs varlığını çok yakından ilgilendiriyorsa çocuğun katılımının sağlanması ilkesi gereği; bu konuda ayırt etme gücü olan çocuğun görüşünü sağlamakla yetinmeyip, onun işbirliğinin sağlanması uygun olur[117].

Tek taraflı bir hukuki işlem niteliğinde olan rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebilmesi için; kişilik hakkına (konumuz özelinde resim üzerinde ve bununla ilgili kişilik değerlerine) yönelik müdahaleye ilişkin vazgeçme iradesinin açıkça belirtilmiş olması, sonuçların öngörülebileceği şekilde bilinçli ve serbest (aydınlatılmış) bir iradenin sonucu olması, geçerlilik unsurlarına sahip olması, hukuka ve ahlaka aykırı olmaması (TMK m. 23) ve kişinin bu konuda fiil ehliyetine sahip olması gerekir[118].

Ehliyet konusunda küçüğün ayırt etme gücüne sahip olup olmaması açısından ikili bir ayrım yapılabilir. Ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük tam ehliyetsiz olduğundan rızasını açıkça ya da örtülü olarak ortaya koymuş olsa bile rızası geçerli kabul edilemeyecektir[119]. Sınırlı ehliyetsizler yönünden ise TMK m. 16 f. 2, ayırt etme gücüne sahip sınırlı ehliyetsizlerin kural olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını tek başlarına kullanabileceklerine işaret etmiştir. Nitekim TMK'da nişanlanmak, evlenmek, kazai erginliği talep gibi kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılmasında bunu aramış, çocuğu söz sahibi yapmıştır[120]. Ancak kanunda istisnai durumlarda kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımında kanuni temsilcinin izni ya da işleme katılımı aranmıştır. Bundan dolayı öğretide şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların kendi içinde; mutlak anlamda ve nisbi

[114] Akıntürk, T. ve Ateş, D. (2020). Aile hukuku. İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 311; Özcan ve Burcu, s. 267; Elçin ve Evgen, s. 10 vd.
[115] Krş. Hatemi H. (2021). Kişiler hukuku. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 31, 35 vd.; Helvacı, s. 60; Dural ve Öğüz, s. 305 vd.
[116] Krş. Leeb ve Starnecker, s. 98; Veit, BGB § 1626, N.13.
[117] Elçin ve Evgen, s. 11; Hatemi ve Oğuztürk, B. K. (2021). Aile hukuku. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 8.
[118] Krş. Yıldız, O. A. (2019). Mektup, hatıra ve benzeri yazıların kişilik hakkı kapsamında korunması. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C25(1), 450-470, s. 459 vd.; Helvacı, s. 151 vd.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 670 vd.;
[119] Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s.152.
[120] Serozan, R. (2017). Çocuk hukuku. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 116.

anlamda şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar ayrımı yapılmaktadır[121]. Mutlak anlamda şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar bizzat sınırlı ehliyetsiz tarafından kullanılmalıdır. Örneğin zina yapan eşi af, nişanın bozulması, derneğe üye olmak bu tür haklara örnek olarak verilebilir. Nisbi anlamda şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar ise sınırlı ehliyetsiz yine bu hakkı kullanır. Ancak bunun yanında yasal temsilcinin rızası ya da katılımı aranır. Örneğin ergin kılınma talebi, adın değiştirilmesini talep, evlenme gibi. Ancak anne ve babanın küçüğün kişilik hakkı ihlal edecek nitelikteki paylaşımı açısından, küçüğün vereceği rızanın sonuçlarını öngöremeyeceği sonucuna varılırsa, ayırt etme gücüne sahip küçüğün vereceği rıza hukuka uygun olmayacaktır[122].

Bu konuda daha fazla bilgi ve donanıma sahip olmaları beklenen veliler, söz konusu durumun çocuk yönünden risklerini dikkate almalıdırlar. Bu anlamda somut olayda paylaşılması düşünülen söz konusu verilerin çocuk yönünden etkilerinin analizi ve çocuğun verdiği rızanın anlamı ve özellikle uzun dönem etkisi konusunda ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığının tespiti önem taşımaktadır. Buna olumlu yanıt verilse bile MK m. 23 f. 2'de belirtildiği üzere çocuğun rıza vermek suretiyle özgürlüklerini ve (öğretide de haklı olarak işaret edildiği üzere hükmün kapsamında görebileceğimiz) kişiliğe bağlı değerlerini ancak hukuka ve ahlaka aykırı olmadığı sürece sınırlayabilmesi geçerlidir[123]. Bu anlamda çocuğun görüşünün ve olurunun alınmasına rağmen velilerin sorumluluğu devam etmekte olup, ailenin çocuğun da görüşünü dikkate alarak çocuğun menfaatlerini gözetecek en doğru kararı vermesi gereklidir[124]. Özellikle ayırt etme gücüne sahip olan küçük kişilik hakkı ihlalinin ağırlık ve önemini somut olayda kavrayabilecek durumda değilse, ayrıca yasal temsilcisinin onayı da aranmaktadır[125]. Ancak çocuk resimlerinin paylaşımı konusunda çocuğun anne ve babasına karşı korunması zorunluluğu da dikkate alınınca hakim, rızanın hukuka uygun olarak kabul edilip edilmeyeceği hususunda her somut olay bakımından ayrı ayrı değerlendirmede bulunmalıdır[126].

Çocuğun rızasını açıklaması kural olarak herhangi bir şekle bağlı değildir[127]. Bu anlamda açık veya örtülü bir şekilde açıklanabilir[128]. Ancak örtülü bir şekilde açıklanması durumunda güven ilkesi kapsamında bir değerlendirme yapılmalıdır[129]. Bununla birlikte

[121] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, s. 321, 341; Helvacı, s. 86, 88.
[122] Akdi, s. 135.
[123] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, s. 639, 646; Karabağ Bulut, N. (2014). Medeni Kanunun 23. Maddesi kapsamında kişilik hakkının sözleşme özgürlüğüne etkisi. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 115 vd.
[124] Specht-Riemenschneider, L. (2021). Herausforderungen und Grenzen digitaler elterlicher Sorge in den Bereichen Urheber- und Kunst- urheberrecht, Datenschutz- und Allgemeines Persönlichkeitsrecht. München: DJI Verlag; Huber, BGB § 1626, N. 29.
[125] Akdi, s. 135.
[126] Krş. Uçak, M. (2021). Kişisel verilerin hukuka uygun işlenmesinde çocuğun rızası. Kişisel Verileri Koruma Dergisi, CIII (1), 41- 60, s. 11; İmamoğlu, H. (2005). Çocuğun kişiliğinin ana babaya karşı korunması. AÜHFD, C54(2), s. 191.
[127] Kanunda aksi öngörülmediği sürece hukuki işlemlerin geçerliliği şekle tabi değildir.
[128] Helvacı, s. 151; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 672.
[129] Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 672.

istisnai olarak bu rızanın şekle bağlı olabilmesi mümkündür. Örneğin FİSEK m. 86 kapsamında eser olarak kabul edilen çocuğun resim üzerindeki hakkının[130] ücret karşılığı yayınlanması mali hakların kullanımı anlamına gelmekte olup, buna ilişkin sözleşme ve tasarrufların yazılı şekilde yapılması ve devre konu hakların (resimlerin) ayrı ayrı gösterilmesi gerekmektedir (FİSEK m. 86)[131].

Sosyal medyada kişisel verilerin işlenmesi sonucu hukuken korunması gereken kişisel değerler arasında kişinin özel hayatının gizliliği, resmi, sesi, şerefi ve onuru vb. yer almaktadır. Ayrıca kişinin ırkına, etnik kökenine, sağlığına veya cinsel yaşamına dair bilgiler, daha nitelikli bir hukuki korumaya sahip olan hassas veriler kategorisindedir[132]. Kişisel verilerin işlenmesine veri sahibinin vereceği rıza, bir hukuka uygunluk sebebidir. Veri sahibinin rızasının hukuka uygun olması için bazı kriterler vardır. Bunlar; hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde açık olma, özgür bir iradeye dayanma, belirli bir konuya özgülenme ve aydınlatılmış bir irade beyanının bulunmasıdır[133]. Bir çocuğun örneğin coğrafi konumu, sosyal medyadaki yazışma geçmişi, cep telefonundaki resim ve videolar, internet geziniminin / sörfünün davranış şablonu vb. onun kişisel verisi niteliğindedir[134].

Çocukların, kişisel verilerinin işlenmesi durumunda sahip olduğu haklar KVKK'da çocukların durumu özel olarak düzenlenmediğinden KVKK'nın genel düzenlemelerine tabi olup, onlar yetişkinler ile aynı haklara sahiptirler[135]. Ancak KVKK'nın konu yönünden istisnalarından biri: "*gerçek kişiler tarafından tamamen kendisiyle veya aynı konutta yaşayan aile fertleriyle ilgili faaliyetler kapsamında işlenmesi*" dir (KVKK m. 28 f. 1-a). Ancak bu hüküm amaca göre dar yorumlanırsa aile fertleriyle ilgili olmakla birlikte gelir elde edilen faaliyetler bu kapsamda değerlendirilmeyebilir[136]. Böylece velileri çocuklarının resimlerini gelir elde etmek amacıyla paylaşıyorlarsa bunun KVKK kapsamında kaldığı, şayet bunları zevk, sosyalleşme vb. amaçlarla paylaşıyorlarsa KVKK'nın uygulama alanı dışında kaldığını söyleyebiliriz. Son aktarılan durumda da TMK'nın genel hükümleri uygulanacaktır.

Ancak KVKK'nın uygulama alanına girdiğini kabul ettiğimiz durumda da kanundaki düzenlemeler çocukların kişisel verilerinin işlenmesi göz önünde tutularak yapılmadığından, çocuğun kişisel verilerinin işlenmesi durumunda rızanın kimden

[130] Kılıçoğlu, M. A. (2021). Sinai haklarla karşılaştırmalı fikri haklar. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 154 vd.
[131] Yıldız, s. 461.
[132] Çekin, M. S. (2020). Avrupa Birliği hukukuyla mukayeseli olarak 6698 Sayılı Kanun çerçevesinde kişisel verilerin korunması hukuku. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 101 vd.
[133] Taştan, F. G. (2017). Türk sözleşme hukukunda kişisel verilerin korunması. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 164; Çekin, s. 91 vd.
[134] Leeb ve Starnecker, s. 99; Herberger, 2021, s. 1091.
[135] Çekin, s. 99; Erdoğan, s. 2459.
[136] Krş. Çekin, s. 54. Avrupa Kişisel Veri Koruma Tüzüğü Art. 2 II lit. c) kapsamında bir değerlendirme için bkz. Herberger, 2021, s. 1091. Yazar (bu konuda ilave bir gerekçe göstermeksizin) ev hanesine ilişkin Avrupa Kişisel Veri Koruma Tüzüğü Art. 2 II lit. c)'de öngörülen istisna internette çocuk fotoğraflarının paylaşılması durumunda uygulanabilir görmemektedir (s. 1091).

alınacağı ya da çocuğun verdiği rızanın geçerli olup olmayacağı hususları için yukarıda aktardığımız TMK'nın genel esasları çerçevesinde hareket edilmelidir[137]. TMK kapsamında değerlendirme yapıldığında ise çocuğun kişisel verilerinin işlenmesi durumunda bunun riskleri ve sonuçları hakkında yeterli bilinç ve fikre sahip olmaması durumunda kendi kişisel verilerinin işlenmesi hususunda vermiş olduğu rızanın geçerli olmayacağının kabulü gerekir. Bir çocuğun rızası kural olarak, bilgi eksikliği, arzusu olmaması veya onay verme yeteneğinin bulunmamasından dolayı geçerli olmadığı için, aile bu konuda özellikle çocuk ile arasında olası bir menfaat çatışması olduğunun kabulü durumunda rıza veremeyeceğinden kişisel veri koruma hukukuna yönelik hukuka uygunluk nedeni olan rıza şartı da sağlanmamış olacaktır[138]. Çocuğunu koruma yükümlülüğü olan ebeveynlerin velayet hakkını kötüye kullanması halinde velayet hukukuna yönelik tedbirlerin uygulanması yanında yukarıda aktardığımız üzere çocuğun rızasının alınmış olması işlemi hukuka uygun hale getirmeyeceği gibi, çocuklar ileride KVKK'da kendilerine tanınan hakları kullanabilirler[139].

KVKK'da durum aktarmış olduğumuz şekildeyken Avrupa Veri Koruma Tüzüğü (GDPR)'nde çocuğun kişisel verilerine yönelik olarak bazı maddeler öngörülmüş ve ayrıca bu konuda Tüzük gerekçesinde de bazı ifadeler yer almaktadır. Tüzük gerekçesi m. 38: "*Çocuklar, kişisel verilerin işlenmesine ilişkin riskler, sonuçlar ve ilgili önlemler ile hakları hususlarında daha az farkındalığa sahip oldukları için kişisel verilerinin işlenmesinde özel bir korumaya layıktırlar*"; Tüzük gerekçesi m. 75'de "*gerçek kişilerin hak ve özgürlüklerine yönelik yüksek risk oluşturması muhtemel kişisel verileri işleme faaliyetleri*" arasında örnek olarak çocukların verilerinin işlenmesi zikredilmiş; saydamlık ilkesine ilişkin Tüzük gerekçesi m. 58'de kişisel veri işleme sürecinde çocuğa yönelik paylaşılacak bilgi ve iletişimin açık ve sade bir dilde olması gerektiğine dikkat çekilmiştir [140].

Avrupa Veri Koruma Tüzüğü (GDPR) m. 8'e göre ise 16 (on altı) yaşından küçük çocuklara ait verilerin işlenebilmesi için ebeveynlerinin rızası gerekmektedir. Ancak yine aynı hüküm uyarınca üye devletler bu yaş sınırını 13 (on üç) ten az olmayacak şekilde aşağı çekebilirler. Tüzük m. 8'de yaş sınırını 13 (on üç) ten az olmayacak şekilde aşağı çekebileceğine işaret edilmiştir. Örneğin Fransa 20 Haziran 2018 tarihinde 2018/493 sayılı Kanunu kabul ederek Avrupa Veri Koruma Tüzüğü'nü (GDPR) iç hukukuna aktarmıştır[141]. Kabul edilen bu Kanun ile çocukların verilerinin işlenmesi için rıza verebilecekleri yaş olarak 15 yaş belirlenmiş, bu yaştan küçük çocukların verilerinin

[137] Erdoğan, s. 2460.
[138] Leeb ve Starnecker, s. 99.
[139] Krş. Erdoğan, s. 2463.
[140] Çeviriler için bkz. Uçak, s. 48.
[141] Pinsent M. Out-law. (2018) GDPR: France updates data protection laws, https://www.outlaw.com/en/articles/2018/june/gdpr-france-data-protection-laws-/ adresinden erişildi. (ET:08.08.2018)

işlenebilmesi için çocuk ile beraber veli ya da vasisinin de rızasının alınması gerektiği belirtilmiştir[142]. Buna göre bilgi toplumu hizmeti sağlayıcıları çocuğa işlenen verilerle ilgili olarak, çocuğun anlayabileceği şekilde açık ve basit terimlerle bilgi vermelidir[143]. Amerika'da ise 1998 tarihli Çocukların Çevrimiçi Gizliliğinin Korunması Kanunu m. 32[144] ile internet sitelerinin 13 (on üç) yaşın altındaki çocuklara ait kişisel verileri toplamasına sınırlama getirilmektedir. 13 (on üç) yaşın altındaki çocuklara ait kişisel verilerin toplanmasında doğrulanabilir ebeveyn rızası arandığı için pek çok internet sitesi 13 (on üç) yaşın altındaki çocuklara hizmet vermeme yolunu seçmektedir[145].

Alman Hukuku'na göre örneğin telif hakkına konu hususlar hakkında bir çocuk 7 yaşını doldurmamış ise onun yerine ailesi, önem taşıyan fiillere izin veya onay verebilecektir[146]. Yine Çocuk 7 yaşının üstü fakat 18 yaşının altı ise resminin kamusal gösterimi ve yayılması için yasal temsilcinin izin veya onayına ihtiyacı bulunur. Bununla birlikte çocuğun vermiş olduğu rızanın anlam ve kapsamını anlayabilme durumu ve bununla bağlantılı olarak çifte yetki (çocuğun ve velilerin birlikte rızası) ise Alman hukuk öğretisinde telif hukukunda çocuğun telif haklarının manevi boyutuna yönelik tartışmalarda çocuğun 14 yaşına gelmesinden itibaren kabul edilmektedir[147]. Buna karşılık çocuğun resmi üzerindeki hakkının malvarlığı değeri üzerinde tasarruf yapılabilmesine rızası hususunda farklı bir sonuca varılabilmekte ve çifte yetki aranmamaktadır[148]. Türk Hukuku'nda ise 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda eser mahiyetinde olmasalar bile resimlerin (fotoğraf, video vb.) teşhir veya diğer suretlerle kamuya arz edilemeyeceği belirtilmiştir. Burada öncelikle (dolaylı olarak) hukuka uygunluk nedeni olarak eser (incelememiz açısından resim) hakkı sahibinin rızasına işaret edilmiştir (FİSEK, m. 86 f. 1, 19 f. 1, 15 f. 1)[149]. Öte yandan şu durumlarda rıza aranmayacağı belirtilmiştir: "*1-Memleketin siyasi ve içtimai hayatında rol oynayan kimselerin resimleri, 2. Tasvir edilen kimselerin iştirak ettiği geçit resmi veya resmi tören yahut genel toplantıları gösteren resimler, 3- Günlük hadiselere mütaallik resimlerle*

[142] a.g.e.
[143] a.g.e.
[144] The Children's Online Privacy Protection Act of 1998 Düzenleme metnine: http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid%3AUSC-prelim-title15-section6501&edition=prelim adresinden ulaşılabilir (Erişim tarihi: 21.04.2018).
[145] Janka J. P. ve Taubman J. S. (2017). United States, The Technology, Media and Telecommunications Review, Janka J. P. (der.), Law Business Research Ltd, London (s. 413-434) https://thelawreviews.co.uk//digital_assets/dbf21314-2348-4617-a3c0- 0a370fc4cd17/TLR---The-Technology,-Media-and-Telecommunications-Review-8th-Edition.pdf adresinden erişildi. (E.T:22.08.2018), s. 426.
[146] Krş. AG Menden, Urt. v. 03.02.2010 ± 4 C 526/09, NJW 2010, 1614: Bu davada bakım yükümlüsü olmayan babanın çocuk fotoğraflarının internette yayınlanması söz konusudur.
[147] Specht-Riemenschneider, s. 577 dp. 44. Alman Federal Mahkemesi ise şu ana kadar çifte yetki aranması hususunun ucunu açık bırakmış, ancak açıkça reddetmemiştir: BGH, Urt. v. 02.07.1974 ± VI ZR 121/73, NJW 1974, 1947, 1950 ff. ± Nacktbilder.
[148] Specht-Riemenschneider s. 578.
[149] Bir hukuka uygunluk nedeni olarak resim sahibinin hayatta iken vermiş olduğu rıza FİSEK m. 86'da söz edilmemişse de zaten işin niteliği gereği resmi teşhir edilmek ve umuma arz edilmek suretiyle hakkı ihlal edilen kişinin rızası aranacağı hakkında krş. Kılıçoğlu, s. 153, 157.

radyo ve filim haberleri" (FİSEK, m. 86 f. 2)[150]. İncelememiz açısından ve çocuk resimlerinin paylaşımı yönünden dikkat çekici olan ise; FİSEK'e göre rıza aranmayacağı belirtilen hallerde bile TMK m. 24'ün ve bu kapsamda hukuka uygunluk nedeni olarak rızaya ilişkin esasların burada geçerli olmaya devam ettiğidir (FİSEK, m. 86 f. 4)[151]. Bu anlamda çocuğun rızasına ilişkin genel hükümler bağlamındaki açıklamalarımız burada da geçerlidir.

Yukarıda aktarmış olduğumuz Avrupa Veri Koruma Tüzüğü (GDPR) m. 8'in uygulama alanı bilgi toplumu hizmetlerine ilişkindir. Bir başka deyişle çocuğun rızasına ilişkin tüm durumlarda değil, ancak bilgi toplumu hizmeti olarak ifade edilen: mesafeli olarak, elektronik araçlar kullanılarak ve hizmet alıcısının bireysel talebi üzerine gerçekleştirilen bir ücret karşılığında sağlanan hizmetlere ilişkin olmalıdır[152]. Bu anlamda velilerin çocuklarının resim paylaşımına ilişkin sosyal medya işlemlerinde çocuk onayına ilişkin Avrupa Veri Koruma Tüzüğü m. 8 buraya uygulanabilir değildir[153]. Zira burada talep bir sosyal medya servisinden gelmemekte, doğrudan velilerden veya çocuktan gelmektedir[154].

Her ne kadar Avrupa Veri Koruma Tüzüğü m. 8 inceleme konumuza doğrudan uygulanabilir değilse de arka planında çocuğun dijital sosyal medya faaliyetlerinin etkisine ilişkin ayırt etme gücü olup olmadığına yönelik normatif bir tespiti yansıtmaktadır. Bunun yanında çocuğun dinlenilmesi, katılımının sağlanması ve kişiliğine saygı gösterilmesi esasını gözeten bir yaklaşımı gözetmektedir. Bu anlamda çocuğun rızasına ilişkin olması gereken hukuka yönelik veya olan hukukta hakimin takdir hakkını somutlaştırma üzere geliştirilecek bir yaklaşımda Avrupa Veri Koruma Tüzüğü esasları dikkate alınabilecektir. 16 yaşını tamamlamış çocuğun tek başına rızasını yeterli gören Avrupa Veri Koruma Tüzüğü m. 8, dijital ortamda çocuğun uzmanlığını gözetirken, söz konusu durumun onun üzerinde yaratabileceği tehlikeleri dengelemek üzere (yasal temsilcinin onayına bağlı olmadan kullanılabilen) çocuğa kişisel verileri silme hakkı tanınmıştır (Avrupa Veri Koruma Tüzüğü m. 17 f. 1, f))[155].

Ancak daha önce aktardığımız üzere çocuğun bu tarz bir silme hakkı mevcut olsa bile dijital ortamda bu verilerin ileriye dönük olarak ve kesin bir şekilde tamamen silinmesi sıklıkla mümkün olamamaktadır[156]. Bu anlamda silme hakkı kullanımında bile

[150] Kılıçoğlu, s. 158 vd.
[151] Haklı olarak böyle bir düzenleme olmasaydı dahi FİSEK m. 85 (ve m. 86)'nın uygulanmasında TMK m. 24 f. 2'nin uygulanabileceği ve rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebileceği hakkında bkz. Yıldız, s. 455 vd., 457.
[152] Uçar, s. 54.
[153] Herberger, 2021, s. 1091.
[154] Schantz, P. (2016). Die Datenschutz-Grundverordnung – Beginn einer neuen Zeitrechnung im Datenschutzrecht. NJW, Heft: 26, 1841-1847, s. 1843; Lauber-Rönsberg, A. ve Hartlaub, A. (2017). Personenbildnisse im Spannungsfeld zwischen Äußerungs- und Datenschutzrecht. NJW. 70 (15), 1057- 1061, s. 1060; Herberger, 2021, s. 1091.
[155] Specht-Riemenschneider, s. 579.
[156] Herberger, 2020, s. 446; Erdoğan, s. 2448.

bir kere internete dahil olan çocuğun kişisel verilerinin daha sonra çoğaltılmasının ve bağlantıları yoluyla paylaşılmasının tamamen önüne geçmek zordur. Veliler çocuğun resmini paylaşmakta masumane bir amaç taşısalar bile, teknik gelişmelerin karmaşıklığı ve hızı düşünüldüğünde sıklıkla yetersiz uzmanlığa sahip veliler çocuklarını bu şekilde çeşitli risklere maruz bırakabilmektedirler. Siber taciz ("*Cyberstalking*"), çocuğun bilgilerini, resim ve videolarını internette dağıtma, rahatsız etme ("*Harassment*"), cinsel amaçlı manipüle edilmesini ifade eden siber uşaklaştırma ("*Cyber grooming*")[157], çocukların dijital ortamda karşılaşabilecekleri risklerin bazılarına örnektir[158].

Bir kişinin kendi resmi üzerindeki kişilik hakkının hem manevi hem de ekonomik bileşenleri bulunmaktadır. Bir kişinin örneğin arzusu dışında resmi sunulunca veya bu resimle oynanmak suretiyle şeref ve haysiyeti ihlal edilince bunlarda ilki etkilenirken, bu resim örneğin reklam amacıyla kullanılıyorsa ekonomik bileşen etkilenmektedir. Bize göre çocuğun rızasına ilişkin geliştirilecek yaklaşımda öncelikle bu ayrım gözetilmelidir[159].

Çocuğun resminin (fotoğraf ve videolarının) velilerce paylaşımı sadece çocuğun malvarlığı menfaatlerini etkiliyorsa çifte yetki aranmamalıdır[160]. Türk öğretisinde de özellikle çocuğun kişilik değerlerini etkileyen uyuşmazlıklarda görüşü ve olurunun alınması gereğine işaret edilmektedir[161]. Alman Federal Mahkemesi'ne göre velinin rızası yanında bir ihtilafta çocuğun olurunun alınma esası; çocuğun katılımının onun kişilik haklarına ilişkin hususlara müdahalelerde aranmasının gerekli olduğu düşüncesine dayanır[162]. Bize göre çocuğun malvarlığına ilişkin bir hususta da şayet ayırt etme gücü varsa görüşü alınmalıdır. Ancak burada bunun ötesinde olurunun alınmasını gerektirecek şahıs varlığı değerlerine benzer bir bakış açısı söz konusu değildir[163]. Ancak velilerin çocuğun resminin paylaşımı bir şekilde velilerin menfaati ile çocuğun menfaatlerinin çatışması olarak kabul edilebildiği takdirde bir kayyım atanması ve hakimin onayının aranması söz konusu olur[164].

[157] Gündoğar, S. (2019). Siber Uşaklaştırma'ya Dikkat!. https://dijitalmedyavecocuk.bilgi.edu.tr/2019/04/02/siber-usaklastirmaya-dikkat/, adresinden erişildi. (Erişim Tarihi: 15. 02. 2022).
[158] Herberger, 2020, s. 446; Karaca, M., Mutlu, T. ve Gencer, G. (2021). Siber Mağduriyet: Kavramsal Bir Çalışma. Anadolu Akademi Sosyal Bilimler Dergisi, CIII(1), 177-191, s. 182.
[159] Krş. Herberger, 2021, s. 1091.
[160] Specht-Riemenschneider s. 578.
[161] Serozan, s. 116; Hatemi ve Oğuztürk, s. 8; Elçin ve Evgen, s. 11.
[162] Specht-Riemenschneider s. 578.
[163] "*Wenn man in Erwägung zieht, die Einwilligung der Klägerin [des mindejährigen Kindes] - neben dem Einverständnis ihrer Mutter als gesetzlichen Vertreterin sei im Streitfall erforderlich, beruht das darauf, dass man die Mitwirkung der Klägerin [des minderjährigen Kindes] bei solchen Eingriffen aus persönlichkeitsrechtlichen Gesichtspunkten für notwendig hält. Dagegen gebietet eine derartige Sicht nicht, dass die Klägerin [das minderjährige Kind] auch insoweit mitwirkt, als es um ihre vermögensrechtlichen Belange geht*" BGH, Urt.v.02.07.1974- Nacktbilder -, VIZR121/73, NJW1974.
[164] TMK m 345: "*Çocuk ile ana veya baba arasında ya da ana ve babanın menfaatine olarak çocuk ile üçüncü kişi arasında yapılacak bir hukukî işlemle çocuğun borç altına girebilmesi, bir kayyımın katılmasına ve hâkimin onayına bağlıdır*".

Öte yandan çocuğun resminin paylaşımı şahıs varlığı değerlerini etkiliyorsa bu konuda ayırt etme gücü bulunup bulunmamasına göre ve buna olumlu yanıt verilirse, çocuğun yaşına göre bir değerlendirme yapılabilir.

Çocuğun ayırt etme gücü bulunmaması durumunda Avrupa Veri Koruma Tüzüğü esaslarına bakılınca bu konu velilerin inisiyatifine bırakıldığı görülmektedir. Ancak yukarıda aktardığımız üzere TMK'nın genel esaslarına göre velilerin çocuğun resmini paylaşmak suretiyle çocuğun kişilik hakkının ihlali (veya ciddi ihlali tehlikesi) durumunda hem hukuka aykırılı fiile sebep olmaları hem de rıza göstermeleri aynı anda kabul edilemeyecektir. Bunun ötesinde Portekiz Temyiz Mahkemesi bir kararında ebeveynlerin genel olarak (herhangi bir alt yaş sınırı belirtmeden, ancak ayırt etme gücü olmayan) küçüğü belirlenebilir kılan verilerinin yayınlanması yasağı ('*Veröffentlichungsverbot'*) getirmiştir. Mahkeme buna gerekçe olarak ta çocukların ailelerine ait bir obje değil kendi hakları olan kişiler oldukları, ailelerin bu haklar üzerinde serbestçe tasarruf etmek suretiyle çocukları tehlike ve risk altına sokamayacaklarını aktarmıştır[165].

Bir çocuğun ayırt etme gücüne sahip olup olmadığına ilişkin olarak ise; İsviçre Federal Mahkemesi nisbi bir kavram olan ayırt etme gücünün belirlenmesinde belirli bir yaş gibi kesin bir ölçütün esas alınmasından ziyade, her somut olayda değerlendirme yapılması gerektiğine hükmettiğine işaret edebiliriz[166].

Alman hukuk öğretisinde ise bazı yazarlarca objektif bir kıstas getirmek üzere (yukarıda aktardığımız Portekiz Temyiz Mahkemesi kararına paralel şekilde) çocuk yedi (7) yaşını doldurana kadar, çocuğun resimleri hakkında aileye ilişkin yayın yasağının kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır[167]. Aslında objektif bir kriter olarak belli bir yaşı esas alan bu tarz bir yaklaşımın daha fazla hukuk güvenliği sağlayacağı ileri sürülebilir. Bu yönde normatif anlamda Alman Hukuku'nda yedi yaşından küçüklerin işlem ve haksız fiil ehliyetinin bulunmadığı öngörülmüş (BGB Art.104, 828); Almanya'da nasyonal sosyalist dönemde Halk Kanunu'nda ("*Volksgesetzbuch*") okula başlama kriteri esas alınmış; Avusturya Hukuku'nda yedi yaşın altındaki çocukları hukuki işlem ehliyetinden yoksun kabul edilmiş (ABGB Art. 865 Abs. 4); bu sınır Yunan Medeni Kanunu'nda (m. 128) on yaş, Macaristan Medeni Kanunu'nda on iki yaş olarak belirlenmiş vb. yaşların esas alındığı ülkeler bulunmaktadır[168]. Çocuğun dijital ortamda resminin paylaşılmasının etkilerini fark etmeye başlayabileceği bir yaş (örneğin 7-10

[165] Specht-Riemenschneider s. 579 vd.
[166] BGE 43 II 208; BGE 90 II 9. Bu konuda bkz. Ataay, A. (1968). Medeni hukuk genel teorisi ve şahıslar hukuku ile ilgili İsviçre Federal Mahkemesi kararları (1961-1965). İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C14(2), 209-224, s. 216; Erkan, V. U. ve Yücer, İ. (2011). Ayırt etme gücü, AÜHFD, C60 (3), s. 485-522, s. 490. Çocuğun kişisel verilerini işlenmesi durumunda çocuğun her somut olayda ayırt etme gücünün incelenmesi gerektiği hakkında bkz. Çekin, s. 100.
[167] Specht-Riemenschneider, 580.
[168] Ataay, s. 490, dp. 11; Erkan ve Yücer, s. 490, dp. 11.

arasında), bu konuda başta çocuk gelişimi olmak üzere farklı alandaki araştırma verileri esas alınarak belirlenebilir ve bu yaşın altında velilere çocuk resimleri paylaşımı konusunda bir sınır getirilebilir. Ancak bunun istisnası somut olayda resim paylaşılmasının aksi yönde çocuğun zihinsel, sosyal, sağlık, eğitsel vb. menfaatlerinin[169] daha fazla ön planda olması ve aksi yönde bir kabulü gerektirmesidir. Zira bu ve aşağıda aktaracağız tüm yaş kategorilerinde son durumda esas alınması gereken çocuğun üstün menfaatidir. Özellikle bu tarz bir yaklaşım hukuk güvenliğini sağlarken, eş zamanlı olarak velilerin ifade özgürlüğü ile çocuğun dijital ortamın risklerinden korunması arasında makul bir denge teşkil eder.

Çocuk yukarıda belirlenen yaş kategorisinin üstünde, fakat (yine yukarıda belirttiğimiz üzere bu konuda çocuk gelişim uzmanları, psikologlar, dijital uzmanlar vb. tespitler ve Avrupa Veri Koruma Tüzüğü esasları dikkate alınarak) 13 ile 16 yaş arasında belirlenecek üst sınırın altında ise ve ayırt etme gücü bulunmaktaysa veli ve çocuk işbirliği içinde hareket etmelidir. Şöyle ki Avrupa Veri Koruma Tüzüğü m. 8'de zikredilen yasal temsilcinin onay vermesinden bahsetmiş olmakla birlikte; çocuğun açık veya örtülü rızasına aykırı şekilde resminin paylaşılması gerçekleşemeyeceği için, burada da aslında fiili anlamda çifte rıza durumu olduğundan bahsedebiliriz[170]. Ancak bir sonraki aktaracağımız durumdan farklı olarak burada veli ve çocuğun işbirliği içinde hareket etmesi gereği ön plandadır. Burada işbirliği sağlanmadıkça kural olarak resim paylaşılamaz. Çocuğun şahıs varlığı değerlerini ihlal edebilmekle birlikte çocuğun resminin paylaşılması sadece kişisel zevk veya gelir sağlamaya değil de, örneğin eğitim, sağlık vb. çocuğun diğer üstün yararlarına hizmet ediyorsa farklı bir sonuca varılabilir. Bu konuda öncelikle velilerin ve çocuğun işbirliği içinde bir çözüm geliştirmeleri gerekir. Bunun mümkün olmaması (işbirliği sürecinin tüketilmesi) ve istisnai olarak çocuk üstün yararının korunması gereği resmin paylaşılmasını gerektiriyorsa çocuğun aksi yöndeki rızasına rağmen resmi paylaşılabilir.

Çocuğun yaşı (araştırma verileri ve Avrupa Veri Koruma Tüzüğü esasları dikkate alınarak) 13 ile 16 yaş arasında belirlenecek üst sınırın üstünde ise velilerin çocuğun resmini paylaşabilmeleri çocuğun rızasını almalarına bağlıdır. Bu konuda veliler çocuğun diğer birtakım diğer üstün menfaatleri için dahi olsa (örneğin çocuk sağlığı gibi) çocuk rıza göstermedikten sonra bu paylaşım yapılmamalıdır. Ancak veliler almış oldukları rızaya konu işlem ile çocuğun kişilik hakkını ihlal ederlerse yine sorumlulukları söz

[169] Brauchli, A. (1982). Das Kindeswohl als Maxime des Rechts. Zürich: Schulthess Verlag, s. 114 vd.; Akyüz, s. 53.
[170] Specht-Riemenschneider, 580. Alman öğretisinde de Avrupa veri koruma tüzüğüne ilişkin tartışmalarda veri koruma tüzüğünün aşamalı yaklaşımına işaret edilmektedir. Buna göre Veri koruma tüzüğünde 16 yaşından itibaren sosyal medya hizmet sağlayıcılarını yönelttikleri işlemlere çocukların rıza verme ehliyeti olduğu kabul edilmektedir. Bu yaşa kadar da yasal temsilcinin tek başına mı, yoksa çocukla birlikte mi karar verecekleri hususunu ucu açık olmakla birlikte çifte yetki aranmasının uygun olacağı düşünülmektedir. Bu konuda bkz. Specht-Riemenschneider s. 578.

konusu olacaktır. Nitekim bu durumda dahi çocuğu korumakla yükümlü olan velilerin velayet hukuku kapsamında sorumluluğu ortadan kalkmamaktadır.

Velilerin sosyal medya kullanımına ve bu kapsam paylaşılan resimlerin etkilerine veya bazı olumsuz etkileri sınırlayacak siber güvenlik ayarları vb. hususlarda bir bilgi eksikliğin somut olayda söz konusu olması mümkündür. Bunun çocuğun menfaatlerini tehlikeye düşürmesi durumunda aktardığımız aşamalı rıza yaklaşımını (‘*Einwilligungskonzept’*) tamamlayıcı olarak aileye yönelik siber güvenlik, yeni uygulamalar, gizlilik ayarları vb. konusunda eğitim alma tedbirine başvurulması[171] ve buna uyulmaması halinde gerektiğinde nitelikli diğer velayet tedbirlerinin uygulanması söz konusu olabilir. Velinin dijital alanda yetkinliğe sahip olmaması onu velayet hakkının gereği gibi yürütümü yükümlülüğü ortadan kaldırmayacaktır[172].

III. VELİLERE KARŞI BAŞVURULABİLECEK BAZI HUKUKİ İMKANLAR

Çocuğunu koruma yükümlülüğü olan velilerin çocuğunun resimlerini paylaşma suretiyle özellikle onun kişilik hakkını ihlal etmeleri TMK m. 346 anlamında çocuğun menfaati ve gelişmesini tehlikeye düşüren bir durum olarak kabul edilebilir. Böyle bir durumda velayet hukukuna ilişkin hükümlere bir aykırılık ve bunu takiben çocuğun korunmasına yönelik yalın (TMK m. 346) veya nitelikli önlemler (TMK m. 347 vd.) gündeme gelecektir[173].

Bunun yanında çocuğun genel hükümlere göre de anne ve babaya karşı korunması da mümkündür[174]. Bu kapsamda TMK m. 24-25 uyarınca ana babaya karşı bazı davalar yöneltilebilir. Savunma talepleri yönünden tanınan davalar; saldırıya son verilmesi davası, saldırı tehlikesinin önlenmesi davası, saldırının hukuka aykırılığının tespiti davasıdır. Ayrıca maddi ve manevi tazminat davaları da açılabilir[175]. Bu önlemler ile amaçlanan, ana babaya yaptırım uygulamaktan ziyade çocuğun sağlıklı bir şekilde bakımı ve korunmasının sağlanmasıdır[176].

Öncelikle kusur şartı aranmayan saldırıya son verilmesini veya saldırı tehlikesinin önlenmesini talep etmek çocuğun korunması amacına daha uygundur[177]. Saldırı

[171] Akyüz, s. 275; Öztan, B. (2015). Aile hukuku, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 1142.
[172] Götz, İ. (2017). Digital Natives im Familienrecht. FamRZ, Heft 21, 1725-1728, s. 1726.
[173] Özcan ve Burcu, s. 257 vd.; Akyüz, s. 273 vd. Yine dijital alanda çocuğun korunmasına ilişkin olarak krş. Herberger, 2020, s. 448; Leeb ve Starnecker, s. 99.
[174] Herberger, 2021, s. 1088; Leeb ve Starnecker, s. 99.
[175]Akdi, s. 137. Kişiliğe sıkı sıkıya bağlı hakkın kullanımı niteliğinde olduğundan koruyucu davaları ve manevi tazminat davasını sınırlı ehliyetsizin tek başına açabileceği hakkında bkz. İmamoğlu, s. 194; Akdi, s. 134; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 322. Bu anlamda yazar saldırıdan elde edilen kazancın ve maddi tazminat davasını bu kapsamda olmadığına ilişkin öğretideki görüşlere işaret etmiştir (s. 322). Bu anlamda konumuz özelinde ifade etmek gerekirse; sınırlı ehliyetsiz çocuk velilerine karşı manevi tazminat ve kişiliği koruyucu davaları bizzat açabilecek iken, maddi tazminat, sebepsiz zenginleşme ve kişilik hakkına saldırı sebebiyle küçüğün elde edemeyeceği kazancı iadesi (TMK m. 530) davaları bir kayyım aracılığı ile açacaktır. Tam ehliyetsiz küçük yönünden ise bu davalar velilerine karşı her türlü mahkemece atanacak bir kayyım aracılığı ile açılabilecektir.
[176] Öztan, Aile, s.1133; İmamoğlu, s.194.
[177] Krş. Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 744, 758; Herberger, 2021, s. 1089.

tehlikesinin önlenmesi davası açılabilmesi için tehlike ciddi ve yakın olmalıdır[178]. Saldırı tehlikesine son verilmesi talebinde bunun yeterli şekilde belirli ve somut bir hukuka aykırı fiile yönelik olduğuna dikkat edilmelidir[179]. Bir kişinin resmi üzerindeki kişilik hakkına müdahale söz konusu ise aykırılık iddiasına konu fotoğrafın/ videonun yayını çocuğun (kendisi ile ilişkilendirilebilir) somut bir durumunu yansıtmalıdır[180]. Saldırıya son verilmesi (durdurulması) davasında ise devam etmekte olan saldırı nedeniyle gelecekte doğması olası zararların önlenmesi amaçlanır[181]. Bu şekilde hukuka aykırı fiilin önlenmesi güvence altına alınmış olur. Küçüğün kişilik hakkına yönelik ana babası tarafından bir saldırı olursa ve saldırı halen devam etmekteyse, çocuk ayırt etme gücüne sahipse kendisi doğrudan; ayırt etme gücüne sahip değilse temsil kayyımı atanması yoluyla saldırıya son verilmesi veya saldırı tehlikesinin önlenmesi davası açabilir[182].

Kişilik hakkına saldırının sona ermesine rağmen etkilerinin devam etmesi halinde ise saldırının hukuka aykırılığının tespiti davası açılabilir[183]. Özellikle dijital alanda kişilik hakkına aykırılık durumunda daha önce aktardığımız üzere saldırının etkisi çok uzun zaman daha görülmeye devam etmektedir.

Eğer çocuk fotoğrafları ebeveynlerin arzusuna aykırı olarak internette ortaya çıkarsa sadece saldırının önlenmesi ve kaldırılması talebi söz konusu olmaz. Çocuk fotoğraflarının belirli bir süre internette kullanıldığı dikkate alınınca velilerin çocuğa karşı kusura dayalı haksız fiil sorumluluğu ve tazminat talepleri (TBK m. 49 f. 1, m. 58) de gündeme gelebilir[184]. Genel olarak kişilik hakkı da bu kapsamda korunan değerler arasındadır[185]. Bir kişinin resmi üzerindeki ihlal de malvarlığı boyutu yanında incelememize ilişkin olarak özellikle kişilik hakkına yöneliktir[186]. Burada gözden kaçırılmaması gereken çocuğun resminin sıklıkla kalıcı olarak internetten uzaklaştırılabilmesinin mümkün olamamasıdır.

Kasıt hukuka aykırı bir sonucu bilmeyi ve istemeyi ifade eder[187]. Ancak çocuk fotoğraflarının internetten paylaşılmasının bazıları yönünden artık neredeyse gündelik bir

[178] Dural ve Öğüz, s. 765; Helvacı, s. 162.
[179] Herberger, 2021, s. 1090.
[180] Krş. Fricke M, in Praxiskommentar Urheberrecht: UrhR, Wandtke, Artur-Axel/ Bullinger, Winfried, 5. Auflage, Beck Verlag, München 2019 -Beck-Online, KUG § 22, s. 24.
[181] Helvacı, s. 163.
[182] Akdi, s. 138.
[183] Helvacı, s. 164 vd.; Dural ve Öğüz, s.777 vd.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 767 vd.
[184] Herberger, 2021, s. 1090.
[185] Krş. Herberger, 2021, s. 1090; Wagner, G. (2004). § 832, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 5: Bürgerlisches Gesetzbuch, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse (§§ 705–853 BGB), 4. Auflage. München: Beck Verlag, s. 417.
[186] Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 618 vd.; Dural ve Öğüz, s. 699 vd.
[187] Antalya, O. G. (2019). Borçlar hukuku genel hükümler CV(1). Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 146; Oğuzman ve Öz, 2018, s. 158.

duruma geldiği dikkate alınınca[188], bunlara ilişkin ailelerde bir hukuka aykırılık bilincinin söz konusu olduğu hususu şüphelidir. Buna karşılık bir çok durumda ihmale dayalı bir davranışın varlığı kabul edilebilir. Bu anlamda hukuki işlem hayatının gerektirdiği özen çocuk fotoğraflarının yayınlanması durumunda uygulama alanı bulacak olan düzenlemeler hakkında bilgi edinilmesini gerekli kılar[189].

Kişilik hakkına yönelik hukuka aykırı bir saldırı nedeniyle hem manevi bir zarara (Örneğin, ana babasının sosyal medyada paylaştığı görüntüler nedeniyle çocuk arkadaş çevresinde alay konusu olabilir), hem de maddi bir zarara (yaşadığı psikolojik sorunlar sebebiyle tedavi görmesi gerekebilir ve bu durum bazı tedavi masrafı kalemlerinin oluşmasına sebep olabilir[190]) da uğrayabilmesi mümkün olan küçüğün ana babasına karşı maddi ve manevi tazminat davası açılabilir.

Çocuğun onur ve saygınlığının, özel ve gizli alanının, resmi üzerindeki kişilik hakkının ihlal edilmesi sonucu olarak ana babanın manevi tazminat sorumluluğu oluşabilir. Ancak ayırt etme gücüne sahip olmayanlar yönünden manevi zararın kabul edilip edilemeyeceği hususu tartışmalıdır[191]. Buna ilişkin cevap, manevi zararın nasıl nitelendirildiği ile alakalıdır. Şöyle ki manevi zarar ilişkin (kişilik hakkı ihlal edilen kişinin manevi zarara uğradığını kabul için onun elem, üzüntü ve ıztırap duymasını arayan) sübjektif görüşe[192] göre küçüğün, kişilik hakkına saldırı sebebiyle oluşan elem ve ızdırabı hissedemeyecek derecede ayırt etme gücünden yoksun olması durumunda manevi zararın oluştuğunun kabulü güç olacaktır[193]. Bu görüş içinde değişik gerekçelerle ve özellikle hakkaniyet gerekçesi ile küçüğün manevi zarara uğrayabileceğini belirtenler bulunmaktadır. Yine bu görüş içinde küçüğün büyüdüğünde ayırt etme gücü kazanması mümkünse, ileride bu acıyı hissedebilmesi bekleneceğinden bu davanın açılabileceği belirtilmektedir[194]. Buna karşılık (manevi zararı kişilik değerlerinde objektif bir eksilme olarak gören) objektif görüş[195] kişilik hakkı zarar görende duygu zararını aramadığından tutarlı olarak ayırt etme gücü olmayanların da manevi zarar görebileceğini kabul

[188] Bu anlamda bu tarz paylaşımların gündelik bir fenomen olduğu yönünde Bkz. Rake, U. (2020). Kinderrechte und Sorgerechtsbefugnisse bei elterlichen Foto-Postings in sozialen Medien. Neue Zeitschrift für Familienrecht. Heft 14, 1064-1070, s. 1066.
[189] Herberger, 2021, s. 1090.
[190] Akdi, s. 139.
[191] Bir fikre göre ayırt etme gücüne sahip olmayanlar açısından manevi zarar söz konusu olmaz. Bkz. Tekinay, Selahattin Sulhi vd. (1993). Borçlar hukuku genel hükümler. İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 667.
[192] Antalya, Manevi tazminat, s. 14 vd.; Erlüle, F. (2011). Türk Borçlar Kanunu'na göre bedensel bütünlüğün ihlalinde manevi tazminat. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 44 vd.
[193] Tekinay, s. 667 vd.; Oğuzman, M. K. ve Öz, T. (2014). Borçlar hukuk genel hükümler CII. İstanbul: 2014, s. 265.
[194] Oğuzman ve Öz, 2018, s. 265.
[195] Erlüle, s. 48 vd.; Antalya, Manevi tazminat, s. 17 vd. Karma görüşü savunan son zikredilen yazar, beden bütünlüğünün ihlali ile diğer diğer kişilik hakkı ihlalleri arasında bir ayrım yapmaktadır. Beden bütünlüğü ihlalinde ayırt etme gücü bulunmayanların acı ve ızdırap duyabildiğinin söylenebileceği beden bütünlüğü ihlallerinde manevi zararın gerçekleştiği söylenebilir (s. 21). Buna karşılık yazara göre diğer kişilik hakkı ihlallerinde objektif görüş benimsenmeli ve kişilik varlığı değerlerindeki azalma yeterli görülmelidir (s. 21 vd.).

etmektedir[196]. Manevi zararın şartlarının oluşması halinde ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük kendisi doğrudan talepte bulunamayacaktır. Bu durumda onun talebi TMK m. 426 f. 2 uyarınca bir temsil kayyımı atanarak ileri sürebilecektir. Küçük ayırt etme gücüne sahip olan ise (maddi tazminat, sebepsiz zenginleşme ve kazancın iadesi davasından farklı olarak)[197] doğrudan doğruya kendisi de zamanaşımı süresi içinde[198] manevi zararını talep ve dava edebilir[199].

Resim üzerindeki kişilik haklarının ihlali durumunda talep edilen manevi tazminatın şartlarının çıtası diğer kişilik değerlerinin ihlaline nazaran daha aşağıda tutulması gerektiği belirtilmektedir[200]. Bunun gerekçesi olarak dijital ortamda cayma veya düzeltme gibi bir imkanın sıklıkla gündeme gelememesi gösterilmektedir[201]. Ancak buna ilişkin de bir genellemeden kaçınılmalı, somut olay belirleyici olmalıdır.

Öte yandan KVKK'na aykırılık üzerinden de bir haksız fiil sorumluluğu gündeme gelebilir. Bu kapsamda da hukuka uygunluk nedenlerinin somut olayda mevcut olmaması durumunda kişisel verileri işlenen ilgilerin zarara uğraması hâlinde zararın giderilmesini talep etme imkanları bulunur (KVKK m. 11 f. 1 ğ; KVKK m. 14 f. 3)[202]. Bunun yanında KVKK'nın uygulamasında da genel hükümlere göre de tespit, saldırının önlenmesi, saldırının durdurulması ile sebepsiz zenginleşme ve vekaletsiz iş görmeye ilişkin diğer talepler de velilere karşı ileri sürülebilecektir[203].

[196] Eren, F. (2015). Borçlar hukuku genel hükümler. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 535 vd.

[197] Bununla birlikte Yargıtay (Y.4HD, 21.9.1995 T., 5439/6448 sayılı)'ın kararında kişilik hakkı ihlali durumunda çocuğun manevi tazminat davası yanında maddi tazminat davası açabileceğine hükmettiği yönünde bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 322.

[198] Küçüğün sosyal medyada görüntülerinin paylaşılması neticesinde kişilik hakkının ihlalinden kaynaklanan davalarda zamanaşımı TBK m.72 uyarınca zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her halde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. TBK m. 153 f. 1-1 hükmünde, çocuğun anne ve babadan olan alacakları için velayetleri süresince zamanaşımının işlemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Bu halde çocuk velayetin sona ermesinden itibaren iki yıl içerisinde manevi tazminat talep edebilecektir. Çocuğun ana babası ile velayet ilişkisi yoksa veya ebeveyninden yalnızca biri ile velayet ilişkisi varsa ve ihlali veli olmayan diğer ebeveyni gerçekleştiriyorsa; bu durumlarda da yine m. 72 hükmüne göre zamanaşımı süresini iki yıl olarak kabul etmek uygun olacağı hakkında bkz. Gültekin, s. 138.

[199] Akdi, s. 141.

[200] Herberger, 2021, s. 1090.

[201] Herberger, 2021, s. 1090.

[202] Her ne kadar KVKK m. 11 f. 1 ğ ve KVKK m. 14 f. 3 özel hüküm olsalar da ve burada tazminat davasından söz edilse de TMK m. 25 (tespit, saldırının önlenmesi, saldırının durdurulması) ile sebepsiz zenginleşme ve vekaletsiz iş görmeye ilişkin diğer taleplere de yarışmalı olarak başvurulabileceği hakkında örneğin bkz. Öztan, Kişiler, s. 297. Bu husus zaten KVKK m. 14 f. 3'te açıkça ortaya konulmuştur: "*Kişilik hakları ihlal edilenlerin, genel hükümlere göre tazminat hakkı saklıdır*".

[203] Her ne kadar KVKK m. 11 f. 1 ğ ve KVKK m. 14 f. 3 özel hüküm olsalar ve burada tazminat davasından söz edilse de TMK m. 25 (tespit, saldırının önlenmesi, saldırının durdurulması) ile sebepsiz zenginleşme ve vekaletsiz iş görmeye ilişkin diğer taleplere de yarışmalı olarak başvurulabileceği hakkında örneğin bkz. Öztan, Kişiler, s. 297. Alman Hukuku'nda (Türk hukuku için de kabul edebileceğimiz üzere) kişisel verilerin korunmasına ilişkin kanunda somut olarak saldırıya son verilmesi talebinin öngörülmemiş olması kişisel verilerin korunması hukuku uygulamasında saldırıya son verilmesi talebinin söz konusu olmayacağı anlamına gelmeyeceği; bu durumda da genel hükümler uygulama alanı bulacağı; ayrıca bu talebin ötesinde Kişisel verilerin korunması hakkındaki kanun kapsamında silinme talebinin de gündeme gelebileceğine, ancak silinme talebinin, önlenme talebini de içerip içermediğinin tartışmalı olduğu hakkında Bkz. Herberger, 2021, s. 1090.

Öte yandan FİSEK m. 86'da inceleme konumuz olan resimlerin paylaşımda açıkça rızanın alınamadığı durumlara ilişkin tazminat taleplerine yönelik TBK ve TMK'ya yollama yapılmıştır (FİSEK m. 86 f. 3, 4). Bunun gibi tazminat talebi söz konusu olduğunda Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu 68 inci maddesindeki üç kat tazminata (telif tazminatına) ilişkin hüküm uygulama alanı bulabilir[204]. Kişilik hakkına saldırıdan dolayı elde edilen kazanç ve uğranılan somut zarar yanında özellikle makul olan lisans ücreti tutarının hesabının öngörülmesi dikkat çekicidir (FİSEK m 68 f. 2). Burada yapılan soyut hesaplamada tarafların lisans sözleşmesi yapıp yapmayacak olmaları önem taşımamaktadır[205]. Lisans bedelinin hesabında ise belirleyici olan (objektif bir model olarak) makul sözleşme taraflarının sözleşmenin kuruluşunda kişilik hakkının ihlaline konu fiil için ne kadar ücret kararlaştıracak olduklarıdır. Bu amaçla uygun olan bir kullanımının objektif olan değerinin hesaplanması gereklidir[206].

Kişilik hakkına saldırı sebebiyle küçüğün elde edemeyeceği kazancı ana babası elde etmişse TBK m.530 uyarınca vekaletsiz iş görme hükümleri uyarınca saldırıdan elde edilen kazancın verilmesine yönelik dava açılabilir. Bir taraftan saldırının önlenmesi talep edilirken, eş zamanlı olarak bunun tam tersi olarak elde edilen kazancın istenmesi çelişkili bir davranış teşkil etmemektedir[207]. Burada küçüğün elde edemeyeceği bir kazanç söz konusu olması gerekir. Aksi halde bu tutar maddi tazminat kapsamında talep edebilir[208]. Örneğin küçüğün resminin hukuka aykırı bir şekilde sosyal medyada paylaşılması neticesinde velileri bir kazanç elde etmişse söz konusu kazancın iadesi talep edebilir[209].

Şayet tazminat talebi özelikle velilerin kusuru bulunmadığından dolayı reddedilecek olursa veya kusur şartının tartışılmasından kaçınmak için sebepsiz zenginleşme talebinin[210] ileri sürülmesi önerilebilir[211]. Gerçekten de bir resmin değerlendirilmesine yönelik karar verilmesinde velilerin kullandığı yetkinin malvarlıksal bir boyutu vardır. Veliler çocuğun resmini kullanarak çocuğun hesabına ekonomik bir değer, bedel elde etmişlerdir. Çünkü çocuk (kendisinden rıza alınmadığı, ailenin çocuk resmini paylaşmasının hukuka uygun görülmediği durumlarda) bu resmi kendi kullanıma sunmamış ve buna ilişkin lisans vermemiştir. Lisans sözleşmesi olmadığından hukuki bir

[204] Tekinalp, Ü. (2012). Fikri mülkiyet Hukuku, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 318 vd.; Kılıçoğlu, s. 414 vd. Son zikredilen yazara göre burada söz konusu olan saldırının durdurulması davasının bir türü olarak telif tazminatı olduğu, yoksa FİSEK m. 68 f. 1'de geçen "*zarar*" sözcüğünün mali hakların ihlali halinde durdurma davasının maddi tazminat davasındaki zarar koşulunu gerektirdiği kanısına yol açmaması gerektiğine işaret etmektedir (s. 414). Alman Hukuku yönünden krş. Fricke, KUG § 22, s. 28.
[205] Krş. Fricke, KUG § 22, s. 28.
[206] Fricke, KUG § 22, s. 28 vd.
[207] Herberger, 2021, s. 1091.
[208] Dural ve Öğüz, s.156.
[209] Akdi, s. 141.
[210] Nomer, N. H. (2021). Borçlar hukuku genel hükümler. İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 139 vd.
[211] Herberger, 2021, s. 1091. Ancak yazarı bu durumda davacı aleyhine bu yol seçmenin bir riski olarak velilerin elde kalan zenginleşme ile sınırlı bir sorumlulukları olacağına işaret etmektedir (s. 1091).

dayanak da yoktur. Elde edilen bedel sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri istenebilecektir[212].

Nihayet ceza hukukunda çeşitli yaptırımların gündeme gelmesi söz konusu olabilir[213]. Görüldüğü üzere dijital uygulamaların çok boyutluluğu ve birden fazla hukuk alanına temas ettiği dikkate alındığında hukuka aykırı uygulamaların önüne geçebilmek için velilerin resim paylaşımı ve bunun çocuk üzerindeki etkileri konusunda daha fazla dikkat sarf etmeleri, dijital alandaki riskler konusunda gerekli araştırmaları yapıp kendilerini eğitmeleri gerekmektedir.[214]

SONUÇ

1) Veliler çocuklarının malvarlığı ve şahıs varlığı değerlerini korunmakla yükümlüdür. Bu bağlamda günümüzde dijital ortamda sıklıkla görülen ana ve babaların çocuklarının resimlerini paylaşmasının çocuk menfaatlerine etkisinin ve bu konuda çocuğun rızasının geçerliliğinin incelenmesi önem taşır.

2) Kişilik hakkı dinamik bir kavram olup, çeşitli değerleri içinde barındırır. Kişinin dış dünyaya yansıyan fotoğraf, video, karikatür vb. her türlü görünüm şeklini ifade eden resim üzerindeki kişilik hakkı bu kapsamda olup, ailenin paylaşımları özellikle çocuğunun kişilik hakkını da etkileyebilmektedir. Bu paylaşım çocuğun sosyal kişilik değerleri arasında yer alan resmi üzerindeki kişilik hakkı yanında onun şeref ve haysiyetini ve/veya çocuğun yaşam alanı (özel alanı, gizli alanı) üzerindeki kişilik hakkını da ihlal edebilir. Ailenin dijital ortamdaki paylaşımları suretiyle çocuğun kişilik haklarını ihlalinin ağırlığı analog ortamdakine kıyasla çok daha fazladır.

3) Velilerin çocuk hakkındaki yaptıkları paylaşımın amacı da dikkate alınmalıdır. Bu tarz bir paylaşım örneğin anne ve babanın işyerinin internet sitesi, onları youtuber veya influencer olması durumlarında olduğu gibi ekonomik bir amaç güdüyorsa burada çocuğun malvarlığı menfaatlerinin korunması ilkesinin gözetilmesi de önem taşır. Velilerin yaptığı bu paylaşım onların menfaati ile çocuğun menfaatlerinin çatışması olarak kabul edilebildiği takdirde bir kayyım atanması ve hakimin onayının aranması söz konusu olur.

4) Velilerin çocuk fotoğraflarını paylaşmasının diğer bir boyutu da anne ve babanın ifade özgürlüğüdür. Özellikle çocukların kişilik haklarına aykırı resimlerinin paylaşılmasında çocuğun kişilik hakkı ile ailenin ifade özgürlüğü karşı karşıya gelmektedir. Ailenin ifade özgürlüğüne ilişkin anayasadaki genel ve özel sınırlamalar bulunmaktadır. Bu kapsamda bir sınırlama kanunla yapılması gerekmekte olup, söz konusu kanun hükümleri arasında ÇK m. 3, 45 ve TMK m. 346'da bulunmaktadır. Bu anlamda velayet hakkı kapsamında çocukların kişilik haklarını korumak ile yükümlü olan

[212] Herberger, 2021, s. 1091. Sebepsiz zenginleşmede iade borcunun kapsamı için bkz. Antalya, Borçlar genel, s. 713-728. Oğuzman ve Öz, 2018, s. 392-398.
[213] Leeb ve Starnecker, s. 99; Herberger, 2020, s. 443.
[214] Krş. Leeb ve Starnecker, s. 99.

veliler; çocuk resimlerini paylaşırken kendi arkadaş çevresi dışında üçüncü kişilerin erişmesini engelleyecek tedbirler almalı, gerekli gizlilik ayarlarını yapmalı ve kendi arkadaş çevresinde de çocuğun kişilik değerlerini ihlal etmeyecek paylaşım yapmaya özen göstermelidirler. Buna karşılık çocuğun paylaşılan resimleri bizzat onun menfaatini korumaya yönelikse bunların paylaşımı velayetin gereği gibi yürütümü kapsamında kabul edilebilir.

5) Velayet hakkına sahip olan anne ve/veya baba, konumuz özelinde çocuğun fotoğrafları vb. paylaşılmasına ilişkin kararlar alırken çocuğun menfaatini gözetmeleri gerekir (TMK m. 339 f. 1). Bu durumun TMK m. 339 f. 3 ve TMK m. 195 f. 1 anlamında "*önemli konu*" olduğunun kabul edilebileceği ve onun düşüncesinin alınması gerektiği söylenebilir. Velayet hakkına müştereken sahip olan anne babanın çocuklarının fotoğraflarını sosyal medyada yayınlanması hususunda farklı görüşlere sahip olmaları durumunda ayrı ayrı veya birlikte hâkimin müdahalesini isteyebilirler.

6) Çocuğun rızası konusunda küçüğün ayırt etme gücüne sahip olup olmaması açısından ikili bir ayrım yapılabilir. Ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük tam ehliyetsiz olduğundan rızasını açıkça ya da örtülü olarak ortaya koymuş olsa bile rızası geçerli kabul edilemeyecektir. Sınırlı ehliyetsizler yönünden ise TMK m. 16 f. 2, ayırt etme gücüne sahip sınırlı ehliyetsizlerin kural olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını tek başlarına kullanabileceklerine işaret etmiştir. Ancak kanunda istisnai durumlarda kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımında kanuni temsilcinin izni ya da işleme katılımı aranmıştır. Paylaşılması düşünülen verilerin çocuk yönünden etkilerinin ve çocuğun verdiği rızanın anlamı ve özellikle uzun dönem etkisi konusunda ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığının tespiti önem taşımaktadır. Buna olumlu yanıt verilse bile çocuğun rıza vermek suretiyle kişiliğe bağlı değerlerini ancak hukuka ve ahlaka aykırı olmadığı sürece sınırlayabilmesi geçerlidir. Ayırt etme gücüne sahip olan küçük kişilik hakkı ihlalinin ağırlık ve önemini somut olayda kavrayabilecek durumda değilse ayrıca yasal temsilcisinin onayı da aranmaktadır.

7) Çocuğun rızasını açıklaması kural olarak herhangi bir şekle bağlı değildir. Bununla birlikte istisnai olarak bu rızanın şekle bağlı olabilmesi mümkündür. İstisnai olarak (örneğin FİSEK m. 86) bu rızanın şekle bağlı olabilmesi mümkündür.

8) Çocukların, kişisel verilerinin işlenmesi durumunda bunun KVKK kapsamında kaldığı, şayet bunları zevk, sosyalleşme vb. amaçlarla paylaşıyorlarsa KVKK'nın uygulama alanı dışında kaldığını söyleyebiliriz. Ancak KVKK'nın uygulama alanına girdiğini kabul ettiğimiz durumda ise (KVKK'da çocukların durumu özel olarak düzenlenmediğinden) çocuğun verdiği rızanın geçerli olup olmayacağı hususları için TMK'nın genel esasları çerçevesinde hareket edilmelidir. Çocuğunu koruma yükümlülüğü olan ebeveynlerin velayet hakkını kötüye kullanması halinde velayet hukukuna yönelik tedbirlerin uygulanması yanında çocuğun rızasının alınmış olması

işlemi hukuka uygun hale getirmeyeceği gibi, çocuklar ileride KVKK'da kendilerine tanınan hakları da kullanabilirler.

9) FİSEK'te çocuk resimlerine ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. FİSEK'da eser mahiyetinde olmasalar bile resimlerin (fotoğraf, video vb.) teşhir veya diğer suretlerle kamuya arz edilemeyeceği belirtilmiş ve burada öncelikle (dolaylı olarak) hukuka uygunluk nedeni olarak eser (incelememiz açısından resim) hakkı sahibinin rızasına işaret edilmiştir (FİSEK, m. 86 f. 1, 19 f. 1, 15 f. 1) . Öte yandan belli durumlarda rıza aranmayacağı belirtilmiştir (FİSEK, m. 86 f. 2). Çocuk resimlerinin paylaşımı yönünden gerek rıza aranan, gerekse FİSEK'e göre rıza aranmayacağı belirtilen hallerde TMK m. 24 ve bu kapsamda hukuka uygunluk nedeni olarak rızaya ilişkin esaslar geçerli olmaya devam etmektedir (FİSEK, m. 86 f. 4).

10) Velilerin çocuklarının resim paylaşımına ilişkin sosyal medya işlemlerinde çocuk onayına ilişkin Avrupa Veri Koruma Tüzüğü m. 8 buraya uygulanabilir değildir. Zira burada talep bir sosyal medya servisinden gelmemekte, doğrudan velilerden veya çocuktan gelmektedir. Her ne kadar Avrupa Veri Koruma Tüzüğü m. 8 inceleme konumuza doğrudan uygulanabilir değilse de arka planında çocuğun dijital sosyal medya faaliyetlerinin etkisine ilişkin ayırt etme gücü olup olmadığına yönelik normatif bir tespiti yansıtmaktadır. Bunun yanında çocuğun dinlenilmesi, katılımının sağlanması ve kişiliğine saygı gösterilmesi esasını gözeten bir yaklaşımı gözetmektedir. Bu anlamda çocuğun rızasına ilişkin olması gereken hukuka yönelik veya olan hukukta hakimin takdir hakkını somutlaştırma üzerine geliştirilecek bir yaklaşımda Avrupa Veri Koruma Tüzüğü esasları dikkate alınabilecektir.

11) İsviçre Federal Mahkemesi nisbi bir kavram olan ayırt etme gücünün belirlenmesinde belirli bir yaş gibi kesin bir ölçütün esas alınmasından ziyade, her somut olayda değerlendirme yapılması gerektiğine hükmetmektedir. Ancak bize göre çocuğun dijital ortamda resminin paylaşılmasının etkilerini fark etmeye başlayabileceği bir yaş (örneğin 7-10 arasında), bu konuda başta çocuk gelişimi olmak üzere farklı alandaki araştırma verileri ve yabancı ülkelerdeki düzenlemeler dikkate alınarak belirlenebilir ve bu yaşın altında velilere çocuk resimleri paylaşımı konusunda bir sınır getirilebilir. Ancak bunun istisnası olarak somut olayda resim paylaşılmasının aksi yönde çocuğun zihinsel, sosyal, sağlık, eğitsel vb. menfaatlerinin daha fazla ön planda olması durumu kabul edilebilir.

12) Çocuk yukarıda belirlenen yaş kategorisinin üstünde, fakat (yine yukarıda belirttiğimiz üzere bu konuda çocuk gelişim uzmanları, psikologlar, dijital uzmanlar vb. tespitler ve Avrupa Veri Koruma Tüzüğü esasları dikkate alınarak) 13 ile 16 yaş arasında belirlenecek üst sınırın altında ise ve ayırt etme gücü bulunmaktaysa veli ve çocuk işbirliği içinde hareket etmelidir. Bize göre Avrupa Veri Koruma Tüzüğü m. 8'de de zikredilen yasal temsilcinin onay vermesinden bahsetmiş olmakla birlikte; çocuğun açık

veya örtülü rızasına aykırı şekilde resminin paylaşılması gerçekleşemeyeceği için, burada da aslında fiili anlamda çifte rıza durumu olduğundan bahsedebiliriz.

13) Çocuğun yaşı (araştırma verileri ve Avrupa Veri Koruma Tüzüğü esasları dikkate alınarak) 13 ile 16 yaş arasında belirlenecek üst sınırın üstünde ise velilerin çocuğun resmini paylaşabilmeleri çocuğun rızasını almalarına bağlıdır. Bu konuda veliler çocuğun diğer birtakım diğer üstün menfaatleri için dahi olsa (örneğin çocuk sağlığı gibi) çocuk rıza göstermedikten sonra bu paylaşım yapılmamalıdır. Ancak veliler almış oldukları rızaya konu işlem ile çocuğun kişilik hakkını ihlal ederlerse yine sorumlulukları söz konusu olacaktır. Nitekim bu durumda dahi çocuğu korumakla yükümlü olan velilerin velayet hukuku kapsamında sorumluluğu ortadan kalkmamaktadır.

14) Aktarılan aşamalı rıza yaklaşımını ('Einwilligungskonzept') tamamlayıcı olarak, aileye yönelik siber güvenlik, yeni uygulamalar, gizlilik ayarları vb. konusunda eğitim alma tedbirine başvurulması ve buna uyulmaması halinde gerektiğinde nitelikli diğer velayet tedbirlerinin uygulanması söz konusu olabilir. Velinin dijital alanda yetkinliğe sahip olmaması onu velayet hakkının gereği gibi yürütümü yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacaktır.

15) Çocuğunu koruma yükümlülüğü olan velilerin çocuğunun resimlerini paylaşma suretiyle özellikle onun kişilik hakkını ihlal etmeleri TMK m. 346 anlamında çocuğun menfaati ve gelişmesini tehlikeye düşüren bir durum olarak kabul edilebilir. Böyle bir durumda velayet hukukuna ilişkin hükümlere bir aykırılık ve bunu takiben çocuğun korunmasına yönelik yalın (TMK m. 346) veya nitelikli önlemler (TMK m. 347 vd.) gündeme gelecektir. Bunun yanında çocuğun genel hükümlere göre de anne ve babaya karşı korunması da mümkündür . Bu kapsamda TMK m. 24-25 uyarınca ana babaya karşı bazı davalar yöneltilebilir. Savunma talepleri yönünden tanınan davalar; saldırıya son verilmesi davası, saldırı tehlikesinin önlenmesi davası, saldırının hukuka aykırılığının tespiti davasıdır. Ayrıca maddi ve manevi tazminat davaları da açılabilir. Bu önlemler ile amaçlanan, ana babaya yaptırım uygulamaktan ziyade çocuğun sağlıklı bir şekilde bakımı ve korunmasının sağlanmasıdır. Şayet tazminat talebi özelikle velilerin kusuru bulunmadığından dolayı reddedilecek olursa veya kusur şartının tartışılmasından kaçınmak için sebepsiz zenginleşme talebinin ileri sürülmesi önerilebilir.

16) Çocuk fotoğraflarının belirli bir süre internette kullanıldığı dikkate alınınca velilerin çocuğa karşı kusura dayalı haksız fiil sorumluluğu ve tazminat talepleri (TBK m. 49 f. 1, m. 58) de gündeme gelebilir. Ayrıca KVKK'na üzerinden hukuka uygunluk nedenlerinin somut olayda mevcut olmaması durumunda kişisel verileri işlenen çocuğun zarara uğraması hâlinde zararın giderilmesini talep etme imkanı bulunur (KVKK m. 11 f. 1 ğ; KVKK m. 14 f. 3). Bunun yanında KVKK'nın uygulamasında da genel hükümlere göre de tespit, saldırının önlenmesi, saldırının durdurulması ile sebepsiz zenginleşme ve vekaletsiz iş görmeye ilişkin diğer talepler de velilere karşı ileri sürülebilecektir. Öte

yandan FİSEK m. 86'da inceleme konumuz olan resimlerin paylaşımda yönelik açıkça rızanın alınamadığı durumlara ilişkin tazminat taleplerine yönelik TBK ve TMK'ya yollama yapılmıştır (FİSEK m. 86 f. 3, 4). Yine somut olayda tarafların lisans sözleşmesi yapıp yapmayacak olmaları önem taşımaksızın tespit edilecek rayiç lisans bedelin en çok üç kat fazlasının istenebilmesi de mümkündür (FİSEK m 68 f. 2). Bunun gibi kişilik hakkına saldırı sebebiyle küçüğün elde edemeyeceği kazancı ana babası elde etmişse TBK m.530 uyarınca vekaletsiz iş görme hükümleri uyarınca saldırıdan elde edilen kazancın verilmesine yönelik dava açılabilir. Nihayet ceza hukukunda çeşitli yaptırımların gündeme gelmesi söz konusu olabilir.

Kaynakça

Akdi, M. (2016). Ana-babanın çocuğun fotoğraf ve görüntülerinin sosyal medyada yayınlamasından doğan sorumluluğu. Cevdet Yavuza Armağan, CI(22), 123-145.

Akıntürk, T. ve Ateş, D. (2020). Aile hukuku. İstanbul: Beta Yayıncılık.

Akyüz, E. (2020). Çocuk hukuku çocukların hakları ve korunması. Ankara: Pegem Akademi.

Antalya, O. G. (2017). Manevi zararın belirlenmesi ve manevi tazminatın hesaplanması. İstanbul: Legal Yayıncılık.

Antalya, O. G. (2019). Borçlar hukuku genel hükümler CV(1,2). Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Antalya, O. G. ve Topuz, M. (2021). Medeni hukuk giriş temel kavramlar başlangıç hükümleri CI. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Ataay, A. (1968). Medeni hukuk genel teorisi ve şahıslar hukuku ile ilgili İsviçre Federal Mahkemesi kararları (1961-1965). İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C14(2), 209-224.

Brauchli, A. (1982). Das Kindeswohl als Maxime des Rechts. Zürich: Schulthess Verlag.

Çekin, M. S. (2020). Avrupa Birliği hukukuyla mukayeseli olarak 6698 Sayılı Kanun çerçevesinde kişisel verilerin korunması hukuku. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Dural, M. ve Öğüz, T. (2021). Türk özel hukuku (kişiler hukuku). İstanbul: Filiz Kitabevi.

Elçin G. ve Evgen G. (2017). Çocuğun menfaati gereği çocukla ilgili uyuşmazlıklarda görüşünün alınmaması gereken durumlar. Çocuk hakları çalışmaları I, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 1-26.

Erdoğan, C. (2019). Çocukların kişisel verilerinin korunması (sosyal medya örneği kapsamında). D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a

Armağan, C21.

Eren, F. (2015). Borçlar hukuku genel hükümler. Ankara: Yetkin Yayınları.

Erkan, V. U. ve Yücer, İ. (2011). Ayırt etme gücü. AÜHFD, C60(3), s. 485-522.

Erlüle, F. (2011). Türk Borçlar Kanunu'na göre bedensel bütünlüğün ihlalinde manevi tazminat. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Götz, İ. (2017). Digital Natives im Familienrecht. FamRZ, Heft 21, 1725-1728.

Gültekin, E. (2018). Çocuğun kişilik hakkının ana-baba tarafından sosyal medya aracılığıyla ihlalinin hukuki görünümü. Çocuk ve Medeniyet, CIII(5), 103-143.

Gündoğar, S. (2019). Siber Uşaklaştırma'ya Dikkat!. https://dijitalmedyavecocuk.bilgi.edu.tr/2019/04/02/siber-usaklastirmaya-dikkat/, adresinden erişildi. (Erişim Tarihi: 15. 02. 2022).

Hatemi H. (2021). Kişiler hukuku. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Hatemi, H. ve Oğuztürk, B. K. (2021). Aile hukuku. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Helvacı, S. (2013). Gerçek Kişiler. İstanbul: Legal Yayıncılık.

Hennemann, H. (2017). § 1687. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 10: Familienrecht II §§ 1589-1921, SGB VIII. München: Beck Verlag.

Herberger, M. (2020). Die Welt zu Gast im digitalen Kinderzimmer. JM, Heft 12, 442-449. (Kısaltma: Herberger, 2020).

Herberger, Maria. (2021). Veröffentlichung von Kinderfotos zu kommerziellen Zwecken gegen den Willen eines Elternteils. Neue Zeitschrift für Familienrecht, Heft 24, 1088-1091. (Kısaltma: Herberger, 2021).

Huber, P. (2020). BGB § 1626, 1626a, 1631, 1632. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 10: Familienrecht II, §§ 1589-1921, SGB VIII, 8. Auflage. München: Beck Verlag.

İmamoğlu, H. (2005). Çocuğun kişiliğinin ana babaya karşı korunması. AÜHFD, C54(2).

Janka J. P. ve Taubman J. S. (2017). United States, The Technology, Media and Telecommunications Review, Janka J. P. (der.), Law Business Research Ltd, London (s. 413-434) https://thelawreviews.co.uk//digital_assets/dbf21314-2348-4617-a3c0-0a370fc4cd17/TLR---The-Technology,-Media-and-Telecommunications-Review-8th-Edition.pdf adresinden erişildi. (E.T:22.08.2018).

Karaca, M., Mutlu, T. ve Gencer, G. (2021). Siber Mağduriyet: Kavramsal Bir Çalışma. Anadolu Akademi Sosyal Bilimler Dergisi, C.III(1), 177-191.

LaFrance, A. (2016). The Perils of 'Sharenting. All those Facebook photos are cute—but how are they affecting the kids?. The Atlantic. https://www.theatlantic.com/technology/archive/2016/10/babies-everywhere/502757/

adresinden erişildi. (E.T:6.10.2016).

Lauber-Rönsberg, A. ve Hartlaub, A. (2017). Personenbildnisse im Spannungsfeld zwischen Äußerungs- und Datenschutzrecht. NJW. 70 (15), 1057- 1061.

Leeb, C., M./ Starnecker, T. (2021). Rechtliche Grenzen des digitalisierten Alltags von Eltern und Kindern Ein Überblick anhand von Beispielen aus der Rechtsprechung. Neue Zeitschrift für Familienrecht, 21, 97-101.

Karabağ Bulut, N. (2014). Medeni Kanunun 23. Maddesi kapsamında kişilik hakkının sözleşme özgürlüğüne etkisi. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Kılıçoğlu, M. A. (2021). Sinai haklarla karşılaştırmalı fikri haklar. Ankara: Turhan Kitabevi.

Nomer, N. H. (2021). Borçlar hukuku genel hükümler. İstanbul: Beta Yayıncılık.

NTV Haber. (2021). Influencer nedir, ne demek? (Influencer ne iş yapar?). https://www.ntv.com.tr/yasam/influencer-nedir-ne-demek-influencer-ne-is-yapar,wLK4-R66yEe0BvCTsODqvw adresinden erişildi. (ET:07.06.2022)

Oğuzman, M. K. ve Öz, T. (2014). Borçlar hukuk genel hükümler CII. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

(Kısaltma: Oğuzman, 2014)

Oğuzman, M. K. ve Öz, T. (2018). Borçlar hukuk genel hükümler CII. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

(Kısaltma: Oğuzman, 2018)

Oğuzman, M. K., Seliçi, Ö. ve Oktay Özdemir S. (2018). Kişiler hukuku: gerçek ve tüzel kişiler. İstanbul: Filiz Kitabevi.

Pinsent M. Out-law. (2018). GDPR: France updates data protection laws, https://www.outlaw.com/en/articles/2018/june/gdpr-france-data-protection-laws-/ adresinden erişildi. (ET:08.08.2018).

Özcan B. ve Burcu G. (2019). Çocuğun kişilik hakkı ve çocuğun kişilik hakkının hukuka aykırı fiillere karşı korunması. Ankara: Yetkin Yayınları.

Özdemir, H. ve Ruhi, A. C. (2016). Çocuk hukuku ve çocuk hakları. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

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

(Kısaltma: Öztan, Aile)

Öztan, B. (2021). Kişiler hukuku gerçek kişiler. Ankara: Seçkin Yayıncılık. (Kısaltma: Öztan, Kişiler)

Rake, U. (2020). Kinderrechte und Sorgerechtsbefugnisse bei elterlichen Foto Postings in sozialen Medien. Neue Zeitschrift für Familienrecht. Heft 14, 1064-1070.

Schantz, P. (2016). Die Datenschutz-Grundverordnung – Beginn einer neuen Zeitrechnung im Datenschutzrecht. NJW, Heft: 26, 1841-1847.

Taştan, F. G. (2017). Türk sözleşme hukukunda kişisel verilerin korunması.

İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Tekinay, Selahattin Sulhi vd. (1993). Borçlar hukuku genel hükümler. İstanbul: Filiz Kitabevi.

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

Specht-Riemenschneider, L. (2021). Herausforderungen und Grenzen digitaler elterlicher Sorge in den Bereichen Urheber- und Kunst- urheberrecht, Datenschutz- und Allgemeines Persönlichkeitsrecht. München: DJI Verlag.

Tekinalp, Ü. (2012). Fikri mülkiyet Hukuku, İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Uçak, M. (2021). Kişisel verilerin hukuka uygun işlenmesinde çocuğun rızası. Kişisel Verileri Koruma Dergisi, CIII (1), 41- 60.

Usta, S. (2012). Çocuk hakları ve velayet. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Veit, B. (2019). BGB § 1626, 1646, 1666. Beck'sche Online-Kommentare BeckOK BGB Buch 4. Familienrecht, 54. Auflage. München: Beck Verlag.

Wagner, G. (2004). § 832, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 5: Bürgerlisches Gesetzbuch, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse (§§ 705–853 BGB), 4. Auflage. München: Beck Verlag.

Yıldız, O. A. (2019). Mektup, hatıra ve benzeri yazıların kişilik hakkı kapsamında korunması. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C25(1), 450-470.

7392 SAYILI KANUN İLE 6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'DA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER IŞIĞINDA MESAFELİ SÖZLEŞMELERDE ARACI HİZMET SAĞLAYICININ SORUMLULUĞU

Arş. Gör. Zeynep Naz GÜNEŞ *

Özet

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un mesafeli sözleşmeleri düzenleyen 48. maddesine, 1 Nisan 2022 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 7392 Sayılı Kanun aracılığıyla tüketici ile satıcı veya sağlayıcı arasında mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık eden aracı hizmet sağlayıcılarının hukuki sorumluluğuna ilişkin yeni bir fıkra eklenmiştir. Bu düzenlemenin gerekçesi, teknolojiye erişim kolaylığı, dijitalleşmeyle birlikte mal ve hizmet çeşitliliğinin artması ve pazarlama maliyetlerinin azalmasının yanı sıra tüketicilerin, pandemi etkisiyle de çok daha fazla mesafeli sözleşmeye taraf olması ve bu sözleşmelerin önemli bir kısmını satıcı veya sağlayıcı ile kendilerini bir araya getiren aracı hizmet sağlayıcılarının e-ticaret platformları aracılığıyla gerçekleştirmesidir. Resmi Gazete'de yayımlanma tarihinden altı ay sonra, yani 1 Ekim 2022 tarihinde, yürürlüğe girecek olan bu düzenlemeye göre; aracı hizmet sağlayıcılar, aracılık ettikleri mesafeli sözleşmeler için satıcı veya sağlayıcı adına ve hesabına, tıpkı satıcı ya da sağlayıcılar gibi, tüketicilere ön bilgilendirme yapmak zorundadır. Ayrıca satıcı veya sağlayıcının onayı olmaksızın bizzat düzenledikleri kampanya ve indirimler ile satıcı veya sağlayıcı adına kurulmasına aracılık ettikleri mesafeli sözleşmelere ilişkin olarak tedarik edememe, stok yetersizliği gibi nedenlerle sözleşme konusu malın ya da hizmetin hiç ya da gereği gibi teslim veya ifa edilememesinden doğan sonuçlardan da sorumlu olacaklardır. Aracı hizmet sağlayıcılar, bedel tahsiline ilişkin sürece de aracılık etmeleri durumunda, kanunun aradığı şartlar dahilinde, yine satıcı ya da sağlayıcı ile müteselsil sorumlulukları gündeme gelecektir. Anılan düzenleme ile aracı hizmet sağlayıcıların sorumluluklarının çerçevesi çizilmiş ve genişletilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Mesafeli sözleşmeler, Aracı hizmet sağlayıcı, Bilgilendirme yükümlülüğü, Tüketici, Tüketici Hukuku

LIABILITY OF INTERMEDIARY SERVICE PROVIDER IN DISTANCE CONTRACTS IN THE LIGHT OF AMENDMENTS ON LAW NO. 6502 ON THE CONSUMER PROTECTION LAW WITH MADE BY THE LAW NO. 7392

* Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ORCID ID: https://orcid.org/ 0000-0003-4348-4175.

Abstract
A new clause has been added to Article 48 of Consumer Protection Law No. 6502, which regulates distance contracts, on the legal responsibility of intermediary service providers, who mediate the establishment of a distance contract between consumers and sellers, through Law No. 7392 that was published in the Official Gazette dated April 1, 2022. The legislative intention is to ease access to technology, increase diversity of goods and services with digitalization and decrease marketing costs. Also, the fact that consumers are party to more distance contracts due to the pandemic, and that a significant part of these contracts are with providers who joın with sellers through e-commerce platforms. According to this regulation, which will enter into force on October 1, 2022, these providers must give preliminary information to consumers for the distance contracts they mediate, just like the sellers. In addition, they will be responsible for consequences arising from the failure to deliver or properly perform the services that are the subject of the contract properly, due to an inability to supply, lack of stock regarding the campaigns and discounts they organize personally without the approval of the sellers or the suppliers, and the distance contracts they mediate on behalf of the sellers. In the event that such providers also mediate the process regarding the collection of fees, their joint responsibilities with the sellers will come to the fore, within the conditions required by the law. With this regulation, the framework of the responsibilities of intermediary service providers has been drawn and expanded.

Keywords: Distance contracts, Intermediary service provider, Obligation to inform, Consumer, Consumer law

GİRİŞ

Bilgi, iletişim ve pazarlama teknolojisindeki hızlı gelişmeler tüketicilerin alışveriş alışkanlıklarını değiştirmiş ve dönüştürmüştür. Bir mal ya da hizmetin teminine ilişkin olarak tüketiciler, klasik sözleşme kurma tekniklerine yöneldiği kadar ve hatta bundan daha da yüksek bir oranda, teknolojiden ve uzaktan iletişim araçlarından faydalanarak da sözleşme kurmayı tercih etmektedir. Mesafeli sözleşme olarak adlandırılan bu sözleşmeler, yeni bir sözleşme tipi değil; sözleşme yapma tekniğidir.

Bir mesafeli sözleşme doğrudan satıcı ya da sağlayıcının malını veya hizmetini pazarlamak için oluşturduğu elektronik sistem üzerinden gerçekleştirilebileceği gibi, tüketici, mal ve hizmet çeşitliliği, bu çeşitliliğin yer aldığı elektronik ticaret platformunu kullanmanın kolaylığı, mal veya hizmete ilişkin stok çokluğu ile açıklamaların anlaşılırlığı ve bu platformun sağladığı kampanya ve promosyon imkanları gibi birçok sebeple, doğrudan satıcı veya sağlayıcı tarafından kurulan elektronik sistem yerine; aracı hizmet sağlayıcıların sistemlerini tercih edebilmektedirler. Bu ise tüketicilerin salt satıcı veya sağlayıcı karşısında değil, aynı zamanda aracı hizmet sağlayıcılara karşı da

korunmalarını gerektirmekte; aracı hizmet sağlayıcıların sorumluluklarının belirlenmesini zorunlu kılmaktadır.

Çalışmamızda mesafeli sözleşme ve aracı hizmet sağlayıcı kavramları açıklandıktan sonra, bu kişilerin sorumluluk kapsamı ve mevcut düzenleme ile 1 Ekim 2022 tarihinde yürürlüğe girecek yeni düzenleme çerçevesinde incelenecektir.

I. MESAFELİ SÖZLEŞME KAVRAMI

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun mesafeli sözleşmeleri düzenleyen 48. maddesinin ilk fıkrasında *"...satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dâhil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmelerdir."* tanımına yer verilmiştir.

Buna göre bir sözleşmenin mesafeli sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için aşağıdaki unsurların varlığı aranmaktadır. Bunlardan ilki, sözleşmenin kurulmasında ve hatta kurulduğu an da dahil olmak üzere tarafların eş zamanlı fiziksel olarak karşı karşıya gelmemeleridir. Diğerleri ise sırasıyla mal ya da hizmetin, satıcı ya da sağlayıcı tarafından pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir organizasyonun varlığı ile bir veya birden çok uzaktan iletişim aracının kullanılmasıdır.[215]

Mesafeli sözleşmelere ilişkin olarak yapılan bu tanım, bu sözleşmelerde, mal teslimi ve hizmet sunumlarına yönelik sözleşmelerin kurulma tarzının esas alındığını ve bağımsız bir sözleşme tipi oluşturmanın amaçlanmadığını göstermektedir.[216] Başka bir deyişle, bu tür sözleşmeleri karakterize eden temel nokta, sözleşmenin kuruluş süreci olup; satış, kira, hizmet ve benzeri bir sözleşmenin uzaktan iletişim araçları aracılığıyla ve yukarıda sayılan diğer unsurları da sağlayacak şekilde kurulması durumunda, bu sözleşme, hem kendine özgü hukuki nitelikleri hem de mesafeli olarak kurulmuş sözleşme niteliğini haiz olacaktır.

II. ARACI HİZMET SAĞLAYICI KAVRAMI

Bir tüketici işlemi olarak bir mesafeli sözleşmenin tarafları tüketici ile satıcı veya sağlayıcıdır. Taraflar, doğrudan satıcı ya da sağlayıcı tarafından malını veya hizmetini pazarlamaya yönelik olarak oluşturduğu sistemde uzaktan iletişim araçlarıyla bir araya gelerek bir mesafeli sözleşme kurabilecekleri gibi; bu sistemin satıcı veya sağlayıcı tarafından oluşturulmadığı, tarafların, uzaktan iletişim araçları vasıtasıyla bir araya

[215] Aynı yönde bkz.: İnceoğlu, M. ve Baş Süzel, E. (2020). Mesafeli Sözleşme Kurulmasına Aracılık Edenlerin Tüketiciye Karşı Sorumluluğu (TKHK m.48/f.5). Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15/189-190, s. 477.
[216] Güneş, Z. N. (2018). Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler. Ankara: Seçkin Yayınları. s. 31-32; Gezder, Ü. (2006). Mesafeli Sözleşmeler. İstanbul: Beta Yayınları. s. 26-27; Yıldırım, A. (2008). Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması. Yayınlanmamış doktora tezi, Gazi Üniversitesi, Ankara, s. 56; Demir, M. (2004). Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması. Ankara: Turhan Kitabevi. s. 17; Yılmaz, O. G. (2013). Tüketici Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler. TAAD, 4(14), s. 1014.

gelerek mesafeli bir sözleşme kurmalarını sağlayan aracılar sayesinde de sözleşmeyi gerçekleştirebilirler.

Tarafların mesafeli sözleşmeyi doğrudan tesis etmek yerine bir aracı hizmet sağlayıcıya ihtiyaç duymaları çeşitli sebeplerden kaynaklanabilir. Bunlar; satıcı veya sağlayıcının mal ya da hizmet pazarlamaya yönelik oluşturması gereken sistemin teknik ve masraflı olması ve kendisinin de bunu sağlayacak teknik ya da mali yeterliliğinin olmaması ya da bu sistemi doğrudan kendisinin kurmayı tercih etmemesi olabileceği gibi; satıcı veya sağlayıcının markasının, mal ve hizmetlerinin fazla bilinmemesi sebebiyle, tüketiciler tarafından sıklıkla tercih edilen ve kullanılan bir aracı hizmet sağlayıcının bu tanınırlığından ve tüketici portföyünden yararlanmak istemesi de olabilir.[217]

Nitekim tüketicilerin de satıcı veya sağlayıcıyı doğrudan bilmemekle birlikte aracı hizmet sağlayıcıları tanıması ve onlara güvenerek işlem yapması; hatta mesafeli sözleşmenin gerek kuruluşuna gerekse kuruluşundan sonraki ifa ya da cayma süreçlerinde satıcı veya sağlayıcıdan ziyade bu firmaları sorumlu ve muhatap olarak bilmeleri uygulamada sık rastlanan bir durumdur. Bu sebeple, satıcı/sağlayıcının yükümlülükleri kadar aracı hizmet sağlayıcıların da sorumluluk alanlarının belirlenmesi önem taşımaktadır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un mesafeli sözleşmeleri düzenleyen 48. Maddesinin beşinci fıkrasında aracı hizmet sağlayıcı kavramı kullanılmakla birlikte, bu kavram ne anılan maddede ne de Kanun'un diğer maddelerinde tanımlanmamıştır. Ancak 48. maddeye istinaden düzenlenen Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'nin 20. maddesinin ikinci fıkrasında *"oluşturdukları sistem çerçevesinde, uzaktan iletişim araçlarını kullanmak veya kullandırmak suretiyle satıcı veya sağlayıcı adına mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık edenler"* açıklamasıyla, tam bir tanım yapılmamakla birlikte, aracı hizmet sağlayıcı kavramına daha açıklayıcı bir ifadeyle yer verilmiştir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun dışında mevzuattaki diğer düzenlemeler değerlendirildiğinde bu kavrama, 1 Mayıs 2015 tarihinde yürürlüğe giren ve elektronik ticarete ilişkin esas ve usulleri düzenleyen 6563 Sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un tanımlar başlıklı ikinci maddesinde aracı hizmet sağlayıcı kavramı tanımlanmıştır. Bu düzenleme uyarınca, başkalarına ait iktisadi ve ticari faaliyetlerin yapılmasına elektronik ticaret ortamını sağlayan gerçek ve tüzel kişiler aracı hizmet sağlayıcılardır.

Tüm bu açıklamalar doğrultusunda mesafeli sözleşmeler özelinde aracı hizmet sağlayıcı kavramını şu şekilde tanımlamak mümkündür: Mal veya hizmetin uzaktan pazarlamaya yönelik sistemi kurarak iletişim araçları vasıtasıyla tüketici ile satıcı veya sağlayıcı arasında mesafeli sözleşme kurulmasını sağlayan gerçek ve tüzel kişilerdir.

[217] Sert Sütçü, S. (2021). Mesafeli Sözleşmelerin Kurulmasına Aracılık Edenlerin Tüketici Hukuku Bağlamında Sorumluluğunun Belirlenmesi, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4(1), s. 279.

III. ARACI HİZMET SAĞLAYICILARIN SORUMLULUK KAPSAMI

7392 Sayılı Kanun ile getirilen değişiklik yürürlüğe girene, yani 1 Ekim 2022 tarihine, kadar geçerliliğini koruyacak olan TKHK md. 48/5'e göre bir mesafeli sözleşmenin kurulmasında aracı hizmet sağlayıcı olarak yer alan gerçek ve tüzel kişiler için iki yükümlülük mevcuttur. Bunlardan ilki, satıcı veya sağlayıcı ile yapılan işlemlere ilişkin kayıtları tutmak ve istenilmesi halinde bu bilgileri ilgili kurum, kuruluş ve tüketicilere iletmek; diğeri ise satıcı veya sağlayıcı ile yaptıkları sözleşmeye aykırı fiillerinden dolayı sorumlu olmalarıdır. Burada "sözleşme" ile kastedilen, aracı hizmet sağlayıcı ile satıcı veya sağlayıcı arasındaki iş görme sözleşmesidir.

Anılan düzenlemenin aracı hizmet sağlayıcılar için getirdiği bu ikinci yükümlülüğün kapsamının belirlenmesi gerekmektedir. Düzenlemenin lafzına baktığımızda, aracı hizmet sağlayıcıların sorumluluğunun tüketici açısından olmadığını ve salt satıcı veya sağlayıcı ile aralarındaki sözleşmeden kaynaklandığını söylemek, tüketici işlemlerinde zayıf konumda olan tüketicinin korunmasını hedefleyen TKHK açısından yeterli bir yorum olmayacaktır.[218] Başka bir ifadeyle, anılan düzenlemenin aracı hizmet sağlayıcılar ile salt satıcı veya sağlayıcılar arasındaki değil; sınırlı olmakla birlikte, tüketicilerle de olan ilişkilerini düzenlediği kabul edilmelidir.[219]

Bir mesafeli sözleşmede aracı hizmet sağlayıcıların doğrudan kendi mal ya da hizmetini pazarlaması, bu kişilerin aynı zamanda satıcı veya sağlayıcı olduğu anlamına gelmektedir ki bu, tüketicilere karşı sorumluluk açısından bir satıcı veya sağlayıcı gibi sorumlu olmaları sonucunu doğurmaktadır.[220] Başka bir ifadeyle, sorumluluk kapsamı açısından tartışmaya açık bir husus mevcut değildir. Ancak, aracı hizmet sağlayıcıların aynı zamanda satıcı veya sağlayıcı olmadığı mesafeli sözleşmeler için bir önceki cümleyi kurmak mümkün olmamaktadır.

Doktrinde bu şekilde kurulan mesafeli sözleşmelerde aracı hizmet sağlayıcıların sorumluluklarının türüne ve kapsamına ilişkin farklı görüşler mevcuttur. Bir görüş, aracı hizmet sağlayıcıların, satıcı veya sağlayıcı adına bedel tahsil etmeleri sebebiyle, tıpkı satıcı veya sağlayıcı gibi, TKHK md. 48 kapsamında sorumlu olduklarını; bir aracıdan ziyade bizzat sözleşme tarafı gibi hareket ettiklerini, malı tüketiciye gönderen veya hizmeti tüketiciye sunan satıcı ya da sağlayıcının ifa yardımcısı niteliğini haiz olduklarını kabul etmektedir.[221] Bu görüşü savunanlar, aracı hizmet sağlayıcıların, satıcı veya sağlayıcı gibi sorumlu olduklarını ancak burada edim ilişkisinden bağımsız bir borç

[218] Aracılık edenin tüketiciye karşı sorumlu olmakla birlikte madde metninden bu sorumluluğun kapsamının ve niteliğinin anlaşılamaması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Çabri, S. (2021). Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 891.
[219] Aynı yönde bkz.: İnceoğlu ve Baş Süzel, s. 484.
[220] Çabri, s. 892; Sert Sütçü, s. 281.
[221] Çabri, s. 893. Bu görüşün eleştirisi için bkz.: İnceoğlu ve Baş Süzel, s. 481.

ilişkisi olduğunu ifade etmektedirler.[222] Ancak bu görüşe katılmamız mümkün değildir. Aracı hizmet sağlayıcıların, bedel tahsil etme yetkileri olsa bile bunu, ifade ettiğimiz gibi, satıcı veya sağlayıcı adına yapmaktadır; ayrıca, bu kişiler, tüketicilerin taraf olduğu mesafeli sözleşmede taraf sıfatını haiz değildir. Son olarak, bu görüşü savunan yazarlar, aracı hizmet sağlayıcıların bedel tahsil yetkisi olmaması halinde, tüketicilere karşı bu şekilde bir sorumluluklarının olamayacağını da kabul etmektedirler.[223]

Bir başka görüş ise aracı hizmet sağlayıcıların, satıcı veya sağlayıcılar adına bedel tahsil etmeleri sebebiyle, tüketicilere karşı sorumluluklarını temsil ilişkisi ve hükümleri çerçevesinde değerlendirmektedir.[224] Bu görüşe göre, TKHK md. 3 uyarınca, aracı hizmet sağlayıcılar, satıcı veya sağlayıcıların temsilcileridir. TKHK md. 3'te yer alan satıcı ve sağlayıcı kavramlarında ilişkin *"kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal veya hizmet sunan ya da mal veya hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi"* tanımında yer alan *"... mal veya hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden..."* ifadesi ile kastedilenin bu kişilerin temsilcisi olduğu ve aracı hizmet sağlayıcıların da bu kapsama dahil olduğu kabul edilmektedir. Ancak bu görüşe de kanaatimizce katılmak mümkün değildir. Kanun koyucu, aracı hizmet sağlayıcıları, satıcı veya sağlayıcının temsilcisi olarak kabul ettiğini varsayarsak, bu kişilerden özel olarak bahsetmeye gerek olmayacaktır. Oysa TKHK md. 48/5 ve Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği md. 20 düzenlemeleri, bunun tam tersini işaret etmektedir.[225]

Aracı hizmet sağlayıcıların, tüketici ile arasındaki hukuki ilişki bir çerçeve sözleşmeden, üyelik sözleşmesinden doğmaktadır.[226] Aracı hizmet sağlayıcıların, tüketicilerin adres ve iletişim bilgileri, kredi kartı numaraları gibi kişisel verilerini kayıt altına alma ve muhafaza etme yükümlülüğünün temelini teşkil eden bu sözleşme; aracı hizmet sağlayıcıların, mesafeli sözleşmeye taraf olduğu ve mesafeli sözleşmeden doğacak uyuşmazlıklarda tüketiciye karşı doğrudan sorumluluğuna gidilebileceği anlamına gelmemektedir. Nitekim kanun koyucu, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, aracı hizmet sağlayıcıların sorumluluklarını iki başlık altına toplamaktadır.

Kanaatimizce kanun koyucu, aracı hizmet sağlayıcıları, tüketicilere karşı, satıcı veya sağlayıcı ile uzaktan iletişim araçları kullanarak bir mesafeli sözleşme kurmasına imkan veren uzaktan pazarlama sisteminin açık ve kesintisiz olarak işlemesi ile aralarındaki üyelik sözleşmesinden doğan, tüketicinin kişisel verilerinin korunması hususlarında sorumlu tutmaktadır. Daha açık bir ifadeyle, aracı, tüketiciye karşı; bu

[222] Topaloğlu, M. (2016). Milli Şerh. Tokbaş, H. ve Tüzüner Ö. (Ed.). Madde 48 / Topaloğlu Şerhi (s. 759-794). İstanbul: Aristo Yayınevi, s. 775.
[223] Topaloğlu, s. 775.
[224] Aydoğdu, M. ve Kahveci N. (2021). Tüketici Hukuku Dersleri. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 609; Sert Sütçü, s. 282.
[225] Aynı yönde bkz.: Sert Sütçü, s. 283; İnceoğlu ve Baş Süzel, s. 480.
[226] İnceoğlu ve Baş Süzel, s. 478; Sert Sütçü, s. 280.

sistemin kurulması ve işletilmesi, satıcı veya sağlayıcı adına ön bilgilendirme formunun iletilmesi gibi hususlarla sınırlı olmak üzere sorumludur. Bu sorumluluk da sözleşmeden doğan bir sorumluluk değildir, çünkü aracı hizmet sağlayıcılar bir mesafeli sözleşmede taraf sıfatını haiz değildir.

Satıcı veya sağlayıcı ile tüketici arasında kurulan mesafeli sözleşmenin temerrüdü, ayıba ya da zapta karşı tekeffül, ayıptan doğan seçimlik hakların ya da cayma hakkının kullanılması sebebiyle yapılması gereken bedelin iadesi gibi hususlarda aracı hizmet sağlayıcıların sorumluluğuna gitmek mümkün değildir.[227] Ancak, aracı hizmet sağlayıcılar, satılan malın ya da sunulan hizmetin karşılığı olarak tüketiciden bedel tahsil ediyorlarsa bunu, satıcı veya sağlayıcı hesabına aktarmakla yükümlüdürler.

1 Ekim 2022 tarihine kadar geçerli olan ve bugüne kadar aracı hizmet sağlayıcıların sorumluluğuna ilişkin doktrinde farklı görüşlerin doğmasına sebep olan düzenleme değişikliğinin amacı ise salt doktrindeki tartışmaları sona erdirmek değildir. 7392 Sayılı Kanun'un, değişikliği getiren 7. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği gibi bilişim sistemlerinde yaşanan gelişmeler, teknolojiye erişim kolaylığı, dijitalleşmenin sağladığı işlem hızı ve maliyetinin azalması ile covid-19 salgınının etkileri ülkemiz de dahil olmak üzere tüm dünyada elektronik ticaret hacminde büyük artışa neden olmuştur. Bu durum, ürün sayısındaki çeşitlilik, kurumsal yapıları, kampanya ve indirimlerin sürekli ve yaygın olması gibi sebeplerle tüketicilerin taraf olduğu mesafeli sözleşmelerin büyük bir kısmını aracı hizmet sağlayıcı olarak faaliyet gösteren e-ticaret platformları aracılığıyla kurmayı tercih etmeleri sonucunu doğurmuştur.

Elektronik ticaret platformlarında kurulan mesafeli sözleşmelerin azımsanamayacak sayıda olması, tüketicilerin, mesafeli sözleşmenin tarafı olarak satıcı veya sağlayıcıyı değil; aracı hizmet sağlayıcıyı bilmesi, malın teslimi veya hizmetin ifasına ya da bu teslim veya ifa sürecinden sonra cayma hakkının kullanılmasıyla başlayan iade sürecine ilişkin yaşanan sorunlarda taleplerini satıcı veya sağlayıcı yerine aracı hizmet sağlayıcılara iletme, akabinde de olumsuz cevaplarla karşılaşma gibi tüketiciler açısından karışıklıklara ve yeni sorunlara sebep olmaktadır.

7392 Sayılı Kanun ile getirilen ve 1 Ekim 2022 tarihinde yürürlüğe girecek olan yeni düzenlemeler ile aracı hizmet sağlayıcıların sorumluluk çerçevesini daha kalın ve net bir şekilde çizmek, tüketicilerin yaşayacağı sorunları minimize etmenin amaçlandığı açıktır.

Getirilen ilk yükümlülük, oluşturdukları sistem ile satıcı veya sağlayıcı adına mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık eden aracı hizmet sağlayıcıların, sistem aracılığıyla kurulan mesafeli sözleşmelerden doğan hak ve yükümlülüklerin kullanım süresi boyunca tüketicilerin yönetmelikle belirlenen hususlara ilişkin talep ve bildirimlerini iletebilmelerine ve takip edebilmelerine elverişli bir sistemi kurma ve

[227] İnceoğlu ve Baş Süzel, s. 480.

kesintisiz olarak açık tutmalarına ilişkindir. Kanun ile yapılan değişiklikte, ilgili yükümlülüğe aykırı hareket edenler hakkında bir milyon Türk Lirası idari para cezası uygulanması öngörülmüştür.

Bunun yanı sıra aracı hizmet sağlayıcı olarak faaliyet gösterenlerin aracılık ettikleri mesafeli sözleşmelere ilişkin olarak satıcı veya sağlayıcı ile birlikte müteselsil sorumluluklarını öngören düzenlemeler de mevcuttur. Bunlardan ilki, aracı hizmet sağlayıcıların, satıcı veya sağlayıcı adına tüketiciye ön bilgilendirme yapmasıdır. Düzenlemenin, 48. maddenin 1 Ekim 2022 tarihinde yürürlüğe girecek yeni altıncı fıkrasının, ilk bendinde bu husus *"tüketiciye ön bilgilendirmenin yapılmasından, teyidinden ve ispatından satıcı veya sağlayıcı ile birlikte müteselsilen... sorumludur"* şeklinde ifade edilmiştir.

Müteselsil sorumluluğun getirildiği ikinci düzenleme ise md. 48'in yürürlüğe girecek yeni altıncı fıkrasının d bendinde yer almaktadır. Anılan bentte yer alan *"satıcı veya sağlayıcı adına bedel tahsil etmesi hâlinde, mal veya hizmetin tüketiciye teslim veya ifası sonrası bedelin satıcıya veya sağlayıcıya aktarıldığı durumlar ile 11 inci ve 15 inci maddelerde yer alan hakların kullanımı hariç olmak üzere teslim veya ifa ile cayma hakkına ilişkin yükümlülüklerden satıcı veya sağlayıcı ile birlikte müteselsilen... sorumludur."* ifadesi gereği müteselsil sorumluluğun söz konusu olduğu ilk durum, aracı hizmet sağlayıcıların, satıcı veya sağlayıcı adına bedel tahsil ettiği mesafeli sözleşmelere ilişkindir. Satıcı veya sağlayıcı adına bedel tahsili durumunda, mal veya hizmetin tüketiciye teslim veya ifası sonrası bedelin satıcıya veya sağlayıcıya aktarıldığı durumlardan aracı hizmet sağlayıcılar ile satıcı veya sağlayıcılar birlikte müteselsilen sorumlu olacaklardır. İkinci durum ise, ayıplı mal veya hizmetin mevcut olduğu ve akabinde tüketicinin, TKHK md. 11 veya 15 gereği seçimlik haklarını kullanması hariç olmak üzere, teslim veya ifa ile cayma hakkına ilişkin yükümlülüklere ilişkindir. Bu durumda yine tüketici karşısında, aracı hizmet sağlayıcılarla satıcı veya sağlayıcı müteselsil olarak sorumlu olacaktır.

Mesafeli sözleşme konusu malın ya da hizmetin ayıplı olmasına ilişkin tüketicinin kullanacağı seçimlik haklardan doğan sorumluluğun müteselsil sorumluluk kapsamı dışında bırakılması, kanun koyucunun, aracı hizmet sağlayıcıların sorumluluklarının kapsamına yaklaşımını daha açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Nitekim Yargıtay 3. Hukuk Dairesi de 2021 tarihli bir kararında[228] Çiçeksepeti isimli elektronik ticaret sitesinden verilen bir siparişin ayıplı olmasına ilişkin uyuşmazlıkta, aracı hizmet sağlayıcıların hizmet sunduğu elektronik ortamı kullanan kişilerce sağlanan içerikleri kontrol etmekle yükümlü olmadığına ve aracı hizmet sağlayıcının malın ayıplı

[228] Y3HD, T.15.11.2021 ve E.2021/4000, K.2021/11403 sayılı karar. 25.01.2022 Tarih ve 31730 Sayılı Resmi Gazete. https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/01/20220125-8.pdf adresinden erişildi. (ET: 30.07.2022)

olmasından kaynaklı sorumluluğunun bulunmadığına hükmetmiştir. Getirilen yeni düzenleme de bu yaklaşımı destekler niteliktedir.

Bunun dışında, 48. maddeye eklenen yeni fıkra ile aracı hizmet sağlayıcılar için öngörülen diğer yükümlülüklerden biri, veri girişinin satıcı veya sağlayıcı tarafından yapıldığı durumlar hariç olmak üzere, Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği ile belirlenen ve ön bilgilendirmede bulunması zorunlu hususlardaki eksikliklere ilişkindir. Yine ön bilgilendirmeye ilişkin olarak aracı hizmet sağlayıcılar, ön bilgilendirmede yer alan hususlar ile reklamlarında yer alan bilgilerin uyumlu olmasından ve ispatından sorumludur.

Yeni düzenleme ile aracı hizmet sağlayıcıların yükümlülüklerinden bir diğeri, satıcı veya sağlayıcı onayı olmaksızın düzenlediği kampanyalı, promosyonlu veya indirimli satışlara ilişkindir. Aracı hizmet sağlayıcıların, sahibi oldukları elektronik ticaret platformlarına ilişkin yazılı, görsel ve işitsel basında birçok reklamı ve duyurusu yer almakta, tüketicilerin satıcı veya sağlayıcı ile bir mesafeli sözleşme tesis etmesi için kendi platformlarının tercih edilmesini sağlamaktadır. Ancak satıcı veya sağlayıcı onayı olmaksızın gerçekleşen bu pazarlama teknikleri ile kurulan mesafeli sözleşmelerin ifasının hiç ya da gereği gibi gerçekleştirilememesi gündeme gelmektedir. Bu hallerde de aracı hizmet sağlayıcıların yine tüketicilere karşı sorumlu oldukları kabul edilmiştir.

Tüm bunların yanı sıra tüketiciler, satıcı veya sağlayıcı ile yaptıkları aracılık hizmetine ilişkin sözleşmeye aykırı uygulamaları nedeniyle satıcı ve sağlayıcıların bu madde hükümlerine aykırı davranmasına sebep oldukları her bir işlemden de sorumludur.

Son yükümlülük ise, mevcut md. 48/5 düzenlemesinde de yer alan ve aracı hizmet sağlayıcılar için geçerli olan, tüketicilerin satıcı veya sağlayıcılar ile yaptıkları işlemlere ilişkin kayıtların tutulmasından ve istenilmesi hâlinde bu bilgilerin ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile tüketicilere verilmesine ilişkindir. Mevcut yükümlülük, yeni düzenleme ile muhafaza edilmiştir.

Son olarak, aslında bu düzenlemeye kadar doktrinde ve uygulamada tüketicilere karşı sorumlu oldukları kabul edilen aracı hizmet sağlayıcıların bu yükümlülükleri yasal bir zemine oturtulmuş; tüketicilere karşı sorumluluklarının kapsamı genişletilmiş ve bazı hallerle sınırlı olmak üzere satıcı/sağlayıcı ile paylaştırılmıştır. Örneğin 1 Ekim 2022 tarihine kadar geçerli olacak düzenlemeye göre aracı hizmet sağlayıcıların sorumlu olmadığı belirttiğimiz hususlardan da artık bu gerçek ya da tüzel kişiler sorumlu olacaklardır.

Tüketicinin başvurabileceği taraf sayısının artırılmasının ve gerek satıcı/sağlayıcı gerekse aracı hizmet sağlayıcıya başvurabilme imkânı tanınmasının, tüketicinin hukuki ilişkideki konumunun daha da güçlendireceği ve pazardaki dinamikleri dengeleyeceği kanaatindeyiz.

SONUÇ

Aracı hizmet sağlayıcılar, mesafeli sözleşmelerin kurulması için satıcı veya sağlayıcı ile tüketici arasında adeta köprü görevi gören gerçek ya da tüzel kişilerdir. 28 Mayıs 2014 tarihinde yürürlüğe giren ve hala yürürlükte olan Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'da mesafeli sözleşmelere ilişkin 48. maddede aracı hizmet sağlayıcı kavramına yer verilmekle birlikte, bu kişilerin kimler olduğu ve sözleşmeye ilişkin sorumluluklarının kapsamı ve kimse karşı olduğu tartışmalara sebep olmuştur. Düzenleme, sorumluluğun salt mesafeli sözleşmenin bir tarafını oluşturan satıcı veya sağlayıcıya karşı olduğu yorumuna müsait olmakla birlikte, bu şekilde bir yorum, tüketiciyi korumayı ve hukuki ilişkideki konumunu güçlendirmeyi amaçlayan bir kanuna uygun değildir. Bu sebeple, doktrinde, hali hazır düzenleme çerçevesinde aracı hizmet sağlayıcıların, tüketiciler karşı sorumlu oldukları kabul edilmekte; bu sorumluluk ifa yardımcısı, temsil ilişkisi gibi farklı hukuki kurum ve kavramlarla gerekçelendirilmektedir.

7392 Sayılı Kanun ile 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da yapılan ve 1 Ekim 2022 tarihinde yürürlüğe giren değişikliklerden biri mesafeli sözleşmelere aracılık edenlerin sorumluluk kapsamına ilişkindir. Bu düzenlemenin gerekçesi elektronik ticaret siteleri aracılığıyla kurulan mesafeli sözleşmelerin teknolojideki gelişmelerle birlikte hatırı sayılır bir yer edinmesinin yanı sıra bu şekilde kurulan sözleşmelerin özellikle covid-19 pandemi döneminde artış göstermesidir. Yaşanan bu gelişmeler, aracı hizmet sağlayıcıların sorumluluğunu daha açık ve somut bir şekilde ifade etme ihtiyacı meydana getirmiştir.

Getirilen düzenleme aracı hizmet sağlayıcıların, satıcı ve sağlayıcılar ile birlikte ön bilgilendirme yükümlülüğü gibi hususlarda müteselsil sorumlu olduğuna açıkça yer vermiş, bunun dışında da; tarafların sözleşme kurmasına hizmet edecek uzaktan pazarlama sisteminin açık ve kesintisiz şekilde işlemesinden, satıcı veya sağlayıcının onayı olmaksızın düzenledikleri reklam, kampanya ve promosyon gibi pazarlama teknikleri sonucunda kurulan sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklardan sorumlu tutulmuşlardır. Bu düzenlemeler, tüketicinin mesafeli sözleşmenin kuruluşundan önceki ve sonraki, hatta kuruluşu sırasındaki süreçler için işlem güvenliğini artırmakta ve hukuki öngörülebilirliği güvence altına almaktadır.

KAYNAKÇA

Aydoğdu, M. ve Kahveci N. (2021). Tüketici Hukuku Dersleri. Ankara: Adalet Yayınevi.

Çabri, S. (2021). Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi. Ankara: Adalet Yayınevi.

Demir, M. (2004). Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması. Ankara: Turhan Kitabevi.

İnceoğlu, M. ve Baş Süzel, E. (2020). Mesafeli Sözleşme Kurulmasına Aracılık Edenlerin Tüketiciye Karşı Sorumluluğu (TKHK m.48/f.5). Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15/189-190, s. 475-491.
Gezder, Ü. (2006). Mesafeli Sözleşmeler. İstanbul: Beta Yayınları.
Güneş, Z. N. (2018). Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler. Ankara: Seçkin Yayınları.
Sert Sütçü, S. (2021). Mesafeli Sözleşmelerin Kurulmasına Aracılık Edenlerin Tüketici Hukuku Bağlamında Sorumluluğunun Belirlenmesi, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4(1), 276-287.
Topaloğlu, M. (2016). Milli Şerh. Tokbaş, H. ve Tüzüner Ö. (Ed.). Madde 48 / Topaloğlu Şerhi (s. 759-794). İstanbul: Aristo Yayınevi.
Yıldırım, A. (2008). Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, Yayınlanmamış doktora tezi, Gazi Üniversitesi, Ankara.
Yılmaz, O. G. (2013). Tüketici Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler, TAAD, 4(14), 1011-1034.

İNTERNET KAYNAKLARI

https://www.resmigazete.gov.tr

SERMAYE PİYASASI HUKUKUNDA İÇSEL BİLGİ VEYA SÜREKLİ BİLGİLERE İLİŞKİN PİYASA BOZUCU EYLEMLER KABAHATİ

Dr. Asena Kamer Usluadam[1]

Özet

Sermaye piyasasında tasarruf sahibi olan kişilerin (fon arz edenlerin) tasarruflarını likidite ihtiyacı olanlara (fon talep edenlere) aktarabilmesi, başka bir deyişle piyasanın işleyebilmesi için her iki tarafın menfaatlerine uygun piyasa koşullarına ihtiyaç vardır. Çatışan menfaatlerin piyasanın işleyişi lehine çözülebilmesi ve güvenli, istikrarlı ve verimli bir piyasanın varlığı için 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda (SerPK) kimi yaptırımlar düzenlenmiştir. Söz konusu yaptırımlardan bazıları SerPK'da düzenlenen idari para cezası gerektiren fiillerdir.

SerPK m.104 ile piyasa bozucu eylemler kabahati düzenlenmiştir. 6362 sayılı SerPK ile ilk kez düzenlenen piyasa bozucu eylemler kabahati, yasal bir çerçeveye kavuşturulmuştur. Söz konusu kabahate ilişkin esaslara Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği'nde yer verilmiştir. Piyasa bozucu eylemler; içsel bilgi veya sürekli bilgilere ilişkin piyasa bozucu eylemler, iletişim veya haberleşme yoluyla işlenen piyasa bozucu eylemler, emir veya işlemlere ilişkin piyasa bozucu eylemler ve diğer piyasa bozucu eylemler olmak üzere dört farklı kategoride düzenlemiştir. Çalışmanın konusu olan piyasa bozucu eylemlerse, içsel ve sürekli bilgilere ilişkin piyasa bozucu eylemlerdir.

Çalışmada içsel bilgi veya sürekli bilgilere ilişkin piyasa bozucu eylemler kabahati, bilgiye dayalı eşitsizlik kapsamında sermaye piyasası hukukunun temel bir soruna işaret etmesi bakımından önemsenmiştir. Piyasa bozucu eylemler kabahatinin unsurlarını ortaya koymak; kusurluluk ve kabahatin özel görünüş şekillerinden bahsetmek ve içsel bilgiye dayalı olarak gerçekleştirilen piyasa bozucu eylemlerde özellik arz eden içtima ilişkilerine değinmek ve son olarak kanunilik ilkesi bakımından sorun yaratan hususlara dikkat çekmek amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Sermaye piyasası hukuku, 6362 sayılı kanun, kabahat, piyasa bozucu eylemler, içsel bilgi veya sürekli bilgi.

[1] Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı
E-Posta:asenakamer@gmail.com.
Orcid No: https://orcid.org/0000-0002-1680-1043.

IN CAPITAL MARKET LAW THE MISDEMEANOR OF MARKET ABUSE ACTIONS REGARDING THE INSIDE INFORMATION OR PERIODIC INFORMATION

Abstract

In the capital market, in order for the people who have savings (those who supply funds) to transfer their savings to those who need liquidity (to those who demand funds), in other words, for the market to function, market conditions suitable for the interests of both parties are needed. In order to resolve conflicting interests in favor of the functioning of the market and to ensure the existence of a safe, stable and efficient market, some sanctions have been regulated in the Capital Markets Law No. 6362 (SerPK). Some of the sanctions in question are the acts that require administrative fines regulated in the SerPK.

With the Article 104 of the SerPK, the misdemeanor of acts of market abuse is regulated. With the SerPK No. 6362, the misdemeanor of market abuse acts, which was regulated for the first time, has been brought into a legal framework. The principles regarding the aforesaid misdemeanor are regulated in the Market Abuse Communiqué. Market abuse actions; regulated in four different categories as market abuse actions regarding the inside information or periodic information, market abuse actions through communication or correspondence, market abuse actions related to orders or trades and other market abuse actions. The subject of this paper is market abuse actions regarding the inside information or periodic information.

In this paper, the misdemeanor of market abuse actions regarding the inside information or periodic information is considered important as it points to a fundamental problem in the capital market law within the scope of information-based inequality. It is aimed to reveal the elements of the misdemeanor of market abuse acts; to talk about the special appearances of misdemeanor; to mention of the aggregation that is characteristic in market abuse actions regarding the inside information or periodic information, and finally to draw attention to the issues that cause problems in terms of the principle of legality.

Keywords: Capital market law, law no. 6362, misdemeanor, market abuse acts, inside information or periodic information.

GİRİŞ

Mülga 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda[2] yer verilmeyen piyasa bozucu eylemler kabahati, ilk kez 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (SerPK)[3] ile düzenlenmiş, kabahatin yasal çerçevesi oluşturulmuştur. Söz konusu kabahate ilişkin esaslara, Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) tarafından çıkarılan VI-104.1 sayılı Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği'nde (PBET)[4] yer verilmiştir. Söz konusu tebliğ ile piyasa bozucu eylemler; içsel bilgi veya sürekli bilgilere ilişkin piyasa bozucu eylemler, iletişim veya haberleşme yoluyla işlenen piyasa bozucu eylemler, emir veya işlemlere ilişkin piyasa bozucu eylemler ve diğer piyasa bozucu eylemler olmak üzere dört farklı kategoride düzenlemiştir. Çalışmanın konusuysa içsel bilgi veya sürekli bilgilere ilişkin piyasa bozucu eylemlerdir.

Sermaye piyasasında bilgi, piyasaya fon arz edeceklerin (yatırımcıların) kararlarını belirleyen yegane unsur olması nedeniyle temel bir önemi haizdir. Nitekim hem mülga hem de yürürlükte bulunan kanunun amacı sermaye piyasalarında güven, şeffaflık ve etkinliği tesis edecek düzenlemelere yer vermek olarak ifade edilmektedir.[5] Tasarruf sahiplerinin (yatırımcıların) tasarruflarını sermayeye ihtiyacı olanlara aktarmasıyla işlevini yerine getiren sermaye piyasalarında güvenin tesis edilebilmesinin tek yolu, söz konusu tasarruf sahiplerinin doğru şekilde bilgilendirilmesidir. Bilgilendirmeyi temin ederek piyasaya olan güvenin tesis edilmesi için SerPK ile kamuyu aydınlatma prensibi/sistemi benimsenmiştir. Söz konusu prensip, sermaye piyasaları bakımından önemli olan kimi bilgilerin, bilgi sahibi olanlar tarafından kamuyla paylaşılmasının esasen bir ödev olmasını ifade etmektedir. Hangi tür bilgilerin kamuya açıklanacağı ve söz konusu bilgilerin kamuya açıklanmasına ilişkin esaslarsa II-15.1 sayılı Özel Durumlar Tebliği'nde (ÖDT)[6] düzenlenmiştir.[7]

[2] 30.07.1981 tarihli ve 17416 sayılı Resmi Gazete ile yürürlüğe giren 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu 30.12.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır.

[3] 30.12.2012 tarihli ve 28513 sayılı Resmi Gazete ile yürürlüğe girmiştir.

[4] 21.01.2014 tarihli ve 28889 sayılı Resmi Gazete ile yürürlüğe girmiştir.

[5] 2499 sayılı Kanun m. 1: "*Bu Kanunun konusu, tasarrufların menkul kıymetlere yatırılarak halkın iktisadi kalkınmaya etkin ve yaygın bir şekilde katılmasını sağlamak amacıyla; sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışmasını, tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunmasını düzenlemek ve denetlemektir.*".
6362 sayılı Kanun m. 1: "*Bu Kanunun amacı; sermaye piyasasının güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda işleyişinin ve gelişmesinin sağlanması, yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması için sermaye piyasasının düzenlenmesi ve denetlenmesidir.*".

[6] 23.01.2014 tarih ve 28891 sayılı Resmi Gazete ile yürürlüğe girmiştir.

[7] Kamuyu aydınlatma prensibi gereğince çok çeşitli idari yaptırımlar öngörülmüştür. 2006-2013 yılları arasında Borsa İstanbul'da (BIST) işlem gören şirketlere ilişkin verilen idari para cezalarının incelendiği bir çalışmaya göre en çok idari para cezasına hükmedilen aykırılık olarak 2499 sayılı kanuna dayanılarak çıkarılan Özel Durumların Kamuya Açıklanmasına İlişkin Esaslar Tebliği gösterilmiştir. Söz konusu tebliğ ile özel durum İçsel bilgileri ve sürekli bilgileri doğuran olaylar olarak tanımlanmışken; 6362 sayılı SerPK'ya dayanılarak çıkarılan Özel Durumlar Tebliğ gereğince özel durum sermaye piyasası araçlarının değerini, fiyatını veya yatırımcıların yatırım kararlarını etkileyebilecek içsel veya sürekli bilgileri ifade etmektedir. Çalışma için bkz. Güçlü, F. ve Kılıç, M. (2014). Sermaye Piyasası Kurulu'nun idari para cezası uygulamalarının ilgili mevzuat açısından incelenmesi. Uluslararası İşletme ve Yönetim Dergisi, 2(3), s. 314.

Kamuyu aydınlatma prensibini temin etmek ve prensibe aykırılık teşkil edebilecek hallere yönelik öngörülen yaptırımlardan biri de içsel veya sürekli bilgiye dayalı piyasa bozucu eylemler kabahatidir. Çalışma, söz konusu bilgilerin sermaye piyasalarının işleyişindeki önemine istinaden yapılmıştır. Öncelikle piyasa bozucu eylemlerden genel olarak bahsedilmiş; kanuni düzenleme, korunan hukuki yarar ortaya konulmuştur. Devamında hukuka aykırı alan ile hukuka uygun alanın tespiti için içsel bilgi veya sürekli bilgilere dayalı olarak işlenen piyasa bozucu eylemler kabahatinin unsurlarından bahsedilmiştir. Son olarak ise kusurluluk ve kabahatin özel görünüş şekillerinden bahsedilerek piyasa bozucu eylemlerden içsel bilgiye dayalı olarak gerçekleştirilenler ortaya konulmaya çalışılmıştır.

I. GENEL OLARAK

SerPK *idari para cezası gerektiren fiiller ve sermaye piyasası suçları* başlıklı 6. kısmının ilk bölümünde idari para cezası gerektiren fiiller, ikinci bölümünde ise sermaye piyasası suçları düzenlenmiştir. İdari para cezası gerektiren fiiller başlığı altında ise, m. 103'de genel esaslar ortaya konulmuş ve bir kısım kabahatlere bu maddede yer verilmiştir. Çalışmamızın da konusunu oluşturan piyasa bozucu eylemler 104. maddede düzenlenmiştir. Bunlar dışında idari para cezalarının uygulanması usulüne ilişkin kurallar 105. maddede düzenleme altına alınmıştır.

II. PİYASA BOZUCU EYLEMLER

A. Kanuni Düzenleme

6362 sayılı SerPK'nın yürürlükten kaldırdığı 2499 sayılı SerPK'da da idari para cezası gerektiren fiillere yer verilmiş olmasına karşın, çalışmanın konusunu oluşturan piyasa bozucu eylemler kabahati ilk kez 6362 sayılı SerPK kapsamında düzenlenmiştir. Kanunun 104. maddesinde kapsamı belirlenen kabahate,[8] PBET'de ayrıntılı şekilde yer verilmiş, piyasa bozucu eylemlerin neler olduğu açıklığa kavuşturulmuştur.

PBET'de piyasa bozucu eylemler 4 ayrı grupta sınıflandırılmıştır. İçsel bilgi veya sürekli bilgilere ilişkin piyasa bozucu eylemlere m. 4'de yer verilmiş,[9] sonrasında ise

[8] 6362 sayılı Kanun m. 104: "*Makul bir ekonomik veya finansal gerekçeyle açıklanamayan, borsa ve teşkilatlanmış diğer piyasaların güven, açıklık ve istikrar içinde çalışmasını bozacak nitelikteki eylem ve işlemler, bir suç oluşturmadığı takdirde, piyasa bozucu nitelikte eylem sayılır. Kurulca belirlenen piyasa bozucu eylemleri gerçekleştiren kişilere Kurul tarafından yirmi bin Türk Lirasından beş yüz bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir. Ancak, bu suretle menfaat temin edilmiş olması hâlinde verilecek idari para cezasının miktarı bu menfaatin iki katından az olamaz.*".

[9] VI-104.1 sayılı PBET m. 4: "*(1) Mevzuata uygun şekilde kamuya gerekli açıklamalar yapılmadan önce içsel bilgi veya sürekli bilgilere sahip olan kişilerin bu bilgilerin gizliliğini korumaları esastır. (2) İçsel bilgi veya sürekli bilgileri, bu bilgiler mevzuata uygun şekilde kamuya açıklanmadan önce bu bilgilere sahip olan kişilerden doğrudan ya da dolaylı olarak alan kişiler tarafından ilgili sermaye piyasası aracında işlem yapılması durumunda; a) İçsel bilgi veya sürekli bilgilere sahip olan kişilerin bu bilgileri diğer kişilere vermeleri, b) İçsel bilgi veya sürekli bilgileri bu bilgilere sahip olan kişilerden doğrudan ya da dolaylı olarak alan kişilerin ilgili sermaye piyasası aracında işlem yapmaları piyasa bozucu eylem olarak değerlendirilir. (3) İhraççılar tarafından düzenlenen finansal tablo ve raporlar ile bağımsız denetim raporlarının hazırlandığı hesap döneminin bitimini izleyen günden söz konusu tablo ve raporların mevzuata uygun şekilde kamuya duyurulmasına kadar geçen süre içerisinde, içsel bilgi veya sürekli bilgilere sahip olan kişilerin veya söz konusu kişilerin eşleri, çocukları ya da aynı evde yaşadıkları kişilerin ilgili sermaye piyasası*

sırayla emir veya işlemlere ilişkin piyasa bozucu eylemler (m.5), iletişim veya haberleşme yoluyla işlenen piyasa bozucu eylemler (m.6), diğer piyasa bozucu eylemler (m.7) düzenleme altına alınmıştır. Tebliğin 8. maddesinde ise piyasa bozucu eylem sayılmayan hallere yer verilerek hukuka uygunluk nedenleri hüküm altına alınmıştır.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesine yer verilen Anayasa m. 38 hükmünde idari yaptırımlar bakımından ilkenin geçerliliği doğrudan düzenlenmemiştir. Buna karşılık 5326 sayılı Kabahatler Kanunu (KK)[10] m. 4 ile kabahatlerde kanunilik ilkesi;[11] yalnızca yaptırımların türü, süresi ve miktarı bakımından açıkça öngörülmüş; suçta ve cezada kanunilik ilkesi kapsamına göre daha kısıtlı şekilde kabul edilmiştir.[12] Kanunda kabahat teşkil eden fiillerin ne olduğunun idarenin düzenleyici işlemleriyle belirlenebileceğinin benimsenmiş olması, bu fillerin belirlenmesi bakımından idareye sınırsız yetki verilmesi anlamına gelmemektedir. Fillerin belirlenmesi konusunda da kanunilik ilkesi benimsenmiş olmasına karşılık; bu konuda yaptırımların türü, süresi ve miktarı bakımından benimsendiği ölçüde katı bir anlayışa yer verilmemiştir. Nitekim kabahatlerde kanunilik ilkesinin temellerinin diğer anayasal ilkelerle gerekçelendirmek de mümkündür.[13] Kanunilik ilkesinin bir gereği olan belirlilik ilkesiyse hem kanun koyucu bakımında hem de normun içeriğini dolduracak idarenin düzenleyici işlemleri bakımından geçerli bir ilkedir. Belirlilik ilkesi gereğince hangi fiillerin kabahat oluşturduğunun açık, net ve şüpheye yer vermeyecek bir şekilde ortaya konulması gerekmektedir.[14] SerPK m. 104'ü bu ilke bakımından değerlendirdiğimizdeyse, söz konusu çerçeve hükümde hangi fiillerin kabahat oluşturduğunun açık, net ve şüpheye yer vermeyecek bir şekilde ortaya konulduğunu söylemek mümkün değildir. Burada kabahatlerin kanuniliğine ilişkin ilkeyi zedeleyebilecek türden bir düzenleme yapıldığı kanaati oluşturabilecek tebliğ düzenlemelerinin, esasen kanuniliğe ilişkin KK m. 4 gereğince cevaz verilen bir düzenleme olduğu söylenebilir. İdare elbette ki birçok faaliyeti içine alan yapısı gereğince, fonksiyonunu yerine getirebilmek adına genel veya düzenleyici işlemler yapabilecektir.[15] Ancak piyasa bozucu eylemlerin neler olduğuna

araçlarında işlem yapmaları piyasa bozucu eylem olarak değerlendirilir. (4) İçsel bilgi veya sürekli bilgilerin kesinleşmesinden mevzuata uygun şekilde kamuya duyurulmasına kadar geçen süre içerisinde, içsel bilgi veya sürekli bilgilere sahip olan kişilerin veya söz konusu kişilerin eşleri, çocukları ya da aynı evde yaşadıkları kişilerin ilgili sermaye piyasası araçlarında işlem yapmaları piyasa bozucu eylem olarak değerlendirilir.".

[10] 30.03.2005 tarih ve 25772 sayılı Resmi Gazete ile yürürlüğe girmiştir.

[11] 5320 sayılı Kanun m. 4: "*(1) Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir. (2) Kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı, ancak kanunla belirlenebilir.*".

[12] Aynı yönde bkz. Bardakçı, M. A. (2006). Kabahatler Kanunu'na göre idari para cezaları ve idari para cezalarının yargısal denetimi. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul s. 36; Karabulut, M. (2008). İdari yaptırımların hukuki rejimi. Ankara: Turhan Kitapevi, s. 115; Zafer, H. vd. (2014). Gerekçeli-açıklamalı-içtihatlı kabahatler kanunu. İstanbul: Beta Yayınevi, 2014, s. 6.

[13] Bkz. Kangal, Z. T. (2011). Kabahatler hukuku. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, s. 46.

[14] Akbulut, B. (2014). Türk Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanunu genel hükümlerinin yaptırım hükümleri dışında karşılaştırmalı olarak incelenmesi. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 142.

[15] Gölcüklü, F. (1963). İdari ceza hukuku ve anlamı. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 18(2), s. 116.

dair kanunda çizilen sınırın muğlaklığının idare tarafından giderilebilmesi, genel olarak kanunilik ilkesini zedelemektedir. Bu bakımdan kanunda sınırları kanaatimizce oldukça geniş ve muğlak bir şekilde ifade bulan piyasa bozucu eylemlerin de kanunilik ilkesini zedeleyebilecek niteliği göz önünde bulundurulmalıdır. Bunun yanından tebliğ ile ortaya konulan fiillerden kimileri kabahatten sorumluluğu son derece genişleterek kusur ilkesi bakımından da sorun teşkil etmektedir. Kanunun kapsamının ölçüsünün dışına çıkılarak sorumluluk alanını genişleten bu fiillerin kanunilik ilkesi bakımından uygun olmadığı dikkate alınmalıdır.

B. Korunan Hukuki Değer

Ceza hukuku bağlamında nasıl ki her suçla bir hukuki değerin korunması amaçlanmaktaysa, kabahatler hukukunda da bir hukuki değerin ihlali yaptırım altına alınmaktadır.[16] Sermaye piyasalarında piyasanın güven ve istikrara dayalı bir işleyişe sahip olması ekonomik büyümenin sağlanması bakımından büyük öneme sahiptir. Bu düzenin işleyişinin sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi için yatırımcının korunması zorunludur. Sermaye piyasasında yapılan düzenlemelerin ana amacı da yatırımcının korunmasıdır.[17] Bu nedenle kanuni birtakım düzenlemeler getirilmiş ve 2499 sayılı kanunla birlikte SPK oluşturulmuştur. Ancak zaman içerisinde 1981 tarihli bu kanun gelişen sermaye piyasası araçlarının çeşitliliği ve sermaye piyasalarının ekonomideki yerleri itibari ile yeni bir kanun hazırlanması ihtiyacı hasıl olmuş,[18] eksik bulunan hususlar tamamlanarak 6362 sayılı kanun yürürlüğe girmiştir. Piyasa bozucu eylemler de bu eksikliklerden biri olarak görülerek kanunda yerini almıştır.

SerPK m. 1'de kanunun amacı *sermaye piyasasının güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda işleyişinin ve gelişmesinin sağlanması, yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması için sermaye piyasasının düzenlenmesi ve denetlenmesi* olarak ifade edilmiştir. Bu amaca hizmet bakımından SPK'ya idari yaptırım uygulama yetkisi tanınmış, m. 104'te ise piyasa bozucu eylemler kabahat olarak düzenlenmiştir. Öğretide bu kanunun bu düzenlemesinin esasen m. 106'da düzenlenen *bilgi suistimali* suçu ve m. 107'düzenlenen *piyasa dolandırıcılığı* suçu oluşturabilecek fiillerin tipiklik gerçekleşmediği için yahut bu suç tiplerine yönelik fiillerin tam olarak ortaya konulamadığı hallerde uygulanmasının amaçlandığı ifade edilmiştir.[19] Bu kabahatle korunmak istenen hukuki değerin tespitinde de bu suçlarla korunan hukuki değerden yola çıkmak kanaatimizce isabetli olacaktır.

---

[16] Akbulut, s. 15.

[17] Çetin, N. (2011). Sermaye piyasası hukukunda yatırımcının korunması ilkesinin teorik analizi. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15(1), s. 4.

[18] TBMM. (2012). 6362 sayılı SerPK'nın genel gerekçesi. https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss337.pdf Son Erişim: 31.07.2022.

[19] Yenidünya, A. C. (2013) Sermaye Piyasası Kanunu'nda düzenlenen suç ve kabahatlere ilişkin genel prensipler. İpek Yolu Canlanıyor: Türk-Çin Hukuk Zirvesi, s. 94.

Piyasa dolandırıcılığı suçu ile korunmak istenen hukuksal değeri piyasa işlevselliğinin sağlanması ve yatırımcının korunması olarak kısaca ifade etmek mümkündür. Esasen yatırımcının güveni ve dolaylı olarak onun malvarlığı da bu şekilde korunmak istenmektedir.[20] Bilgi suistimali suçu ile korunan hukuksal değer de piyasa dolandırıcılığı suçu ile ortaklık göstermekte, her ikisinde de öncelikle piyasanın işlevselliğinin sağlanması ve yatırımcının korunması amaçlanmaktadır. Sermaye piyasalarında bilgi hayati önemi haizdir. Bir yatırımcının sahip olmadığı bir bilgi, diğer yatırımcılar bakımında eşitsiz durumlar yaratmakta, piyasanın güvenilirliğini zedelemektedir. Güven duymayan yatırımcı ise sermaye piyasalarında işlem yapmak konusunda motivasyonunu kaybetmektedir. Bu nedenle kanun koyucu yatırımcılar arasında bilgisel eşitliğin sağlanması ve bu şekilde sermaye piyasası işlevselliğini sağlamayı amaçlamaktadır.[21]

Özetleyecek olursak sermaye piyasaların istikrarının sağlanması, şeffaflık, dürüstlük gibi hususlar sermaye piyasası hukuku bağlamında temel hukuksal değer olup;[22] bu kabahat bakımından da kanuni düzenleme ile korunması amaçlanan değer sermaye piyasalarında belirtilen hususların koruma altına alınmasıdır.

C. Kabahatlerin Unsurları

1. Maddi Unsurlar

1.1. Fail

Fail, kabahatin kanuni tanımda yer verilen fiili ve diğer unsurları gerçekleştiren kişidir.[23] SerPK' da *makul bir ekonomik veya finansal gerekçeyle açıklanamayan, borsa ve teşkilatlanmış diğer piyasaların güven, açıklık ve istikrar içinde çalışmasını bozacak nitelikteki eylem ve işlemler* yapanlar bu kabahatin faili olarak ortaya konulmuştur. Kabahatin faili konusunda bir belirlemeye gidilmediğinden, herkes tarafından işlenebilen bir kabahat söz konusudur. Ancak PBET m. 4/2'de "*İçsel bilgi veya sürekli bilgileri, bu bilgiler mevzuata uygun şekilde kamuya açıklanmadan önce bu bilgilere sahip olan kişilerden doğrudan ya da dolaylı olarak alan kişiler tarafından ilgili sermaye piyasası aracında işlem yapılması durumunda*" bilgiyi verenler ve bilgiyi alarak işlem yapanların fiilleri piyasa bozucu eylem sayılmıştır. Aynı maddenin 3. ve 4. fıkralarında ise belirtilen fiile ilişkin içsel bilgiye sahip kişilerle, bu kişilerin eşleri, çocukları ya da aynı evde yaşadıkları kişiler sermaye piyasasında işlem yaptıkları takdirde bu kabahatin faili olacaklardır. Bu nedenle kanaatimizce 2. fıkra bakımından bilgiyi alan ve veren kişiler belirlemesi yapılarak özgü kabahat düzenlemesine yer verildiği söylenebilir. 3. ve 4.

[20] Dursun, S. (2010). Sermaye piyasasında gerçeğe aykırılıktan doğan suçlar. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, s. 270 vd.
[21] Evik, A. H. ve Evik, V. S. (2005). İçeriden öğrenenlerin ticareti suçu. İÜHFM, 13(1-2), s. 36.
[22] Yenidünya, s. 85.
[23] Akbulut, s. 333.

fıkralar bakımından ise kabahat yalnızca içsel bilgiye sahip kişiler[24] ve bunların eşleri, çocukları ya da aynı evde yaşayan kişilerce işlenebilecektir. Bu nedenle içsel bilgi veya sürekli bilgilere ilişkin piyasa bozucu eylemlere özgü kabahat olarak yer verilmiştir. Ancak belirtelim ki özgü kabahat olarak yapılan düzenlemenin, ceza hukukunda olduğu gibi pratik bir değeri yoktur. Çünkü KK m. 14/2'de "*Özel faillik niteliğinin arandığı durumlarda, kabahate iştirak eden ve bu niteliği taşımayan kişi hakkında da fail olarak idarî para cezası verilir.*" denilerek özel faillik sıfatına sahip olmayan kişilerin de fail gibi sorumlu tutulmaları yoluna gidilmiştir. Bu nedenle özgü kabahat özel faillik sıfatına sahip olmayan kişilerce de işlendiğinde, bu kişiler fail gibi sorumlu olacak, hatta bu düzenlemeye göre şerikler de fail gibi sorumlu tutulacaklardır.

İçsel bilgiye veya sürekli bilgiye sahip kişilerin kimler olduğu[25] ise PBET 3. maddede tanımlar başlığı altında düzenlenmiştir. Bu tanıma göre *"1) İhraççıların veya bunların bağlı veya hâkim ortaklıklarının yöneticilerini,*

2) İhraççıların veya bunların bağlı veya hâkim ortaklıklarında pay sahibi olmaları nedeniyle içsel bilgi veya sürekli bilgilere sahip olan kişileri,

[24] İçsel bilgiye sahip kişiler, ÖDT'nin 7. maddesinde göre merkezi kayıt kuruluşuna ilgili ihraççı tarafından bildirilmek zorundadır: "*1) İhraççılar tarafından, iş akdi ile veya başka bir şekilde kendilerine bağlı olarak çalışan ve içsel bilgilere düzenli erişimi olan kişiler MKK'ya bildirilir ve bu bilgilerde değişiklik olduğunda en geç iki iş günü içinde gerekli güncellemeler yapılır. Bu bildirimler üzerine, ihraççılar bazında içsel bilgilere erişimi olan kişiler listesi MKK tarafından saklanır ve talep üzerine Kurula ve ilgili borsaya gönderilir. (2) İdari sorumluluğu bulunan kişilerin, bu Tebliğ hükümleri çerçevesinde aynı zamanda içsel bilgilere erişimi olan kişiler oldukları kabul edilir*.". Aynı Tebliğ'in 4. maddesinde de idari sorumluluğu olan kişiler ve onlarla yakından ilişkili kişiler tanımlanmıştır. Buna göre *"f) İdari sorumluluğu bulunan kişiler: 1) İhraççının yönetim kurulu üyelerini, 2) Yönetim kurulu üyesi olmadığı halde, ihraççının içsel bilgilerine doğrudan ya da dolaylı olarak düzenli bir şekilde erişen ve ihraççının gelecekteki gelişimini ve ticari hedeflerini etkileyen idari kararları verme yetkisi olan kişileri g) İdari sorumluluğu bulunan kişi ile yakından ilişkili kişiler: 1) İdari sorumluluğu bulunan kişinin eşini, çocuklarını ve idari sorumluluğu bulunan kişi ile söz konusu işlemin gerçekleştirildiği dönemde aynı evde ikamet eden kişileri, 2) İdari sorumluluğu bulunan kişiler veya (1) numaralı alt bentte belirtilen kişiler tarafından idari sorumlulukları üstlenilen veya doğrudan ya da dolaylı olarak bu kişiler tarafından kontrol edilen veya bu kişiler yararına kurulmuş olan veya ekonomik çıkarları esas olarak bu kişilerin ekonomik çıkarları ile aynı olan tüzel kişi, kurum veya ortaklıkları, 3) Sermaye piyasası aracı bir borsada işlem gören ihraççının Kurul düzenlemelerine göre hazırlanmış son yıllık finansal durum tablosundaki aktif toplamının %10 veya daha fazlasını oluşturan bağlı ortaklıklarının; (f) bendi ile bu bendin birinci ve ikinci alt bentlerinde belirtilen kişileri ... ifade eder*.". Dikkat edilecek olursa idari sorumluluğu bulunan kişilerin içsel bilgiye erişimi olduğu kabul edilmesine karşılık söz konusu kabahat bakımından idari sorumluluğu olanların içsel bilgiye sahip olup olmadıklarının araştırılması gerekecektir. Tebliğ hükmü gereğince idari sorumluluğu bulunanların içsel bilgiye erişimi olduğu karine olarak kabul edilmiş olsa da kabahatin içsel bilgiye sahip kişilerce işlenmesi gerekmektedir. Ancak kabahatin 3. ve 4. fıkrasında belirtilen içsel bilgiye sahip kişilerin eşleri, çocukları ya da aynı evde yaşadıkları kişilerin içsel bilgiye gerçekten sahip olup olmadıkları araştırılmamaktadır.

[25] İçeriden öğrenenlere ilişkin olarak doktrinde, birinci dereceden öğrenen ve ikinci dereceden öğrenen ayrımı yapılmaktadır. Buna göre bilgiyi öğrenmek bakımından doğrudan yetkiye sahip kişiler, bir başka deyişle, bilgiye sahip olma konusunda yetkisi bulunan kişiler birinci dereceden öğrenendir. İkinci dereceden öğrenen ise birinci dereceden öğrenenden bilgiyi bir şekilde edinen kişidir. Şenol, C. (2012). İçeriden öğrenilen bilgi ve içeriden öğrenen kavramlarının ceza hukuku açısından incelenmesi. Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(2), s. 139; Temizsoy, D. (2010). Sermaye piyasasında içeriden öğrenenlerin ticareti suçu. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul s. 12, 13; Turanboy A. (1990). İnsider muameleleri. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1990, s. 74; Varış Tezcanlı, M. (1996). İçerden öğrenenlerin ticareti ve manipülasyonlar. İstanbul: İMKB yayınları, s. 14, 15. Söz konusu öğretisel ayrıma yönelik inceleme konumuzu oluşturan piyasa bozucu eylemler kabahatinin kanuni düzenlemesinde herhangi bir fark yaratılmamıştır. Bu nedenle birinci dereceden öğrenenle ikinci dereceden öğrenenin sorumlulukları bakımından herhangi bir fark söz konusu olmayacaktır.

3) İş, meslek ve görevlerinin icrası nedeniyle içsel bilgi veya sürekli bilgilere sahip olan kişileri,

4) İçsel bilgi veya sürekli bilgileri suç işlemek suretiyle elde eden kişileri

5) Sahip oldukları bilginin içsel bilgi veya sürekli bilgi niteliğinde olduğunu bilen veya ispat edilmesi hâlinde bilmesi gereken kişileri ifade eder." denilmiştir.

İhraççılar SerPK'nın tanımlar başlıklı 3. maddesinde tanımlanmıştır.[26] Öğretide kısaca piyasa araçlarının çıkarılması ihraç olarak tanımlanmış, bu sermaye piyasası araçlarını çıkaranlar ise ihraççı olarak nitelendirilmiştir.[27] İhraççıların bağlı veya hâkim ortaklıklarının yöneticileri, bunlarda pay sahibi olmaları nedeniyle içsel veya sürekli bilgiye sahip olan kişiler iki ayrı kategoride sayılmıştır. Bu kişiler konumları gereği içsel veya sürekli bilgiye sahip olan kişilerdir. Ancak bunların yanında 3. kategori olarak *iş, meslek ve görevlerinin icrası nedeniyle içsel bilgi veya sürekli bilgilere sahip olan kişiler* de sayılarak ilk iki kategoriye dahil olmayan kişiler burada daha genel bir ifadeyle ortaya konulmuştur.[28] Diğer kategoride ise bu bilgileri suç işlemek yoluyla edinenler sayılmıştır. Son olarak *sahip oldukları bilginin içsel bilgi veya sürekli bilgi niteliğinde olduğunu bilen veya ispat edilmesi hâlinde bilmesi gereken kişiler* sayılmış, ispat edilmesi halinde bilmesi gereken kişilerin sayımıyla ispat bakımından karineye benzer bir ölçüt getirilmiştir.

KK'nın tüzel kişilerin sorumluluğuna ilişkin hükümleri ceza hukukuna nazaran daha yumuşatılmış şekilde öngörülmüştür.[29] KK m. 8 gereğince "*Organ veya temsilcilik görevi yapan ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte, tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen kişinin bu görevi kapsamında işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı tüzel kişi hakkında da idarî yaptırım uygulanabilir."* Bu nedenle piyasa bozucu eylemler bakımından da tüzel kişilerin sorumluluğuna gidilebilecektir.

1.2. Mağdur

Her kabahatin mutlaka mağduru bulunmaktadır. Bu kişiler kabahatin konusunun hamili olan kişilerdir. Kabahatlerde kural olarak belirli bazı kişilerin koruması değil, genel olarak toplumun korunması hedeflendiğinden, mağdur çoğunlukla toplumu oluşturan herkestir.[30] Bu kabahat bakımından ise kabahatin konusunu sermaye piyasası araçları oluşturduğundan, sermaye piyasasının düzenli ve etkili bir şekilde işleyişi cezalandırılmaktadır. Bu gerekçeyle sermaye piyasalarında oluşan düzensizlik ve bozulmadan etkilenen herkes bu kabahatin mağduru olacaktır.

---

[26] 6362 sayılı Kanun m. 3: "*Sermaye piyasası araçlarını ihraç eden, ihraç etmek üzere Kurula başvuruda bulunan veya sermaye piyasası araçları halka arz edilen tüzel kişileri ve bu Kanuna tabi yatırım fonlarını… ifade eder.".*

[27] Dursun, s. 15. 2499 sayılı kanunda sayma yoluyla yapılan ihraççı tanımının eksikliğine ilişkin eleştiriler için bkz. Tanör, R. (1999). Türk sermaye piyasası 2.cilt. İstanbul: Beta Yayınları, s. 157.

[28] Şirket bünyesinde çalışanlar ve şirket bünyesinde olmamakla birlikte bir şekilde bu bilgilere görevleri gereği sahip olan danışman veya avukatların da dahil olabileceğine ilişkin Bkz. Temizsoy, s. 61.

[29] Otacı, C. ve Keskin, İ. (2010). Türk kabahatler hukuku. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 60.

[30] Akbulut, s. 397.

1.3. Konu

Kabahatin konusuna zarar verilmesi veya tehlikeye uğratılması yoluyla kabahatle korunan hukuki değerin ihlali cezalandırılmaktadır. Bu bakımdan kabahatin konusu, kabahatin işlenmesi ile zarara veya tehlikeye uğratılan şeydir.[31] İçsel bilgi veya sürekli bilgilere ilişkin piyasa bozucu eylemler kabahatinin konusu kanaatimizce sermaye piyasası araçlarıdır. Nitekim maddede belirtilen fiiller etkilerini sermaye piyasası araçlarında göstermektedir. Bilgi suistimali suçunun konusu da bu bağlamda yol gösterici olabilecektir. Öğretide içeriden öğrenilen bilginin bilgi suistimali suçunun konusunu oluşturduğu yönünde görüşlerin yanında,[32] sermaye piyasası araçlarının bu suçun konusunu oluşturduğunu ifade edenler de vardır.[33] Kanaatimizce bilgi suistimali suçunun konusu sermaye piyasası araçları olmasına karşın, bu kabahat bakımından ayrıca bu hususun değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin tebliğin 4. maddesinin 2. fıkrasının a bendinde "*içsel bilgi veya sürekli bilgilere sahip olan kişilerin bu bilgileri diğer kişilere vermeleri"* piyasa bozucu eylem olarak kabul edilmiştir. Bu düzenleme bakımından kabahatin konusunu kanaatimizce içsel bilgi oluşturmamaktadır. 2. fıkrada içsel bilgi veya sürekli bilgileri, bu bilgiler mevzuata uygun şekilde kamuya açıklanmadan önce bu bilgilere sahip olan kişilerden doğrudan ya da dolaylı olarak alan kişiler tarafından ilgili sermaye piyasası aracında işlem yapılması piyasa bozucu eylem olarak nitelendirilmiştir. Nitekim diğer fiiller bakımından da sermaye piyasası araçlarında işlem yapılması hususuna yer verilmiştir. Bu nedenle kabahatin konusunun bir bütün olarak sermaye piyasası araçları olduğu söylenebilir.

1.4. Fiil

SerPK'da piyasa bozucu eylemler "*Makul bir ekonomik veya finansal gerekçeyle açıklanamayan, borsa ve teşkilatlanmış diğer piyasaların güven, açıklık ve istikrar içinde çalışmasını bozacak nitelikteki eylem ve işlemler*" olarak ifade edilmiştir. PBET'de ise öncelikle içsel veya sürekli bilgilere sahip kişilerin bu bilgilerin kamuya açıklanmadan önce gizliliğini korumaları gerektiği ifade edilmiştir. Maddenin 2. fıkrasındaysa bilgilerin kamuya açıklanmadan önce doğrudan veya dolaylı olarak kişilere aktarılması ve bu kişilerin sermaye piyasalarında işlem yapmaları belirtilerek; bilgiyi alıp işlem yapan ve bilgiyi veren kişilerin eylemlerinin piyasa bozucu eylem olacağı ifade edilmiştir. Kanaatimizce burada içsel veya sürekli bilgiyi veren kişi bakımından cezalandırılabilmenin mümkün olması için bilgiyi alan kişinin ilgili sermaye piyasasında işlem yapması gerekmektedir.[34] Bilgiyi alan kişinin işlem yapmasını teorik olarak nasıl değerlendirdiğimizde objektif cezalandırılabilirlik şartı olduğu fikri ortaya atılabilir. Bu

[31] Kangal, s. 104.
[32] Şenol, s. 127.
[33] Çolak, U. (2001). Insider trading suçu. Adalet Dergisi, s. 7.
[34] Söz konusu husus öğretide Akbulut tarafından objektif yaptırım uygulanabilirlik şartları olarak ifade edilen kavram kapsamında değerlendirilebilir. Bkz. Akbulut, s. 229.

husus fıkrada yalnızca bilgiyi veren bakımından söz konusu olabilir. Şayet objektif cezalandırılabilirlik şartı diyecek olursak, bilgiyi veren kişinin kastının bu bilgiyi verdiği kişinin işlem yapması hususunu kapsaması gerekmeyecek, bu nedenle şarta ilişkin düşülen hata önemsiz olacaktır. Şartın gerçekleşmediği hallerde failin cezalandırılabilmesi mümkün olmayacaktır.[35] Söz konusu hükmün çok failli kabahate işaret ettiği de söylenebilir. Ceza hukukundaki çok failli suçlar kavramıyla değerlendirme yaparsak; çok failli suçlar, suçun meydana gelebilmesi için birden fazla kişinin varlığının arandığı suçlardır. Burada birden fazla kişinin varlığı suçun oluşması bakımından kurucu unsurdur.[36] Bunun dışında 2. fıkranın a bendi bakımından da suçun neticesi olarak öngörüldüğü öne sürülebilir. Bu durumda ise failin, yani a bendi kapsamında bilgiyi veren kişinin, bilgiyi verdiği kişinin sermaye piyasasında işlem yapacağı hususunu da bilmesi ve istemesi de gerekmektedir. Kanaatimizce burada çok failli bir kabahat düzenlemesi yapılmıştır. 2. fıkranın başında açıkça bilgiyi alan kişinin ilgili sermaye piyasası aracında işlem yapması halinde bilgiyi veren kişinin bilgiyi verme eyleminin piyasa bozucu eylem olarak kabul edileceği ifade edilmiştir. Çok failli suçlarda faillerin birden çok olması açıkça kanuni tipte öngörülmüştür. Çok failli kabahat olarak kabulün hukuki kimi sonuçları söz konusu olacaktır. Örneğin genel kabule göre çok failli suçlar yalnızca kasten işlenebilir. Yine çok failli suçlarda ortada tek bir fiil söz konusu olmakta ve tek bir hukuki menfaat ihlal edilmektedir. Bunun yanında bu tip suçlarda kastın aynı zamanda birlikte icra edilen hareketi de kapsaması gerekmektedir. Başka bir deyişle her bir fail diğerinin hareketinden haberdar olup istemelidir. Suçun tamamlanma anı ise tipte öngörülen bütün hareketlerin gerçekleştiği andır.[37] Çok failli suçta kanuni tipte öngörülen fiilleri gerçekleştiren her kişi faildir. Biri hakkındaki ağırlatıcı veya hafifletici nedenler diğerlerine sirayet etmez.[38] Çok failli suçlar aynı yönlü çok failli suçlar ve karşılaşma suçları olarak yapısal anlamda öğretide ikiye ayrılarak incelenmiştir. Aynı yönlü çok failli suçlarda irade aynı yöndedir. Karşılaşma suçlarında ise faillerin birinden diğerine doğru bir hareket vardır ve karşı karşıya gelmektedirler. Kanaatimizce burada rüşvet suçunda olduğu gibi heterojen hareketli çok failli kabahat vardır. Bir tarafta bilgiyi veren, diğer tarafta ise bilgiyi alıp buna dayalı işlem yapan kişi bulunmaktadır. Burada almak ve vermek hareketleri karşılaşmaktadır.[39]

Tebliğin 2. maddesinde düzenlenen fiil bakımından tek hareketli bir kabahat öngörüldüğü söylenebilir. Söz konusu tebliğin 3. fıkrasında "*İhraççılar tarafından düzenlenen finansal tablo ve raporlar ile bağımsız denetim raporlarının hazırlandığı hesap döneminin bitimini izleyen günden söz konusu tablo ve raporların mevzuata uygun*

[35] Koca, M. ve Üzülmez, İ. (2014). Türk ceza hukuku genel hükümler. Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 348.
[36] Aydın, D. (2009). Suça iştirak. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 251.
[37] Yalçın Sancar, T. (1998). Çok failli suçlar. Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 58, 190 vd.
[38] Aydın, s. 256.
[39] Heterojen hareketli karşılaşma suçları için bkz. Sancar, s. 168.

şekilde kamuya duyurulmasına kadar geçen süre içerisinde", 4. fıkrada ise "*İçsel bilgi veya sürekli bilgilerin kesinleşmesinden mevzuata uygun şekilde kamuya duyurulmasına kadar geçen süre içerisinde"* denilerek bu süreler zarfında içsel veya sürekli bilgilere sahip kişiler, bunların eşleri, çocukları ve aynı evde yaşadıkları kişilerin ilgili sermaye piyasası araçlarında işlem yapmaları kabahat olarak yaptırıma bağlanmıştır. Bu fıkralar bakımından fiil, belirtilen sürelerde sermaye piyasalarında işlem yapılmasıdır. Söz konusu fıkralar bakımından da fiil tek hareketli olarak öngörülmüştür. Bunun yanında kanaatimizce burada haksızlık bilinci bakımından sorun yaratabilecek ve kanunilik ilkesine aykırı bir düzenlemeye yer verilmiştir. İçsel veya sürekli bilgiye sahip kişiler, bunların eşleri, çocukları ve aynı evde yaşadıkları kişilerin belirtilen dönemlerde salt ilgili sermaye piyasası araçlarında işlem yapmaları kabahatin oluşması bakımından yeterli görülmektedir. Böyle bir hususun kanunilik ilkesi gereğince kanunda düzenlenmesi daha yerinde olacaktır. Zira tebliğde düzenlenen bu hususa ilişkin, en azından içsel bilgiye sahip kişilerin eşleri, çocukları ve aynı evde yaşadıkları kişilerin fiilin hukuka aykırılığı noktasında hataya düşmesi sıklıkla karşılaşılabilecek bir husus olacaktır. Bu kişiler fiillerinin hukuk düzenini ihlal ettiğini bilmeyebilecektir. Bunun yanında sermaye piyasası işlemi yapmalarının içsel bilgiye dayalı olup olmaması madde kapsamında önemli değildir. Söz konusu işlemlerin içsel bilgiye dayalı olup olmadığı araştırılmayacak, bu dönemlerde gerçekleştirilen işlemler doğrudan kabahat oluşturacaktır. Bu bakımdan içsel bilgiye dayalı olarak ibaresinin maddeye eklenmesi, ilgili kabahatin kusur ilkesine uygun hale getirilmesi bakımından gereklidir.

Finansal raporlama ve bağımsız denetim kamunun aydınlatılmasına ilişkin bir husustur. İçsel bilgilerin kamuya duyurulması gerekliliği SerPK m. 15'de düzenlenmiş, kamuya duyurulmaya ilişkin esasların ise SPK tarafından belirleneceği ifade edilmiştir. Kanunun bu hükmüne dayanılarak 2014 yılında ÖDT yayınlanmıştır. Bu tebliğin 27. maddesine dayanılarak da kurul kararı hükmünde Özel Durumlar Rehberi hazırlanmıştır.[40] Bu tebliğde olağan dışı fiyat ve miktar hareketlerine ilişkin, yine ilk kez kamuya duyurulan veya daha önce kamuya duyurulmuş bilgilerden farklı içerikteki haber veya söylentilerin varlığı halinde bu söylenti veya haberlerin doğrulanması gibi hususlar belirtilmiş, bunların kamuya duyurulması usulü söz konusu tebliğde düzenleme altına alınmıştır. Burada belirtilen usullere uygun olarak kamuya duyurulmamış içsel bilgilerin birilerine verilmesi ve verilen kişiler tarafından buna dayalı olarak işlem yapılması, maddede belirtilen dönemlerde ilgili sermaye piyasası işlemlerinin yapılması bu kabahatin fiil unsurunu oluşturmaktadır.

[40] Bkz. SPK (2018). Özel durumlar rehberi. http://www.spk.gov.tr/displayfile.aspx?action=displayfile&pageid =1103 Son Erişim: 01.08.2022.

Kabahatler hareketin tipiklikte düzenlenişine göre tek hareketli, çok hareketli, serbest hareketli ve bağlı hareketli kabahat gibi tasniflere tabi tutulmaktadır.[41] Piyasa bozucu eylemlerden içsel bilgilere ilişkin piyasa bozucu eylemler kabahati, ilgili sermaye piyasası aracında işlem yapılması kanunda fiil unsuru olarak belirlenmiş olduğundan kanaatimizce tek hareketli ve bağlı hareketli bir kabahat olarak öngörülmüştür.

İçsel bilginin ne olduğu PBET m.3/1-c'de düzenlenmiştir. Buna göre *"İçsel bilgi: Sermaye piyasası aracının değerini, fiyatını veya yatırımcıların yatırım kararlarını etkileyebilecek nitelikteki bilgi, olay ve gelişmeleri… ifade eder."* denilerek içsel bilgi tanımlanmıştır. ÖDT m. 4/1-p'de ise sürekli bilginin tanımı "p) "*İçsel bilgi tanımı dışında kalan tüm bilgi, olay ve gelişmeleri… ifade eder*." şeklinde verilmiştir. Madde bakımından herhangi bir fark yaratılmamış olduğundan içsel bilgi ve sürekli bilgilerin kısaca sermaye piyasası kapsamında tüm bilgi, olay ve gelişmelerin madde kapsamında kaldığını söylemek yanlış olmayacaktır. Ancak örnekleyecek olursak sermaye yapısı ve yönetim kontrolüne ilişkin değişiklikler[42] sürekli bilgi kapsamında değerlendirilmişken, olağan dışı fiyat ve miktar hareketleri[43] içsel bilgi kapsamındadır. Bu noktada içsel bilgi veya sürekli bilgilerin ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi ve belgelerden farkını ortaya koymak gerekmektedir. Genel olarak sır herkes tarafından bilinmemekle birlikte, sahibine açıklandığı takdirde zarar görme tehlikesi altında bırakan bilgidir.[44] Açığa vurulmak istenmeyen şeyi ifade etmektedir.[45] Bu bağlamda kamuya henüz duyurulmamış içsel veya sürekli bilgiler de sır kapsamındadır. TCK m. 239'da bu nitelikteki bilgi ve belgelerin açıklanması suçu düzenlenmiştir. Ancak kanunda tanıma yer verilmemiştir. Henüz yasalaşmamış olan Ticari Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanunu tasarısında bu sırların tanımına yer verilmiştir.[46] Bu bağlamda sırrın bu nitelikte olup olmadığı bu tasarıda ortaya konulan

[41] Akbulut, s. 269.

[42] ÖDT m. 12: " *Açıklama yükümlülüğü; a) Bir gerçek veya tüzel kişinin ya da bu gerçek veya tüzel kişi ile birlikte hareket eden diğer gerçek veya tüzel kişilerin doğrudan veya dolaylı olarak payları borsada işlem gören bir ihraççının sermayesindeki payının veya toplam oy haklarının %5, %10, %15, %20, %25, %33, %50, %67 veya %95 ine ulaşması veya söz konusu oranların altına düşmesi halinde bu kişiler tarafından, b) Bir kurucuya ait yatırım fonlarının doğrudan veya dolaylı olarak ihraççının sermayesindeki payının veya toplam oy haklarının %5, %10, %15, %20, %25, %33, %50, %67 veya %95 ine ulaşması veya söz konusu oranların altına düşmesi halinde kurucu tarafından, yerine getirilir*.".

[43] ÖDT m. 8: "*İhraççılar, sermaye piyasası araçlarının fiyatları veya işlem hacimlerinde olağan piyasa koşullarıyla açıklanamayan değişimler olduğunda ilgili borsanın talebi üzerine kamuya açıklama yapmak zorundadır*.".

[44] Yaşar, O. vd. (2014). Yorumlu ve uygulamalı Türk Ceza Kanunu 5. cilt. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 7199.

[45] Arslan, Ç. ve Azizağaoğlu, B. (2004). Yeni Türk Ceza Kanunu şerhi. Ankara: Asil Yayınevi, s.997.

[46] Ticari Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanunu tasarısı madde 2: " *a) Ticarî sır: Bir ticarî işletme veya şirketin faaliyet alanı ile ilgili yalnızca belirli sayıdaki mensupları ve diğer görevlileri tarafından bilinen, elde edilebilen, özellikle rakipleri tarafından öğrenilmesi halinde zarar görme ihtimali bulunan ve üçüncü kişilere ve kamuya açıklanmaması gereken, işletme ve şirketin ekonomik hayattaki başarı ve verimliliği için büyük önemi bulunan; iç kuruluş yapısı ve organizasyonu, malî, iktisadî, kredi ve nakit durumu, araştırma ve geliştirme çalışmaları, faaliyet stratejisi, hammadde kaynakları, imalatının teknik özellikleri, fiyatlandırma politikaları, pazarlama taktikleri ve masrafları, pazar payları, toptancı ve perakendeci müşteri potansiyeli ve ağları, izne tâbi veya tâbi olmayan sözleşme bağlantılarına ilişkin veya bu gibi bilgi ve belgeleri,*

hususlara bakılarak belirlenecektir.[47] Kanaatimizce yapılan tanımlar gereğince özellikle içsel bilgiyi kimi zaman da sürekli bilgiyi bünyesinde barındıran ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırları bu bağlamda kapsayıcı niteliktedir. Bir başka deyişle daha genel nitelikte kabul edilebilecek olan bu sırlar içsel bilgi tanımı kapsamına girdiğinde SerPK m. 106'da düzenlenen bilgi suistimali suçunu oluşturacaktır. Bu kapsamda kabul edilmeyen fiiller söz konusu olduğunda ise tipikliğin gerçekleştiği durumlarda piyasa bozucu eylemler olarak kabul edilecektir. Daha açık ifade edecek olursak sermaye piyasası aracının değerini, fiyatını veya yatırımcıların yatırım kararlarını etkileyebilecek nitelikteki bilgi, olay ve gelişmelere dair olan ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı özel hüküm gereğince içsel bilgi olarak kabul edilecek ve SerPK uygulaması söz konusu olacaktır. Bu bağlamda aralarında görünüşte içtima ilişkisi söz konusudur. Özel norm-genel norm ilişkisi ile bu çatışma çözülmektedir. Bu bağlamda sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere veren kişi, bu sır içsel bilgi niteliğinde bir sır ise, yani sermaye piyasası aracının değerini, fiyatını veya yatırımcıların yatırım kararlarını etkileyebilecek nitelikteki bilgi, olay ve gelişmelere ilişkinse ve bu sırra dayalı olarak işlem yapılıyorsa bilgi suistimali suçu söz konusu olacaktır. Ancak fiil yalnızca bilginin verilmesinden ibaretse ve sermaye piyasasında işlem yapılmadıysa bu durumda TCK m. 239'un uygulanması söz konusu olacaktır. Çünkü bilgi suistimali suçunun fiil unsuru, bu nitelikteki bilgilere dayalı olarak sermaye piyasası araçlarında işlem yapılmasıdır. Aynı durum içsel veya sürekli bilgiye ilişkin piyasa bozucu eylemler bakımından da geçerlidir. Bu kabahat bakımından da içsel bilgi veya sürekli bilgiye dayalı olarak işlem yapılması gerekmektedir. Ancak bu nitelikte olan bilginin ifşası aynı zamanda TCK m. 239 kapsamına giriyorsa KK içtima hükmü gereğince yalnızca bu suç bakımından yaptırım uygulanması gerekecektir.[48]

Açıklığa kavuşturulması gereken hususlardan biri de kamuya açıklanma(duyurulma)dan önce fiilin işlenmiş olması gerekliliğidir. Peki ne zaman içsel

b) Banka sırrı: Bankanın yönetim ve denetim organlarının üyeleri, mensupları ve diğer görevlileri tarafından bilinen malî, iktisadî, kredi ve nakit durumu ile ilgili bilgilerle, bankanın müşteri potansiyeli, kredi verme, mevduat toplama, yönetim esasları, diğer bankacılık hizmet ve faaliyetleri, risk pozisyonlarına ilişkin her türlü bilgi ve belgeleri,

c) Müşteri sırrı: Ticarî işletme ve şirketlerin, bankaların, sigorta şirketlerinin, sermaye piyasasında ve malî piyasalarda faaliyet gösteren aracı kurumların, kendi faaliyet alanlarıyla ilgili olarak müşteriyle ilişkilerinde, müşterinin şahsî, iktisadî, malî, nakit ve kredi durumuna ilişkin doğrudan veya dolayısıyla edindikleri tüm bilgi ve belgeleri, ifade eder." Öğretide bankacılık sırrı, bankaya ait sır ve müşterilere ait sır olarak ikiye ayrılarak incelenmiş, müşteri sırrı da bankacılık sırrı içinde değerlendirilmiştir. Bkz. Erman, S. (1994). Bankacılık suçları. İstanbul: Nazım Terzioğlu Basım Atölyesi, s. 312.

[47]İçel, K. (2010). Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması suçları-bu tür sırlarla ilgili bilgi istenmesinin sınırları. İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S:18, s. 30, 31.

[48] Vergi mahremiyetini ihlal suçu ile TCK m. 239 arasında da benzer bir içtima ilişkisi söz konusudur. Vergi mahremiyetini ihlal suçunun oluşması için bilginin vergi mahremiyetine ilişkin olması ve gizliliğin esasen VUK nedeniyle söz konusu olması gerekmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Arslan, Ç. (2013). Vergi mahremiyetini ihlal suçu (VUK md. 362). Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3(2), s. 25. Benzer ayrım bu bağlamda SerPK ve TCK arasında da söz konusudur. İçsel bilgi bu nitelikteki bilgilerin özel bir türüdür.

bilgi veya sürekli bilgiler kamuya açıklanmış sayılmalıdır? İçsel veya sürekli bilgilerin herkesçe ulaşılabilir bir konumda olması kamuya duyurulmuş olması anlamına gelmektedir.[49] Kamuya ne şekilde duyurulduğu, hangi vasıtalarla bilginin sunulduğu bu bağlamda önemsiz olacaktır. Ulaşılabilirliğin sağlandığı an bu an olarak kabul edilecektir.[50] Bu bilgilerin neler olduğu ve duyurulma şekline ilişkin esaslar ÖDT'de düzenleme altına alınmıştır. Tebliğin 23. maddesinde "*Bu Tebliğin ikinci, üçüncü ve dördüncü bölümleri kapsamındaki açıklamalar KAP'ta yer alan ilgili form kullanılarak KAP'ta yapılır. Bu Tebliğde aksi belirtilmedikçe açıklamaların derhal yapılması esastır*." denilerek Kamuyu Aydınlatma Platformu'na (KAP) bildirim yapılacağı düzenleme altına alınmıştır. KAP'a gönderilen açıklamaların KAP tarafından duyurulması ile de kamuya duyurulma hususunun gerçekleştiğini kabul etmek gerekmektedir.

Belirtelim ki piyasa bozucu eylemler sırf hareket kabahatlerindendir. Menfaat veya kazanç temini gibi veya bir zarara sebebiyet verilmesi aranmamıştır. Ancak böyle bir sonuç gerçekleştiği takdirde SerPK m. 105 gereğince idari para cezasının miktarı bu menfaat veya zararın üç katından az olamayacaktır. Zarara sebebiyet verme veya menfaat temini bu kabahatler bakımından nitelikli hal olarak öngörülmüştür.

KK m. 7'de "*Kabahat, icraî veya ihmali davranışla işlenebilir. İhmali davranışla işlenmiş kabahatin varlığı için kişi açısından belli bir icraî davranışta bulunma hususunda hukukî yükümlülüğün varlığı gereklidir*." denilmiştir. Bu durumda ihmali hareketle işlenebilen bir kabahatin mümkün olması için hukuken yükümlülük kıstası getirilmiştir. PBET m. 4'te "*Mevzuata uygun şekilde kamuya gerekli açıklamalar yapılmadan önce içsel bilgi veya sürekli bilgilere sahip olan kişilerin bu bilgilerin gizliliğini korumaları esastır"* denilerek içsel veya sürekli bilgilere sahip kişiler tarafından böyle bir zorunluluk getirilmiştir. Bu nedenle içsel veya sürekli bilgiye sahip kişilerin 2. fıkrada belirtilen içsel bilgiyi verme fiillerini ihmali hareketle gerçekleştirebilecekleri kanaatindeyiz.

1.5. Netice ve Nedensellik

Piyasa bozucu eylemler sırf hareket kabahatlerindendir.[51] Menfaat veya kazanç temini gibi veya bir zarara sebebiyet bir sonuç aranmamıştır. Bu nedenle netice ve nedensellik tartışması yapılmasına ihtiyaç yoktur.

2. Manevi Unsur

Suçlarda olduğu gibi kabahatlerde de manevi unsurun sorumluluk bakımından zorunludur. Ancak suçlardan farklı olarak kast ve taksirin haksızlık içeriğine ilişkin düzenlemelerde farklılıklar söz konusudur. KK m. 9 gereğince "*Kabahatler, kanunda açıkça hüküm bulunmayan hallerde, hem kasten hem de taksirle işlenebilir*.". Bu hükümle

[49] Evik ve Evik, s. 45.
[50] Şenol, s. 130.
[51] Özen, M. (2013). İdari ceza hukuku. Ankara: Adalet Yayınevi, , s. 239.

kabahatler bakımdan da kusur ilkesi açıkça düzenlenmiştir.[52] Bu bağlamda kanuni tipte açıkça kasten veya taksirle işlenebileceği belirtilmemiş olan kabahatlerin hem taksirli hem de kasıtlı halleri cezalandırılacaktır.[53] İçsel bilgiye dayalı piyasa bozucu eylemler bakımından böyle bir belirleme yapılmadığından, bu kabahat de hem kasten hem de taksirle işlenebilen bir kabahattir.[54] Ancak idari para cezasına alt ve üst sınırlar arasında karar verilirken KK m. 17/2'de "*İdarî para cezası, kanunda alt ve üst sınırı gösterilmek suretiyle de belirlenebilir. Bu durumda, idarî para cezasının miktarı belirlenirken işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu birlikte göz önünde bulundurulur*." denilmiştir. Bu bağlamda söz konusu kabahatin kasten veya taksirle işlenmesi arasında haksızlık içeriğine ilişkin bir tespit yapılarak kanunda gösterilen alt ve üst sınırlar arasında bir belirleme yapılabilecektir. Örneğin maddede belirtilen dönemlerde bilginin kamuya açıklandığı düşünülerek işlem yapılması durumunda kastın varlığından söz edilemeyecekse de gereken dikkat ve özenin gösterilmemesine bağlı olarak taksirli sorumluluk söz konusu olabilecektir. Bu durumda fail hakkında hükmedilecek para cezası haksızlık içeriğinin azlığı nedeniyle fiilin kasıtlı olarak işlendiğinde hükmedilecek para cezasından daha az olacaktır.

3. Hukuka Aykırılık Unsuru

Bir fiilin kabahate vücut vermesi için hukuka aykırı olması, hukuk düzeni ile çelişmesi gerekmektedir. Hukuka uygunluk nedeninin kaynağı ise yalnızca ceza hukuku veya kabahatler hukuku değil, hukukun herhangi bir dalı veya örf ve adet hukuku olabilmektedir. KK m. 12'de hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin hükümlerin kabahatler hukuku bakımından da uygulanacağı ifade edilmiştir.[55] Bu bakımdan TCK'da düzenlenen genel hukuka uygunluk nedenleri bu kabahat bakımından da uygulanabilecektir. İçsel bilgiye dayalı piyasa bozucu eylemler kabahati bakımından hakkın kullanılmasına örnek olarak yatırım danışmanlarının yapmış oldukları faaliyetler örnek verilebilir. III-39.1 sayılı Yatırım Kuruluşlarının Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Tebliğ[56]'in 18. maddesinin 8. fıkrasında yatırım danışmanlığının tanımı yapılmıştır. Buna göre; "*Yatırım danışmanı, yetkili kuruluşlarda müşterilere sermaye piyasası araçları ile bunları ihraç eden ortaklık ve kuruluşlar hakkında ve benzeri konularda yönlendirici nitelikte yorum ve yatırım tavsiyelerinde bulunulmasından ve Kurulun yatırım danışmanlığı faaliyetine ilişkin düzenlemelerinde belirtilen faaliyetlerin kısmen veya tamamen yürütülmesinden sorumlu olan personeldir*.". Görüldüğü üzere bu kişiler şirketler ve piyasa hakkında sahip oldukları bilgi ve donanımla analizler yaparak yatırımcılara danışmanlık yapmakta, yol

[52] Karabulut, s. 147.
[53] Kangal, s. 110; Akbulut, s. 403, 405; Zafer vd., s. 12.
[54] Özen, s. 240.
[55] Akbulut, s. 467, 474.
[56] 17.12.2013 tarihli ve 28854 sayılı Resmi Gazete ile yürürlüğe girmiştir.

göstermektedir. Bu kişilerin hukukun çizdiği sınırlar içinde gerçekleştirdikleri faaliyetler hakkın kullanılması kapsamında değerlendirilecek, hukuka uygun kabul edilecektir.

Genel hukuka uygunluk nedenleri dışında PBET'in 8. maddesinde özel hukuka uygunluk nedenlerine de yer verilmiştir:"*(1) Kanunun 108 inci maddesinde yer alan bilgi suistimali ve piyasa dolandırıcılığı sayılmayan hâller piyasa bozucu eylem olarak değerlendirilmez.*

(2) Gazetecilerin basın meslek ilkeleri ve etiğine uygun olarak yürüttükleri mesleki faaliyetleri;

a) Haber veya yorumların yayımlanmış olmasından dolayı doğrudan veya dolaylı olarak haksız menfaat temin edilmemesi,

b) Haber veya yorumların bilgi suistimali ve piyasa dolandırıcılığı suçlarından herhangi birini işleyen şahıslarla anlaşmalı olarak ya da bu şahısların yönlendirmesiyle yayımlanmamış olması,

c) Haber veya yorumların yayımlanmasından önce ilgili sermaye piyasası aracında işlem yapılmaması veya bu hususların başkalarına aktarılmaması

şartıyla piyasa bozucu eylem olarak değerlendirilmez.". [57]

Görüldüğü üzere tebliğde hakkın kullanılması bağlamında değerlendirilebilecek gazetecilerin basın meslek ilkeleri ve etiğine uygun olarak yürüttükleri mesleki faaliyetleri belirli şartlar altında hukuka uygun kabul edilmiştir. Ancak kanaatimizce maddede sayılan hususlar hakkın kapsamında değerlendirilebilecek hususlar olmadığından halihazırda tebliğ kapsamında değerlendirilen piyasa bozucu eylem kabul edilebilecek türden fiillerdir. Bu bakımdan aslında hukuka uygun alanının belirlenmesinden ziyade bu kişilerin sorumlu olacakları alanın belirtildiği bir düzenleme yapılmıştır.

D. Kusurluluk

Kusurluluk tespitini yapabilmemiz için öncelikle tipiklik ve hukuka aykırılığın belirlenmesi gerekmektedir. Bunlardan sonra failin işlediği fiilden dolayı kınanabilmesini ifade eden kusurluluk tespitine geçilecektir. Failin kınanması, idari para cezasına muhatap olması anlamına gelmektedir. Ancak kusurluluk kabahatin bir unsurunu teşkil etmediğinden haksızlık mevcut olmasına rağmen, başka bir deyişle tipik ve hukuka aykırı bir fiil mevcut olsa bile kusur bulunmadığında failin kabahatten dolayı

[57] SerPK m. 108'de ise 108. maddesinde bilgi suistimali ve piyasa dolandırıcılığı suçu bakımından özel hukuka uygunluk hali düzenlenmiştir. Buna göre:"*a) TCMB ya da yetkilendirilmiş başka bir resmî kurum veya bunlar adına hareket eden kişiler tarafından para, döviz kuru, kamu borç yönetim politikalarının uygulanması veya finansal istikrarın sağlanması amacıyla işlem yapılması b) Kurul düzenlemelerine göre uygulanan geri alım programları, çalışanlara pay edindirme programları ya da ihraççı veya bağlı ortaklığının çalışanlarına yönelik diğer pay tahsis edilmesi c) Kurulun bu Kanun kapsamındaki fiyat istikrarını sağlayıcı işlemlere ve piyasa yapıcılığına ilişkin düzenlemelerine uygun olarak icra edilmeleri kaydıyla, münhasıran bu araçların piyasa fiyatının önceden belirlenmiş bir süre için desteklenmesi amacıyla sermaye piyasası araçlarının alım veya satımının yapılması yahut emir verilmesi veya emir iptal edilmesi*" hallerinde işlenen fiiller hukuka uygun kabul edilmiştir. Bu hallerde de işlenen fiil hukuka uygun olacağından kabahatten sorumluluk da söz konusu olamayacaktır.

cezalandırılmamaktadır.[58] Failin işlediği fiilden kınanabilmesi için öncelikle fiili işlediği sırada kusur yeteneğinin bulunması gerekmektedir. Kusur yeteneğiyse işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama (algılama yeteneği) ve davranışlarını yönlendirmeyi (irade yeteneğini) ifade eder. Kusurluluğu etkileyen nedenlerinse bazıları irade yeteneği bazıları algılama yeteneği üzerinde etkilidir.[59]

KK m. 11'de "*Fiili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmamış çocuk hakkında idarî para cezası uygulanamaz. Akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişi hakkında idarî para cezası uygulanmaz*." denilerek kusurluluğa ilişkin olarak yaş küçüklüğü ve akıl hastalığına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bunun dışında TCK'da kusurluluğa etki eden nedenlerden yalnızca kusurluluğu kaldıran nedenlere KK bakımından etki tanınmış bu husus 12. maddede "*Bu Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, Türk Ceza Kanunu'nun hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlere ilişkin hükümleri, kabahatler bakımından da uygulanır."* denilerek ifade edilmiştir. Bu nedenle kabahatler bakımından kusurluluğu azaltan nedenler uygulanamayacaktır. Ancak KK m. 17/2 gereğince alt ve üst sınırların tayininde kusurun göz önüne alınacağı ifade edilmiştir.[60] Bu gerekçeyle en azından çalışma konumuzu oluşturan kabahat bakımından kusurluluğu azaltan nedenlerin ceza tayininde değerlendirileceğini belirtelim.

TCK m. 30/4'de yasak hatası düzenlenmiştir. Buna göre işlenen fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda kaçınılmaz hataya düşen kişinin cezalandırılmayacaktır. Yasak hatasında, kişi fiilin haksızlık teşkil ettiğini bilmemekte, hukuk düzeni tarafından izin verilmeyen bir şeyi yaptığına ilişkin bilincinin olmaması gerekmektedir. Örneğin içsel bilgiye sahip olan kişinin eşi veya çocukları ihraççılar tarafından düzenlenen finansal tablo ve raporlar ile bağımsız denetim raporlarının hazırlandığı hesap döneminin bitimini izleyen günden söz konusu tablo ve raporların mevzuata uygun şekilde kamuya duyurulmasına kadar geçen sürede ilgili sermaye piyasası aracında işlem yapmalarının yasaklandığını bilmiyorsa ve buna ilişkin hatası kaçınılmazsa bu kişiler hatasından faydalanacaklardır. Kaçınılabilirlik vardır denilebiliyorsa da bu kişilerin kastı ortadan kalkmayacağından sorumluluğu devam edecektir, ancak kaçınılabilirlik kusuru ortadan kaldıracaktır. Haksızlık bilinci kusurluluğa ilişkin bir durum olduğundan, fiilin hukuka aykırılığına ilişkin şüphe olması halinde haksızlık bilincinin bulunduğu kabul edilecektir. Bu hususun içsel bilgiye sahip kişilerin eşleri, çocukları ve aynı evde yaşadıkları kişiler bakımından sorunlu olabileceği açıktır. Bunun yanında failin yasaklanan zaman dilimine ilişkin bir hatası varsa veya kamuya duyurulduğunu düşünerek sermaye piyasasında işlem

[58] Akbulut, s. 503.
[59] Koca ve Üzülmez, s. 291, 296.
[60] Akbulut, s. 506.

yapması hususu söz konusu olduğunda TCK m. 30/1 gereğince kasten hareket etmiş olmayacaktır. Ancak taksirli sorumluluk hali saklı olduğundan, bu konudaki bilgisizliğinin gereken dikkat ve özenin gösterilmemesinden kaynaklandığı sonucuna varılıyorsa taksirli olarak fiilden sorumlu olunacaktır.

E. Kabahatin Özel Görünüş Şekilleri

1. Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme

Kanun hükümlerinde tamamlanmış suç ve kabahatler cezalandırılmaktadır. Ancak kanun koyucu tamamlanmamış suç ve kabahatlerden de sorumluluğa ilişkin hükümler sevk ederek sorumluluğu ceza sorumluluğunun genişletmektedir. TCK m. 35'de "*Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.*" denilerek teşebbüs aşamasında kalmış suçlar bakımından sorumluluğu ortaya koymuştur. KK m. 13'de ise "*Kabahate teşebbüs cezalandırılmaz. Ancak, teşebbüsün de cezalandırılabileceğine dair ilgili kanunda hüküm bulunan haller saklıdır. Bu durumda, Türk Ceza Kanunu'nun suça teşebbüse ve gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümleri, kabahatler bakımından da uygulanır*." denilerek teşebbüsten sorumluluğun ancak açıkça belirtilmiş olması halinde mümkün olduğu ifade edilmiştir.

İçsel bilgiye dayalı olarak işlenen piyasa bozucu eylemler bakımından teşebbüsün tartışılabilmesi için 2. fıkra bakımından bilgiyi alan kişinin sermaye piyasasında işlem yapması hususunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bu hususu bilgiyi sağlayan bakımından objektif cezalandırılabilirlik şartı olarak değerlendirdiğimizde, şart gerçekleşmediğinde fail teşebbüsten dahi cezalandırılamayacaktır. Ancak KK bakımından teşebbüsten sorumluluk kabul edilmediğinden ve SerPK veya PBET bakımından da özel bir düzenleme getirilmediğinden bu kabahate teşebbüs hiçbir şekilde cezalandırılamayacaktır. Ancak çok failli suç olarak kabul ettiğimizde bilgiyi veren kişi bilgiyi vermesine karşın, bilgiyi alan kişi ilgili sermaye piyasası aracında herhangi bir işlem yapmadığında bilgiyi veren kişi bakımından kabahat teşebbüs aşamasında kalacaktır. Ancak söylediğimiz gibi teşebbüsten sorumluluk esası benimsenmediğinden[61] faili cezalandırmak mümkün olmayacaktır.[62]

2. İçtima

Kural olarak kaç tane kabahat fiili işlendiyse o kadar fiilden ayrı ayrı sorumluluk söz konusu olacaktır. Ancak kanunda öngörülen bazı şartların varlığı halinde bu kurala istisna getirilebilecektir.[63] KK m. 15'de "*Bir fiil ile birden fazla kabahatin işlenmesi halinde bu kabahatlere ilişkin tanımlarda sadece idarî para cezası öngörülmüşse, en ağır idarî para cezası verilir. Bu kabahatlerle ilgili olarak kanunda idarî para cezasından*

[61] Kabahatlere teşebbüsün kural olarak cezalandırılmaması gerekçeleri için bkz. Kangal, s. 151.
[62] Özen, s. 241.
[63] Akbulut, s. 635.

başka idarî yaptırımlar da öngörülmüş ise, bu yaptırımların her birinin uygulanmasına karar verilir. Aynı kabahatin birden fazla işlenmesi halinde her bir kabahatle ilgili olarak ayrı ayrı idarî para cezası verilir. Kesintisiz fiille işlenebilen kabahatlerde, bu nedenle idarî yaptırım kararı verilinceye kadar fiil tek sayılır. Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır." denilerek içtima düzenlemesine yer verilmiştir. Burada bir fiil ile birden fazla kabahatin işlenmesi halinde en ağır idari para cezasına hükmedileceği belirtilerek fikri içtima hükmü düzenlenmiştir. Yine suç ve kabahatlerin içtimaı meselesine de madde kapsamında yer verilmiştir.

Fail, vekaletsiz olarak henüz kamuya açıklanmamış içsel bilgi edinip bir başkası hesabına sermaye piyasası araçlarında işlem yaptığında PBET'in 7. maddesinde düzenlenen fiili de ihlal edecektir.[64] Kanaatimizce burada iki tane piyasa bozucu eylem kabahati işlenmiş kabul edilecektir. Aksinin kabulü kabahatlerin kanuniliği ilkesine aykırı olacaktır. Bu durumda nasıl hareket edileceği ise SerPK m. 105/2'de "*Bu Kanunda tanımlanan kabahatlerden birinin idari yaptırım kararı verilinceye kadar birden çok işlenmesi hâlinde, ilgili hükme göre, ilgili gerçek veya tüzel kişiye bir idari para cezası verilir ve verilecek ceza iki kat artırılır*." denilerek ayrı bir içtima hükmü benimsenmiştir. KK'ya göre bu durumda gerçek içtima uygulanacakken; özel hüküm gereği kabahatler içtima edilecek ve ceza artırılacaktır.

SerPK m. 103/1'de "*Bu Kanuna dayanılarak yapılan düzenlemelere, belirlenen standart ve formlara ve Kurulca alınan genel ve özel nitelikteki kararlara aykırı hareket eden kişilere Kurul tarafından yirmi bin Türk Lirasından iki yüz elli bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir.*" denilerek genel bir kabahat düzenlemesi yapılmıştır. İçsel bilgiye dayalı piyasa bozucu eylemlere ilişkin SPK ilke kararına aykırılık teşkil eden bir eylem aynı zamanda içsel bilgiye dayalı piyasa bozucu eylem teşkil edebilir. Bu ilke kararında finansal tablolara ilişkin işlem yapılabilecek ve yapılamayacak dönemler tespit edilmiştir. Bu ilke kararına da aykırılık teşkil edebilecek bir fiil, PBET m. 4/3 anlamında piyasa bozucu eylemdir. Bu bağlamda SerPK m.103 ve m. 104 birlikte mi uygulanacaktır? Kanaatimizce burada görünüşte içtima söz konusudur. Yani aslında burada suçlar arasında bir içtima ilişkisi söz konusu değildir. Yalnıza normlar arasında bir ilişki vardır.[65] Özel norm olması nedeniyle m. 104 uygulama alanı bulacaktır.

---

[64] PBET m. 7: "*Noter marifetiyle düzenlenmiş bir vekaletname ile yetkilendirme olmaksızın borsa ve teşkilatlanmış diğer piyasalarda;*

a) Bir başkasının hesabını kullanmak suretiyle bu hesap üzerinden emir iletmek, işlem yapmak veya hesap hareketi gerçekleştirmek,

b) Bir başkasına hesabını kullandırmak suretiyle bu hesap üzerinden emir iletilmesi, işlem yapılması veya hesap hareketi gerçekleştirilmesine imkan sağlamak

piyasa bozucu eylemdir.".

[65] Akbulut, s. 650.

İçsel bilgiye dayalı piyasa bozucu eylemlerin aynı zamanda suça vücut veriyor olması halinde, örneğin bilgi suistimali suçunu[66] oluşturuyor olması halinde yalnızca bu suçtan dolayı yaptırım uygulanacaktır. Bu bağlamda içsel bilgi niteliği taşımayan sürekli bilgi kapsamındaki bir bilgiye dayalı olarak bilgi suistimali suçu işlenemeyeceğinden her ne kadar tipteki diğer unsurlar gerçekleşmiş olsa dahi, içsel bilgi niteliğinde bir bilgi gerektiğinden bu suç oluşmayacak, içsel bilgiye dayalı piyasa bozucu eylem nedeniyle kabahatten sorumluluk söz konusu olacaktır.

3. İştirak

Bir kabahatin tanımında çoğunlukla tek bir kişi tarafından fiilin işlenmesi hali düzenleme altına alınmaktadır. Ancak aynı fiil birden fazla kişinin katılımı ile gerçekleşebilmektedir. İşte bu durumlarda iştirak kurumu devreye girmektedir[67]. KK m. 14'e göre *"(1)Kabahatin işlenişine birden fazla kişinin iştirak etmesi halinde bu kişilerin her biri hakkında, fail olarak idarî para cezası verilir. (2) Özel faillik niteliğinin arandığı durumlarda, kabahate iştirak eden ve bu niteliği taşımayan kişi hakkında da fail olarak idarî para cezası verilir. (3) Kabahate iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Kabahatin işlenişine iştirak eden kişi hakkında, diğerlerinin sorumlu olup olmadığı göz önünde bulundurulmaksızın idarî para cezası verilir. (4) Kanunda özel faillik niteliğini taşıyan kişi açısından suç, diğer kişiler açısından kabahat olarak tanımlanan fiilin, bu niteliği taşıyan ve taşımayan kişiler tarafından ortaklaşa işlenmesi halinde suça iştirake ilişkin hükümler uygulanır."* denilerek iştirak düzenlemesine yer verilmiştir.

Yukarıda belirttiğimiz üzere içsel bilgiye dayalı olarak işlenen piyasa bozucu eylemler özgü kabahat olarak düzenlenmiştir. KK düzenlemesine göre özel faillik sıfatına sahip olmayan kişilerin de fail gibi sorumlu tutulmaları yoluna gidilmiştir. Bu nedenle özgü kabahatin, özel faillik sıfatına sahip olmayan kişilerce de işlendiğinde, fail gibi sorumlu olacak, hatta bu düzenlemeye göre şerikler de fail gibi sorumlu tutulacaklardır.

PBET m. 4/2'de düzenlenen fiil bakımından çok failli kabahat tespiti yapmıştık. Çok failli kabahatlere de iştirak, çok failli suçlara iştirakin mümkün olduğu fikrinden yola

[66] 6362 sayılı Kanun m. 106*:"Doğrudan ya da dolaylı olarak sermaye piyasası araçları ya da ihraççılar hakkında, ilgili sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkileyebilecek nitelikteki ve henüz kamuya duyurulmamış bilgilere dayalı olarak ilgili sermaye piyasası araçları için alım ya da satım emri veren veya verdiği emri değiştiren veya iptal eden ve bu suretle kendisine veya bir başkasına menfaat temin eden;*

a) İhraççıların veya bunların bağlı veya hâkim ortaklıklarının yöneticileri,

b) İhraççıların veya bunların bağlı veya hâkim ortaklıklarında pay sahibi olmaları nedeniyle bu bilgilere sahip olan kişiler,

c) İş, meslek ve görevlerinin icrası nedeniyle bu bilgilere sahip olan kişiler,

ç) Bu bilgileri suç işlemek suretiyle elde eden kişiler,

d) Sahip oldukları bilginin bu fıkrada belirtilen nitelikte bulunduğunu bilen veya ispat edilmesi hâlinde bilmesi gereken kişiler,

iki yıldan beş yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılırlar. Ancak, bu suçtan dolayı adli para cezasına hükmedilmesi hâlinde verilecek ceza elde edilen menfaatin iki katından az olamaz.".

[67] Akbulut, s. 573.

çıkarak, kanaatimizce mümkündür. Ancak çok failli suçlara iştirak yalnızca yardım etme ve azmettirmeden dolayı olabilmektedir. Bu nedenle tipik fiile atipik katkılar bakımından sorumluluk söz konusu olmaktadır.[68]

F. Soruşturma Zamanaşımı

Soruşturma zamanaşımı[69] KK m. 20'de düzenlenmiştir. Buna göre "*Soruşturma zamanaşımının dolması halinde kabahatten dolayı kişi hakkında idarî para cezasına karar verilemez*.". Soruşturma zamanaşımının başlangıcı eylemin tamamlandığı gündür. İnceleme konumuzu oluşturan kabahat bakımından ilgili sermaye piyasasında işlem yapıldığı andan itibaren soruşturma zamanaşımı hesaplaması yapılacaktır.[70] Bu husus m. 20/4'de "*Zamanaşımı süresi, kabahate ilişkin tanımdaki fiilin işlenmesiyle veya neticenin gerçekleşmesiyle işlemeye başlar*." denilerek düzenlenmiştir. Yukarı sınırı göz önünde bulundurarak piyasa bozucu eylemler bakımından KK m 20/2-a gereğince soruşturma zamanaşımı süresi 5 yıldır.[71] Ayrıca işlenen fiil aynı zamanda suç teşkil ediyorsa da KK m. 20/5'deki "*Kabahati oluşturan fiilin aynı zamanda suç oluşturması halinde suça ilişkin dava zamanaşımı hükümleri uygulanır.*" düzenlemesi gereğince uzamış zamanaşımı uygulanacaktır.[72] Ancak menfaat temin edilmiş olması halinde verilecek para cezasının bu menfaatin iki katından az olamayacağı SerPK m. 104'te nitelikli hal olarak düzenlendiğinden bu durumda nispi para cezası öngörülmüştür. Bu halde KK m. 20/3 gereğince "*Nispî idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde zamanaşımı süresi sekiz yıldır.*" denildiğinden, menfaat temin edildiği hallerde zamanaşımı süresini 8 yıl olarak kabul etmek gerekecektir.

G. Görevli ve Yetkili Karar Merci

SerPK'da düzenlenen kabahatlerde kural olarak idari yaptırım uygulamaya yetkili merci SPK'dır.[73] Nitekim m. 104'te açıkça "…*Kurulca belirlenen piyasa bozucu eylemleri gerçekleştiren kişilere Kurul tarafından yirmi bin Türk Lirasından beş yüz bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir.*" denilerek bu hususa yer verilmiştir. Ancak

[68] Aydın, s. 255.
[69] Yaptırım uygulama zamanaşımı tabirinin kullanılmasının daha doğru olacağı yönündeki görüş için bkz. Çağlayan, R. (2006). İdari yaptırımlar hukuku. Ankara: Asil Yayınları, s. 171.
[70] Otacı ve Keskin, s. 60.
[71] 5326 sayılı Kanun m. 20/2-a: "*Soruşturma zamanaşımı süresi; a) Yüzbin Türk Lirası veya daha fazla idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde beş… yıldır*.".
[72] Otacı ve Keskin, s. 62.
[73] Yenidünya, s. 243.

bunun yanında KK m. 23[74] ve 24[75] gereğince Cumhuriyet savcıları ve mahkemeler de piyasa bozucu eylemlerden idari yaptırım uygulamasına karar verebilecektir.

H. Yaptırım

Piyasa bozucu eylemlerin yaptırımı SerPK m. 104'de "*yirmi bin Türk Lirasından beş yüz bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir.*" denilerek alt ve üst sınırlar verilerek düzenlenmiştir. KK m. 17/2 gereğince cezanın miktarını tayin ederken failin kusuru, ekonomik durumu ve haksızlık içeriği göz önünde bulundurulacaktır. Haksızlık içeriği, fiilin işlendiği yer, zaman, tehlikenin ağırlığı gibi hususlar göz önünde bulundurulacaktır.[76] Ancak SerPK m. 104'ün 2. cümlesi gereğince piyasa bozucu eylemlerle menfaat temin edilmiş olması halinde verilecek idari para cezasının miktarı bu menfaatin iki katından az olamayacaktır. Ancak SerPK idari para cezalarının uygulanması başlıklı m. 105/2'de "*Ancak, bu kabahatin işlenmesi suretiyle bir menfaat temin edilmesi veya zarara sebebiyet verilmesi hâlinde verilecek idari para cezasının miktarı bu menfaat veya zararın üç katından az olamaz.*" denilerek farklı bir miktar belirlenmiştir. Burada özel hüküm gereğince m. 104 uygulanacak ve menfaat temin edilmesi halinde bu menfaatin en az iki katı kadar ceza uygulanacaktır. Zarara sebebiyet verilmesi hali bu maddede düzenlenmediğinden, kanaatimizce piyasa bozucu eylemler bakımından ağırlatıcı bir sebep olarak değerlendirilemeyecektir.

I. Kararın Tebliği

KK m. 26 gereğince *"(1) İdarî yaptırım kararı, 11.2.1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre ilgili kişiye tebliğ edilir. Tebligat metninde bu karara karşı başvurulabilecek kanun yolu, mercii ve süresi açık bir şekilde belirtilir. (2) İdarî yaptırım kararının ilgili gerçek kişinin huzurunda verilmesi halinde tutanakta bu husus açıkça belirtilir. Bu karara karşı başvurabileceği kanun yolu, mercii ve süresine ilişkin olarak bilgilendirildikten sonra kişinin karar tutanağını imzalaması istenir. İmzadan kaçınılması halinde bu durum tutanakta açıkça belirtilir. Karar tutanağının bir örneği kişiye verilir. (3) Tüzel kişi hakkında verilen idarî yaptırım kararları her halde ilgili tüzel kişiye tebliğ edilir."* denilmiştir. SerPK'da buna ilişkin özel bir düzenleme söz konusu değildir. Ancak m. 105/1 gereğince "*İdari para cezalarının uygulanmasından önce ilgilinin savunması alınır. Savunma istendiğine ilişkin yazının tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde savunma verilmemesi hâlinde, ilgilinin savunma hakkından feragat ettiği*

[74] 5326 sayılı Kanun m. 23: *"(1) Cumhuriyet savcısı, kanunda açıkça hüküm bulunan hallerde bir kabahat dolayısıyla idarî yaptırım kararı vermeye yetkilidir. (2) Bir suç dolayısıyla başlatılan soruşturma kapsamında bir kabahatin işlendiğini öğrenmesi halinde Cumhuriyet savcısı durumu ilgili kamu kurum ve kuruluşuna bildirebileceği gibi, kendisi de idarî yaptırım kararı verebilir. (3) Soruşturma konusu fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması halinde Cumhuriyet savcısı bu nedenle idarî yaptırım kararı verir. Ancak, bunun için ilgili kamu kurum ve kuruluşu tarafından idarî yaptırım kararı verilmemiş olması gerekir.*".

[75] 5326 sayılı Kanun m. 24: *"(1) Kovuşturma konusu fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması halinde mahkeme tarafından idarî yaptırım kararı verilir.*".

[76] Otacı ve Keskin, s. 87.

kabul edilir." denilmiştir. Bunun yanında verilen kararın gerekçeli olması da KK m. 25'de ifade edilmiştir. Bu husus idarenin denetlenmesi bakımından önemlidir.[77]

J. Başvuruyolu

Başvuruyoluna ilişkin genel hüküm KK m. 27'de düzenlenmiştir.[78] Ancak SerPK başvuruyolu konusunda özel bir düzenleme öngörmüştür. SerPK m. 105 gereğince "*Bu Kanun uyarınca verilen idari para cezası kararlarına karşı idari yargı yoluna başvurulabilir.*".

K. Kararın İnfazı

Kararların infazına ilişkin olarak KK m. 17/2 gereğince "*10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I), (II) ve (III) sayılı cetvellerde yer alan kamu idareleri tarafından verilen idarî para cezalarının ilgili kanunlarında 1/6/2005 tarihinden sonra belirlenen oranın dışındaki kısmı ile Cumhuriyet başsavcılıkları ve mahkemeler tarafından verilen idarî para cezaları Genel Bütçeye gelir kaydedilir."* denilmiştir. SPK 5018 sayılı kanunun III sayılı cetvelinde sayılmıştır. Ancak SerPK m. 105/3 gereğince "*Tahsil edilen idari para cezalarının yüzde ellisi genel bütçeye gelir kaydedilir, yüzde ellisi gelir kaydedilmek üzere YTM*[79]*'ye aktarılır*." denilmiştir. 442 Seri No'lu Tahsilat Genel Tebliği'ne göre de "*Kamu tüzel kişileri, görevleri gereği verecekleri idari para cezalarının uygulamasını, 5326 sayılı Kanunda yer alan genel esaslara bağlı kalarak yapacaklardır."*. KK' m. 17/4'e göre ise "*Genel Bütçeye gelir kaydedilmesi gereken idarî para cezalarına ilişkin kesinleşen kararlar, 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil edilmek üzere Maliye Bakanlığınca belirlenecek tahsil dairelerine gönderilir*.".

[77] Yenidünya, s. 95.

[78] 5326 sayılı Kanun m. 27: "*(1) İdarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idarî yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idarî yaptırım kararı kesinleşir. (2) Mücbir sebebin varlığı dolayısıyla bu sürenin geçirilmiş olması halinde bu sebebin ortadan kalktığı tarihten itibaren en geç yedi gün içinde karara karşı başvuruda bulunulabilir. Bu başvuru, kararın kesinleşmesini engellemez; ancak, mahkeme yerine getirmeyi durdurabilir. (3) Başvuru, bizzat kanunî temsilci veya avukat tarafından sulh ceza mahkemesine verilecek bir dilekçe ile yapılır. Başvuru dilekçesi, iki nüsha olarak verilir. (4) Başvuru dilekçesinde, idarî yaptırım kararına ilişkin bilgiler, bu karara karşı ileri sürülen deliller açık bir şekilde gösterilir. Dilekçede ayrıca, başvurunun süresinde yapılmasını engelleyen mücbir sebep dayanaklarıyla gösterilir. (5) (Değişik: 6/12/2006-5560/34 md.) İdarî yaptırım kararının mahkeme tarafından verilmesi halinde, bu karara karşı ancak itiraz yoluna gidilebilir. (6) (Ek: 6/12/2006-5560/34 md.) Soruşturma konusu fiilin suç değil de kabahat oluşturduğu gerekçesiyle idarî yaptırım kararı verilmesi halinde; kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz edildiği takdirde, idarî yaptırım kararına karşı başvuru da bu itiraz merciinde incelenir. (7) (Ek: 6/12/2006-5560/34 md.) Kovuşturma konusu fiilin suç değil de kabahat oluşturduğu gerekçesiyle idarî yaptırım kararı verilmesi halinde; fiilin suç oluşturmaması nedeniyle verilen beraat kararına karşı kanun yoluna gidildiği takdirde, idarî yaptırım kararına karşı itiraz da bu kanun yolu merciinde incelenir.*".

[79] 6362 sayılı Kanun m. 3/y: "*YTM: Yatırım kuruluşlarının, yatırım hizmet ve faaliyetinden kaynaklanan nakit ödeme veya sermaye piyasası araçları teslim yükümlülüklerini yerine getirememeleri hâlinde, Kurulca bu Kanun çerçevesinde alınan tazmin kararını yerine getirmek amacıyla kurulmuş olan kamu tüzel kişiliğine sahip Yatırımcı Tazmin Merkezini…ifade eder*.".

SONUÇ

- Piyasa bozucu eylemler kabahati ilk kez 6362 sayılı SerPK m. 104'de düzenlenmiştir. 2499 sayılı kanunda yer verilmeyen bu kabahate ilişkin olarak esaslar SPK tarafından PBET ile ortaya konulmuştur. Kanuni düzenlemede *makul bir ekonomik veya finansal gerekçeyle açıklanamayan, borsa ve teşkilatlanmış diğer piyasaların güven, açıklık ve istikrar içinde çalışmasını bozacak nitelikteki eylem ve işlemler*in piyasa bozucu eylem olduğu belirtilmiştir. Her ne kadar kabahatler hukuku bakımından ceza hukukuna nazaran nispeten daha gevşek bir kanunilik ilkesi benimsenmiş olsa da kanaatimizce bu düzenlemenin muğlaklığının idare tarafından giderilebilir olması kanunilik ilkesi bakımından sorunludur.
- Piyasa bozucu eylemler kabahati, piyasa dolandırıcılığı ve bilgi suistimali suçu oluşturabilecek birtakım fiillerin tipikliğinin gerçekleşmediği hallerde veya bu suç tipine ilişkin fiillerin bir şekilde ortaya konulamadığı hallerin de düzenleme altına alındığı bir kabahattir. Kısaca ceza hukukunun koruması alanına girmeyen birtakım fiillerin de piyasa bozucu eylem sayılarak yasaklanması amaçlanmıştır. Bu bağlamda ilgili kabahatle korunması amaçlanan hukuksal değer bu suç tipleri ile korunması amaçlanan hukuksal değere paralel olarak piyasanın işlevselliğinin sağlanması ve yatırımcının korunmasıdır.
- Kanunda kabahatin faili bakımından özel bir belirleme yapılmamıştır. Bu nedenle söz konusu kabahat herkes tarafından işlenebilen bir kabahattir. Ancak PBET m. 4/2'de bilgiyi alan ve verenler belirlemesi yapılmış, 3. ve 4. fıkralar bakımından ise kabahat yalnızca içsel bilgiye sahip olan kişiler ve bunların eşleri çocukları ya da aynı evde yaşayan kişiler sayılarak özgü kabahat düzenlemesine yer verilmiştir. Ancak özgü kabahat düzenlemesinin ceza hukukunda olduğu gibi pratik bir değeri yoktur. Özel faillik sıfatına sahip olmayan kişilerce işlenen kabahatlerde, bu sıfata sahip olmayan kişilerin de şerik fail gibi sorumlu tutulmaları esası benimsenmiştir.
- PBET'de öncelikle içsel veya sürekli bilgilere sahip kişilerin bu bilgilerin kamuya açıklanmadan önce gizliliğini korumaları gerektiği ifade edilmiştir. Maddenin 2. fıkrasında ise bilgilerin kamuya açıklanmadan önce doğrudan veya dolaylı olarak kişilere aktarılması ve sermaye piyasalarında işlem yapmaları yani bilgiyi alıp işlem yapan ve bilgiyi veren kişilerin eylemlerinin piyasa bozucu eylem olacağı ifade edilmiştir. Burada içsel veya sürekli bilgiyi veren kişi bakımından cezalandırılabilmenin mümkün olması için bilgiyi alan kişinin ilgili sermaye piyasasında işlem yapması gerekmektedir. Söz konusu fıkra bakımından kanaatimizce çok failli kabahat düzenlemesi öngörülmüştür. Burada birden fazla kişinin varlığı kabahatin kurucu unsurudur. Yine rüşvet suçunda olduğu gibi

heterojen hareketli çok failli kabahat söz konudur. Bir tarafta bilgiyi veren, diğer tarafta ise bilgiyi alıp buna dayalı işlem yapan kişi bulunmaktadır. Burada almak ve vermek hareketleri karşılaşmaktadır.

- PBET m. 4/3'de "*İhraççılar tarafından düzenlenen finansal tablo ve raporlar ile bağımsız denetim raporlarının hazırlandığı hesap döneminin bitimini izleyen günden söz konusu tablo ve raporların mevzuata uygun şekilde kamuya duyurulmasına kadar geçen süre içerisinde"*, m. 4/4'de ise "*İçsel bilgi veya sürekli bilgilerin kesinleşmesinden mevzuata uygun şekilde kamuya duyurulmasına kadar geçen süre içerisinde"* denilerek bu süreler zarfında içsel veya sürekli bilgilere sahip kişiler, bunların eşleri, çocukları ve aynı evde yaşadıkları kişilerin ilgili sermaye piyasası araçlarında işlem yapmaları kabahat olarak yaptırıma bağlanmıştır. Ancak bu düzenleme haksızlık bilinci açısından sorun olabilecek bir düzenlemedir. Maddede belirtilen kişilerin ilgili dönemlerde sermaye piyasalarında işlem yapmaları kabahatin oluşması bakımından yeterli kabul edilmektedir. Kanaatimizce böyle bir düzenlemeye kanunda yer verilmesi daha uygun olacaktır. Çünkü bu kişilerin işlem yapmaları söz konusu içsel bilgi veya sürekli bilgiye dayalı olmayabilecektir. Bu durumda bu kişilerin sorumluluğuna tebliğ hükümlerine dayanarak gitmek, söz konusu fiilin hukuka aykırılığı noktasında hataya düşmelerine neden olabileceğinden, sakıncalıdır. En azından içsel veya sürekli bilgiye dayalı olarak gibi bir ibarenin eklenmesi zorunludur.
- Piyasa bozucu eylemler sırf hareket kabahatlerindendir. Menfaat veya kazanç temini gibi veya bir zarara sebebiyet bir sonuç aranmamıştır. Ancak böyle bir sonuç gerçekleştiği takdirde SerPK m. 105 gereğince idari para cezasının miktarı bu menfaat veya zararın üç katından az olamayacağı düzenlenmiştir. Böylelikle zarara sebebiyet verme veya menfaat temini bu kabahatler bakımından nitelikli hal olarak öngörülmüştür.
- İçsel bilgiye dayalı piyasa bozucu eylemler hem kasten hem de taksirle işlenebilen bir kabahattir. Piyasa bozucu eylemler kabahati bakımından kanunda alt ve üst sınırlar belirtilerek yaptırım öngörüldüğünden, söz konusu kabahatin kasten veya taksirle işlenmesi arasında haksızlık içeriğine ilişkin bir belirleme yapılarak, kanunda gösterilen alt ve üst sınırlar arasında bir belirleme yapılabilecektir.
- Genel hukuka uygunluk nedenleri dışında PBET'in 8. maddesinde özel hukuka uygunluk nedenlerine de yer verilmiştir. Hakkın kullanılması bağlamında değerlendirilebilecek gazetecilerin basın meslek ilkeleri ve etiğine uygun olarak yürüttükleri mesleki faaliyetleri belirli şartlar altında hukuka uygun kabul edilmiştir. Ancak kanaatimizce maddede sayılan hususlar hakkın kapsamında değerlendirilebilecek hususlar olmadığından halihazırda tebliğ kapsamında

değerlendirilen piyasa bozucu eylem kabul edilebilecek türden fiillerdir. Bu bakımdan aslında hukuka uygun alanının belirlenmesinden ziyade bu kişilerin sorumlu olacakları alanın belirtildiği bir düzenleme yapılmıştır.

- İçsel bilgiye dayalı olarak işlenen piyasa bozucu eylemler bakımından teşebbüste 2. fıkra bakımından çok failli kabahat tespiti yapılmış olduğundan, bilgiyi veren kişi bilgiyi vermesine karşın, bilgiyi alan kişi ilgili sermaye piyasası aracında herhangi bir işlem yapmadığında bilgiyi veren kişi bakımından kabahat teşebbüs aşamasında kalacaktır. Ancak kabahatlerde teşebbüsten sorumluluk esası benimsenmediğinden faili cezalandırmak mümkün olmayacaktır.
- İçtima konusunda piyasa bozucu eylemler tebliğinde düzenlenen fiillerin hepsinin seçimlik hareket olarak mı yoksa farklı kabahatler olarak mı kabul edileceği hususu önem arz etmektedir. SerPK m. 105/2'de "*Bu Kanunda tanımlanan kabahatlerden birinin idari yaptırım kararı verilinceye kadar birden çok işlenmesi hâlinde, ilgili hükme göre, ilgili gerçek veya tüzel kişiye bir idari para cezası verilir ve verilecek ceza iki kat artırılır*." denilerek ayrı bir içtima hükmü benimsenmiştir. Kanaatimizce kanuni düzenleme tek bir kabahate işaret etmektedir. Kanunda düzenlenen fiilin içeriği tebliğ ile somutlaştırılmıştır. Tebliğde belirtilen tüm fiiller esasında piyasa bozucu eylemlerin düzenlendiği SerPK m. 104'te ifade edilen fiilin açıklamasıdır, tüm fiillerin yaptırımı da yine bu maddede düzenlenmiştir. Bu bağlamda kanaatimizce tebliğde belirtilen fiiller bu maddede belirtilen fiilin seçimlik hareketi niteliğindedir. O nedenle KK m. 15 hükmü yerine SerPK m. 105/2 uygulanacak, gerçek içtima uygulamak yerine, özel hüküm gereği kabahatler içtima edilecek ve ceza artırılacaktır.
- Kamuya henüz duyurulmamış içsel veya sürekli bilgiler sır kapsamında değerlendirilebilir. Bu durumda ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgilerin açıklanması ile içsel veya sürekli bilgilere ilişkin piyasa bozucu eylemler bakımından yaptığımız değerlendirmede, sermaye piyasası aracının değerini, fiyatını veya yatırımcıların yatırım kararlarını etkileyebilecek nitelikteki bilgi, olay ve gelişmelere dair olan ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgiler söz konusu olduğunda özel hüküm gereğince bunların içsel bilgi olarak kabul edileceğini ve SerPK uygulamasının söz konusu olacağını ifade ettik. Bu bağlamda aralarında görünüşte içtima ilişkisi söz konusudur. Özel norm- genel norm ilişkisi ile bu çatışma çözülmektedir.
- İçsel bilgiye dayalı piyasa bozucu eylemlere ilişkin SPK ilke kararına aykırılık teşkil eden bir eylem aynı zamanda içsel bilgiye dayalı piyasa bozucu eylem teşkil edebilir. Bu durumda ise SerPK m. 103 ve m. 104 arasında içtima sorunu ortaya çıkmaktadır. Ancak kanaatimizce aslında burada suçlar arasında bir içtima ilişkisi

söz konusu değildir. Yalnıza normlar arasında bir ilişki vardır. Özel norm olması nedeniyle m. 104 uygulama alanı bulacaktır.

- KK hükümleri gereğince kabahatin temel şekli bakımından soruşturma zamanaşımı 5 yıldır. Ancak menfaat temin edilmiş olması hali, nitelikli hal olarak öngörülmüş ve nispi idari para cezası öngörülmüştür. Bu nedenle KK m. 20/3 gereğince nitelikli hal bakımından zamanaşımı süresi 8 yıl olacaktır.
- SerPK'da düzenlenen kabahatlerde kural olarak idari yaptırım uygulamaya yetkili merci SPK'dır. Piyasa bozucu eylemler kabahati bakımından da idari yaptırım uygulayacak olan kural olarak SPK olmakla birlikte, KK hükümleri gereğince, Cumhuriyet savcıları ve mahkemeler de piyasa bozucu eylemlerden idari yaptırım uygulamasına karar verebilecektir.
- SerPK başvuruyolu konusunda özel bir düzenleme öngörmüştür. SerPK m. 105 gereğince SerPK uyarınca verilen idari para cezası kararlarına karşı idari yargı yoluna başvurulacaktır.

KAYNAKÇA

Akbulut, B. (2014). Türk Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanunu genel hükümlerinin yaptırım hükümleri dışında karşılaştırmalı olarak incelenmesi. Ankara: Adalet Yayınevi.

Arslan, Ç. (2013). Vergi mahremiyetini ihlal suçu (VUK md. 362). Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3(2), 15-30.

Arslan, Ç. ve Azizağaoğlu, B. (2004). Yeni Türk Ceza Kanunu şerhi. Ankara: Asil Yayınevi.

Aydın, D. (2009). Suça iştirak. Ankara: Yetkin Yayınları.

Bardakçı, M. A. (2006). Kabahatler Kanunu'na göre idari para cezaları ve idari para cezalarının yargısal denetimi. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.

Çağlayan, R. (2006). İdari yaptırımlar hukuku. Ankara: Asil Yayınları.

Çetin, N. (2011). Sermaye Piyasası Hukukunda Yatırımcının Korunması İlkesinin Teorik Analizi. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15(1), 1-23.

Çolak, U. (2001). Insider trading suçu. Adalet Dergisi. S: 6.

Dursun, S. (2010). Sermaye piyasasında gerçeğe aykırılıktan doğan suçlar. İstanbul: Oniki Levha Yayınları.

Erman, S. (1994). Bankacılık suçları. İstanbul: Nazım Terzioğlu Basım Atölyesi.

Evik, A. H. ve Evik, V. S. (2005). İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçu. İÜHFM, 13(1-2), 1-56.

Gölcüklü, F. (1963). İdari ceza hukuku ve anlamı. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 18(2), 115-182.

Güçlü, F. ve Kılıç, M. (2014). Sermaye Piyasası Kurulu'nun idari para cezası uygulamalarının ilgili mevzuat açısından incelenmesi. Uluslararası İşletme ve Yönetim Dergisi, 2(3), 308-320.

İçel, K. (2010). Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması suçları-bu tür sırlarla ilgili bilgi istenmesinin sınırları. İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S:18, 27-38.

Kangal, Z. T. (2011). Kabahatler hukuku. İstanbul: Oniki Levha Yayınları.

Karabulut, M. (2008). İdari yaptırımların hukuki rejimi. Ankara: Turhan Kitapevi.

Koca, M. ve Üzülmez, İ. (2014). Türk ceza hukuku genel hükümler. Ankara: Seçkin Yayınevi.

Otacı, C. ve Keskin, İ. (2010). Türk kabahatler hukuku. Ankara: Adalet Yayınevi.

Özen, M. (2013). İdari ceza hukuku. Ankara: Adalet Yayınevi.

SPK (2018). Özel durumlar rehberi. http://www.spk.gov.tr/displayfile.aspx?action=displayfile&pageid =1103 Son Erişim: 01.08.2022.

Şenol, C. (2012). İçeriden öğrenilen bilgi ve içeriden öğrenen kavramlarının ceza hukuku açısından incelenmesi. Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(2), 126-145.

Tanör, R. (1999). Türk sermaye piyasası 2.cilt. İstanbul: Beta Yayınları.

TBMM. (2012). 6362 sayılı SerPK'nın genel gerekçesi https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ ss337.pdf Son Erişim: 31.07.2022.

Temizsoy, D. (2010). Sermaye piyasasında içeriden öğrenenlerin ticareti suçu. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul.

Turanboy A. (1990). İnsider muameleleri. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.

Varış Tezcanlı, M. (1996). İçerden öğrenenlerin ticareti ve manipülasyonlar. İstanbul: İMKB yayınları.

Yalçın Sancar, T. (1998). Çok failli suçlar. Ankara: Seçkin Yayınevi.

Yaşar, O. vd. (2014). Yorumlu ve uygulamalı Türk Ceza Kanunu 5. cilt. Ankara: Adalet Yayınevi.

Yenidünya, A. C. (2013) Sermaye Piyasası Kanunu'nda düzenlenen suç ve kabahatlere ilişkin genel prensipler. İpek Yolu Canlanıyor: Türk-Çin Hukuk Zirvesi, 85-99.

Zafer, H. vd. (2014). Gerekçeli-Açıklamalı-İçtihatlı Kabahatler Kanunu. İstanbul: Beta Yayınevi.

TÜKETİCİNİN KORUNMASI İLE TÜKETİCİNİN HAKKINDA DEĞERLENDİRME YAPTIĞI KİŞİNİN İTİBARININ KORUNMASI ARASINDA KURULAN DENGE: TÜKETİCİ DEĞERLENDİRMELERİNİN YAYIMLANMASINA YÖNELİK YENİ DÜZENLEMELER

Dr. Öğr. Üyesi Ece KARADUMAN[1]

Özet

Alıcının doğru mala/hizmete ve doğru satıcıya/sağlayıcıya yönelmesinde önemli rol oynayan kaynaklardan biri, yayımlanmış tüketici değerlendirmeleri ve şikâyetleridir. Değerlendirmelerin; malı/hizmeti satın alan kişilerce, gerçeğe ve hukuka uygun içerikte hazırlanması ve bu içeriğin objektif ölçütlere göre yayımlanması hem alıcının hem satıcının/sağlayıcının yararınadır. Değerlendirmenin ardından tüketicinin mağduriyeti giderilmişse bu durumun yayımlanması da yine söz konusu mal/hizmet ile ilgilenen kişilerin doğru bilgilendirilmesi, hakkında olumsuz değerlendirmede bulunulan kişinin de itibarı açısından önem taşır. Durumu anlatan açıklamayı tüketici yapabileceği gibi satıcı/sağlayıcı da yapabilir. Satıcının/sağlayıcının cevap hakkını kullanmasının, çevrim içi platforma üye olması, ücret ödemesi gibi şartlara bağlanmaması gerekir. Çalışmamızda, Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nde ("Yönetmelik"), Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile meydana getirilen ve 01/03/2022 tarihinde yürürlüğe girmiş olan, tüketici değerlendirmelerine ve bu değerlendirmelerin yayımlanmasına yönelik yukarıda anılan düzenlemeleri (Yönetmelik m. 28/B, m. 28/C), "tüketicinin korunması" ve -"kişilik hakkı"nın bir görünümü olarak- tüketicinin hakkında değerlendirme yaptığı kişinin itibarının korunması yönleriyle ele almaya çalışacağız.

Anahtar Kelimeler: Tüketici Şikâyetleri, Tüketici Değerlendirmeleri, Kişilik Hakkı, İtibar, Tüketicinin Korunması

BALANCE ESTABLISHED BETWEEN "PROTECTION OF THE CONSUMER" AND "PROTECTION OF THE REPUTATION OF THE OTHER PARTIES EVALUATED BY THE CONSUMER": NEW ARRANGEMENTS REGARDING PUBLICATION OF CONSUMER EVALUATIONS

[1] Başkent Üniversitesi, Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu/Adalet Programı, E-posta: ekaraduman@baskent.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7076-2789.

Abstract
Published consumer reviews and complaints are one of the sources that play an important role in directing the buyer to the right product/service and the right seller/supplier. It is for the benefit of both the buyer and the seller/provider that the evaluations related with goods/services are prepared in accordance with the truth and the law and that this content is published according to objective criteria. Also, in case the consumer's grievance has been remedied after the evaluation, the publication of this situation will be important for the correct information of the people who are interested in the goods/services mentioned, and for the reputation of the person who has been negatively evaluated. As well as the consumer, the seller/provider can also make the explanation describing the situation. The seller/provider's right of reply should not be subject to conditions such as being a member of the online platform or paying a fee. We will try to examine the recent amendment which entered into force on 01/03/2022 to the Regulation on Commercial Advertising and Unfair Commercial Practices, related with "consumer evaluations and the publication of these evaluations" (Regulation m. 28/B, m. 28/C) with the purpose of "consumer protection and the protection of the reputation of the person being evaluated by the customer as a view of the right to personality".
Keywords: Consumer Complaints, Consumer Evaluations, Personal Rights, Consumer Reputation, Consumer Protection

I. Giriş

Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nde, 01/02/2022 tarihli ve 31737 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmış ve 01/03/2022 tarihinde yürürlüğe girerek yerini almış olan iki hüküm, "*tüketici değerlendirmeleri*" (Yönetmelik m. 28/B) ve "*tüketici şikâyetlerinin yayınlanmasına ilişkin uygulamalar*" (Yönetmelik m. 28/C), çalışmamızın çerçevesini oluşturmaktadır. Yönetmeliğin bu başlıkları taşıyan 28/B ve 28/C maddeleri, "*haksız ticari uygulama yasağı*" başlıklı 28. maddesinden sonra yer almak üzere "*ek*" olarak getirilmiştir.

Tüketici, ekonomik ve sosyal sebeplerin yanı sıra bilgilendirilme ihtiyacı nedeniyle de yaptığı hukukî işlemlerin zayıf tarafı olarak nitelendirilmekte olup korunmaya ihtiyaç duyar[2]. Almak istediği malın/hizmetin benzerini daha önce almış kişilerin değerlendirmeleri, tüketici işlemini yapıp yapmamak konusunda tereddüde düşen tüketicinin vereceği karar üzerinde etkili olacaktır[3].

[2] Sirmen Lâle, (2013), "Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri", Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, C. 8 (Özel), (SS. 2465-2475), https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/179490 (ET: 31.05.2022), s. 2466.
[3] Benzer yönde: Karaca Şükran/Gümüş Niyazi, (2020), "Tüketicilerin Online Yorum ve Değerlendirme Puanlarına Yönelik Tutumlarının Online Satın Alma Davranışlarına Etkisi", Sakarya İktisat Dergisi, C. 9, S. 1, (SS. 52-69), https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1010498 (ET: 01.06.2022), s. 66.

Tüketici değerlendirmelerine ilişkin olarak getirilen yeni düzenlemeler hem tüketicinin karar alma sürecine hem tüketicinin hakkında değerlendirme yaptığı kişinin itibarının korunmasına katkı sağlayacaktır.
Kişi hakkında hakaret mahiyetinde sözler söylenmesi; saygınlığını zedeleyen, doğruluğu ispat edilemeyen iddialar ileri sürülmesi şeref ve haysiyete müdahale anlamına gelir[4]. Kişinin şeref ve haysiyeti[5], mutlak bir hak[6] olan "kişilik hakkı" kapsamında, herkese karşı[7] korunur. Yalnızca gerçek kişilerin değil, tüzel kişilerin de kişilik değerleri[8] ve bu çerçevede de itibarları himaye görür[9].

II. 01/03/2022 Tarihi Öncesi İçin Tüketici Değerlendirmelerine Bir Bakış

Yönetmelik'teki yeni düzenlemelerden önceki tarihli Reklam Kurulu kararları incelendiğinde tüketici değerlendirmelerinin kimi zaman reklam vasfında olabildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda reklamlara ilişkin düzenlemelere de uyulması gerekir. Bu konuda; 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu[10] ("TTK"), 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun[11] ("TKHK"), 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında

[4] Oğuzman M. Kemal/Seliçi Özer/Oktay-Özdemir Saibe, (2014), Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), B. 14, İstanbul, s. 170.

[5] Tekinay Selâhattin Sulhi, (1992), Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, B. 6, İstanbul, s. 250 vd.; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 168 vd.; Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami, (2017), Medenî Hukuk (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar), B. 23, İstanbul, s. 158; Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan, Türk Özel Hukuku, (2014), C. 2: Kişiler Hukuku, B. 15, İstanbul, s. 127 vd.; Helvacı, Serap/Erlüle, Fulya, (2014), Medeni Hukuk (Medeni Hukuka Giriş, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku), B. 3, İstanbul, s. 91; Akipek, Jale G./Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya, (2015), Türk Medenî Hukuku (Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku), B. 12, C. 1, İstanbul, s. 368 vd.; Öztan, Bilge, (2014), Medenî Hukuk'un Temel Kavramları, B. 39, Ankara, s. 274 vd.; Kılıçoğlu, Ahmet M., (2016), Medeni Hukuk (Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku), Ankara, s. 301 vd.; Antalya O. Gökhan/Topuz Murat, Antalya O. Gökhan (Ed.), (2021), Medeni Hukuk (Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri), C. I, B. 4. Ankara, s. 161 vd.; "*…şerefin korunması*": İmre, Zahit, (1976), Medeni Hukuka Giriş (Temel Kavramlar, Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri ve Hakiki Şahıslar Hukuku), B. 2, İstanbul, s. 415.

[6] İmre, s. 414; Tekinay, s. 249; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 155; Dural/Öğüz, s. 103; Helvacı/Erlüle, s. 85; Serozan, Rona, (2015), Medeni Hukuk (Genel Bölüm, Kişiler Hukuku), B. 6, İstanbul, s. 455; Oğuzman/Barlas, s. 158; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 347; Öztan, s. 275; Kılıçoğlu, Medeni Hukuk, s. 320 vd.; Hatemi Hüseyin, (2017), Medeni Hukuk'a Giriş, B. 8, İstanbul, s. 137; Antalya /Topuz, s. 159.

[7] Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 347. "*…Saldırıda bulunan herkese karşı ileri sürülebilirler*": Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 155.

[8] Kırca Çiğdem, (1999), "Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği", Yargıtay Dergisi, C. 25, Temmuz 1999, S. 3, (SS. 242-270), http://www.yargitaydergisi.gov.tr/dergiler/yd/temmuz1999.pdf (ET: 26.06.2022), s. 259; Kılıçoğlu Ahmet, (1983), "Tüzel Kişi Manevi Tazminat İstiyebilir Mi?", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, (SS. 287-294), https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/214098 (ET: 26.06.2022), s. 290 vd.; Taşkın Âlim, (1992), "Tüzel Kişilerin Kişilik Haklarının Korunması", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 42, S. 01, (SS. 201-243), https://kitaplar.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/48412/2812.pdf?sequence=1&isAllowed=y (ET: 19.07.2022), s. 226.

[9] Kırca, s. 259: "*MK 46'a göre tüzel kişiler, yaradılışı gereği insana özgü olan haklardan başka bütün haklara sahiptirler. O halde, tüzel kişiler sosyal kişilik değerlerine sahiptir; onların da bir ismi, toplum içinde saygınlığı, özel ve gizlilik alanı, ticari itibarı vardır ve bu kişilik değerleri de korunmalıdır* (…) *Bkz., Pedrazzini / Oberholzer, s. 151*"; Taşkın, s. 228.

[10] No. 6102, RG. 14.02.2011, 27846.

[11] No. 6502, RG. 28.11.2013, 28835.

Kanun[12] hükümleri başta olmak üzere çeşitli kurallar[13] karşımıza çıkar. Yapılan değerlendirmelerin reklam vasfında olup olmadığının, reklam vasfında ise de hangi durumlarda yaptırımla karşılaşılacağının ve yaptırımla karşılaşılmaması için hangi düzenlemeler ile ilkelere uyulması gerektiğinin reklamın içeriğine göre incelenmesi noktasında Reklam Kurulu kararları yol gösterici mahiyette olacaktır. Örneğin, Reklam Kurulu'nun bir kararı incelendiğinde; internet sitelerinde hasta yorumlarına yer verildiği durumlarda, yürütülen faaliyete ticarî bir görünüm katıp katmadığına, talep oluşmasına sebebiyet verip vermediğine, mevzuata göre kabul gören bilgilendirme ve tanıtım faaliyeti sınırını aşıp aşmadığına[14]; diğer bir ifadeyle reklam vasfında olup olmadığına göre değerlendirme yapıldığı[15] anlaşılmaktadır. Tanıtım bu vasıftaysa çeşitli düzenlemelere[16] aykırılık teşkil edip etmediği incelenmektedir. Nihayetinde; TKHK m. 61 ve m. 62'deki esaslar çerçevesinde ticarî reklamlarda uyulacak ilkeleri belirlemek, haksız ticarî uygulamalara karşı tüketicileri koruyucu düzenlemeler yaparak Ticaret Bakanlığı vasıtasıyla bu düzenlemeleri duyurmak, ticarî reklamları ve haksız ticarî uygulamaları incelemek, denetimler gerçekleştirmek (Reklam Kurulu Yönetmeliği[17] m. 7/1), "…*inceleme ve denetim sonucuna göre durdurma veya aynı yöntemle düzeltme veya idari para cezası veya gerekli görülen hâllerde de üç aya kadar tedbiren durdurma cezası…*" vermek (TKHK m. 63/1), Reklam Kurulu'nun görevlerindendir.

Yönetmeliğe 28/B ve 28/C maddeleri eklenmeden önce, tüketici şikâyet platformlarının bazı uygulamaları uyuşmazlıklara konu olmaktaydı. İddialar;

- tüketiciler şikâyetlerini belirtirlerken kendilerinden ücret talep edilmezken, cevap hakkını kullanmak isteyen şikâyet edilenden ücretli kurumsal üyelik istenebilmekte olduğu,
- kullanıcı yorumlarından, platforma üye olan işletmeler hakkında yapılan şikâyetlerin yayımlanmadığının ya da değiştirilerek yayımlandığının veya çözümlendiği yönünde gerçeğe aykırı bilgiler verilebildiğinin anlaşıldığı,

[12] No. 6563, RG. 05.11.2014, 29166.
[13] Ticaret Bakanlığı Mevzuat Listesi: https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Kurum/24308261 adresinden erişildi. (ET: 27.06.2022).
[14] Reklam Kurulu kararı, Dosya No: 2021/5162, https://ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari adresinden erişildi. (ET: 04.06.2022).
[15] Reklam Kurulu kararı, Dosya No:2022/394, https://ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari adresinden erişildi. (ET: 04.06.2022).
[16] Örneğin; "- *1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 24 üncü maddesi,*
- *Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 8, 9 ve 39 uncu maddeleri,*
- *Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik'in 5/c maddesi,*
- *Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik'in 29 uncu maddesi,*
- *Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nin 7/1, 7/2 7/3, 7/4, 7/5-b, 26 ve 32 nci maddeleri,*
- *6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 61 inci maddesi…*" Reklam Kurulu kararı, Dosya No: 2021/5162, https://ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari adresinden erişildi. (ET: 04.06.2022).
[17] RG. 03.07.2014, 29049.

- şikâyet dile getirilirken şikâyet edilenin kişilik hakkını zedeleyen, hatta suç teşkil eden ifadelerin kullanıldığı durumlarla karşılaşılabildiği,
- şikâyetin rakip işletmeler tarafından yazılmış olabileceği,
- platforma üye firmalara şikâyetin yayımlanmasından önce haber verileceği yönünde vaatte bulunulabildiği[18]

yönündeydi.

III. Tüketicinin Korunması Ve Diğer Tüketicilerin Karar Alma Süreçlerine Katkı Sağlaması Yönüyle Tüketici Değerlendirmelerine İlişkin Yeni Düzenlemelerin Değerlendirilmesi

Hukukumuzda tüketici, normlar hiyerarşisinin çeşitli basamaklarında yer alan normlar ile koruma altına alınmıştır. Anayasamız[19] dahi "*tüketicilerin korunması*"na dair hüküm içermektedir. Bu hüküm, devletin tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alması, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik etmesi gerekliliğine yöneliktir (Anayasa m. 172). TKHK'ya bakıldığında ise hem çeşitli kamu kurum ve kuruluşlarına hem satıcı, sağlayıcı, ithalatçı, üretici gibi kişilere çeşitli yükümlülükler ve sorumluluklar yüklendiği görülmektedir.

Mala/hizmete, satıcıya, sağlayıcıya, aracı hizmet sağlayıcısına yönelik değerlendirmelerin içerisinde olumsuz iddiaların da yer alabileceğini tahmin etmek güç olmayacaktır. Yönetmeliğe göre, "*internet ortamında, satıcı ve sağlayıcılar ya da bunlar adına mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık eden aracı hizmet sağlayıcıları tarafından, tüketicilerin bir mal veya hizmete ya da satıcı veya sağlayıcılara ilişkin değerlendirme yapmasına imkân sağlanması durumunda; bu değerlendirmelerin, sadece ilgili mal veya hizmeti satın alanlar tarafından yapılmasına izin verilir.*" (Yönetmelik m. 28/B, f. 1)

TKHK'da 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 kişi*…"; sağlayıcı ise "…*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 kişi*…" olarak tanımlanmıştır (m. 3/1). "*Aracı hizmet sağlayıcı*" kavramı da Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da "…*başkalarına ait iktisadi ve ticari faaliyetlerin yapılmasına elektronik ticaret ortamını sağlayan gerçek ve tüzel kişiler…*" şeklinde tanımlanmaktadır (m. 2/1-(d)). Yönetmeliğin 28/B, f. 1 hükmünde geçen aracı hizmet sağlayıcısının, satıcı ya da sağlayıcı adına mesafeli sözleşme yapılmasına aracılık edeceği hükmün lafzından anlaşılmaktadır.

[18] Yargıtay 11. HD., T. 14.10.2020, E. 2019/1166, K. 2020/4124, https://kararararama.yargitay.gov.tr adresinden erişildi. (ET: 13.06.2022).
[19] No. 2709, RG. 09.11.1982, 17863.

Satıcının, sağlayıcının, aracı hizmet sağlayıcısının internet ortamında yalnızca ilgili malı ya da hizmeti satın almış olan tüketicilerin değerlendirmelerine yer vermesinin mümkün olduğuna ilişkin düzenleme, satıcının/sağlayıcının tüketici gibi algılanacak şekilde kendi lehine yorum yapmasının önüne geçilmesine[20] yardımcı olacaktır.

Yine Yönetmelik gereği, "…*değerlendirmelerin yayınlanmasına ilişkin belirlenen esas ve kurallara değerlendirmelerin yayınlandığı alanda ya da bir bağlantı veya uyarı işareti ile tüketicilerin yönlendirildiği açılır ekranda yer verilir.*" (Yönetmelik m. 28/B, f. 2).

Tüketicinin sağlığını koruyucu tedbirlerin alınması, Tüketici Hukuku'nun amaçlarından biridir. Bu husus TKHK'nın "*Amaç*" başlıklı 1. maddesinden de anlaşılmaktadır. Yönetmelik de Tüketici Hukuku'nun, dolayısıyla da TKHK'nın amacı ile uyumlu şekilde "*ilgili mevzuatına aykırı sağlık beyanı içeren tüketici değerlendirmeleri*"nin yayımlanamayacağını hükme bağlamıştır (Yönetmelik m. 28/B, f. 4).

Yönetmelik m. 28/B, f. 3 uyarınca, "*tüketici değerlendirmeleri* (…) *en az bir yıl süre ile herhangi bir yönlendirme yapılmadan tarih, değerlendirme notu, satıcı veya sağlayıcıya göre sıralanma gibi objektif bir ölçüte göre yayınlanır.*". Bu hüküm, malı/hizmeti önceden satın almış kişilerin değerlendirmelerinin objektif şekilde erişilebilir olmasını sağlaması yönüyle önem arz etmektedir.

Bir diğer yeni düzenlemeye göre, malın/hizmetin satışını artırmak amacıyla doğru olmayan değerlendirmelerin yapılması veya malı/hizmeti onaylayan ifadelerin kullanılması için anlaşma yapılamaz ya da hizmet satın alınamaz (Yönetmelik m. 28/B, f. 6). Söz konusu hüküm de yine tüketiciyi korumaya hizmet etmektedir.

IV. Tüketicinin Hakkında Değerlendirme Yaptığı Kişinin İtibarının Korunması Yönüyle Tüketici Değerlendirmelerine İlişkin Yeni Düzenlemelerin Değerlendirilmesi

İnternet üzerinden yapılan şikâyetlerde aynı yönde deneyimleri ya da düşünceleri olan tüketiciler topluluk duygusuna sahip olabileceklerdir[21]. Bu durum, satıcı/sağlayıcı karşısında zayıf durumda olarak nitelendirilen tüketiciyi bir nebze de olsa güçlendirebilecek olmakla birlikte karşı tarafın kişilik hakkı da göz ardı edilmemelidir.

---

[20] Yıldız Ozan Ali, "Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nde Yapılan Değişikliklerin Tüketici Şikayet Platformları Açısından Getirdiği Yeni Düzenlemeler", (SS. 1-5), https://www.researchgate.net/publication/358265532_Ticari_Reklam_ve_Haksiz_Ticari_Uygulamalar_Yonetmeligi%27nde_Yapilan_Degisikliklerin_Tuketici_Sikayet_Platformlari_Acisindan_Getirdigi_Yeni_Duzenlemelerv (ET: 05.06.2022), s. 4.

[21] Tokay Argan Mehpare, (2014), "E-Şikâyetle İlgili Tanımlayıcı Bir Çalışma: Şikâyet Forumu Olarak Bir Web Sitesinin Sosyal Ağ Analizi", İnternet Uygulamaları ve Yönetimi Dergisi, C. 5, S. 1 (SS. 49-66), https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/402544 (ET: 11.06.2022), s. 52.

Satıcının, sağlayıcının, aracı hizmet sağlayıcısının yahut tüketici şikâyet platformlarının internet ortamında yalnızca ilgili malı ya da hizmeti satın almış olan tüketicilerin değerlendirmelerine yer verebilmesine ilişkin olarak getirilen düzenleme yalnızca tüketicinin karar alma sürecine katkı sağlamayacak aynı zamanda gerçeğe aykırı, karalayıcı yorumların önüne geçilmesinde[22] de tek başına yeterli olmasa bile etkili olacaktır.

Değerlendirmeye konu edilen mal ya da hizmetle ilgili olarak tüketici mağduriyet yaşamışsa, bu mağduriyet satıcı/sağlayıcı tarafından giderildiğinde ve bu durum, tüketici ya da satıcı/sağlayıcı tarafından bildirildiğinde, yapılacak doğrulamanın ardından ilk değerlendirme ile aynı yerde gecikmeden yayımlanır (Yönetmelik m. 28/B, f. 5). Bu düzenleme, tüketicinin hakkında değerlendirme yaptığı kişinin itibarı açısından oldukça önemlidir. Bir mal ya da hizmet satın almak istendiğinde alınacak mala/hizmete karar verilmesi kadar hangi satıcının/sağlayıcının tercih edileceğine karar verilmesi de önemli bir aşamadır. Bu noktada, işletmelerin marka ve logolarının dahi tüketici şikâyet platformlarında kullanılmasının kendilerini rahatsız edebileceği söylenebilir ancak 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun[23] 7/5-(b) hükmü göz ardı edilmemelidir. Buna göre; "*malların veya hizmetlerin türüne, kalitesine, miktarına, kullanım amacına, değerine, coğrafi kaynağına, üretim veya sunuluş zamanına ya da diğer niteliklerine ilişkin açıklamalarda bulunulması*" durumunda "*marka sahibi, üçüncü kişiler tarafından dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içinde, markasının* (…) *kullanılmasını engelleyemez...*"[24]. *Yargıtay 11. HD.*'nin, çalışmamıza konu olan yeni düzenlemelerden önceki tarihli bir kararından; tüketici görüşlerine yer verilen belirli bir platform açısından, bu platformda tüketicilerin aldıkları mala/hizmete yönelik olarak olumsuz görüşleri olduğu kadar olumlu görüşlerinin de yer alabildiği, bunun için markaların belirtilmesinin de platformun yapısının bir gereği olduğu ve ortalama ziyaretçilerin bu hususu ve sitenin resmî bir vasfının bulunmadığını anlayabileceği, yer sağlayıcıdan iddiaların maddî hukuk açısından doğruluğunu araştırmasının beklenemeyeceği[25], iddiaların yanlış olduğu ve gerçeği yansıtmadığı ispatlanmadan yalnızca iddianın/şikâyetin kaldırılması talebinin karşılıksız kalmasının yer sağlayıcının sorumluluğunun doğması için yeterli olmayacağı

[22] Benzer yönde: Yıldız, s. 3 vd.
[23] No. 6769, RG. 10.01.2017, 29944.
[24] Yargıtay 11. HD., T. 30.09.2019, E. 2018/4667, K. 2019/5975: "…*davalı sitesinde davacının logosunun kullanılmasının marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet açısından ihtilafın esasına herhangi bir etkisinin bulunmadığı, davalının sitesinde davacı marka ve logosunun kullanılmasının 556 sayılı KHK'nın 12. maddesi kapsamında değerlendirilmesinin de mümkün olduğu*…", https://kararararama.yargitay.gov.tr adresinden erişildi. (ET: 13.06.2022)
[25] "…*Yer sağlayıcı, yer sağladığı içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir.*
Yer sağlayıcı, yer sağladığı hukuka aykırı içeriği bu Kanunun 8 inci ve 9 uncu maddelerine göre haberdar edilmesi hâlinde yayından çıkarmakla yükümlüdür…" (İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun - No. 5651, RG. 23.05.2007, 26530 - m. 5, f. 1-2).

anlaşılmaktadır[26]. Yargı kararlarında, tüketicilerin yalnızca almış oldukları mal ve hizmete ilişkin olarak karşılaştıkları olumsuzlukları dile getirmelerinin ifade özgürlüğü kapsamında kaldığı ve TTK'ya göre kötüleme yoluyla haksız rekabet oluşturmayacağı değerlendirilmektedir[27].

Tüketicinin hakkında değerlendirme yaptığı kişilere değerlendirmenin yayımlanmasından evvel açıklama yapma ya da cevap verme hakkını kullanabilmeleri için mevzuata uygun, yeterli süre tanınmalıdır. Bu süre dolmadan önce ya da gerçeğe aykırı olduğunun anlaşılması durumunda değerlendirmelerin yayımlanmaması gerekir. Tüketicinin hakkında değerlendirme yaptığı kişilerin açıklama yapabilmelerine ve cevap hakkını kullanabilmelerine imkân sağlanmalı, bu hakların kullanılması üyelik, ücret gibi koşullara bağlanmamalıdır. Cevap hakkını kullanmak isteyen satıcının/sağlayıcının bu hakkını kullanabilmesinin ücret ödeme koşuluna bağlanması, aynı zamanda haksız rekabet teşkil edecektir[28]. "*Tüketici şikâyetlerinin yayınlamasına ilişkin uygulamalar*"a dair somut düzenleme getiren Yönetmeliğin 28/C maddesine çalışmamızın "*Tüketici Değerlendirmelerinin Yayımlanma Usulü*" başlığı altında yer vereceğiz.

V. Tüketici Değerlendirmelerinin Yayımlanma Usulü

İnternet ortamında, satıcı, sağlayıcı veya aracı hizmet sağlayıcısı tarafından tüketici değerlendirmelerine yer verilecek olması durumunda Yönetmeliğin 28/B hükmünde; tüketici şikâyet platformlarında tüketici şikâyetlerine yer verilecek olması

[26] Yargıtay 11. HD., T. 30.09.2019, E. 2018/4667, K. 2019/5975, https://kararara ma.yargitay.gov.tr adresinden erişildi. (ET: 27.07.2022).

[27] Yargıtay 11. HD., T. 10.09.2018, E. 2016/14151, K. 2018/5088: "…*Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre; davalı şirketin "www.* (…) *.com" adlı internet sitesinin yer sağlayıcı olduğu, yer sağlayıcılarının internet sitesinde yayınlanan içeriği kontrol etme veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırma yükümlülüklerinin bulunmadığı, ancak davalının 5651 sayılı Kanunun 5. maddesi uyarınca yer sağladığı hukuka aykırı içeriği hakkında haberdar edilmesi hâlinde yayından çıkarmakla yükümlü olduğu ve davacı tarafından davalıya ihtarname gönderildiği, fakat dava konusu internet sitesindeki içeriklerde tüketicilerin almış oldukları hizmetler ile ilgili karşılaştıkları olumsuzlukları ve sorunları belirtikleri, bu durumun ifade özgürlüğü kapsamında olduğu ve TTK uyarınca kötüleme yoluyla haksız rekabet teşkil etmeyeceği ve ayrıca dava konusu içeriklerin gerçeği yansıtmadığının da davacı tarafça kanıtlanamadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.*", https://kararara ma.yargitay.gov.tr adresinden erişildi. (ET: 02.06.2022).

[28] Yargıtay 11. HD., T. 14.10.2020, E. 2019/1166, K. 2020/4124: "…*Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu, uyulan bozma ilamı ve tüm dosya kapsamına göre, davalının www.* (...) *.com internet sitesi sayfasında, tüketicilerin şikayetlerine cevap vermek amacı ile üye olmak isteyen davacıdan (satıcılardan), davalı şirketin üyelik ücreti talep etmesinin haksız rekabet olduğunun tespitine, davalının www.* (...) *.com internet sitesinde davacının şikayete cevap verebilmesi için üyelik ücreti talebinin men'ine karar verilmiştir…*": https://kararara ma.yargitay.gov.tr adresinden erişildi. (ET: 13.06.2022).

Yargıtay 11. HD., T. 23.11.2015, E.2015/5144, K. 2015/12411: "…*Mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen raporda da şikayetlere cevap verebilmesi için üyelik ücreti talep edilmesinin haksız rekabet koşullarını oluşturduğu belirtilmesine rağmen yazılı ggerekçelerle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün bozulmasına karar verilmiştir…*", https://kararara ma.yargitay.gov.tr adresinden erişildi. (ET: 13.06.2022).

durumunda ise Yönetmeliğin 28/B ve 28/C hükümlerinde öngörülen yükümlülüklere uyulması gerekir.

Değerlendirmeleri yayımlanabilecek tüketiciler ancak o mal ya da hizmeti satın almış olanlardır (Yönetmelik m. 28/B, f. 1). Değerlendirme yapacak tüketici, esaslar ve kurallar konusunda bilgilendirilir. Bunun için değerlendirmelerin yayımlanmakta olduğu alana yahut tüketicinin yönlendirileceği açılır bir ekrana esaslar ve kurallar konulur (Yönetmelik m. 28/B, f. 2). Değerlendirmenin yayımlanma süresi en az bir yıldır. Değerlendirmeler, yönlendirmede bulunulmaksızın objektif bir ölçüte göre yayımlanır. Bu kapsamda sıralama; tarihe, değerlendirme notuna, satıcıya/sağlayıcıya göre yapılabilmektedir. Belirlenen usul ve esaslara göre yayımlanması kabul edilmeyen değerlendirme ile ilgili hususlar, değerlendirmeyi yapana derhal bildirilir (Yönetmelik m. 28/B, f. 3).

Mevzuata aykırılık teşkil eden sağlık beyanı içeren değerlendirmeler yayımlanamaz (Yönetmelik m. 28/B, f. 4). Burada bahsi geçen "*ilgili mevzuat*", sağlığa ilişkin hükümler içermesi sebebiyle Yönetmeliği de kapsadığı gibi, malın/hizmetin türüne göre farklı düzenlemelere de karşılık gelebilecektir. Örneğin; "*sağlık beyanı ile satışa sunulacak ürünlerin sağlık beyanlarının incelenerek bu beyanlara izin verilmesi, izinsiz veya gerçeğe aykırı sağlık beyanı ile yapılan satışların denetlenmesi, gerektiğinde durdurma, toplama, toplatma ve imha iş ve işlemlerinin yapılması veya yaptırılması, izin ve sağlık beyanları yönünden bunların reklam ve tanıtımlarının denetlenmesi ve aykırı olanların durdurulması ile ilgili usul ve esaslar*", Sağlık Beyanı İle Satışa Sunulan Ürünlerin Sağlık Beyanları Hakkında Yönetmelik[29] ile belirlenmiştir (m. 1). "…*Tüketiciyi en üst düzeyde korumak için son tüketiciye arz edilen gıdalardaki beslenme ve sağlık beyanlarına ilişkin kuralları belirleme*…"yi amaçlayan yönetmelik, Türk Gıda Kodeksi Beslenme ve Sağlık Beyanları Yönetmeliği'dir[30].

Değerlendirmeye konu olan mal/hizmet ile ilgili olarak tüketicide oluşan mağduriyetin satıcı/sağlayıcı tarafından giderilmesi durumunda tüketici veya satıcı/sağlayıcı bildirdiği takdirde bu durum, doğrulama yapılmasının ardından ilk değerlendirme ile aynı yerde gecikmeden yayımlanır (Yönetmelik m. 28/B, f. 5). Doğrulama, tüketicinin telefonuna gönderilecek bir doğrulama kodu ile sağlanabilir[31] ancak doğrulama yöntemine ilişkin bir belirleme Yönetmelik'te yer almamaktadır.

[29] RG. 07.06.2013, 28670.
[30] RG. 26.01.2017, 29960.
[31] Yargıtay 11. HD., T. 14.10.2020, E. 2019/1166, K. 2020/4124: "…*Davalı vekili, müvekkilinin sitesindeki tüm içeriğin kullanıcılar tarafından oluşturulduğunu, içeriklere müdahale edilmediğini, sadece hukuka ve ahlaka mugayir ifadelerin yayınlanmadığını, siteye üye olmak için SMS onayı gerektiğinden kullanıcıların gerçekliğinin tartışılamayacağını, tüketici şikayetlerine verilen tüm cevapların üye olsun olmasın yayınlandığını, hiçbir firmanın cevap hakkının kısıtlanmadığını, kurumsal üye olmadan da bu hakkın kullanılabileceğini savunarak davanın reddini istemiştir*…", https://kararararama.yargitay.gov.tr adresinden erişildi. (ET: 13.06.2022).

Şikâyet platformu üzerinden hakkında değerlendirme yapılan kişilere değerlendirmenin yayımlanmasından evvel açıklama yapma ya da cevap verme hakkını kullanabilmeleri için en az yetmiş iki saat süre tanınması gerekir. Bu süre dolmadan değerlendirme yayımlanmayacağı gibi, gerçeğe aykırı olduğu anlaşılan değerlendirmeler de yayımlanmaz. Değerlendirme ile ilgili açıklama yapmak isteyen ve cevap hakkını kullanacak olan satıcılara/sağlayıcılara platforma üye olmaları, ücret ödemeleri ya da benzeri uygulamalar diretilmeden etkin bir iletişim yöntemi sağlanır (Yönetmelik m. 28/C).

28/B ve 28/C hükümleri Yönetmeliğe eklenmeden önceki tarihli yargı kararları incelendiğinde, 5651 sayılı Kanun'un 5. maddesinde de bu şekilde düzenlendiği üzere, yer sağlayıcılardan yayımlanan içeriği kontrol etmelerinin ve faaliyetin hukuka aykırı mahiyette olup olmadığını araştırmalarının beklenmediği; buna karşın hukuka aykırılık konusunda haberdar edildikleri takdirde yayından çıkarma yükümlülüklerinin bulunduğu anlaşılmaktadır[32]. Yeni düzenlemelerden sonra, yer sağlayıcılara değerlendirmenin yayımlanmasından önce izlemeleri gereken, adım adım belirlenmiş bir prosedür getirilmiştir. Böylelikle yayımdan öncesi için hukuka aykırı değerlendirmelerin yayımlanmasını; yayımdan sonrası için ise tüketicilerin tercihlerini etkileyebilecek, okudukları değerlendirmeler sebebiyle bulunabilecekleri yanlış çıkarımları ve şikâyet edilenin itibarının haksız yere zedelenmesini önlemeye yönelik tedbirler öngörülmüştür.

Yönetmeliğe getirilen bir diğer düzenlemede belirtildiği üzere, "*Reklam Kurulu tarafından ticari reklam ve haksız ticari uygulamalara karşı tüketiciyi korumaya yönelik kılavuzlar hazırlanır ve Ticaret Bakanlığının internet sitesinde yayınlanır. Yayınlanan kılavuz hükümleri, bu Yönetmelik ile birlikte uygulanır.*" (Yönetmelik Ek Madde 1). Bu hükme istinaden, Reklam Kurulu'ndan konuya ilişkin bir kılavuz yayımlaması beklenmektedir.

VI. Sonuç

Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nde, 01/02/2022 tarihli ve 31737 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmış ve 01/03/2022 tarihinde yürürlüğe girerek yerini almış olan iki hüküm, "*tüketici değerlendirmeleri*" (Yönetmelik m. 28/B) ve "*tüketici şikâyetlerinin yayınlanmasına ilişkin uygulamalar*" (Yönetmelik m. 28/C), çalışmamızın çerçevesini oluşturmuştur. Bu düzenlemelerin hem tüketicinin karar alma sürecine hem tüketicinin hakkında değerlendirme yaptığı kişinin itibarının korunmasına katkı sağlayacağı düşünülmektedir. İnternet üzerinden yapılan şikâyetlerde aynı yönde deneyimleri ya da düşünceleri olan tüketiciler topluluk duygusuna sahip olabileceklerdir. Bu durum, satıcı/sağlayıcı karşısında zayıf durumda olarak nitelendirilen tüketiciyi bir nebze de olsa güçlendirebilecek olmakla birlikte karşı tarafın kişilik hakkı da göz ardı

[32] Yargıtay 11. HD., T. 10.09.2018, E. 2016/14151, K. 2018/5088: https://karararama.yargitay.gov.tr adresinden erişildi. (ET: 02.06.2022).

edilmemelidir. İnternet ortamında, satıcı, sağlayıcı veya aracı hizmet sağlayıcısı tarafından tüketici değerlendirmelerine yer verilecek olması durumunda Yönetmeliğin 28/B hükmünde; tüketici şikâyet platformlarında tüketici şikâyetlerine yer verilecek olması durumunda ise Yönetmeliğin 28/B ve 28/C hükümlerinde öngörülen yükümlülüklere uyulması gerekir. Buna karşılık tüketici değerlendirmeleri açısından dikkat edilmesi gereken düzenlemeler bunlardan ibaret değildir. Malı/hizmeti satın alan tüketici değerlendirmede bulunurken mevzuata uygun hareket etmelidir ki söz konusu mal/hizmet ile ilgilenen diğer tüketiciler tüketici işlemini yaparlarken doğru malı/hizmeti ve doğru satıcıyı/sağlayıcıyı tercih etsinler. Tüketicinin mevzuata ve önceden belirlenmiş esas ve kurallara uygun hareket edebilmesi için de doğru bilgilendirilmeye ihtiyacı vardır. Tüketicinin mevzuata, esas ve kurallara uygun şekilde değerlendirme yapmış olması yalnızca diğer tüketicilerin değil aynı zamanda hakkında değerlendirme yaptığı kişinin de yararınadır. Konu, hukukun pek çok dalını, hatta yalnızca hukuk alanını değil, tüketici davranışları açısından pek çok disiplini ilgilendirmektedir.

KAYNAKÇA

Akipek, J. G., Akıntürk, T. ve Ateş, D. (2015). Türk Medenî Hukuku (Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku). B. 12. C. 1. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım.

Antalya, O. G. ve Topuz, M. (2021). Antalya, O. G. (Ed.). Medeni Hukuk (Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri). C. I., B. 4. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Dural, M. ve Öğüz, T. (2014). Türk Özel Hukuku. C. 2: Kişiler Hukuku. B. 15. İstanbul: Filiz Kitabevi.

Hatemi, H. (2017). Medeni Hukuk'a Giriş. B. 8. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Helvacı, S. ve Erlüle, F. (2014). Medeni Hukuk (Medeni Hukuka Giriş, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku). B. 3. İstanbul: Legal Yayıncılık.

İmre, Z. (1976). Medeni Hukuka Giriş (Temel Kavramlar, Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri ve Hakiki Şahıslar Hukuku). B. 2. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları.

Karaca Ş. ve Gümüş N. (2020). "Tüketicilerin Online Yorum ve Değerlendirme Puanlarına Yönelik Tutumlarının Online Satın Alma Davranışlarına Etkisi", Sakarya İktisat Dergisi. 9/1, 52-69, https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1010498 (ET: 01.06.2022).

Kılıçoğlu, A. M. (2016). Medeni Hukuk (Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku). Ankara: Turhan Kitabevi. (Medeni Hukuk)

Kılıçoğlu, A. (1983). "Tüzel Kişi Manevi Tazminat İstiyebilir Mi?". Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 1/1. 287-294, https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/214098 (ET: 26.06.2022).

Kırca, Ç. (1999). "Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği". Yargıtay Dergisi. 25/3. 242-270, http://www.yargitaydergisi.gov.tr/dergiler/yd/temmuz1999.pdf (ET: 26.06.2022).

Oğuzman, M. K. ve Barlas, N. (2017). Medenî Hukuk (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar). B. 23. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Oğuzman, M. K., Seliçi, Ö. ve Oktay-Özdemir, S. (2014). Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler). B. 14. İstanbul: Filiz Kitabevi.

Öztan, B. (2014). Medenî Hukuk'un Temel Kavramları. B. 39. Ankara: Turhan Kitabevi.

Serozan, R. (2015). Medeni Hukuk (Genel Bölüm, Kişiler Hukuku). B. 6. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Sirmen, L. (2013). "Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri". Yaşar Üniversitesi E-Dergisi. C. 8 (Özel). 2465-2475, https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/179490 (ET: 31.05.2022).

Taşkın, Â. (1992). "Tüzel Kişilerin Kişilik Haklarının Korunması". Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 42/1. 201-243, https://kitaplar.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/48412/2812.pdf?sequence=1&isAllowed=y (ET: 19.07.2022).

Tekinay, S. S. (1992). Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku. B. 6. İstanbul: Filiz Kitabevi.
Ticaret Bakanlığı Mevzuat Listesi. (2022). https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Kurum/24308261 adresinden erişildi. (ET: 27.06.2022)
Ticaret Bakanlığı Reklam Kurulu Kararları. (2022). https://ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari adresinden erişildi. (ET: 04.06.2022).
Tokay Argan, M. (2014). "E-Şikâyetle İlgili Tanımlayıcı Bir Çalışma: Şikâyet Forumu Olarak Bir Web Sitesinin Sosyal Ağ Analizi". İnternet Uygulamaları ve Yönetimi Dergisi, 5/1, 49-66, https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/402544 (ET: 11.06.2022).
Yargıtay Emsal Karar Arama. (2022). https://karararama.yargitay.gov.tr adresinden erişildi.
Yıldız, O. A. "Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nde Yapılan Değişikliklerin Tüketici Şikayet Platformları Açısından Getirdiği Yeni Düzenlemeler", 1-5, https://www.researchgate.net/publication/358265532_Ticari_Reklam_ve_Haksiz_Ticari_Uygulamalar_Yonetmeligi%27nde_Yapilan_Degisikliklerin_Tuketici_Sikayet_Platformlari_Acisindan_Getirdigi_Yeni_Duzenlemelerv (E.T.: 05.06.2022).

METAVERSE VE CEZA HUKUKU

Mehmet Sinan ALTUNÇ*

Özet

Metaverse terimini sanal evren olarak ifade edecek olursak, bu evrende "işlenen fiiller"in ceza hukuku bakımından değerlendirilmesi, son zamanlarda bilhassa yabancı hukuklarda yapılmaya başlamıştır. Özellikle sanal gerçeklik (veya artırılmış gerçeklik) ortamında, avatar olarak isimlendirilen ve sanal evrende insan veya insanları temsil eden simge, şekil, vb. varlıkların, yine sanal evrende gerçekleştirdikleri fiillerin ceza hukuku açısından bir değeri olup olmadığı da tartışılmaktadır. Bu yapılırken, elbette sanal evrende gerçekleştirilen fiillerin gerçek dünyada ve gerçek kişiler üzerindeki etkisi açısından ceza hukukunun gündeme gelmesi söz konusu olacaktır. Bu bağlamda, her şeyden önce, bu "fiiller"in ceza hukukunun genel prensiplerine göre ele alınması, akabinde de birtakım suçlar özelinde mütalaada bulunulmasında fayda vardır. Gerçekten de, suçun unsurlarını dikkate aldığımızda, sanal evren olarak tabir edilen ortamda gerçekleştirilen fiillerin, maddi ve manevi unsurlar ile hukuka aykırılık unsuru bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu noktada, nedensellik bağı kavramı, hukuka aykırılık unsuru bakımından, örneğin sanal evrendeki bir oyun söz konusu ise bu oyunun niteliği gibi hususlar önem arz edecektir. Bunun dışında ayrıca birtakım suçlar bakımından ortaya çıkan ve özellik arz eden meselelerin de tartışılması, konunun bütünlüğü bakımından önemlidir.

I.

Bilindiği üzere "avatar" kavramı Hinduizm kaynaklı bir kavramdır. Hinduizmde avatar, "Bir tanrının veya serbest bırakılmış bir ruhun bedensel biçimde yeryüzündeki tezahürü; vücut bulmuş ilahi bir öğretmen." anlamına gelmektedir[1].

Öte yandan, bu kavram günümüzde bambaşka bir anlamda kullanılmaktadır. Buna göre, günümüzde avatar ifadesi kullanıldığında daha ziyade, "Bir video oyununda, internet forumunda vb. belirli bir kişiyi temsil eden bir simge veya şekil." anlaşılmaktadır.

Konumuz bakımından ilk önemli olan husus, *Metaverse*'te yer alan avatarlar ile gerçek kişiler arasındaki ilişkidir. *Metaverse*'e giren kişiler, kendilerini bir avatar ile temsil ettirmektedirler. Avatar adeta sanal dünyadaki bir benliktir. Gerçek kişiler benlik duygularını adeta *Metaverse*'teki sanal benliklere yerleştirmektedirler[2]. Kişiler kendilerini temsil eden avatarlara, birtakım özellikler yüklemekte ve sanal evrende bu halleriyle yer almaktadırlar.

---

* BAU Hukuk Fakültesi, ORCID ID: 0000-0003-1079-6594

[1] https://www.lexico.com/definition/avatar (Erişim tarihi: 15.04.2022).

[2] Joshua Hansen, Virtual Indecent Assault: Time for the Criminal Law to Enter the Realm of Virtual Reality, Victoria University Wellington Law Review, 33, 2019, s. 66.

II.

Metaverse ve suç ilişkisini, öncelikle bilişim suçlarından ayırmakta fayda vardır. Bilişim suçları "verilere ve/veya bilişim sistemlerine veya sistemin/verilerin düzgün işleyişine, güvenliğine ya da bütünlüğüne karşı işlenen suçlar" olarak tanımlanmıştır[3]. Bilişim suçları daha ziyade bilişim sistemlerine yönelik işlenen fiillerdir. Bu fiiller sonucunda çoğunlukla bilişim sistemi zarar görür. Elbette bilişim sisteminin zarar görmesi ile kişilerin de zarar görmeleri söz konusu olmaktadır.

Metaverse ise sanal bir evrendir. Bilindiği üzere ilk olarak Neal Stepehenson'ın *Snow Crash* isimli eserinde geçen bu kavram, gelecekte yaygın olarak kullanlan sanal bir dünyayı, bir 21. yüzyıl distopyasını tanımlamak için yaratılmıştı ve *meta* ve *universe* kelimelerinin bir araya gelmesinden oluşmuştu[4]. Bu anlamda *Metaverse*, evrenin ötesi veya evrenin sonrası şeklinde tanımlanabilir.

Metaverse ve suç ilişkisi dendiğinde, sanal evrende, gerçek kişileri temsil eden avatarların birbirlerine karşı işledikleri fiiller söz konusu olmaktadır.

Burada inceleme konumuzun, alışageldiğimiz siber suçlardan farklı olduğunu bilhassa belirtmek gerekir. Zira siber suçlarda, bilişim sistemleri kullanılmak suretiyle gerçek veya tüzel kişilere etkisi gerçek dünyada hissedilecek zararlar verilmektedir. Hâlbuki mevcut çalışmamızda avatarlar arasında işlenen fiiller ele alınacaktır.

Bu konuda çalışmamız bakımından ele alınabilecek bir olay, Jordan Belamire isimli bir kişinin sanal gerçekliğin kullanıldığı bir oyunda başına gelenlerdir. Belamire sanal evrende yaşadıklarını internet üzerinden paylaşmıştır[5]. QuiVr isimli bu oyunda yürüyen ölüleri vuran bir okçuyu canlandıran Belamire, yazısında, hiç bu kadar gerçek hissettiren sanal gerçekliği yaşamadığını ifade etmiştir. Oyunu bir süre tek başına deneyimleyen Belamire, daha sonrasında yeni bir oyuna başlar. Bu oyun çok oyunculu moddadır ve gerçek zamanlı olarak diğer oyuncular da oyundadırlar. Belamire *BigBro442* isimli bir başka oyuncunun avatarı yanında iken, bu avatar aniden kendi avatarına döner ve eliyle avatarının önce göğsünü sonra da kasık bölgesini okşamaya başlar. Bu birkaç dakika süren olaydan sonra Belamire sanal gerçeklik gözlüğünü çıkarır. Belamire yazısında, yaşadıklarının oldukça gerçekçi geldiğini ve kendisini çok rahatsız ettiğini ifade etmiştir.

Meseleyi ceza hukuku boyutuyla ele aldığımızda, sanal evrende gerçekleşen böyle bir olayın cinsel taciz suçunu meydana getirip getirmediği tartışılabilir. Bu tartışmanın sağlıklı bir şekilde yapılabilmesi için, ceza hukuku sorumluluğuna ilişkin birtakım kuralların hatırlanmasında fayda vardır.

[3] Murat Volkan Dülger, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, 8. Baskı, Ankara, 2020, s. 75-76.
[4] Oli Welsh, The metaverse, explained, https://www.polygon.com/22959860/metaverse-explained-video-games (Erişim tarihi: 12.04.2022)
[5] Jordan Belamire, My First Virtual Reality Groping, https://medium.com/athena-talks/my-first-virtual-reality-sexual-assault-2330410b62ee (Erişim tarihi: 12.04.2022)

III.

Ceza hukuku bakımından sorumluluğun doğabilmesi için öncelikle ortada bir fiil olması gerekmektedir. Fiil, suçtan bahsedilebilmesi için gerekli ilk koşuldur[6]. Elbette burada fiilin tanımı önem kazanmaktadır. Klasik görüşe göre fiil, hareket, netice ve nedensellik bağından meydana gelmektedir. Bunlardan hareket, insandan kaynaklanan bir faaliyet; netice ise, hareketin dış dünyada meydana getirdiği değişiklik olarak nitelendirilmiştir[7].

Meseleye ilk bu açıdan baktığımızda, avatarların sanal evrende işledikleri "fiilleri" bu kapsamda kabul etmek mümkün olacak mıdır? Bu soruyu değerlendirirken, esas önemli olan hususun, avatarların gerçek kişileri temsil etmesi olduğunu dikkate almazsak, cevabımızın olumsuz olması gerekir. Diğer bir deyişle, sanal evrende işlendiği ileri sürülen fiillerin avatarlar arasında olduğunu kabul etmek, bunların dış dünyada (fiziksel dünyada) herhangi bir değişikliğe sebebiyet vermediğini de kabullenmek anlamına gelecektir. Bu nedenle, ceza hukukunun gündeme gelmesi ancak avatarlar ile gerçek kişiler arasında bir ilişki olmasına bağlıdır.

Bu anlamda yukarıda bahsettiğimiz Belamire örneğini düşünecek olursak, bir sanal gerçeklik oyunu sırasında gerçekleşen bir olayın, sadece avatarlar arasında gerçekleşmediğini, bir insanın bundan etkilendiğini, bu yüzden de ceza hukuku bakımından fiil olarak kabul edilebileceğini göz önünde tutmamız gerekir.

Bu noktada akıllara bir başka soru gelebilir. Acaba bir sanal gerçeklik oyunu sırasında ortaya çıkan fiiller ceza hukuku bakımından değerlendirilirken, o oyunun yapısı da dikkate alınmalı mıdır? Örneğin, sanal gerçeklik oyunun yapısında şiddet varsa, oyun sırasında oyuncuların birbirlerine avatarları aracılığıyla tehditler savurması, ceza hukuku bakımından suç olarak değerlendirilebilir mi? Hatta bir sanal evrende insanlar cinsel amaçla bir araya geliyorlarsa, bu ortamda insanların avatarları aracılığıyla birbirlerine cinsel içerikli sözler söylemeleri nasıl değerlendirilebilir? Kanaatimizce bu soruların cevabını verirken, spor karşılaşmalarında gerçekleşen fiiller dolayısıyla ceza sorumluluğuna ilişkin kurallar dikkate alınabilir. Nasıl ki, doğasında belli ölçüde sertlik ve şiddet barındıran spor dallarında, rakiplerin birbirlerine karşı yönelttikleri hareketler, oyun kuralları içinde olduğu sürece hukuka aykırı sayılmıyorsa; sanal gerçeklik oyununda da eğer oyunun doğasında bu saydığımız tarzda davranışlar varsa, yapılan fiilleri hukuka uygun kabul etmemiz gerekecektir[8].

Bu noktada manevi unsurun da değerlendirilmesi gereklidir. Bilindiği üzere, ceza sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için kural olarak failin kasten hareket etmiş olması gereklidir. Kast, TCK m. 21/1'de, "suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek

[6] Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara, 2021, s. 233; İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Ankara, 2021, s. 179.
[7] Demirbaş, s. 233.
[8] Jaclyn Seelagy, Virtual Violence, UCLA Law Review Discourse, 64, 2016-2017, s. 427.

ve istenerek gerçekleştirilmesi" olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla kasttan söz edebilmek için, suçun kanuni tanımındaki unsurlara nelerin dâhil olduğunu belirlemek gerekmektedir. Bu anlamda, suçun maddi konusu kastın kapsamında sayılmaktadır[9]. Bir insan, avatarı aracılığıyla bir başka insanı temsil eden avatara yönelik bir fiil gerçekleştiriyorsa, işlediği fiilin konusunu bir insanın oluşturduğunu bilmelidir. Yine daha önce verdiğimiz Belamire örneğine geri dönecek olursak, cinsel taciz suçu olarak değerlendirebileceğimiz bir fiilden söz edebilmek için, her ne kadar avatarlar arasında gerçekleşen bir olay olsa da, avatarın temsil ettiği insanın, işlediği fiilin maddi konusunu bir başka insanı oluşturduğunu bilmesi gerekmektedir.

IV

Bir önceki bölümde ceza sorumluluğuna ilişkin yaptığımız kısa değerlendirmeden sonra, sanal evrende işlenebilecek suçlar hakkında birkaç hususta söz etmek isteriz.

Tahmin edileceği üzere, kanundaki her suç sanal evrende işlenmeye uygun değildir. Bu anlamda yapıları itibariyle fiziksel temas gerektiren suçların, sanal evrende işlenmelerinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

Bu anlamda akıllara gelen ilk örnek, Belamire olayında da olduğu gibi, bedensel temas gerektirmeyen cinsel suçlardır. Türk hukuku açısından düşündüğümüzde, TCK m. 105'te düzenlenen cinsel taciz suçu bu açıdan uygun bir örnek olacaktır. Ayrıca, tehdit, hakaret, vb. suçlar da bu kapsamda sayılabilir.

Öldürme suçu bu kapsamda sayılabilir mi? Çoğu durumda bir kimsenin öldürülmesi için, o kişinin bedenine temas etmek, en azından vücut bütünlüğüne müdahale etmek gerekmektedir. Ancak bazı hallerde, kişinin vücut bütünlüğüne müdahale etmeksizin de bu suçun işlenebileceği düşünülebilir. Örneğin, kalp rahatsızlığı olan, en ufak bir stres veya heyecan halinde bu rahatsızlığının tetikleneceği bilinen bir kişinin, psikolojik olarak etkilenmesi durumunda, eğer fail bu davranışı sonucunda kişinin ölebileceğini öngörmüş ve bu neticeyi meydana getirmek amacıyla hareket etmişse veya bu neticenin meydana geleceğini dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davrandığından dolayı öngörememişse, ölüm neticesinden sorumlu olabilecektir.

Bu örneği sanal evrene uyarlarsak eğer, bir insan, avatarı aracılığıyla bir başka insanı temsil eden avatara yönelik benzer davranışlar sergilerse, mesela bu şekilde o avatarın temsil ettiği insanı korkutarak onun heyecanlanmasına sebep olursa, bilhassa sanal gerçekliğin (hatta artırılmış gerçekliğin) etkisi ile kişinin hayatını kaybetmesi durumunda, kasten veya taksirle öldürme suçundan söz edilebilecektir[10]. Hatta bu örneği yaralama suçuna da uyarlamak da mümkündür kanaatimizce. Bilhassa yaralama suçunun

[9] Demirbaş, s. 390; Mahmut Koca / İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara, 2021, s. 161.
[10] Seelagy, s. 421.

seçimlik hareketlerinden biri olan algılama yeteneğinin bozulmasına neden olmak bakımından, failin bu yolla bir başkasını yaralayabileceği de ileri sürülebilir.

V. Sonuç

Bu kısa çalışmamızda, sanal evrende avatarlar arasında işlenen fiillerin ceza hukukunda karşılık bulup bulamayacağını ele almaya çalıştık. Özellikle bir insanı temsil eden avatarın, bir başka insanı temsil eden avatara karşı işlediği fiiller sonucunda, ceza hukukunun sorumluluğa ilişkin kuralları çerçevesinde ve bilhassa bazı suçlar bakımından birtakım değerlendirmeler yaptık. Bu değerlendirmelerde, özellikle sanal gerçekliğin (veya artırılmış gerçeklik), avatarın temsil ettiği insan üzerindeki fiziksel ve psikolojik etkisinin göz ardı edilmemesi gerektiğini bir kez daha vurgulamak fayda olduğu kanaatindeyiz.

Elbette bu konu ile ilgili literatüre baktığımızda, sanal evrende gerçekleşen bu gibi olaylar karşısında ceza hukukunun uygulanmasının mümkün olmadığı görüşünde olanların da varlığını yadsıyacak değiliz. Bilhassa Belamire olayı gibi olaylarda, kişinin taktığı sanal gerçeklik gözlüğünü çıkartmak suretiyle, olayın etkisinden uzaklaşabileceği ileri sürülebilmektedir.

Ayrıca sanal evrendeki birçok eylemin konuşmadan veya ifadeden ibaret olduğu düşünüldüğünde, bunların ifade özgürlüğü kapsamında düşünülmesi gerektiği de vurgulanmaktadır[11].

Bunun dışında, yine ceza hukukunun müdahalesi olmaksızın, sanal gerçeklik oyunlarında, oyunun kurallarını ihlal edenlere yönelik oyun içi yaptırımların (puan kaybı, vb.), gerçek hayattaki yaptırımlardan daha etkili olacağı da belirtilmektedir[12]. Öte yandan, oyunların kurallarında değişikliklere gitmek suretiyle, mevcut fiillerin önüne geçilmesi yoluna da gidilebilmektedir. Nitekim Belamire örneğinde, Jordan Belamire yukarıda bahsettiğimiz yazısından 6 gün sonra (26.10.2016), yine medium.com'daki hesabından, QuiVr'nin geliştiricilerinin kendisine "şefkatli, saygılı ve anlamlı" bir cevap gönderdiklerini söylemiş ve gönderdikleri cevabın linkini paylaşmıştır[13]. Söz konusu cevapta, QuiVr'nin geliştiricileri, oyunca birtakım değişiklikler yaptıklarını ve bu suretle Belamire'nin başına gelenlerin başka oyuncuların başına gelmeyeceğini ifade etmişlerdir[14].

Sonuç olarak, *Metaverse*'te gerçekleşen fiillerin ceza hukuku yaptırımları ile karşılanması, günümüzde, okumakta olduğunuza benzer çalışmalara konu olabilir elbette. Ancak kısa süre öncesine kadar yapay zekâ ile ilgili çalışmaların da bu şekilde ele alındığı

---

[11] https://nypost.com/2022/04/10/metaverse-experts-reveal-if-you-can-murder-in-virtual-world (Erişim tarihi: 15.04.2022)

[12] Orin S. Kerr, Criminal Law in Virtual Worlds, The University of Chicago Legal Forum, 2008, s. 421.

[13] https://medium.com/@jordanbelamire/please-read-this-compassionate-respectful-and-eloquent-response-from-the-developers-of-quivr-5fdd019de399 (Erişim tarihi: 12.04.2022).

[14] https://uploadvr.com/dealing-with-harassment-in-vr (Erişim tarihi: 12.04.2022).

ve fakat büyük bir hızla hukuk dünyasında kendine yer edindiği düşünüldüğünde, benzer bir durumun *Metaverse*'te meydana gelen fiiller açısından da geçerli olacağını kim kolaylıkla inkâr edebilir ki?

HEKİMİN TIBBİ MÜDAHALESİ NEDENİYLE MEYDANA GELEN TAKSİRLE ÖLDÜRME VEYA YARALAMA SUÇLARI BAKIMINDAN BASİT TAKSİRİNİN Mİ YOKSA BİLİNÇLİ TAKSİRİNİN Mİ BULUNDUĞU MESELESİNİN YARGITAY KARARLARI ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Eylem BAŞ*

Özet

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 22. maddesinin 2. fıkrasında *"taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesi"* şeklinde tanımlanmaktadır. Bu maddenin 3. fıkrasındaysa *"kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir"*in bulunduğu belirtilmekte olup, *"bu halde taksirli suça ilişkin ceza"*nın *"üçte birden yarısına kadar artırıl"*ması söz konusu olmaktadır. Bu kapsamda bilinçli taksir halinde failin öngördüğü neticeyi istememesi, basit taksir halindeyse failin öngörülebilir nitelikteki neticeyi öngörmemesi söz konusu olmaktadır ki mahiyeti gereği bu durumda öngörülmeyen neticenin istenmesinden de bahsetmek olanaklı değildir. Basit ve bilinçli taksirle ilgili olarak TCK'nın 22. maddesi esas alındığında, hekimin taksirli bir şekilde hastanın ölümüne ya da yaralanmasına sebebiyet verdiği her bir tıbbi müdahalenin çoğu bakımından bilinçli taksirin varlığından bahsetmek gerekmektedir. Nitekim hekim, gerçekleştirdiği tıbbi müdahale sebebiyle ölüm ya da yaralanma neticesinin gerçekleşebileceğini genellikle öngörmektedir. Söz konusu durumun önüne geçebilmek adına Yargıtay bilinçli taksirden bahsedebilmek için hekimin öngörüsünün yanında bazı ek koşulların gerçekleşmesini aramaktadır. Bu kapsamda, çalışmada hekimin tıbbi müdahalesi nedeniyle meydana gelen taksirle öldürme veya yaralama suçları bakımından basit taksirinin mi yoksa bilinçli taksirinin mi bulunduğu meselesi Yargıtay'ın kararları çerçevesinde incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Hekimin Tıbbi Müdahalesi, Taksirle Öldürme Suçu, Taksirle Yaralama Suçu, Basit Taksir, Bilinçli Taksir

GİRİŞ

Tıbbi müdahalelerle ilgili olarak dikkatli ve özenli olma yükümlülüğü, tıp mesleğinin ve sanatının kurallarından kaynaklanmaktadır.[1] Bu kapsamda hekim

* Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Elemanı, (e-posta: eylem.bas@ogu.edu.tr) ORCID: 0000-0002-3400-2042

[1] *"Devlet hastanesinde kadın doğum uzmanı hekim olarak görev yapan sanığın… Oluş ve kabuldeki gibi, tıp bilimi ve mesleği kurallarına aykırı olarak, doğum için gereken tıbbi müdahalede geç kalınmasının dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali biçiminde gerçekleşmesi durumunda eylemin manevi unsurunun taksir olacağı nazara*

tarafından gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerin söz konusu kurallara[2] uygun olarak gerçekleştirilmesi gereklidir.[3] Şayet bu kurallara geçerli bir mazeret bulunmaksızın dikkatsizlik ve özensizlik sonucu uyulmamışsa, hekimin taksirli sorumluluğu gündeme gelebilir.[4] Söz konusu durum davranış kuralına uymanın failden beklenebilir olmasını gerektirmektedir.[5] Bizatihi davranış kuralına uymama ise taksirli sorumluluk için yeterli

---

alındığında; Bir gece önce 02:00'de başlayan doğumun normal yolla gerçekleşmemesi ve müdahalede gecikilmesi nedeniyle saat 20:30 sıralarında katılan annenin rahatsızlığının da artması sebebiyle sanığa durumun bildirildiği, başka bir deyişle doğum için gereken tıbbi müdahalede geç kalınmasının annenin sağlığını olumsuz etkilemesi dolayısıyla ihmali davranışla anneye karşı taksirle yaralama suçunun meydana geleceği, ayrıca kanunda, taksirli fiilin, "gebe bir kadının çocuğunun düşmesine" neden olmasının taksirle yaralama suçunun nitelikli şeklini oluşturacağının öngörülmesi ve anılan hükümle analık hakkı yanında fetüsün (ceninin) varlığının da korunması karşısında, suçun tamamlanması için ana rahminden çıkartılması zorunlu olmayıp, ceninin ana karnında ölümüne neden olunması fiilleri de hukuki anlamda 'düşük' olarak niteleneceğinden, eylemin TCK'nın 89. maddesinin 3. fıkrasının (e) bendi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinin gözetilmemesi" Y. 4. CD. E. 2011/17412 K. 2013/6986 T. 12.3.2013 (www.kazanci.com) (ET:20.05.2022)

[2] Nitekim toplum içinde güvenli bir şekilde yaşayabilmek için sağlık hizmetlerinin yürütülmesiyle ilgili olarak hekimlerin dikkatli ve özenli şekilde davranabilmelerini sağlamak adına davranış kuralları bulunmaktadır. TCK'nın 22. maddesinin gerekçesi için bkz. Şahin, C. ve Özgenç, İ. (2005). Türk Ceza Hukuku Gazi Külliyatı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 115.

[3] *"Dosya içeriği ve Adli Tıp Kurumu 3. Adli Tıp İhtisas Kurulunun 27.6.2008 tarih ve 5035 karar numaralı raporuna göre, mağdur hasta M. Ö. U.'ın, sol testisinde ağrı olması sebebiyle ailesi tarafından getirildiği Kırıkkale Yüksek İhtisas Hastanesi acil servisinde yapılan muayenesi sonrası, pratisyen hekim D. Türkyılmaz'ın genel cerrahi uzmanından konsültasyon istediği, genel cerrahi uzmanı sanık Dr. M. Adıbelli'nin, testis ultrasonografisini yaptırmadığı gibi, testis torsiyonu gibi akut bir tabloyu zamanında teşhis edemeyip, orşit ön tanısı ile mağdur hastaya antibiyotik yazılmasını tavsiye ettiği, mağdur hastada yanlış teşhis sebebiyle uygulanan tedaviden bir netice alınmadığı gibi, mağdurun testisini kaybederek organlarından birinin işlevini yitirdiği, mağdur hastasının zarar görmemesi için mesleki tüm şartları yerine getirmek, tıbbi açıdan zamanında teşhis koyup, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak ve uygun tedavi yöntemlerini uygulamak zorunda olan genel cerrahi uzmanı sanık doktorun, mesleğinin gerektirdiği objektif özen ve dikkat yükümlülüğünü yerine getirmemek suretiyle mağdurun yaralanmasına neden olduğu anlaşılmakla; mağdurda meydana gelen testis kaybının, çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına yol açıp açmadığına dair rapor alınarak, sanığın sabit olan taksirle yaralama suçundan mahkumiyetine karar verilmesi gerekirken,"* Y. 12. C. E. 2012/1415 K. 2012/21130 T. 9.10.2012 (www.kazanci.com) (ET:20.05.2022)

[4] Gökcan, H. T. (2013). Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 488, dp. 89.

[5] *"Safra kesesinde taş bulunan ölenin özel hastanede genel cerrah olarak görev yapan sanık tarafından laparoskopik yöntemle kapalı olarak başlanan, ancak dokuların yapışık olması ve iyi görüntü alınamaması sebebiyle açığa dönülerek gerçekleştirilen ameliyatı sırasında, hastanede bulunan görüntüleme cihazının kullanılmaması, Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu raporunda bu tür ameliyatlarda anılan cihazın kullanılmasının iyi olacağının belirtilmesi, Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulunca da ölüm nedeninin, "kolesistektomi esnasındaki safra kanalı yaralanması sonucu tanı amacıyla yapılan ercp uygulaması sonrası gelişen gastrointestinal sistem kanamasına bağlı hipovolemiyle perfüzyon bozukluğu ve komplikasyonları" olduğunun tespit edilmesi karşısında ölüm olayında temel olgunun sanık tarafından yapılan ameliyat esnasındaki koledok kanalı kesisi olduğunun kabul edilmesi gerektiği, ilk ameliyatta görev yapan tanıkların, sanığın ameliyata laparoskopik yöntemle kapalı olarak başladığını, ancak ilerleyen süreçte dokuların yapışık bulunması ve iyi bir görüntü sağlanamaması sebebiyle risk almak istemediğini belirterek açık ameliyata geçildiğini beyan etmeleri, sanığın da öleni İbni Sina Hastanesine sevk ederken düzenlemiş olduğu epikriz raporunda, "safra kesesine iki adet kanalın açıldığını, lucka kanalı olabileceğini düşündüğü kanalı kestiğini" belirtmesi, Ankara İl Sağlık Müdürlüğünce yürütülen idari soruşturma aşamasında düzenlenen raporda, "bu tür vakalarda üst ucun bazen çok ince olabileceğini akla getirip, gerekirse keseyi açıp içinden bir stent sokarak, kontrol ederek, yahut o kanala hiç dokunmadan kesenin yarım çıkarılmasıyla yetinmemiştir" belirlemesine yer verilmesi, bu tespitten sanığın lucka kanalı olduğunu değerlendirerek kestiği kanalın aslında koledok olduğu ve görüntüleme cihazının kullanılması halinde bu durumun anlaşılabileceği, İbni Sina Hastanesindeki 2. ameliyatı gerçekleştiren Prof. Dr. N. E. ve Prof. Dr. S. E.'ün, "sanığın ilk ameliyat esnasında hata yaptığını ve kesilmemesi gereken bir bölümü kestiğini fark edip kendilerini aradığı" şeklindeki beyanları, Genel Cerrahi Uzmanı Prof. Dr. T. T., Gastroenteroloji Uzmanı Prof. Dr.K. B. ve Adli Tıp Uzmanı Dr. T. Y.'dan oluşturulan bilirkişi heyeti raporunda da; "operasyon esnasında mirizzi sendromu sebebiyle koledok kanalı yaralanması oluştuğu, bu durumun laparoskopik kolesistektomi ameliyatlarında görülebilecek bir*

değildir. Aksinin kabulü objektif sorumluluğa neden olur. Bu nedenle kişi, davranış kuralına uyması mümkün olmasına karşın uymadığı için kınanmaktadır.[6]

Hekimin tıbbi müdahalesi nedeniyle taksirle hastasının *"ölümüne neden ol*"ması halinde TCK'nın 85. maddesinde düzenlenen *"taksirle öldürme"; "vücuduna acı ver"*mesine *"veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden"* olması halindeyse TCK'nın 89. maddesinde düzenlenen *"taksirle yaralama"* suçu söz konusudur. Hem basit hem de bilinçli taksirde, netice istenmemektedir. Ancak basit taksirden farklı olarak bilinçli taksirde netice öngörüldü için cezanın daha fazla verilmesi gerektiğinden[7] hekimin basit taksirinin mi yoksa bilinçli taksirinin bulunduğu belirlenmelidir.[8] Failin neticeyi öngörmesine karşın tehlikeli davranışı gerçekleştirmekten vazgeçmiyor oluşu dikkatsizliğin ve de tedbirsizliğin daha fazla olduğu anlamına gelmektedir.[9]

Hekim hakkında hükmolunan uzun süreli hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesinin mümkün olup olmadığı bakımından da hekimin basit taksirinin mi yoksa bilinçli taksirinin mi bulunduğunun tespit edilmesi gereklidir. Zira TCK'nın 50. maddesinin 4. fıkrasına göre basit *"taksirli suçlardan dolayı hükmolunan hapis cezası uzun süreli de olsa; bu ceza, diğer koşulların varlığı halinde,… adlî para cezasına çevrilebilir. Ancak, bu hüküm, bilinçli taksir halinde uygulanmaz."*[10] Yine taksirle

komplikasyon olduğu, ameliyat esnasında operatörün uygulayabileceği intraoperatif kolanjiografi gibi bir görüntüleme yönteminin bu yaralanmayı gösterebileceği" açıklaması karşısında; sanığın, kendi bilgi ve tecrübesine güvenip, hastanede bulunan kolanjiografi görüntüleme cihazını kullanmayarak laparoskopik yöntemle kapalı olarak başladığı, ancak yeterli görüntü alınamaması sebebiyle açık şekilde gerçekleştirdiği ameliyat esnasında, gerekli dikkat ve özeni göstermeyerek koledok kanalını lucka kanalı zannedip kesmesi neticesinde gelişen komplikasyonlar sonucu meydana gelen ölüm olayında kusurlu olduğunun kabulünde zorunluluk bulunmaktadır. Bu itibarla, sanığın taksirle öldürme suçundan cezalandırılması yerine kanıtlara ve dosya içeriğine uygun olmayan gerekçeyle beraatına karar veren yerel mahkeme hükmü ile bu hükmü onayan Özel Daire kararı isabetli bulunmadığından, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabulüne, Özel Daire onama kararının kaldırılmasına ve yerel mahkeme hükmünün BOZULMASINA karar verilmelidir." YCGK E. 2011/12-578 K. 2012/43 T. 14.2.2012 (www.kazanci.com) (ET:20.05.2022)

[6] Toroslu N. ve Toroslu, H. (2021). Ceza Hukuku Genel Kısım. Ankara: Savaş Yayınevi, s. 240-242.

[7] Dönmezer, S. ve Erman, S. (1983). Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt: II. İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 285-286.

[8] Bilinçli taksir halinde cezanın daha fazla verilmesinin *"taksirli suçları önlemek bakımından caydırıcı etki yapaca"*ğı *"ve suçların önlenmesinde yarar sağlayaca"*ğı TCK'nın 22. maddesinde gerekçesinde belirtilmiştir. TCK'nın 22. maddesinin gerekçesi için bkz. Şahin ve Özgenç, s. 115-117. *"Katılanın gebeliğinin normal süresi geçtikten sonra doğum yapmak amacıyla, sanığın çalıştığı Özel…. Kadın Doğum Dalı Merkezi'ne geldiği, burada sanık doktorca muayenesi yapıldıktan sonra, yüksek tansiyonunun düşürülmeye çalışılması amacıyla serum takılıp ilaç verildiği, sanığın hastaneden geçici olarak ayrılması sonrası ani gelişen doğum sırasında, katılanın bebeğinin ölü olarak dünyaya geldiği ve katılandaki uteris anatosi sonucu uterisinin alınması şeklinde gerçekleşen olayda, sanığın bilinçli taksirle hareket ettiğine dair delil bulunmamasına rağmen, mahkemece bilinçli taksirle hareket ettiğinin kabulü ie fazla ceza tayini"* (Y. 12. CD. E. 2011/22800 K. 2012/16585 T. 2.7.2012 (Er, A., Topaç, Ö. ve Kaygusuz, S. (2021). Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Hukuki Cezai ve İdari Sorumluluk. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 1126)

[9] İçel, K. (1967). Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, s. 195.

[10] *"5237 sayılı TCK'nun 50/4. maddesi uyarınca, bilinçli taksirle işlenen suçlardan dolayı hükmolunan uzun süreli hapis cezasının adli para cezasına dönüştürülemeyeceğinin gözetilmemesi,"* Y. 1. CD. E. 2014/4455 K. 2014/4478 T. 15.10.2014 (www.kazanci.com) (ET:20.05.2022)

yaralama suçunun[11] daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli halleri bakımından bu belirleme suçun takibinin ne şekilde gerçekleşeceğiyle ilgili olarak da önem arz etmektedir. Zira TCK'nın 89. maddesinin 5. fıkrası uyarınca 89. maddenin 1. fıkrası hariç olmak üzere bilinçli taksirle işlenen yaralama suçu re'sen takip edilirken; basit taksirle işlenen TCK'nın 89. maddesindeki tüm haller bakımından şikâyet muhakeme şartı olarak öngörülmektedir.[12] Ayrıca her ne kadar sınırlı bir uygulama alanı bulmaktaysa da TCK'nın 22. maddesinin 6. fıkrası uyarınca basit taksirle öldürme ya da yaralama suçunun işlendiği haller, münhasıran hekimin "*kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa"* hekime *"ceza verilme*"mekteyken, "*bilinçli taksir halinde verilecek ceza yarıdan altıda bire kadar indirilebil*"mektedir.

Bu kapsamda, çalışmada ilk önce basit ve bilinçli taksir ayrımına yer verilerek, ayrıksı durum oluşturan komplikasyona da değinilerek hekimin tıbbi müdahalesi

[11] Tıp ceza hukukunda en çok karşı karşıya kalınan suç tipini taksirle yaralama suçu oluşturmaktadır. Bkz. Taşcan, İ. ve Çalışkan, S. (2018). Tıbbi Uygulama Hataları ve Hekim Suçları. İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Yayınevi, s. 570.

[12] "Diş hekimi olan sanık tarafından katılana 2009 yılının temmuz ayında diş tedavisine başlandığı, 1 yıl tedaviye devam edildiği, katılanın dişindeki hassasiyetinin olması nedeni ile 2011 yılının mayıs ayında Devlet Hastanesi Ağız ve Diş Sağlığı Bölümüne gittiğinde yanlış tedavi uygulandığını öğrenmesi üzerine 17.05.2011 tarihli dilekçeyle Antalya Diş Hekimleri Odasına şikayette bulunduğu, 01.06.2011 tarihli cevabi yazı ile tedavinin yanlış olduğunun belirtildiği, 18.10.2011 havale tarihli dilekçeyle şikayette bulunduğu anlaşılmakla, sanığa atılı taksirle yaralama suçu TCK'nın 89. maddesinde hükme bağlanmış olup, aynı maddenin 5. fıkrası gereğince maddenin 1. fıkrası kapsamı dışında bulunan bilinçli taksir hali hariç taksirle yaralama suçunun şikayete tabi olduğu ve TCK'nın 73/1. maddesinde şikayet süresi 6 ay olarak düzenlenmiş ve aynı maddenin 2. fıkrasında ise şikayet süresinin şikayet hakkı olan kişinin fiili ve failini öğrenmeden itibaren başlayacağı düzenlenmiştir. Bu durumda katılanın 01.06.2011 tarihinde fiil ve failden haberdar olduğunun kabulü gerektiği ve bu tarih itibariyle 6 aylık şikayet süresinin henüz dolmamış olduğunun kabulüyle yargılamaya devam edilerek sanığın hukuki durumunun tayin ve tespiti yerine, mahkemece şikayetin süresinde yapılmadığının kabulüyle davanın düşmesine karar verilmesi," Y. 12. CD. E. 2014/18542 K. 2015/9916 T. 4.6.2015; "Hastanesinde 08.07.2009 tarihinde, katılanın, beyin cerrahı olan doktor sanık ... tarafından bel ve bacak ağrıları sebebiyle ameliyat edildiği, katılan vekili, 07.06.2010 tarihli dilekçesiyle, yapılan ameliyatın hatalı olması sebebiyle müvekkilinin % 64 oranında malul kaldığını ve bu sebeple ameliyatı yapan sanık doktor ile sorumluluğu tespit edilecek diğer hastane personelinden şikayetçi olduklarını iddia etmiş, bu iddia üzerine Cumhuriyet Başsavcılığı; iddia olunan eylemin takibi şikayete bağlı taksirle yaralama suçu kapsamında bulunduğu ve 6 aylık yasal şikayet süresinin dolmasından sonra şikayetçi olunduğu gerekçesiyle 23.06.2010 tarihli kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmiş, verilen bu karara yapılan itiraz üzerine inceleme merci olan ... Ağır Ceza Mahkemesi 2010/1196 D.iş sayılı ve de 26.08.2010 tarihli kararı ile iddia olunan eylemlerin bilinçli taksirle işlenme ihtimaline binaen 5237 Sayılı Kanun'un 89/5. maddesi gereğince itirazın kabulüne karar verilmesi üzerine incelemeye konu dava açılmış ise de, Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, katılan vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine, ancak; SONUÇ : Bilinçli taksirle işlenmediği anlaşılan sanıklara atılı taksirle yaralama suçunun 5237 Sayılı TCK'nın 89/5. maddesi uyarınca takibinin şikayete tabi olduğu, şikayet süresinin de TCK'nın 73/1. maddesi uyarınca 6 ay olduğu, 08.07.2009 tarihinde yapılan ameliyat nedeniyle, katılan vekili, katılanın % 64 oranında özürlü kaldığı iddiasıyla, 07.06.2010 tarihli dilekçeyle şikayette bulunmuş ise de, dosya içerisinde mevcut, katılana ait, ...Hatanesi'nin 03.11.2009 tarihli özürlü sağlık kurulu raporu doğrultusunda, öğrenme tarihinin 03.11.2009 tarihi olduğunun kabulü karşısında da, yasal 6 aylık süre geçtikten sonra tespit edildiği anlaşıldığından, yasal süresinde yapılmayan şikayet nedeni ile, davanın, TCK'nın 73 ve 5271 Sayılı CMK'nın 223/8. maddeleri uyarınca düşmesine karar verilmesi gerektiği gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm tesis edilmesi, Kanuna aykırı olup, katılan vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden hükmün bu sebeplerden dolayı 5320 Sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca halen uygulanmakta olan 1412 Sayılı CMUK'un 321. maddesi gereğince isteme aykırı olarak BOZULMASINA, 17.06.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi." Y. 12. CD. E. 2014/19664 K. 2015/11001 T. 17.6.2015 (www.kazanci.com) (ET:20.05.2022)

nedeniyle meydana gelen taksirle öldürme veya yaralama suçları bakımından basit taksirinin mi yoksa bilinçli taksirinin mi bulunduğu meselesi Yargıtay'ın kararları çerçevesinde incelenecektir.

I. BASİT TAKSİR-BİLİNÇLİ TAKSİR AYRIMI

TCK'nın 22. maddesi "taksir"[13] başlığını taşımaktadır. Öğretideyse taksir kendi içinde basit ve bilinçli olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.[14] TCK'nın 22. maddenin 2. fıkrasında esasında basit taksirin tanımlandığı buna karşın yalnızca "taksir" ifadesine yer verilmesinin sorunlu olduğu bu nedenle de söz konusu ifadenin "basit taksir" şeklinde değiştirilmesinin gerektiği haklı olarak belirtilmektedir.[15] TCK'nın söz konusu tercihi, basit ve bilinçli taksir şeklinde bir ayrımın esasında bulunmadığı, taksir ve bilinçli taksir şeklinde bir ayrımın bulunduğu şeklinde bir kabulün benimsenmesini olanaklı kılacak niteliktedir. Nitekim Yargıtay'ın kararlarına da bakıldığında her ne kadar önüne gelen somut olayla ilgili olarak teorik çerçeveyi açıklarken basit ve bilinçli şeklinde bir ayrıma gittiği görülmekteyse[16] de sonuç olarak basit taksirin söz konusu olduğu hallerde "basit"

[13] "Taksir", Türk Dil Kurumu'nun sözlüğünde *"kısaltma, kısma, kusurda bulunma, dikkatsizlik, tedbirsizlik, meslekte acemilik veya düzene, buyruklara ve talimata uymazlıktan doğan kusurlu olma durumu"* şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. Türk Dil Kurumu. (2011). Türkçe Sözlük. Ankara: Türk Dil Kurumu Yayınları, s. 2252-2253.

[14] Hafızoğulları, Z. ve Özen, M. (2019). Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara: U S-A Yayıncılık, s. 276. Basit taksir için öğretide normal (bkz. Gökcan, s. 502; Yiğit, s. 126), adi (bkz. Özgenç, İ. (2021). Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 287), bilinçsiz (bkz. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., s. 397; Öztürk, B. ve Erdem, M. R. (2021). Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 453; Demirbaş, T. (2021). Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 423; Toroslu/Toroslu, s. 247; Akbulut, B. (2020). Türk Ceza Hukuku Temel Bilgiler, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 181; Soyaslan, D. (2012). Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 444; Yiğit, O. (2013), Yargıtay Kararları Işığında Bilinçli Taksir Kavramı ve Unsurları, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Cilt 0, Sayı 2, s. 124), şuursuz (İçel, s. 24); bilinçli taksir içinse şuurlu (bkz. Gökcan, s. 502; İçel, s. 24), öngörülü (Zafer, H. (2013). Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş, s. 279; Toroslu ve Toroslu, s. 247; Katoğlu, T. (2021). Ceza Hukuku Bakımından Tıbbi Faaliyetlerin Hukuka Uygunluğu ve Hekimin Cezai Sorumluluğu. Sağlık ve Tıp Hukuku Alanında Sorumluluk ve İnsan Hakları, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 413) taksir ifadelerinin de kullanıldığı görülmektedir.

[15] Aynı sorun TCK'nın 22. maddesinin 6. fıkrasının 1. cümlesi bakımından da söz konusudur. Bkz. Keçelioğlu, E. (2009). 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Kasıt ve Taksire İlişkin Maddelerine Eleştirel Bir Yaklaşım". TBBD, Sayı 83, s. 131, 134. Bir diğer öneri ise basit ve bilinçli taksirin ortak özelliklerini içeren taksir tanımının yapılması ve bu kapsamda *"neticenin öngörülememiş olması veya öngörülmüş olsa bile istenmemiş olması"* ifadesinin kullanılması daha sonra ise iki ayrı taksir türünü birbirinden ayırt eden unsurlara yer verilmesi gerektiği şeklindedir. Bkz. Hafızoğulları ve Özen, s. 265. TCK'da bilinçli taksir ve hatta olası kast şeklinde bir düzenlemeye yer verilmemesi gerektiği bu kapsamda hâkime kusurun şekli uyarınca alt ve üst sınırlar arasında ceza verebilme imkanının tanınması gerektiği yönünde bkz. Özbek, V. Ö., Doğan, K. ve Bacaksız, P. (2021). Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 494.

[16] *"Taksir, 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 22/1. maddesinde olduğu üzere, fail tarafından öngörülebilir olan neticenin öngörülememesi şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, 22. maddenin 2. fıkrasında belirtildiği üzere, neticenin öngörüldüğü halde istenmemesi şeklinde de ortaya çıkabilir. Birinci halde taksir (basit taksir - bilinçsiz taksir), ikinci halde ise bilinçli taksir (öngörülü taksir) söz konusu olur. Taksirin bu iki çeşidini birbirinden ayıran temel özellik, öngörme kavramında kendini gösterir. Neticenin öngörülmesi kavramı ile murat edilen, neticenin fail tarafından, hareketin yapıldığı zaman ve koşullara göre tahmin edilebilmesidir. Bilinçli taksirde, neticenin gerçekleşmesini istemeyen fail, hareketinin tipe uygun, hukuka aykırı bir sonuca neden olabileceğini öngörmesine rağmen, hareketine devam ederek neticeyi meydana getirmektedir. Hukuka aykırı neticeyi öngördüğü halde gerçekleşmeyeceğine güvenen ve bu güvenle hareketini sürdüren failin söz konusu güveninin dayanağı, talih, bilgi, yetenek, deneyim vb. gibi çeşitli etkenler olabilir."* YCGK E. 2007/9-275 K. 2008/49 T. 11.3.2008 (www.kazanci.com) (ET:20.05.2022)

ifadesine yer vermeksizin ya taksirle öldürme[17] ya da yaralama,[18] bilinçli taksirin söz konusu hallerdeyse bilinçli taksirle öldürme[19] ya da yaralama[20] suçunun işlendiğinin belirtildiği görülmektedir. Ancak çalışmada öğretide yer alan ayrım dikkate alınmak suretiyle basit ve bilinçli taksir kavramları kullanılmıştır.

[17] *"Safra kesesinde taş bulunan ölenin özel hastanede genel cerrah olarak görev yapan sanık tarafından laparoskopik yöntemle kapalı olarak başlanan, ancak dokuların yapışık olması ve iyi görüntü alınamaması sebebiyle açığa dönülerek gerçekleştirilen ameliyatı sırasında, hastanede bulunan görüntüleme cihazının kullanılmaması, Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu raporunda bu tür ameliyatlarda anılan cihazın kullanılmasının iyi olacağının belirtilmesi, Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulunca da ölüm nedeninin, "kolesistektomi esnasındaki safra kanalı yaralanması sonucu tanı amacıyla yapılan ercp uygulaması sonrası gelişen gastrointestinal sistem kanamasına bağlı hipovolemiyle perfüzyon bozukluğu ve komplikasyonları" olduğunun tespit edilmesi karşısında ölüm olayında temel olgunun sanık tarafından yapılan ameliyat esnasındaki koledok kanalı kesisi olduğunun kabul edilmesi gerektiği, ilk ameliyatta görev yapan tanıkların, sanığın ameliyata laparoskopik yöntemle kapalı olarak başladığını, ancak ilerleyen süreçte dokuların yapışık bulunması ve iyi bir görüntü sağlanamaması sebebiyle risk almak istemediğini belirterek açık ameliyata geçildiğini beyan etmeleri, sanığın da öleni İbni Sina Hastanesine sevk ederken düzenlemiş olduğu epikriz raporunda, "safra kesesine iki adet kanalın açıldığını, lucka kanalı olabileceğini düşündüğü kanalı kestiğini" belirtmesi, Ankara İl Sağlık Müdürlüğünce yürütülen idari soruşturma aşamasında düzenlenen raporda, "bu tür vakalarda üst ucun bazen çok ince olabileceğini akla getirip, gerekirse keseyi açıp içinden bir stent sokarak, kontrol ederek, yahut o kanala hiç dokunmadan kesenin yarım çıkarılmasıyla yetinmemiştir" belirlemesine yer verilmesi, bu tespitten sanığın lucka kanalı olduğunu değerlendirerek kestiği kanalın aslında koledok olduğu ve görüntüleme cihazının kullanılması halinde bu durumun anlaşılabileceği, İbni Sina Hastanesindeki 2. ameliyatı gerçekleştiren Prof. Dr. N. E. ve Prof. Dr. S. E.'ün, "sanığın ilk ameliyat esnasında hata yaptığını ve kesilmemesi gereken bir bölümü kestiğini fark edip kendilerini aradığı" şeklindeki beyanları, Genel Cerrahi Uzmanı Prof. Dr. T. T., Gastroenteroloji Uzmanı Prof. Dr.K. B. ve Adli Tıp Uzmanı Dr. T. Y.'dan oluşturulan bilirkişi heyeti raporunda da; "operasyon esnasında mirizzi sendromu sebebiyle koledok kanalı yaralanması oluştuğu, bu durumun laparoskopik kolesistektomi ameliyatlarında görülebilecek bir komplikasyon olduğu, ameliyat esnasında operatörün uygulayabileceği intraoperatif kolanjiografi gibi bir görüntüleme yönteminin bu yaralanmayı gösterebileceği" açıklaması karşısında; sanığın, kendi bilgi ve tecrübesine güvenip, hastanede bulunan kolanjiografi görüntüleme cihazını kullanmayarak laparoskopik yöntemle kapalı olarak başladığı, ancak yeterli görüntü alınamaması sebebiyle açık şekilde gerçekleştirdiği ameliyat esnasında, gerekli dikkat ve özeni göstermeyerek koledok kanalını lucka kanalı zannedip kesmesi neticesinde gelişen komplikasyonlar sonucu meydana gelen ölüm olayında kusurlu olduğunun kabulünde zorunluluk bulunmaktadır. Bu itibarla, sanığın taksirle öldürme suçundan cezalandırılması yerine kanıtlara ve dosya içeriğine uygun olmayan gerekçeyle beraatına karar veren yerel mahkeme hükmü ile bu hükmü onayan Özel Daire kararı isabetli bulunmadığından, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabulüne, Özel Daire onama kararının kaldırılmasına ve yerel mahkeme hükmünün BOZULMASINA karar verilmelidir."* YCGK E. 2011/12-578 K. 2012/43 T. 14.2.2012 (www.kazanci.com) (ET:20.05.2022)

[18] *"Vakıf Gureba Hastanesinde doktor olarak görev yapan sanığın 18.03.2008 tarihinde katılanın bir şikayeti ile ilgili ameliyatını yaptığı sırada katılanın batında cerrahi mala unutulması ve daha sonra katılanın şikayetleri üzerine yeniden ameliyat olmasına sebebiyet vermesi şeklindeki eyleminin taksirle yaralama suçunu oluşturduğu, hukuki durumunun buna göre takdir ve tayini gerektiği gözetilmeden suç vasfında yanılgıya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması,"* Y. 9. CD. E. 2020/3991 K. 2020/120 T. 17.03.2020 (www.kazanci.com) (ET:20.05.2022)

[19] “Olay tarihinde ölenin ...Komutanlığı Slh.Eğitim Tabur Komutanlığı emrinde acemi er olup yemin töreni sonrası 26.03.2011 günü başvurduğu...Tıp Merkezi'nde dahiliye uzmanı temyiz dışı sanık .... tarafından muayene edilerek akut bronşit tanısı konulup reçetesinin yazıldığı, öleni babası... askeri birliğe teslim etmek üzere götürdüğünde bölük komutanı... ile görüştükleri, bölük komutanının pazartesi günü revire çıkarak tedavi sonuçlarını onaylatmasını istediği, ölen ... babasına aktardığına göre pazartesi günü revire çıkıp muayene olduğu ve kendisine 10 tane iğne verildiği, tabur reviri enjeksiyon takip defterinin tetkikinde 28/03/2011 günü saat 09:08'de ve saat 16:47'de, 29/03/2011 günü saat 08:32'de, 01/04/2011 günü saat 09:56'da egizolin enjeksiyonun sanık tabip asteğmen ... kaşe ve parafı ile yapıldığı, ... hastalığının ilerlemesi sebebiyle 06/04/2011 tarihinde birlik revirinde tabip binbaşı ... tarafından muayene edildiği, ölenin durumunun kötü olması ve sesinin kısık çıkması sebebiyle şikayetlerini yanında bulunan arkadaşı ... dile getirdiği, şikayetlerinin “gece uyurken kabus gördüğü, göğsünün çok ağrıdığı, nefes alırken çok zorlandığı” şeklinde olduğu, bu sebeple tabip binbaşı ... tarafından ..... Hastanesi Psikiyatri Polikliniğine sevk edildiği, psikiyatri doktorunun uygun görmesi halinde ise kulak burun boğaz polikliniğine sevk edilmesinin anlatıldığı, 06.04.2011 günü psikiyatri uzmanı tabip asteğmen... tarafından yapılan muayenesinde uyku bozukluğu tanısı ile bir gün sonra kıta anket formu doldurup tekrar gelmesinin söylendiği, ölenin 07.04.2011 günü saat 8.30 civarında nefes darlığı şikayeti ile revire geldiğinde TA 80/60,Nabız 160/dak olduğu Dekort ve Avil ampül yapılarak, sevk edildiği Sivas Asker Hastanesi Acil servisine getirildiğinde güçlükle yürüyüp zor nefes aldığı, nabzının zor alındığı, şuurunun kapandığı, saat 09.16'da CPR uygulandığı, yanıt alınamadığı, 112 ambulansı ile CPR uygulanarak sevk edildiği, Sivas Numune Hastanesine getirildiğinde eks olduğu bildirilen ... hakkında düzenlenmiş adli ve tıbbi belgelerin tetkikinde; otopsi bulgularına göre kişinin ölümünün abseleşen lobüler pnömoni sonucu meydana gelmiş olduğu, 26.03.2011 günü ... Tıp Merkezinde doktor ... muayene olup akut bronşit tanısı ile reçetesi yazıldıktan sonra birlik revirindeki enjeksiyon kayıt defteri incelenmesine göre, kişiye 3 kez Egilozin enjeksiyonu yapıldığı anlaşılmış olup Egizolin'in etken maddelerinin sefazolin içerikli antibiyotik olduğu, akciğer enfeksiyonu hastalıklarında birinci tercih edilecek ilaç olmadığı, 28.03.2011 tarihinde ölenin sivil hastanede verilen tedavisini onaylatmak için tabur revirine başvurduğunda revir görevli tabibinin sanık doktor ... olduğu sanığın 22.11.2010-05.04.2011 tarihleri arasında revirde nöbetçi tabip olarak çalıştığı, ölene yapılan enjeksiyonların enjeksiyon defterinde kaydında da sanığın kaşesinin bulunduğu,ölenin babası ile bölük komutanı... beyanlarına göre dışarıdan getirilen ilaçları erlerin dolaplarında bulunduramaması sebebiyle ilaçların revire teslim edildiği, ölene 10 adet iğne verilmesine rağmen 3 kez enjeksiyon yapıldığı, tedavinin yeterince takip edilmemesi sebebiyle durumun ağırlaştığı, sanığın 05.04.2011 tarihine kadar da revir nöbetçi doktoru olması karşısında sanığın tedavisinde ve hastalığın takibinde eksiklik bulunduğu gibi, 06.04.2011 tarihinde doktor ... tarafından muayene edilmeksizin psikiyatri servisine sevki ile ihtiyaç duyulduğunda kulak burun boğaz servisine sevk edilmesinin uygun olduğu şeklindeki sevkinden sonra psikiyatri hekimi... genel durumu bozuk olan hastayı uygun bir kliniğe yönlendirmemesinin eksiklik olduğu , sanıkların kusurlu hareketleri sonucu ölüm olayı ile kusurlu hareketler arasında illiyet bağı bulunduğu anlaşıldığından tebliğnamede bozma öneren görüşe iştirak edilmemiştir. SONUÇ : Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, sanık ... müdafiinin; kusura, ölüm olayı ile sanığın eylemi arasında illiyet rabıtası bulunmadığına, sanık... müdafiinin ise; kusura, beraat kararı verilmesi gerektiğine, katılan vekilinin ise ceza miktarına ve bilinçli taksirin şartlarının gerçekleştiğine dair temyiz itirazlarının reddi ile hükmün isteme aykırı olarak ONANMASINA, 25.06.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” Y. 12. CD. E. 2014/19953 K. 2015/11961 T. 25.6.2015; “Sanık hakkında maktul İ.'ı bilinçli taksirle öldürme suçundan kurulan hüküm yönünden; Oluşa ve dosya içeriğine göre, maktul İ.'a 29.3.2006 tarihinde özel bir hastanede yapılan koroner anjiografi sonucunda, cerrahi konsey tarafından erken ameliyat önerildiği, 14 gün sonraya ameliyat için günü verilerek, 30.3.2006 tarihinde hastaneden taburcu edildiği, aynı gün evinde rahatsızlanan maktulün saat 24.00'den sonra yakınları tarafından Tepecik Eğitim ve Araştırma Hastanesi acil servisine idrar yapamama, tansiyon düşüklüğü, baş dönmesi ve bacaklarda uyuşma şikayetleriyle götürüldüğü, maktul yakınlarının, doktorlara bir gün önce yapılan koroner anjiografiden bahsederek ellerinde bulunan tedavi evraklarını gösterdikleri, dahiliye asistan doktoru tarafından muayene edilen maktulün, 01.30 civarında hipotansiyon sebebiyle dahiliye servisine yatırıldığı, sonda takıldığı, üroloji asistan doktoru tarafından da konsulte edildiği, kan tahlili ve ultrason sonuçlarının incelendiği, USG'de batın sol alt kadranda kitlesel görünüm (hematom') izlendiğinin belirtilmesi üzerine, dahiliye yoğun bakım ünitesine alındığı, batın sol alt kadranda kitle tespit edildiği, genel cerrahi asistan doktoru ile genel cerrahi uzman doktorunun da haber verilmesi üzerine yoğun bakım ünitesine geldikleri, maktulü muayene ettikleri, 03.00 civarında icapçı nöbetçi göğüs kalp ve damar cerrahı sanık C.'i telefon ile aradıkları, maktulün hastalığından, tahlil ve ultrason sonuçlarından bilgi verdikleri ve batın sol alt kadrandaki hematomun koroner anjio sonrası meydana gelebilecek damarsal lezyon olabileceğini belirttikleri, bu sırada maktulün hiperakut MI geçirmeye başlaması üzerine bu durumu da sanığa ilettikleri ve hastaneye gelmesini istedikleri, maktulün gerekli tetkik ve tedavisine yoğun bakım ünitesinde devam edildiği, sanık C.'in ise sabah 08.00 civarında maktulü muayene ederek, acil ameliyata almaya karar verdiği, maktulün ameliyat edilmeden önce öldüğü olayda, Yüksek Sağlık Şurasının 22-23.3.2012 gün ve 13064 Sayılı raporuna göre, kişinin ölümünün anjiografi sırasında meydana gelen femoral arter yaralanmasına bağlı hemorajik şokun tetiklediği, eski MI üzerine yeni geçirilmiş MI sonucu meydana geldiği, ayrıca hematom ve hemorojik şokla takip edilen hastaya, acil müdahale için davet edilen sanığın çağrıya

YCGK, 2019/210 sayılı kararında[21] *"Ceza Genel Kurulunun birçok kararında vurgulandığı ve öğretide de benimsendiği"*nden bahsederek *"taksirli suçlarda aranması gereken hususlar"ın "1-) Fiilin taksirle işlenebilen bir suç olması, 2-) Hareketin iradi olması, 3-) Sonucun istenmemesi, 4-) Hareket ile sonuç arasında nedensellik bağının bulunması, 5-) Sonucun öngörülebilir olmasına rağmen öngörülmemiş olması"*nın olduğunu belirtmiştir. Ancak YCGK'nun söz konusu sınıflandırması bilinçli taksir için geçerli değildir. Hem basit hem de bilinçli taksiri bir arada ifade eden unsurlar, suçun taksirle işlenmesinin mümkün olması, neticenin öngörülebilir olması yani davranış kurallarının ihlalinin faile isnat edilebilir olması, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılması yani davranış kurallarının ve de inceleme konusuyla ilgili olarak ölüm ya da yaralanma neticelerinin gerçekleşmesini önleyen kuralların ihlal edilmesi,[22] davranışın iradi olması, neticenin istenilmemesi ve davranışla netice arasında nedensellik bağının bulunmasıdır.[23] Nitekim öngörülebilir neticenin fail tarafından öngörülmemesi halinde basit, öngörülmesi halindeyse bilinçli taksir söz konusudur.[24] Yargıtay'ın söz konusu yaklaşımının temelinde esasında TCK'da basit taksiri ifade etmek üzere "taksir" ifadesinin kullanılıyor olmasının yattığı söylenebilir.

Bilinçli taksir, failin somut olay bakımından neticeyi öngörmesini gerektirdiğinden ve bu durum failin şuuruyla ilgili olduğundan esasında ortaya çıkarılması zordur. Bunun tespiti için yine failin kişisel özelliklerinin, içinde bulunduğu durumun ve olaya özgü şartların birlikte değerlendirilmesi gereklidir.[25] Bilinçli taksirde

uymamasının kusur olduğu, sanığın çağrıya icap etmemesi ile hastanın ölümü arasında illiyet bağı kurulması ve hastaya gerekli müdahaleyi yapması halinde hastanın kurtulup kurtulamayacağı hususlarında kesin kanaat belirtilemeyeceği, ancak çağrıya uymaması ile ölüm arasında illiyet bağının olmadığının da söylenemeyeceğinin belirtildiği anlaşılmakla, Olay tarihinde icapçı nöbetçi olan göğüs, kalp ve damar cerrahisi uzmanı sanık C.'in bilinçli taksirle öldürme suçunu işlediğine dair her türlü kuşkudan uzak yeterli ve kesin kanıt bulunmadığı anlaşıldığı halde beraatine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi," Y. 1. CD. E. 2013/6215 K. 2014/376 T. 30.1.2014 (www.kazanci.com) (ET:20.05.2022)

[20] *"katılanın olay günü cinsel organındaki mantar rahatsızlığının muayenesi için sanığın doktor olarak görev yaptığı Özkanlar Sağlık Ocağına gittiği, burada odaya alınarak muayene masasına yatırıldığı, sanığın da elinde "spekulum" denilen alet olduğu halde katılanın cinsel organının muayenesine başladığı ancak katılanın canının çok yandığı ve duyduğu acının tanık Hüsniye tarafından dahi anlaşıldığı, bu esnada katılanın cinsel organından kan geldiği ve bunu gören sanığın muayeneyi bitirip katılanı kadın doğum servisine sevk için reçete yazdığı… sanığın bir doktor olarak dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı şekilde yaptığı muayene sonucunda, öngörmediği halde katılanın kızlık zarının bozulmasına neden olduğu ve bu suretle işlediği sabit olan taksirle yaralamaya neden olmak suçundan dolayı cezalandırılması gerekirken, dosya kapsamında bulunan deliller ile uyumlu bulunmayan gerekçeye dayalı olarak yazılı şekilde beraatına karar verilmesi"* Y. 12. CD. 1065/6790, 12.3.2012 (Gökcan, s. 563). Yine benzer yönde bkz. YCGK E. 2013/9-125 K. 2014/543 T. 9.12.2014 (www.kazanci.com) (ET:20.05.2022)

[21] YCGK E. 2017/12-269 K. 2019/210 T. 14.3.2019. Yine benzer yönde bkz. YCGK E. 2014/12-103 K. 2014/552 T. 9.12.2014 (www.kazanci.com) (ET:20.05.2022)

[22] Katoğlu, s. 412.

[23] Hafızoğulları ve Özen, s. 266-272.

[24] İçel, s. 191.

[25] Hakeri, H. (2021). Tıp Ceza Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 104.

failin değerlendirmesi neticesinde sahip olduğu yeteneği,[26] şansı,[27] bilgisi,[28] geçmiş deneyimi[29] yani tecrübesi,[30] mesleki cesareti,[31] olayın özelliği, mağdurun durumuna ya da davranışına yahut da bir başkasının davranışına duyulan güven gibi[32] özellikler sebebiyle neticenin gerçekleşmeyeceğine ilişkin inanç ya da kanaatle hareket etmesi[33] yahut da neticenin gerçekleşmemesi için çaba göstermesi söz konusudur.[34] Yani neticenin gerçekleşmeyeceğine ilişkin failde yükümlülüklerine aykırı bir şekilde bir güvenin olması

[26] Soyaslan, s. 444.

[27] *"Basit taksir ile bilinçli taksir arasındaki ayırıcı ölçüt; taksirde failin öngörülebilir nitelikteki neticeyi öngörememesi, bilinçli taksir halinde ise gerçekleşmesini istemediği bu neticeyi öngörmüş olmasıdır. Görüldüğü gibi, bilinçli taksirde gerçekleşen sonuç, fail tarafından öngörüldüğü halde istenmemiştir. Gerçekten neticeyi öngördüğü halde, sırf şansına veya başka etkenlere, hatta kendi beceri veya bilgisine güvenerek hareket eden kimsenin hali, bunu öngörmemiş olan kimsenin hali ile bir tutulamayacağından ve neticeyi öngören kimse, ne olursa olsun bu sonucu meydana getirecek harekette bulunmamakla yükümlü olduğundan, "neticenin fail tarafından öngörülmesi" ölçü alınarak basit ve bilinçli taksir ayrımına gidilmiştir. Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde; Olay gecesi Soma-Bergama karayolu üzerinde seyir halindeyken Kınık ilçesi Poyracık Kasabasında yer alan bölünmüş yolda ters yöne giren, kendi beyanına göre alkollü olan sanığın, aynı yolda kendilerine ayrılmış kısımda seyreden ve öndeki kamyonu sollamak için sol şeride geçen motosiklete çarparak sürücü Gültekin'in ölümüne, şikâyetinden vazgeçen Vedat'ın da yaralanmasına neden olduğu olayda; sanığın bölünmüş yol başlangıcı, hız sınırı ve sollama yasağına ilişkin trafik işareti, uyarıcı yön levhaları ve çizgilerin usulüne uygun olarak bulunduğu yolda, karşı yönden gelen trafik araçlarının kullandığı bölüme bilerek girdiği, ters yönde olduğunu bilmesine rağmen aracını sürmeye devam ettiği, karşı istikametten gelen bir araca çarparak yaralama ya da ölüme neden olabileceğini öngördüğü halde tecrübesine, şoförlük yeteneklerine, yolun gecenin geç saati olması nedeniyle boş olacağı ihtimaline, özellikle de şansına ve karşı yönden gelenlerin kendilerini koruma yönünde dikkatli davranacaklarına güvendiği, böyle bir zanla objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket ederek öngördüğü ancak istemediği neticeye neden olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle, gerçekleşmesini istemediği ancak öngördüğü sonucun meydana gelmesini engelleyecek şekilde objektif özen yükümlülüğüne uygun davranmayan sanığın bir kişinin ölümüne neden olma eyleminde bilinçli taksirle hareket ettiğinin kabulü gerekmektedir."* YCGK E. 2013/9-125 K. 2014/543 T. 9.12.2014 (www.kazanci.com) (ET:20.05.2022)

[28] "bilinçli taksirde meydana gelen netice, fail tarafından öngörüldüğü hâlde istenmemiştir. Gerçekten fiilinin kanunda suç olarak düzenlenen bir neticeye sebebiyet verebileceğini öngördüğü ve bu neticeyi istemediği hâlde, sırf şansına veya başka etkenlere, hatta beceri veya bilgisine güvenerek hareket eden kimsenin hâli, bunu öngörmemiş bulunan kimsenin durumu ile bir tutulamayacağından ve neticeyi öngören kimse, ne olursa olsun bu sonucu meydana getirecek bir harekette bulunmamakla yükümlü olduğundan, "neticenin fail tarafından öngörülmesi" ölçü alınarak basit ve bilinçli taksir ayrımına gidilmiştir." YCGK E. 2017/12-836 K. 2021/648 T. 16.12.2021 (www.kazanci.com) (ET:20.05.2022)

[29] Er, Topaç ve Kaygusuz, s. 1116.

[30] Önder, A. (1992). Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt II-III. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş, s. 303.

[31] Acil bir durumun olmadığı ya da diğer olanakların yokluğu gibi bir durumun olmamasına karşın hekimin cüretkarlık göstererek uzmanı tarafından gerçekleştirilmesi gereken bir tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmesi halinde taksirinin bulunduğu zira tedbirsizliğin söz konusu olduğu ve söz konusu durumda öngörülebilirlik karinesinin bulunduğu yönünde bkz. Gökcan, s. 484. Yeni yeni geliştirilmekte olan tekniklerin hastanın hayatı veya vücut bütünlüğü bakımından bünyesinde barındırdığı riskler karşısında fayda zarar dengesi kurulmaksızın söz konusu tekniklere başvurulmasının bu kapsamda değerlendirilebileceği, tıbbi müdahalenin hastanın hayatı ya da sağlığı açısından bünyesinde barındırdığı risk arttıkça hekimin dikkat ve özen yükümlülüğünün de artacağı aksi bir davranış halinde hekimin bilinçli taksirle hareket ettiğinin kabul edilmesinin gerekeceği yönünde bkz. Birtek, F. (2015). Tıbbi Uygulama Hataları Bakımından Taksir- Bilinçli Taksir Ayrımı, (Komplikasyon- İzin Verilen Risk Ayrımı Bağlamında). ERÜHFD, Cilt X, Sayı 1, s. 98.

[32] Birtek, s. 95.

[33] Artuk, M. E. ve Çınar, A. R. (2004). Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler. Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s.76. Bilinçli taksir halinde hekimin adeta bir pervasızlık halinde bulunduğu yönünde bkz. Birtek, s. 80.

[34] Özgenç, s. 292; Arslan Hızal, s. 256.

söz konusudur.[35] Ancak söz konusu hususların esasında neticenin istenmiyor oluşunu teyit eden haller olduğu belirtilmelidir.

Öğretide TCK'nın 22. maddesinin 3. fıkrasında bilinçli taksirin tanımıyla ilgili olarak failin neticenin gerçekleşmesine engel olamamasına açıkça yer verilmesi gerektiği savunulmaktadır.[36] Esasında bunun gerekli olmadığı zira bu durumun neticenin istenmemesi bakımından somut olayda ölçüt olabileceği ancak zorunlu da olmadığı belirtilmelidir.[37] Zira hekim tarafından öngörülen ancak gerçekleşmesine engel olunmayan bir komplikasyonun gerçekleşmesi halinde hekimin söz konusu komplikasyonla mücadele ederek komplikasyonu ortadan kaldırması ya da etkilerinin azaltması[38] dikkat ve özen yükümlülüğünün bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır.[39] Nitekim taksir tipik fiilin tüm unsurları bakımından söz konusu olabilmektedir. Bu kapsamda sadece ihlal edici nitelikteki davranışla ilgili olması zorunlu değildir. Fiilin ön şartlarına, sonucu önlemeye yönelik davranışın seçimine ya da seçilen davranışın gerçekleştirilmesine ilişkin olabilir.[40]

II. AYRIKSI DURUM: KOMPLİKASYON

Hekim, tıp mesleğinin ve sanatının gereklerine uygun olarak tıbbi müdahalede bulunmasına karşın ölüm ya da yaralanma neticesinin gerçekleşmesi halinde komplikasyon söz konusudur.[41] Bu durumda hekim öngörülebilen ölüm ya da yaralanma

[35] Koca, M. ve Üzülmez, İ. (2021). Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 236-237.

[36] Yarsuvat, D., Bayraktar, K.ve Yüzbaşıoğlu, N. (2004). Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu. Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 294.

[37] Gökcan, s. 503, dp. 131

[38] *"1995 doğumlu Esma'nın, 6.4.2009 tarihinde şiddetli karın ağrısı şikayetiyle Orhangazi Devlet Hastanesi'ne giderek aynı hastanede genel cerrahi uzmanı olarak görev yapan sanığa muayene olduğu, sanığın aynı gün ultrason çekip, apandisit tanısı koyup ameliyat olması gerektiğini söyleyerek hastanın hastaneye yatışını sağladığı, ertesi sabah tekrar muayene edip ameliyat ettiği, ameliyat gecesi ve ertesi gün hastanın ateşinin yükseldiği, sanığın boğaz enfeksiyonundan veya anesteziden olabileceği düşüncesiyle ateş düşürücü tedavi uyguladığı, hastanın genel durumunun iyileşmesi üzerine 10.4.2009 tarihinde taburcu edildiği, ancak eve gittiği gün ağrılarının devam ettiği, ishal benzeri şikayetinin sürdüğü 12.4.2009 pazar günü ağrıların şiddetlenmesi ve bacaklarının şişmesi üzerine Orhangazi Devlet Hastanesi acil servisine götürüldüğü, burada O. Ç. isimli doktorun hastayı muayene ettikten sonra, durumun çok acil olduğunu derhal başka bir hastaneye gitmeleri gerektiğini söylediği, hastanın aynı gece saat 24:00 sularında Yalova Devlet Hastanesi'nde ameliyata alındığı, ameliyatta apandisit güdüğünde kaçak olduğunun ve enfeksiyon olduğunun tespit edildiği, hastanın hastanede yattığı sürede iyileşmeye başladığı ancak kan değerlerindeki lökosit artışı ve göğüs boşluğunda sıvı toplanması sebebiyle 17.4.2009 günü üniversite hastanesine sevkedildiği, burada tedavisine devam edilirken durumunun ağırlaşması üzerine 11.5.2009 tarihinde öldüğü olayda; dosyanın bir kez de Adli Tıp Genel Kurulu'na gönderilerek, apandisit ameliyatı sonrası meydana gelen güdük kaçağının komplikasyon olup olmadığı, komplikasyon olarak değerlendirilmesi halinde ise bunun nedeni, sanığın, hastanın ameliyat sonrasında ateş şikayetinin başladığı sırada isteyebileceği tetkikin bulunup bulunmadığı hususu da belirlenerek, sanığın komplikasyon yönetiminde kusurunun bulunup bulunmadığı yönünde rapor alınması ve sonucuna göre hukuki durumunun tayin ve takdir edilmesi gerektiği gözetilmeksizin eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması,"* Y. 12. CD. E. 2013/16857 K. 2014/13362 T. 30.5.2014 (www.kazanci.com) (ET:20.05.2022)

[39] Birtek, s. 98.

[40] Toroslu ve Toroslu, s. 246-247.

[41] *"Beyin ve sinir cerrahi uzmanı olan sanık M.. K.. tarafından 11.11.2008 günü bel fıtığı ameliyatı yapılan S.. Ç..'ın, operasyondan sonra batın içi damar yaralanması teşhisi ile iki defa daha ameliyata alındığı ancak disk hernisi esnasında gelişen damar yaralanması ve buna bağlı gelişen kanama sonrası oluşan komplikasyonlar sonucu öldüğü olayda; S.. Ç..'ın ölümünde sanığın sorumluluğunun bulunup bulunmadığının belirlenebilmesi için tıbbi müdahale*

nedeniyle sorumluluğun şartlarının belirlenmesinde zorunluluk bulunmaktadır. Tıp mesleğini icraya yetkili kişi tarafından, tıbben kabul görmüş ilke ve esaslar çerçevesinde, yasaların öngördüğü amaçlarla, aydınlatılmış kişiden alınan rıza üzerine yapılan tıbbi müdahale, hukuka uygun olduğundan doğan zararlı sonuçtan failin sorumlu tutulması mümkün değildir. Ancak; hasta tıbbi müdahale konusunda aydınlatılmış ve tıbbi müdahaleye rıza vermiş olsa dahi, aydınlatma ve rıza, tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesinin ön şartı olup, hekim müdahalesi tıp biliminin gerektirdiği şekilde yapılmamış ise, başka bir anlatımla tıbbi müdahale kusurlu bir şekilde yapılmış ise hekim doğan sonuçtan sorumlu olacaktır. Rıza ve aydınlatma, tıp biliminin gereklerine uygun kusursuz bir tıbbi müdahale için verilmiş olup, kusurlu müdahale hallerinde, ön koşullar gerçekleşmiş olsa dahi hekim yine de doğan zararlı sonuçtan sorumlu olacaktır. Hekime yüklenebilecek bir kusur olmamasına rağmen tıbbi müdahale başarısızlıkla sonuçlanmışsa, bu durumda da komplikasyon söz konusu olacağından, bu durumda da hekimin sorumluluğuna gidilemeyecektir. Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; kendisine bel fıtığı teşhisi konulan ölen S.. Ç..'ın, beyin ve sinir hastalıkları uzmanı olan sanık M.. K.. tarafından, 11.11.2008 tarihinde yatırıldığı hastanede saat 14:00 sıralarında sol 4-5 disk hernisi nedeniyle yapılan ameliyatın ardından, 12.08.2008 günü saat 10:30 sıralarında ani olarak hipotansiyon ve terleme gelişmesi üzerine yoğun bakım ünitesine alındığı, damar yolu açılarak tansiyonu düzenleme amacı ile volüm artırıcı serumlar verildiği, anestezi ve reanimasyon, kalp damar cerrahisi ve genel cerrahi konsültasyonları istendikten sonra yapılan muayenesinde; genel durumunun kötü, bilinci korfüze olan, moniterize edilerek jugular ven kateterizasyon uygulandığı, entübe edilip, mekanik ventilatöre bağlandığı ve retroperitoneal hematom saptanıp, batın içi vasküler yaralanma olduğu tespit edilerek, explorasyon amacı ile kardiyovasküler cerrahi tarafından acil olarak saat 11:15'te operasyon kararı verilerek, operasyona alındığı; genel anestezi altında supine pozisyonunda median laparatomi yapıldığı, barsaklar batın dışına devrilerek çok miktarda hematom ve taze kanın aspire edildiği, sol kommon iliac Arter posteriorunda hemen bifirkasyonun distalinde yaklaşık 6-7 mm.lik yırtık mevcut olduğu, arter izole edilerek damar klempi ile kanamanın kontrol altına alındığı, arter tamirinin yapıldığı, venöz yapılardan gelen minör sızıntıların koterle kontrol altına alındığı, periton boşluğuna bir adet dren konduktan sonra katların anatomik sırayla kapatıldığı; ameliyat sonrası entübe olarak yoğun bakım ünitesinde takibe alınan hastanın, daha sonra batın içi konulan drenden kanaması gözlemlenmesi üzerine, batın distansiyonunun artması ve idrar çıkışının olmaması nedeniyle abdominal kompartman sendromu düşünülerek tekrar operasyona alındığı, 13.11.2008 tarihinde batının re-explore edildiği, diatez tarzında yaygın sızıntı gözlemlendiği, hemostaz kontrolü ardından karın içi ve retroperitonela bölge serum fizyolojikle irrige edilip aspire edildiği, abdominal kompartman sendromunu önlemek maksadı ile open tekniş ile batının kapatıldığı; daha sonra idrar çıkışı olmayan hastanın 14.11.2008 tarihinde saat 17:00'da kardiyak arrest gelişerek saat 17:40 sıralarında öldüğü olayla ilgili; ameliyat esnasındaki batın içi damar yaralanması ve sonraki takip ve müdahalelerde sanık doktor tarafından özensizlik olup olmadığı, sanığın gerek ameliyat esnasındaki, gerekse de ameliyat sonrasındaki davranışlarında kusur bulunup bulunmadığı, işlemlerinin tıbbi standartlara uygun olup olmadığı, ölümün komplikasyon olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususlarının tespiti için bir kez de Yüksek Sağlık Şurası'ndan rapor alınarak, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdir edilmesi gerektiği gözetilmeksizin, eksik inceleme ile yazılı şekilde beraat kararı verilmesi, İsabetsiz olup, katılan vekilinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görüldüğünden, 5320 sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi gereğince beraate ilişkin hükmün isteme aykırı olarak BOZULMASINA, 24.09.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi." Y. 12. CD. E. 2013/24873 K. 2014/18592 T. 24.09.2014 (www.legalbank.net) (ET:20.05.2022); *"Ölenin eşi olan katılanın olay günü Afşin Devlet Hastanesi'nde nöbetçi pratisyen acil hekimi olan sanık M.. G..'ün yanına gidip, eşinin karnının ağrıdığını söyleyerek sanıktan ilaç yazmasını istediği, ancak sanığın hastayı görmeden ilaç yazamayacağını söylemesi üzerine ölen hastanın 13/09/2008 günü saat 00.30'da karın ağrısı, kusma şikayeti ile Afşin Devlet Hastanesine başvurduğu, acil nöbetçisi pratisyen hekim Dr. M.. G.. tarafından muayene edildiği, enterit (bağırsak enfeksiyonu) ön tanısı ile yatırıldığı, damar yolu açıldığı, serum takıldığı, acil gözleme alındığı, hastanın geldikten yaklaşık yarım saat sonra ishali olması üzerine 500 cc izotonik serum içine buskopan, metpamid, ulcuran ve bemiks, ampisd 1 gr. yaptırıldığı, ilk olarak saat 03.09'da yapılan laboratuar tetkikinde WBC:14.2,HGB:8.6,HCT:25.7 olarak tespit edildiği, kan değerinin düşük olması nedeniyle devam eden tedavisine anti anemik ilave edildiği, hastanın tekrar yapılan muayenesinde batında hassasiyet tespit edildiği, sanık doktor tarafından röntgen filmi istendiği, ancak hasta bayıldığı için çekilemediği, bu aşamalarda sanık M.. G..'ün hastanın karın ağrısının nedenini anlayamadığı, hastanın tansiyonu normale dönünce saat 03.00-04.00 sıralarında hasta eşinin hastayı alıp götürmek istemesine rağmen hastayı dahiliyece tedavi görebileceğini söyleyerek göndermediği, sanık doktor M.. G..'ün beyanına göre, hastanın kendisine adetli olduğunu, kanamasının fazla olduğunu ve dahiliye uzmanından kansızlık tedavisi aldığını söylemesi üzerine, kan değerini de 8.6 olarak görünce, sabah saat 05.00 sıralarında nöbet listesine bakarak dahiliye uzmanı icapçı doktor M.. D.. aradığı, ancak kendisine ulaşamadığı, bu sırada diğer dahiliye uzmanı sanık Dr. A.. Ç..'nin de arandığı ancak ikisine de ulaşılamadığı, dosyada mevcut incelenen telefon kayıtlarına göre Dr. M..D.. 08.44 ve 45 te hastaneden arandığı ve telefon kayıtlarının sanık Dr M.. G..'ün nöbetçi dahiliye uzmanını aradığına dair beyanı ile örtüştüğü, akabinde ulaştığı nöbetçi dahiliye uzmanı Dr. M.. D.. izinde olduğunu nöbet değişimi yaptığını ifade etmesi üzerine nöbetçi dahiliye uzmanı Dr. A.. Ç.. aradığı, sabah saat 09.15 sıralarında dahiliye uzmanı Dr.A..Ç. geldiği, hastaya biyokimya ve idrar tahlil ve tetkiklerinin yapıldığı, bu*

neticesini ister öngörsün isterse öngörmesin, hekimin ceza sorumluluğu bulunmamaktadır.[42] Nitekim tıp mesleğinin ve sanatının gereklerine uygun

arada gece boyunca hastanın vaginal kanamasının devam ettiği, sık aralıklarla yarım saatte bir tuvalete gittiği, saat 09.20 deki hemogramda HFB:5.3, HCT:15.9 olarak tespit edildiği, saat 09.56'da glukoz:790, saat 10.30'da ise 1000'nin üzerinde tespit edilmesi üzerine hastaya sonda takıldığı, 250 izotik içine 100 ünite kristalize insülin konduğu, bu arada hastanede kan transfüzyon ünitesi , kan merkezi ve hazır kan ile acil kan alımı için gerekli olan kan torbası ve seti bulunmadığı, hasta yakınlarına kan grubu ve kan bulmalarını söylediği, bu sırada başhekim A.. G.. hasta sevki için Malatya İnönü Üniversitesi Acil Servisi ile görüştüğü ve hastanın kabul edileceğinin söylenmesi üzerine, sanık Dr. A.. hasta ile ilgili tıbbi bilgileri sevk edilecek sağlık kurumuna ilettiği, saat 11:30 da ambulans ile Malatya İnönü Üniversitesi Turgut Özal Tıp Fakültesi Hastanesi'ne sevk edildiği, saat 13.00 da Malatya İnönü Üniversitesi Turgut Özal Tıp Fakültesi Hastanesine giriş yaptığı, Malatya İnönü Üniversitesi Turgut Özal Tıp Fakültesi Hastanesindeki epikriz raporlarına göre, hastanın girişte solunumunun yüzeysel olduğu, hastanın entübe edildiği, arteryel kan gazı alındığı, 6.8.lerde P.H.si olan hastaya 6 amp. bikarbonat puşe yapıldığı, 3 dk. sonra kardiyak atımı da düşmeye başlayan hastaya CPR başlandığı, 15 dk boyunca CPR uygulanan hastanın atımlarının gelmesi üzerine hastaya dopamin başlanarak hasta endokrin bölümü ile konsulte edildiği, hb 3.6 gelen hasta saat 13.39 da kan şekeri 969 gelen hasta non ketotik hiperosmolar koma tanısı ile 16.12 de dahili yoğun bakıma yatırıldığı, hastaya insülin infüzyon ve mayi desteği yapıldığı, vital bulguları unstabil olan, hipotansif hastaya mayi ve dopamin ve adrenalin infüzyonları yapıldığı, hastanın yine de hipotansif seyrettiği, destek tedavileri devam eden hastanın genel cerrahi tarafından ameliyata alındığı, ameliyat gözleminde batın içerisinde 4000 cc kanama tespit edildiği, ayrıca sağ tuba kanamalı rüptüre ektopik gebelik tespit edildiği, explorasyonun devamında sağ tuba üzerinde ektopik gebelik kesesinin rüptüre olduğunun ve hemorajinin oradan kaynaklandığının anlaşıldığı, hasta nın post- op entübe olarak yakın takip ve tedavi amacıyla 14/09/2008 tarihinde saat 15:30 da reanimasyon ünitesine devir alındığı, 5. gün hastada saat 17:00'de kardiyak arrest gelişmesi üzerine hastaya CPR uygulanmaya başlandığı, 3 mg atropin ve 3 dakika arayla 1 mg adrenalin yapıldığı, hastanın 18/09/2008 tarihinde saat 17:45'de exitus kabul edildiği, ölümünün dış gebelik rüptürüne bağlı iç kanama ve komplikasyonlar sonucu olduğunun anlaşıldığı, Dosyada mevcut nöbet listelerinin incelenmesinde; sanık Dr. M.. G..'ün 12.09.2008 saat 08.00 ile 13.09.2008 saat 08.00 arasında Acil nöbetçisi pratisyen hekim olduğunun anlaşıldığı, pratisyen hekim olan sanığın uzman doktor onayı olmadan hastayı bir üst sağlık merkezine sevk etmesinin mümkün olmadığı, dosya içeriğindeki tıbbi belgeler ile raporlarda, ölene konulan dış gebelik rüptürünün klinik bulgular ile tanısı konulmasının zor bir tablo olduğunun ve mevcut koşullarda tanı konmasının beklenemeyeceğinin, yine müdahale eden sanık dortorun hastada adet kanaması olduğu bilgisinin varlığı nedeniyle hastanın hamile olabileceği ve buna bağlı komplikasyonların olabileceğini düşünmemiş olmalarının normal olduğunun anlaşıldığı, tüm bu tespitler karşısında hastayı hastaneye davet ederek yatırıp, ilk yapılacakları yaparak doğru davranmış olduğu anlaşılan ve sanık M.. G..'e yüklenecek kusur bulunmadığı; yine, her ne kadar nöbet listelerinde sanık Uzman Dr. A.. Ç.. 12.09.2008 saat 08.00 ile 14.09.2008 saat 08.00 arasında dahiliye uzmanı icapçı doktor olarak görevli olduğu belirtilmiş ise de, nöbet listesinin altında tarih olarak 05.11.2008 yazılmasının anlaşılamadığı, uzman hekim icap listesinde, iç hastalıkları uzmanı M.. D..01.09.2008-30.09.2008 tarihleri arasında icapçı olduğu, M.. D.. 11.09.2008-15.09.2008 tarihleri arasında 4 günlük yıllık izinde olduğunun anlaşıldığı, olay tarihindeki nöbetçi dahiliye uzmanının dosya içeriğinden tespit edilemediği, nöbet görevlerini düzenlemekten sorumlu hastanenin Başhekim Yardımcısı S.. D.. alınan beyanında, Eylül 2008 tarihine ait uzman hekim nöbet listesinde icapçı hekimlerin belirtildiğini, ancak Uzman Doktor M.. D.. 11.09.2008 ile 15.09.2008 tarihleri arasında izinli olduğu için, Uzman Dr. A.. B.. da süt izninde olduğundan 15.09.2008 tarihine kadar icapçı doktor olarak resmi olarak görevlendirmelerinin mümkün olmadığını, bu nedenle resmi bir görevlendirme olmadığını, 13.09.2008 tarihinde Dr. A.. icapçı olmadığını, bu branşta başka hekimin de olmaması nedeni ile bir görevlendirme yapılmadığını, olay günü 13.09.2008 günü meydana gelen acil vakada ise Dr. A.. başhekimin çağrısı üzerine hastaya müdahale ettiğini, Valilik yazısı ekinde yer alan görev listesinde bu nedenle isminin yer aldığını beyan etmesi karşısında, olay anında icapçı olarak görevli olmamasına rağmen görevli icapçı doktor bulunmadığı için hastaya müdahale edildiği olayla ilgili olarak Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulunun raporunda "kişinin Afşin Devlet Hastanesinde muayenesinin gerekli tetkiklerinin ve konsültasyonlarının yapıldığı ileri tetkik ve tedavisi amacıyla sevk kararının uygun olduğu ve sevk edildiği hastanede muayenin yapılmış olduğu tanıya uygun tedavisinin yapıldığı cihetle kişinin muayene, takip ve tedavisine katılan ilgili hekimlere ve sağlık personeline atfi kabil kusur bulunmadığının oybirliğiyle mütalaa olunması karşısında sanıkların beraatlerine ilişkin mahkemenin kabulünde isabetsizlik bulunmadığı anlaşılmakla, SONUÇ : Yapılan yargılama sonunda yüklenen suç açısından sanıkların taksirinin bulunmadığı gerekçeleri gösterilerek mahkemece kabul ve takdir kılınmış olduğundan, katılanın kusura ve bilinçli taksir koşullarının bulunduğuna ilişkin temyiz itirazlarının reddiyle hükmün isteme uygun olarak ONANMASINA; 13.11.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi." Y. 12. CD. E. 2015/1022 K. 2015/17936 T. 13.11.2015 (www.kazanci.com) (ET:20.05.2022)

[42] Keyman, S. (1978). Hekimin Cezai Sorumluluğu. AÜHFD, Cilt 35, Sayı 1, s. 75-76.

davranılmasına ve ortaya çıkmaması için de gerekli tüm önlemlerin alınmış olmasına karşın, tıbbi olarak benzer girişimlerde meydana gelme olasılığının bulunduğunun kabul edildiği riskler, komplikasyondur.[43]

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin[44] 13. maddesinin 1. fıkrası *"Tabip ve diş tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez."* şeklindedir. Tıbbın pek çok belirsizliklere sahip olması, birey psikolojinin ve de fizyolojisinin bireyden bireye değişkenliği,[45] aynı rahatsızlığın pek çok

[43] "kendisine bel fıtığı teşhisi konulan ölen A. K.'a, beyin ve sinir hastalıkları uzmanı olan sanık G. K. tarafından, önce Erzincan Devlet Hastanesi'nde ilaç tedavisinin uygulandığı, ilaç tedavisinden olumlu sonuç alınamaması nedeni ile ameliyat için gerekli tüm tetkiklerinin yapıldığı ve hastanın değerlerinin uygun çıkması üzerine ameliyat kararının alındığı, ameliyat öncesi yapılan tüm hazırlıkların tıp kurallarına uygun olduğu, sanık doktor tarafından 1.12.2006 günü yapılan ameliyatın yaklaşık 1 saatte bitirildiği, hastadaki karın ağrısı ve taşikardi gelişimi nedeniyle, hastanın genel cerrahi uzmanlarınca 2. kez ameliyata alındığı ve sanık doktor tarafından yapılan ilk ameliyatta hastanın sol iliyakarterinde kesiye neden olunduğunun tespit edildiği, iç kanamaya neden olan damar yaralanmasının onarıldığı ve 2. ameliyata son verildiği, 2. ameliyatta sol iliyak arterinin üç ayrı yerindeki yaralanmadan ikisinin tespit edilip onarıldığı, ancak birisinin tespit edilememesi sebebiyle A. K.'ta iç kanamanın devam ettiği, iç kanama sebebiyle hastada böbrek yetmezliğinin geliştiği ve 3.12.2006 günü solunum-dolaşım durması sebebiyle hastanın hayatını kaybettiği, Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulu'nun 12.5.2010 raporunda ve Adli Tıp Kurumu Genel Kurulunun 19.1.2012 tarihli raporlarında, ölene konan bel fıtığı teşhisinin, ameliyat kararı ile öncesi yapılan tetkik ve hazırlıklarının tıbben uygun olduğu, bel fıtığı ameliyatlarında çalışma sahasına yakın yer olan vasküler yapılara yakın komşuluk içinde olunmasından dolayı bu tür ameliyatlarda damar yaralanmalarının görülebilen bir komplikasyon olarak kabulü gerektiği, erken fark edilip hemen müdahale edilmesinin ve yapılan tüm işlemlerin tıp kurallarına uygun olduğu mütalaa edilmiş ise de, 26-29 Mayıs 2009 tarihli Yüksek Sağlık Şurası raporunda, sanık doktorun gerçekleştirdiği bel fıtığı ameliyatındaki özensizliği nedeni ile batın içi büyük damarda yaralanmaya ve iç kanamaya, bunun sonucu olarak da hastanın ölümüne neden olan böbrek yetmezliğine sebebiyet verdiği, gerek ameliyat sırasındaki özensizliği, gerekse de ameliyat sonrası hastasını takip ve tedavisinde gerekli özeni göstermemesi nedenleri ile sanığın kusurlu olduğunun belirtilmesi karşısında, bilirkişi incelemelerin bağlayıcı olmayıp, delilleri değerlendirme araçlarından biri olması, bu kapsamda raporlar arasında hiyerarşik bir durumdan da bahsedilmeyip, değerlendirmede somut olaya ve bilimsel verilere uygunluk ölçüsüyle hareket edilebileceği anlaşılmakla, sanığa kusur izafe eden Yüksek Sağlık Şurası raporunun oluş ve dosya kapsamına uygun olduğu, bu raporda da belirtildiği üzere, sanığın gerek ameliyat esnasındaki, gerekse de ameliyat sonrasındaki kusurlu davranışlarının hastanın ölümüne neden olduğu, sanık doktorun işlemlerinin tıbbi standartlara uygun olmadığı ve ölümün komplikasyon olarak değerlendirilemeyeceği, komplikasyonun ancak tıbbi standartlara ve kurallara uygun bir tıbbi tedavi halinde söz konusu olabileceği, bu sebeplerle sanığın dosya kapsamına uygun olan Yüksek Sağlık Şurası raporuna dayanılarak mahkumiyetine karar verilmesi gerekirken, yerinde olmayan gerekçelerle beraatine karar verilmesi," Y. 12. CD. E. 2013/16133 K. 2013/24707 T. 6.11.2013 (www.kazanci.com) (ET:20.05.2022)

[44] 10436 sayılı 19.2.1960 tarihli Resmî Gazete

[45] *"Sanığın başı boş bıraktığı köpeği tarafından ısırılıp yaralanan mağdureye kuduz aşısı uygulandığı, 15. aşıdan sonra hastalandığı ve öldüğü, Adli Tıp Kurumu Beşinci İhtisas Kurulu raporunda; (ölümün köpek ısırmasını takiben tatbik edilen kuduz aşısının bünyevi sebeplerle husule getirdiği alerjik ansafalit sonucu gelişen dolaşım ve solunum yetersizliğinden) kaynaklandığının, kuduz aşısına ve aşının tatbik şekline atfi kabil kusur bulunmadığının bildirildiği, keza; Yüksek Sağlık Şurası raporunda, (Kuduz aşıları neticesinde bazen bu tip ansafalit komplikasyon olarak meydana gelebilmektedir. Bu komplikasyonlar nedeniyle aşıyı yapan kimseyi kusurlu bulmak mümkün değildir) denildiği görülmekte, bu suretle ölümün, yapılan kuduz aşısının neden olduğu ve bünyevi sebeplere dayanan alerjik ansafalitten kaynaklandığı anlaşılmaktadır. TCK.nun 455. maddesinde düzenlenen ölüme sebebiyet suçunda sanığın sorumluluğu için, tedbirsizlik ve dikkatsizlik sayılan hareket ile ölüm arasında bir bütünlük olması aranacağından, sanığın sonucu öngörmesini ortadan kaldıracak bir sebebin sonradan ortaya çıkması halinde eylem ile ölüm arasındaki uygun sebebiyet bağı kesileceğinden bu sonuçtan sanığı sorumlu tutmak gerekir. Olayda, ölümün tıbbi yönden de sorumluluk yüklenemeyen, kuduz aşısının bünyevi sebeplerle husule getirdiği allerjik ansafalitten meydana geldiği belirtildiği cihetle sanığın sonucu öngörmesini ortadan kaldıran bu neden nazara alınarak ölüm sonucundan sorumlu tutulmayıp, ancak özensizliğinden kaynaklanan köpeğinin saldırı ve ısırmasıyla ölende oluşan yaralanmadan ötürü TCK.nun 459. maddesi çerçevesinde sorumluluğu değerlendirilmelidir. Bu nedenle, ölende köpeği tarafından meydana getirilen*

hastalıkta görülebilirliği, her hastalığın bireyden bireye değişik şekillerde gelişebilmesi, tıbbi müdahalelerin karmaşık yapısı, özellikle cerrahi müdahalelerin hemen hemen hepsinde riskin bulunması[46] tıbbi müdahalelerin izin verilen risk kapsamında değerlendirilmesine sebebiyet vermektedir.[47] Zira her ne kadar hekim tarafından gerçekleştirilen tıbbi müdahale az ya da fazla bir riski bünyesinde barındırmaktaysa da hastanın hayatının ya da vücut bütünlüğünün korunabilmesi söz konusu tıbbi müdahaleyi gerekli kılabilmektedir.[48] Gerçekleşen her bir riskinse, hekimi ceza sorumluluğundan

yaranın kaç gün iş ve gücünden alıkoyacağı ve diğer yaralanma özellikleri sağlıklı şekilde saptanıp sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi, Bozmayı gerektirmiş, sanık vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı (BOZULMASINA), 20.11.1991 gününde oybirliğiyle karar verildi." Y. 2. CD. E. 1991/10834 K. 1991/11895 T. 20.11.1991 (www.legalbank.net) (ET:20.05.2022)

[46] Keyman, s. 68.

[47] Delogu, T. (1987). Modern Hukukta Taksirli Suçun Önemi (Y. Ersoy, Çev.) AÜHFD, Cilt 39, Sayı 1-4, s. 117; Hakeri, Tıp, s. 108; Çavuşoğlu, D. (2020). Hekimin Cezai Sorumluluğu ve Ceza Hukuku Açısından Özellik Arz Eden Tıbbi Müdahaleler. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 127.

[48] *"Olay tarihinde Dr. A. Yurtaslan Onkoloji Eğitim ve Araştırma Hastanesinde doktor olarak görev yapan sanıkların sorumluluklarının belirlenebilmesi bakımından öncelikle doktorların görevlerinin genel prensiplerini belirleyen düzenlemeler gözetilerek "tıbbi hata" kavramının açıklanmasında fayda bulunmaktadır. Doktor tıbbi müdahaleyi, tıp biliminin güncel kural ve standartlarına uygun olarak özenli bir şekilde yapmakla yükümlüdür. Bu husus; onaylanması 3.12.2003 gün ve 5013 sayılı kanunla uygun bulunmuş olan "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi (İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi)'nin "Mesleki standartlar" başlıklı 4. maddesinde; "Araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir", 19.2.1960 tarihli Tıbbi Deontoloji Tüzüğünün 13. maddesinde; "Tabip ve diş tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifayla neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez. Tababet prensip ve kaidelerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır. Tabip ve diş tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyarak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak her hangi bir şey yapamaz", aynı tüzüğün 14. maddesinin 1. fıkrasında; "Tabip ve diş tabibi, hastanın vaziyetinin icabettirdiği sıhhi ihtimamı gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak ve sıhhatını korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmakla mükelleftir", Hasta Hakları Yönetmeliğinin "Tıbbi Gereklere Uygun Teşhis, Tedavi ve Bakım" başlıklı 11. maddesinde; "Hasta, modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhisinin konulmasını, tedavisinin yapılmasını ve bakımını istemek hakkına sahiptir. Tababetin ilkelerine ve tababetle ilgili mevzuat hükümlerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yapılamaz" ve Türk Tabipler Birliği tarafından 1.2.1999 tarihli Genel Kurul toplantısında kabul edilen Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının "Hekimin Görev ve Ödevleri" başlıklı 5. maddesinde ise; "Hekimin öncelikli görevi, hastalıkları önlemeye ve bilimsel gerekleri yerine getirerek hastaları iyileştirmeye çalışarak insanın yaşamını ve sağlığını korumaktır. Meslek uygulaması sırasında insan onurunu gözetmesi de, hekimin öncelikli ödevidir. Hekim, bu yükümlülüklerini yerine getirebilmek için, gelişmeleri yakından izler" şeklinde ifade edilmiştir. Doktor, doktorluk mesleğinin gerektirdiği yükümlülükler ile tıp biliminin geçerli kurallarına uygun olarak müdahale yapmalı, tıbbın ilke ve prensiplerine aykırı teşhis ve tedavi yapmamalıdır. Doktorun müdahalesi öncelikle endikasyon da denilen tıbbi bir gereklilik sebebiyle teşhis, tedavi ve hastalıktan korunma gibi sebeplerle yapılmalıdır. Bu zorunluluk Anayasamızın 17. maddesinde de vurgulanmıştır. Doktor tıptaki bilimsel gelişmeleri takip etmeli, tıbbi müdahaleyi bu güncel bilgiler doğrultusunda gerçekleştirmelidir. Belirtmek gerekir ki, doktorun standartlara ve bilimsel kurallara uygun olarak özenli bir şekilde müdahale yapıp yapmadığı belirlenirken yaptığı müdahale sonucunda hastanın şifa bulması değil, kurallara uygun müdahalede bulunup bulunmadığı göz önüne alınmalıdır. Tıpta hatalı uygulamalar, İngilizce "malpractice" sözcüğünün Türkçe okunuşuyla "malpraktis", "hekimliğin kötü uygulanması", "tıbbi kötü uygulama", "uygulama hatası", "tıpta yanlış uygulama" gibi çeşitli kavramlarla isimlendirilmekle birlikte en geniş olarak kabul gören ve kullanılan kavram "tıbbi hata"dır. Türk Tabipler Birliğinin kabul ettiği 1.2.1999 tarihli Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının 13. maddesinde "Hekimliğin Kötü Uygulanması (Malpractice)" başlığı altında; "Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik sebebiyle bir hastanın zarar görmesi" biçiminde tanımlanan tıbbi hata kavramı; Dünya Tabipler Birliğinin 44. Genel Kurulunun "Malpractice Bildirisi" olarak da bilinen sonuç bildirgesinde, tıbbi yanlış uygulamayla tıbbi bakım ve tedavi sırasında görülen hekimin hatasından kaynaklanmayan durumların birbirinden ayrılması gerektiği vurgulanarak; "a) Tıbbi yanlış uygulama; doktorun tedavisi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi*

kurtardığından bahsedilemez.[49] Nitekim hekimler bakımından bu şekilde bir bağışıklık yaratılamaz. Ancak sorumluluk belirlenirken dikkatli davranmak gereklidir.[50] Hatta mesleğinin ve sanatının standartlarına uygun olmayan bir müdahale neticesinde meydana gelen netice de şayet öngörülebilir nitelikte değilse yine hekimin taksirle öldürme ya da yaralama suçundan dolayı sorumluluğundan bahsedilmemelidir.[51] Neticenin

vermemesiyle oluşan zarar, b) Tıbbi uygulama sırasında öngörülemeyen bilgi ya da beceri noksanlığı sonucu oluşan ise; istenmeyen sonuçtur ve bunda hekimin sorumluluğu yoktur" şeklinde; Sağlık Bakanlığı tarafından hazırlanan ancak kanunlaşmamış bulunan "Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından D. Sorumluluk Kanunu Tasarısı"nın 3. maddesinde ise; "Sağlık personelinin kasıt, kusur ve ihmaliyle standart uygulamayı yapmaması, bilgi ve beceri eksikliğiyle yanlış ya da eksik teşhiste bulunması ya da hastaya tedavi vermemesiyle oluşan ve zarar meydana getiren fiil ve durumlar" biçiminde tanımlanmıştır. Tıbbi müdahaleler genel olarak "izin verilen risk" kapsamında gerçekleştirilen müdahalelerdir. İzin verilen risk, hukuken müsaade edilen tehlike oluşturma alanı olarak tarif edilmektedir. Kişiler zarar ya da tehlike doğuracak bütün davranışlarında cezalandırılma tehdidi altında bulunmamalıdır. Toplumsal gelişmeyi sağlamak veya daha kıymetli hukuki değerlere ulaşabilmek için bazı durumlarda kişilere yaptıkları işin niteliği gereği belirli oran ve ölçüde risk oluşturması için izin verilmelidir. Önemli olan belirlenen kurallara uygun şekilde gerçekleştirilen davranışların izin verilen risk alanı içinde yapılması ve neticenin de bu alan içinde gerçekleştirilmiş olmasıdır. Bu takdirde sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Tıbbi müdahale çeşidi olarak ameliyat yapılması, maden ocağı işletilmesi, spor faaliyeti, patlayıcı madde üretimi, trafikte araç kullanılması, kurallara uygun olarak av yapılması ve endüstriyel tesis işletilmesi izin verilen risk alanlarına örnek olarak gösterilmektedir. Ancak konunun uzmanı olmayan doktorun teşhis veya tedaviyi üstlenmesi anlamında üstlenme kusuru ve gerek doktorun bireysel olarak gerekse çalıştığı kurum yönünden kurumsal olarak organizasyon kusurunun, izin verilen risk dışında kaldığını söylemek mümkündür. Doktorun, tıbbi müdahale sırasında; standart uygulamayı yapmaması, bilgi, beceri veya deneyim eksikliğiyle yanlış ya da eksik teşhis veya tedavide bulunması, gerektiği ölçüde ilgi ve itina göstermemesi veya hastaya gereken tedaviyi vermemesi neticesinde tehlike ve zarar oluşturan eylemleri tıbbi hata olarak kabul edilecektir. Tedavi sonrası bakım ve kontrol yükümlülüklerine aykırılıkların da bu bağlamda değerlendirilmesi gerektiği izahtan varestedir. Ön muayyenin eksik yapılması, hastanın anamnezinin (geçmiş bilgisi) ya hiç ya da gerektiği gibi alınmaması veya gerekli tetkiklerin yapılmaması teşhis aşamasında; gereken tıbbi müdahalenin hiçbir şekilde yapılmaması, ameliyat sırasında hastanın vücudunda yabancı madde unutulması, yanlış tedavi yöntemi seçilmesi, yanlış ilaç verilmesi, hastanın veya müdahale edilecek uzvun karıştırılması, müdahalenin ölçüsüz bir şekilde yapılması, hijyen kurallarına dikkat edilmemesi veya hatalı ameliyat tarzının benimsenmesi de uygulamada tedavi aşamasında görülen tıbbi hata örneklerindendir. (H. Hakeri, Tıp Hukuku, Seçkin Yayınevi, 5. Bası, Ankara 2012, s.528-595; Nebahat Kayaer, Ceza Hukukunda Hekimin Tıbbi Müdahalesi Çerçevesinde İşlenen Taksirle Öldürme Suçu(yayınlanmamış doktora tezi) Dokuz Eylül Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İzmir, 2012, s.237 vd) Bu noktada komplikasyon kavramının da izah edilmesi gerekmektedir. Türk Dil Kurumunun Bilim ve Sanat Terimleri Sözlüğünde; "Bir hastalığın devamı sırasında oluşan başka patolojik olaylar veya hastalıklar, ardıl sorun, karmaşıklık" şeklinde tanımlanan komplikasyon, doktorun müdahale sırasında bilgi, beceri ve deneyim eksikliği olmaksızın standart uygulamayı, doğru teşhis ve tedaviyi özenli bir şekilde gerçekleştirmesine rağmen öngörülemeyecek ve engellenemeyecek şekilde ortaya çıkan, hekimliğin kötü uygulanmasından kaynaklanmayan zarar doğurucu durumları ifade etmektedir. Tıbbın kural ve gereklerine uygun davranıldığı halde hastanın veya doktorun elinde olmadan gelişen öngörülememiş ve engellenememiş zarar veya sonuç söz konusu ise komplikasyondan bahsedilir. Kusursuz sorumluluğun kabul edilmediği ceza hukuku sistemimizde failin bu durumdan sorumlu tutulabilmesi mümkün değildir" YCGK E. 2014/12-103 K. 2014/552 T. 9.12.2014 (www.kazanci.com) (ET:20.05.2022)

[49] Birtek, s. 101.

[50] Keyman, s. 77.

[51] *"Doktor olarak görev yapan sanıkların, taksirle yaralanma sebebiyle acil servise müracaat eden ölene yönelik yaptıkları muayene ve istedikleri tetkiklerle ölende çoklu pelvis kırığı, çoklu kot kırıkları ve kanlı idrar yaptığını tespit ettikten sonra acil cerrahi müdahaleyi gerektirir patoloji bulunmadığına karar vermiş olmalarının dosyadaki raporlara göre tıp kurallarına uygun olduğu, bununla birlikte genel beden travmasına ve çoklu kemik kırıklarına maruz kalmış öleni Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliğinin 24/2. maddesi uyarınca stabilizasyonu sağlanıncaya kadar ve tıp çevrelerinde genel olarak kabul gördüğü şekilde 24 saat müşahade altında tutmaları gerekirken 6-7 saat içinde taburcu etmeleri sebebiyle olayda görevlerinin gereklerini yapmakta ihmal gösterdikleri, ancak bu davranışlarıyla meydana gelen ölüm neticesi arasında nedensellik bağının bulunmadığı, başka bir anlatımla sanıklarının ihmali davranışlarının ölüme neden olacak nitelikte bulunmadığı, zira ölümün genel beden travması sebebiyle öngörülemeyecek ve engellenemeyecek biçimde ortaya çıkan akciğer embolisi komplikasyonu sebebiyle gerçekleştiğinin bilirkişi*

öngörülebilir olmaması durumundaysa artık taksirden bahsetmek olanaklı değildir. Nitekim failin kusuru bulunmadığı takdirde artık meydana gelen neticeden sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Zira ortada suç yoktur. Yine söz konusu durumun da tıp mesleğinde ve sanatında komplikasyon olarak nitelendirildiği görülmektedir.[52] Dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranılmışsa da artık neticenin öngörülebilir olması dahi sorumluluğa sebebiyet vermez.[53]

Davranış kuralına dikkatsizlik ve özensizlik sebebiyle aykırı davranılmasına karşın şayet fail söz konusu yükümlülüğüne uygun davransaydı dahi, netice gerçekleşecekse artık önlenebilirlik söz konusu olmadığından ve bu kapsamda nedensellik bağı kurulamadığından yine failin sorumluluğuna gidilemez.[54] Nitekim

---

raporlarıyla kesin olarak belirlendiği, bu sebeple sanıkların ölüm sonucundan sorumlu tutulamayacakları, bununla birlikte genel beden travmasına maruz kalmış öleni erken taburcu etmek suretiyle görevlerinin gereklerini yerine getirmekte ihmal gösterdikleri, bu ihmal sebebiyle ölenin ölüm anına kadar yaşadığı çeşitli sıkıntılara maruz kalmasına diğer bir deyişle mağduriyetine sebep oldukları anlaşıldığından, sanıkların eylemlerinin T.C.K.nun 257/2. maddesi kapsamında görevi ihmal suçunu oluşturduğu ve bu suçtan mahkumiyetlerine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden beraatlerine karar verilmesinde isabet bulunmamaktadır." YCGK E. 2014/12-103 K. 2014/552 T. 9.12.2014 (www.kazanci.com) (ET:20.05.2022)

[52] Hakeri, Tıp, s. 102.

[53] "Doktor, doktorluk mesleğinin gerektirdiği yükümlülükler ile tıp biliminin geçerli kurallarına uygun olarak müdahale yapmalı, tıbbın ilke ve prensiplerine aykırı teşhis ve tedavi yapmamalıdır. Doktorun müdahalesi öncelikle endikasyon da denilen tıbbi bir gereklilik sebebiyle teşhis, tedavi ve hastalıktan korunma gibi sebeplerle yapılmalıdır. Bu zorunluluk Anayasamızın 17. maddesinde de vurgulanmıştır. Doktor tıptaki bilimsel gelişmeleri takip etmeli, tıbbi müdahaleyi bu güncel bilgiler doğrultusunda gerçekleştirmelidir. Belirtmek gerekir ki, doktorun standartlara ve bilimsel kurallara uygun olarak özenli bir şekilde müdahale yapıp yapmadığı belirlenirken yaptığı müdahale sonucunda hastanın şifa bulması değil, kurallara uygun müdahalede bulunup bulunmadığı göz önüne alınmalıdır." YCGK E. 2014/12-103 K. 2014/552 T. 9.12.2014 (www.kazanci.com) (ET:20.05.2022)

[54] *"Pratisyen Dr. olan sanığın nöbetçi bulunduğu Mersin Özel İ... hastanesine saat 02:30 sıralarında baş ağrısı ve bulantı şikayeti ile müracaat eden K. E.'in, sanık tarafından yapılan müşahede ve muayenesi sonucunda migren anksiete bozukluğu tanısı konulup, reçete düzenlenerek ve sabah nöroloji polikliniğine gelmesi önerilerek saat 06:00 sıralarında taburcu edildiği, aynı gün saat 10:00 sıralarında şikayetleri artan K. E.'in aynı hastaneye müracaat etmesi üzerine nörolog Dr. M. Ö. tarafından muayene edilip, saat 10:29 itibariyle çekilen bilgisayarlı beyin tomografisinde serebeller hemotom saptanması üzerine hastane yönetiminin ambulans talebini hemen karşılamaması sebebiyle 2 saat kadar geç sevk edildiği Başkent Üniversitesi Adana Uygulama ve Araştırma Hastanesinde 03.10.2008 saat 07:27'de öldüğü olayda, Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulunun 'sanığın muayene sonucu kişide baş ağrısı, bulantı, frontal bölgede palpasyonla hassasiyet tespit etmesine rağmen ayırıcı tanıya varmak için şuur açık olan hastadan ayrıntılı tıbbi hikaye bilgileri alarak, kullandığı ilaçları sorarak geçirmiş olduğu kalp ameliyatı sonrasında hastanın kullandığı antiagregan ilaç 'Coumadin' kullanımı nedeniyle pıhtılaşma zamanı tetkiklerini ve teşhise vardıracak radyolojik tetkikleri yaptırması ve hastayı acilen ilgili branş hekimine yönlendirmesi gerekirken, mevcut bulguları migren ve anksiyete tanısı ile yorumlayarak, reçete düzenleyip, baş ağrısı geçmezse nöroloji polikliniğine gitmesi önerisi ile taburcu etmesinde, teşhis de gecikmeye neden olduğundan eyleminin eksik tıbbi girişim niteliğinde olduğu,' şeklindeki raporu hükme esas alınıp, sanığın kusurlu olduğu kabul edilerek mahkumiyet kararı verilmiş ise de; Söz konusu raporun inceleme kısmında da özetlenen Başkent Üniversitesi Adana Uygulama ve Araştırma Hastanesi hasta epikriz raporunda "... beyin cerrahi konsültasyonunda; cerrahi endike görüldü, ancak Coumadine bağlı APTT, PTZ yüksekliği olan hastanın INR'sinin düşmesini beklemek gerektiği belirtildi, 29.09.2008'de ve 30. 09.2008'de tekrar görüldü, ağrılı uyarana cevabı olmayan, pupiller fiks dilate, INR yüksek olan hastanın cerrahisi endikasyonu olmadığı belirtildiği, takip edildiği' şeklindeki ve tedavi için cerrahi müdahalenin zorunlu olduğu, ancak kan sululuk derecesi (INR:5.54)'nin çok yüksek olması sebebiyle cerrahi müdahale yapılmasının mümkün olmadığı manasına geldiği anlaşılan kayıt nazara alındığında, teşhiste gecikmeye neden olduğunda, ölene eksik tıbbi girişimde bulunduğunda şüphe bulunmayan sanığın zamanında doğru teşhis ve tıbbi girişimde bulunduğu halde dahi ölüm sonucunun gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini, sanığın neden olduğu gecikmenin; ölenin nörolog doktor muayenesine getirilmesinde yada Başkent Üniversitesi Adana Uygulama ve Araştırma Hastanesine sevkinde yaşanan gecikmenin sonuca etkili olup olmadığını, adı geçen hastanede cerrahi girişimde bulunulmamasının tıp kurallarına uygun olup olmadığını,*

nedensellik bağının varlığı için failin belli bir davranışta bulunma yükümlüğünün ve de neticeyi önleyebilme olanağının bir arada bulunması gereklidir.[55] Şayet nedensellik bağını kaldıracak şekilde örneğin mağdurun davranışı[56] ya da bünyesinin özelliği yahut da üçüncü bir kimsenin davranışı söz konusuysa[57] netice faile yüklenemez.[58] Nitekim nedensellik bağının bulunmaması halinde suçun fiil yani maddi unsuru bulunmadığından suçtan da bahsedilemez.[59]

Tıbbi müdahalelerin niteliği gereği, hastanın sağlığını olumsuz etkilemesi de ihtimal dahilindedir. Yine hastalığın tedavisi için birden fazla tıbbi yöntem söz konusu olabilir ve her hekim aynı yöntemi seçmeyebilir.[60] Burada önem arz eden husus, seçilen

---

dolayısıyla sanığın yada diğer bir kişinin kusuru bulunup bulunmadığını irdeleyen raporun Adli Tıp Genel Kurulundan alınması sonrası sanığın hukuki durumunun tespit ve tayini yerine teşhiste gecikmeye neden olan sanığın eyleminin eksik tıbbi girişim niteliğinde olduğundan bahsedip, söz konusu gecikmenin ölüm sonucunun gerçekleşmesinde etkili olup olmadığını, dolayısıyla sanığın kusuru bulunup bulunmadığını bildirmeyen yetersiz rapora binaen mahkumiyet hükmü kurulması," Y. 12. CD. E. 2013/14868 K. 2014/7397 T. 25.3.2014 (www.kazanci.com) (ET:20.05.2022)

[55] Gökcan, s. 492.

[56] Tıbbi müdahale gerçekleştirilen kişinin hekim tarafından kendisine verilen ilaçları kullanmaması bu kapsamda örnek olarak verilebilir. Bkz. Ateş, T. (2010). Hekimlerin Cezai ve Hukuki Sorumlulukları. İstanbul: Nobel Tıp Kitapevleri Ltd. Şti, s. 142.

[57] *"Taksirli hareket ile meydana gelen netice arasında illiyet bağı bulunmaması hâlinde fail bu sonuçtan sorumlu tutulamayacaktır. Neticenin gerçekleşmesinde, mağdur veya başka bir kişinin taksirli davranışının da etkili olması durumunda, diğer taksirli davranış nedensellik bağını kesmediği sürece bu durum failin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı gibi taksirin vasfını da değiştirmeyecektir. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda taksirle işlenebilen suçlarda kusurun derecelendirilmesi suretiyle herhangi bir ceza indirimi söz konusu olmadığından, bu hâl ancak temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilecektir… Eğer meydana gelen netice, üçüncü kişinin veya bir rastlantının eseri ise faile isnat edilemeyecektir. Bu nedenle netice, insanın hükmedebileceği alanın dışında kalıyorsa hukuken önemli olan bir tehlike ya da risk bulunmamaktadır. Hükmedilebilirlik, neticenin önemli derecede idare edilebilirliği anlamına gelmekte olup gerçekleştirilen fiil, hukuken önemli bir tehlike ya da risk oluştursa bile, olayın tamamen hayatın olağan akışının ve genel hayat tecrübelerinin dışarısında kalması nedeniyle beklenebilir değilse, netice faile yüklenemeyecektir. Kişinin nedensellik bağının üzerinde hâkimiyetinin bulunmaması objektif isnadiyetin yokluğu anlamına gelir. Objektif isnadiyetin varlığı için tipik neticenin fail tarafından oluşturulan risk nedeniyle meydana gelmesi gerekir. Neticenin, failin meydana getirdiği riskin dışında başka bir risk nedeniyle gerçekleşmesi hâlinde bu netice objektif olarak faile isnat edilemez. Ancak fiilin, suçun konusuna yönelik hukuken izin verilen riski aşan bir tehlike oluşturması ve neticenin bu fiil sonucunda meydana gelmesi durumunda objektif isnat edilebilirlik söz konusu olacak diğer bir deyişle fail tipe uygun neticeye sebebiyet veren hukuken önemli bir tehlike ya da risk oluşturmuş ise netice faile yüklenebilecektir. Gerçekleşen netice, failin hareketi ile tesadüfen birleşen başka sebeplerden meydana gelmişse, bu durumda neticenin faile isnat edilmesi söz konusu olmayacaktır. Bunun gibi sonradan işlenen fiilin daha önceden gerçekleştirilmiş fiilin neticeye ulaşmasını engellemesi hâlinde de önceki fiili gerçekleştiren faile neticenin isnat edilmesi mümkün bulunmayacaktır… Taksirli suçlarda aranacak olan objektif isnat edilebilirlik, dikkat ve özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesi sonucunda neticeye sebebiyet verilmesidir. "Fail gerekli dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirmiş olsaydı netice gerçekleşmeyecekti" denebilir ise, bu takdirde netice faile isnat edilebilecektir."* YCGK E. 2017/12-269 K. 2019/210 T. 14.3.2019 (www.kazanci.com) (ET:20.05.2022)

[58] Taşcan ve Çalışkan, s. 575; Gökcan, s. 493. Bu kapsamda örneğin (A)'nın (B)'yi kasten yaralaması ve hastaneye kaldırılan (B)'ye müdahale eden hekim (C)'nin taksiri neticesinde (B)'nin yaralanması ya da ölmesi halinde artık hekimin davranışı yeni bir nedensel süreç oluşturmuş olup (A)'nın ceza sorumluluğunun bulunması (C)'nin, (C)'nin ceza sorumluluğunun bulunması da (B)'nin sorumluluğuna engel oluşturmaz. Bkz. Hakeri, Tıp, s. 127.

[59] "Öleni son muayene eden sanığın muayenesi ile ölüm olayı arasında kısa bir süre geçtiği, Yüksek Sağlık Şurası raporunda ölene tetkik yaptırmadan reçete yazması sebebiyle sanığın kusurlu bulunduğu, ancak ölenin hastaneye getirilişi ile ölüm olayı arasındaki kısa sürenin tetkiklere başlanması halinde bile geçmiş olacağı dolayısıyla tetkikler bitinceye kadar ölüm olayının meydana gelebileceği anlaşılmış olup, bu durumu irdeleyen Adli Tıp Kurumunun 26.10.2000 tarihli raporunda da bu nedenle sanığın olayda kusurunun bulunmadığının belirtilmesi karşısında, beraatı yerine, yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi," Y. 9. CD. E. 2007/2061 K. 2007/3133 T. 11.4.2007 (www.kazanci.com) (ET:20.05.2022)

[60] Keyman, s. 81-82.

yöntemin hangisi olduğu değil, seçilen yöntemin tıbbi ve bilimsel olup olmadığı[61] ve yöntem gerçekleştirilirken gereken dikkat ve özenin gösterilip gösterilmediğidir.[62] Ancak izin verilen riskten bahsedilebilmesi için ortada ceza hukuku açısından sorumluluk doğurmayan komplikasyon bulunmalıdır.[63] Bu kapsamda ortaya çıkmasında herhangi bir dikkatsizliğin ya da özensizliğin söz konusu olmadığı, ortaya çıktıktan sonraysa gereken müdahalenin gerçekleştirilmesine karşın ortadan kaldırılamayan ya da hasta üzerindeki olumsuz sonuçlarının hafifletilemediği komplikasyon, izin verilen risk kapsamında kabul edilmelidir. Şayet komplikasyonun öngörülebilir olmasına karşın öngörülememesi,[64] öngörülmesine karşın komplikasyonun tespit edilmesi ya da ortadan kaldırılması bakımından gereken dikkat ve özenin gösterilememesi halinde artık komplikasyon değil tıbbi uygulama hatasından yani malpraktisten bahsedilmesi gereklidir.[65] Bu kapsamda bir tıbbi müdahaledeki başarısızlık doğrudan hekimin ceza sorumluluğuna sebebiyet vermez. Nitekim işinde oldukça başarılı bir hekimin dahi tüm yeteneğine ve gösterdiği özene karşın müdahalesi başarısız olabilir. Zira daha evvel de belirtildiği üzere bireyin kendine özgü bir yapıya sahip olup bilinmezliği, başarıyla sonuçlanmayan her bir müdahalenin hekim kusuru olarak nitelendirilmesine engel oluşturabilmektedir.[66]

Bazı hallerde tıbbi müdahaleye başvurulması riskli olabilir ancak iyi bir sonuç elde etme ihtimalinin az olduğu hallerde bu durum hekimin müdahalede bulunmamasına neden olmamalıdır. Şayet hekim tıp mesleğinin ve sanatının kurallarına uygun olarak bu müdahaleyi gerçekleştiriyorsa artık sorumluluğun bulunmadığı kabul edilmelidir.[67]

III. HEKİMİN BİLİNÇLİ TAKSİRLE ÖLDÜRME YA DA YARALAMA SUÇUNDAN SORUMLU TUTULMASINA İLİŞKİN YARGITAY KARARLARINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

Öğretide bilinçli taksire ilişkin TCK'nın 22. maddesinin 3. fıkrasındaki tanım[68] esas alındığında hekimin hemen hemen her bir tıbbi müdahalesi bakımından bilinçli taksirin varlığından bahsetmenin olanaklı hale geleceği ifade edilmektedir. Nitekim hekim, çoğu kez tıbbi müdahalede bulunurken gerçekleşmesi olası olumsuz neticeleri

[61] Çakmut, Ö. Y. (2013). Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul: Legal Yayıncılık, s. 38.
[62] Birtek s. 68, dp. 17.
[63] *"komplikasyonun ancak tıp bilimine uygun bir müdahale halinde söz konusu olabileceği*" Y. 12. CD. E. 2014/17447 K. 2014/21810 T. 4.11.2014 (www.kazanci.com) (ET:20.05.2022)
[64] Kanama komplikasyonun yüksek olduğu durumlarda herhangi bir kan hazırlığı yapmaksızın ameliyata giren hekimin meydana gelen ölüm ya da yaralama neticesinden bilinçli taksirle sorumlu olacağı yönünde bkz. Kayaer, N. (2020). Türk Ceza Hukukunda Tedavi Hatası. Tıp Hukuku Dergisi, Yıl: 9, Sayı: 17, s. 119.
[65] Birtek, s. 65, 76, 78.
[66] Hakeri, Tıp, s. 136.
[67] Keyman, s. 80.
[68] Söz konusu tanımın sorunlu olduğu, zira davranışın dikkate alınmadığı bu nedenle objektif sorumluluğa sebebiyet verecek nitelikte kaleme alındığı yönünde bkz. Köksal B. (2004). TCK Tasarısı'na İlişkin Genel Bir Değerlendirme ve Genel Hükümler Üzerine Birkaç Eleştiri. Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 21-35, s. 30.

öngörmektedir.[69] Hatta öğretide aydınlatılmış onam ne kadar ayrıntılı olursa hekimin tıbbi müdahalesi neticesiyle ortaya çıkan ölüm ya da yaralanma neticesi bakımından bilinçli taksirle hareket ettiğinin kabulüne de o oranda yaklaşılmış olacağı dahi ifade edilmektedir.[70] Bu kapsamda bilinçli taksirin varlığı için ek olarak bazı koşulların aranması gerektiği hususu önerilmektedir. Yani hekimin bilinçli taksirden dolayı sorumluluğu için tek başına neticeyi öngörmesi yeterli olmayıp aynı zamanda mesleki cüret gibi bazı sebeplerle yapmaması gereken tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmesi halinde bilinçli taksirin varlığının kabulü gereklidir denilmektedir.[71]

Yargıtay'ın da bu görüşte olduğu 12. CD'nin 2014/2055 sayılı kararından anlaşılmaktadır. Nitekim bu kararda *"Mesleki kusurluluk ve bu kapsamda tıbbi müdahalelerde bilinçli taksirin kabulü için, yasadaki öngörme ölçütünün tek başına kabulünün yeterli olmadığı, hekim kusurunda bilinçli taksir yönünden aşırı güven, mesleki cesaret ve tıp kurallarına çok açık ve kabul edilemez aykırılıklar ek koşullarının gerçekleşmesinin aranması, aksi halde tüm tıbbi müdahalelerde bilinçli taksirin varlığının kabul edilebileceği, bu sebeple hekim kusurunun bilinçli taksir düzeyine ulaşıp ulaşmadığının değerlendirilmesinde belirtilen bu ek koşulların da nazara alınması gerektiği anlaşılmakla, somut olayda bilinçli taksirin koşullarının gerçekleşmediği gözetilmeksizin sanık hakkında hükmolunan temel cezanın bilinçli taksir sebebiyle*

[69] Aksinin kabulünün hakkaniyete uygun olmayacağı yönünde bkz. Taşcan ve Çalışkan, s. 575

[70] Söz konusu görüş için bkz. Çelik, F. (2006). Hekimlik Uygulamalarında Aydınlatılmış Onam İhlalleri (TTB -Yüksek Onur Kurulu Kararları)". Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Sayı: 2, s. 78.

[71] Er, Topaç ve Kaygusuz, s. 1121; Yalvaç, G. (2014). "Hekimleri Cezai Sorumluluğu", Tıp Hukuku Dergisi, Özel Sayı, Tıp Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu, Yıl 3, Sayı 6, s. 76.

*artırılması"*nı hukuka aykırı bulmuştur.[72] Yine Yargıtay 12. CD. 2013/15909 sayılı kararında benzer bir değerlendirmede şu şekilde bulunmuştur: *"İnceleme konusu somut olayda; ruhsatı iptal edilmiş bulunan sağlık kuruluşunu, yataklı konaklama tesisi olarak ruhsatlandıran genel cerrahi uzmanı Opt. Dr. Sanığın, zayıflama merkezinde tedavi gören D. K.'nın, 44 günlük süreçte 13,8 kg. zayıflamasına ve buna bağlı olarak, tedavi görende mevcut kronik kalp damar hastalığının aktif hale geçmesi sonucu ölümüne neden olduğu olayda, sanığın uyguladığı tedavi yönteminin tıbbi standartlara uymadığı, Adli Tıp Kurumu Genel Kurulunca düzenlenen 9.2.2012 tarihli raporda da belirtildiği üzere, fizyolojik kilo verme hızının ayda 2-4 kilogram olması gerektiği, obez kişilerde hızlı kilo vermenin kronik kalp rahatsızlığını aktif hale geçirebileceğinin tıbben bilindiği, ölende hızlı kilo kaybı tespit edilmiş olmasına rağmen, diyet egzersiz programlarının yeniden değerlendirilmemesi ve tetkiklerin eksik yaptırılması nedeniyle, sanığın kusurlu bulunduğu ve bu kusurlu davranışın ölüme etkisinin olduğu ve ölümle sanığın eylemi arasında illiyet bağının bulunduğu, uygulanan yöntemin bilinen tıbbi standartlara uymaması nedeniyle, ölümün komplikasyon olarak da değerlendirilemeyeceği, meydana gelen ölüm sonucunun sanık tarafından da öngörülmesinin mümkün olduğu ancak, buna rağmen tedavi yönteminin değerlendirilmemesi ve yeni tetkiklerin yapılmaması nedeniyle, sanığın tecrübesine dayanarak zararlı bir sonucun meydana gelmeyeceğine duyduğu güvenle kayıtsız kaldığı ve eyleminin bilinçli taksirle öldürme suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeksizin, yazılı şekilde basit taksirle öldürmeden*

[72] Yargıtay'ın söz konusu kararına konu olan olay ise şekildedir: "28.4.2008 günü gece vakti katılanlar Mitat Ateş ve S. A.'ın oğulları olan ve olay tarihinde 14 yaşında bulunan katılan küçük O. A.'ın testislerinde aniden şişme ve sancı oluşması sebebiyle katılan M. A.'ın, oğlu O.'u alarak evlerinin yakınında bulunan Özel Batı Anadolu Tıp Merkezi Acil Servisine saat: 22.54'te götürdüğü, acil serviste görevli doktor olan sanık A. T.'ın ilkmuayeneden sonra idrar tahlili ile ağrı kesici bir iğne yaptıktan sonra ertesi gün 29.4.2008günü polikliniğe gelerek uzman üroloji doktoruna muayene olması gerektiğini de söylemek suretiyle O. ile babasını eve gönderdiği, babasının işe gitmesi sebebiyle 29.4.2010 günü sabah saatlerinde bu defa annesi olan katılan S. A. tarafından aynı tıp merkezine götürülen katılanın burada üroloji uzmanı olarak görev yapan doktor Ü. E. tarafından muayene edildikten sonra bir kısım tahlil ve tetkiklerinin yapılması sonrası, sonucu gösterdikleri doktor Ü. E.'in radyoloji doktoru geldiğinde ultrason çektirilmesini önermesi üzerine katılan O. ve annesinin radyoloji uzmanını beklediği saat:15.00 sıralarında gelen radyoloji uzmanı doktor Ö. Ö. E. ile doktor Ü. E.'in, katılan küçüğü birlikte muayene ettikten sonra radyoloji uzmanının doktor Ü. E.'e 'durum kötü' şeklinde sözler söylemesi üzerine doktor Ü. E.'in, katılanlara 'isterseniz bir de hastaneye gidin' şeklinde sözler söylemesi üzerine Tıp Merkezinden ayrılarak bu defa İzmir B. Uz Çocuk Hastalıkları ve Cerrahisi Eğitim ve Araştırma Hastanesine götürülen katılan küçüğün, yapılan muayenesi sonucunda 'testis torsiyonu' teşhisi konulduktan sonra 30.4.2008 günü gece saat 00.30'da yatışı yapıldıktan sonra, aynı gün saat: 02.00 da başlanan operasyon sonucunda sol testisinin alınması sonucu organ işlev kaybı oluşacak şekilde yaralanması ile sonuçlanan olayda, İstanbul Adli Tıp Kurumu 3. Adli Tıp İhtisas Kurulu tarafından düzenlenen 23.12.2009 tarihli raporda, sanık Dr. A. T. tarafından yapılan muayene sonucunda, prostatik ön tanısı ile üroloji polikliniğin eğitmesi önerilen 1 gün sonra üroloji uzmanı ve radyoloji uzmanı tarafından yapılan muayene ve tetkiklerde testis torsiyonu olduğu anlaşılan vakada, Dr. A. T.'ın uygulamasının, 1994 doğumlu olan hastada bu yaş grubunda testis ağrısına sebep olabilecek ihtimaller arasında ilk akla gelmesi gereken ihtimalin "testis torsiyonu" olduğu böyle acil bir durumda hastanın zaman geçirilmeden ağrı kesici uygulanıp üroloji polikliniği yerine acil cerrahi girişim ve radyolojik tetkikin yapılabileceği bir hastaneye sevk edilmesinin gerektiği, bu sebeple ilgili hekimin yaptığı işlemlerin tıp kurallarına uygun olmadığının belirtilmesi karşısında sanığın eyleminin taksirle yaralama suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, bu kapsamda eylemi taksirle yaralama suçu olarak değerlendiren yerel mahkeme hükmünde bir isabetsizlik bulunmadığı" Y. 12. CD. E. 2013/18184 K. 2014/2055 T. 29.1.2014 (www.kazanci.com) (ET:20.05.2022)

sorumlu tutulması" yasaya aykırı bulunmuştur.[73] Bunun üzerine ilk derece mahkemesince sanık hakkında bilinçli taksirle öldürme suçundan dolayı mahkumiyet hükmü verilmiş, bu hükmün de temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 12. CD. 2014/21810 sayılı kararında ilk derece mahkemesinin kararında herhangi bir isabetsizlik bulunmadığını 2013/15909 sayılı kararındaki gerekçelere değinerek onamıştır.[74] Yargıtay 12. CD'nin söz konusu kararlarından hekimlerle ilgili olarak bilinçli taksirden bahsedilebilmesi için TCK'nın 22. maddesinin 3. fıkrasında yer alan öngörme ölçütünün yanında bazı ek ölçütleri aradığı görülmektedir.

Ölüm ya da yaralanma neticesinin gerçekleştiği her bir halde nasıl olsa netice hekim tarafından öngörülmüştür şeklinde bir ön kabulün varlığından bahsedilemez.[75] Buna karşın örneğin hastanın ısrarlı bir şekilde kendisinin ağrı kesici ilaçlara olan alerjisinin bulunduğunu ve bu kapsamda yüzünün gözünün şiştiğini, nefes almada güçlük çektiğini, belirtmesine rağmen hekimin "korkma, bir şey olmaz" diyerek hastaya ağrı kesici bir ilaç uygulaması durumunda hastanın hayati tehlike geçirmesi ya da ölmesi durumunda bilinçli taksiri vardır. Nitekim hekim burada neticenin gerçekleşmeyeceğine inanarak davranışını gerçekleştirmektedir. Yine hekimin ne kadar becerikli olduğunu göstermek ya da bir deneme yapmak üzere yeni bir cerrahi usule[76] başvurması durumunda da bilinçli taksirle hareket ettiği ifade edilmektedir.[77] Ancak söz konusu yeni usulün uygulanmasıyla ilgili olarak da ön bir kabulle hareket edilmemelidir, şayet başkaca bir yöntem yoksa ve bu yeni usul de olması gerektiği şekilde uygulanmışsa her ne kadar ölüm ya da yaralanma neticesi ortaya çıkmış olsa da hekimin ceza sorumluluğuna gidilmemelidir.

Öğretide de Yargıtay'ın yaklaşımına paralel şekilde hekimin bilinçli taksirinin bulunduğundan bahsedilebilmesi için bazı ek koşulların gerekliliğine vurgu

[73] Y. 12. CD. E. 2013/11225 K. 2013/15909 T. 11.6.2013 (www.kazanci.com) (ET:20.05.2022)
[74] Y. 12. CD. E. 2014/17447 K. 2014/21810 T. 4.11.2014 (www.kazanci.com) (ET:20.05.2022)
[75] Öğretide hekimin sarhoşken tıbbi müdahalede bulunması halinde de bilinçli taksirinin bulunduğu ifade edilmekteyse de (bkz. Hakeri, Tıp, s. 106; Taşcan ve Çalışkan, s. 575, dp. 1776) bu şekilde bir ön kabulle hareket etmenin yerinde olmadığı bilinçli taksirin varlığı için gerekli olan tüm koşulların aranmasının gerekli olduğu belirtilmelidir.
[76] Tıbbi deontoloji nizamnamesinin söz konusu hususla ilgili 11. maddesi şu şekildedir:
"Tecrübe maksadı ile insanlar üzerinde hiç bir cerrahi müdahale yapılamıyacağı gibi aynı maksatla, kimyevi, fiziki veya biyolojik şekilde herhangi bir tedavi de tatbik edilemez.
Klasik metodların bir hastaya fayda vermiyeceği klinik veya laboratuvar muayeneleri neticesinde sabit olduğu takdirde, daha önce, mütat tecrübe hayvanları üzerinde kafi derecede denenmek suretiyle faydalı tesirleri anlaşılmış olan bir tedavi usulünün tatbikı caizdir. Şu kadar ki, bu tedavinin tatbik edilebilmesi için hastaya faydalı olacağının ve muvaffakiyet elde edilmemesi halinde ise mütat tedavi usullerinden daha elverişsiz bir netice alınmıyacağının muhtemel bulunması şarttır.
Evvelce tecrübe edilmiş olmamakla beraber, zarar vermesine ihtimal bulunmayan ve hastayı kurtarması kati görülen bir müdahale yapılabilir."
[77] Gülşen, R. (2012). Hekimin Malpraktisten Kaynaklanan Cezai Sorumluluğu. Tıp hukuku Dergisi, Yıl1, Sayı 1, Nisan 2012, s. 58. Hekimin komplikasyonu öngörmesine karşın buna kayıtsız kalması ve herhangi bir önlem almaksızın tıbbi müdaheleyi gerçekleştirmesi halinde tıbbi müdahale, standartlara uygun gerçekleştirilmiş olsa dahi bilinçli taksirinin bulunduğu ve burada artık izin verilen riskten de bahsedilemeyeceği, tıbbi uygulama hatasının bulunduğu yönündeki görüş için bkz. Birtek, s. 97-98.

yapılmaktadır.[78] Ancak öğretinin ve Yargıtay'ın hekimin tıbbi müdahalesi nedeniyle meydana gelen ölüm ya da yaralanma neticeleri bakımından bilinçli taksirden ötürü sorumluluğuna gidilebilmesi için aradığı ek koşulların esasında ek koşullar olmadığı bu koşulların bizatihi bilinçli taksirin varlığı için aranan koşullar olduğu[79] belirtilmelidir. Nitekim YCGK'nın 2008/49 sayılı kararında "*Sanık sürücünün önünde seyreden aracın ani fren yapması üzerine kendisinin de fren tedbirine başvurmasına rağmen kullandığı tankerdeki sıvı yükün etkisiyle duramayıp aracıyla öndeki aracın sol arka köşesine vurması ve kontrolden çıkarak diğer şeride geçtiğinde karşı yönden gelen araçla çarpışması*" ve "*iki kişinin ölümüne, bir kişinin yaralanmasına neden olduğu*" olayda, *"bilinçli taksirde, neticenin gerçekleşmesini istemeyen fail, hareketinin tipe uygun, hukuka aykırı bir sonuca neden olabileceğini öngörmesine rağmen, hareketine devam ederek neticeyi meydana getirmektedir. Hukuka aykırı neticeyi öngördüğü halde gerçekleşmeyeceğine güvenen ve bu güvenle hareketini sürdüren failin söz konusu güveninin dayanağı, talih, bilgi, yetenek, deneyim vb. gibi çeşitli etkenler"* olabilir demiştir. Bu kapsamda aranan ek koşulların yalnızca hekimlere özgü olmadığı belirtilmelidir. Yine YCGK, 2019/210 sayılı kararında *"Basit taksir ile bilinçli taksir arasındaki ayırıcı ölçüt; taksirde failin öngörülebilir nitelikteki neticeyi öngörememesi, bilinçli taksirde ise bu neticeyi öngörmüş olmasıdır. Bilinçli taksirde, neticenin gerçekleşmesini istemeyen fail, hareketinin tipe uygun ve hukuka aykırı bir sonuca neden olabileceğini öngörmesine rağmen, hareketine devam ederek istemediği zararlı neticeyi meydana getirmektedir. Hukuka aykırı neticeyi öngördüğü hâlde gerçekleşmeyeceğine güvenen ve bu güvenle hareketini sürdüren failin söz konusu güveninin dayanağı; şans, bilgi, beceri, yetenek, tecrübe gibi çeşitli etkenler olabilir. Örneğin, sevk ve idaresindeki araçla trafikte seyri esnasında, kendi yönündeki araçlara kırmızı ışığın yandığını ve diğer istikametten gelen araç veya yayaların hareket etmeye başladığını görmesine rağmen şoförlük yetenek ve tecrübelerine güvenerek süratle yola girip yaya veya araçlara çarpan fail, gerçekleşen zararlı neticeyi öngörmesi ancak istememesi nedeniyle bilinçli taksirden sorumlu olacaktır. Görüldüğü üzere, bilinçli taksirde meydana gelen netice, fail tarafından öngörüldüğü halde istenmemiştir. Gerçekten fiilinin kanunda suç olarak düzenlenen bir neticeye sebebiyet verebileceğini öngördüğü ve bu neticeyi istemediği hâlde, sırf şansına veya başka etkenlere, hatta beceri veya bilgisine güvenerek hareket eden kimsenin hâli, bunu öngörmemiş bulunan kimsenin durumu ile bir tutulamayacağından ve neticeyi öngören kimse, ne olursa olsun bu sonucu meydana getirecek bir harekette bulunmamakla yükümlü olduğundan, "neticenin fail tarafından öngörülmesi" ölçü alınarak basit ve bilinçli taksir ayrımına gidilmiştir."* demiştir.

[78] Birtek, s. 65.
[79] YCGK E. 2007/9-275 K. 2008/49 T. 11.3.2008 (www.kazanci.com) (ET:20.05.2022).

Yargıtay 12. CD 2588/5208 sayılı kararındaysa yukarıda verilen 2014/2055, 2013/15909 ve de 2014/21810 sayılı kararlarında hekimlerin bilinçli taksir nedeniyle sorumluluğuna gidilebilmesi için aradığı ek koşullara vurgu yapmaksızın *"Katılanın beyanı, doktor raporu, hastane belgeleri, Adli Tıp raporu, tedavi evrakları ve tüm dosya kapsamından; ... Hastanesi Sağlık Hizmetleri Ticaret Anonim Şirketi'ne ait ... Hastanesi'nde 22.02.2011 tarihinde böbrek ameliyatı olup taburcu edilen ve 06.03.2011 tarihinde rahatsızlanması sebebiyle aynı hastanenin acil servisine getirilen katılana, nöbetçi üroloji uzmanı olarak görev yapan sanığın gözetiminde, Rozefin isimli ilacın enjekte edilmesi sonrasında meydana gelen alerji neticesinde, krize girerek hayati tehlike geçirecek biçimde yaralanmasına neden olunması şeklinde gerçekleşen olayda, katılana ait hastane dosyasında katılanın Rozefin adlı ilaca alerjisi bulunduğunun kayıtlı olduğu, ayrıca bu durumu gösteren pembe bandın katılanın kolunda takılı olmasına karşın, sanığın gerekli dikkat ve özeni göstermeyerek hastaya belirtilen ilacın enjekte edilmesine onay vermek suretiyle yaralanmasına neden olması olayında bilinçli taksirin şartlarının gerçekleştiği, mahkemece oluşun bu şekilde kabul edilerek sanığa tayin edilen cezada TCK'nın 22/3. maddesi uyarınca artırım yapılması"*nın yerinde olduğunu belirterek onamıştır.[80] Yine Yargıtay 12. CD 2021/3821 sayılı kararında *"Sanık ...'ün yönetim kurulu başkanı olduğu ... Madencilik Anonim Şirketi'nin işlettiği maden ocağında, sanık ...'nın maden mühendisi daimi nezaretçi, sanık ...'nin işyeri hekimi, sanık ...'in ise vardiya şefi olarak görev yaptığı, sınır düzeyde mental reterdasyon rahatsızlığı bulunan ve ... kurulu raporuna göre sorumluluk gereken işlerde çalıştırılamayağı belirtilen ölen ...'nın adı geçen maden ocağında işçi olarak çalıştığı, olay günü vinç operatörünün işe gelmemesi dolayısıyla vinç operatörlük ehliyeti bulunmayan sanık ... 'in uyarı levhaları ve kapasite etiketi takılı olmayan, sesli ve görüntülü ikaz takılı olmayan, sınır kesici şalteri bulunmayan, bakım ve onarım defteri tutulmayan vinci kullanarak, ...'nın kömür ile doldurduğu vagonları vinç aracılığı yukarıya çektiği, vagonun boşalmasından sonra ise ocağın içerisine doğru saldığı sırada boş vagona bağlı bulunan çelik halatın kopması neticesinde boşalan vagonun ... 'ya çarparak ölümüne neden olduğu olayda, kusur durumunun tespiti amacı ile 30.12.2014 tarihli bilirkişi raporunda ve 18.09.2015 tarihli bilirkişi heyet raporunda sanık ...'ün gerekli denetim ve koordinasyonun sağlamaması, iş güvenliği önlemlerinin almaması sebebi ile asli kusurlu, sanık ...'nin sağlık durumu elverişli olmayan ölenin bu tür işlerde bedenen çalışması mümkün olmadığı halde kendisine işe elverişli olduğuna dair rapor düzenlemesi sebebiyle tali kusurlu olduğu tespit edilmiş olup;İş Yeri Tehlike Sınıfları Tebliğine göre icra edilen iş kolunun çok tehlikeli işler kapsamında yer aldığı; 6331 Sayılı Kanun'un 15. maddesine göre, çok tehlikeli sınıfta yer olan işlerde çalışacakların yapacakları işe uygun olduklarını belirten sağlık raporu almadan işe başlatılamayacakları, 17. maddesine göre ise, mesleki eğitim*

[80] Y. 12. CD, 29.3.2016, 2588/5208 (Hakeri, H. (2021). Tıp Ceza Hukuku, Yargıtay Kararları, s. 245.)

*alma zorunluluğu olan çok tehlikeli sınıfta yer alan işlerde yapacağı işle ilgili mesleki eğitim aldığını belgeleyemeyenlerin çalıştırılamayacağı düzenlemelerine yer verildiği; dosya içeriğine göre çok tehlikeli işte çalışabileceğine dair ... raporu alınmadığı anlaşılmakla, işyeri yetkilisi ve işyeri hekimi olan sanıklar hakkında koşulları oluşması sebebiyle TCK'nın 22/3. maddesi gereğince bilinçli taksir hükümlerinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi"*ni hukuka aykırı bulmuştur.[81] Söz konusu iki kararda her ne kadar tıp mesleğinin ve sanatının kurallarına çok açık aykırılık bulunduğundan bu şekilde bir karar verilmiş olabileceği düşünülebilirse de Y. 4. CD. 2003/11352 sayılı kararında diş hekiminin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak yanlış dişi çekmesini yerinde olarak taksirle yaralama suçu olarak kabul etmiş ancak bilinçli taksirin uygulanması gerektiğini belirtmemiştir.[82] Zira hekim tarafından gerçekleştirilen tıp mesleğinin ve sanatının kurallarına çok açık aykırılık hallerinde de hekimin neticeyi öngörüp öngörmediğinin tespiti gereklidir.

Yine Yargıtay 12. CD. 2018/4780 sayılı kararında, *"Sanığın özel bir tıp merkezinde göz operatörü olarak görev yaptığı,11.08.2009 tarihinde, 55 yaşındaki katılanın her iki gözüne yaptığı katarakt ameliyatından bir gün sonra hastanın taburcu edildiği, 13.08.2009 tarihinde hastanın ağrı şikayeti ile hastaneye geldiği, sanık doktorun yaptığı muayene sonucunda sağ gözde, ağır göz içi iltihaplanması (endoftalmi) şüphesi ile hastayı özel ambulans ile Çukurova Üniversitesi Tıp Fakültesine sevk ettiği, burada yapılan muayeneler sonucu hastanın kendi istemi ile 14.08.2009 tarihinde taburcu olup, 15.08.2009 tarihinde Ankara Dünya Göz hastanesine yatışının yapıldığı, ağır göz içi iltihaplanması tespit edilen hastaya vitrektomi yapıldığı, hastanın sol gözünde gelişen endoftalmi etkeni olarak Pseudomonas adlı bakterinin ürediğinin tespit edildiği, Dünya Göz hastanesinde 25.02.2010 tarihine kadar, aralıklı olarak yapılan tüm tedavilere rağmen, hastanın her iki gözünde tam görme kaybı oluştuğu olayda; 1-)Adli Tıp Kurumu 3.İhtisas Kurulu'nun 16.01.2012 tarihli raporun "Sonuç" kısmının (1) numaralı bendinde "....aynı anda her iki göze katarakt ameliyatının yapılmasının tıp kurallarına uygun olmadığı..." (2) numaralı bendinde ise "...her iki gözde tam görme kaybına yol açan endoftalminin ameliyat koşullarından kaynaklandığına..." dair görüşü karşısında; katılanda meydana gelen her iki gözdeki tam görme kaybının " hekimin hatalı uygulaması sonucu her iki göze aynı anda ameliyat yapılması nedeni ile mi; ameliyat koşullarının*

[81] Y. 12. CD. E. 2019/7370 K. 2021/3821 T. 21.4.2021 (www.kazanci.com) (ET:20.05.2022)

[82] *"suç tarihinde N... Devlet Hastanesi Diş Polikliniğinde Diş Tabibi olarak görevli bulunduğu bildirilen sanığın diş çektirmek için kendisine başvuran 1991 doğumlu mağdure Selen'in çekilmesi gereken sol üst çene IV-V nolu çürük dişleri yerine sağ üst çenesindeki IV-V No.lu sağlam dişleri çekmesi biçiminde oluşan eylemde Yüksek Sağlık Şurası'nın 25, 26 Ekim 2001 tarihli raporunda da açıkça vurgulandığı gibi, hastasına gerekli dikkat ve itinayı göstermeyerek onun cismen eza görecek veya sıhhatini ihlal edecek derecede yaralanmasına sebebiyet vermiş bulunması karşısında TCY. 459. maddesinde yazılı suçun oluşacağı gözetilerek mevcut yaralanmanın mağdureyi kaç gün alışılmış uğraşısından alıkoyacağı hususunda uzman hekim ve sanığın kusur oranı yönünden bilirkişi raporu alındıktan sonra neticesine göre hüküm kurulması yerine görevi savsama suçundan hüküm kurulması"* Y. 4. CD. E. 2002/28399 K. 2003/11352 T. 12.11.2003 (www.kazanci.com) (ET:20.05.2022)

steril olmamasından mı; taburcu edildiği süreçte dış koşullardan mı meydana geldiği " hususları ile "ameliyat koşullarından meydana gelmiş ise ameliyathanenin, ameliyatta kullanılan ekipmanın hijyenik, steril olmalarının sağlanmasına dair yükümlülüğün kimde olduğu net bir şekilde araştırılarak, belirsizliğin giderilmesi " ile birlikte, Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu'ndan rapor alınmasından sonra, sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerektiği gözetilmeden, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi, Koşulları oluşmadığı halde sanığın atılı suçu bilinçli taksirle işlediğinden bahisle TCK'nın 22/3. maddesi uygulanarak sanık hakkında fazla ceza tayin" edilmesini hukuka aykırı bulmuştur[83] ki bu olayda da her iki göze birden katarakt ameliyatının aynı anda yapılmamasına ilişkin tıp kurallarına açık bir aykırılık bulunmaktadır.

Yine Y. 12. CD. 2019/12173 sayılı kararında *"katılanın 12/06/2009 tarihinde bıçakla yaralanma sonra getirildiği Kastamonu Devlet Hastanesinde sanık doktor... tarafından ameliyat edildiği, diğer sanık hemşirelerinde ameliyatta görevli olduğu, 20/06/2008'de taburcu edilen katılanın karın ağrısı şikayetiyle Almanya'da bir hastaneye başvurduğu, burada 12/02/2009 tarihinde yapılan ameliyat ile karnında tespit edilen kitlenin çıkarıldığı, aynı tarihte yapılan patolojiye göre bunun 12/06/2008'de sanıklar tarafından gerçekleştirilen ameliyat sırasında unutulan gazlı bez olduğunun tespit edildiği olayda, TCK'nın 89/5. maddesi kapsamına girecek şekilde bilinçli taksir halinin gerçekleşmediği,… Bilinçli taksirle işlenmediği anlaşılan sanıklara atılı taksirle yaralama suçunun TCK'nın 89/5. maddesi uyarınca takibinin şikayete tabi olduğu"*nu

[83] Y. 12. CD. E. 2016/9896 K. 2018/4780 T. 24.4.2018 (www.kazanci.com) (ET:20.05.2022)

belirtmiştir[84] nitekim Yargıtay tarafından söz konusu haller yerinde olarak basit taksir kapsamında değerlendirilmektedir.[85]

---

[84] Y. 12. CD. E. 2019/12762 K. 2019/12153 **T.** 24.12.2019 (**www.legalbank.net**) **(ET:20.05.2022)**. Yine benzer yöndeki diğer kararlar için bkz. *"Sanık ...'ün... Devlet Hastanesinde kadın hastalıkları ve doğum uzmanı hekimi olarak, sanık ...'in doğumhanede görevli ameliyat hemşiresi, sanık ...'nın da ameliyat ebesi olarak görev yaptıkları, katılan ...'ın 13/04/2010 tarihinde... Devlet Hastanesinde miadında gebe ve ağrılı myom endikasyonu ile sezaryen ameliyata alındığı, ... 10 olan canlı bir bebek doğurtulduğu, aynı zamanda kişinin myomlarına yönelik operasyon uygulandığı, 16/04/2010 tarihinde kişide ani kusma ve mide ağrısı nedeniyle cerrahi konsültasyon istendiği, akut sigmoid torsiyonu düşünülerek ... Hastanesine sevk edildiği, sevk edildiği merkezde akut batin ön tanısı ile 18.04.2010 tarihinde ameliyata alındığı, ameliyat gözleminde sol üst kadranda yabancı cisim (pet) tespit edildiğinin anlaşıldığı, ilk ameliyat sebebiyle katılanın basit tıbbi müdahale ile giderilemez, hayati tehlike geçirecek şekilde yaralandığı, katılanın ameliyat sonrası 21.04.2010 tarihine kadar tedavisinin ... hastanesinde devam ettiği, 22.04.2010 tarihinde tedavisinin sona ermesi nedeniyle...'ye döndüğü, 18.04.2010 tarihinde yabancı cisim unutulduğunu öğrendiğinin anlaşılması karşısında; Taksirle yaralama suçunun TCK'nın 89/5. maddesi uyarınca takibinin şikayete tabi olduğu ve dosya içeriğine göre şikayetin TCK'nın 73/1. madde ve fıkrasında öngörülen 6 aylık süre geçtikten sonra 31.03.2011 tarihinde şikayet ettiği anlaşılmakla; SONUÇ : Bozma ilamına uyularak yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, katılan vekilinin bilinçli taksir koşullarının oluştuğuna yönelik temyiz itirazlarının reddiyle, hükmün isteme uygun olarak ONANMASINA, 21/10/2020 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."* Y. 12. CD. E. 2020/1708 K. 2020/5411 T. 21.10.2020; *"Sanığın Özel ... Hastanesinde ortopedi uzmanı olarak görev yaptığı, 11.7.2006 tarihinde 13 yaşındaki ...'ün kolunun kırılması üzerine ablası ... tarafından tedavi amacıyla sanığın görev yaptığı hastaneye getirildiği, Özel .....Hastanesinin 11.7.2006 tarih ve 180821 numaralı muayene raporu ve reçetesinde; "Üç gün önce kolunun üzerine birisinin düşmüş olduğu ifadesiyle geldiği, sol dirsek eklem içi kırığı teşhis edildiği, genel durumunun iyi, sol dirsek palpasyonu ağrılı, dirsek hareketleri ağrılı, el ve ön kolda yumuşak dokuda ödem olduğu, dolaşım problemi olmadığı, sinir problemi olmadığı, el parmaklarına ve el bileğine hareket yaptırılabildiği, grafisinde sol dirsek eklem içi kırığı(nondeplase) saptandığı, dirsek üstü alçı atel yapıldığı, medikaltedavi başlandığı, ağrı kesici ve ödem geriletici, elevasyon ve takibe alındığı, kontrolde BT çekilip sonucuna göre tedavisinin devamına karar verileceği, Apranaxtb 2x1, Minosettb 2x1 reçete edildiği," şeklinde belirtildiği, her ne kadar dosya içerisinde herhangi bir hastane evrakı mevcut olmasa da taraf ifadelerine göre çocuğun ağrısının artması, sırt ve karın ağrısı olması üzerine 12.7.2006 tarihinde tekrar aynı hastaneye götürdükleri, doktorun alçısını kısalttığını eve gönderildiğini, 13.7.2006 tarihinde de şikayetleri devam eden ve mide bulantıları başlayan çocuğun hastaneye götürüldüğü, apranax isimli ilacı keserek diğer ilaçlarını içmesi önerilerek eve gönderildiği, akşam sırtının acıdığını ve karnının ağrıdığını söylemesi üzerine hastaneye götürmek istediklerini ancak çocuğun gitmek istemediğini, 14.7.2006 tarihinde fenalaşması üzerine saat: 06-00- 07.00 sıralarında.....Hastanesine götürdüklerini, nöbetçi doktor olmadığı söylenerek hastaneye kabul edilmediklerini, bunun üzerine İlgi Hastanesine gittiklerini, İlgi Hastanesinin 14.7.2006 tarih ve 470 no.lu geçici raporunda; "3 gün önce düşmüş olduğu, sol kolda çatlak olduğu ve alçıya alınmış olduğu, önceki akşam terleme ve üşümeleri olduğu, sabah kalktıklarında kusmuş ve baygın halde buldukları, bilincinin kapalı, oryantasyon ve kooperasyonun olmadığı, IR -/-, pupillerifix dilate olduğu, ağrılı uyaranlara cevap vermediği, patolojik refleksi olmadığı, tansiyon ve nabız alınamadığı, solunumu olmadığı, ex duhul olarak geldiği, 30 dakika kardiopulmoner resüsitasyon uygulandığı, ancak solunum ve kalp tepe atımının geri dönmediği, 07.45'te exkabul edildiği, ölüm nedeninin anlaşılamadığı," şeklinde belirtildiği, Adli Tıp Kurumu Morg İhtisas Dairesinin 18.10.2006 tarih ve 2233/17.7.2006/37564 numaralı otopsi raporunda "Sol radius kemiğinde kırık ve kırık çevresinde yoğun iltihap görülen kişinin ölümünün nekrozlaşan taze lobülerpnömoni, irinli fibrinliplörite bağlı solunum yetmezliği sonucu meydana gelmiş olduğunun" belirtildiği, Adli Tıp Kurumu Birinci Adli Tıp İhtisas Kurulunun 28.7.2007 tarihli 3239 karar numaralı mütalaasında "Tıbbi belgeler ve otopsi raporuna göre; çocuğun ölümünün künt travmaya bağlı yumuşak doku zedelenmesi ile bu bölgede oluşan enfeksiyona bağlı komplikasyonlar sonucu meydana gelmiş olduğunun" belirtildiği, Adli Tıp Kurumu Üçüncü Adli Tıp İhtisas Kurulunun 9.1.2008 tarihli 206 karar numaralı mütalaasında "1993 doğumlu ...'ün Dr. ... tarafından ilk görüldüğü gün kırığa yapılan tedavinin uygun olduğu, ancak otopsisindeki bulguların yaygın enfeksiyon göstergesi olduğu, ölümden 1 gün önce muayene eden aynı hekimin mevcut bulguları tespit edememiş olmasının eksik bir eylem olduğu, yeterli takip ve tedavi yapmamış olması sebebiyle Dr....'ın eyleminin tıp kurallarına uygun olmadığının" belirtildiği, Yüksek Sağlık Şurasının 5-8 Kasım 2009 tarih ve 2008/173 karar sayılı raporunda "Dosyadaki bilgi, belge ve bulgular değerlendirildiğinde; hastanın Dr. .....tarafından ilk görüldüğü gün kırığa yapılan tedavinin uygun olduğu, ancak ölümünden 1 gün önce karın ve sırt ağrısı olan hastayı muayene eden Dr. .....'ın hastada sepsise yol açacak pnömoni bulgularını tespit edememiş olmasının eksiklik olduğu, ölüm sebebinin sepsis olduğu, yeterli takip ve tedavi yapmamış olmasından dolayı Dr. ....ın özen ve dikkat eksikliğinin olduğuna, bilinçli taksirinin ise söz konusu olmadığına şüphesiz oybirliği ile karar verildiği," şeklinde belirtildiği, Adli Tıp Kurumu Birinci Adli Tıp İhtisas Kurulunun 25.16.2014 tarihli 2914 karar numaralı mütalaasında "çocuğun 11.7.2006*

Hekimlerin ceza sorumluluğuna ilişkin taksirle öldürme ve yaralama suçları bakımından ayrı bir sorumluluk söz konusu olmayıp sorumluluk genel kurallara göre belirlenecektir.[86] Bu nedenle tıbbi müdahalelerin gerçekleştirildiği anda ortaya çıkması olası sonuçların öngörülebilirliği ve hekimin de çoğu zaman bunu öngörmesi ve de hastanın ölümünün ya da yaralanmasının gerçekleştiği her bir durumda bilinçli taksirinin bulunduğundan bahsedilemez.[87] Şayet hekimin öngörüsüne rağmen tıp mesleğinin ve sanatının kurallarına uygun bir müdahale gerçekleştirilmişse artık basit ya da bilinçli taksirle öldürme yahut da yaralama suçları söz konusu olamaz.

---

ve 12.7.2006 tarihinde başvuru şikayetlerine göre konulan tanının ve yapılan tedavinin uygun olduğu, 13.7.2006 tarihinde karın ve sırt ağrısı şikayetleri ile getirildiğinde herhangi bir muayene ve tetkik yapılmadan veya çocuk hastalıkları konsültasyonu istemeden şikayetlerini Apranax adlı ilaca bağlamış olması sebebiyle Dr. .....'ın kusurlu olduğu, Dr. .....'ın karın ve sırt ağrısı şikayetlerinin ilaca bağlanmış olması sebebiyle kusurlu olmakla birlikte hasta yakınının çocukta öksürük, ateş, solunum sıkıntısı gibi yakınmalarının bulunduğuna dair anamnez vermemiş olması ve çocuğun 13.7.2006 tarihinde muayeneden 1 gün sonra ölmüş olması sebebiyle ölümünün tek başına hekim kusuru sebebiyle meydana geldiğinin söylenmeyeceği, Dr. .....'ın kusurunun ölüm meydana gelmesindeki etkisi 8/8 üzerinde değerlendirildiğinde 2/8 olarak kabulünün uygun bulunduğu, kusurlu eylem sorulduğu üzere bilinçli taksir olarak değerlendirilemeyeceğinin" mütalaa edildiği ve son olarak bozma ilamına uyularak yapılan yargılama sırasında alınan "18.9.2014 tarihli Adli Tıp Grup Başkanlığı Genel Kurul kararında da 11.7.2006 ve 12.7.2006 tarihinde başvuru şikayetlerine göre konulan tanının ve yapılan tedavinin uygun olduğu, 13.7.2006 tarihinde karın ve sırt ağrısı şikayetleri ile getirildiğinde herhangi bir muayene ve tetkik yapılmadan veya çocuk hastalıkları konsültasyonu istemeden şikayetlerini Apranax adlı ilaca bağlamış olması sebebiyle Dr. .....'ın kusurlu olduğu, Dr. .....ın karın ve sırt ağrısı şikayetlerinin ilaca bağlanmış olması sebebiyle kusurlu olmakla birlikte hasta yakınının çocukta öksürük, ateş, solunum sıkıntısı gibi yakınmalarının bulunduğuna dair anamnez vermemiş olması ve çocuğun 13.7.2006 tarihinde muayeneden 1 gün sonra ölmüş olması sebebiyle ölümünün tek başına hekim kusuru sebebiyle meydana geldiğinin söylenmeyeceği oybirliği ile mütalaa olunur" şeklinde rapor verildiği ve sanığın kusurlu olduğu anlaşılmakla; SONUÇ : Bozma ilamına uyularak yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, sanık müdafiinin eksik inceleme ile hüküm verildiğine ve kusura, katılanlar vekilinin ise eylemin bilinçli taksirle işlendiğine ve adli para cezasının az takdir edildiğine dair temyiz itirazlarının reddiyle, hükmün isteme uygun olarak ONANMASINA," Y. 12. CD. E. 2016/3825 K. 2016/10579 T. 21.6.2016 (www.kazanci.com) (ET:20.05.2022)

[85] *"Sanık ...'ün... Devlet Hastanesinde kadın hastalıkları ve doğum uzmanı hekimi olarak, sanık ...'in doğumhanede görevli ameliyat hemşiresi, sanık ...'nın da ameliyat ebesi olarak görev yaptıkları, katılan ...'ın 13/04/2010 tarihinde... Devlet Hastanesinde miadında gebe ve ağrılı myom endikasyonu ile sezaryen ameliyata alındığı, ... 10 olan canlı bir bebek doğurtulduğu, aynı zamanda kişinin myomlarına yönelik operasyon uygulandığı, 16/04/2010 tarihinde kişide ani kusma ve mide ağrısı nedeniyle cerrahi konsültasyon istendiği, akut sigmoid torsiyonu düşünülerek ... Hastanesine sevk edildiği, sevk edildiği merkezde akut batin ön tanısı ile 18.04.2010 tarihinde ameliyata alındığı, ameliyat gözleminde sol üst kadranda yabancı cisim (pet) tespit edildiğinin anlaşıldığı, ilk ameliyat sebebiyle katılanın basit tıbbi müdahale ile giderilemez, hayati tehlike geçirecek şekilde yaralandığı, katılanın ameliyat sonrası 21.04.2010 tarihine kadar tedavisinin ... hastanesinde devam ettiği, 22.04.2010 tarihinde tedavisinin sona ermesi nedeniyle...'ye döndüğü, 18.04.2010 tarihinde yabancı cisim unutulduğunu öğrendiğinin anlaşılması karşısında; Taksirle yaralama suçunun TCK'nın 89/5. maddesi uyarınca takibinin şikayete tabi olduğu ve dosya içeriğine göre şikayetin TCK'nın 73/1. madde ve fıkrasında öngörülen 6 aylık süre geçtikten sonra 31.03.2011 tarihinde şikayet ettiği anlaşılmakla; SONUÇ : Bozma ilamına uyularak yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, katılan vekilinin bilinçli taksir koşullarının oluştuğuna yönelik temyiz itirazlarının reddiyle, hükmün isteme uygun olarak ONANMASINA, 21/10/2020 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."* Y. 12. CD. E. 2020/1708 K. 2020/5411 T. 21.10.2020 (www.kazanci.com) (ET:20.05.2022)

[86] Ateş, s. 132. Bu kapsamda öğretide her ne kadar belli bir mesleğin gerçekleştirilmesi esnasında ya da gerçekleştirilmesiyle ilgili dikkatsizlik ve özensizlik anlamına gelen "mesleki taksir" şeklindeki ifadeye yer verildiği görülmekteyse de hekimin taksirinin bulunup bulunmadığı genel kurallar çerçevesinde çözüleceğinden bu ifadenin Türk ceza hukuku sisteminde karşılığı bulunmamaktadır. Bkz. Keyman, s. 76-77.

[87] Özdemir, S. D. (2022). Tıbbi Malpraktisten Doğan Cezai Sorumluluk. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 65.

Hekimin meslek ve sanatta acemi[88] olması herhangi bir faaliyette bulunmaması gerektiği şeklinde anlaşılmamalıdır. Mesleğini ve sanatını yerine getirirken bilgisinin ve becerisinin yetersiz kaldığı konularda gerektiği takdirde yardım alması, işi yeterli olan başka bir kimseye bırakması ya da yönlendirmesi gereklidir. Aksi halde öğretide üstlenme kusurundan bahsedilmektedir. Üstlenme kusurunda hekimin bilinçli taksirinin bulunduğu hem öğretide[89] hem de Yargıtay[90] tarafından iddia edilmekteyse de bu şekilde ön bir kabulle hareket etmenin yerinde olmadığı olayın tüm somut şartlarına göre gerçekleştirilecek bir değerlendirme sonucunda bir yargıya varılmasının gerektiği belirtilmelidir.

Nitekim taksire ilişkin yargı, esasında görecelidir. Zira bir hekim için netice öngörülebilir ve önlenebilirken; diğer bir hekim için öngörülebilir ve önlenebilir olmayabilir. Bu kapsamda hekimler bakımından da ayrı ayrı model ajandan bahsetmek gereklidir.[91] Gerekli olan ustalık dereceleri farklı uzmanlık alanlarına göre belirlenen cerrahi faaliyetin bu kapsamda örnek olarak gösterilmesi mümkündür. Neticenin failin içinde yer aldığı model ajan tarafından öngörülebilir ve önlenebilir olduğu kabul edilirse[92] artık fail sadece davranış kurallarına aykırılık gerçekleştirmiş olmayıp aynı zamanda dikkatsiz ve özensiz davranmıştır ve bu nedenle kınanabilir.[93] Söz konusu durum TCK'nın 22. maddesinin gerekçesinde *"fail, kendi yetenekleri, algılama gücü, tecrübeleri, bilgi düzeyi ve içinde bulunduğu koşullar altında, objektif olarak varolan dikkat ve özen yükümlülüğünü öngörebilecek ve yerine getirebilecek durumda olmalıdır."* şeklinde ifade edilmiştir. Şayet söz konusu yeteneklere sahip olunmasına karşın dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılırsa ve suç tanımında gerçekleşen netice ortaya çıkarsa artık failin taksirli sorumluluğundan bahsedilir.[94]

[88] Acemilikten mesleğin gerçekleştirilmesi için gerekli olan temel ve zorunlu asgari bilgi düzeyinin ve yeteneğinin bulunmaması anlaşılmalıdır. Bkz. Dizdar, E. (2019). Hekimlerin Cezai Sorumluluğu. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 228.
[89] Birtek, s. 97-98.
[90] *"Müşteki vekilinin dilekçesinde belirtilen ameliyatları yapan şüpheli doktorun anılan ameliyatları yapmaya yetkisinin bulunup bulunmadığı öncelikle araştırılarak, sonuca göre şüpheli doktorun anılan ameliyatları yapma yetkisinin bulunmadığının tespit edilmesi halinde yine müşteki vekilinin dilekçesinde belirtilen yaralanmaların niteliğinin Adli Tıp İhtisas Kurumunun ilgili dairesinden alınacak bir rapor ile tespit edilip, bahsedilen yaralanmaların nitelikli yaralanma kapsamında olduğunun belirtilmesi halinde, şüpheli doktorun yetkisi dışında ve ehil olmadığı ameliyatları yaparak nitelikli yaralanmaya neden olması durumunda bilinçli taksir koşullarından söz edilebileceği ve TCK'nın 89/5. maddesi gereğince anılan olayda şikayet süresinin dolmasından bahsedilemeyeceği değerlendirilmekle,"* Y. 12. CD.E. 2020/11112 K. 2021/3609 T. 14.4.2021 (www.kazanci.com) (ET:20.05.2022)
[91] Hafızoğulları ve Özen, s. 271.
[92] "tıbbi bir eylem sebebiyle taksirli davranışının bulunup bulunmadığı araştırılan bir doktor bakımından örgörülebilirlik, ortalama bir doktorun eğitimine ve yeteneğine göre objektif olarak belirlenmelidir. Burada öngörülebilecek netice, failin iradi hareketinin sebep olabileceği netice veya neticelerden başkası değildir. Failin öngörebilme yeteneği ise, failin yaşı, zekası, eğitimi, yetenekleri ve uzmanlık alanına göre subjektif olarak belirlenebilecek farklı bir husustur… Failin neticeyi öngörmesi veya öngörememesi taksirle bilinçli taksir arasındaki ayrımı oluşturmaktadır." YCGK E. 2014/12-103 K. 2014/552 T. 9.12.2014 (www.kazanci.com) (ET:20.05.2022)
[93] Toroslu ve Toroslu, s. 240-242.
[94] TCK'nın 22. maddesinin gerekçesi için bkz. Şahin ve Özgenç, s. 115.

Hekim, belirli bir eğitim aldığından ve belirli ve riskli bir mesleği icra ettiğinden, kendisinden beklenen öngörülebilirlik herhangi bir insana nazaran farklıdır. Yine hekimin sahip olduğu tecrübenin de burada dikkate alınması gereklidir. Bu kapsamda bir tıp fakültesinde uzun yıllar boyunca görev yapmakta olan öğretim üyesi ile henüz uzmanlığını yeni almış bir hekim aynı şekilde değerlendirilmemelidir.[95] Yine uzman olan hekimle uzmanlığı olmayan hekim de aynı şekilde değerlendirilemez. Bu kapsamda her bir somut olaya göre hekimin öngörebilirliğinin ve bu kapsamda göstermesi gereken dikkat ve özenin farklı olacağı belirtilmelidir.[96] Örneğin gerçekleşen bir trafik kazası neticesinde yetersiz aletlerle hekimin hastaya acilen müdahalesi halinde artık izin verilen risk söz konusudur. Yine başkaca ciddi tedavi yöntemlerinin bulunmadığı hallerde hekimin riskli bir yöntemi tercih etmesi de izin verilen risk kapsamında değerlendirilmelidir.[97]

Hekimin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranıp davranmadığı, hekime ve hekimin tıbbi müdahale anındaki durumuna göre gerçekleştirilmelidir. Hekimin hastasına odaklanmış bir şekilde genellikle de zaman darlığı, stres, gerginlik ve de ileriye dönük şekilde karar verdiği unutulmamalıdır. Hekimin eğitimi, tecrübesi, çalışma koşulları, uzmanlığı, tıbbi müdahalenin gerçekleştiği zaman ve yerin olanakları, hastanın ve hastalığın niteliği gibi hususların bir arada değerlendirilmesi suretiyle öngörebilme unsurundan bahsedilmelidir. Bu kapsamda model ajan, ilgili hekim dışındaki orta kabiliyetli bir hekim değil, ilgili hekimin tüm nitelik ve kabiliyetlerini birlikte taşıyan kişidir.[98]

SONUÇ

Hekimin tıbbi müdahalesi nedeniyle taksirle hastasının *"ölümüne neden ol*"ması halinde TCK'nın 85. maddesinde düzenlenen "taksirle öldürme", taksirle hastasının *"vücuduna acı ver"*mesine *"veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden"* olması halindeyse TCK'nın 89. maddesinde düzenlenen "taksirle yaralama" suçu söz konusudur. Verilecek cezanın belirlenmesi ve de bu belirlenen cezanın adli para cezasına çevrilmesinin mümkün olup olmadığı, ayrıca taksirle yaralama suçunun daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli halleri bakımından suçun takibinin ne şekilde gerçekleşeceğiyle ilgili olarak hekimin basit taksirinin mi yoksa bilinçli taksirinin mi

[95] ERSOY, s. 181.

[96] Birtek, s. 87-88. Öğretide her ne kadar örneğin uzman hekimden beklenen özenle pratisyen hekimden beklenen özenin aynı olmayacağı hekimin uzmanlığı arttıkça kendisinden beklenen özenin daha da fazla olması gerektiği ifade edilmekteyse de (Taşcan ve Çalışkan, s. 591) bu görüşün yerinde olmadığı her bir hekimin kendisinden beklenin özeni göstermesinin gerekli olduğu belirtilmelidir. Esasında gösterilmesi gereken dikkat ve özen tektir ancak bunun içeriği farklıdır. Nitekim uzmanlaşma arttıkça hekimin bilgi ve tecrübesindeki fazlalık nedeniyle kendisinden uyması gereken beklenti artmaktadır. Bkz. Hakeri, Tıp, s. 110.

[97] Hatta ölmek üzere olan bir hastaya acilen müdahele eden ancak hijyen kurallarına uymanın mümkün olmadığı bir durumda hastanın kaptığı mikrop sebebiyle ölmesi durumunda hekimin zorunluluk halinden yaralanacağı belirtilmektedir. Bkz. Hakeri, s. 136.

[98] Hakeri, Tıp, s. 104, 109, 112.

bulunduğunun tespit edilmesi önem arz etmektedir. Ayrıca her ne kadar sınırlı bir uygulama alanı bulunmaktaysa da TCK'nın 22. maddesinin 6. fıkrası uyarınca da basit taksirle öldürme ya da yaralama suçunun işlendiği hallerde bu durum münhasıran hekimin "*kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa"* hekime *"ceza verilme*"mekteyken, "*bilinçli taksir halinde verilecek ceza yarıdan altıda bire kadar indirilebil*"mektedir.

Öğretide ve Yargıtay'ın kararlarında bilinçli taksire ilişkin TCK'nın 22. maddesinin 3. fıkrasındaki tanım esas alındığında hekimin hemen hemen her bir tıbbi müdahalesi bakımından bilinçli taksirinin varlığından bahsetmenin olanaklı hale geleceği, nitekim hekimin, çoğu kez tıbbi müdahalede bulunurken gerçekleşmesi olası olumsuz neticeleri öngördüğü belirtilmektedir. Bu kapsamda özetle hekimin *"aşırı güven"*i, "*mesleki cesaret"i "ve tıp kurallarına çok açık ve kabul edilemez aykırılıklar"* gerçekleştirmesi şeklinde ek koşulların bilinçli taksirden dolayı sorumluluğuna gidilebilmesi için aranması gerektiği ifade edilmektedir. (Buna karşın çalışmada da belirtildiği üzere Yargıtay'ın hekimin tıbbi müdahalesi nedeniyle bilinçli taksirle öldürme veya yaralama suçları bakımından sorumluluğuna gittiği her bir kararında söz konusu koşulları tartışmadığı da belirtilmelidir.) Ancak öğretinin ve Yargıtay'ın hekimin tıbbi müdahalesi nedeniyle meydana gelen ölüm ya da yaralanma neticeleri bakımından bilinçli taksirden ötürü sorumluluğuna gidilebilmesi için aradığı ek koşulların esasında ek koşullar olmadığı bu koşulların bizatihi bilinçli taksirin varlığı için aranan koşullar olduğu hatta bu koşulların da neticenin öngörüldüğü ancak istenmediği haller bakımından istememeyi teyit eden hususlar olduğu ifade edilmelidir.

Ölüm ya da yaralanma neticesinin gerçekleştiği her bir halde nasıl olsa netice hekim tarafından öngörülmüştür şeklinde bir ön kabulün varlığından bahsedilemez. Nitekim tıbbın pek çok belirsizliklere sahip olması, birey psikolojinin ve de fizyolojisinin bireyden bireye değişkenliği, aynı rahatsızlığın pek çok hastalıkta görülebilirliği, her hastalığın bireyden bireye değişik şekillerde gelişebilmesi, her bir bireyin biricik olması, tıbbi müdahalenin karmaşık yapısı, özellikle cerrahi müdahalelerin hemen hemen hepsinde riskin bulunması tıbbi müdahalelerin izin verilen risk kapsamında değerlendirilmesine sebebiyet vermektedir. Tıp mesleğinin ve sanatının kurallarına uygun olarak gerçekleştirilen bir tıbbi müdahale halinde hekim tarafından komplikasyon hali öngörülmüş olsa dahi hekimin ne basit ne de bilinçli taksirinden bahsedilebilir. Bu kapsamda hekimin tıbbi müdahalesi nedeniyle meydana gelen taksirle öldürme veya yaralama suçları bakımından basit taksirinin mi yoksa bilinçli taksirinin mi bulunduğu meselesinin genel kurallardan herhangi bir sapma söz konusu olmaksızın çözülmesi mümkündür.

KAYNAKÇA

Akbulut, B. (2020). Türk Ceza Hukuku Temel Bilgiler, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Arslan Hızal, S. (2012). Tıbbi Müdahalelerde Olası Kast ve Bilinçli Taksirin Ayırımı. Ceza Hukuku Dergisi, Cilt 7, Sayı 18, 225-256.

Artuk, M. E. ve Çınar, A. R. (2004). Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler. Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 37-84.

Ateş, T. (2010). Hekimlerin Cezai ve Hukuki Sorumlulukları. İstanbul: Nobel Tıp Kitapevleri Ltd. Şti.

Birtek, F. (2015). Tıbbi Uygulama Hataları Bakımından Taksir- Bilinçli Taksir Ayrımı, (Komplikasyon- İzin Verilen Risk Ayrımı Bağlamında). ERÜHFD, Cilt X, Sayı 1, 63-106.

Centel, N., Zafer, H. ve Çakmut, Ö. Y. (2006). Türk Ceza Hukukuna Giriş. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.

Çakmut, Ö. Y. (2013). Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul: Legal Yayıncılık.

Çavuşoğlu, D. (2020). Hekimin Cezai Sorumluluğu ve Ceza Hukuku Açısından Özellik Arz Eden Tıbbi Müdahaleler. Ankara: Adalet Yayınevi.

Çelik, F. (2006). Hekimlik Uygulamalarında Aydınlatılmış Onam İhlalleri (TTB -Yüksek Onur Kurulu Kararları)". Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Sayı: 2, 71-81.

Delogu, T. (1987). Modern Hukukta Taksirli Suçun Önemi (Y. Ersoy, Çev.) AÜHFD, Cilt 39, Sayı 1-4, 115-124.

Demirbaş, T. (2021). Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Dizdar, E. (2019). Hekimlerin Cezai Sorumluluğu. Ankara: Adalet Yayınevi.

Dönmezer, S. ve Erman, S. (1983). Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt: II, İstanbul: Filiz Kitabevi.

Er, A., Topaç, Ö. ve Kaygusuz, S. (2021). Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Hukuki Cezai ve İdari Sorumluluk. Ankara: Adalet Yayınevi.

Gökcan, H. T. (2013). Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Gülşen, R. (2012). Hekimin Malpraktisten Kaynaklanan Cezai Sorumluluğu. Tıp hukuku Dergisi, Yıl1, Sayı 1, 43-67.

Hafızoğulları, Z. ve Özen, M. (2019). Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara: U S-A Yayıncılık.

Hakeri, H. (2021). Tıp Ceza Hukuku, Yargıtay Kararları. (Yargıtay).

Hakeri, H. (2021). Tıp Ceza Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık. (Tıp).

İçel, K. (1967). Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları.

Katoğlu, T. (2021). Ceza Hukuku Bakımından Tıbbi Faaliyetlerin Hukuka Uygunluğu ve Hekimin Cezai Sorumluluğu. Sağlık ve Tıp Hukuku Alanında Sorumluluk ve İnsan Hakları, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 378-432.

Kayaer, N. (2020). Türk Ceza Hukukunda Tedavi Hatası. Tıp Hukuku Dergisi, Yıl: 9, Sayı: 17, 69-138.

Keçelioğlu, E. (2009). 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Kasıt ve Taksire İlişkin Maddelerine Eleştirel Bir Yaklaşım". TBBD, Sayı 83, 123-135.

Keyman, S. (1978). Hekimin Cezai Sorumluluğu. AÜHFD, Cilt 35, Sayı 1, 57-89.

Koca, M. ve Üzülmez, İ. (2021). Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Köksal B. (2004). TCK Tasarısı'na İlişkin Genel Bir Değerlendirme ve Genel Hükümler Üzerine Birkaç Eleştiri. Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 21-35.

Önder, A. (1992). Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt II-III. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.

Özbek, V. Ö., Doğan, K. ve Bacaksız, P. (2021). Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Özdemir, S. D. (2022). Tıbbi Malpraktisten Doğan Cezai Sorumluluk. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Özgenç, İ. (2021). Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Öztürk, B. ve Erdem, M. R. (2021). Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Soyaslan, D. (2012). Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Yetkin Yayınları.

Şahin, C. ve Özgenç, İ. (2005). Türk Ceza Hukuku Gazi Külliyatı. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Taşcan, İ. ve Çalışkan, S. (2018). Tıbbi Uygulama Hataları ve Hekim Suçları. İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Yayınevi.

Toroslu N. ve Toroslu, H. (2021). Ceza Hukuku Genel Kısım. Ankara: Savaş Yayınevi.

Türk Dil Kurumu. (2011). Türkçe Sözlük. Ankara: Türk Dil Kurumu Yayınları.

Yalvaç, G. (2014). "Hekimleri Cezai Sorumluluğu", Tıp Hukuku Dergisi, Özel Sayı, Tıp Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu, Yıl 3, Sayı 6, 69-92.

Yarsuvat, D., Bayraktar, K. ve Yüzbaşıoğlu, N. (2004). Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu. Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 285-317.

Yiğit, O. (2013). Yargıtay Kararları Işığında Bilinçli Taksir Kavramı ve Unsurları, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Cilt 0, Sayı 2, 113–136.

Zafer, H. (2013). Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.

GÜVENCESİZ ÇALIŞMADA ÇALIŞMA KOŞULLARININ DÜZENLENMESİ: TÜRK İŞ HUKUKUNDAKİ DURUMA AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU IŞIĞINDA BİR BAKIŞ

Dr. Öğr. Üyesi Nazlı Elbir*

Özet

"Güvencesiz Çalışma *(Precarious Work, Travail Précaire)*" kavramı, bilişim teknolojilerinin gelişimiyle, ayrıca ekonomik ve demografik değişimlerin de etkisiyle, çalışma ilişkilerinin başkalaşım geçirmesi ve atipik iş ilişkilerinin yaygınlaşmasıyla ortaya çıkmıştır. Bu kavramın, çerçevesi keskin hatlarla çizilmiş bir tanımı bulunmamakla birlikte güvencesiz çalışma, standart veya geleneksel olarak nitelendirilen çalışma biçimlerinden farklı, klasik anlamda bir işyeri, bir işveren ve hatta bir işçinin bulunmadığı dolayısıyla iş hukukunun işçiyi koruyucu normlarının uygulanabilmesinin tartışmalı olduğu iş ilişkilerini kapsamaktadır. Bu bağlamda, uygulama alanı hızla genişleyen çağrı üzerine çalışma, tele-çalışma ve platform çalışmaları güvencesiz çalışma türlerindendir. Ayrıca, uygulaması daha eski olan belirli süreli iş ilişkisi, meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi, kısmi süreli iş ilişkisi gibi çalışma biçimleri de güvencesiz çalışma kavramı dahilinde değerlendirilebilmektedir.

Güvencesiz çalışma biçimlerinin özellikleri, tamamında aynı anda bulunmamakla birlikte genel olarak iş ilişkisinin kişisel-hukuki bağımlılık unsurunun zayıf olması ve çalışanın statüsündeki belirsizlik, işçinin ücretinin (çoğunlukla) düşük olması ve süreklilik arz etmemesi/etmeme olasılığı bulunması, çalışma sürelerinin/saatlerinin belirsizliği ve dolayısıyla bunun işçinin özel yaşamı-aile yaşamı ile gelirine olumsuz etkileri şeklinde sayılabilir. Dolayısıyla, bu çalışma türlerinde işin düzenlenmesi ve tabi olunan çalışma koşullarına, geleneksel bir iş ilişkisinde uygulanan kuralların uygulanması mümkün olmamaktadır.

Hukukumuzda, esnek veya atipik çalışma biçimlerinden belirli süreli iş ilişkisi, kısmi süreli iş ilişkisi ve bunun türleri olan çağrı üzerine çalışma ile iş paylaşımı, genel olarak uzaktan çalışma ile tele-çalışma ve meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi 4857 sayılı İş Kanunu'nda düzenlenmiştir, ancak platform çalışmalarına yönelik bir düzenleme henüz mevcut değildir. Avrupa Birliği hukukunda da güvencesiz çalışma türlerine dahil edilebilecek çalışma türlerinin tabi olacakları kurallara ilişkin pek çok metin mevcuttur ve 2019 senesinde kabul edilen, Ağustos 2022'de yürürlüğe girmesi öngörülmüş bulunan 2019/1152 sayılı Yönerge bu metinlerin en yenisidir. Bu tebliğde, güvencesiz çalışma

*Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, nazli.elbir@ogu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7167-7949.

türlerinde çalışma koşullarına ilişkin iş mevzuatımızdaki düzenlemeler, Avrupa Birliği hukukundaki güncel gelişmeler ışığında incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Güvencesiz çalışma; iş ilişkilerinde esneklik; çalışma koşulları; 2019/1152 sayılı Yönerge.

GİRİŞ

On sekizinci yüzyılın sonunda başlayan Sanayi Devrimi ile bağımlı çalışma kavramında yaşanan gelişmeler ve iş sözleşmesiyle bağımlı olarak çalışan "işçi" sınıfının ortaya çıkması, iş hukukunun doğumuna yol açmıştır. İş hukuku, iş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayırdeden bağımlılık unsuru ve bunun sonucunda da yine iş sözleşmesinin, klasik özel hukuk sözleşmelerinden farklı olarak tarafların arasında bulunması gereken eşitliğin bozulmuş olması nedeniyle devletin işçiyi koruma amaçlı emredici kurallarla müdahalesinin yoğun olduğu bir hukuk dalı olarak ortaya çıkmıştır. Ancak, yirminci yüzyıl boyunca teknolojide yaşanan gelişmeler, özellikle de bilgisayar, internet, yapay zeka ve akıllı robotların kullanılmaya başlanması[1], yaşanan savaşlar ve ekonomik krizler ile küreselleşmenin etkisi bu hukuk dalının düzenlediği ilişkilerde, tarafların daha serbestçe hareket etme ihtiyacını doğurmuştur. Bunun sonucunda, iş hukuku bir taraftan işçiyi koruyucu normlarla donatılmış bir hukuk dalı olarak gelişim gösterirken bir taraftan da anılan serbestleşme ihtiyacına da cevap verecek düzenlemeleri içermeye başlamıştır. Bu serbestleşme, iş ilişkilerinde esnekleşme şeklinde ve atipik iş ilişkileri ile çalışma koşullarında -özellikle de çalışma sürelerinde- esnek modellerin oluşturulmasıyla sağlanmıştır[2]. Bu çalışma modelleri hem teknolojideki gelişmelerle sağlanan kolaylıkların değerlendirilmesi hem de iş piyasalarının daraldığı durumlarda daha fazla kişiye istihdam sağlanması işlevini görmektedir[3].

İş ilişkilerinde esnekleşme, iş hukukunun emredici ve işçiyi koruma amacı taşıyan kurallarını ortadan kaldıran düzenlemelerin benimsenmesi, çalışanların her türlü güvenceden yoksun bırakılması olarak anlaşılmamalı ve dahası, bu sonuçlara yol açmamalıdır[4]. Hatta öğretide, esnekleştirmenin, *"emredici kuralların pek çok istisnasını oluşturan kurallar kabul edilmek suretiyle emredici kuralların uygulama alanını sınırlandıran ve bu şekilde oluşturdukları katı düzeni esnekleştirme bağlamında da kullanılan bir kavram olup, bu durumda "kuralsızlaştırma"nın aksine daha fazla kural koyarak düzenleme"* olarak anlaşılabileceği ifade edilmiştir[5]. Bu bağlamda esnek veya atipik çalışma biçimleri düzenlemeye kavuşturularak, hem işçi hem de işveren tarafının

[1] İkinci, Üçüncü ve Dördüncü Sanayi Devrimleri ve bunların iş ilişkilerine etkileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dulay Yangın, D. (2020). Endüstri 4.0, dijitalleşme ve iş hukukunun geleceği-Dijital platformların ortaya çıkardığı hukuki ilişkiler çerçevesinde değerlendirilmesi. İstanbul Hukuk Mecmuası, 78(3), 1209-1237.

[2] Süzek, S. (2021). İş hukuku. İstanbul: Beta Yayınları, s. 18-20; Mollamahmutoğlu, H., Astarlı, M. ve Baysal, U. (2022) İş hukuku. Ankara: Lykeion Yayınları, s. 22-23.

[3] TİSK. (2022). Yeni nesil çalışma modelleri, Şubat 2022. https://www.tisk.org.tr/dokuman/yeni-nesil-calisma-modelleri-raporu-.pdf (Erişim Tarihi: 1 Haziran 2022), s. 19-20.

[4] Yıldız, G.B. (2018). İş hukukunun etkinliği ve amacı üzerine yeniden düşünmek. Çalışma ve Toplum, 57, s. 737-738.

[5] Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, s. 21.

çıkarlarını koruyan hem de iş hukukunun işçiyi koruyucu özelliğiyle çatışmayan uygulamalara yer verilmiştir. Nitekim Yargıtay da atipik iş sözleşmelerini şu şekilde tanımlamaktadır: *"Atipik iş sözleşmeleri; esas (açık ve anlamlı olarak düzenlenmeli) ve şekil (yazılı yapılmalı) bakımından özel kurallara tabi olan, ya iş sözleşmesinin süresinin kısaldığı (belirlendiği) ya da iş sürelerinin esnekleştirildiği sözleşmelerdir (Molamahmutoğlu, Hamdi/ Astarlı, Muhittin: İş Hukuku 4. Bası, Ankara 2011, s. 420, Yeşilyurt, Çiğdem: Kısmi Süreli İş Sözleşmesi, Ankara 2008, s. 22)"*[6]. Ancak zaman içinde, esneklik ihtiyacı ve dolayısıyla atipik çalışma biçimleri de değişime uğramış ve gerek uluslararası belgelerde gerekse ulusal mevzuatlardaki düzenlemelerin de yetersiz kaldığı durumlar ortaya çıkmıştır. Şu hâlde, uluslararası literatürde "güvencesiz çalışma" olarak adlandırılan çalışma biçimleri her ne kadar genel olarak iş ilişkilerinde esnekleşme ihtiyacının sonucu olan atipik çalışmaları kapsasa da yasal düzenlemeye sahip atipik çalışmaların aslında, nispi emredici veya yedek hukuk kurallarıyla önemli ölçüde sınırlandırıldığı dikkate alındığında, bunların da daha atipik biçimleri ve yeni ortaya çıkan atipik çalışmalar bakımından bir *güvencesizlikten* söz edilebilecektir.

Bu çalışmada öncelikle, güvencesiz çalışma kavramı tanımlanacak ve iş ilişkilerinde esnekleşme ihtiyacının sonucunda ortaya çıkan atipik çalışma biçimleri ile ilgili Avrupa Birliği mevzuatında yer alan kurallar ve hukukumuzda yapılmış bulunan düzenlemelerin genel hatları incelenecektir. Daha sonra, esnekleşme ihtiyacının ortaya çıkardığı ve henüz hukuki nitelendirmesi ve dolayısıyla kuralları belirsiz güvencesiz çalışma biçimleri olan "sıfır saat sözleşmeleri" ve "platform çalışmaları" ile bunlara ilişkin Avrupa Birliği hukukundaki güncel gelişmeler aktarılacaktır. Nihayet, Türk hukukunun bu *en yeni güvencesiz çalışma biçimleri* karşısındaki konumu ele alınacaktır.

I. GÜVENCESİZ ÇALIŞMA KAVRAMI

"Güvencesiz Çalışma *(Precarious Work, Travail Précaire)*", çalışma ilişkilerinde son yıllarda ortaya çıkmış ve önemi gittikçe artan bir kavramdır. İngilizce'deki *"precarious"* veya Fransızca'daki *"précaire"* sıfatının sözlük anlamı "istikrarsız, kararsız, belirsiz, rizikolu, esassız, tutarsız, güvencesiz; süresi, güvenirliliği, istikrarı garanti edilemeyen"dir[7]. Sosyal ilişkiler bakımından "*precarious/précaire"* kavramı hem belirsizlik hem de hakimiyet (başkasının hakimiyeti altında olma) durumuna işaret etmektedir[8].

Avrupa Birliğinin bir kuruluşu olan EUROFOUND (Avrupa Yaşam ve Çalışma Koşullarını İyileştirme Vakfı) tarafından Avrupa Birliği üye ülkelerine ilaveten aralarında Türkiye'nin de bulunduğu aday ülkelerde yürütülmüş bulunan Altıncı Avrupa Çalışma Koşulları Araştırması'nda, 2015 senesi itibariyle Avrupa'da işgücünün %15'inin

[6] YHGK, E. 2015/21-139, K. 2018/316, 21.02.2018, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.05.2022).
[7] www.tureng.com ve Hélardot, V. (2005). Précarisation du travail et de l'emploi: quelles résonances dans la construction des expériences sociales?. Empan, 4, s. 30.
[8] Hélardot, s. 31.

‘bağımsız çalışan’, %12’sinin ‘geçici işçi’ ve kalan %73’ünün de standart bir iş sözleşmesiyle veya başka bir biçimde çalıştığı tespit edilmiştir[9]. Bu ‘başka bir biçimde’ çalışanların da işgücünün %8’ini oluşturduğu ve ‘başka türlü bir sözleşmeyle ya da bir sözleşme bulunmaksızın çalışanlar’ı kapsadığı belirtilmiştir. Standart biçimde çalışma, işçinin tek bir işverene bağımlı olarak, uzun süre ve tam zamanlı olarak çalışacağı varsayımı üzerine kurulu iş sözleşmesine dayanan çalışma biçimini ifade etmektedir ve çalışanlara işgücü piyasasında sabit bir konum ile sosyal haklar sağlamaktadır[10]. Standart dışı çalışma türlerinde ise iş sözleşmesinin süresi, çalışma süreleri, işveren türleri değişkenlik gösterir ve bu değişkenliğin, çalışanların sahip olacakları haklar ve güvenceler üzerinde de etkileri olur. Sonuç olarak, işgücünün %35’i, standart dışı biçimlerde çalışmaktadır. Dahası, Avrupa Parlamentosu tarafından, son on beş-yirmi yıl içinde, ‘geleneksel olmayan, atipik iş sözleşmeleriyle’ çalışanların, özellikle de belirli süreli ve kısmi süreli iş sözleşmeleriyle çalışanların sayısında dikkat çekici bir artış olduğu ifade edilmiştir[11]. Şu hâlde, çalışma yaşamının bir dönüşümden geçtiği açıktır. Buna karşılık, çalışma koşulları ve çalışanlara tanınan haklar hâlâ geleneksel biçimdeki çalışma (istihdam) kavramı üzerinden belirlenmektedir[12].

Avrupa Parlamentosu, 19 Ekim 2010 tarihli Güvencesiz İşlerde Çalışan İşçilere İlişkin Kararı’nda[13] *“emek piyasasındaki bireyselleşme ve esnekleşmenin artışı neticesinde güvencesiz çalışma biçimlerinin yaygınlaşmasının, bu tür çalışmalarda işverenlerin çalışma koşullarını kötüleştirmelerinin daha kolay olması sebebiyle, işçilerin durumlarının hassaslaşabileceği”* ve *“ekonomik kriz meydana geldiğinde hem işverenler tarafından öncelikle güvencesiz çalışmaların sonlandırıldığı hem de ortadan kaldırılan devamlı işlerin yerine kriz sona erdikten sonra bile atipik, dolayısıyla güvencesiz, çalışma biçimlerinin getirildiği”*ne dikkat çekmiştir. Anılan kararda, güvencesiz çalışma türlerinin başlıca özellikleri arasında şunlar sayılmıştır:

- Çalışmanın süreklilik arz etmeyen, çoğunlukla seyrek olarak ihtiyaç duyulan doğası gereği çoğunlukla iş güvencesinden yoksun olması,
- Ücretin çoğunlukla düşük ve belirsiz olması,
- Sosyal korumadan mahrum bırakması,
- Ayrımcılığa karşı korumadan mahrum bırakması.

Güvencesiz çalışma türleri konusundaki sorunları iki ana başlık altında toplamak mümkündür: iş sözleşmesinin varlığının, bağımlılık unsurunun, işçi-işveren sıfatlarının

[9] Eurofound. (2017). Sixth European working conditions survey-Overview report (2017 update). Luxembourg: Publication Office of the European Union, s. 19.
[10] Eurofound, s. 20. Ayrıca bkz. Alpagut G. (2021). Dijitalleşen çalışma yaşamında iş sözleşmesinin unsurları. K. Doğan Yenisey ve S. Ergüneş Emrağ (ed.) Ekonomik ve teknolojik gelişmelerin iş hukuku ve sosyal güvenlik hukukuna etkileri, Prof. Dr. Münir Ekonomi 85. Doğum Günü Armağanı (s. 87-124). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 88.
[11] Résolution du Parlement européen du 4 juillet 2017 sur les conditions de travail et l’emploi précaire (2016/C 334/09).
[12] Eurofound, s. 20.
[13] Résolution du Parlement européen du 19 octobre 2010 sur les salariés en situation de travail précaire (2012/C 70 E/01).

ve çalışma koşulları ile bu bağlamda tarafların hak ve borçlarının tespiti. Bunlardan ilki, güvencesiz çalışma türlerinin çalışma ilişkilerindeki esnekleşme ihtiyacıyla doğmasının ve böylece, klasik anlamdaki iş sözleşmesi-iş ilişkisinde bulunması zorunlu olan bağımlılık unsurunu zayıflatmasının sonucudur. Hatta, bu şekilde çalışanlar bakımından *"precarious"* ile *"proletaria* (işçi sınıfı)*"* kavramlarından türetilmiş "*precatiat*/prekarya" kavramı da kullanılmaktadır[14]. Buna bağlı olarak da güvencesiz *çalışanların* (prekaryanın), iş hukuku ile sağlanan korumalardan yararlanıp yararlanamayacakları sorunu gündeme gelmektedir[15]. İkincisi, güvencesiz çalışma biçimlerinde özellikle de çalışma saatleri ve süreleri, (işçinin/çalışanın) iş görme ve işverenin emir ve talimatlarına uyma borçlarının içeriği ve sınırları ile (işverenin) ücret ödeme borcunun içeriği ve sınırlarının belirsizliğinin sonucudur. Hatta bazı güvencesiz çalışma modellerinde, bu iki sorun bir arada bulunmaktadır[16].

Güvencesiz çalışmanın tüm Avrupa veya dünya literatüründe geçerli, yeknesak bir tanımı bulunmamaktadır. Bununla birlikte güvencesiz çalışma kavramının atipik iş sözleşmeleri veya standart dışı çalışma biçimlerini kapsayan bir üst kavram niteliğinde olduğunu söylemek mümkündür. Bu bağlamıyla, yukarıda da belirtildiği üzere, iş ilişkilerinde gerek ekonomik gerek demografik gerekse teknolojik gelişmelerin ortaya çıkardığı esnekleşme ihtiyacının bir sonucudur[17]. Ancak, her ne kadar güvencesiz çalışmanın belirlenmesinde standart-standart dışı çalışma ayrımı esas alınsa da yasal zemine oturtulmuş standart dışı çalışmalar bakımından en azından hukuki bakımdan bir güvencesizlikten söz etmek kanımızca mümkün değildir. Nitekim, iş ilişkilerinde ve dolayısıyla iş hukukunda esnekleşme karşısında oluşturulmuş bir kavram olan "*Flexicurity* (güvenceli esneklik[18])" açıklanırken de "yeni ve esnek çalışma biçimlerinin yanında yeni güvencelere ihtiyaç duyulduğu" ve hatta, güvenceli esneklikle, esnek çalışanlara sadece hukuki olarak yeni iş güvencesi modellerinin sağlanmasının yeterli olmadığı, bu kişilere istihdam güvencesi ve sosyal güvencelerin de sağlanması gerektiği, dolayısıyla, güvenceli esnekliğin hukuk politikalarını da kapsayan bir sosyal politika meselesi olduğu belirtilmiştir[19]. Öyleyse, güvencesiz çalışmaların mümkün olduğunca iş hukuku kuralları ile öngörülebilir ve birtakım hakları talep edilebilir şekilde düzenlenmesinin yanında, bu şekilde çalışanların istihdam güvenliğinin eğitimle, sosyal güvenlik düzenlemeleriyle ve iktisadi ve sosyolojik araçlarla sağlanması da güvenceli

[14] Prekarya kavramının tanımı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldız, s. 737.
[15] Özellikle teknolojik gelişmeler ve dijitalleşmenin etkisiyle ortaya çıkan atipik iş ilişkilerinde işçi ile bağımsız çalışan kavramları arasındaki çizgi bulanıklaşmaktadır ve bu durum, çalışana sunulan koşulların, işin niteliklerinin kötüleşmesine yol açmaktadır (Résolution du Parlement européen du 19 octobre 2010 sur les salariés en situation de travail précaire (2012/C 70 E/01)).
[16] Résolution du Parlement européen du 4 juillet 2017 sur les conditions de travail et l'emploi précaire (2016/C 334/09).
[17] Süzek, s. 22.
[18] Süzek, s. 21.
[19] European Expert Group on Flexicurity. (2007). Flexicurity pathways, turning hurdles into stepping Stones. Brussels: European Commission, s. 9 ve 11.

esnekliğin amaçlarını oluşturur[20]. Bu çalışmanın kapsamı bakımından, güvencesiz çalışmaların iş hukuku kuralları ile ne ölçüde hukuki güvenceye kavuşturulduğu önem taşımaktadır. Şöyle ki, aşağıda ele alınacağı üzere, pek çok güvencesiz çalışma biçimine ilişkin gerek Avrupa Birliği mevzuatında gerekse hukukumuzda, bu çalışmaların nitelendirilmesi, uygulanmasının sınırlandırılması, çalışma koşullarının düzenlenmesi ile ilgili kural mevcuttur. Bununla birlikte, daha yeni sayılabilecek güvencesiz çalışma biçimleri olan "sıfır saat sözleşmeleri" ile "platform çalışmaları"na ilişkin olarak, hukuki nitelendirme ve içeriğinin düzenlenmesi hususlarında belirsizlikler bulunmaktadır.

II. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU VE TÜRK HUKUKUNDA GÜVENCESİZ ÇALIŞMA BİÇİMLERİNİN DÜZENLENİŞİ

1. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA GÜVENCESİZ ÇALIŞMA

Avrupa Birliği mevzuatında atipik iş sözleşmelerine ve çalışma biçimlerine ilişkin çeşitli düzenlemeler mevcuttur. Bunların başlıcaları "28 Haziran 1999 tarihli Belirli Süreli İş Sözleşmelerine İlişkin 1999/70/EC sayılı Çerçeve Yönerge[21]" (1999/70 sayılı Çerçeve Yönerge), "15 Aralık 1997 tarihli Kısmi Süreli Çalışmaya İlişkin 97/81/EC no.lu Çerçeve Yönerge[22]" (97/81 sayılı Çerçeve Yönerge) ve "19 Kasım 2008 tarihli Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisine İlişkin 2008/104/EC sayılı Yönerge" (2008/104 sayılı Yönerge) olarak sayılabilir. Ayrıca, doğrudan güvencesiz çalışma kavramını konu edinen bağlayıcı bir düzenleme bulunmamakla birlikte Avrupa Parlamentosu'nun yukarıda da anılan "19 Ekim 2010 tarihli Güvencesiz İşlerde Çalışan İşçilere İlişkin Kararı[23]" ve "4 Temmuz 2017 tarihli Çalışma Koşulları ve Güvencesiz İstihdama İlişkin Kararı[24]" ile "31 Mayıs 2018 tarihli Güvencesizlik ve Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Kötüye Kullanılmasıyla Mücadeleye İlişkin Dilekçelerin Cevaplanması Hakkındaki Kararı[25]" bu konuda yol gösterici metinlerdir.

1999/70 sayılı Çerçeve Yönerge incelendiğinde belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışanların bir "iş sözleşmesiyle çalışan" olarak nitelendirildikleri, sona ermesi "belirli bir tarihe erişmek, belirli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun meydana gelmesi gibi objektif koşullara bağlı durumların bu tür sözleşmeler için belirleyici olacağı, bu sözleşmelerin kötüye kullanılmasının önüne geçmek için yenilenmelerinin, zincirleme olarak yapılmaları hâlinde azami süresinin ve azami yenilenme sayısının sınırlandırılması gerektiği ve bu şekilde çalışanlarla aynı veya benzer konumdaki belirsiz süreli iş

[20] European Expert Group on Flexicurity, s. 13-15.
[21] Council Directive 1999/70/EC of 28 June 1999 concerning the Framework Agreement on fixed-term work concluded by ETUC, UNICE and CEEP.
[22] Council Directive 97/81/EC of 15 December 1997 the Framework Agreement on part-time work concluded by UNICE, CEEP and the ETUC.
[23] Résolution du Parlement européen du 19 octobre 2010 sur les salariés en situation de travail précaire (2012/C 70 E/01).
[24] Résolution du Parlement européen du 4 juillet 2017 sur les conditions de travail et l'emploi précaire (2016/C 334/09).
[25] Résolution du Parlement européen du 31 mai 2018 sur la réponse aux pétitions portant sur la lutte contre la précarité et le recours abusif aux contrats de travail à durée determinée (2020/C 76/23).

sözleşmesiyle çalışanlar arasında ayrım yapılmaması gerektiği öngörülmüştür. 97/81 sayılı Çerçeve Yönerge'de ise, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar yine açıkça "işçi" olarak nitelendirilmiş, tam süreli çalışanlar karşısında sırf kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalıştıkları için farklı muameleye maruz bırakılamayacakları ve çalıştıkları işyerinde uygun bir tam süreli istihdam olanağı doğduğunda bu olanağı değerlendirmek için kendilerine yardımcı olunmasına yönelik kurallar öngörülmüştür. Yine, 2008/104 sayılı Yönerge'de, özel istihdam büroları aracılığıyla çalıştırılanların, iş hukuku kurallarıyla korunan "çalışan" olarak nitelendirilmiş, özel istihdam büroları aracılığıyla geçici işçi çalıştırmanın sınırlandırılması gerektiğine, bu şekilde çalışanların iş ilişkisinde ayrımcılığa karşı özel olarak korunmasına vurgu yapılmış ve güvenceli bir iş imkânı doğduğunda buna geçebilmek için haberdar edilmeleri gerektiği belirtilmiştir. Anılan yönergeler, bağlayıcı metinler olup, düzenledikleri güvencesiz çalışma biçimleri bakımından hem bu şekilde çalışanların iş hukukunun korumalarından yararlanmaları hem bu şekilde çalıştıkları için uğrayabilecekleri ayrımcılığa karşı özel olarak korunmaları hem de daha güvenceli çalışmaya geçişlerinin kolaylaştırılıp teşvik edilmesi için kurallar getirmiştir. Bu şekilde, belirli süreli iş sözleşmesiyle, kısmi süreli iş sözleşmesiyle ve özel istihdam büroları aracılığıyla çalıştırılanların bu çalışma biçimlerinden kaynaklanan güvencesizlikleri ve durumlarındaki belirsizliğin giderilmesine yönelik önemli düzenlemeler öngörülmüştür.

Avrupa Birliği'nin "Güvenceli Esnekliğe İlişkin Uzman Grubu" tarafından hazırlanan 2007 tarihli raporda, *"standart-dışı sözleşmeleri iş hukuku, toplu iş sözleşmeleri, sosyal güvenlik ve yaşam boyu öğrenmeyle bütünleştirerek standart dışı çalışmalarla standart çalışmalar arasındaki farklılıkları azaltmak ve standart istihdam türlerini işletmeler için daha çekici kılmak amacıyla"*, güvencesiz çalışma modellerinin düzenlenmesinde şu esasların tercih edilmesi önerilmiştir[26]: bu tür çalışma biçimleri öngören sözleşmeler bakımından, standart sözleşmeler karşısında, ayrım yapılmamalı[27] ve *pro rata temporis* (zamana göre oranlama) ilkesi uygulanmalıdır; (zincirleme) belirli süreli iş sözleşmelerinin yapılmasına sınırlama getirilmelidir; geçici iş sözleşmesiyle çalışanlara daimi çalışanlarla eşit muamele edilmeli ve bunların daimi çalışan konumuna gelmeleri için, işletme bünyesinde sunulan eğitimler ve diğer olanaklardan yararlanmaları sağlanmalıdır.

2007 tarihli rapor gibi, yönergelerin aksine bağlayıcı değil ancak yol gösterici nitelikteki "karar" metinlerinde, yukarıda ele alınan yönergelerden farklı olarak esneklikten ziyade "güvencesizlik" vurgusu yapılan esnek çalışma biçimleri için hem yönergelerde öngörülen düzenlemeler detaylandırılarak vurgulanmış hem de daha yeni

[26] European Expert Group on Flexicurity, s. 23-24.
[27] Rubery, J. vd. (2018). Challenges and contradictions in the 'normalising' of precarious work. Work, Employment and Society, 32(3), s. 518-519.

ve *daha az güvenceli* atipik çalışma biçimleri ele alınmıştır. Bu metinler, yol gösterici özellikleri gereği, teknik olarak hukuk kuralları öngörmemekle birlikte, konuya ilişkin hukuk kuralları hazırlanırken gözetilmesi gereken esaslar hakkında tespitlere yer vermiştir. Öncelikle, Avrupa Parlamentosu'nun "19 Ekim 2010 tarihli Güvencesiz İşlerde Çalışan İşçilere İlişkin Kararı"nda, güvencesiz çalışmaların özellikle kadın çalışanlar bakımından daha olumsuz koşullarda çalışma sonucu doğurduğu ve buna karşı önlemlerin arttırılması gerektiği üzerinde durulmuştur. Dahası, atipik çalışma türlerini düzenleyen ve yukarıda bahsettiğimiz yönergeler, bu şekilde istihdam edilenlere sosyal koruma sağlamada yetersiz oldukları gerekçesiyle eleştirilmiştir. Nihayet, kararda, kısaca da olsa "sıfır saat sözleşmeleri"nden bahsedilmiş ve bu tip sözleşmelerin özellikle çoğunluğu kadınlardan oluşan, ev hizmetlerinde çalışanları ilgilendirdiği ve bu çalışanları ücret dahil çoğu güvenceden yoksun bıraktığı, bu nedenle sıkı denetime tabi tutulması gerektiği belirtilmiştir.

"4 Temmuz 2017 tarihli Çalışma Koşulları ve Güvencesiz İstihdama İlişkin Kararı" ile önce güvencesiz çalışma kavramı ve bunun çalışanlar bakımından barındırdığı sakıncalar açıklanmış, "insan onuruna yakışmayan çalışma şartlarına" yol açabileceği belirtilmiş ve bunun önlenmesi için uygulanabilecek hukuki çözüm önerilerinde bulunmuştur. Bu önerilerde, yeni tip dijital çalışma biçimlerinin, özellikle de "platform çalışmalarının" hukuki nitelendirilmesinin yapılmasına ve çalışanların, çalışma koşulları hakkında işverenleri tarafından yazılı olarak bilgilendirilmesini öngören Avrupa Konseyi'nin 14 Ekim 1991 tarihli Yönergesini bu tip en yeni atipik çalışmalara uygun olarak güncellemesine yer verilmiştir. Ayrıca, Avrupa Birliği mevzuatında tüm çalışanların haftalık azami çalışma süresi, günlük ve haftalık dinlenme süreleri ile yıllık ücretli izin hakkına sahip oldukları hatırlatılarak kısmi süreli çalışmalar ve platform çalışmaları bakımından da bu kuralların uygulanması gerektiğinin altı çizilmiştir.

Son olarak, "31 Mayıs 2018 tarihli Güvencesizlik ve Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Kötüye Kullanılmasıyla Mücadeleye İlişkin Dilekçelerin Cevaplanması Hakkındaki Kararı" ile Avrupa Parlamentosu, son on beş yılda Birlik nezdinde, belirli süreli veya kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların sayısındaki artışa dikkat çekerek, bu durumun iş ilişkilerinde belirsizlik, dengesizlik ve eşitsizliğe yol açtığını vurgulamış, bunlara karşı mücadele yöntemlerinin hem yeni istihdam olanakları yaratarak hem çalışanların haklarını ve sosyal güvenliklerini iyileştirerek ve sosyal diyaloğu sağlayarak geliştirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu kararda, yeni tip güvencesiz çalışma türlerinden olan "sıfır saat sözleşmeleri" hakkında önemli bir değerlendirme yapılarak, bu sözleşmelerle çalışanlara, "4 Kasım 2003 tarihli Çalışma Sürelerinin Düzenlenmesinin Bazı Yönlerine İlişkin 2003/88/CE sayılı Yönerge"[28] (2003/88 sayılı Yönerge)

[28] Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail.

hükümlerinin uygulanabileceği belirtilmiştir. Ayrıca, mevcut sözleşme ilişkisinin hukuki nitelendirmesinin yapılarak bir iş ilişkisi bulunup bulunmadığının tespitinde Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından belirlenmiş kriterlerden yararlanılabileceği ifade edilmiştir.

2. 2019/1152 SAYILI YÖNERGE SONRASI

Avrupa Birliğinde, "14 Ekim 1999 tarihli İşverenin İş Sözleşmesi veya İlişkinde Uygulanabilir Çalışma Koşulları Hakkında Bilgilendirme Yükümlülüğüne İlişkin 91/533/EEC sayılı Konsey Yönergesi"nin[29] yerini almak ve böylece, en yeni atipik çalışma biçimleri için bile daha öngörülebilir ve güvenceli çalışma koşullarından yararlanılmasını sağlamak için "20 Haziran 2019 tarihli Avrupa Birliğinde Şeffaf ve Öngörülebilir Çalışma Koşullarına İlişkin 2019/1152 sayılı Yönerge" (2019/1152 sayılı Yönerge) hazırlanarak Ağustos 2022 itibariyle yürürlüğe girmiştir. Son yıllarda ortaya çıkan yeni atipik çalışma biçimleri ve yine son yıllarda yaşanan teknolojik gelişmeler, demografik yapıdaki değişimler ve ekonomik krizlerle atipik, güvencesiz çalışanların sayısındaki artış, Avrupa Birliğinde, yukarıda ele alınan ve bağlayıcı değil yol gösterici nitelikteki metinlerde de belirtildiği üzere, atipik çalışmalar ve dahası, güvencesiz çalışanlar bakımından, mevcut düzenlemelerin yetersiz kalmasına neden olmuştur[30]. Nitekim 2019/1152 sayılı Yönerge'nin Genel Gerekçesi'nde (§4) 91/533/CEE sayılı Yönerge'nin kabulünden beri emek piyasasında, demografik değişimler ve ekonominin "demateryalizasyonu" sonucunda ortaya çıkan ve istihdam olanaklarını genişleten yeni çalışma biçimleriyle önemli değişim geçirdiği ve yeni çalışma biçimlerinden bazılarının geleneksel iş ilişkilerinden çok daha az öngörülebilir nitelikte olduğu belirtilmiştir. Bu durumun, çalışanların yararlanabilecekleri haklar ve sosyal koruma bakımından bir tereddüt kaynağı oluşturması ve böylece, çalışanların, temel çalışma koşulları konusunda bilgilendirilmelerinin daha önemli hâle gelmiş olduğu ifade edilmiştir. Buna göre, özellikle de yeni güvencesiz çalışma biçimlerinin çerçevesinin çizilebilmesi için yeni asgari kurallar ve haklar öngörülmelidir. Yine Genel Gerekçe'de (§12) çağrı üzerine çalışanlar ve sıfır saat sözleşmeleriyle çalışanların özellikle korunmaya muhtaç konumda olduklarına dikkat çekerek, bu şekilde çalışanların da bu Yönerge kapsamında yer alacakları belirtilmiştir.

2019/1152 sayılı Yönerge'nin Genel Gerekçesi bütün olarak değerlendirildiğinde şu hususların öne çıktığı görülmektedir:

- Esnek çalışma biçimlerinin günümüzde bir gereklilik olduğu göz ardı edilmemekle birlikte, işverenlere esneklik sağlanırken iş yasaları ve toplu iş sözleşmeleri ile çalışanlara da güvenceler ve esnek (atipik) iş ilişkilerindeki

[29] Council Directive 91/533/EEC of 14 October 1991 on an employer's obligation to inform employees of the conditions applicable to the contract or employment relationship.

[30] Ancak önemle belirtilmelidir ki 2019/1152 sayılı Yönerge ile 1999/70/EC sayılı Çerçeve Yönerge, 97/81/EC no.lu Çerçeve Yönerge, 2008/104/EC sayılı Yönerge ve 2003/88/CE sayılı Yönerge yürürlükten kaldırılmadığı gibi, yeri geldikçe bu belgelere de atıfta bulunulmuştur.

belirsizlikler karşısında asgari bir öngörülebilirlik sağlanmalıdır. Dahası, (üye) devletler, bu tür sözleşmelerin kötüye kullanılmasını önleyici yasal düzenlemeleri yapmalıdır.

- Yeni atipik çalışma biçimleriyle çalışanların -evden çalışanlar, çağrı üzerine çalışanlar, geçici/aralıklı çalışanlar, platform çalışanları- hukuki statüsü belirlenirken her somut olay özelinde Avrupa Birliği Adalet Divanı ("ABAD") kararlarında yer verilen ölçütler dikkate alınarak bu kişilerin 2019/1152 sayılı Yönerge kapsamında bağımlı çalışan olarak değerlendirilip değerlendirilmeyecekleri kararlaştırılacaktır.
- Çalışma süresinin, "çalışma ritminin" belirsiz olduğu ve güvence altında olmadığı durumlarda, bu şekilde çalışanların hem çalışma saatleri ve süreleri hem de ücretleri konusunda işverenleri tarafından ayrıntılı biçimde bilgilendirilmeleri özellikle önem arz etmektedir.

O hâlde 2019/1152 sayılı Yönerge ile güvencesiz çalışma biçimlerinin hem çalışma koşulları hem de çalışanın hukuki nitelendirilmesi konularındaki belirsizliğini gidermeye yönelik düzenlemeler yapılmasının esas alındığı söylenebilir.

3. TÜRK HUKUKUNDA GÜVENCESİZ ÇALIŞMA

Türk iş hukukunda esnekleşmeye yönelik *"niyetler"* 1990'lı yılların ortalarında ortaya çıkmışsa[31] da ancak Avrupa Birliği adaylık sürecindeki mevzuatı uyumlulaştırma çabalarının sonucunda, 2003 senesinde kabul edilen 4857 sayılı İş Kanunu ("İK")[32] ile önemli gelişme göstermiş ve pek çok atipik çalışma biçimi yasal düzenlemeye kavuşturulmuştur[33]. İK'da 2016 senesinde yapılan değişikliklerle[34] de esnek çalışma düzenlemelerine ilişkin bazı yenilikler öngörülmüştür. Ayrıca, 2011 senesinde kabul edilen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ("TBK")[35] da bazı esnek çalışma düzenlemelerine yer verilmiştir. Bu kanunlarda düzenlenen atipik çalışmalar ve çalışma koşullarına getirilen esneklikler şunlardır: Belirli süreli iş sözleşmeleri (İK m. 11-12), kısmi süreli iş sözleşmeleri (İK m. 13), çağrı üzerine çalışma (İK m. 14, f. 1-3), uzaktan çalışma (İK m. 14, f. 4-7), evde hizmet sözleşmesi (TBK m. 461), geçici iş ilişkisi (İK m. 7, f. 15), meslek edinilmiş (mesleki amaçlı) geçici iş ilişkisi (İK m. 7, f. 2-14), fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma (İK m. 41-43), denkleştirme (İK m. 63, f. 2), telafi çalışması (İK m. 64).

Hukukumuzdaki mevcut atipik çalışma düzenlemeleri incelenip Avrupa Birliği'nin ilgili mevzuatıyla karşılaştırıldığında şu sonuçlara ulaşılmaktadır:

[31] TİSK, s. 20.
[32] RG. 10.06.2003/25134.
[33] TİSK, s. 20-21; Tuncay, A. C. (2013). Brief history and flexibilisation efforts of Turkish labour law. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15(Özel Sayı), s. 345 ve 348.
[34] 6715 sayılı İş Kanunu ile Türkiye İş Kurumu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG. 20.05.2016/29717).
[35] RG. 04.02.2011/27836.

- Avrupa Birliği'nin ilgili düzenlemeleriyle uyumlu olarak, atipik iş sözleşmeleriyle çalışan işçilerin salt bu nedenle ayrımcılığa maruz kalmalarının önlenmesi amaçlanarak, İK m. 12 ve m. 13'te, belirli süreli iş sözleşmesiyle ve kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler bakımından "farklı işlem yasağı"na ve bu şekilde çalışanların ücret ve parasal menfaatleri için Avrupa Birliği tarafından da benimsenmiş olan *pro rata temporis* (zamana göre oranlama) ilkesine özel olarak yer verilmiştir.
- Avrupa Birliği'nin atipik çalışma biçimlerine ilişkin hem bağlayıcı ve hem tavsiye niteliğindeki belgelerinde, (tüm güvencesiz çalışmalar için) yer verdiği, daha güvenceli bir iş imkânı doğduğunda çalışana buna geçmesi için yardımcı olunması kuralı, kısmi süreli iş sözleşmeleri bakımından açıkça düzenlenmiştir.
- Meslek edinilmiş (mesleki amaçlı) geçici iş ilişkisi ile çalıştırılan işçiler için de yine Avrupa Birliği metinlerine uyumlu biçimde, işyerindeki sürekli işçilerin çalışma koşulları esas alınarak, bu koşullara göre farklı muamele yapılmaması öngörülmüştür.
- Bu tür (atipik) iş sözleşmelerine ilişkin düzenlemeler, bunların akdedilmesine sınırlama getirilmesi ve açıkça iş sözleşmesi olarak düzenlenmiş olmaları, dolayısıyla çalışma koşulları bakımından standart iş sözleşmesiyle çalışan işçilere kıyasen, iş ilişkilerinin *farklı* durumuna uygun biçimde *pro rata temporis* ilkesinin uygulanması dışında farklı bir uygulama yapılamaması yönündedir.
- Sonuç olarak, Türk hukukunda, 4857 sayılı İş Kanunu ile, atipik veya esnek çalışma biçimlerinin düzenlenmesi, işverenlere ve işletmelere esneklik sağlanırken işçiler bakımından güvenceden yoksun bir duruma yol açılmamasına yönelik Avrupa Birliğindeki yasal düzenlemelerle tamamen olmasa da uyumlu sayılabileceğini belirtmek yanlış olmaz[36].

III. GÜVENCESİZ ÇALIŞMADA GÜNCEL DURUM: SIFIR SAAT SÖZLEŞMELERİ VE PLATFORM ÇALIŞMALARI

1. SIFIR SAAT SÖZLEŞMELERİ

Teknolojideki gelişmeler, ekonomik krizler ve demografik yapıdaki değişimlerin ortaya çıkarttığı rekabet ortamına uyum sağlama, yeni istihdam yaratma, emek piyasasına katılabilecek kişilerin çeşitlendirilmesi ihtiyaçları sonucunda mevcut atipik çalışma biçimlerine yenilerinin eklenmektedir. Bunlardan, konumuz bakımından da hem 2019/1152 sayılı Yönergede özellikle vurgulanmış olması hem de hukukumuzdaki

[36] Bu konuda bkz. Tuncay, s. 345 ve 355 vd.; Süzek, s. 22. Ayrıca, 4857 sayılı İş Kanunu'ndaki düzenlemelerin fazla katı olduğu yönündeki eleştiriler için de bkz. TİSK, s. 21.

mevcut "çağrı üzerine çalışma sözleşmeleri" ile ilişkisi nedeniyle önem taşıyan biri "sıfır saat sözleşmeleri"dir.

Çağrı üzerine çalışma, İK m. 14, f. 1'de *"işçinin yapmayı üstlendiği işle ilgili olarak kendisine ihtiyaç duyulması halinde iş görme ediminin yerine getirileceğinin kararlaştırıldığı iş ilişkisi, çağrı üzerine çalışmaya dayalı kısmi süreli bir iş sözleşmesi"* olarak tanımlanmıştır. Maddenin devamında, *"hafta, ay veya yıl gibi bir zaman dilimi içinde işçinin ne kadar süreyle çalışacağını taraflar belirlemedikleri takdirde, haftalık çalışma süresi yirmi saat kararlaştırılmış sayılır. Çağrı üzerine çalıştırılmak için belirlenen sürede işçi çalıştırılsın veya çalıştırılmasın ücrete hak kazanır.[…] Sözleşmede günlük çalışma süresi kararlaştırılmamış ise, işveren her çağrıda işçiyi günde en az dört saat üst üste çalıştırmak zorundadır"* kurallarına yer verilmiştir. Şu hâlde, öğretide de belirtildiği üzere, hukukumuzda düzenlendiği şekliyle çağrı üzerine çalışma *"taraflarca önceden belirli bir çalışma süresinin kararlaştırıldığı (garanti edildiği) ve işverenin önceden belirlenen koşullarla ve ihtiyaç duyduğunda işçiyi çağırıp çalıştırdığı; işçiye, çalışmasa dahi garanti edilen ücretin ödendiği"* bir kısmi süreli iş sözleşmesi türüdür[37]. Avrupa Birliği mevzuatı incelendiğinde, 2003/88 sayılı Yönerge ve 97/81 sayılı Çerçeve Yönergede çağrı üzerine çalışma hakkında doğrudan veya dolaylı bir düzenleme bulunmadığı görülür. Ancak, 2019/1152 sayılı Yönergede, çağrı üzerine çalışma sözleşmeleri (*on demand-contracts/contrats à la demande*) tanımlanmamışsa da ulusal hukuk düzeninde bunlara cevaz verilmesi hâlinde, *"bu tip veya benzer sözleşmelerin kurulması veya süresine sınırlamalar getirilmesi, bu tür sözleşmelerin belirli bir zaman dilimi içinde ücretli çalışma sürelerinin bulunduğu bir iş ilişkisi olduğuna dair adi karine öngörmek"* gibi önlemler belirlenerek, bu tür çalışma biçimlerine ilişkin sözleşmelerin kötüye kullanılmasının engelleneceği öngörülmüştür (m. 11).

Sıfır saat sözleşmeleriyle çalışma, işverenin önceden belirlenmiş asgari bir çalışma süresi bulunmaksızın, ihtiyacı olduğu takdirde işçiyi işe çağırarak sadece çalıştırdığı süre için ücret ödediği bir modeldir. Burada işçinin hem çalışıp çalışmayacağı (dolayısıyla asgari çalışma süreleri) hem de buna bağlı olarak, ücrete hak kazanıp kazanmayacağı belirsizdir[38]. Böylece, işçinin işveren tarafından çalıştırılması zorunlu olan bir asgari süre değil kanunla, sözleşmeyle dahi belirlenmediği[39] için işçinin hiç veya çok düşük sürelerle çalıştırılması ve çok düşük ücrete hak kazanması (hatta belirsiz bir süre için hiç ücrete

[37] Aydın U. (2016). 4857 sayılı İş Kanununda çağrı üzerine çalışma, takım sözleşmesi, deneme süreli iş sözleşmesi ve mevsimlik iş sözleşmesi. A.C. Köseoğlu (ed.) 10. Yılında 4857 sayılı İş Kanunu (Uygulama sorunları ve çözüm önerileri) sempozyumu (s. 202-228). Ankara, s. 204. Ayrıca bkz. Baysal, U. (2012). Türk ve Alman hukukunda çağrı üzerine çalışma. TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, 24(1-2), s. 90.

[38] Öztürk, B. (2021). İş hukukunda sıfır saat sözleşmeleri (Karşılaştırmalı bir inceleme: İngiltere, İrlanda, Almanya ve Türkiye'de "Sıfır Saat Sözleşmeleri"). K. Doğan Yenisey ve S. Ergüneş Emrağ (ed.) Ekonomik ve teknolojik gelişmelerin iş hukuku ve sosyal güvenlik hukukuna etkileri, Prof. Dr. Münir Ekonomi 85. Doğum Günü Armağanı (s. 269-327). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 274-275.

[39] Freyssinet, J. (2016). Royaume-Uni les contrats « zéro heure » : un idéal de flexibilité?. Chronique Internationale d'IRES, 155, s. 124.

hak kazanmaması) mümkün olmaktadır. Nitekim 2019/1152 sayılı Yönergenin Genel Gerekçesinde (§35) çağrı üzerine çalışma sözleşmeleri ile, sıfır saat sözleşmeleri dahil benzer sözleşmelerin *"işçiler için bilhassa öngörülebilir olmadığı"* belirtilmiştir. Dolayısıyla, sıfır saat sözleşmeleri, yukarıdaki tanımlarla birlikte değerlendirildiğinde, bir çağrı üzerine çalışma türü olarak nitelendirilebilir[40].

Sıfır saat sözleşmelerinin belirsizliği karşısında, *bu kadar atipik* bir çalışma biçiminin, esnekleşme ihtiyacı karşısında bile, güvenceli esnekliğin *(flexicurity)* esas olduğu dikkate alındığında, geçerli bir kısmi süreli iş sözleşmesi olarak akdedilip akdedilemeyeceği sorunu gündeme gelmektedir. Mesele Avrupa Birliği hukuku bakımından ele alındığında, her ne kadar 2003/88 sayılı Yönerge ve 97/81 sayılı Çerçeve Yönergede bu hususu düzenleyen, hatta bu kavramdan *dem vuran* bir düzenleme bulunmasa da bunların yapılmasına ilişkin bir yasak da olmadığından uygulanması mümkün görünmektedir. Nitekim çeşitli Avrupa Birliği ülkelerinde uygulaması yaygındır ve hukuka uygun kabul edilmektedir: İngiltere, her ne kadar *Brexit* sonrası artık bir üye devlet değilse de, *Brexit*'ten önceki dönemde dahil sıfır saat sözleşmelerinin uygulandığı bir ülke olmuştur[41]. ABAD ise bu dönemde verdiği bir kararda, İngiltere'de bir çalışanın, işveren tarafından kendisine garanti edilmiş bir çalışma süresi veya ücret bulunmaksızın ve kendisine teklif edilen işi reddetme imkânı da olduğu hâlde, çalışmasının tam süreli veya kısmi süreli emsal bir iş sözleşmesiyle kıyaslanabilecek bir sözleşmeye dayanmadığı, dolayısıyla Avrupa Birliği'nin 97/81 sayılı Çerçeve Yönergesi kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı sonucuna ulaşmıştır[42]. Anılan kararla ilgili olarak Avrupa Parlamentosundaki soru önergesine verilen cevapta[43], Avrupa Birliği hukukunda sıfır saat sözleşmelerinin düzenlenmediği, ancak bu şekilde çalışmalar için 97/81 sayılı Çerçeve Yönerge hükümleri uygulanmasa da çalışma koşullarına ilişkin kurallara uyulması gerektiği ifade edilmiştir. Almanya'da da çalışanın, işveren tarafından kendisine sunulan işi, önceden açıkça tarihi ve süre belirlenmiş olmasa da, reddetme imkânı bulunmayan durumlarda bağımlılık unsurunun ve dolayısıyla, sıfır saat sözleşmesinin bulunduğu kabul edilmektedir[44].

Avrupa Birliği hukuku bakımından, sıfır saat sözleşmeleri konusunda önemli bir gelişme sayılabilecek olan 2019/1152 sayılı Yönergede de bu tür sözleşmeler tanımlanmamış ve ana hatları çizilmemiş olsa da Genel Gerekçenin 12, 35 ve 47. paragraflarında, sıfır saat sözleşmelerinin işçiler için ne kadar belirsiz olduğu ve onları ne kadar korunmasız bir konuma düşürdüğü, bu tür sözleşmelerin çağrı üzerine çalışma

[40] Öztürk, s. 310.
[41] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Freyssinet, s. 125-126.
[42] Case C-313/02, Nicole Wippel v. Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KG, para. 57-66.
[43] Answer given by Mr. Andor on behalf of the Commission (11.11.2013), Parliamentary Question - E-010783/2013(ASW), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-7-2013-010783-ASW_EN.html?redirect (Erişim Tarihi: 10.06.2022).
[44] Öztürk, s. 300-302.

sözleşmeleri benzeri olduğu vurgulanmış, işverenler tarafından kötüye kullanılmasının engellenmesi için yasal düzenlemelerin yapılması gerektiği, ayrıca bu şekilde çalışanların da söz konusu Yönerge hükümlerinden yararlanacakları belirtilmiştir. Öyleyse, 2019/1152 sayılı Yönergenin sıfır saat sözleşmelerini yasakladığını söylemek mümkün değildir[45]. Tam tersine, bu tür sözleşmelerle çalışanların da mümkün olduğunca bağımlı çalışan statüsünde kabul edilmelerinin gerektiği ve Yönergeyle belirlenen asgari şartlardan yararlandırılacakları öngörülmüştür. Dahası, Yönergenin 10. maddesinde *"çalışanın çalışma biçiminin (düzeninin) tamamen veya önemli ölçüde belirsiz olduğu durumlarda, yapılacak işin önceden kararlaştırılmış saat aralıklarında yapılmadığı veya çalışanın işveren tarafından işe ulusal hukuk tarafından belirlenmiş makul bir süre önceden davet edilmediği durumlarda, çalışanın iş görme edimini ifa etme zorunluluğu olmadığı"* belirtilmiştir. Ayrıca, 1. maddenin 3. fıkrasında *"Üye Devletlerin, bu Yönerge hükümlerinin haftalık çalışma süresi dört hafta üst üste ortalama üç saat veya altında belirlendiği çalışanların kapsam dışında bırakılacağını kararlaştırabilecekleri"* hükmüne yer verilmişse de 4. fıkrada *"üçüncü fıkradaki istisna hükmünün, çalışmaya başlamadan önce, mutlaka bir ücret iş verileceği garantisinin verilmediği iş ilişkilerinde uygulanmayacağı"* kuralı öngörülerek, sıfır saat sözleşmesiyle, dolayısıyla en başta garanti edilmiş bir çalışma olmaksızın çalışacağı belirlenmiş kişilerin Yönergenin sağladığı asgari güvencelerden mahrum bırakılabilmeleri engellenmiştir.

Sıfır saat sözleşmelerinin hukukumuzdaki mevcut düzenlemeler ışığında (kısmi süreli) iş sözleşmesi, dolayısıyla iş ilişkisi kuracak biçimde yapılıp yapılamayacağı sorusu İK m. 14'teki çağrı üzerine çalışma hükümlerinin değerlendirilmesiyle yanıtlanabilir. Yukarıda da ele aldığımız üzere çağrı üzerine çalışma, 4857 sayılı Kanun'da bir kısmi süreli iş sözleşmesi olarak ve 2019/1152 sayılı Yönergenin 11. maddesindeki kötüye kullanma ihtimallerinin önlenmesine yönelik kurala uygun önlemler içerecek biçimde düzenlenmiştir. Şöyle ki, sözleşmede, işçinin işveren tarafından ne kadar süre önce çağrılacağının ve her çağrıda ne kadar süreyle çalıştırılacağının belirtilmiş olması zorunludur. Geçerli bir çağrı üzerine çalışma sözleşmesinde, taraflarca belirlenmiş sürede yapılan çağrıya rağmen ve yine taraflarca belirlenmiş süreler içinde işçi, iş görme edimini yerine getirmek zorundadır, yapması istenen işi reddetme olanağı yoktur (İK m. 14, f.3) ve bu, iş sözleşmesinde bulunması zorunlu olan (kişisel/hukuki) bağımlılık unsurunu somutlaştırmaktadır.

Sözleşmede çağrının süresi ve çalışılacak süreye ilişkin herhangi bir düzenleme yer almaması hâlinde ise, İK m. 14, f. 2 ve 3'teki süreler uygulanacaktır. Burada dikkat çeken husus, 14. maddede belirlenmiş sürelerin asgari değil, sözleşmede hüküm bulunmaması hâlinde uygulanacak olmasıdır. Öyleyse bu hükümler öğretide mevcut aksi bir görüşe[46]

[45] Öztürk, s. 282.
[46] Aydın, s. 209.

rağmen bizim de katıldığımız görüşe göre nispi emredici değil ancak yedek hukuk kuralı niteliğindedir[47]. Zira maddede "en az" veya "asgari" gibi bir ifade bulunmamakta, tam tersine, *ancak taraflar belirlemedikleri takdirde* buradaki sürelerin uygulanacağı öngörülmektedir. Buna göre tarafların 14. maddede belirtilenden daha yüksek veya düşük süreler belirlemeleri, işçinin daha lehine veya aleyhine olup olmadığına bakılmaksızın, mümkündür.

İK m. 14'teki düzenlemenin yedek hukuk kuralı niteliğinde olması ve dolayısıyla, burada belirlenen sürelerin daha yüksek veya daha fazlasının taraflarca kararlaştırılabileceği dikkate alındığında, bu sürelerin "0 gün/ay/yıl" ve "0 saat" olarak da kararlaştırılıp kararlaştırılabileceği ve böyle bir sözleşmenin çağrı üzerine çalışma şeklinde bir iş sözleşmesi olarak kurulup kurulamayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Öğretide ifade edildiği üzere[48] ve kanımızca, İK m. 14'nin yedek hukuk kuralı niteliğinde olması nedeniyle, çalışma sürelerinin "sıfır" olarak kararlaştırılabilmesi dürüstlük kuralına uygun düşmez. Dahası, böyle bir durumu mümkün kabul etmek, 14. maddenin işçiyi çalışma süresinin ve dolayısıyla ücrete hak kazanıp kazanamayacağının belirsiz olduğu sözleşme hükümlerine karşı koruma amacına da bağdaşmaz ve kanunun dolanılması sonucu doğurur[49]. O hâlde, sonuç olarak, hukukumuzda sıfır saat sözleşmelerinin *iş sözleşmesi* olarak akdedilebilmesi mümkün değildir[50].

2. PLATFORM ÇALIŞMALARI

Platform çalışmaları, platform ekonomisi veya *gig* ekonomi veya paylaşım ekonomisi olarak adlandırılan[51] dijital bir ortam üzerinden sağlanan mal ve hizmet paylaşımlarının hizmet paylaşımı alanını oluşturur. Bu tür çalışmalarda; dijital bir platform aracılığıyla hizmet (çalışma) arzı ve talebi karşı karşıya getirilir. Böylece, iş sahibi, çok fazla işgücüne kolaylıkla erişim sağlar ve işgücü arzının miktarının yüksekliği, hizmet karşılığı ödenecek ücretlerin düşük belirlenmesine, böylece maliyetlerin düşmesine yol açar[52]. Bu tür çalışmalarda, sunulan hizmet veya başka bir ifadeyle yapılan iş dijital ortamda yapılabileceği gibi (*"crowdwork"*) fiziksel ortamda da yapılabilir. *Crowdwork* tipi çalışmalarda sunulan hizmet çevrimiçi olarak gerçekleştirildiği için bu aynı zamanda bir uzaktan çalışma niteliğindedir[53]. Buna karşılık platform üzerinden sunulan ve fiziksel

[47] Aynı yönde; Süzek, s. 265-266; Sevimli, s. 26-27; Öztürk, s. 312; Baysal, s. 99.
[48] Öztürk, s. 316.
[49] Alman hukukundaki benzer bir görüş için bkz. Aydın, s. 204 ve burada atıf yapılan yazarlar.
[50] Aynı yönde, Öztürk, s. 318.
[51] Pesole, A. vd. (2018). Platform workers in Europe. Luxembourg: Publications Office of the European Union. doi:10.2760/742789, JRC112157, s. 7.
[52] Alpagut, s. 90; Tolu, H. (2021). Teknolojinin iş ilişkilerinin sınıflandırılmasına etkisi: Crowdwork örneği. K. Doğan Yenisey ve S. Ergüneş Emrağ (ed.) İş hukukunda yeni yaklaşımlar IV (s. 145-194). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 148.
[53] Alpagut, s. 94-95; Tolu, s. 153; Dulay Yangın, s. 1220.

olarak hizmeti talep eden iş sahibinin belirlediği bir konumda yapılan "konum tabanlı" platform çalışmaları uzaktan çalışma değildir[54].

Platform çalışmalarının, bu şekilde çalışanlar için birtakım avantajları bulunmakla birlikte, dezavantajları da mevcuttur: Bu tür çalışmalar uzun süredir işsiz olan, sağlık sorunları zorluk bulunan, çok fazla ailevi sorumlulukları olan, yeterli eğitimi bulunmayan kişilerin işgücü piyasasına katılımını kolaylaştırır. Ancak aynı zamanda, bu çalışanların hukuki statüsü bağımsız çalışan gibi göründüğünden ancak aslında işçi ile bağımsız çalışan arasında bir bölgede kalabildiklerinden hem çalışma koşulları hem de (sosyal korumadan yararlanma, sendikal haklardan yararlanma şeklindeki) sosyal haklar bakımından bu kişiler belirsiz ve çoğunlukla dezavantajlı durumdadırlar[55]. Dolayısıyla, güvencesiz çalışan konumunda oldukları şüphe götürmeyen platform çalışanlarının statülerinin açıklığa kavuşturulması, iş hukuku ile sosyal güvenlik hukuku kapsamında sağlanan korumalardan yararlanıp yararlanamayacaklarının ve çalışma koşullarının belirlenmesi bakımından önem taşır.

2017 senesinde AB'ye bağlı bir merkez olan JRC (Joint Research Centre) önderliğinde yürütülen COLEEM araştırmasına göre Avrupa'daki platform çalışanlarının (yetişkin nüfustaki) yüzdeleri şu şekildedir:

[56]	Başlangıç Tahmini (%)	Düzeltilmiş Tahmin (%)
Birleşik Krallık	12,6	12
İspanya	15,1	11,6
Almanya	11,8	10,4
Hollanda	10,6	9,7
Portekiz	15,7	10,6
İtalya	13,5	8,9
Litvanya	13,5	9,1
Romanya	14,2	8,1
Fransa	8,8	7
Hırvatistan	12,1	8,1
İsveç	7,8	7,2
Macaristan	8,9	6,7

[54] Alpagut, s. 95; Tolu, s. 157.
[55] Pesole vd., s. 8.
[56] Pesole vd., s. 15'teki Tablo 1 ve Tablo 2'den yararlanılarak hazırlanmıştır.

Slovakya	8,5	6,9
Finlandiya	6,9	6

Platform çalışmalarında, arz ve talebi bir araya getiren platform, klasik bir iş sözleşmesinde bulunması gereken ağırlıkta bir yönetim hakkına sahip olmadığı gibi hizmet sunan da klasik anlamda bir işçi olmamakla birlikte bağımsız çalışan niteliğinde olup olmadığı da belirsizdir. Zira işçi sıfatının bulunup bulunmadığının tespitinde esas alınan ölçüt kişisel/hukuki bağımlılıktır[57].

ABAD kararlarında, iş ilişkisinin temel özelliği bir kişinin bir başka kişinin yönetimi altında bir süre içinde hizmetler görmesi ve bunun karşılığında ücret alması olarak tanımlanmıştır[58]. Yukarıda da bahsedildiği üzere, 2019/1152 sayılı Yönergenin Genel Gerekçesinin 8. paragrafında da çalışan kavramının tanımına ilişkin ABAD içtihadına atıf yapılarak, söz konusu içtihattaki özellikleri karşıladıkları ölçüde ev hizmetlerinde çalışanların, çağrı üzerine çalışanların, geçici iş ilişkisiyle çalışanların, aralıklı çalışanların ve *platform çalışanlarının* çalışan kabul edilerek 2019/1152 sayılı Yönerge kapsamına dahil edilecekleri belirtilmiştir.

Avrupa Parlamentosunun 16 Eylül 2021 tarihli platform çalışanlarının -dijital gelişmelere bağlı ortaya çıkan yeni istihdam türleri- çalışma koşulları, hakları ve bu

[57] *"İş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğini; işverenin talimatlarına göre hareket etmek ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır.*

** İşin işverene ait işyerinde görülmesi,*

** Malzemenin işveren tarafından sağlanması,*

** İş görenin işin görülme tarzı bakımından iş sahibinden talimat alması,*

** İşin iş sahibi veya bir yardımcısı tarafından kontrol edilmesi,*

** Bir sermaye koymadan ve kendine ait bir organizasyonu olmadan faaliyet göstermesi,*

**Ücretin ödenme şekli, kişisel bağımlılığın tespitinde dikkate alınacak yardımcı olgulardır.*

Sayılan bu belirtilerin hiçbiri tek başına kesin bir ölçü teşkil etmez. İşçinin, işverenin belirlediği koşullarda çalışırken, kendi yaratıcı gücünü kullanması, işverenin istemi doğrultusunda işin yapılması için serbest hareket etmesi bu bağımlılık ilişkisini ortadan kaldırmaz.

Yukarda sayılan ölçütler yanında, özellikle bağımsız çalışanı, işçiden ayıran ilk kriter, çalışan kişinin yaptığı işin yönetimi ve gerçek denetiminin kime ait olduğudur. Çalışan kişi işin yürütümünü kendi organize etse de, üzerinde iş sahibinin belirli ölçüde kontrol ve denetimi söz konusuysa, iş sahibine bilgi ve hesap verme yükümlülüğü varsa, doğrudan iş sahibinin otoritesi altında olmasa da bağımlı çalışan olduğu kabul edilebilir. Bu bağlamda çalışanın işini kaybetme riski olmaksızın verilen görevi reddetme hakkına sahip olması (ki bu iş görme borcunun bir ifadesidir) önemli bir olgudur. Böyle bir durumda çalışan kişinin bağımsız çalışan olduğu kabul edilmelidir.

Çalışanın münhasıran aynı iş sahibi için çalışması da, yeterli olmasa da aralarında bağımlılık ilişkisi bulunduğuna kanıt oluşturabilir.

Dikkate alınabilecek diğer bir ölçütte münhasıran bir iş sahibi için çalışan kişinin, ücreti kendisi tarafından ödenen yardımcı eleman çalıştırıp çalıştırmadığı, işin görülmesinde ondan yaralanıp yararlanmadığıdır. Bu durumun varlığı çalışma ilişkisinin bağımsız olduğunu gösterir." Y9HD, E. 2016/21479, K. 2016/20630, 22.11.2016, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30. 05.2022)

[58] CJEU (ABAD), Judgement of the Court, 11 November 2010, Dita Danosa v LKB Līzings SIA, C-232/09, §39; CJEU (ABAD), Judgment of the Court (Fifth Chamber), 17 November 2016, Betriebsrat der Ruhrlandklinik gGmbH v Ruhrlandklinik gGmbH, C-216/15, §27.

çalışanların adil bir sosyal korumadan yararlanmaları hakkında kararında, konuyla ilgili şu tespit ve değerlendirmeler yapılmıştır:

- Platform çalışanı *"iş görme edimini dijital bir hizmet platformu üzerinden ve az veya çok bir kontrol altında gerçekleştiren kişi",* dijital hizmet platformu *"aracı konumdaki bir işletmenin bir hizmet talebinde bulunan müşterilere bu hizmetin, fiziksel veya çevrimiçi olarak ve kendisi de az veya çok bir kontrol sağlamak suretiyle kişiler tarafından sunulmasını sağlaması",* platform üzerinden çalışma *da "platform çalışanlarının (statüleri ne olursa olsun) talep üzerine ve ücret karşılığı bir hizmet sunması veya iş yapması"*dır.
- Platform çalışmalarının istihdam yaratma, çeşitlilik sunma, emek piyasasına dahil olmayı kolaylaştırma gibi avantajlarının yanında, kötü çalışma koşulları, güvencesizlik, yeterli bir sosyal güvenceye erişememe, sabit olmayan gelirler gibi dezavantajları da bulunmaktadır. Platform çalışmalarının bu avantajları ve dezavantajları, bu tür çalışmaların çok yaygınlaştığı pandemi döneminde iyice ortaya konmuştur.
- Platform çalışanlarının statüsünün işçi ile bağımsız çalışan arasında bir *üçüncü statü* olarak kabul edilmesinin dijital platformlar arasındaki rekabeti olumsuz etkileyeceği, Üye Devletlerin mevzuatlarındaki işçi ve bağımsız çalışan tanımlarıyla örtüşmeyeceği ve öngörülemez hukuki ve idari sonuçlar doğuracağı dikkate alınarak platform çalışanlarının gerçek durumları (somut olay üzerinden) değerlendirilerek gerçek anlamda işçi mi bağımsız çalışan mı olduklarının tespiti ve hatta, platform çalışanlarının işçi niteliğine sahip olduklarının adi karine olarak kabul edilmesi yerinde olacaktır.
- Platform çalışanlarının şeffaf ve adil çalışma koşullarına sahip olmalarını sağlamak için toplu pazarlık olanakları etkin hale getirilmelidir, birden fazla platform nezdinde çalışmalarının engellenmesinin önüne geçilmelidir, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinden yararlanmaları ve iş kazası veya meslek hastalığına uğramaları halinde tazminata hak kazanabilmelidirler, yeterli ve şeffaf bir sosyal korumadan yararlanmaları sağlanmalıdır.

Avrupa Birliği'nin, dijital platform çalışanlarına ilişkin çalışmaları bununla da sınırlı kalmamış, "Platform Çalışmasında Çalışma Koşullarının İyileştirilmesi Hakkında Yönerge" önerisi hazırlanmıştır[59]. Öneride öne çıkan hususlar şu şekilde özetlenebilir:

- Öneride, öncelikle tanımlara yer verilmiştir. Buna göre; "dijital iş (çalışma) platformu"ndan söz edebilmek için gerçek ya da tüzel bir kişi tarafından, tamamı veya bir kısmı elektronik yollarla (bir web sitesi veya mobil uygulama

[59] Proposal For a Directive Of The European Parliament and of The Council on Improving Working Conditions in Platform Work, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/ (Erişim Tarihi: 10.06.2022).

aracılığıyla) uzaktan ve hizmeti alanın talebi üzerine sunulan, bu hizmetin sunulabilmesi için gerçek kişiler tarafından yapılan bir iş organizasyonunun zorunlu bir unsur olduğu ticari bir hizmet bulunmalıdır. "Platform çalışması" ise, bir dijital iş (çalışma) platformu tarafından organize edilen ve bir gerçek kişi tarafından bu kişi ile platform arasındaki sözleşmeye dayalı bir ilişkiye göre -bu gerçek kişi ile hizmet sunulan arasında bir sözleşme bulunup bulunmadığından bağımsız olarak- ifa edilen çalışmadır. Tanımlarda hem "platform çalışması ifa eden kişi" hem de "platform çalışanı" bulunmaktadır. "Platform çalışması ifa eden kişi" platformla arasında, niteliğinin ne olduğu fark etmeksizin, bir sözleşme bulunan ve bu sözleşmeye göre platform çalışması ifa eden kişi olarak, "platform çalışanı" ise platform çalışmasını bir iş sözleşmesi veya iş ilişkisine dayalı olarak ifa eden kişi olarak tanımlanmıştır. O hâlde, yönerge önerisinde, platform çalışmalarının hem iş sözleşmesiyle (işçi olarak) hem de bunun dışında kalan bir iş görme sözleşmesiyle (bağımsız çalışan olarak) gerçekleştirilebileceğinin kabul edildiği açıktır. Buna karşılık, platform çalışması ifa eden kişi için işçi ile bağımsız çalışan arasında bir üçüncü statü yaratılmamıştır.

- Öneride "çalışma ilişkisinin (statüsünün) nitelendirilmesi" ve buna ilişkin kanuni karine de ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Şöyle ki, tarafların -platform ile çalışanın- sözleşmelerde yaptıkları nitelendirmelerden bağımsız olarak, platform çalışmasının ifasında mevcut olan olgular ve çalışmanın organize ediliş biçimi dikkate alınarak ulusal hukuktaki düzenlemeler ve ABAD kararları uyarınca bir iş ilişkisi bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Dahası, platform çalışmaların iş sözleşmesi çerçevesinde ifa edildiğinin kanuni karine olarak kabul edileceği öngörülmüş, platformun çalışan üzerinde bir denetiminin bulunup bulunmadığının tespitinde de şu kriterlerden en az iki tanesinin sağlanıp sağlanmadığının araştırılacağı öngörülmüştür: ücretin tamamı veya üst sınırının belirlenmesi yetkisinin platforma ait olması; platform çalışması ifa eden kişiden görünüşü, hizmet alanlara karşı tavrı veya işin yapılışı konusunda belirli bağlayıcı kurallara uymasının talep edilmesi; çalışma performansının veya çalışması sonucunda ortaya çıkan hizmetin niteliklerinin denetleniyor olması; çalışanın çalışmasını organize etmesinin -özellikle de çalışma veya dinlenme sürelerini belirleme yetkisinin, görevleri kabul veya reddetme yetkisinin ve alt yüklenici veya vekil görevlendirme yetkisinin- yaptırımlar dahil çeşitli uygulamalarla sınırlandırılması; kendi müşteri çevresini oluşturmasının veya üçüncü şahıslar için de çalışmasının etkin biçimde kısıtlanması. Buna göre, iş sözleşmesinin (ilişkisinin) varlığının tespitinde yararlanılacak ölçütler somutlaştırılmıştır. Ayrıca, dijital platform çalışmalarının bağımlı (iş sözleşmesi ile) çalışma

sayılması kanuni karine olarak kabul edildiği gibi, bunun aksini ispat yükünün de -önerinin 5. maddesinde açıkça- dijital platforma ait olduğu öngörülmüştür.

- Dijital platform çalışanlarının, kayıt dışı çalıştırılarak sosyal korumadan mahrum kalmalarının önünün alınması için belirlenen bir kural da platform çalışanı tarafından ifa edilen çalışmanın yetkili çalışma ve sosyal güvenlik mercilerine bildirilmesi zorunluluğudur.
- Dijital platform çalışanları için, yönerge önerisindeki bir diğer güvence de feshe karşı korumadır: (önerilen) yönergeden kaynaklanan haklarını kullanan bir platform çalışanının sözleşmesinin bu nedenle feshedilemeyeceği öngörülmüştür.

Görüldüğü üzere, Avrupa Birliği'nin platform çalışmaları ve çalışanları konusundaki güncel yaklaşımı bunların kural olarak "iş sözleşmesiyle çalışıyor" kabul edilmesi ve bunun aksinin ispatında bağımlılığın bulunup bulunmadığının tespitinde yararlanılan ölçütlerden hareket edilmelidir. Böylece, mevcut durumda, dijital platform çalışanlarının ya işçi ya da bağımsız çalışan statüsünde olacağı kabul edildiği, buna -ve platform çalışmasının içeriğine[60]- göre çalışma koşullarının belirlilik kazanacağı söylenebilir.

Hukukumuzda ise henüz platform çalışanlarına ilişkin bir mevzuat çalışması veya yargı kararı bulunmamakla birlikte öğretide, Avrupa Birliği tarafından benimsenen ölçütlere de uygun biçimde, somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılarak çalışanın hukuki statüsünün -işçi mi yoksa bağımsız çalışan mı olduğunun- belirlenmesinin yerinde olacağı ifade edilmektedir[61].

SONUÇ

Güvencesiz çalışma, iş ilişkilerinde esnekleşme ihtiyacıyla birlikte ortaya çıkmış ve böylece standart olmayan (atipik) iş ilişkilerinin, çalışanları, iş ve sosyal güvenlik hukukunun koruyucu düzenlemelerinden mahrum, dolaysıyla güvencesiz bir konuma sokması ile artış göstermeye başlamış bir olgudur. Her ne kadar *standart* olarak tanımlanan iş ilişkileri günümüz emek piyasalarında hâlen baskın durumda olsa da hem dijitalleşmenin hızı hem de Covıd-19 pandemisi ve bunun etkileri ile ortaya çıkan ekonomik güçlüklere bağlı tüm dünyadaki *"iyileşme"* sürecinin iş ilişkilerinde atipikleşmede artışa yol açacağı açıktır. Bu bağlamda, böyle bir atipikleşmenin çalışanları mümkün olduğunca az olumsuz etkilemesi için çözüm üretilmelidir.

---

[60] Pesole vd., s.46.

[61] Yıldız, G.B. (2021). Dijital emek platformları üzerinden çalışanların hukuki statülerinin belirlenmesi. Sicil, 46, s, 41. Bununla birlikte Alpagut, her ne kadar somut olayın özelliklerine göre, platform çalışanlarının işçi olarak nitelendirilmelerinin mümkün olabileceğini belirtmişse de genel olarak "sorununu iş hukuku içinde çözülebilmesine imkân" bulunmadığını ve "yeni bir 'bağımlılık', 'yeni bir iş hukuku' yerine bağımsız çalışma ilişkisi veya ara kademe görüşleri dahilinde çözüm arayışlarının daha isabetli" göründüğü sonucuna ulaşmıştır (Alpagut, s. 124). Alpagut'la benzer bir sonuca ulaşan değerlendirmeleri için bkz Dulay Yangın, s. 1233 ve Rubery, vd., s. 523-524. Ayrıca bkz. Aykaç, H.B. (2021). Çevrimiçi uygulamalar aracılığı ile talep üzerine çalışma iş modelinde işçi kavramının Türk hukuku bakımından değerlendirilmesi: Uber şoförleri örneği. K. Doğan Yenisey ve S. Ergüneş Emrağ (ed.) Ekonomik ve teknolojik gelişmelerin iş hukuku ve sosyal güvenlik hukukuna etkileri, Prof. Dr. Münir Ekonomi 85. Doğum Günü Armağanı. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık., s. 230-233.

Öncelikle, pek çok atipik çalışma biçimi gerek Avrupa Birliği hukuku gerekse Türk hukukunda, iş hukuku kuralları kapsamında düzenlenmiştir. Burada asıl güvencesizliğin, çok daha yeni atipik çalışma modelleri (çağrı üzerine çalışma ve özellikle de sıfır saat sözleşmeleri, platform çalışmaları) bakımından tehlike arz ettiği söylenebilir. İş ilişkilerinde standardın dışına çıkışın çalışan kesimde belirsiz ve güvencesiz bir durum yaratması, bunlara özgü kurallar geliştirilmesiyle mümkün olur. Her ne kadar bu tür kuralların iş hukukunun özellikleri, kuralları ve ilkeleri dahilinde geliştirilemeyeceği de ileri sürülmüşse bile kanımızca iş hukukunun temel prensipleri ve yaklaşımları esas alınıp yeni esnek çalışma modellerinin özelliklerine uyarlanması mümkündür. Nitekim Avrupa Birliğinin dijital platform çalışanları konusunda özellikle de 2019 senesinden beri benimsediği tutum bu yöndedir. Hukukumuz bakımından ise, atipik çalışma biçimlerine ilişkin düzenlemelerin ağırlıklı olarak Avrupa Birliği hukukundan yola çıkılarak yapıldığı dikkate alındığında, bu en yeni atipik çalışma modelleri bakımından da benzer bir yolun izlenmesinin kuvvetle muhtemel olduğu açıktır.

KAYNAKÇA

Alpagut, G. (2021). Dijitalleşen çalışma yaşamında iş sözleşmesinin unsurları. K. Doğan Yenisey ve S. Ergüneş Emrağ (ed.) Ekonomik ve teknolojik gelişmelerin iş hukuku ve sosyal güvenlik hukukuna etkileri, Prof. Dr. Münir Ekonomi 85. Doğum Günü Armağanı (s. 87-124). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Aydın U. (2016). 4857 sayılı İş Kanununda çağrı üzerine çalışma, takım sözleşmesi, deneme süreli iş sözleşmesi ve mevsimlik iş sözleşmesi. A.C. Köseoğlu (ed.) 10. Yılında 4857 sayılı İş Kanunu (Uygulama sorunları ve çözüm önerileri) sempozyumu (s. 202-228). Ankara.

Aykaç, H.B. (2021). Çevrimiçi uygulamalar aracılığı ile talep üzerine çalışma iş modelinde işçi kavramının Türk hukuku bakımından değerlendirilmesi: Uber şoförleri örneği. K. Doğan Yenisey ve S. Ergüneş Emrağ (ed.) Ekonomik ve teknolojik gelişmelerin iş hukuku ve sosyal güvenlik hukukuna etkileri, Prof. Dr. Münir Ekonomi 85. Doğum Günü Armağanı (s. 195-238). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Baysal, U. (2012). Türk ve Alman hukukunda çağrı üzerine çalışma. TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, 24(1-2), 86-102.

Dulay Yangın, D. (2020). Endüstri 4.0, dijitalleşme ve iş hukukunun geleceği-Dijital platformların ortaya çıkardığı hukuki ilişkiler çerçevesinde değerlendirilmesi. İstanbul Hukuk Mecmuası, 78(3), 1209-1237.

Eurofound. (2017). Sixth European working conditions survey-Overview report (2017 update). Luxembourg: Publication Office of the European Union.

European Expert Group on Flexicurity. (2007). Flexicurity pathways, turning hurdles into stepping Stones. Brussels: European Commission.

Freyssinet, J. (2016). Royaume-Uni les contrats « zéro heure » : un idéal de flexibilité?. Chronique Internationale d'IRES, 155, 123-131.

Hélardot, V. (2005). Précarisation du travail et de l'emploi: quelles résonances dans la construction des expériences sociales?. Empan, 4, 30-37.

Mollamahmutoğlu, H., Astarlı, M. ve Baysal, U. (2022) İş hukuku. Ankara: Lykeion Yayınları.

Öztürk, B. (2021). İş hukukunda sıfır saat sözleşmeleri (Karşılaştırmalı bir inceleme: İngiltere, İrlanda, Almanya ve Türkiye'de "Sıfır Saat Sözleşmeleri"). K. Doğan Yenisey ve S. Ergüneş Emrağ (ed.) Ekonomik ve teknolojik gelişmelerin iş hukuku ve sosyal güvenlik hukukuna etkileri, Prof. Dr. Münir Ekonomi 85. Doğum Günü Armağanı (s. 269-327). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Pesole, A. vd. (2018). Platform workers in Europe. Luxembourg: Publications Office of the European Union. doi:10.2760/742789, JRC112157.

Rubery, J. vd. (2018). Challenges and contradictions in the 'normalising' of precarious work. Work, Employment and Society, 32(3), 509-527.

Sevimli, A. (2019). 4857 sayılı İş Kanununda düzenlenen kısmi süreli iş sözleşmeleri. İstanbul: Beta Yayınları.

Süzek, S. (2021). İş hukuku. İstanbul: Beta Yayınları.

TİSK. (2022). Yeni nesil çalışma modelleri, Şubat 2022. https://www.tisk.org.tr/dokuman/yeni-nesil-calisma-modelleri-raporu-.pdf (Erişim Tarihi: 1 Haziran 2022).

Tolu, H. (2021). Teknolojinin iş ilişkilerinin sınıflandırılmasına etkisi: Crowdwork örneği. K. Doğan Yenisey ve S. Ergüneş Emrağ (ed.) İş hukukunda yeni yaklaşımlar IV (s. 145-194). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Tuncay, A. C. (2013). Brief history and flexibilisation efforts of Turkish labour law. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15(Özel Sayı), 341-367.

Yıldız, G.B. (2018). İş hukukunun etkinliği ve amacı üzerine yeniden düşünmek. Çalışma ve Toplum, 57, s. 733-748.

Yıldız, G.B. (2021). Dijital emek platformları üzerinden çalışanların hukuki statülerinin belirlenmesi. Sicil, 46, s. 28-41.

İCRA VE İFLAS KANUNU'NUN İCRANIN GERİ BIRAKILMASI HÜKÜMLERİ HAKKINDA 7343 SAYILI KANUNLA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Doç. Dr. Leyla AKYOL ASLAN*

Özet

7343 sayılı Kanunla, İcra ve İflas Kanunu'nun birçok hükmü yanında, icranın geri bırakılmasına ilişkin (m. 36) hükümlerinde de bazı önemli değişiklikler yapılmıştır. Söz konusu kanunla yapılan en önemli değişiklik, icranın geri bırakılmasına karar verme yetkisinin duruma göre bölge adliye mahkemesi ve Yargıtay'dan alınarak, takibin yapıldığı yerdeki icra mahkemesine verilmiş olmasıdır. Kanun koyucunun yapmış olduğu bu tercih üzerinde düşünülmesi, sorgulanması, olumlu ve olumsuz yönlerinin ortaya konulması gereken önemli bir değişikliktir. Çalışmada bu konu üzerinde özellikle durulacaktır. Yapılan diğer bir önemli değişiklik, bölge adliye mahkemesince başvurunun kesin olarak esastan reddine karar verilmesi hâlinde, alacaklının istemi üzerine başkaca işleme gerek kalmaksızın teminata konu olan paranın alacaklıya ödenecek olmasıdır. Söz konusu değişiklik uygulamada yaşanan tereddütleri ortadan kaldırması bakımından yerinde olmuştur. Yapılan diğer önemli bir değişiklik, bölge adliye mahkemesinin başvurunun esastan reddine ilişkin kararına karşı temyiz yolunun açık olması hâlinde, temyiz yoluna başvurma süresinin dolmasına kadar icranın geri bırakılması kararının etkisini devam ettirmesine ilişkindir. Bu değişiklik de menfaatler dengesi dikkate alındığında isabetli olmuştur. Ayrıca Yargıtayca hükmün bozulması hâlinde borçlunun başvurusu üzerine, bozmanın mahiyetine göre teminatın geri verilip verilmeyeceğine bozma sonrası esası inceleyecek mahkemece kesin olarak karar verilmesine yönelik değişiklik de yerindedir. Nihayet ücretin ilgililer tarafından verilmesi halinde, icra mahkemesince icranın geri bırakılması hakkındaki kararın, icra dairesi yanında ayrıca hükmü veren mahkemeye de uygun vasıtalarla bildirilmesine yönelik değişiklik isabetli olmuştur.

Anahtar Kelimeler: 7343 sayılı Kanun, icranın geri bırakılması, tehiri icra, İcra ve İflas Kanunu, icra ve iflas hukuku.

I. GİRİŞ

Hukukumuzda, mahkeme kararlarının icra edilebilmesi için kural olarak kesinleşmesine gerek yoktur. Bununla birlikte, istisnai olarak bazı ilamların, icra edilebilmesi için kesinleşmesi gerekir[1]. Bilindiği üzere, bir mahkeme kararına karşı

* *Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. lylakyol@hotmail.com. ORCID ID: 0000-0001-9245-5333.*

[1] Örneğin, kişiler hukuku, aile hukuku ve taşınmaz mal ile ilgili ayni haklara ilişkin kararlar kesinleşmedikçe yerine getirilemez (HMK m. 350/2, m. 367/2). Ancak nafakaya ilişkin ilamların icra edilebilmesi için kesinleşmesi gerekmez.

olağan kanun yoluna (istinaf ve temyiz yoluna) başvurulması, hükmün şekli anlamda kesinleşmesine engel olmakta ise de, hükmün icrasını durdurma etkisine sahip değildir. Dolayısıyla, istisnalar hariç, ilam lehine olan alacaklı, hüküm henüz kesinleşmemiş olmasına rağmen, ilamı icraya koyabilir[2]. Nitekim bu husus HMK m. 350/1'de "İstinaf yoluna başvurma kararın icrasını durdurmaz", HMK m. 367/1'de "Temyiz kararın icrasını durdurmaz" şeklinde açıkça ifade edilmiştir. Şüphesiz bu husus, bir hukuk politikası sorunu olup, kanun koyucunun bir tercihidir. Nitekim Alman hukuku gibi bazı yabancı hukuk düzenlerinde, mahkeme kararları kural olarak kesinleştikten sonra icra edilmekte, ancak gerekli bazı durumlarda, kararı veren mahkeme hükmün geçici olarak icra edilmesine karar verebilmektedir[3]. Hukukumuzda bölge adliye mahkemelerinin göreve başlamasıyla birlikte yargı sistemimiz üç dereceli hale gelmiştir. Bölge adliye mahkemelerinin de gerektiğinde bazı durumlarda, uyuşmazlığın esası hakkında karar verebilecekleri dikkate alındığında, belki yapılacak bir kanun değişikliğinde, mahkeme kararlarının kural olarak istinaf kanun yolundan sonra icraya konulabilmesi şeklinde bir düzenleme yapılması önerilebilir[4].

Ancak mevcut pozitif düzenlememize göre, mahkeme kararları kural olarak hemen icra edilebilmektedir. Bir ilamın kesinleşmeden dahi icra edilebilmesi, alacaklı yararına kabul edilmiş bir kuraldır[5]. Zira alacaklı, mahkeme kararını icra edebilmek için kesinleşmesini beklemek zorunda değildir[6]. Alacaklının, mahkeme kararı lehine olduğu için bunda hakkı olduğu düşünülebilir ise de, diğer taraftan kanun yolunda borçlunun haklı çıkma ihtimali de göz ardı edilemez. Bu nedenle, alacaklı ile borçlu arasında bir menfaat[7] dengesinin kurulması kaçınılmazdır. Bu bağlamda kanun koyucu hem ilamsız

Ayrıca nafakaya ilişkin ilamlar bakımından icranın geri bırakılmasına da karar verilemez (İİK m. 36/4). Bkz. Arslan, R/Yılmaz, E/Taşpınar Ayvaz, S/Hanağası, E. (2021). İcra ve İflas Hukuku, B.7, Ankara; Yetkin Yayınları, s. 407; Muşul, T. (2010). İcra ve İflas Hukuku, 4. B, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 906 vd.

[2] Bu hususta bkz. Kuru, B. (2013). İcra ve İflas Hukuku El Kitabı. 2.B., Ankara: Adalet Yayınevi, s. 913, s. 922 vd.

[3] Bu hususta bkz. Özkaya Ferendeci, H. Ö. (2017). "Alman Hukukunun İlamın Geçici İcrasına İlişkin Düzenlemelerine Genel Bir Bakış ve Türk Hukuku İle Karşılaştırılması". BÜHFD, (2), s. 9-29.

[4] Nitekim hukukumuzda, ilamların icra edilebilmesinin kesinleşmesi şartına bağlanması gerektiğini savunan görüşler vardır. Bu görüşe göre ilamlar en azından istinaf kanun yolundan geçtikten sonra icra edilebilmelidir. Bkz. Özekes, M. (2010). "Yeni Bir İcra Sistemi Önerisi", DEÜHFD (11), Özel Sayı, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, s. 921-940, s. 935; Özbek, M. (2018). "Yeni İcra ve İflas Kanunu İçin Öneriler Işığında İlamlı İcrada İcranın Ertelenmesi". TNBHD, (1), s. 9-124.; Mavzer, T. (2021). İlamlı İcrada İcranın Durdurulması (İcranın Geri Bırakılması- İİK m. 36), Ankara: Seçkin Yayınları, s. 230; Hanecioğlu, N. (2018). Kanun Yoluna Başvurmanın İlamların İcrasına Etkisi, Ankara: Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 113; Karabel, H. G. (2022). "7343 Sayılı İcra ve İflas Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Kapsamında İstinaf Kanun Yolunda İcranın Geri Bırakılması". MİHDER, 18 (51), s. 151-187, s. 157. Ancak bu görüşün aksini savunan, yani ilamların kesinleşmeden icra edilmesi gerektiğini savunan görüşler de vardır. Karslı, A. (2014). İcra ve İflas Hukuku, 3.B, İstanbul: Alternatif Yayınları, s. 399-400; Ferendeci, s. 25.

[5] Üstündağ, S. (2004). İcra Hukukunun Esasları, 8.B., İstanbul: Nesil Matbaacılık, s. 354.

[6] Bu hususta bkz. Tanrıver, S. (1996). İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 151; Özbek, M. (2013). Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İlamlı İcranın Etkinliği, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 702 vd.

[7] İlamlı icrada kurulmaya çalışılan bu menfaat dengesi hakkında geniş bilgi için bkz. Çiftçi, P. (2010). İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 341 vd.

hem de ilamlı icrada bu menfaat dengesini sağlamaya çalışmıştır. Şöyle ki, ilamsız icrada (özellikle genel haciz yoluyla takipte) borçluya ödeme emrine itiraz[8] etmek suretiyle icra takibini durdurma olanağı tanınmıştır. İlamlı icrada borçlu, icra emrine itiraz ederek takibi durduramaz; zira takip, alacaklının haklı olduğunu tespit eden (onun lehine olan) bir mahkeme kararına dayanmaktadır. İlamlı icrada, ilamsız icradaki itiraz kurumunun yerini adeta "icranın geri bırakılması" kurumu almıştır denilebilir[9]. İlamlı icra takibinde borçlu, İİK m. 33 hükmü çerçevesinde, itfa, imhâl veya zamanaşımı sebeplerine dayanarak icra mahkemesinden icranın geri bırakılmasını isteyebilir ise de, bu durum, kanun yoluna başvuru halinde icranın geri bırakılmasından (İİK m. 36) tamamen başkadır[10]. Kanun yoluna başvuran borçlunun, ilamın icrasını durdurabilmek için başvuracağı hukuki çare[11], İİK m. 33'de düzenlenen değil, İİK m. 36'da düzenlenen icranın geri bırakılması yoludur. O halde kesinleşmeden[12] icraya konulan bir ilamın icrasını durdurmak için borçlu, İİK m. 36'da düzenlenen[13] şartlar çerçevesinde, icranın geri bırakılması kararı almak durumundadır. Kanunda bu yola başvuru için sınırlayıcı bir süre de öngörülmemiştir[14].

Borçlunun İİK m. 36 hükmüne göre, icranın geri bırakılması kararı alabilmesi bazı şartların yerine getirilmesine bağlıdır. Buna göre, borçluya icra emri gönderilmiş olması, borçlunun ilama karşı süresi içinde kanun yoluna (istinaf veya temyiz yoluna) başvurduğunu kanıtlaması, kanunda öngörülen teminat koşulunu yerine getirmiş olması ve icra dairesinden bu amaçla süre istemiş olması gerekir[15]. İcra dairesinden süre isteyen borçlu, hükme karşı kanun yoluna başvurduğunu ispat etmelidir. Ancak bunun üzerine icra dairesi icranın geri bırakılması kararı getirebilmesi amacıyla borçluya süre verebilir. Zira icranın geri bırakılmasının talep edildiği tarih itibariyle gösterilecek teminatın miktarını ve yeterli miktarda teminat gösterilmiş olup olmadığını denetleme görevi

[8] Bu konuda ayrıntı için bkz. Akil, C. (2018). Genel Haciz Yoluyla Takipte Ödeme Emrine İtiraz. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 52 vd.

[9] Çeşitli olasılıklara göre ilamlı icrada icranın geri bırakılması hakkında bkz. Köle, M. (2020). İlamlı İcra Takibinde İcra Mahkemesi Tarafından İcranın Geri Bırakılması. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 19 vd.

[10] Köle, s. 25-26. Terim sorunu hakkında bkz. Atalı, M/Ermenek, İ/Erdoğan, E. (2022). İcra ve İflas Hukuku, 5. B, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 435; Karabel, s. 160 vd.

[11] İcranın geri bırakılmasının hukuki niteliğinin cebri icra hukukuna özgü bir geçici hukuki koruma olduğu hakkında bkz. Özekes, M./Erişir, E. (2006). "Konusu Para Alacağı Olan Geçici Hukuki Korumaların Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi", MİHDER 3 (5), s. 1235-1274, s. 1237; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 436.

[12] Ancak kesinleştikten sonra icraya konulabilen ilamlar için icranın geri bırakılması talep edilemez. Muşul, s. 907. Esasen kesinleşmeden icraya konulamayan ilamlar için yapılan takip talebini icra müdürünün reddetmesi gerekir. Muşul, s. 908.

[13] Nitekim bu hükmün başlığı da "İcranın geri bırakılması için verilecek süre" şeklindedir.

[14] Aynı yönde, Karabel, s. 166-167. "… İcranın geri bırakılması için verilecek süre İİK 36. maddesinde… şeklinde düzenlenmiş olup anılan maddede icranın geri bırakılması talebinde bulunmak için belirli bir süre öngörülmemiştir. Maddenin koşulları yerine getirildiği takdirde takibin her aşamasında icranın geri bırakılması kararı getirilerek takip durdurulabilir…". Y. 8. HD. 27.4.2015, 9373/9402: www.legalbank.net adresinden erişildi (ET: 18.6.2022).

[15] Ayrıntı için bkz. Pekcanıtez, H/Atalay, O/Sungurtekin Özkan, M/Özekes, M. (2020). İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 7. B, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 295; Uyar, T. (2008). İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C.2, 3.B, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 3282-3283.

kanunda (İİK m. 36/1) icra dairesi ile icra mahkemesi arasında paylaştırılmıştır[16]. İcra müdürünün, süre verip vermemek konusunda bir takdir yetkisi verilmemiş ise de; bu sürenin ne kadar olacağı hususunda bir takdir yetkisi verilmiştir. Nitekim m. 36/1 hükmünde de "uygun" bir süre verileceğinden ve sürenin ancak zorunluluk halinde uzatılabileceğinden söz edilmiştir. Böylece zorunluluk halinin mevcut olup olmadığı konusunda da icra müdürüne bir takdir yetkisi verilmiştir[17].

İşte niteliği ve amacını[18] kısaca açıklamaya çalıştığımız İİK m. 36 hükmünde öngörülen icranın geri bırakılması kurumu hakkında, 7343 Sayılı Kanunla[19], bazı önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu çalışmada, yukarıda kısaca izah edilen icranın geri bırakılması kurumu bütün[20] boyutlarıyla değil, sadece 7343 sayılı Kanunla yapılan değişiklikler çerçevesinde ele alınacaktır.

II. İİK m. 36 HÜKMÜNDE 7343 SAYILI KANUNLA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

Biraz önce de belirtildiği üzere 7343 sayılı Kanunla İİK'nun diğer bazı hükümleri yanında, icranın geri bırakılması kurumunun düzenlendiği m. 36 hükmünde de bazı değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler, icranın geri bırakılması kararının hangi merciden alınacağı ile icranın geri bırakılması kararının etkisine ilişkindir.

A. İcranın Geri Bırakılmasına Karar Verecek Merci Bakımından Yapılan Değişiklik

İcra ve İflas Kanunu'nun 7343 sayılı Kanunla değişiklik yapılmadan önceki m. 36/1 hükmü şu şekildeydi: *"İlâma karşı istinaf veya temyiz yoluna başvuran borçlu, hükmolunan para veya eşyanın resmî bir mercie depo edildiğini ispat eder yahut hükmolunan para veya eşya kıymetinde icra mahkemesi tarafından kabul edilecek taşınır rehni veya esham veya tahvilât veya taşınmaz rehni veya muteber banka kefaleti gösterirse veya borçlunun hükmolunan para ve eşyayı karşılayacak malı mahcuz ise icranın geri bırakılması için bölge adliye mahkemesi veya Yargıtaydan karar alınmak üzere icra müdürü tarafından kendisine uygun bir süre verilir. Bu süre ancak zorunluluk hâlinde uzatılabilir".*

Bu fıkrada geçen "bölge adliye mahkemesi veya Yargıtaydan" ibaresi, 7343 sayılı Kanunun 5 inci maddesiyle **"icra mahkemesinden"** şeklinde değiştirilmiştir. İcranın geri bırakılması hakkında yapılan bu değişiklik, önemli bir tercih, önemli bir değişikliktir. Hükümden de anlaşılacağı üzere, ilamın icraya konulması halinde, borçlunun icranın geri

[16] Akyol Aslan, L. (2018). İstinaf Başvurusunun Esastan Reddi Kararının İcranın Geri Bırakılması İçin Gösterilen Teminata Etkisi. MİHDER, 14(41), s. 729-764, s. 737.
[17] Bu konuda bkz. Özçelik, V. (2014). İcra Müdürünün Takdir Yetkisi, Ankara: Adalet Yayınları, s. 267-268.
[18] Bu konuda ayrıca bkz. Karabel, s. 154 vd.
[19] Bkz. R. G. 30 Kasım 2021, S. 31675.
[20] Doktrinde bu hususta kapsamlı eserler bulunmaktadır. Örneğin bkz. Kuru, B. (1993). İcra Ve İflas Hukuku, C. 3, 3. B., Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 2191 vd.; Kulaksız, C. (1997). İlamlı İcrada İcranın Geri Bırakılması, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara.; Şirin, F. (2010). İcra ve İflas Hukukunda İcranın Geri Bırakılması, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli.

bırakılması kararı almak için artık duruma göre bölge adliye mahkemesine ya da Yargıtay'a değil, icra mahkemesine başvurması gerekecektir. Böylece bu konuda karar verme yetkisi, kanun yolu mahkemelerinden alınarak, başka bir ilk derece mahkemesine (icra mahkemesine) verilmiş olmaktadır. Bundan böyle ister istinaf aşaması isterse temyiz aşaması olsun, icranın geri bırakılmasına sadece icra mahkemesi karar verebilecektir[21]. İcra mahkemesi özel görevli bir ilk derece mahkemesidir ve her yerde de kurulmamıştır. İcra mahkemesi kurulmayan yerlerde, onun görevine giren dava ve işlere, icra mahkemesi sıfatıyla o yerdeki asliye hukuk mahkemesi bakacağına göre, icranın geri bırakılmasına da icra mahkemesi sıfatıyla asliye hukuk mahkemesi karar verecektir.

Yine 7343 sayılı Kanunla yapılan değişikliğe göre icranın geri bırakılmasına karar verecek icra mahkemesi ise, takibin yapıldığı yer icra mahkemesidir. Kanun koyucunun, bu hususu düzenleyerek yetki konusunda bir tereddüt yaşanmasına önceden engel olması isabetli olmuştur. Böylece, herhangi bir neden ya da gerekçeyle, takibin yapıldığı yerden başka bir yerdeki icra mahkemesi, icranın geri bırakılmasına karar veremeyecektir. Eğer başka bir yer mahkemesi böyle bir karar verirse, bu karar geçerli olmayacaktır. Doğal olarak icra mahkemesinin bulunmadığı yerlerde, takibin yapıldığı yer asliye hukuk mahkemesi bu kararı verecektir.

Kanun koyucu, icranın geri bırakılması kararını verme yetkisini kanun yolu mahkemesinden alıp icra mahkemesine verirken şu gerekçelere[22] dayanmıştır:

- Mevcut icranın geri bırakılması kararını alma süreci BAM ve Yargıtayın iş yükünü artırmakta, ilave iş yükü oluşturmaktadır.
- Borçlunun veya vekilinin özel takibini gerektirmesi nedeniyle zaman ve emek kaybına neden olmaktadır.
- İşlemlerin süreye tabi olması nedeniyle aksamalara ve mağduriyetlere neden olmaktadır.
- Bu sakıncaların, mağduriyetlerin ve hak kayıplarının giderilmesi amacıyla bu değişiklik yapılmıştır.

Kanaatimizce, kanun koyucunun bu gerekçelerinin bazılarında kısmen haklılık payı bulunmakta ise de, söz konusu gerekçeler, bu şekilde bir değişikliği tamamen haklı kılmamaktadır. Diğer bir deyişle, bazı açılardan icranın geri bırakılması kararının icra mahkemesine verilmesinin yararları bulunsa bile, son tahlilde bu yetkinin, kanun yolu mahkemesinden alınarak, icra mahkemesine verilmesi isabetli olmamıştır[23]. Çünkü; öncelikle kanun koyucunun bu değişikliği yapmak için ortaya koyduğu gerekçeler pek haklı değildir. İcranın geri bırakılması kararı vermenin kanun yolu mahkemesinin iş yükünü artırması mümkündür. Ancak, salt iş yükü bu değişikliğe bir gerekçe olamaz.

[21] İcranın geri bırakılmasına karar verilebilmesinin koşulları hakkında bkz. Karabel, s. 162 vd.
[22] Bkz. 7343 sayılı Kanun madde 5'in değişiklik Gerekçesi.
[23] Aksi yönde görüş için bkz. Karabel, s. 159. Benzer şekilde bkz. Postacıoğlu, İ. (1982). İcra Hukuku Esasları, 4. B., İstanbul: Fakülteler Matbaası, s. 637.

Kaldı ki bu değişiklikle de icra mahkemelerinin iş yükü artmış olacaktır. Ayrıca karar alma sürecinde (usulünde) pek bir değişiklik de olmamıştır. Dolayısıyla bu kadar önemli bir değişikliğe salt iş yükünün artmasının gerekçe gösterilmesi yeterli değildir.

İcranın geri bırakılması sürecinde pek bir değişiklik olmadığına göre yine borçlu veya vekilinin süreci takip etmesi gerekecektir. İşlemler değişiklikten sonra yine süreye tabidir, aksamalar ve gecikmeler yine olacaktır. Yapılan değişikliğin pek de hak kayıplarını giderme amacıyla yapıldığı söylenemez. Zira sadece icranın geri bırakılmasına karar verecek olan mahkemenin değiştirilmesiyle hak kayıpları önlenemez. Görüldüğü üzere gerekçede yer alan ifadeler, değişikliği haklı ve isabetli göstermeye pek de yeterli değildir.

Kaldı ki bu yetkinin icra mahkemesine verilmesi tam tersine bazı sorunlara ve tereddütlere de yol açabilecek niteliktedir. İlk derece mahkemesi uyuşmazlık hakkında nihai karar verdikten ve taraf kanun yoluna başvurduktan sonra artık uyuşmazlık üst derece mahkemesine aktarılmaktadır. Davanın bundan sonraki akıbeti artık adeta kanun yolu mahkemesinin elindedir. Üstelik dosya da kanun yolu mahkemesine gönderilecektir. Bu mahkeme dosyadaki bütün bilgi ve belgelere vakıf olduğuna göre daha sağlıklı ve doğru karar verebilecektir. Yeni haliyle neredeyse adeta uyuşmazlığa yabancı bir mahkeme icranın geri bırakılmasına karar verecektir. Dosya kendi önünde olmayacaktır. İcranın geri bırakılması talebi üzerine mahkeme otomatik olarak talebi kabul etmek buna karar vermek zorunda değildir. İcra mahkemesinin de bu konuda takdir yetkisinin olduğu kabul edilmelidir[24]. Önünde dosya olmayan icra mahkemesi bu takdir hakkını neye göre kullanacaktır. Teminatın yatırılması halinde adeta noter gibi otomatikman icranın geri bırakılmasına mı karar verecektir? Doktrinde de ileri sürüldüğü üzere, esasen icra mahkemesi burada bazı şekli şeylere bakarak, yani şekli bir inceleme yaparak karar vermek durumunda kalacaktır[25]. Bu bağlamda icra mahkemesi, ilama karşı kanun yoluna başvurulup başvurulmadığı[26], kararın kesinleşip kesinleşmediği, icra dairesinden mehil vesikası alınıp alınmadığı, teminatın yatırılıp yatırılmadığı gibi hususları inceleyecektir.

Biraz önce de ifade edildiği üzere, icranın geri bırakılmasına karar verme yetkisi, üst derece yani kanun yolu mahkemelerinden alınarak, aynı derecede yer alan yani bir ilk derece mahkemesine verilmiştir. Üstelik her yerde icra mahkemesi de bulunmamaktadır. İcra mahkemesi bulunmayan yerlerde, asliye hukuk mahkemesi, icra mahkemesi sıfatıyla icranın geri bırakılmasına karar verecektir. Hükmü aynı zamanda asliye hukuk

[24] Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 436; Karabel, s. 163. Nitekim 7343 sayılı Kanunla değişiklik yapılmadan önce bu konuda karar verme yetkisine sahip olan bölge adliye mahkemesi ve Yargıtay'ın da takdir yetkisi vardı. Örneğin istinaf ya da temyiz talebinin haksız olduğu ilk bakışta anlaşılmakta ise, bölge adliye mahkemesi veya Yargıtay, icranın geri bırakılması talebini reddetmekteydi. Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 408 dn. 11.

[25] Karabel, s. 163-164.

[26] 7343 Sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra artık kanun yolu incelemesini yapacak mahkeme ile icranın geri bırakılmasına karar verecek mahkeme farklı olduğundan, sadece hükme karşı kanun yoluna başvurulduğuna ilişkin "derkenar" yeterli olmalı, kanun yolu başvurusunun ayrıca icranın geri bırakılması talepli olarak yapılmış olması şartı aranmamalıdır. Aynı yönde, Karabel, s. 165 vd.

mahkemesi vermişse, bu kez kendi kararına karşı icra mahkemesi sıfatıyla icranın geri bırakılması kararı verecektir. İcranın geri bırakılmasına karar verme yetkisi, kanun yolu mahkemesinden alınacaksa, bu yetki icra mahkemesi yerine kararı veren mahkemeye verilebilirdi. Nitekim Alman hukukunda mahkeme kararları kural olarak kesinleşmeden icra edilebilmektedir. Ancak icranın durdurulmasına, duruma göre hükmü veren mahkeme (ZPO § 707) karar vermekte, kanun yolunda ise, kanun yolu mahkemesi (ZPO § 719) karar vermektedir. İsviçre hukukunda mahkeme kararlarının icrası İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu Art. 335 vd. düzenlenmiştir. Art 336 ya göre mahkeme kararları kural olarak kesinleştikten sonra ve eğer mahkemece icranın ertelenmesine karar verilmemişse icra edilebilir. Mahkeme kararının kesinleşmeden icra edilmesi, ancak mahkemenin önceden buna izin vermesi halinde mümkündür. Ayrıca talep edilirse mahkeme hükmün icra edilebilirliğini tasdik edecektir. Görüldüğü üzere İsviçre hukukunda da icranın ertelenmesine ya da geçici olarak önceden icra edilebilirliğe hükmü veren mahkeme karar vermektedir. Bizde ise bu görev ve yetki icra mahkemesine verilmiştir. Kanımızca bu değişiklik isabetli değildir. Yukarıda da belirtildiği üzere, bize göre olması gereken hukuk bakımından, mahkeme kararları kural olarak istinaf aşamasından geçtikten sonra icra edilebilmelidir. Daha önce icra edilmesi istisnai ve zorunlu hallerde (gerekirse teminat da alınarak) ancak mahkeme bunu uygun bulursa mümkün olmalıdır. İstinaf aşamasından sonra ise icranın durdurulmasına BAM karar vermelidir. Böylece icranın geri bırakılması prosedürü daha da kısalmış olacaktır.

Hükmün değişiklik gerekçesinde, icranın geri bırakılması kararının istinaf ve temyiz aşamaları bakımından ayrı ayrı alınması usulünün muhafaza edildiği belirtilmektedir. Yani hem istinaf aşamasında icra mahkemesinden hem de temyiz aşamasında gene icra mahkemesinden icranın geri bırakılması kararı alınabilecektir. Yani iki ayrı karar gerekli! İstinaf aşaması için verilen icranın geri bırakılması kararı, biraz sonra da değineceğimiz üzere sadece temyiz süresinin sona ermesine kadar etki gösterecektir. Hâlbuki mademki artık sadece tek mahkeme yani icra mahkemesi buna karar vermektedir, icra mahkemesinin istinaf ve temyiz aşamalarında etkisini gösterebilecek şekilde bir karar vermesi mümkün olabilirdi. Yani iki ayrı icranın geri bırakılması kararı alınması yerine istinaf aşaması için alınan karar, gerekirse ek teminat da alınarak temyiz incelemesi sonuçlanıncaya kadar etkisini gösterebilirdi.

Adının «icra» mahkemesi olması, tehiri icra talepleri bakımından bu mahkemenin daha sağlıklı ve doğru karar vereceği anlamına gelmemektedir. Çünkü, tehiri icrasına karar verilecek hüküm, çok farklı ilk derece mahkemelerinden verilmiş olacaktır. Üstelik o mahkeme kararlarını esas bakımdan denetleme ve takdir etme yetkisine sahip olmayan icra mahkemesinin, daha sağlıklı karar vereceği de söylenemez.

Üstelik artık bu kararın icra mahkemesince verilmesi daha şimdiden uygulamada bazı tereddütlerin yaşanmasına neden olmuştur. Bunlar şu şekilde sıralanabilir: Öncelikle

teminat[27], İİK m. 36/1 de hükmolunan şey dışında bir şey ise icra mahkemesi tarafından kabul edilecek bir teminat gösterilirse, icra mahkemesinden karar alınmak üzere icra müdürlüğü tarafından süre verileceği ifade edilmektedir. Yani bu durumda önce icra mahkemesine başvurulacak, teminat[28] kabul ettirilecek, icra dairesi süre verecek, tekrar icra mahkemesine başvurulacak. Bu halde madem iki hususa da icra mahkemesi karar vermektedir, daha basit ve kısa bir usul öngörülebilirdi. Aksi halde hem teminatı kabul ettirmek hem de daha sonra icranın geri bırakılması kararı almak için icra mahkemesine başvurmak gerekebilecektir[29]. Hem teminat hem icranın geri bırakılması kararı için icra mahkemesine iki ayrı başvuru olmamalı, tek başvuruya olanak tanıyan açık bir düzenleme yapılması yararlı olurdu.

Öte yandan tehiri icra taleplerinin icra mahkemesi önüne ne şekilde geleceği hususunda da belirsizlik vardır. Acaba ilgili taraf talep dilekçesiyle ve tevzi yoluyla icra mahkemesine mi başvuracak, yoksa ilgili tarafın icra müdürlüğüne talepte bulunmasıyla icra müdürlüğünün üst yazısıyla mahkemenin karar vermesini mi talep edecektir. İlgilinin tehiri icra talebiyle icra mahkemesine başvurması halinde acaba, bu talebine her hangi bir belge eklemesi gerekecek midir? Eklenecekse hangi belgelerin eklenmesi gerekecektir? İcra mahkemesi neye göre takdir hakkını kullanacaktır. Talep icra mahkemesi önüne geldiğinde icra mahkemesi hangi belgelere dayanarak hangi gerekçeyle nasıl bir karar verecektir. İcra mahkemesi karar verirken, hükmü veren mahkemenin kararını özellikle esastan ne ölçüde denetleyerek takdir edebilir. Yapılan değişiklikten anlaşılmaktadır ki icra mahkemesi şekli[30] bir inceleme yaparak bu kararı verecektir. Dolayısıyla icra mahkemesinin incelemesi gereken hususlarda belirsizlik vardır[31]. Örneğin icra mahkemesi hükme karşı istinaf yolunun gerçekten açık olup olmadığını[32] inceleyebilecek midir? Yine mesela, teminat mektubu, derkenar kaydı, dosya hesabı, mehil vesikası bu aşamada denetlenebilecek midir? Bu halde talep dilekçesiyle birlikte harç alınacak mıdır? Alınacaksa hangi tür harç alınacaktır? Başvuru harcı mı? Tehiri icra harcı mı? Üstelik bu harç nereye ne şekilde yatırılacaktır? İcra dairesine mi, icra mahkemesine mi yoksa kararı veren mahkeme üzerinden mi bu harç ödenecektir. Diğer taraftan bu halde acaba icra müdürlüğünce «mehil vesikası» düzenlenmesi gerekli olacak mıdır? Ayrıca «mehil

656

[27] Bu konuda ayrıntı için bkz. Akyol Aslan, s. 6 vd.; Karabel, s. 167 vd.

[28] Nelerin teminat olarak gösterilebileceği hususunda İİK m. 36 hükmünde bir değişiklik yapılmamıştır. Ancak burada belirtilen teminat türlerinin sınırlı olarak sayılıp sayılmadığı hususunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bkz. Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 435; Akyol Aslan, s. 739 vd.; Mavzer, s. 123; Karabel, s. 168.

[29] Doktrinde, her ne kadar hem teminata hem de icranın geri bırakılmasına karar verme yetkisinin icra mahkemesine verilmesi nedeniyle, icranın geri bırakılması sürecinin kısaldığı ve bu durumun isabetli olduğu ifade edilmekte ise de, icra mahkemesinin bu iki hususa aynı anda karar verip veremeyeceği ile ilgili bir açıklık yoktur. Kaldı ki, önce icra mahkemesinden teminatın kabulü kararı alındıktan sonra icra dairesi tarafından borçluya süre verilecektir. Aksi yönde açıklamalar için bkz. Karabel, s. 159, s. 175-176.

[30] İcra mahkemesi sadece icranın geri bırakılmasına karar verilmesi şartlarının mevcut olup olmadığına bakacaktır. Karabel, s. 174.

[31] İcra mahkemesinin yapacağı denetimin kapsamı için bkz. Karabel, s. 174 vd.

[32] Bu konuda bkz. Karabel, s. 175.

vesikası» için müracaat[33] edilen bazı icra daireleri, «tehiri icra talepli» derkenar (istinaf) başvurusu aramaktadır. Oysa bu kararı verme yetkisi artık istinafa değil, icra mahkemesine aittir. Dolayısıyla istinaf başvurusunun tehiri icra talepli olmasına gerek olmamalıdır. Kısaca sadece kanun yoluna başvurulduğunu gösteren «derkenar» yeterli olmalıdır.

Tehiri icra talebi icra mahkemesince reddedildikten sonra, örneğin eksik hususlar tamamlanarak tekrar talepte bulunulabilecek midir? Mümkünse ne şekilde talepte bulunulacaktır? Mesela aynı talep dosyası üzerinden eksiklik giderildikten sonra ek karar mı verilecektir? Yoksa yeni bir talep açılarak süreç baştan mı başlayacaktır. Talep ret edilirse dosya kapsamında bulunan harçlar iade edilecek midir? Uygulamada, ilgilinin tevzi yoluyla sunulan dilekçesi değişik iş kaydına kaydedilmekte, mahkemece takibe konu ilam sadece şekli açıdan denetlenmekte, takip dosyasında teminat bulunması ve müdürlükçe mehil vesikası verilmesi halinde, tehiri icra talepleri kabul edilmektedir.

İİK m. 363 e göre icra mahkemesinin, 36 ncı maddeye göre verdiği kararlara karşı istinaf yolu kapalıdır, yani bu kararlar kesindir. Ancak, değişiklikten önce icra mahkemesi 36 ncı maddeye göre icranın geri bırakılmasına karar vermiyordu, teminatın kabul edilip edilmeyeceğine karar veriyordu. Şimdi ise hem teminata hem de işin esasına yani tehiri icraya karar vermektedir. Bu haliyle icranın geri bırakılması hakkında verilen karar kesin olacak mıdır? İİK m.363'ün lafzına bakıldığında kesin olarak karar verileceği söylenebilir. Karar kesin olarak verileceğinden, icranın geri bırakılması hakkındaki icra mahkemesi kararı denetlenemeyecektir. Ancak bu kadar önemli bir kararın kesin olarak verilmesinin isabetli olup olmayacağı menfaatler dengesi bakımından sorgulanmalıdır. Kanaatimizce icra mahkemesinin bu konuda vereceği karara karşı istinaf yoluna başvurulması ve bölge adliye mahkemesinin bu konuda acele bir karar vermesinin sağlanmasına yönelik bir kanun değişikliği yapılması uygun olacaktır.

Bütün bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, sonuç olarak, icranın geri bırakılmasına karar verme yetkisinin, hükmü denetleyecek kanun yolu mahkemesinden yani üst mahkemeden alınıp, aynı derecede bir ilk derece mahkemesine verilmesi kanımızca isabetli olmamıştır[34].

B. Teminatın Alacaklıya Ödenmesine İlişkin Olarak Yapılan Değişiklik

7343 sayılı Kanunla İİK'nun 36/6 hükmünün birinci cümlesinde değişiklik yapılmıştır. Hükmün değişik yeni hali şöyledir: *"Bölge adliye mahkemesince başvurunun* ***kesin olarak*** *esastan reddine karar verilmesi veya Yargıtayca hükmün onanması hâlinde alacaklının istemi üzerine başkaca işleme gerek kalmaksızın teminata konu olan para alacaklıya ödenir".*

[33] İcra dairesine mühlet için başvurulması hususunda bkz. Karabel, s. 172 vd.
[34] Aksi yönde, Karabel, s. 182-183.

Burada yapılan değişiklik hükme sadece "kesin olarak" ibaresinin eklenmesi şeklinde olmuştur. Buna göre borçlunun hükme karşı istinaf yoluna başvurması durumunda, bu istinaf başvurusu sonucunda bölge adliye mahkemesince farklı kararlar verilebilecektir[35]. Bu kararlardan biri de istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiş olmasıdır. Bölge adliye mahkemesinin hangi durumlarda istinaf başvurusunun esastan reddine karar vereceği HMK m. 353/1-b'de düzenlenmiştir. HMK m. 353/1-b-1'e göre *"İncelenen mahkeme kararının usul veya esas yönünden hukuka uygun olduğu anlaşıldığı takdirde başvurunun esastan reddine"* duruşma yapmadan karar verir. Bu olasılıkta borçlu istinaf yoluna başvurmakta, bölge adliye mahkemesi istinaf başvurusunun haklı olmadığı sonucuna ulaşmakta, bu nedenle başvuruyu esastan reddetmektedir. Bu kararla bir anlamda ilk derece mahkemesi kararı doğru (hukuka uygun) bulunmaktadır[36]. Bölge adliye mahkemesi bu kararı başlangıçta verebileceği gibi işin esasına girdikten sonra da verebilir. Nitekim HMK m. 353/1-b-3'e göre *"Yargılamada bulunan eksiklikler duruşma yapılmaksızın tamamlanacak nitelikte ise bunların tamamlanmasından sonra başvurunun esastan reddine veya yeniden esas hakkında, duruşma yapılmadan karar verilir".* Görüldüğü üzere bölge adliye mahkemesi eksikliklerin duruşma yapılmaksızın tamamlanmasından sonra da başvurunun esastan reddine karar verebilmektedir.

Bölge adliye mahkemesinin istinaf başvurusunun[37] esastan reddine ilişkin olarak verdiği karar kesin nitelikte bir karar değildir[38]. Dolayısıyla bu karara karşı koşulları varsa süresi içinde temyiz yoluna başvurulabilecektir. Eğer bu karara karşı temyiz yoluna başvuru koşulu yoksa, bölge adliye mahkemesinin bu kararı verildiği anda şeklen kesin bir karar niteliğini taşıyacaktır. Bölge adliye mahkemesinin nihai kararlarına karşı kural olarak temyiz yolu açıktır. Temyiz edilemeyen bölge adliye mahkemesi kararları HMK m. 362 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre özellikle HMK m. 362/1-a hükmüne göre miktar veya değeri 107.090[39] Türk Lirasını (bu tutar dâhil) geçmeyen davalara ilişkin kararlara karşı temyiz yoluna başvurulamaz. Dolayısıyla bu miktarın altında kalan davalarda verilen kararlar, verildiği anda kesin nitelikte olacaktır. İşte bölge adliye mahkemesinin istinaf başvurusunun esastan reddine karar verir ve bu karar HMK m. 362 hükmüne göre temyiz edilemeyen bir karar ise, söz konuda kesin olarak karar verilmiş olacaktır.

[35] İstinaf başvurusu sonucunda bölge adliye mahkemesince verilebilecek muhtemel kararlar hakkında bkz. Öztek, S. ; Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf ve Temyiz, Ankara: Yetkin Yayınları, 327 vd.; Akkaya, T. (2009). Medeni Usul Hukukunda İstinaf. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 324 vd.

[36] Bu konuda bkz. Akkaya

[37] Burada verilen esastan ret kararı, davanın esası hakkında verilen bir ret kararı değil, istinaf başvurusunun esası hakkında verilen bir ret kararıdır. Başvurunun esastan reddine karar verilmekle bir anlamda ilk derece mahkemesi kararı onanmaktadır. Akkaya, s. 322.

[38] Bkz. Öztek, Akkaya,

[39] 2022 yılı için.

İstinaf başvurusunun kesin olarak reddine karar verilmesi halinde, karar artık şekli anlamda kesinleştiği için temyiz yoluna başvuru söz konusu olamayacağına, teminatın akıbeti hakkında karar verilmesi için beklenmesini gerektiren bir durum da bulunmayacaktır. İstinaf başvurusunun esastan reddine kesin olarak karar verilen hallerde, borçlunun haksızlığı kesin hüküm teşkil edecek şekilde ortaya çıktığına göre, icranın geri bırakılması kararı almak için gösterilen teminatın da artık alacaklıya ödenmesi gerekecektir[40]. Yapılan değişiklikle *bölge adliye mahkemesince başvurunun* ***kesin olarak*** *esastan reddine karar verilmesi hâlinde alacaklının istemi üzerine başkaca işleme gerek kalmaksızın teminata konu olan para alacaklıya ödenir* şeklinde açık düzenleme yapılmış, böylece bu konuda ortaya çıkan tereddütler giderilmiş bulunmaktadır. Bu açıdan yapılan değişiklik isabetli olmuştur[41]. Bölge adliye mahkemesinin istinaf başvurusunun esastan reddine kesin olarak karar vermediği, yani bu karara karşı temyiz yolunun açık olduğu hallerde, yapılan değişikliğin uygulanması ve dolayısıyla teminatın alacaklıya ödenmesi söz konusu olmayacaktır. Ancak örneğin bu karara karşı temyiz yoluna başvurulması ve kararın[42] Yargıtay tarafından onanması halinde, teminat aynı şekilde alacaklıya ödenecektir. Nitekim bu husus da İİK m. 36/6 hükmünde açıkça ifade edilmiş bulunmaktadır[43].

C. İcranın Geri Bırakılması Kararının Zaman Bakımından Etkisi Hakkında Yapılan Değişiklik

7343 sayılı Kanunla yapılan bir diğer değişiklik İİK m. 36/6 hükmüne yeni bir üçüncü cümle eklenmesi şeklinde gerçekleşmiştir. Kanuna eklenen ilgili cümle şu şekildedir: *"Bölge adliye mahkemesinin başvurunun esastan reddine ilişkin kararına karşı temyiz yolunun açık olması hâlinde, temyiz yoluna başvurma süresinin dolmasına kadar icranın geri bırakılması kararının etkisi devam eder".*

Bir önceki başlıkta bölge adliye mahkemesinin, istinaf başvurusunun esastan reddine kesin olarak karar vermesi, yani bu karara karşı temyiz yolunun kapalı olması halinde, teminat konusu paranın alacaklıya ödeneceği belirtilmişti. Şimdi incelenecek husus ise, bölge adliye mahkemesince istinaf başvurusunun esastan reddine ilişkin olarak verdiği kararın kesin olmaması, yani bu karara karşı temyiz yolunun açık olması halinde, daha önce verilen icranın geri bırakılması kararının etkisinin devam edip etmeyeceği, edecekse hangi ana kadar devam edeceği hususudur. Nitekim bu halde, teminatın

[40] Bu konuda ayrıntı için bkz. Akyol Aslan, s. 750 vd.
[41] Ayrıca bkz. Akyol Aslan, s. 749 vd.; Karabel, s. 181-182.
[42] Ancak belirtmek gerekir ki hükmün Yargıtay tarafından onanması halinde teminatın alacaklıya ödenmesi, sadece bölge adliye mahkemesinin istinaf başvurusunun esastan reddine ilişkin olarak verdiği kararın onanması haline münhasır değildir. Aksine, bölge adliye mahkemesinin hangi kararı olursa olsun, bu kararın Yargıtay'ca onanması halinde her halükarda teminat alacaklıya ödenecektir. Çünkü kararın onanması ile birlikte şekli anlamda kesinlik doğacağına ve borçlunun haksızlığı kesin hükümle ortaya çıkacağına göre, artık teminatın alacaklıya ödenmesi için beklenmesi gereken bir durum da bulunmayacaktır. Kuru, El Kitabı, s. 919.
[43] Bu konuda bkz. Akyol Aslan, s. 757 vd.

alacaklıya ödenmesi söz konusu olmayacaktır. Çünkü karara karşı temyiz yolu açıktır. Borçlunun karara karşı temyiz yoluna başvurması ve bu kez temyiz aşamasında etkisini göstermek[44] üzere icra mahkemesinden yeni[45] bir icranın geri bırakılması kararı alması, böylece icra takibini durdurmaya devam etmesi mümkündür.

7343 sayılı Kanunla değişiklik yapılmadan önce, bölge adliye mahkemesince verilen istinaf başvurusunun esastan reddi kararına karşı, temyiz yolunun açık olması halinde, bu kararın etkisinin de ret kararıyla birlikte kendiliğinden kalkıp kalkmayacağı ve bunun sonucunda teminatın derhal alacaklıya ödenip ödenmeyeceği hususunda kanun da bir hüküm bulunmamaktaydı. Bu konuda doktrinde farklı görüşler bulunduğu gibi uygulamada da farklı kararlar verilmekteydi[46]. Bu farklı uygulamaya bağlı olarak da bazı durumlarda ret kararıyla birlikte (kararın kesinleşmesi beklenmeden) teminat alacaklıya ödenmekte, bazı durumlarda ise temyiz incelemesinin sonucu beklenmekteydi. Kanun koyucu, 7343 sayılı Kanunla yaptığı değişiklikle bu soruna kısmen çözüm bulmuş olmaktadır[47]. Çünkü yapılan değişikliğe göre, istinaf başvurusunun esastan reddine kesin olarak karar verilmeyen hallerde, daha önce verilen icranın geri bırakılması kararı, etkisini, temyiz yoluna başvurma süresinin dolmasına kadar gösterecektir. Yani bu süre içinde de ilamın icrası durmaya devam edecek, böylece bu süre içinde de teminatın alacaklıya ödenmesi söz konusu olmayacaktır.

Görüldüğü üzere kanun koyucunun getirdiği çözüm sadece temyiz süresinin dolmasına kadar geçerlidir. Temyiz süresinin dolmasından sonra, ilamın icrasına devam edilip edilmeyeceği ve teminatın alacaklıya ödenip ödenmeyeceği, borçlunun tavrına göre ortaya çıkacaktır. Şöyle ki, eğer borçlu bu arada icra mahkemesinden temyiz kanun yolunda etkisini gösterecek şekilde yeni bir icranın geri bırakılması kararı alabilirse, bu kez temyiz süresinin dolmasından itibaren bu yeni kararın etkisi[48] dolayısıyla ilamının icrası durmaya devam edecek ve teminat da alacaklıya ödenmeyecektir. Eğer borçlu bu arada icra mahkemesinden yeni bir icranın geri bırakılması kararı almazsa (ya da hükme karşı temyiz yoluna başvurmazsa) icranın geri bırakılması kararı etkisini temyiz süresinin dolmasıyla birlikte kaybedecek, teminatın da alacaklıya ödenmesi gerekecektir.

7343 sayılı Kanunun değişiklik gerekçesine göre bu halde tehiri icra kararının etkisinin temyiz süresinin sonuna kadar devam edip etmeyeceği konusundaki

[44] Doktrinde, hem istinaf hem de temyiz aşamasında etkisini gösterecek şekilde icranın geri bırakılması kararı alınıp alınamayacağı hususu tartışmalıydı. Değişiklikten önce istinaf aşaması için icranın geri bırakılmasına bölge adliye mahkemesi karar vermekteydi. Bu halde bölge adliye mahkemesinin, temyiz aşamasını da kapsayacak şekilde tek bir icranın geri bırakılması kararı veremeyeceği kabul edilmekteydi. Bu konuda ayrıntı için bkz. Akyol Aslan, s. 757 vd.

[45] Değişiklikten önce temyiz aşamasında etkisini gösterecek şekilde Yargıtay'dan icranın geri bırakılması kararı alınıp alınamayacağı, diğer bir ifadeyle bölge adliye mahkemesi kararlarına karşı icranın geri bırakılması kararı alınarak ilamı icra takibinin durdurulup durdurulamayacağı tartışmalıydı. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Akyol Aslan, s. 753 vd.

[46] Bu konuda bkz. Akyol Aslan, s. 757 vd.; Özbek, s. 45 vd.

[47] Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 436.

[48] Önceden verilen icranın geri bırakılması kararı etkisini temyiz süresinin dolmasına kadar göstereceğine göre, yeni verilen kararın etkisi, bu sürenin dolmasından itibaren devreye girecektir. İcra mahkemelerinin bu yeni icranın geri bırakılması kararını, "temyiz süresinin dolmasından itibaren geçerli olmak üzere" şeklinde vermesi gerekir.

tereddütlerin giderilmesi amaçlanmıştır. Bu değişiklik yerindedir. Gerçekten de uygulamada, başvurunun esastan reddine karar verilir ve eğer bu karara karşı da temyiz yolu açıksa, tehiri icra kararının etkisinin başvurunun reddi kararıyla kendiliğinden kalkıp kalkmayacağı konusunda tereddütler vardı. Bu tereddüt en azından temyiz süresinin dolmasına kadar giderilmiş oldu. Temyiz süresinin iki hafta olması karşısında (HMK m. 361/1) bu sürenin kısa olduğu, tehiri icra kararının etkisinin de kısa süre devam edeceği düşünülebilir. Ancak, temyiz süresi ilamın usulüne uygun olarak tebliği ile başlamaktadır. Dolayısıyla mahkeme kararı tebliğ edilmediği sürece iki haftalık süre de başlamayacaktır. Böylece tehiri icra kararının etkisi daha uzun sürebilecektir. Mahkeme kararının hemen tebliğ edildiği düşünülse bile, borçlu en azından iki haftalık bir zaman kazanmış olacak, hükme karşı temyiz yoluna başvurduğunda bu kez (bu süre içinde) temyiz aşaması bakımından icra mahkemesinden tehiri icra kararı alarak, ilamın icrasını durdurmaya devam edebilecektir.

İcranın geri bırakılması kararının etkisi ve dolayısıyla teminatın iadesi bakımından yapılan bu son değişiklikler yerinde olmakla birlikte, kanun koyucunun ayrıca bazı hususları da düzenlemesi isabetli olurdu. Özellikle, borçlu tarafından BAM kararına karşı temyiz yoluna başvurulduğunda, icra mahkemesince daha önce verilen tehiri icra kararı, etkilerini temyiz süresi sonuna kadar değil, temyiz incelemesi sonuçlanıncaya kadar devam ettirebilirdi. Sonuçta icranın geri bırakılmasına bütün kanun yolları aşaması bakımından artık aynı mahkeme, yani icra mahkemesi karar vermektedir. Belki eskiden BAM'ın verdiği karar Yargıtay'ı bağlayamaz, Yargıtay'dan yeniden karar alınmalıdır denebilir ise de, yeni düzenlemeye göre her aşamada bu kararı sadece icra mahkemesi vermektedir. Dolayısıyla icra mahkemesinin vereceği icranın geri bırakılması kararının, kararın kesinleşmesine kadar etkisini göstermesi daha isabetli olabilirdi. Ancak bu arada menfaat dengesinin sağlanması ve alacaklının muhtemel zararlarının karşılanması amacıyla, sadece teminat miktarının artırılması (ya da ek teminat alınması)[49] mümkün olabilirdi[50].

D. İcranın Geri Bırakılması Hakkında Yapılan Diğer Bazı Değişiklikler

1. Teminatın İadesine Karar Verecek Mahkeme Bakımından Yapılan Değişiklik

İcranın geri bırakılması kurumu hakkında 7343 sayılı Kanunla diğer bazı değişiklikler daha yapılmıştır. Bunlardan biri, İİK m. 36/5 hükmünde olmuştur. Söz konusu hükmün değişiklikten sonraki hali şöyledir: *"Bölge adliye mahkemesince başvurunun haklı görülmesi hâlinde teminatın geri verilip verilmeyeceğine karar verilir. Yargıtayca hükmün bozulması hâlinde borçlunun başvurusu üzerine, bozmanın*

[49] Doktrinde, bu halde yeni bir teminat alınmaması, gerekiyorsa teminatın artırılması cihetine gidilmesi görüşü de ileri sürülmüştür. Hatta önceden alınan teminat yeterli ise yeni teminat alınmaması gerektiği, önceden gösterilen teminatın bu kez temyiz aşamasındaki tehiri icra için gösterilmiş sayılacağı düzenlenebilirdi. Böylece borçlu iki kez teminat göstermek gibi bir durumla karşı karşıya kalmazdı. Akyol Aslan, s. 759 vd.

[50] Nitekim bu hususlar ve benzer öneriler daha önce doktrinde dile getirilmiştir. Bkz. Akyol Aslan, s. 758 vd.

mahiyetine göre teminatın geri verilip verilmeyeceğine ***bozma sonrası esası inceleyecek*** *mahkemece kesin olarak karar verilir".*

Bu hükme 7343 sayılı Kanunun 5 inci maddesiyle *"bozma sonrası esası inceleyecek"* ibaresi eklenmiştir. Bu hüküm, istinaf ya da temyiz incelemesinde borçlunun haklı çıkması halinde, gösterilen teminatın borçluya iade edilip edilmeyeceğine ilişkindir[51]. Hükümden de anlaşılacağı üzere, gerek bölge adliye mahkemesinin başvuruyu haklı görmesi gerekse Yargıtay'ın hükmü bozması halinde, teminat otomatikman borçluya geri verilmeyecektir. Yapılan değişiklik uyarınca kanun koyucu bu halde, teminatın borçluya geri verilip verilmeyeceğine karar verme yetkisini, bozma sonrası esası inceleyecek mahkemeye vermiştir. Bozma sonrası esası inceleyecek şeklinde bir ibarenin kanuna eklenmesi yerinde olmuştur. Çünkü, Yargıtay'ın hükmü bozması halinde, dosya esas olarak bölge adliye mahkemesine[52] gönderilecek olmakla birlikte istisnai bazı durumlarda, dosya kararı veren ilk derece mahkemesine[53] gönderilmektedir. Değişiklikten önce, bozma sonrası, teminatın borçluya iadesine karar verecek mahkeme bakımından tereddütler yaşanmaktaydı. Bu nedenle konunun yasal değişiklikle açıklığa kavuşturulması isabetli olmuştur. Kanuna göre, istinaf aşaması bakımından *istinaf başvurusunun haklı görülmesi,* temyiz aşaması bakımından ise *bozmanın mahiyetine göre* teminatın iadesine karar verilecektir. Kanun koyucu bu ifadelerle teminatın iadesine karar verecek mahkemeye takdir hakkı tanımıştır. Mahkeme örneğin bozmanın usulden mi yoksa esastan mı olduğunu dikkate alarak bu konuda karar verebilir[54]. Çünkü, gerek istinaf başvurusunun haklı görülmesinin gerekse bozmanın mahiyetinin[55] ne olacağı takdir hakkı kullanılmasını gerektiren hususlardır. Kanaatimizce de bu konuda karar verecek olan mahkeme, alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat durumunu dikkate alarak, bu menfaatler arasında mümkün olduğu kadar bir denge gözeterek söz konusu kararı vermelidir. Teminatın iade edilmesi bakımından alacaklının, iade edilmemesi bakımından ise borçlunun menfaatleri dikkate alınarak, bunlar arasında hangisinin daha fazla korunmaya değer olduğu gözetilerek bir karar verilmelidir[56]. Burada, teminatın iadesine karar verecek olan mahkemenin, sadece şekli bir inceleme ile yetinmemesi, bozmanın mahiyeti çerçevesinde bütün dosya kapsamını dikkate alarak bir

[51] Kanun yolu başvurusunda borçlunun haklı çıkması halinde, teminatın iadesi hususunda ayrıntı için bkz. Özbek, s. 72 vd.; Akyol Aslan, s. 748 vd.; Karabel, s. 178.
[52] Nitekim HMK m. 373/2 hükmüne göre: *"Bölge adliye mahkemesinin düzelterek veya yeniden esas hakkında verdiği karar Yargıtayca tamamen veya kısmen bozulduğu takdirde dosya, kararı veren bölge adliye mahkemesi veya uygun görülen diğer bir bölge adliye mahkemesine gönderilir".*
[53] Nitekim HMK m. 373/1 hükmüne göre*: "Yargıtay ilgili dairesinin tamamen veya kısmen bozma kararı, başvurunun bölge adliye mahkemesi tarafından esastan reddi kararına ilişkin ise bölge adliye mahkemesi kararı kaldırılarak dosya, kararı veren ilk derece mahkemesine veya uygun görülecek diğer bir ilk derece mahkemesine, kararın bir örneği de bölge adliye mahkemesine gönderilir".*
[54] Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 409.
[55] Bu hususta bkz. Kuru, El Kitabı, s. 920.
[56] Bu anlamda bkz. Mavzer, s. 174 vd.; Akyol Aslan, s. 738; Karabel, s. 180.

karar vermesi gerektiği söylenebilir[57]. Madde metninde de ifade edildiği üzere mahkemenin bu hususta verdiği karar kesin olacaktır. Bu nedenle, mahkemenin, teminatın iadesi hususunda karar verirken dikkatli ve hassas olması gerekir.

2. İcranın Geri Bırakılması Kararının İlgili Mahkemelere Bildirilmesine İlişkin Değişiklik

7343 sayılı Kanunun 5 inci maddesiyle İİK m. 36/3 hükmünde değişiklik yapılmıştır. Değişiklikten sonraki hali şu şekildedir: *"Ücreti ilgililer tarafından verilirse icra mahkemesince icranın geri bırakılması hakkındaki karar, hükmü veren mahkemeye ve icra dairesine en uygun vasıtalarla bildirilir".*

7343 sayılı Kanunun değişiklik gerekçesinde, bu hükümle ilgili olarak, diğer hükümlerde yapılan değişiklikle ilgili uyum düzenlemeleri yapıldığı ifade edilmektedir. Burada yapılan değişiklik, icranın geri bırakılması hakkındaki kararın, eskiden olduğu gibi sadece icra dairesine değil, artık hükmü veren mahkemeye de bildirilecek olmasıdır. Burada hükmü veren mahkemeden maksat, ilk derece mahkemesi olabileceği gibi bölge adliye mahkemesi de olabilecektir. Zira, hem istinaf aşaması hem de temyiz aşaması bakımından icranın geri bırakılması talep edilmesi mümkündür. İstinaf aşaması bakımından icranın geri bırakılması kararı alındığında, hükmü veren mahkeme, ilk derece mahkemesi olacaktır. Buna karşılık, temyiz aşaması bakımından icranın geri bırakılması kararı alındığında ise hükmü veren mahkeme, bölge adliye mahkemesi olacaktır. Artık icranın geri bırakılmasına her iki kanun yolu aşaması bakımından da icra mahkemesi karar vereceği için, icra mahkemesinin bu konuda vereceği kararın, hükmü veren mahkemeye bildirilmesi gerekecektir. Ancak bunun için gerekli ücretin ilgililer tarafından verilmesi gerekir.

Madde metninde icranın geri bırakılması hakkındaki kararın hükmü veren mahkemeye ve icra dairesine bildirileceği ifade edilmektedir. Bu ifadeden anlaşılması gereken, hem icranın geri bırakılması talebinin kabulü hem de reddi hakkındaki karardır. Bundan maksat sadece icranın geri bırakılması talebinin kabulüne ilişkin karar değildir[58]. Ayrıca, bu kararların hangi yolla bildirileceği hususunda madde metninde bağlayıcı bir ifadeye yer verilmemiştir. Aksine bu bildirimin en uygun vasıtalarla[59] olacağı ifade edilmiştir. Burada en uygun vasıtayı takdir edecek olan, icranın geri bırakılması hakkında karar verme yetkisine sahip olan icra mahkemesi olacaktır. Öte yandan 7343 sayılı

[57] Karabel, s. 180; Akyol Aslan, s. 749. Bu anlamda örneğin, mahkeme, Yargıtay'ın bozma kararını doğru bulmasa, yani bozma kararının bu şekilde kesinleşmesi halinde direnme kararı vermeyi düşünse bile, bozmanın mahiyeti gerektiriyorsa, borçlunun başvurusu üzerine teminat hemen borçluya geri verilmesine karar vermekle yükümlüdür. Zira bu halde mahkemenin takdir yetkisi yoktur. Bozma kesin nitelikte bir bozma ise, yani bozma kararına uyulması halinde davanın reddine karar verilecekse, hükmü vermiş olan mahkeme, borçlunun başvurusu üzerine, teminatın borçluya geri verilmesine karar vermekle yükümlüdür. Bkz. Kuru, El Kitabı, s. 920.

[58] Kuru, El Kitabı, s. 918.

[59] Örneğin bu kararın telgrafla bildirilmesi mümkündür. Kuru, El Kitabı, s. 918.

Kanunla yapılan değişiklikten sonra, icranın geri bırakılması hakkındaki karar, eskiden olduğu gibi hem icra dairesine hem de artık hükmü veren mahkemeye bildirilecektir. İlk bakışta, bu kararın niçin hükmü veren mahkemeye bildirilmesinin gerekli olduğu hususu sorgulanabilir. Çünkü, mahkeme hükmü verdikten sonra davadan elini çekmekte ve vermiş olduğu ilamın icrasıyla bir ilgisi bulunmamaktadır. Ancak, hükmü veren mahkemenin, vermiş olduğu ilamın icrasının durdurulması hakkında bir başka mahkemece, yani icra mahkemesince verilen karardan haberdar edilmesi yerindedir. Zira yukarıda da belirtildiği üzere, İİK m. 36/5 hükmüne göre, *"Bölge adliye mahkemesince başvurunun haklı görülmesi hâlinde teminatın geri verilip verilmeyeceğine karar verilir. Yargıtayca hükmün bozulması hâlinde borçlunun başvurusu üzerine, bozmanın mahiyetine göre teminatın geri verilip verilmeyeceğine bozma sonrası esası inceleyecek mahkemece kesin olarak karar verilir".* Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, özellikle Yargıtay tarafından hükmün bozulması halinde, bozmanın mahiyetine göre teminatın geri verilip verilmeyeceğine bozma sonrası esası inceleyecek olan mahkeme karar verecektir. Bu hüküm bağlamında, hükmü veren mahkemeye, icranın geri bırakılması prosedürü kapsamında bir görev ve yetki verilmiş olmaktadır. Dolayısıyla, hükmü veren mahkemenin bu madde kapsamında teminatın iadesine karar verirken, söz konusu hüküm hakkında daha önceden verilmiş bir icranın geri bırakılması kararı bulunup bulunmadığı hususunda bilgi sahibi olması gerekir. Bu nedenle, icranın geri bırakılması hususundaki icra mahkemesi kararının, ayrıca hükmü veren mahkemeye de bildirilmesine yönelik değişiklik isabetli olmuştur.

SONUÇ

7343 Sayılı Kanunla, İcra ve İflas Kanunu'nun icranın geri bırakılmasına ilişkin 36 ncı maddesinde yapılan en önemli değişiklik, icranın geri bırakılmasına karar verme yetkisinin ilgili kanun yolu mahkemesinden (yani bölge adliye mahkemesi ve Yargıtay'dan) alınarak, takibin yapıldığı yer icra mahkemesine verilmiş olmasıdır. Kanun koyucunun, buna temel gerekçe olarak kanun yolu mahkemelerinin iş yükününün fazla olmasını göstermesi tek başına yeterli değildir. Bu nedenle kanaatimizce yapılan bu değişiklik isabetli olmamıştır. Bu denli ödemli bir değişikliğe sadece iş yükünün gerekçe gösterilmesine katılmak mümkün değildir. Çünkü ülkemizde, sadece kanun yolu mahkemelerinin değil, icra mahkemeleri ve diğer mahkemelerin de iş yükü oldukça fazladır. Ayrıca uzun yıllardan beri işleyen bir sisteme pek de haklı olmayan bir gerekçeyle müdahale edilmesi uygun olmamıştır.

Diğer taraftan, salt ilamın icraya konulmasından ve icra mahkemesinin icra hukuku alanında özel görevli bir mahkeme olmasından hareket edilse bile, icra mahkemesinin bu konuda daha sağlıklı ve isabeti karar vereceği söylenemez. Çünkü icraya konulan ilam, görevleri farklı olan diğer hukuk mahkemelerinden herhangi biri tarafından verilmiş olacaktır. İcra mahkemesinin, diğer genel ve özel mahkemelerin görevine giren bütün

konularda uzman olması ve bu bağlamda her zaman sağlıklı bir değerlendirme yapması mümkün değildir. Bu mümkün olmadığına göre, söz konusu mahkemelerce verilen ilamların icrasının durdurulmasına sağlıklı bir şekilde karar vermesi de beklenemez. Kaldı ki icra mahkemesi çoğunlukla şekli bir inceleme ile yetinerek bu kararı verecektir. İlk derece mahkemesi nihai kararı vermekle davadan elini çekmekte; başvuru yapılması halinde uyuşmazlık artık üst derece mahkemesine (kanun yolu mahkemesine) aktarılmakta ve böylece ilamın icraya konulacağı süreçte artık uyuşmazlık kanun yolu mahkemesine aktarılmaktadır. Dolayısıyla icranın geri bırakılmasına da bundan sonra uyuşmazlık önünde olan kanun yolu mahkemesinin karar vermesi gerekir. Ayrıca, bir taraftan uyuşmazlık kanun yolu mahkemesi önünde sürerken, diğer taraftan kanun yolu başvurusuna konu yapılan ilamın icrasının durdurulmasına icra mahkemesi tarafından karar verilmesi, bir çelişki olacağı gibi çeşitli sorunların ortaya çıkmasına da sebebiyet verebilecektir. Kaldı ki, icranın geri bırakılmasına karar verme yetkisi, mutlaka kanun yolu mahkemelerinden alınacaksa, bu yetkinin, icra mahkemesi yerine, icraya konulmuş olan kararı veren mahkemeye verilmesi daha doğru bir yaklaşımdır.

İİK m. 36/6'nın eski haline göre, bölge adliye mahkemesince başvurunun esastan reddine karar verilmesi halinde, bu kararın kesin olup olmamasına bağlı olmaksızın teminat alacaklıya ödenmekteydi. Hükmün yeni haline göre ise, bölge adliye mahkemesince başvurunun ancak *kesin olarak* reddine karar verilmesi halinde teminata konu para alacaklıya ödenecektir. Bu değişiklik, hem uygulamada yaşanan tereddütleri gidermesi hem de borçlunun menfaatlerinin korunması bakımından isabetli olmuştur. Bu değişikliğe bağlı olarak İİK m. 36/6'ya eklenen yeni hükme göre, bölge adliye mahkemesinin başvurunun esastan reddine ilişkin kararına karşı temyiz yolunun açık olması hâlinde, temyiz yoluna başvurma süresinin dolmasına kadar icranın geri bırakılması kararının etkisi devam edecektir. Kanaatimizce bu değişiklik, temyiz yoluna başvurmayı düşünen borçlunun menfaatlerinin korunması bakımından yerinde ve isabetli bir değişikliktir. Çünkü borçlu hükmü temyiz eder ve bu arada Yargıtay'dan icranın geri bırakılması kararı da alabilirse, hükmün icrasının durması devam edecektir.

Sonuç olarak icranın geri bırakılmasına ilişkin olarak yapılan değişiklikler, bu konuda karar verme yetkisinin icra mahkemesine verilmesi dışında esas olarak isabetlidir. Ancak kanun koyucunun, bu konuda yaptığı değişiklikler yetersizdir. Bu bağlamda kanun koyucunun, özellikle, temyiz yoluna başvuran borçludan, ilamın icrasını durdurabilmek için yeniden teminat alınıp alınmayacağı hususunu da açıklığa kavuşturacak bir düzenleme yapması yararlı olurdu.

KAYNAKÇA

Akil, C. (2018). Genel Haciz Yoluyla Takipte Ödeme Emrine İtiraz. Ankara: Yetkin Yayınları.

Akkaya, T. (2009). Medeni Usul Hukukunda İstinaf. Ankara: Yetkin Yayınları.

Akyol Aslan, L. (2018). İstinaf Başvurusunun Esastan Reddi Kararının İcranın Geri Bırakılması İçin Gösterilen Teminata Etkisi. MİHDER, 14(41), s. 729-764.

Arslan, R/Yılmaz, E/Taşpınar Ayvaz, S/Hanağası, E. (2021). İcra ve İflas Hukuku, B. 7, Ankara; Yetkin Yayınları.

Atalı, M/Ermenek, İ/Erdoğan, E. (2022). İcra ve İflas Hukuku, 5. B, Ankara: Yetkin Yayınları.

Çiftçi, P. (2010). İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, Ankara: Adalet Yayınevi.

Hanecioğlu, N. (2018). Kanun Yoluna Başvurmanın İlamların İcrasına Etkisi, Ankara: Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

Karabel, H. G. (2022). "7343 Sayılı İcra ve İflas Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Kapsamında İstinaf Kanun Yolunda İcranın Geri Bırakılması". MİHDER, 18 (51), s. 151-187.

Karslı, A. (2014). İcra ve İflas Hukuku, 3.B, İstanbul: Alternatif Yayınları.

Köle, M. (2020). İlamlı İcra Takibinde İcra Mahkemesi Tarafından İcranın Geri Bırakılması. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Kulaksız, C. (1997). İlamlı İcrada İcranın Geri Bırakılması, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara.

Kuru, B. (1993). İcra Ve İflas Hukuku, C. 3, 3. B., Ankara: Seçkin Yayınevi.

Kuru, B. (2013). İcra ve İflas Hukuku El Kitabı. 2.B., Ankara: Adalet Yayınevi, s. 913.

Mavzer, T. (2021). İlamlı İcrada İcranın Durdurulması (İcranın Geri Bırakılması-İİK m. 36), Ankara: Seçkin Yayınları.

Muşul, T. (2010). İcra ve İflas Hukuku, 4. B, Ankara: Yetkin Yayınları.

Özbek, M. (2013). Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İlamlı İcranın Etkinliği, Ankara: Yetkin Yayınları.

Özbek, M. (2018). "Yeni İcra ve İflas Kanunu İçin Öneriler Işığında İlamlı İcrada İcranın Ertelenmesi". TNBHD, (1), s. 9-124.

Özçelik, V. (2014). İcra Müdürünün Takdir Yetkisi, Ankara: Adalet Yayınları.

Özekes, M. (2010). "Yeni Bir İcra Sistemi Önerisi", DEÜHFD (11), Özel Sayı, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, s. 921-940.

Özekes, M./Erişir, E. (2006). "Konusu Para Alacağı Olan Geçici Hukuki Korumaların Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi", MİHDER 3 (5), s. 1235-1274.

Özkaya Ferendeci, H. Ö. (2017). "Alman Hukukunun İlamın Geçici İcrasına İlişkin Düzenlemelerine Genel Bir Bakış ve Türk Hukuku İle Karşılaştırılması". BÜHFD, (2), s. 9-29.

Öztek, S. ; Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf ve Temyiz, Ankara: Yetkin Yayınları.

Pekcanıtez, H/Atalay, O/Sungurtekin Özkan, M/Özekes, M. (2020). İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 7. B, Ankara: Yetkin Yayınları.

Postacıoğlu, İ. (1982). İcra Hukuku Esasları, 4. B., İstanbul: Fakülteler Matbaası.

Şirin, F. (2010). İcra ve İflas Hukukunda İcranın Geri Bırakılması, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli.

Tanrıver, S. (1996). İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi. Ankara: Yetkin Yayınları.

Uyar, T. (2008). İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C.2, 3.B, Ankara: Yetkin Yayınları.

Üstündağ, S. (2004). İcra Hukukunun Esasları, 8.B., İstanbul: Nesil Matbaacılık

TRAFİK GÜVENLİĞİNİ TEHLİKEYE SOKMA SUÇU BAKIMINDAN MOBESE VE KİŞİSEL VERİ DENGESİ

Öğr. Gör. Simge Nil YURTSEVEN[1]

Özet

Mobil Elektronik Sistem Entegrasyonu A.Ş.'nin kısaltılmış hali olarak günlük dilimize giren MOBESE kameraları adeta her köşe başında bizi izlemekte, kayıt altına almaktadır. Söz konusu kayıtlar, özellikle trafikte meydana gelen kazalar bakımından delil niteliğinde kullanılmakla birlikte başkaca birçok suçun failinin yakalanmasına da yardımcı olmaktadır. Ancak kolluğun adli veya önleyici amaçla kişisel veri toplamasında kullandığı mevzuat hükümleri karşısında MOBESE'ler yönünden bulunan hukuki boşluklar, akıllara birçok soru işareti getirmektedir. Her ne kadar güvenlik amaçlı gözetim aracı olarak kullanılsa da, "*kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*"nin kişisel veri olarak sürekli kayıt altına alınması; konunun Türk Ceza Kanunu ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu bakımından incelenmesi gerekliliğini ortaya çıkarmıştır. Çalışmamızda özellikle trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu özelinde MOBESE kayıtları ve kişisel verilerin korunmasında ülkemizde yaşanan ihlal ihtimalleri değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu, Kişisel Veri, Mobese

Abstract

MOBESE cameras, which entered our daily language as the abbreviation of Mobil Elektronik Sistem Integrasyon A.Ş., are watching and recording us at almost every corner. These records are used as evidence, especially in terms of traffic accidents, and they also help to catch the perpetrator of many other crimes. However, the legal gaps in terms of MOBESE against the provisions of the legislation used by the law enforcement in collecting personal data for forensic or preventive purposes bring many question marks to mind. Although it is used as a surveillance tool for security purposes, "any information relating to an identified or identifiable natural person" is constantly recorded as personal data; has revealed the necessity of examining the subject in terms of the Turkish Penal Code and the Law on the Protection of Personal Data. In our study, we will try to evaluate the possibility of violations in the protection of MOBESE records and personal data, especially in the crime of endangering traffic safety.

Keywords: Crime of Endangering Traffic Safety, Personal Data, Mobese

1. TRAFİK GÜVENLİĞİNİ TEHLİKEYE SOKMA SUÇUNA GENEL BAKIŞ

[1]* MCBÜ Köprübaşı MYO, simgenil.yurtseven@cbu.edu.tr, orcid ıd no: 0000-0003-1010-2679.

Her gün yolcu, sürücü ya da yaya olarak trafiğe çıktığımız gerçeği karşısında, daha sağlıklı ve düzenli şekilde yolculuk edebilmek adına Ceza Kanunumuz trafikte meydana gelen ölümlü, yaralamalı, maddi hasarlı kazaları engellemeye yönelik bazı tedbirler almıştır. Trafikte zarara yol açan bir çok davranış cezalandırılmakla birlikte, bir zarar ortaya çıkmasa dahi, trafikte tehlikeli davranışlar sergilenmesini de yasaklanmış ve cezai yaptırım öngörülmüştür. Söz konusu düzenleme ile trafik güvenliği sağlanmakta böylece kamu düzeni korunmaya çalışılmaktadır. Trafikteki bireylerin yaşam hakları, mülkiyet hakları da koruma altına alınmak istenmiştir. Trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu da bu amaçla Türk Ceza Kanunu'nda Topluma Karşı Suçlar kısmında, Genel Tehlike Yaratan Suçlar bölümü altında düzenlenen bir suçtur[2]:

Madde 179- (1) Kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşımının güven içinde akışını sağlamak için konulmuş her türlü işareti değiştirerek, kullanılamaz hale getirerek, konuldukları yerden kaldırarak, yanlış işaretler vererek, geçiş, varış, kalkış veya iniş yolları üzerine bir şey koyarak ya da teknik işletim sistemine müdahale ederek, başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir tehlikeye neden olan kişiye bir yıldan altı yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşım araçlarını kişilerin hayat, sağlık veya malvarlığı açısından tehlikeli olabilecek şekilde sevk ve idare eden kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle ya da başka bir nedenle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olmasına rağmen araç kullanan kişi yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır.

TCK md. 179'da her bir fıkrada birbirinden bağımsız, farklı suçların düzenlendiği görülmektedir[3].

İlk fıkrada sayılan hareketlerin yapılması ile somut anlamda bir tehlikenin ortaya çıkması aranmaktadır. Ancak benzer davranışların Karayolları Trafik Kanunu uyarınca kabahat olarak düzenlendiği, eylem hem suç hem kabahat oluşturuyorsa sadece suçtan ceza verileceği, ancak suç unsurları oluşmamışsa kabahatten dolayı idari para cezası verileceği söylenmelidir[4].

Özellikle ikinci fıkradaki "ulaşım araçlarını kişilerin sağlık veya malvarlığı açısından tehlikeli olabilecek şekilde sevk ve idare eden kişi"nin cezalandırılıyor olması,

[2] KILIÇARSLAN İSFEN Sibel, Alman ve Türk Ceza Hukukunda Trafik Güvenliğini Kasten Tehlikeye Sokma Suçları (AlmCK m.d 315 ila 316 ve TCK md. 179), Ankara, 2013, s.17;SOYER GÜLEÇ Sesim, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Trafik Güvenliğine Karşı İşlenen Suçlar", Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 9, Aralık 2006, s169-173.

[3] ÖNOK R. Murat, "Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu (TCK m. 179)", TBB Dergisi 2015, S. 121, s.160 vd; DOĞAN Koray, MERAKLI Serkan, Trafik Ceza Hukuku, Seçkin Yayınları, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, 2020, s.86 vd.

[4] ÖZBEK Veli Özer ve Diğerleri, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınları, 14. Baskı, Ankara, 2019, s. 754.

günlük hayatta trafik terörü olarak adlandırılan ve sıklıkla haberlere konu olan olaylardaki davranışın herhangi bir zarar ortaya çıkmasına gerek olmaksızın suç olarak nitelendirilmesi önemlidir.

Bir diğer önemli husus ise, üçüncü fıkradaki "alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle ya da başka bir nedenle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olmasına rağmen araç kullanan kişi"nin cezalandırılmasına yönelik düzenlemedir. Bu fıkra ile kişilerin yaşam hakkı, beden bütünlükleri ya da malvarlıkları üzerinde herhangi bir tehlike oluşması aranmaksızın emniyetli şekilde araç sevk ve idare edemeyecek olmasına rağmen araç kullanımı cezalandırılmaktadır. Bu anlamda soyut tehlike suçu olduğu söylenebilir[5].

2. TRAFİK GÜVENLİĞİNİ TEHLİKEYE SOKMA SUÇUNDA MOBESE VERİLERİNİN ÖNEMİ

Trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunda tipte yer alan davranışın somut ya da soyut anlamda tehlikeye neden olup olmadığı, ilgili hareketin nasıl neticelendiği, trafik kazasının oluş şekli, olayın aydınlatılması ve verilecek cezanın belirlenmesi bakımından son derece önemlidir. Ceza dosyasında olay anını görüntüleyen kamera kayıtlarının varlığı, savcıların ve hakimlerin işini kolaylaştırmakta, adaletli kararlar verilmesine de hizmet etmektedir. Bir ceza davasında sanık, mağdur ve tanık beyanları ve her türlü delil sayesinde olay anı canlandırılmaya çalışılır ki, maddi gerçeğe göre karar verilebilsin. İşte bu açıdan bakıldığında olay anını birebir gösteren bir kaydın varlığı, hayati değer taşımaktadır.

Yargıtay önüne gelen dosyalarda, özellikle Mobese görüntülerinin varlığını sorgulamakta, bu görüntülerin bilirkişi incelemesi sonucundaki raporlara göre değerlendirmelerde bulunmaktadır[6]. Hatta Mobese görüntüleri olmadığında, şüphenin

[5] Özbek ve Diğerleri, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.764.

[6] **Olay anını gösterir MOBESE görüntülerinin bilirkişi tarafından incelenmesi** neticesinde düzenlenen raporda; kaza anından sonra şoför mahallinden bir erkek şahsın indiğinin belirtilmesi, 29.05.2015 tarihli olay tutanağında kazayı gören 2642 kod numaralı duruşmada da dinlenen ekiplerin aracın sürücü koltuğundan sanık ...'ın indiğini belirtmeleri, MOBESE kayıtları incelendiğinde aracın önden hasar aldığı, sağ ön yolcu kapısının açılmamasını gerektirir bir sorun olmadığı, olaya anında müdahale eden vatandaşların sağ ön yolcu kapısını rahatlıkla açtığı, sağ ön kapıdan sanık ...'ın indiği, bu sebeple sanık ...'ın sağ ön kapı açılmadığı için kendisinin sürücü tarafından indiği savunmasına itibar edilemeyeceği, Yargitay 12. Ceza Dairesi, E. 2019/10230 K. 2020/4408 T. 8.9.2020.

MOBESE (Mobil Elektronik Sistem Entegrasyonu) hareketli kamera görüntülerinin incelenmesi sonucu düzenlenen 13.05.2016 tarihli CD izleme tutanağında; 09.04.2016 tarihinde saat 23.47.06 sıralarında beyaz renkli panelvan türü, arka camları kapalı minibüs ile binek araç olduğu düşünülen başka bir aracın beraber ve birbirlerine birleşik vaziyette görüş alanına girdikleri, saat 23.47.17 sıralarında beyaz renkli minibüsün yan yatmış vaziyette yol kenarında durduğu tespitlerine yer verildiği,

Kamera kayıtlarının incelenmesi sonucu düzenlenen 02.06.2016 tarihli **bilirkişi raporunda**; kayıtlarda kaza anının ve bu nedenle hangi aracın ışık ihlalinde bulunduğunun görülmediği ancak kazanın saat 23.47.03'te gerçekleştiği, kaza yerine ilk olarak görevli ekip aracının sonrasında da itfaiye aracının geldiği, kazadan 11,5 dakika sonra ambulansın geldiği, 06 BL 6993 plaka sayılı araç sürücüsünün aracın içerisinde sıkışık vaziyette olduğundan çıkarılamadığı, itfaiye görevlilerinin çalışması neticesinde şoför kapısından

tamamen giderilememesi sebebi ile beraat kararı verilmesi gerektiğine[7] dair kararları da mevcuttur. Mobese kayıtlarının araştırılmaması durumunu da eksik soruşturma yapılması olarak nitelemesi[8], Yargıtay'ın Mobese verilerine verdiği değeri göstermesi bakımından önemlidir.

3. MOBESE KAVRAMI, FAALİYET ALANLARI

MOBESE kavramı, Mobil Elektronik Sistem Entegrasyonu kelimelerinin baş harfleri kullanılmak suretiyle oluşturulmuş bir kısaltmadır. Kent Güvenlik Yönetim Sistemi, Kent Güvenlik Sistemleri, Belde İzleme Sistemi gibi isimlerle de anılmaktadır. MOBESE esasen Emniyet Genel Müdürlüğü araçları için tasarlanmış, GPRS teknolojisine sahip yazılım, donanım ve coğrafi bilgi sistemleri ile bilgi yönetim sistemlerinin entegrasyonundan oluşan bir sistemdir[9]. Özellikle kamusal alanlar, caddeler, parklar, meydanlar; güvenliğin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesine yönelik olarak kurulan kameralar aracılığıyla izlenmekte ve kayıt altına alınmaktadır[10].

Mobese Mobil Elektronik Sistem Entegrasyonu A.Ş. emniyet müdürlüklerinde ihtiyaç duyulan elektronik sistemlerin tedarikinde güvenilir, ekonomik ve satış sonrası etkin hizmetin sağlanması amacıyla 2008 yılında[11] yönetim kurulunun kararı ile teşkil

çıkarılarak ambulansa alındığının belirtildiği, **Yargıtay Ceza Genel Kurulu** E. 2019/1-121 K. 2019/518 T. 2.7.2019.

[7] Somut dosyamızda yol kapatma eyleminin yapılan ihbarda veya tutulan tutanakta ve yine Dairemizin kabulünde yol kapatma eyleminin yaşları büyük ve yüzleri puşi ile kapalı sanıklar tarafından gerçekleştirilmiştir. Açıkça beyan edilmesi karşısında SSÇ'nin bu suçu işlediğine dair dosyada hiçbir delil ve emare yoktur. Ani gelişen ve güvenlik görevlilerinin ihbar üzerine olay yerine gitmeleri sebebiyle olayla ilgili herhangi bir görüntü kaydının olmadığı (28/12/2015 tarihli tutanakta "zırhlı araçta bulunan **kamera görüntüleri ve MOBESE kamera görüntüleri mevcut olmadığından şahsın görüntüsü tespit edilememiştir**") dosyada tespit edilmiştir. Dolayısıyla SSÇ'ye isnat edilen **trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu**ndan beraat kararı verilmesi gerekirken mahkumiyet kararı verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Yargitay 16. Ceza Dairesi E. 2017/2948 K. 2018/162 T. 25.1.2018.

[8] "**olay yerini görür MOBESE kayıtlarının araştırılması** ile şüphelinin kırmızı ışık ihlali yapıp yapmadığının tespit edilmeye çalışılması ile sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, bahse konu eylemin hukuki ihtilaf olduğu gerekçesiyle kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz üzerine, eksik soruşturma gerekçesiyle itirazın kabulüne karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde itirazın reddine karar verilmesi isabetsiz görülmekle", Yargitay 12. Ceza Dairesi E. 2017/3350 K. 2017/5922 T. 5.7.2017.

[9] ÖZBEK, Veli Özer, Polis Hukuku Ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Temel Haklara Müdahaleler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s.255.

[10] ÖZKAN Halid, "Mobese İzleme ve Kayıtlarının Ceza Muhakemesi hukuku Açısından Değerlendirilmesi", Ceza Hukuku Dergisi, C. 11, S.30, 2016, s.63, 64.

[11] İstanbul Polis Hizmetlerini Geliştirme ve Destekleme Derneği, İstanbul İl Emniyet Müdürlüğü'nün hizmetlerini geliştirme ve destekleme amacıyla 31.10.1990 tarihinde kurulmuştur. Dernek çeşitli yollarla elde ettiği geliri gerek İstanbul gerekse tüm Türkiye çapında Polis hizmetlerinin geliştirmek ve emniyet-asayişin sağlanması amacıyla kamu yararına kullanmaktadır. (https://www.mobese.com.tr/tr/kurumsal/hakkimizda/1, e.t.11.06.2022).

edilmiş ve faaliyet göstermeye başlamıştır[12]. Mobese A.Ş.'nin faaliyet alanları şu şekilde sıralanmaktadır[13]:

Kamera Sistemleri

- Şehir Güvenlik Kameraları
- Site Güvenlik Kameraları
- Ev ve İş Yeri Güvenlik Kameraları
- Araç içi Güvenlik Kameraları
- Kayıt Depolama ve Aktarım Cihazları
- Kamera Direkleri
- Kamera Kabinleri
- VideoWall İzleme ve Komuta Odaları
- Kabin Takip Cihazı

Biyometrik Tanıma ve Geçiş Kontrol Sistemleri

- Parmak İzi Tanıma
- Yüz Tanıma
- İris Tanıma
- Damar Tanıma
- Yangın İhbar ve İkaz Sistemleri

RFID Geçiş ve Takip Sistemleri

- Personel Geçiş Kontrol (PDKS)
- Araç Geçiş Kontrol

Yol ve Geçiş Güvenlik Sistemleri

- Araç Altı Görüntüleme
- Plaka Tanıma

[12] Mobese A.Ş. nin tüm hisseleri İstanbul Polis Hizmetlerini Geliştirme ve Destekleme Derneği İktisadi İşletmesi'ne aittir. Mobese A.Ş. , özellikle kent güvenlik kameraları, alarm sistemleri, araç takip sistemleri ile birlikte zayıf akımla çalışan tüm elektronik güvenlik sistemlerinde yerli ve milli çözüm ve projeler üretmektedir. (https://www.mobese.com.tr/tr/kurumsal/hakkimizda/1, e.t.11.06.2022)

[13] Diğer hizmetleri de şunlardır:

GPS Takip Sistemleri: Araç Filo Takip, Ekip Personel Takip

Alarm Sistemleri: Ev ve İş Yeri Alarm Sistemleri, Site ve Apartman Alarm Sistemleri

Özel Ürünler ve Seçimler: Biyometrik Fotoğraf Kabini, Liman ve Gümrük Geçiş Kontrol Sistemleri

Danışmanlık ve Bakım Hizmetleri: Elektronik Güvenlik Sistem Danışmanlığı, Kurulu Sistem Bakımı, Teknik Şartname Yazılması

Yazılım Geliştirme ve Yazılım Destek Çözümleri: Güvenlik Sistemleri Yazılımları, Geçiş Sistemleri Yazılımları, Cihaz Takip Yazılımları.

Mobeseler, öncelikle büyük şehirlerin ana caddeleri ve meydanlarında başlamış, daha sonra diğer tüm şehirlerde, şehirlerin girişi ve çıkışlarında, birçok yolda uygulanmak suretiyle yaygınlaştırılmıştır[14].

Mobese sitemleri ile

- suçun önlenmesi,
- suç sonrasında delil tespiti,
- çalıntı araç bulunması,
- şüpheli paket teslimi,
- yankesici kapkaç olaylarının takibi,
- trafik kazalarının tespiti,
- şüpheli durumların gözlemlenmesi,

kolaylıkla mümkün hale gelebilmektedir.

4. MOBESE İZLEMELERİNİN CEZA HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Suç ve suçlu sayısında hızla artış yaşanması; suçlulukla mücadele konusunda MOBESE leri vazgeçilmez ve mucizevi bir unsur haline getirmektedir. Bu nedenle de sistemin kullanımına ana yollardan havalimanlarına, alışveriş merkezlerinden otogarlara, konut ve işyerlerine kadar çok geniş bir yelpaze içinde sıklıkla başvurulmaktadır.

Günlük hayatta kişilerin kendini güvende hissetmelerine neden olabilecek ve suçlulukta mücadelede önemli bir veri havuzuna sahip olan sistemin hukuki açıdan bakıldığında ise, bazı sorunları beraberinde getirdiği görülmektedir. Şöyle ki, günümüzde sistem sadece izleme değil aynı zamanda kayıt da yapmakta ve bu kayıtlar depolanmaktadır. Her ne kadar kamusal alanda da olsa kişilerin, dışarıda geçirdiği tüm yaşamları bir anlamda kameralarla izlenmekte ve kayıt altına alınmaktadır. Sistemin faaliyet konusu bu nedenle tümüyle *kişisel veril*erden oluşmaktadır. Sadece idare değil, özel şirket ve şahısların da "güvenlik amaçlı" olarak; alışveriş merkezleri, konutların girişleri, işyerleri gibi birçok mekanda kamera ile izleme yaptığı bilinmektedir.

Dört bir tarafımızı saran kamera sistemleri ile ilgili yanıtlanması gereken sorular bulunmaktadır. Sorulması gereken sorulardan ilki söz konusu sistem ile yapılan faaliyetin kullanım amacına yöneliktir: Mobeseler önleme amaçlı olarak mı kullanılıyor? Yani önleyici tedbir kapsamında mı değerlendirilmelidir? O halde PVSK ya da CMK da hangi hükümler, bu sistemin hukuki zeminini oluşturabilir[15]?

[14] Benzer şekilde Almanya ve İngiltere'de de bir çok kamusal alanın (tren istasyonları, pazar alanı, alışveriş caddesi, yeşil alanlar…) benzeri sistemlerle izlendiği görülmektedir. Reuband Karl Heinz, Was Die Burger von der Überwachung halten?, Neue Kriminalpolitik, 2/2001, s.5'ten Aktaran Özbek, s.255.

[15] İkinci olarak "suç sonrası delil niteliği gözetildiğinde, bu delillerin hukuka uygun olup olmadığına, muhakemede kullanılıp kullanılmayacağına nasıl karar veririz?", sorusuna ise çalışmanın devamında, Mobese izlemelerinin delil değeri başlığı altında cevap bulunmaya çalışılacaktır.

Mobese sistemlerinde asıl amaç, caydırıcılık unsuru ile, suçun önlenmesidir. Bu sebeple de *önleyici tedbir* olarak nitelendirilmektedir[16]. Söz konusu kameralar ile izleme yapılmasından yola çıkarak Ceza Muhakemesi Kanunundaki teknik araçlarla izleme başlıklı düzenlemenin benzer olduğu akla gelebilir. Ancak CMK md.140'da düzenlenmiş olan teknik araçlarla izleme koruma tedbiri, suç işlendikten sonra, başka suretle delil elde etme imkanı olmayan hallerde başvurulan bir yöntemdir. Diğer taraftan CMK md. 140'a göre izleme yapılabilmesi hakim kararına bağlıdır[17]. Ayrıca CMK md. 140 bir koruma tedbiri olarak, sadece katalogda yer alan suçların işlenmesi durumunda, yani suç işlendikten sonra başvurulabilen bir yöntemdir. Ancak Mobeseler suç işlenmenin öncesinde de, her zaman kayıttadır. Ve bir suç tasnifi olmaksızın her ceza dosyasında olay anını görüntüleyen kamera verisi varsa, bilirkişi incelemesine tabi tutularak kullanılmaktadır. Sayılan tüm bu sebeplerle Mobese izlemelerini CMK md. 140 çerçevesinde değerlendirmek mümkün değildir.

Diğer taraftan bu koruma tedbirleri suç failini izlemeyi be delil elde etmeyi amaçlamakta iken, Mobese sistemi fail ya da mağdur ayrımı olmaksızın kamuya açık alanda herkesi izlemekte ve kaydetmektedir. Bu konuda kamusal alanındaki faaliyetlerin aleni olması sebebiyle rızaya ihtiyaç olmaksızın izlenebileceği, kayıt altına alınabileceğine dair görüşler[18] olmakla birlikte; bu görüşün asla kabul göremeyeceğini, hukuk devletinde öncelikli olanın devlet değil birey, suçlulukla mücadele değil özgürlük olduğunu savunanlar[19] da vardır[20].

Polis Vazife Ve Salahiyet Kanunu içeriğinde de Mobese izlemelerine hukuki zemin oluşturabilecek bir madde bulunmamaktadır. Kişilerin parmak izi ve fotoğraflarının kayda alınması (md.5) ile adli görev ve yetkiler (ek madde 6) çerçevesindeki düzenlemeler de Mobese kayıtlarına yönelik olarak yorumlanamayacaktır.

PVSK Ek madde 7 düzenlemesine göre; *"Polis, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğine dair önleyici ve koruyucu*

---

[16] Özbek, s.257.

[17] Teknik araçlarla izlemeye hâkim, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilir. Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararlar yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulur. Hâkim kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi hâlinde kayıtlar derhâl imha edilir. (CMK md.104/2)

[18] Haluk Çolak ve Mustafa Taşkın, Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara 2007, s.676. Yazarlar, kamuya açık alanların izlenmesinin suçla mücadelede önemli işleve sahip olması nedeniyle, kişilerin aleni davranışlarının kayda alınmasının hukuka aykırı olmadığını, bu nedenle de mobese adı verilen sistemin hukuka uygun olduğunu savunmaktadırlar.

[19] Özbek, s. 258.

[20] Kanaatimizce, suçlulukla mücadele açısından etkin bir araç olması, her alanda izlenmemizi ve kayıt altına alınmamızı haklı kılamaz. Bu izleme ve kayıt altına alma işlemlerinin mutlaka hukuki bir zemine oturtulması, sistemin işleyişi, verilerin depolanması, silinmesi gibi birçok alanın titizlikle düzenlenmesi ve aykırı hareket edenlerin de cezai yaptırımlarla karşı karşıya kalmasına dair hükümlerin ihdası acil ve zorunludur.

tedbirleri almak, emniyet ve asayişi sağlamak üzere, ülke seviyesinde ve sanal ortamda istihbarat faaliyetlerinde bulunur, bu amaçla bilgi toplar, değerlendirir, yetkili mercilere veya kullanma alanına ulaştırır. Devletin diğer istihbarat kuruluşlarıyla işbirliği yapar." Ancak bu fıkranın yerine getirilmesine yönelik devam eden fıkralarda hangi suçlar bakımından ne şekilde uygulanacağına dair sınırlama getirilmiş olduğundan[21] bu madde de inceleme konumuz bakımından yasal dayanak olmaktan uzaktır.

Sonuç olarak mevzuat hükümlerimiz değerlendirildiğinde, Mobese izlemelerine dair yasal bir dayanak olmadığı net bir şekilde görülmektedir. Bu nedenle kamusal alanda olsa dahi izlenmemiz, kayıt altına alınmamız temel hak ve özgürlüklere müdahale açısından sorun yaratır niteliktedir.

Konu ile ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına bakıldığında; Mahkemenin kişisel verilerin elde edilmesini her durumda özel yaşamın gizliliği hakkına bir müdahale olarak görmediği ve kişisel verilere ilişkin AİHS'nin 8. maddesi çerçevesinde iki aşamalı bir değerlendirme yaptığı anlaşılmaktadır. **Öncelikle müdahalenin yasal dayanağı olup olmadığı** ve ulaşılabilirliği, daha sonra ise ulusal güvenlik gibi meşru bir amaç bağlamında müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını değerlendirmektedir[22]. İki aşamalı değerlendirmede daha ilk basamakta yasal bir dayanaktan yoksun olduğu için Mobeselerin hukuka uygun olduğunu söylemek zordur.

Diğer taraftan AİHM, kamusal alanlarda kişilerin sadece filme alınmasını özel hayata müdahale olarak görmese de bu bilgilerin sistematik, düzenli ve kalıcı olarak kaydı söz konusu olduğunda özel hayata müdahale olarak değerlendirmektedir[23]. Mobese sistemi ile sadece izleme yapılmadığı, kayıt altına alma ve kayıtların belli sürelerle saklandığı düşünüldüğünde; Mobese kayıtlarının AİHS'nin 8. Maddesini ihlal eder nitelikte özel hayata müdahale oluşturduğu söylenmelidir. Özel hayata müdahalenin ihlal boyutuna ulaşıp ulaşmadığı bakımından Anayasamızın 13. Maddesi anlamında da sıkıntı

[21] "Birinci fıkrada belirtilen görevlerin yerine getirilmesine yönelik olarak, 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun, casusluk suçları hariç, 250 nci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı suçlar ile bilişim suçlarının işlenmesinin önlenmesi amacıyla hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Emniyet Genel Müdürünün, Emniyet Genel Müdürlüğü İstihbarat Dairesi Başkanının veya bilişim suçlarıyla sınırlı olmak üzere bilişim suçları ile ilgili daire başkanının yazılı emriyle, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim veya internet bağlantı adresleriyle internet kaynakları arasındaki veri trafiği ile iletilen veriler tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir, yirmidört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını en geç kırk sekiz saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir derhal kaldırılır. Bu halde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir."

[22] Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 2022/9-51 K. 2022/141 T. 3.3.2022.

[23] ABANOZ Buket, Kamusal Alanda Kameralı Gözetlemenin Suçun Önlenmesindeki Etkisi ve Elde Edilen Delillerin Hukuka Uygunluğu Sorunu, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018.

mevcuttur[24]. Md. 13 gereği temel haklar ancak kanunla sınırlanabilir ve bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Ancak ne yazık ki ortada henüz bir kanuni düzenleme olmaması sebebi ile sınırlamanın, ölçülülük ilkesi bağlamında değerlendirmeye alınması da mümkün görünmemektedir.

5. KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENMESİ, İLGİLİ KİŞİNİN RIZASI

Ülkemizde kişisel verilerle ilgili düzenleme, 24.03.2016 tarihli 6698 Sayılı Kişisel Verilen Korunması Kanunu olarak karşımıza çıkar. Kanuna göre *kişisel veri*; kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi ifade etmektedir (md. 3/1-d). *Kişisel verilerin işlenmesi* ise, kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi ifade etmektedir (md.3/1-e).

Kanun, "Kişisel veriler ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenemez." şeklinde getirdiği genel kuralından (md.5) sonra da hangi hallerde kişinin açık rızası aranmaksızın kişisel verilerinin işlenmesi mümkün olduğunu sıralamıştır:

a) Kanunlarda açıkça öngörülmesi.

b) Fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması.

c) Bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması.

ç) Veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması.

d) İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması.

e) Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlemenin zorunlu olması.

f) İlgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması.

Konumuz açısından Mobese Sistemlerini faaliyet alanı tümüyle kişisel veri üzerine dayalı olduğundan acaba yapılan bu izleme ve kayıt altına alma işlemi yani kanuna göre "*Kişisel verilerin işlenmesi"* faaliyeti hukuka uygun mudur? Her gün aracı ile ya da yaya olarak trafiğe çıkan, yolları, parkları, alışveriş merkezlerini kullanan kişiler özel

[24] Abanoz bu durumun, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin hukuka uygun bir müdahale için aradığı ilk şart olan "kanunilik" koşuluna aykırılık teşkil ettiğin ayrıca, sözleşme sorumluluğun yanı sıra, Anayasa'nın 13. Maddesi de ihlal edildiğini belirtmektedir.

olarak açık rıza vermediğinden bu soruyu olumsuz yanıtlamak gerekir. Kişilerin kamuya açık alanda bulunması halinde dahi, özel hayata müdahale teşkil edebilecek nitelikteki izlemeler ihlal olarak karşımıza çıkar. Yargıtay da bu konuda kamuya açık alana çıkan her kişinin bu alandaki her görüntü veya sesinin kaydedilip sürekli ve izinsiz olarak elde bulundurulmasına rıza gösterdiğinin kabulünün mümkün bulunmadığını belirtmektedir[25].

İkinci adımda mobese ile izleme ve kayıt faaliyeti acaba kişinin açık rızasının aranmayacağı haller (md.5/2) kapsamında değerlendirilebilir mi? Mobese ile ilgili kanuni bir düzenleme olmaması sebebiyle md.5/2-a fıkrasına dayanılamaz, çünkü "kanunlarda açıkça öngörülme" hali mevcut değildir. Md.5/2-ç bendine göre Mobese ile izleme yapmak veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu da sayılamaz. Kişinin kamusal alanda bulunması otomatik olarak "ilgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması" şartını (md.5/2-d) karşılayıp karşılamadığı tartışılabilir. Md.5/2-f bendine göre de veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması, ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek şartına tabi kılınmıştır. Bu meşru amaç kamu güvenliğinin sağlanması, suçun işlenmesinin önüne geçilmesi, suçluların yakalanması olabilir. Mobese izlemeleri meşru sayılabilirse de, ilgilinin temel hakkına müdahale bakımından amaca uygunluk, gereklilik, ölçülülük kriterleri yönünden ve belirlilik ilkesi kapsamında Md.5/2-f bendine dayanılması konusu tartışılmalıdır[26]. Her ne kadar suçların engellenmesi yönünden amaca uygun görünse de gerçekten gerekli olup olmadığı, ölçülü şekilde uygulanıp uygulamadığı değerlendirilmelidir. Ancak bu değerlendirmelerin tümü, bu konuda kanun ihdası ile tedbirin içerik ve şartlarının açıkça düzenlenmesi halinde sağlıklı bir şekilde yapılabilir[27]. Ancak henüz yasal düzenleme bulunmaması sebebiyle tabiri caizse "istenilen her yere" mobese sistemi kurarak izleme

[25] Özel kişiler tarafından yapılan kayıtların, kamusal alanla sınırlı olması yeterli değildir, bunun süreklilik oluşturmaması, belli kişi ya da yerlere odaklanmaması da gereklidir. Yargıtay'ın bu konuda verdiği kararlara göre özel hayat, kişinin sadece gözlerden uzakta başkalarıyla paylaşmadığı, kapalı kapılar ardında, dört duvar arasındaki yaşantısından ve mahremiyetinden ibaret değildir. Herkesin bilmediği yada bilmemesi gereken, istenildiğinde başka kişilere açıklanabilen tamamen kişiye özel hayat olayları ve bilgilerin tamamını içermesi karşısında kamuya açık alanda bulunulduğunda dahi, "kalabalığın içinde dikkat çekmezlik, tanınmazlık, bilinmezlik" prensibinin geçerli olduğu, kamuya açık alana çıkan her kişinin bu alandaki her görüntü veya sesinin kaydedilip sürekli ve izinsiz olarak elde bulundurulmasına rıza gösterdiğinin kabulünün mümkün bulunmadığı gözetilmelidir. (2013/10841 E,2014/8373 K).
Bir olay ya da bilginin, özel hayat kapsamına girip girmediği belirlenirken sadece içinde bulunulan fiziki çevrenin özelliklerine bakılmamalı, kişinin toplum içindeki konumu, mesleği, görevi, kamuoyu tarafından tanınıp tanınmadığı, dışa yansıyan davranışları, rıza ve öngörüleri, sosyal ilişkileri, müdahalenin derecesi gibi ölçütler de göz önüne alınmalı, ayrıca özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun oluşup oluşmadığının tespiti için her somut olayda hukuka uygunluk sebeplerinin bulunup bulunmadığı titizlikle araştırılmalıdır. (2012/32005 E, 2013/15770 K.).

[26] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de somut olayın özellikleri göz önünde tutulmak şartıyla "başvurucunun özel hayata saygı hakkı ve suçlunun yakalanması arasındaki denge korunduğu sürece" video kayıt teknolojilerinin kullanımını hukuka uygun bulmaktadır. Bu amaçlar dışında, Mobese uygulamasının gelişigüzel, keyfi amaçlarla kullanılması hukuka aykırı olacaktır. İçer, Zafer, s.32.

[27] Özbek, s.260.

yapmak, kişisel verilerin korunması hakkına müdahale oluşturabilecek bir niteliğe bürünmesine sebep olmaktadır.

Kanunun "istisnalar" başlıklı 28. Maddesinde ise "bu kanun hükümleri aşağıdaki hallerde uygulanmaz" demek suretiyle bir sayım yapılmıştır. Mobese izlemelerinin kamu güvenliği ve kamu düzeni amaçlarıyla yapıldığı varsayımından hareketle ilgili olabilecek bent şu şekildedir:

md. 28/1 - ç) Kişisel verilerin millî savunmayı, millî güvenliği, ***kamu güvenliğini, kamu düzenini*** *veya ekonomik güvenliği* ***sağlamaya yönelik olarak*** *kanunla görev ve yetki verilmiş kamu kurum ve kuruluşları tarafından yürütülen* ***önleyici, koruyucu ve istihbari faaliyetler kapsamında işlenmesi.***

Mobese Mobil Elektronik Sistem Entegrasyonu A.Ş., kanunla görev ve yetki verilmiş kamu kurum ve kuruluşu sayılabilirse, bu bent gereği istisna kapsamında tutulabilir. Ancak bu soruya olumsuz yanıt verilirse, Mobese izlemelerinin md. 28 gereğince istisna sayılan hallere girmeyeceği açıktır.

Tüm bu açıklamalardan sonra MOBESE A.Ş.'nin KVKK Aydınlatma Metni incelendiğinde; MOBESE Mobil Elektronik Sistem Entegrasyonu Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi, kendisini veri sorumlusu olarak nitelemektedir. Devamında ise, hem veri sorumlusu[28] hem de veri işleyen[29] olarak, Kanun gereğince hizmet ilişkisinin kurulması, hizmet devamlılığının sağlanması, hizmetlerimizin ifa edilmesi, firma olarak diğer yasalardan kaynaklanan sorumluluklar gereğince kişisel verilerimizin kaydedildiği ve saklandığı belirtilmektedir. İş bu kapsamda Veri Sorumlusu sıfatıyla, Kanun'da açıklandığı çerçevede; kişisel bilgileri elde edebilecek, kaydedebilecek, muhafaza edebilecek, sözleşmesel ilişkinin devam ettirebilmek amacıyla güncelleyebilecek, yeniden düzenleyebilecek, ilgili mevzuatın izin verdiği durumlarda ve ölçüde üçüncü kişilere açıklayabilecek, devredebilecek, aktarabilecek, paylaşabilecek ve Kanun'da sayılan diğer şekillerde işleyebilecektir.

Aslında kişisel verilerimizin güvenliğine ilişkin alınan tedbirler, verilerin işlendikleri amaç için gerekli olan azami süre, veri konusu kişi grubu ve grupları ile bu kişilere ait veri kategorileri, verilerin hangi amaçla işlenebileceği gibi birçok husus veri sorumluları sicilinde yer almakta ve kamuya açıklanmaktadır[30].

Ancak Mobil Elektronik Sistem Entegrasyonu Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi'nin Kişisel Verileri Koruma Kurulu tarafından tutulan, Veri Sorumluları Sicili'ne (VERBİS) kayıt yükümlülüğü bulunmamaktadır, zira VERBİS'te yapılan sicil

[28] Veri sorumlusu: Kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder. (KVKK md. 3/1-ı)

[29] Veri işleyen: Veri sorumlusunun verdiği yetkiye dayanarak onun adına kişisel verileri işleyen gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder. (KVKK md.3/1-ğ)

[30] Veri Sorumluları Sicili Hakkında Yönetmelik, 30 Aralık 2017 Cumartesi, Resmi Gazete Sayı : 30286, md. 7/2.

sorgulamada şirkete ait hiçbir bilgiye ulaşılamadığı görülür. Bunun sebebi, Veri Sorumluları Hakkında Yönetmelik'in kişisel veri işlemenin suç işlenmesinin önlenmesi veya suç soruşturması için gerekli olması halinde; kişisel veri işleme faaliyetleri bakımından veri sorumlusunun bu faaliyetleri Sicile kayıtetmesi ve bildirmesi yükümlülüğü olmadığına dair hükmüdür (Yön. Md. 15/1-a)[31].

6. ELDE EDİLEN VERİLERİN DELİL DEĞERİ

Ceza muhakemesinde delil serbestisi ilkesi geçerli olduğundan her türlü delil, ispat aracı olarak kullanılabilecektir. Buradaki sınır, elde edilen delilin hukuka uygun olmasıdır. CMK md. 217/2 gereği yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.

Mobese izlemeleri bakımından henüz bir ceza soruşturması başlamadan önce, daha çok önleme amaçlı bir tedbir görünümünde olan sistemden elde edilen delillerin değeri dikkatle incelenmelidir.

Ceza muhakemesinde bir hususun hangi delille ispat olunacağı konusunda sınırlama bulunmayıp yargılamayı yapan hâkim, hukuka uygun şekilde elde edilen delilleri kullanmak suretiyle, sanığın aleyhine olduğu kadar lehine delilleri de araştırıp değerlendirerek, her türlü şüpheden arınmış bir neticeye ulaşmalıdır. Dolayısıyla yargılamaya konu olayın açıklığa kavuşturulması ve maddi gerçeğin bulunabilmesi için ispat amacıyla kullanılan her araç delil olarak kabul edilmiştir. Ancak maddi gerçek, her ne pahasına olursa olsun değil, hukuk kuralları içerisinde, şüpheli ve sanığın hakları korunarak araştırılmalıdır.

Delil elde etmek amacıyla yürütülen soruşturmalarda başvurulan yöntemlerinin çoğunluğu, bir anlamda temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliğindedir. Bu kapsama koruma tedbirleri de girmektedir. Burada bir tarafta ceza muhakemesinin amacı olarak maddi gerçeğin araştırılması, suçun ve suçlunun bulunmasındaki yarar ile bireylerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale edilmesinden elde edilen çıkar arasındaki hassas dengenin korunması önemlidir. Maddi gerçeğe ulaşma gayesiyle delil elde edilmek istenirken, insan onuru ve hakları ile hukukun ve ceza muhakemesinin temel ilkelerinden ödün verilmemesi gerektiği belirtilmektedir[32].

---

[31] **İstisna uygulanacak haller**

MADDE 15 – (1) Aşağıda belirtilen kişisel veri işleme faaliyetleri bakımından veri sorumlusunun bu faaliyetleri Sicile kayıt etmesi ve bildirmesi yükümlülüğü yoktur:

a) Kişisel veri işlemenin suç işlenmesinin önlenmesi veya suç soruşturması için gerekli olması.

b) İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş kişisel verilerin işlenmesi.

c) Kişisel veri işlemenin kanunun verdiği yetkiye dayanılarak görevli ve yetkili kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca, denetleme veya düzenleme görevlerinin yürütülmesi ile disiplin soruşturma veya kovuşturması için gerekli olması.

ç) Kişisel veri işlemenin bütçe, vergi ve mali konulara ilişkin olarak Devletin ekonomik ve mali çıkarlarının korunması için gerekli olması.

[32] DÜLGER, M. Volkan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 38.

Elde edilen verilerin delil değeri başlığı altında değinilmesi gereken bir diğer konu, plaka ve yüz tanıma[33] programlarının Mobese Sistemine dahil edilmesidir. Bu gelişme ile veri deposunda bulunan diğer verilerle karşılaştırılma yapılması, sisteme giren plakalı aracın nerede bulunduğu, kim tarafından kullanıldığı, hangi istikamette yol aldığı gibi bilgilere ulaşılması mümkün hale gelmektedir. Ancak henüz yasal bir düzenleme olmaksızın bu verilerin işlenmesi ve delil olarak kullanılması hukuka uygunluk bakımından tartışılmalıdır. Fakat Yargıtay kararlarına konu olaylarda plaka tanıma sistemine kaydedilen aracın olay günü hangi yöne gittiğinin takibinin yapılması ve ilgililerin yakalanması söz konusu olmakta ve ancak sistemden elde edilen verilerin hukuka uygunluğu tartışılmadan kabul edilmektedir[34].

Mobese- yüz ve plaka tanıma sistemlerinin kendilerinin hukukiliğinin tartışıldığı[35] bir noktada, bu sistemler vasıtası ile elde edilen verilerin ise tartışmasız olarak, hukuka uygun bir şekilde elde edildiği söylenemez[36]. Ancak elde edilen veriler, CMK md. 160/1 kapsamında "ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâl" olarak değerlendirilebilir[37].

Önleyici tedbirler kapsamında mobese izlemeleri ile tesadüfen delil elde edildiği, izlemeler sırasında suça ilişkin kayıtlar alındığı ve bu kayıtların muhakemede kullanılabileceği düşünülse de, bu halde CMK md. 138 uygulanamayacaktır. Çünkü tesadüfen elde edilen delil başlıklı maddede, açıkça arama veya el koyma koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında (138/1) ya da telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında (138/2) elde edilen tesadüfen delillerden bahsedilmektedir.

Yapılan bu açıklamalar suçla mücadele kapsamında işlevsel ve rasyonel gelmeyebilir. Ancak hukuk devletinde olması gereken, temel haklara müdahalenin ancak

[33] Yüz tanıma, dijital bir görüntü ya da videodan bir insanın kimliğini teşhis etmeyi ya da doğrulamayı sağlayan, kişinin yüzünün bir kamera kullanılarak kaydedildiği ve daha önce kaydedilmiş bir veya daha fazla yüz görüntüsüyle karşılaştırıldığı sistemlerin genel adıdır. Yüz tanıma teknolojileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İÇER Zafer, DÖNMEZ Elif, "Yüz Tanıma Teknolojilerinin Önleyici Ceza Hukuku Ve Ceza Muhakemesi Süreçlerindeki Kullanımı Ve Sınırları", CHD, Ağustos, 2020, Y.15, S.43, s. 421-461.

[34] CGK, 18.06.2019, 2016/20-464 E, 2019/477 K.

[35] Almanya'da Alman Ceza Muhakemesi Yasası çerçevesinde herhangi bir sebep olmaksızın çok sayıda insanın yüz tanıma sistemi ile muhatap olması durumu, koruma tedbirinin belirli şüpheye dayanmaması ve ölçülülük kriterine uygun olmaması sebebi ile meşru olmadığı ifade edilmektedir. İçer, Dönmez, s.424.

[36] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne gelmiş olayda, Hükümet başvuranın telefon görüşmelerinin dinlenip kaydedilmesinin yasal dayanağı olarak 2937 nolu Kanun'un 4. Ve 6. Maddelerine dayanmış dava konusu müdahalenin ulusal güvenliğin korunması koşullarında haklı çıkarıldığını savunmuştur. Öte yandan AİHM, mevcut davaya sebebiyet veren olayların meydana geldiği sırada telefonların dinlenmesi ve görüşmelerin kaydedilmesini **düzenleyen bir ulusal yasanın olmadığı** sonucuna varmıştır. Böyle bir **müdahale için yasal dayanağın olmayışı, AİHM'in** söz konusu telefon kayıtlarının dava koşullarında **yasalara aykırı biçimde elde edilmiş kanıt olduğu sonucuna varmasına sebep olmuştur**. (AİHM Eski üçüncü Daire, Satık-Türkiye davası)

[37] Özbek, s.271.

kanunlarla yapılabilmesi ve getirilen sınırlamaların ölçülü, gerekli, amaca ulaşmaya elverişli, belirli, açık olması gibi birçok ölçüte bağlı bulunmasıdır. Nihayetinde yapılacak hukuki düzenleme ile bahsi geçen verilerin delil değeri yeniden değerlendirilebilecektir.

Sonuç

Devletlerin koydukları kurallara uyulup uyulmadığını denetlemek için bireyleri gözetleme eğiliminde[38] olduğu bir gerçektir. Burada önemli olan bu faaliyetlerin hukuk devleti ilkesine uygun olarak hayata geçirilmesidir. Teknolojinin gelişimi ile birlikte denetleme – izleme faaliyetlerinde Mobese kameralar, yapay zeka destekli sistemler, yüz tanıma teknolojisi gibi yeni sistemler kullanılmaya başlanmıştır. Suçların önlenmesi noktasında caydırıcılık ve delil oluşturma yönüyle artık hayatımızdan çıkaramayacağımız Mobese sisteminin hukuka uygun hale getirilebilmesi için getirilecek yasal düzenlemede şu hususlara yer verilebilir:

Tedbirin kapsamı net şekilde belirtilmelidir. Sadece anlık izleme ya da hem izleme hem de kayıt altına alma şeklinde mi kullanılacağı, kayıt altına alma işlemi yapılacaksa kayıtların hangi birimler nezdinde ne şekilde, ne kadar süre ile saklanacağı ve bu süre sonunda imhası detaylı olarak düzenlenmelidir.

Tedbirin uygulanacağı yer bakımından da net sınırlar konulmalı, konut ve işyeri benzeri alanlar istisna olarak belirtilmelidir. Kamuya açık olan her alanda izleme yapılıp yapılamayacağı konusunda kanun koyucu suçla mücadele politikası çerçevesinde, temel haklara müdahaleden kaçınacak şekilde bir rota çizmelidir.

Tedbirin uygulanma süresi ile ilgili olarak da belirleme yapılmalıdır. 7/24 izleme yapılması suçlulukla mücadele ve caydırıcılık açısından tercih edilebilir olsa da zaman bakımından aşırılık yasağı ihlal edilmeden düzenlemeye gidilmesi önerilebilir.

Son olarak tedbiri uygulayacak birimin yasal olarak belirtilmesi gereklidir. Zaten Emniyet Genel Müdürlüğü İstanbul Polis Hizmetlerini Geliştirme ve Destekleme Derneği kapsamında faaliyet göstermekte olan sistem; resmi olarak kuralları ve sınırları belli olacak şekilde adli kolluk birimlerince yerine getirilebilir.

Suçla mücadele, suç işlenmesinin önlenmesi, suç şüphelisinin yakalanması, suçla ilgili delil elde edilmesi gibi birçok konuda ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukunda vazgeçilmez olarak görülen ve gerçekten işlevselliği ile muhakeme sürecini kolaylaştıran Mobese sistemleri il ilgili yasal düzenleme yapılması hiç şüphesiz zaruridir. Zira mevcut durumda Mobese izlemelerinin temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşıdığı, meşruluk, süreklilik, ölçülülük, denetlenebilirlik gibi birçok başlık altında sorunlu alanlar yarattığı gerçektir.

Kaynakça

ABANOZ Buket, Kamusal Alanda Kameralı Gözetlemenin Suçun Önlenmesindeki Etkisi ve Elde Edilen Delillerin Hukuka Uygunluğu Sorunu, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018.

[38] KARAKEHYA, Hakan, "Gözetim ve Suçla Mücadele": Gözetimin Tarihsel Gelişimi ile Yakın Dönemde Gerçekleştirilen Hukuki Düzenleme ve Uygulamalar Bağlamında Bir Değerlendirme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c: 58, y: 2009, s. 2.

AYNURAL Ömer Metehan, Soyut Tehlike Bağlamında Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2018.

DOĞAN Koray, MERAKLI Serkan, Trafik Ceza Hukuku, Seçkin Yayınları, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, 2020.

DÜLGER, M. Volkan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014.

ÇOLAK Haluk, TAŞKIN Mustafa, Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara 2007.

İÇER Zafer, DÖNMEZ Elif, "Yüz Tanıma Teknolojilerinin Önleyici Ceza Hukuku Ve Ceza Muhakemesi Süreçlerindeki Kullanımı Ve Sınırları", CHD, Ağustos, 2020, Y.15, S.43, s. 421-461.

KARAKEHYA Hakan, "Gözetim ve Suçla Mücadele": Gözetimin Tarihsel Gelişimi ile Yakın Dönemde Gerçekleştirilen Hukuki Düzenleme ve Uygulamalar Bağlamında Bir Değerlendirme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c: 58, y: 2009.

ÖNOK R. Murat, "Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu (TCK m. 179)", TBB Dergisi 2015, S. 121.

ÖZBEK Veli Özer, Polis Hukuku Ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Temel Haklara Müdahaleler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

ÖZBEK Veli Özer, DOĞAN Koray, BACAKSIZ Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2019.

ÖZBEK Veli Özer DOĞAN Koray, BACAKSIZ Pınar, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınları, 14. Baskı, Ankara, 2019.

ÖZKAN Halid, "Mobese İzleme ve Kayıtlarının Ceza Muhakemesi hukuku Açısından Değerlendirilmesi", Ceza Hukuku Dergisi, C. 11, S.30.

KILIÇARSLAN İSFEN Sibel**,** Alman ve Türk Ceza Hukukunda Trafik Güvenliğini Kasten Tehlikeye Sokma Suçları (AlmCK m.d 315 ila 316 ve TCK md. 179), Ankara, 2013.

SOYER GÜLEÇ Sesim, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Trafik Güvenliğine Karşı İşlenen Suçlar", Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 9, Aralık 2006.

TBK m. 420, II' NİN İŞ UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Arş. Gör. Dr. Alper Tunga Küçük*

Özet

Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri (Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, m. 1, II) iş uyuşmazlıklarının arabuluculuk yolu ile çözülmesi mümkündür. Arabuluculuk faaliyeti sonucu içeriği taraflarca belirlenen anlaşmayı, arabulucu ile taraflar imzalar (HUAK m. 18, I). Arabulucu önünde anlaşmanın gerçekleşmesi, genellikle tarafların karşılıklı tavizler vermeleri yoluyla söz konusu olur. İş uyuşmazlıkları bakımından ise işçi ile işverenin arabulucu önünde anlaşması, çoğunlukla işçinin çeşitli haklarından vazgeçmesi ile mümkün olmaktadır. Bu tebliğin konusunu, işçinin çeşitli haklarından vazgeçmesini içeren anlaşma belgeleri bakımından Türk Borçlar Kanunu m. 420, II hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı oluşturmaktadır. Bu düzenlemeye göre, "*işçinin işverenden alacağına ilişkin ibra sözleşmesinin yazılı olması, ibra tarihi itibarıyla sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az bir aylık sürenin geçmiş bulunması, ibra konusu alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi, ödemenin hak tutarına nazaran noksansız ve banka aracılığıyla yapılması şarttır. Bu unsurları taşımayan ibra sözleşmeleri veya ibraname kesin olarak hükümsüzdür*". Söz konusu düzenlemenin arabuluculuk anlaşma belgeleri bakımından uygulama alanı bulup bulmayacağı konusunda hem öğretide farklı görüşler ileri sürülmüş hem de Yargıtay farklı yönde kararlar vermiştir. Tebliğde Yargıtay'ın konuya dair yakın zamanda gerçekleştirdiği içtihat değişikliği öğretideki farklı görüşler, TBK m. 420, II'nin niteliği, arabuluculuğa hâkim olan ilkeler ve iş hukukunun yapısı ışığında değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk; Arabuluculuk Anlaşma Belgesi; İş Uyuşmazlıkları; Türk Borçlar Kanunu, m. 420, II.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, e-posta adresi: alper.kucuk@istanbul.edu.tr, Orcid No: 0000- 0002-0613-1808.

EVALUATION OF TCO ART. 420, II IN TERMS OF MEDIATION IN LABOR DISPUTES

Abstract

It is possible to resolve labor disputes through mediation, on which the parties can freely dispose (Law on Mediation in Civil Disputes, Art. 1, II). The agreement, the content of which is determined by the parties as a result of the mediation activity, is signed by the mediator and the parties (LMCD, Art. 18, I). The realization of the agreement before the mediator usually occurs through mutual compromises between the parties. In terms of labor disputes, the agreement between the employee and the employer before the mediator is usually possible when the employee renounces her/his various rights. The subject of this paper is whether the Turkish Code of Obligations Art. 420, II will be applied in terms of the mediation settlement agreement that includes the employer's renunciation of various rights. According to this provision, "*the release agreement regarding the employee's receivable from the employer must be in writing the period of at least one month has elapsed starting from the expiry of the release date, the type and amount of the release subject to the release is clearly indicated and the payment is made through the bank without deficiency. Release agreements or releases that do not contain these elements are strictly null and void*". Different opinions have been put forward in the doctrine and the Supreme Court has given different decisions on whether the aforesaid regulation will be applied in terms of mediation settlement agreements. In this paper, the recent change in the jurisprudence of the Supreme Court on the subject has been evaluated in the light of different opinions put forward, the nature of TCO Art. 420, II, the principles that dominate mediation and the structure of labor law.

Key Words: Mediation; Mediation Settlement Agreement; Labor Disputes; Turkish Code of Obligations, Art. 420, II.

Giriş

Kural olarak tarafların iradesi ile gerçekleşen bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olan arabuluculuk faaliyetinin konusu, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği iş ve işlemlere ilişkin özel hukuk uyuşmazlıklarıdır (HUAK[39] m. 1, II)[40]. Arabuluculuk faaliyeti kural olarak iradi olarak (HUAK m. 3, I) gerçekleşse de ülkemizde çeşitli

[39] Kanun'un hazırlık sürecine dair bkz. Pekcanıtez, H. (2007). Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı'nın Tanıtımı. MİHBİR Toplantısı VI, Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir, Ankara, TBB Yayınları, s. 247-264.

[40] Arabuluculuğa dair detaylı bilgi için bkz. Ekmekçi, Ö.; Özekes, M.; Atalı, M. ve Seven, V. (2019). Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk. İstanbul, On İki Levha Yayıncılık; Tanrıver, S. (2020). Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk. Ankara, Yetkin Yayınları, s. 39 vd.; Özbek, M. S. (2016). Alternatif Uyuşmazlık Çözümü. 4. Bs., C. II, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 1179 vd.; Özmumcu, S. (2013). Uzak Doğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış. 3. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 276 vd; Taşpolat Tuğsavul, M. (2012). Türk Hukukunda Arabuluculuk. Ankara, Yetkin Yayınları; Yazıcı Tıktık, Ç. (2013). Arabuluculukta Gizliliğin Korunması. İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.

uyuşmazlıklar bakımından (İşMK m. 3, I; TTK m. 5A, I; TKHK m. 73/A) zorunlu arabuluculuk kabul edilmiştir. Bu uyuşmazlıkların arasında iş hukuku uyuşmazlıklarının bir kısmı da yer alır[41].

Arabuluculuk faaliyeti sonucunda taraflar, bir anlaşmaya varmış olabilirler. Bu durumda taraflar eğer isterlerse yazılı bir anlaşma belgesi düzenlenebilir ve bu belge taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır (HUAK m. 18, I). Arabuluculuk faaliyeti bir iş uyuşmazlığına ilişkinse ve anlaşma belgesinde işçinin alacaklarından vazgeçmesi söz konusu ise bu anlaşmanın geçerliliğinin yürürlükteki hükümlere göre değerlendirilmesi gerekir. Bu noktada TBK m. 420, II karşımıza çıkmaktadır.

Bu bağlamda tebliğde öncelikle TBK m. 420, II ve bu düzenlemenin ne anlama geldiğini ifade edilmiştir. Daha sonra arabuluculuk anlaşma belgesinin geçerliliği bakımından bu hükmün uygulama alanı bulup bulamayacağı öğretideki farklı görüşler ve yargı kararları ışığında değerlendirilmiştir.

I. Genel Olarak TBK m. 420, II

TBK m. 420'nin madde başlığı ceza koşulu ve ibradır. İbra sözleşmesine ilişkin hükümler ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkrada yer almaktadır. Esasında Türk Borçlar Kanunu'nda ibraya ilişkin genel düzenleme m. 132'de yer almaktadır. Bu hükme göre, "*borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile borç, tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabilir*"[42].

İşçi alacakları yönünden ibra ise işvereni borçlarından kurtardığı için iş hukukunda özel bir öneme sahiptir[43]. İşçi, emeği karşılığında almaya hak kazandığı ücret ve diğer parasal hakları ile kendisinin ve ailesinin geçimini sağladığı için herhangi bir haklı neden bulunmaksızın işçinin alacağından vazgeçip işvereni ibra etmesi hayatın olağan akışı ile bağdaşmaz[44]. Bu açıdan, iş hukukunda işçinin korunması ilkesi ve iş sözleşmesinde tarafların eşitsizliği ibranamenin geçerliliği yönünden bazı özel kuralların

[41] İşMK m. 3, I'e 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*". İş uyuşmazlıklarında arabuluculuğun ihtiyari olduğu durumlara örnek olarak ise, iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat davaları ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları ile işçi/işveren ile sendikası arasındaki uyuşmazlıklar gösterilebilir. Yine yönetici/sendika işyeri temsilcisi ile sendika arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar ihtiyari arabuluculuğa tabidir. Arabuluculuğa elverişli olmayan bir diğer deyişle tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği iş uyuşmazlıklara örnek olarak ise, hizmet tespiti davaları, eksik ödenen primlere ilişkin davalar, gösterilebilir. Bu konuda bkz. Ekmekçi; Özekes; Atalı ve Seven, s. 204 vd.

[42] Bu konuda bkz. Oğuzman, M. K. ve Öz, M. T. (2018). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 16. Bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 542 vd. Kılıçoğlu, A. M. (2019). 23. Bs., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Doruk Kitabevi, s. 1062 vd.

[43] Erdoğan, C. ve Tiritoğlu Ersoy, H. H. (2022). İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Anlaşma Belgelerinin Hukuki Niteliğine Dair Değerlendirme. Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, s. 51-90, s. 63.

[44] Şen, M. (2011). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre İş Hukukunda İbra Sözleşmesi. Sicil İş Hukuku Dergisi, No: 24, s. 74-87, s. 75; Erdoğan ve Tiritoğlu Ersoy, s. 63.

varlığını gerektirmiştir[45]. Bu kurallar da hizmet sözleşmeleri için özel olarak düzenlenen TBK m. 420'da yer alır. Maddenin gerekçesinde de işçi haklarının genellikle kişiliğe bağlı bir insan hakkı olmasına ve bu konuları düzenleyen Anayasa hükümlerine (m. 2; m. 49 vd.) vurgu yapılmıştır[46].

Belirtmek gerekir ki 4857 sayılı İş Kanunu'nda ibraya yönelik bir hüküm bulunmadığından TBK m. 420, genel kanun özel kanun ilişkisi kapsamında bu konuda hüküm içermeyen iş kanunları (4857 sayılı İş Kanunu, 853 sayılı Deniz İş Kanunu ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun) bakımından da uygulama alanı bulur[47].

TBK m. 420'nin ikinci fıkrasına göre, "*işçinin işverenden alacağına ilişkin ibra sözleşmesinin yazılı olması, ibra tarihi itibarıyla sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az bir aylık sürenin geçmiş bulunması, ibra konusu alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi, ödemenin hak tutarına nazaran noksansız ve banka aracılığıyla yapılması şarttır. Bu unsurları taşımayan ibra sözleşmeleri veya ibraname kesin olarak hükümsüzdür*"[48].

Her ne kadar hükmün başlığında "*ibra*" ifadesi yer almaktaysa da düzenleme incelendiğinde görüldüğü üzere işçi alacakları yönünden ibraya geçerlilik tanınmamıştır[49]. Zira söz konusu düzenlemede alacağın eksiksiz olarak ödenmesi gerektiği ifade edilmektedir. İşçinin alacağının banka aracılığı ile eksiksiz olarak ödenmesi durumunda borç ifa ile sona erer[50]. İfa ile sona eren borcun yeniden ibra ile sona ermesi mümkün değildir. Bu nedenle düzenlemede "*ibra*" kelimesi bulunsa da iş hukukunda işçilik alacakları yönünden ibranın kabul edilmediğini ifade edilmelidir.

[45] Alpagut, G. (2011). Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri. Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 31, s. 913-959, s. 955; Erdoğan ve Tiritoğlu Ersoy, s. 64.

[46] TBMM Adalet Komisyonu Raporu, Esas No: 1/499 Karar No: 21, 12.1.2009, s. 38 (https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf E. T. 29.07.2022)

[47] Şahin Emir, A. ve Kazmaz Tepe, B. (2018). İş Uyuşmazlıklarına İlişkin İbra Hükmü İçeren Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Arabuluculuğa Elverişlilik Bakımından Değerlendirilmesi. Çalışma ve Toplum Dergisi, 3, s. 1481-1508, s. 1489; Erdoğan ve Tiritoğlu Ersoy, s. 61 ve s. 66; Sarıhan, B. B. (2020). Türk Borçlar Hukukunda Ve İş Hukukunda İbranın Hukuki Boyutu. Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (NEÜHFD), C. 3, S. 1, s. 99-119, s. 111.

[48] Söz konusu düzenlemenin İsviçre Borçlar Kanunu'nun 341. maddesinin 1. Fıkrasının ve Yargıtay'ın ibranameye dair bugüne kadarki içtihadının izlerini taşıdığına dair bkz. Yenisey, K.D. (2014). İş Hukukunun Emredici Yapısı. İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 242.

[49] Ekmekçi; Özekes; Atalı ve Seven, s. 250; Çil, Ş. (2018). İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk ve 7036 Sayılı İ.M.K. Uygulaması Tazminat ve Alacaklarda Hesaplamalar İş Güvencesi. Ankara, Yetkin Yayınları, s. 52; Erdoğan ve Tiritoğlu Ersoy, s. 66; Karakoç, B. (2022). İş Hukukunda İbraname. Terazi Hukuk Dergisi, S. 186, s. 53-63, s. 60.

[50] Süzek, S. (2019). İş Hukuku. 17. Bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 776; Ekmekçi; Özekes; Atalı ve Seven, s. 251; Yenisey, s. 244-245; Odaman, S. (2017). Arabuluculuk Tutanağına İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesine İlişkin Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, Özel Sayı, s. 1753-1766, s. 1763; Bozok, S. (2019). İşe İade Davasında Karar ve Kararın İcrası. İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 107; Karakoç, s. 60; Avcı, E. (2022). Yargıtay Kararları Işığında İbra Sözleşmesine Bir Bakış. Terazi Hukuk Dergisi, S. 185, s. 16-29, s. 26.

II. TBK m. 420, II'nin İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa Yansımasına Dair Öğretide İleri Sürülen Görüşler

İş uyuşmazlıklarında gerçekleşen arabuluculuk faaliyeti sonucunda taraflar arasında işçinin çeşitli haklarından vazgeçtiği bir anlaşma belgesi düzenlenirse, bu anlaşma belgesinin geçerli olup olmayacağı konusunda öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Öğretideki bir görüşe göre, maddi hukuktaki emredici hükümler, arabuluculuk sonucunda varılan anlaşma bakımından bağlayıcı olmaz. Zira arabuluculuk süreci bir yargılama değildir ve arabuluculuk faaliyeti neticesinde varılan anlaşma taraflar arasındaki uyuşmazlığı tamamen sona erdirir[51]. Bu yöndeki görüşlerden ikincisine göre, işçinin alacağı banka yoluyla ödenmiş olmasa da alacağın tamamının ödendiğinin başkaca yazılı delillerle ispat edilmesi durumunda TBK m. 420, II uyarınca ibranın geçersiz olduğunun bir değeri bulunmaz. İşçinin, arabuluculuk anlaşmasında, kıdem ve ihbar tazminatının ödenmesi karşılığında doğmuş diğer haklarından vazgeçtiğine yönelik iradesi geçerlidir[52]. TBK m. 420, II'nin iş uyuşmazlıklarında arabuluculuk faaliyeti sonucu düzenlenen anlaşma belgeleri bakımından geçerli olmayacağına dair diğer bir görüşün gerekçesi ise anlaşma belgesinin ibra sözleşmesi niteliğinde olmamasıdır[53].

Öğretideki diğer bir görüşe göre, arabuluculuk anlaşmaları bakımından TBK m. 420, II yalnızca arabuluculuk anlaşmalarının ibra sözleşmesi niteliğinde olması durumunda bağlayıcıdır[54]. Bu görüşe göre, TBK m. 420, II'nin ibra dışında kalan sözleşmelere de uygulanacağını söylemek, istisna niteliğindeki bir normun, amacını aşacak şekilde yorumlanması sonucunu doğurur[55].

Nihayet diğer bir görüşe göre ise, arabuluculuk faaliyeti sonucu düzenlenen anlaşma belgesinin geçerliliği bakımından TBK m. 420'nin uygulanması gerekir[56]. Bu görüşe göre TBK m. 420 yürürlükte olan emredici bir hükümdür. TBK m. 420'de düzenlenen konu belirli bir isim taşıyan sözleşme değil, işçinin haklarından vazgeçme

---

[51] Canbolat, T.; Ocak, S.; Oğuz, Ö.; Karaca, A.; Bulur, A. ve Koç, E. (2018). İş Hukukunda Arabuluculuk Uzmanlık Eğitimi Kaynak Kitabı, Ankara, s. 11; Çelik, N.; Caniklioğlu, N. ve Canbolat, T. (2019). İş Hukuku Dersleri. 32. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 535-536.

[52] Odaman, s. 1761-1764.

[53] Çil, s. 52; Okur, Z. (2019). Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk. Adana, Karahan Kitabevi, s. 156.

[54] Badur, E. (2021). Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 9, S. 18, s. 49-87, s. 76.

[55] Arabuluculuk anlaşma belgesi ile tarafların sulh, yenileme, ikale veya isimsiz başka bir sözleşme kurmaları durumunda, işçinin işverenden olan alacaklarından feragat ettiği gerekçesiyle, ibra sözleşmesinin bulunduğunun iddia edilmesi borçlar hukuku ilkeleriyle örtüşmez. Bkz. Badur, s. 76.

[56] Ekmekçi; Özekes; Atalı ve Seven, s. 256. Aynı yönde bkz. Mutlay, F. B. (2018). İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk. İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III, Ed. Centel, T., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 23-174, s. 46-52; Şahin Emir ve Kazmaz Tepe, s. 1502 vd.; Bozok, s. 106-108; Elbir, N. (2021). İş Hukukunun Emredici Niteliği Karşısında İşçinin Yasal Haklarından Vazgeçmesi Sonucu Doğuran Uygulamalar Hakkında Bir Değerlendirme. Çalışma ve Toplum DİSK/Birleşik Metal-İş Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 68, S. 1, s. 289-316, s. 307; Kılıç, C. (2020). Bireysel İş Hukukunda Emredicilik İlkesi ve Dava Şartı Olarak Arabuluculuk. Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 129 vd.

yasağıdır[57]. Bu görüşe göre, maddede işçinin alacağının kendisinin vazgeçmesiyle değil, ancak ifa ile sona erebileceğini düzenlenmiştir[58].

III. TBK m. 420, II'nin İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa Yansımasına Dair Yargıtay Uygulaması

Yargıtay'ın iş uyuşmazlıkları bakımından arabuluculuk anlaşma belgelerinde TBK m. 420, II'nin uygulanıp uygulanmayacağına yönelik farklı kararları söz konusudur. Yargıtay 2016 yılında, arabuluculuk anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesinin talep edildiği bir davada, TBK m. 420'nin emredici olduğuna ve ibra niteliğindeki arabuluculuk anlaşma belgesinin, tarih ve içeriği itibari ile arabuluculuğa ve niteliği itibari ile de cebri icraya elverişli olmadığına karar vermiştir[59]. Yargıtay 2019 yılında vermiş olduğu kararlarda da arabuluculuk anlaşma belgesinin geçerliliği bakımından TBK m. 420'nin dikkate alınması gerektiğine hükmetmiştir[60].

Yargıtay 7 Şubat 2022 tarihinde verdiği kararda ise TBK m. 420, II'nin iş uyuşmazlıklarında gerçekleşen arabuluculuk faaliyeti sonucunda düzenlenen arabuluculuk anlaşma belgelerinde uygulanıp uygulanmayacağı konusunda bir içtihat değişikliğine gitmiştir. Söz konusu içtihat değişikliği oldukça dikkat çekicidir. Bu bakımdan tebliğ konusunun ortaya çıkmasına vesile olmuştur. İrade fesadı nedeniyle arabuluculuk son tutanağının ve anlaşma belgesinin geçersiz olduğu ve tutanak ile

[57] Ekmekçi; Özekes; Atalı ve Seven, s. 256. Kanunun sadece arabuluculuğa ilişkin emredici hükümlerine ilişkin değil, anlaşma belgesinin genel olarak kanunların emredici hükümlerine uygun olup olmadığının mahkemece denetlenmesi gerektiği yönünde bkz. Mutlay, s. 48.

[58] Ekmekçi; Özekes; Atalı ve Seven, s. 257.

[59] "[…] *6098 Sayılı TBK'nun bu düzenlemesi emredici niteliktedir. Bu düzenleme nedeni ile işveren ve işçi arasında, işçilik alacakları konusundaki uyuşmazlığa ilişkin arabuluculuk tutanağının düzenlendiği tarih ve ibra beyanının içeriği dikkate alındığında, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri bir zamanda uyuşmazlık konusu olmadan ve işçinin başvurusu bulunmadan ibra niteliğinde arabuluculuk tutanağı düzenlemişlerdir. Alınan bu ibra niteliğindeki tutanak, tarih ve içeriği itibari ile arabuluculuğa ve niteliği itibari ile de cebri icraya elverişli değildir* […]", Y. 9. HD, E. 2016/25300, K. 2016/21744, T. 08.12.2016 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, E.T: 10.06.2022). Kararın detaylı eleştirisi için bkz. Odaman, s. 1753-1766. Kararın arabuluculuğa elverişlilik ve icra edilebilirlik şerhi incelemesinin sınırları bakımından eleştirisi için bkz. Erdoğan, E. ve Cömert, B. (2018). Arabuluculuk Sonunda Hazırlanan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği ve Anlaşma Belgesine Karşı Başvurulabilecek Hukuki Çareler. Terazi Hukuk Dergisi, C. 13, S. 138, s. 27-47. Ayrıca bkz. Özekes M. ve Atalı, M. (2018). 7036 sayılı Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Eleştiri, Değerlendirme ve Öneriler. Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul Üniversitesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi, İstanbul/23 Aralık 2017, Yayına Hazırlayanlar. Ekmekçi, Ö. vd., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 42-122, s. 107 vd.; Özekes, Ö. (2018). İşe İade Taleplerinde Dava Şartı Olan (Zorunlu) Arabuluculuk. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 138, s. 273-316, s. 307-308 ve 308 dn. 49. Kararın yerinde olduğuna dair bkz. Köme Akpulat, A. (2018). İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri. İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 397 vd.

[60] "[...] *sadece kıdem tazminatı ödenmesi öngörüldüğü halde diğer tazminat ve işçilik alacakları bakımından hakkın gerçekleşmediği veya karşılığının zamanında tam olarak ödendiği şeklinde sözcüklere yer verilerek Türk Borçlar Kanunu'nun 420. maddesinde aykırı şekilde ibra etkisi kazandırılmaya çalışıldığı, kıdem tazminatı dışındaki tazminat ve alacaklarla ilgili olarak delil oluşturma ve dava açma yasağı oluşturma yönünde çaba içine girildiği anlaşılmaktadır* […]", Y. 9. HD, E. 2019/3694 K. 2019/13040 T. 11.6.2019 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, E.T: 10.06.2022; ayrıca bkz. Badur, s. 76). Aynı yöndeki kararlar için bkz. Y. 9. HD., E. 2019/3695 K. 2019/13041 T. 11.6.2019; Y. 9. HD., E. 2019/3696 K. 2019/13042 T. 11.6.2019; 9. HD., E. 2019/3697 K. 2019/13043 T. 11.6.2019; 9. HD., E. 2019/3698 K. 2019/13044 T. 11.6.2019 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, E.T: 10.06.2022). Bu yöndeki bölge adliye mahkemesi kararları için bkz. İzmir BAM 9. HD, E. 2019/2343, K. 2019/1223, T. 21.10.2019 (Badur, s. 77); İstanbul BAM, 28. HD., E. 2021/2750 K. 2021/1861 T. 20.10.2021 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, E.T: 10.06.2022).

anlaşma belgesinin iptalinin talep edildiği davada, Yargıtay şu şekilde karar vermiştir: "*Mahkemece, arabulucu önünde yapılan anlaşmanın ibra niteliğinde olduğu, ibraya ilişkin hükmün emredici nitelikte bulunduğu ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 1. maddesi uyarınca tarafların ancak üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konuda arabulucuya gidebilecekleri hususun düzenlendiği, ibra niteliğinde belge üzerinde tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri bir durum söz konusu olmadığı, gerekçesiyle dava kabul edilmiştir. Arabulucu önünde yapılan anlaşmada ibraya ilişkin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 420. maddesinin uygulanması mümkün değildir. Aksi kabulde arabulucu önünde tarafların anlaşması imkansız hale gelir. Nitekim 6325 sayılı Kanunun 18/5 madde hükmünde arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılamayacağı öngörülmüş olup, buna göre ibraya ilişkin düzenlemelerden hareketle arabuluculuk anlaşma tutanağının geçerliliği değerlendirilemez*"[61].

Görüldüğü üzere Yargıtay, arabuluculuk anlaşma belgesi bakımından TBK m. 420'nin uygulanmayacağına hükmetmiştir. Buna dayanak olarak da bu maddenin uygulanması hâlinde arabuluculuğun imkânsız hale geleceğini ve HUAK m. 18, V'te yer alan tarafların üzerinde anlaşılan hususlar hakkında dava açılamayacağına ilişkin düzenlemeyi göstermiştir.

IV. Değerlendirme ve Sonuç

Yargıtay'ın arabuluculuk anlaşma belgesi bakımından TBK m. 420'nin uygulanmayacağı şeklindeki içtihat değişikliği değerlendirilirken öncelikle vurgulanması gereken husus, bu hükmün emredici niteliğidir. TBK m. 420 ile kanun koyucunun amaçladığı, işçinin emredici düzenlemelerle korunan haklarından vazgeçmesinin önüne geçmektir[62]. Hükmün gerekçesinde de işçilik haklarının Anayasal değerine ve bu hakların korunmasının önemine vurgu yapılmıştır. İşçinin işverene göre daha zayıf konumda olması nedeniyle emredici hükümlerle sözleşme serbestisi sınırlanmıştır[63].

TBK m. 420, II, işçilik alacakları yönünden ibrayı tamamen yasaklaması ve sözleşme serbestisini dengesiz şekilde ortadan kaldırdığı yönünden eleştirilebilir. Nitekim öğretide bu hükmün asgari bir koruma sağlamayan haklar yönünden tarafların sözleşme serbestisi çevresinde düzenlemeler yapmasına izin verecek şekilde

[61] "*Her ne kadar Dairemizin 11.09.2019 tarihli ve 3694-13040 sayılı ilamında arabuluculuk anlaşma tutanağı ibra hükümleri çerçevesinde değerlendirilmiş ise de, Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu'nun 07.07.2020 tarih ve 173 sayılı kararı ile aynı uyuşmazlıkların temyiz incelemesini yapmakla görevli 22. Hukuk Dairesinin kapatılması ve tüm işlerinin Dairemize devredilmesi üzerine yeniden yapılan değerlendirmede yukarıda belirtilen sonuca varılmıştır* […]" Y. 9. HD., E. 2022/436 K. 2022/1380 T. 07.02.2022 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, E.T: 10.06.2022).

[62] Aynı yönde bkz. Kılıç, s. 128.

[63] Kanun koyucunun TBK m. 132'den farklı olarak düzenlediği TBK m. 420'deki şartların işçiyi koruma ilkesine uygun hareket etmek isteği içinde olduğunu gösterdiği yönünde bkz. Karakoç, s. 57.

değiştirilmesinin yerinde olacağı ifade edilmektedir[64]. Kanaatimizce de maddede bu yönde bir değişiklik yapılması yerinde olacaktır.

Öte yandan yürürlükteki hukuk bakımından TBK m. 420, II'nin uygulanmaması için bir sebep yoktur[65]. Tarafların emredici hükümlere aykırı olarak sözleşme kurması mümkün değilken borçlar hukuku açısından başlıca niteliği, tarafları bağlayan bir maddi hukuk sözleşmesi olan[66] arabuluculuk anlaşma belgesinin emredici hükümlere aykırı olması kabul edilemez[67]. Yargıtay'ın bu içtihat değişikliği, TBK m. 420, II'ye aykırı şekilde gerçekleşen arabuluculuk uygulamasına bir dayanak oluşturması bakımından endişe vericidir. İşçinin haklarından vazgeçtiği arabuluculuk anlaşma belgeleri, TBK m. 420, II hükmünün dolanılması[68] anlamına gelir. Arabuluculuk, tarafların eşitliği[69] varsayımından ve sözleşme serbestisi anlayışından hareket eden bir kurumdur. Bu anlayış her ne kadar borçlar hukukuna yakın bir anlayışsa da iş hukukuna yabancıdır[70]. İş hukukunun ortaya çıkış amacı, sosyal devlet ve zayıf konumda bulunan işçinin korunması ihtiyacı olup iş hukuku hükümleri emredici bir yapıya sahiptir[71]. İşçi ve işveren, özel hukuk sözleşmesi tarafları gibi eşit konumda bulunmadığından iş hukukunda sözleşme serbestisi daha dardır[72].

Belirtmek gerekir ki TBK m. 420, II hükmü, yalnızca anlaşma belgesinin adının ibra sözleşmesi olduğu durumda değil, işçinin alacağından vazgeçtiği her anlaşma belgesinde uygulanmalıdır[73]. Temelinde bir maddi hukuk sözleşmesi olan arabuluculuk anlaşma belgesini tarafların nasıl isimlendirdiği bir önem taşımaz[74].

[64] Yenisey, s. 246-247. Aynı yönde bkz. Kılıç, s. 129.
[65] Öğretide bu konuda ileri sürülen ve bizim de katıldığımız görüşe göre, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda, iş mevzuatının emredici niteliğinin ortadan kaldırıldığına ilişkin bir hüküm olmadığı gibi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 32. maddesinin ve Türk Borçlar Kanunu'nun 420. maddesinin yürürlükten kaldırıldığına ilişkin bir hüküm de yer almamaktadır. Ayrıca HUAK m.18, V'in TBK m. 420 ve İşK m. 32'yi zımnen yürürlükten kaldırmış olma şartları da mevcut değildir. Öte yandan konuya ilişkin uygulanacak özel hüküm, HUAK m.18, V değil, işçinin haklarından vazgeçemeyeceğini düzenleyen TBK m. 420 ve işçinin haklarının tam olarak ödeneceğini düzenleyen İşK m. 32'dir. Bkz. Ekmekçi; Özekes; Atalı ve Seven, s. 253.
[66] Bu konu ve bu yöndeki görüşler için bkz. Badur, s. 67.
[67] Sözleşmeyle değiştirilmesi mümkün olmayan hükümlerin, arabuluculuk faaliyeti sonucu varılan anlaşma ile de değiştirilmesinin mümkün olmadığı yönünde bkz. Kar, B. (2017). İş Güvencesi ve Uygulaması. 3. Bs., Ankara, Yetkin Yayınları, s. 368.
[68] Kanunun dolanılmasına (kanuna karşı hile) dair bkz. Topçuoğlu, H. (1950). Kanuna Karşı Hile (Kanundan Kaçınma Yolları). İzmit, Selüloz Basımevi; Kaşak, F. E. (2019), Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 337 ve 346 vd.
[69] HUAK m. 3, II'ye göre, "*Taraflar, gerek arabulucuya başvururken gerekse tüm süreç boyunca eşit haklara sahiptirler*".
[70] Ekmekçi; Özekes; Atalı ve Seven, s. 114. Aynı yönde bkz. Kılıç, s. 126. Öğretideki bir görüşe göre, arabuluculukta mevcut olan eşitlik ilkesinin zorunlu arabuluculuk bakımından yeniden değerlendirilmesi gerekir. Bu durumun sebebi, arabuluculuğa başvuru zorunluluğu, anlaşmaya varılan hususlarda bir daha dava açılamaması ve iş hukukunun kendine özgü yapısıdır. Bkz. Albayrak, H. (2018). Eşitlik Ve Tarafsızlık İlkelerinin Zorunlu Arabuluculuk Bağlamında Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu. Gaziantep University Journal of Social Sciences, 17 Etik Özel Sayı, s. 12-24, s. 22-24.
[71] Süzek, s. 14-15; Ekmekçi; Özekes; Atalı ve Seven, s. 247; Elbir, s. 290.
[72] Ekmekçi; Özekes; Atalı ve Seven, s. 247; Doğan Yenisey, s. 9; Köme Akpulat, s. 416; Elbir, s. 290.
[73] Bu yöndeki görüş için bkz. yuk. II.
[74] Bu yöndeki görüş için bkz. yuk. II.

Yargıtay'ın TBK m. 420'nin, arabuluculuğun uygulamasını imkânsız hale getireceği yolundaki varsayımı da tartışmaya açıktır. Arabuluculuk, tarafların karşılıklı tavizler vererek uyuşmazlığa bir çözüm buldukları alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Ancak bu tavizlerin her durumda karşılıklı olması şart değildir. Teknik olarak taraflardan yalnızca birinin fedakârlık yapması mümkündür. Bu bağlamda işverenin işçilik alacaklarını arabuluculuk görüşmeleri neticesinde ödemesi, uzun yıllar sürebilecek bir yargılama neticesinde ödemesinden ekonomik anlamda daha avantajlı olabilir. Zira bu şekilde faiz, yargılama giderleri, vekâlet ücreti gibi ödemeler söz konusu olmayacaktır. Ayrıca iş hukukunda arabuluculuk uygulaması yalnızca işçi alacakları bakımından söz konusu değildir. İşveren alacakları yönünden TBK m. 420'de bir engel olmadığından arabuluculuk faaliyeti mümkündür.

Yargıtay'ın iş uyuşmazlıklarında TBK m. 420'nin uygulanmayacağına dair ikinci gerekçesi ise HUAK m. 18, V'te yer alan "*arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılamayacağına*" dair hükümdür. Bu düzenleme öğretide oldukça eleştirilmektedir. Yargıtay'ın irade bozukluğu nedeniyle açılan bir davada bu hükmü dayanak göstermesi yerinde olmamıştır. Zira bu düzenleme tüm davaları kapsamaz. İrade bozukluğu veya gabin hâlinde anlaşma belgesinin iptali için dava açılabilir[75]. Yine anlaşma belgesinin kesin hükümsüzlüğüne dayanan davalar da bu madde kapsamında değildir[76]. Bu bağlamda ehliyetsizlik, emredici hükümlere aykırılık, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırılık gibi durumlarda kesin hükümsüzlüğün tespiti için dava açılması mümkündür[77]. TBK m. 420, II de emredici bir hüküm olduğundan bu hükme aykırılığın tespiti için dava açılabilir. Yukarıda ifade edilen gerekçelerle kanaatimizce Yargıtay'ın söz konusu içtihat değişikliği isabetli olmamıştır.

Kaynakça

Akkan, M. (2018). Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 2, s. 1-31.

Albayrak, H. (2018). Eşitlik Ve Tarafsızlık İlkelerinin Zorunlu Arabuluculuk Bağlamında Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu. Gaziantep University Journal of Social Sciences, 17 Etik Özel Sayı, s. 12-24.

[75] Ekmekçi; Özekes; Atalı ve Seven, s. 114; Akkan, M. (2018). Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 2, s. 1-31, s. 22; Odaman, s. 1762; Erdoğan ve Cömert, s. 42. Dava açılamaz şeklindeki hükmün hak arama özgürlüğüne aykırı olduğu ve konunun maddi hukuk yönünden içeriğinin denetlenebilmesi için dava açılabilmesi gerektiği yönünde bkz. Özekes, s. 309. Ayrıca bkz. Kıyak, E. (2019). Tarafları Bağlayıcı Arabuluculuk Anlaşmalarının Hukuki Niteliği ve Dava Açma Yasağı Etkisi Üzerine Düşünceler. Lexpera Blog, 2.2.

[76] HUAK m. 18, V'in akde aykırılık iddialarını da kapsayacak şekilde değerlendirilemeyeceği yönünde bkz. Badur, s. 81.

[77] Akkan, s. 22.

Alpagut, G. (2011). Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı. Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 31, s. 913-959.

Avcı, E. (2022). Yargıtay Kararları Işığında İbra Sözleşmesine Bir Bakış. Terazi Hukuk Dergisi, S. 185, s. 16-29.

Badur, E. (2021). Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 9, S. 18, s. 49-87.

Bozok, S. (2019). İşe İade Davasında Karar ve Kararın İcrası. İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.

Çelik, N.; Caniklioğlu, N. ve Canbolat, T. (2019), İş Hukuku Dersleri. 32. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık.

Canbolat, T.; Ocak, S.; Oğuz, Ö.; Karaca, A.; Bulur, A. ve Koç, E. (2018). İş Hukukunda Arabuluculuk Uzmanlık Eğitimi Kaynak Kitabı. Ankara.

Çil, Ş. (2018). İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk ve 7036 Sayılı İ.M.K. Uygulaması Tazminat ve Alacaklarda Hesaplamalar İş Güvencesi. Ankara, Yetkin Yayınları.

Ekmekçi, Ö.; Özekes, M.; Atalı, M. ve Seven, V. (2019). Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk. İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.

Elbir, N. (2021). İş Hukukunun Emredici Niteliği Karşısında İşçinin Yasal Haklarından Vazgeçmesi Sonucu Doğuran Uygulamalar Hakkında Bir Değerlendirme. Çalışma ve Toplum DİSK/Birleşik Metal-İş Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 68, S. 1, s. 289-316.

Erdoğan, C. ve Tiritoğlu Ersoy, H. H. (2022). İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Anlaşma Belgelerinin Hukuki Niteliğine Dair Değerlendirme. Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, s. 51-90.

Erdoğan, E. ve Cömert, B. (2018). Arabuluculuk Sonunda Hazırlanan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği ve Anlaşma Belgesine Karşı Başvurulabilecek Hukuki Çareler. Terazi Hukuk Dergisi, C. 13, S. 138, s. 27-47.

Kar, B. (2017). İş Güvencesi ve Uygulaması. 3. Bs., Ankara, Yetkin Yayınları.

Karakoç, B. (2022). İş Hukukunda İbraname. Terazi Hukuk Dergisi, S. 186, s. 53-63.

Kaşak, F. E. (2019). Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık. İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.

Kılıç, C. (2020). Bireysel İş Hukukunda Emredicilik İlkesi ve Dava Şartı Olarak Arabuluculuk. Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

Kılıçoğlu, A. M. (2019). Borçlar Hukuku Genel Hükümler. 23. Bs., Ankara, Doruk Kitabevi.

Kıyak, E. (2019). Tarafları Bağlayıcı Arabuluculuk Anlaşmalarının Hukuki Niteliği ve Dava Açma Yasağı Etkisi Üzerine Düşünceler. Lexpera Blog.

Köme Akpulat, A. (2018). İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikler. İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.

Mutlay, F. B. (2018). İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk. İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III, Ed. Centel, T., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 23-174.

Odaman, S. (2017). Arabuluculuk Tutanağına İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesine İlişkin Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, Özel Sayı, s. 1753-1766.

Oğuzman, M. K. ve Öz, M. T. (2018). Borçlar Hukuku Genel Hükümler. C. 1, 16. Bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Okur, Z. (2019). Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk. Adana, Karahan Kitabevi.

Özbek, M. S. (2016). Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 4. Bs., C. II, Ankara, Yetkin Yayınları.

Özekes M. ve Atalı, M. (2018). 7036 sayılı Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Eleştiri, Değerlendirme ve Öneriler. Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul Üniversitesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi, İstanbul/23 Aralık 2017, Yayına Hazırlayanlar. Ekmekçi, Ö. vd., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 42-122.

Özekes, Ö. (2018). İşe İade Taleplerinde Dava Şartı Olan (Zorunlu) Arabuluculuk. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 138, s. 273-316.

Özmumcu, S. (2013). Uzak Doğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış. 3. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.

Pekcanıtez, H. (2007). Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı'nın Tanıtımı. MİHBİR Toplantısı VI, Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir, Ankara, TBB Yayınları, s. 247-264.

Sarıhan, B. B. (2020). Türk Borçlar Hukukunda Ve İş Hukukunda İbranın Hukuki Boyutu. Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (NEÜHFD), C. 3, S. 1, s. 99-119.

Süzek, S. (2019). İş Hukuku, 17. Bs., İstanbul, Beta Yayıncılık.

Şahin Emir, A. ve Kazmaz Tepe, B. (2018). İş Uyuşmazlıklarına İlişkin İbra Hükmü İçeren Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Arabuluculuğa Elverişlilik Bakımından Değerlendirilmesi. Çalışma ve Toplum Dergisi, 3, s. 1481-1508.

Şen, M. (2011). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre İş Hukukunda İbra Sözleşmesi. Sicil İş Hukuku Dergisi, No: 24, s. 74-87.

Tanrıver, S. (2020). Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk. Ankara, Yetkin Yayınları.

Taşpolat Tuğsavul, M. (2012). Türk Hukukunda Arabuluculuk. Ankara, Yetkin Yayınları.

Topçuoğlu, H. (1950). Kanuna Karşı Hile (Kanundan Kaçınma Yolları). İzmit, Selüloz Basımevi.

Yazıcı Tıktık, Ç. (2013). Arabuluculukta Gizliliğin Korunması. İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.

Yenisey, K. D. (2014). İş Hukukunun Emredici Yapısı. İstanbul, Beta Yayıncılık.

HUKUK MÜCADELESİNDE ÖRNEK BİR DAVA VEKİLİ: TAKİYÜDDİN BEY

Feride TURAN,* Şeyma Nur İLHAN, Şevval ARSLAN*****[1]

Özet

Tanzimat Döneminde yapılan hukuki düzenlemelerle kurumsallaşma süreci başlayan avukatlık, demokratik hukuk devletinin ön koşulu olan yargının kurucu unsurlarındandır ve savunmanın temsilcisi konumundadır. Savunma yapan kimsenin ismi belirli tarihlerde değişmekle birlikte esasında hepsi 1875 yılında temelleri atılmış olan dava vekilini temsil etmektedir. Araştırmamızın amacı Osmanlı Dönemi'nde dava vekilliğinin tanımı içinde mücadeleci yönüyle bir döneme damgasını vurmuş Mehmet Ali Takiyüddin Bey'in topluma yön veren hukuk mücadelesini gün ışığına çıkararak hukuk tarihine ve avukatlık vizyonuna tamamlayıcı bilgi ve bulgular sunmaktır. *"Mekteb-i hukukdan aliyyül a'lâ derecede mezun, birinci sınıf dava vekili"* olan Takiyüddin Bey hem hukukçu kimliği hem de kalemiyle toplumun gündemini belirlemiştir. 1911-1912 yıllarında Eskişehir'de çıkan Hakikat Anadolu Sesleri gazetesinin yazarı ve bir dönem mesul müdürüdür. Araştırmamızda söz konusu gazetenin 237 sayısı taranarak Takiyüddin Bey'in yazıları ve hakkında çıkan haberler içerik analizine tabi tutulmuştur. Buna göre Eskişehir'de *"eski hükümet civarı"* şeklinde tarif ettiği yazıhanesinde *"fukara ve menâfi-i umumiyeye ait"*, her tür rapor ve dilekçeyi ücretsiz düzenlemiş ve ücretsiz takip etmiştir. "Maarifin kölesi" olduğunu vurgulayan söz konusu gazetenin söz kılıcı keskin yazarlarından biri olan Dava Vekili Takiyüddin Bey; eğitimde şiddet suçuna kademeli cezaya başvurulmadan meslekten men cezasının verilmesi ve şiddete eğilimli kişilerin bir daha eğitim alanında istihdam edilmemesi gerektiğini savunmaktadır. Yazılarında şiddet, rüşvet gibi suçların yanı sıra şehir ve çevre sorunlarını ele alan, siyasi gündemi değerlendiren Takiyüddin Bey, Anadolu'nun acı hakikatinin sesi olmuştur. Haberlerde ise onun davalarına dair önemli bulgulara ulaşılmıştır. 1917'de Eskişehir sancağı genel meclis üyesi olarak karşımıza çıkan Takiyüddin Bey; sadece dönemine değil esasında günümüze de bir vizyon sunan faaliyetleriyle tanınması ve akademik literatüre girmesi gereken bir şahsiyettir. Nitekim temel insan hakları arasında yer alan hak arama özgürlüğü ve buna bağlı olarak savunmanın temsilcisi avukatlık meslek ahlakının korunmasında ve mesleğin sorunlarına çözüm üretilmesinde rol model şahsiyetler bir ufuk çizmektedir.

Anahtar Kelimeler: Hukuk, Dava Vekili, Hakikat Anadolu Sesleri Gazetesi, Takiyüddin Bey

[1] *Uzman Öğrt., Eskişehir Salih Zeki Anadolu Lisesi
**Öğrenci, Eskişehir Salih Zeki Anadolu Lisesi
***Öğrenci, Eskişehir Salih Zeki Anadolu Lisesi

AN EXEMPLARY CASE ATTORNEY IN THE LEGAL STRUGGLE: Mr. TAKIYUDDIN

Abstract

The legal profession, which started the institutionalization process with the legal regulations made during the Tanzimat Period, is one of the founding elements of the judiciary, which is a prerequisite of the democratic rule of law, and is a representative of the defense. Although the name of the person defending has changed on certain dates, in fact they all represent the trial attorney whose foundations were laid in 1875. The aim of our research is to bring to light the legal struggle of Mehmet Ali Takiyuddin Bey, who marked a period in the definition of litigation attorney in the Ottoman Period with his combative aspect, and to provide complementary information and findings to the history of law and the vision of advocacy by bringing to light the legal struggle that guides society. Takiyuddin Bey, who is a "first-class case attorney with a high degree from the Law School", has determined the agenda of the society with both his identity as a lawyer and his pen. In 1911-1912, he was the author of the newspaper "Voices of Truth Anatolia" published in Eskişehir and was its responsible director for one period. In our research, the 237 issues of the newspaper in question were scanned and the articles of Mr. Takiyuddin and the news about him were subjected to content analysis. Accordingly, he organized all kinds of reports and petitions of law and public interest and followed them for free in his office, which was near the old government building in Eskişehir. Deputy Prosecutor Takiyuddin Bey, whose pen was mightier than his sword was the author of the mentioned newspaper and had emphasized that he was slave of education; he argued that the punishment of being banned from the profession should be given without resorting to gradual punishment for a violent crime in education, and that people prone to violence should not be employed in the field of education. Takiyuddin Bey, who addressed city and environmental problems as well as crimes such as violence and bribery in his writings, evaluated the political agenda and had been the voice of the bitter truth of Anatolia. On the other hand, important findings about his cases have been reached in the news. Takiyuddin Bey, who appeared as a member of the general assembly of the Eskişehir sanjak in 1917; is a person who should be recognized for his activities that offer a vision not only for his era, but also for the present, and should enter the academic literature. As a matter of fact, the freedom to seek rights, which is among the basic human rights, and accordingly the representative of defense, are role-model personalities in protecting the decency of the attorneyship profession and generate solutions to the problems of the profession, Dec a horizon.

Keywords: Law, Lawyer, Hakikat-Anadolu Sesleri Newspaper, Mr. Takiyuddin

1. GİRİŞ

Hukukun tanımına yönelik tarih boyunca pek çok teori üretilmiştir. Bu teorik çalışmalar genel olarak iki gruba ayrıldığında birinci grubun “hukukun kesinliği, toplumsal barış ve düzen” kavramları üzerinde yoğunlaştığı, ikinci grubun ise “hukukun amacını bazı toplumsal çıkarların ya da değerlerin gerçekleştirilmesi” olarak gördüğü söylenebilir. Esasında hukukun “ne olduğu” ve “nasıl olması gerektiği” sorusuna verilen cevaplar tarihî bir süreçte kültürel gelişmeyle, yeni gereksinimlerle birlikte değişerek gelişmektedir. Keza hukuk tanımlarının bütünü bir kitapta toplanmaya çalışılsa ve her tanım için üç satır ayrılsa bile, birkaç bin sayfalık bir yapıt meydana gelecektir (Işıktaç, 1998).

"Hak" kelimesinin çoğulu olan "hukuk"; sözlükte *"hakikatler; kanunların verdiği haklar; hâkim ve avukat yetiştiren mektep"* anlamlarına gelmektedir (Devellioğlu, 2017: 435). Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığının Hukuk Sözlüğü'nde yer alan tanıma göre de hukuk *"İçtimai hayat nizamının muhafaza ve idamesi için cemiyet azası sıfatıyla fertlerle fertler veya cemiyetle -yani devletle- fertler, yahut muhtelif devletler arasındaki münasebetleri tanzim eden usul ve kaidelerdir."* Aynı sözlükte hak; *"hukuk düzeni tarafından şahıslara tanınmış olan yetkilerdir"* şeklinde tanımlanmıştır (https://sozluk.adalet.gov.tr). Buna göre hak kelimesi hukuk kelimesinin kökü olduğu kadar hukuk kavramının da temel ögesi konumundadır. Hukukun sağlıklı bir şekilde hayata geçmesi doğal olarak hak arama özgürlüğü ve savunma hakkının hayata geçmesine bağlıdır. Nitekim savunma hakkı *"insanın en kutsi hakkı"*dır (Türk Hukuk Lûgati, 1991:251). Savunmanın temsilcisi konumundaki avukatlık ise demokratik hukuk devletinin ön koşulu olan yargının kurucu unsurlarındandır.

Türk hukuk tarihine baktığımızda bugünkü anlamıyla avukatlık mesleğinin zemininin birçok alanda Osmanlı Devleti için bir dönüm noktası olan Tanzimat Dönemi'yle birlikte oluşturulmaya başlandığını görüyoruz. Tanzimat'tan önce avukatlık mesleğini karşılamamakla birlikte arzuhalciler, iş yoğunluğundan mahkemeye gelemeyen kişilere vekalet eden muhzırlar, mahkemelerde iş takibi yapan ayak kavafları ya da kâğıt kavafları, müzevvirler gibi genellikle hukuk eğitimi almamış hatta bir kısmı okuma yazma dahi bilmeyen kişiler karşımıza çıkmaktadır; böyle bir durumda hâliyle dava vekilliği ve onun kurumsallaşmasından bahsedilemez (Karabulut, 2013; Artukoğlu, 2019: 52-59). Kurumsallaşma süreci 1875 Mehâkim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname’nin çıkartılması ile başlamıştır. Bundan sonraki süreçte mesleğin düzen ve güveni için bir standart getirilmek amacıyla bir dizi yeni hamleler yapılmış, ayrıca hukuk eğitimine başlanmıştır (Öztürk, 2017: 134). Hukuk eğitimine yönelik mektep kurma teşebbüsleri içerisinde sürdürülebilir ve kurumsal olarak iyi planlanmış düzenli bir mektep arayışından doğan ve 1880'de eğitime başlayan Mekteb-i Hukuk ise uzun yıllar alanında ihtiyacı karşılayan tek mekteptir (Yörük, 2008: 185).

Söz konusu Nizamname'nin 30. maddesinde kurulması öngörülen İstanbul Barosu ise 5 Nisan 1878'de ilk toplantısını yapmıştır. Bu ilk Osmanlı barosuna kayıtlı 62 üyenin 11'i Müslüman, 11'i Rum; birkaçı Rus, İngiliz, Fransız ve İtalyan; geri kalanı ise Ermeni'dir. 11 Müslüman'dan ise kaçının Türk olduğu hususunda herhangi bir bilgi yoktur. Esasında Osmanlı Devleti'nde ilk baronun 1870'te Fransız uyruklu Louis Amiable tarafından kurulduğu, 33 üyeden 28'inin İngiliz, Fransız, İtalyan, Avusturyalı, Belçikalı, Yunan ve Rus üyelerden oluştuğu; sadece 5 üyenin Osmanlı tebaası olduğu, bunların da hiçbirinin Türk olmadığı aktarılmaktadır (Durhan, 2004; Artukoğlu, 2019: 89-90).

Bir meslek olarak önem kazanmaya başlayan dava vekilliği mesleğinin isimlendirmesinde avukat ifadesini ilk gördüğümüz kanun metni ise Rumeli Şarki vilayeti için 1884'te çıkarılan "Dava Vekilleri Hakkında Rumeli-i Şarkiye Mahsus Kanun-ı Vilayet"tir (Özkorkut, 2003). Cumhuriyet'in ilanından sonra ise "koruma, avukatlık etme" anlamına gelen "muhâmî" ifadesi benimsenerek 3 Nisan 1924 tarihinde Muhamat Kanunu ile avukatlık artık kamu hizmeti gören ve bağımsız bir meslek hâline gelmiştir. 1926 yılında kabul edilen 708 sayılı Kanun'da ise "avukat" kelimesine geçilmiştir (Karabulut, 2013). Bunlara ek olarak Türk Hukuk Lügati'nde avukatlık kelimesinin Türkçeye ilk defa dava vekili olarak tercüme edildiği bilgisi yer almaktadır (Türk Hukuk Lûgati, 1991: 64).

Araştırmamızın konusu Osmanlı Dönemi'nde dava vekilliğinin tanımı içinde mücadeleci yönüyle bir döneme damgasını vurmuş ve *"Mekteb-i hukukdan aliyyül a'lâ derecede mezun, birinci sınıf dava vekili"* olan Mehmed Ali Takiyüddin Bey'dir. Takiyüddin Bey 1911-1912 yıllarında Eskişehir'de çıkan Hakikat Anadolu Sesleri gazetesinin yazarı ve bir dönem mesul müdürüdür. Gazete, yayınlandığı yıllar itibarıyla kritik bir dönemi kapsamaktadır. Nitekim 1912'de Türk siyasi hayatında "sopalı ve dayaklı seçimler" olarak tarihe geçen genel seçim yapılmıştır (Öngüç, 2021).

Araştırmamızın amacı hem hukukçu hem de gazeteci kimliğiyle toplumun gündemini belirlemiş Takiyüddin Bey'in topluma yön veren hukuk mücadelesini gün ışığına çıkararak hukuk tarihine ve avukatlık vizyonuna tamamlayıcı bilgi ve bulgular sunmaktır. Ayrıca Takiyüddin Bey'in yazarı ve bir dönem mesul müdürü olduğu söz konusu gazeteye ve yayın politikasına dair de tarama yapılarak hem Takiyüddin Bey'in gazetecilik yönü ve hem de gazete hakkında daha fazla bilgiye ulaşmak amaçlanmıştır.

"Hakikat Anadolu Sesleri" gazetesi ve Takiyüddin Bey hakkında Yüksek Öğretim Kurulu Başkanlığı Tez Merkezi veri tabanında önceden yapılmış bir çalışmaya ya da başka bir akademik çalışmaya rastlamadık. Bu durum, çalışmamızın güçlüklerinden birini oluşturmaktadır. Ancak gazetenin künyesine dair bilgilerin yer aldığı bazı makalelere ulaştık (Varlık, 2003; Koylu, 2008; Uçak ve Erkal, 2019). Yine gazetenin farklı alan ve disiplinlerde içerik analizine dair makale ve bildiriler bulunmaktadır (Sarı, 2020; Turan ve Tapmaz ve Sözsöy, 2017; Turan ve Yalçın, 2018; Turan ve Aydın, 2020). Bunların dışında akademik literatürde yer almasa da farklı konularda gazetenin içerik analizine tabi

tutulduğu yazılar da mevcuttur. Bunlar Feride Turan'ın aylık şehir dergisi Eskişehir.Net'te şehir tarihi kapsamında yayınlanan 14 araştırma yazısı ve 2587-2435 ISSN'li Edebiyat Dünyamız internet yayınında Tarih Gezgini köşesinde bulunan 5 adet yazıdır (https://www.edebiyatdunyamiz.com/index.php/makaleler/tarih-gezgini).

2. YÖNTEM

Araştırmamız nitel olup tarama modelindedir. Çalışmamızın evrenini gazetenin elimizde bulunan 237 sayısı oluşturmaktadır. 1911-1912 yıllarında Eskişehir'de yayımlanan Hakikat-Anadolu Sesleri gazetesi toplamda 240 sayıdır. Ancak 42, 43, 83. sayıları gazetenin elimizde bulunan tıpkıbasımı ve çevrimyazısında bulunmamaktır. Bunun nedeni olarak, kitapta kütüphane koleksiyonlarında bulunmadığı bilgisi verilmiştir. Örneklem ise amaçlı örnekleme yöntemi kullanılarak tarama sonucu tespit edilmiş Takiyüddün imzalı 38 yazı ve Takiyüddün Bey'le, onun davalarıyla ilintili toplamda 83 haber, yazı, ilandır. Çalışmamızda tespit edilen toplamda 121 metin tasniflendirilerek içerik analizine tabi tutulmuştur. Bunların dışında Takiyüddin Bey'in yazarı ve bir dönem mesul müdürü olduğu söz konusu gazetenin yayın politikasına dair de tarama yapılmış; hem Takiyüddin Bey'in gazetecilik yönü hem de gazete hakkında elde edilen bulgulara ayrı bir alt başlıkta yer verilmiştir.

Veri toplama işlemi; Eskişehir 2013 Türk Dünyası Kültür Başkenti Ajansı yayınlarından olan ve "Eskişehir'de Bir Dönemin Aynası Hakîkat Gazetesi" adıyla basılan gazetenin çevrimyazısından yapılmıştır. Yine Eskişehir 2013 Türk Dünyası Kültür Başkenti Ajansı yayınlarından olan tıpkıbasımından da gerek görüldüğü durumlarda karşılaştırma yapmak üzere istifade edilmiştir.

3. BULGULAR VE TARTIŞMALAR

Amaçlı örnekleme yöntemiyle tespit ettiğimiz makale, haber ve ilanlar tasnif edilmiş, elde edilen bulgular "Hakikat Anadolu Sesleri: Yerel Bir Gazeteden Çok Fazlası", "Takiyüddin Bey Kimdir?", "Takiyüddün Bey'in Yazıları", "Takiyüddin Bey'in Hukuk Mücadelesi ve Davaları" olmak üzere dört alt başlıkta ele alınmıştır.

3.1. "Hakikat Anadolu Sesleri": Yerel Bir Gazeteden Çok Fazlası

Bir edebî tür olan gazeteler, haber ve bilgi kaynağı olduğu kadar aynı zamanda birinci dereceden tarihî belge niteliği taşımaktadır. Gazeteler, tarihî araştırmalar için, yayımlandığı döneme ait farklı disiplin ve alanlarda çok değerli bilgiler sunmaktadır.

19.yüzyıl Avrupa'sının ürünü olan gazeteler, gazetecilik yüzyıl atlamadan Osmanlı ülkesine girmiştir. Bu bakımdan Türk basınının başlangıcı Osmanlı Dönemi'ne rastlamaktadır. Nitekim kaynaklarda sıkça "Osmanlı basını", "Osmanlı gazetesi ve gazeteciliği" tabirlerine rastlamaktayız. Çalışmamızın ana eksenini oluşturan "Hakikat-Anadolu Sesleri" de isim başlığının hemen altında "Osmanlı gazetesi" olduğunu her sayısında bir motto gibi tekrarlamaktadır. Yine Hakikat'in"her şeyden bahseder" olarak nitelendirmesi o dönemde gazetenin işlevi hakkında bizlere fikir vermektedir. Osmanlı

basınında gazetenin işleviyle ilgili olarak İlber Ortaylı da aynı hususa değinmiş ve gazetenin birçok disiplinde popüler bir öğretmen olduğunu, Osmanlıların okumaya kitapla değil gazete ve dergi ile başladıklarını ifade etmiştir. Toplumla bu kadar iç içe olan gazetenin 1860'lı yıllarda vilayetlerde de çıkarılması; kültür hayatını etkilemiş, bugün de tarihçilik için en önemli belgeleri içeren koleksiyonlar olmuşlardır (Ortaylı, 2007: 38). Bu koleksiyonun içinde yer alan "Hakikat-Anadolu Sesleri"; Osmanlı basınının numunelerinden biridir ve İlber Ortaylı'nın "öğretmen" benzetmesiyle örtüşecek şekilde, toplumun fikirlerine yön vermek için gazetelerden başka bir rehber olamayacağı fikrini neşretmesi gazetelerin fonksiyonuna dair dönemin bakış açısını göstermektedir (M. Ragıb, 22 Şubat 1911: 2).

İlk sayısı 7 Şubat 1911, son sayısı 9 Ağustos 1912 tarihli olan gazete; yolculuğuna "yevmî" yani günlük olarak başlasa da bu durum sadece ilk 37 sayı için geçerlidir. İlk 37 sayısında gazete isim başlığının altında yer alan "Her gün çıkar ve her şeyden bahseder Osmanlı gazetesidir."cümlesinden 38. sayıyla birlikte "Her gün çıkar" ibaresi, duruma uygun olarak kaldırılmıştır. Buna göre gazetenin yayın aralığı değiştikçe güncellemeler yapılmıştır. Zaman zaman 6 sayfaya çıktığı görülse de gazete çoğunlukla 4 sayfadan oluşmaktadır. 64. sayıya kadar gazetenin mesul müdürlüğünü araştırma konumuz olan Takiyüddin Bey yapmıştır. 200. sayıya kadar başyazarı Mestan İsmail Bey, 201. sayıdan itibaren ise Hakkı Tarık (Us) Bey'dir. Gazetenin ebatları 23 x35 cm'dir. Hakikat'in imtiyaz sahibi ise Mestan İsmail Bey'dir.

İlk sayısında "Hakikat'in Maksadı" başlıklı yazıda da belirtildiği gibi haftada iki defa çıkan Eskişehir gazetesinin devamı olan Hakikat-Anadolu Sesleri aslında bir gazetecilik tecrübe ve birikiminin üzerine kurulmuştur (Hakikat, 1911: 1). Takiyüddin Bey, daha önce yine Mestan İsmail Bey'le birlikte 57 sayıdan oluşan Eskişehir gazetesini çıkarmıştır.

"Hakikat'in Maksadı" başlıklı yazıda gazeteye niçin bu ismin verildiği şöyle açıklanmıştır: *"İstanbul'un mütebessim ve raksan muhitinden devşireceği taze ve nermin hayalleri, demir kollarıyla Anadolu'nun kâbuslu, kuvvetli köşelerine serperek şenlendirmeye çalışmak ve o harabelerden toparlayabildiği feryatları, iniltileri götürüp Payitaht'a silkerek şetaretlere biraz da matem katmaktır."* Kendi ifadeleriyle "bu iki zıddı barıştırmayı" hedefleyen gazete, yolun en başında *"Hakikat yanık bağırlardan kopup gelen acı acı 'Anadolu Sesleri' ile meydanda bulundukça, ince duygulu bazı kulakları incitirse mazur görülmelidir."* diyerek okuyucuyu ve tüm potansiyel muhataplarını uyarır. *"Zira dert ağlatır, aşk söyletir."* Hakikat'e göre. Yazıya bu cümle ile nihayet veren gazete, esasında bu yöndeki beklentiyi de yükseltmektedir. Gerçekten de Hakikat Anadolu Sesleri bütünüyle incelendiğinde görülecektir ki söz kılıcı keskin yazarlar ve sert söylemlerle kıran kırana bir gazetecilik söz konusudur. Hakikat'in sayfalarından -hemen hemen- aynı dönemde Eskişehir'de çıkarılan Nimet gazetesinin de

izini sürmek, dönemin siyasi çekişmelerine Eskişehir ekseninden bakmak mümkündür. Ancak bütün siyasi çalkantıların arasından, siyasi ön yargılardan arınmış berrak bir zihinle gazeteye bakıldığında şehir tarihine dair çok değerli bilgiler ve"tarihin tekerrür" alışkanlığı nedeniyle bugünün okuyucularına da "rehber" özelliğine uygun olarak ufuk açıcı ve ibretlik tespitler fark edilecektir.

Osmanlı gazeteciliğinin gösterdiği genişlik ve çeşitliliğin içindeki yerini almış Hakikat Anadolu Sesleri; Eskişehir'de yayınlanmakla birlikte ilk sayısındaki beyannamesinde belirttiği gibi *"yanık bağırlardan kopup gelen acı acı Anadolu Sesleri*"ni duyurmaya hedefleyen yayın politikası ve haber ağı itibarıyla da yerel bir gazeteden çok fazlasıdır. Yaptığımız tarama sonucunda gazetenin çeşitli merkezlerde hususi muhabire sahip olduğunu tespit ettik. Eldeki bütün sayıları taradığımızda gazetenin "Bursa, Ankara, Konya, İstanbul, Karahisar (Afyon), Uşak, Kütahya, İzmit, Sivrihisar, Simav, Gediz, Adapazarı, İnönü"nün yanı sıra "Yemen" ve "Trablus" muhabirleri mevcuttur. Yine Anadolu'da seyahat ederek haber toplayan "seyyar muhabiri" ve köylünün nabzını tutmak, taşradaki hadiselerden bire bir haberdar olmak için ayrıca "köy muhabiri" de vardır. Muhabirlerin isimleri çoğu zaman belirtilmezken, bazen de isimlerinin baş harfleri habere eklenmektedir.

Gazeteye dair tespit ettiğimiz bir diğer husus ise gazetenin bir vaka yahut meseleye dair ilgili kurum ya da kişilere yönelttiği sorulara bir cevap alıncaya kadar ısrarla sormaya devam etmesi ve konuyu asla gündemden düşürmemesidir. Hatta bu özelliklerini zaman zaman manşetlere taşımışlardır. 107. sayıdaki "Cevap Alıncaya Kadar Her Gün Aynı Suali Tekrar Edeceğiz", 111. sayıdaki "Demirbaş Sorgularımız" ve 208. sayıda "Belediyeye Telkin Veriyoruz, Cevap Alıncaya Kadar Soracağız!" başlıklarında olduğu gibi... Yine 23 Ağustos 1911 tarihli 108. sayıda bir vesileyle *"Pekâlâ biz de sorar dururuz, her kim cevap verecekse versin, bakalım biz sormaktan mı usanırız onlar sükuttan mı!"* ifadeleriyle bu husustaki kararlılıklarını dile getirmektedirler.

Yine ilk sayıda vurguladıkları "acı acı Anadolu Sesleri" vurgusunu zaman zaman yinelemekten geri durmamışlardır. 18 Mart 1911 tarihli 33. sayıda *"Yanık bağırlardan çıkan acı acı Anadolu seslerini insaf kulaklarına duyurmak için tesis olunan Hakikat"*; 22 Eylül 1911 tarihli 121. sayıda *"Anadolu'nun bitmek tükenmek bilmeyen feryadlarına acı acı temâdî eden iniltilerine, seslerine makes olan Hakikat"* ibareleriyle çıkış gayelerini okuyucuya hatırlatmaktadır.

Gazetenin başyazarı Mestan İsmail Bey 36. sayıda yayınlanan "Açık Söz Açık Cephe İsteriz" başlıklı makalesinde gazetenin çizgisini kesin bir dille şöyle ortaya koymuştur: *"Ne kadar çirkinlik görebilirsek hepsini de açığa dökmeyi vazife edindik. Bu uğurda bizi azmimizden alıkoyacak hiçbir kuvvet yoktur."* (Mestan İsmail, 21 Mart 1911: 1). Gazetecilik anlayışlarını vurgulamak için bazen de bir mısra kâfi gelmektedir. Mesela 110. sayıda Konya'da çıkan bir gazeteye verdikleri cevapta Muallim Naci'ye ait bir dize

kullanılmıştır: *"Bir hakikat kalmasın âlemde Allah'ım nihan"* (Hakikat, 28 Ağustos 1911: 2-3). Bütün gerçeklerin açığa çıkmasından yana olan gazete "taraftar-ı hakikat" oldukları iddiasındadır. Bu kapsamda Takiyüddin Bey'in bir savunmasında adalet ve meşrutiyet uğruna menfaatlerini feda edenler, düşmanları bile olsa "arz-ı tazimat" edeceklerini, bunu "vazife-i vicdaniye" bildiklerini, Hakikat gazetesinin bu fikir ile tesis edildiğini ve bu fikir ile yaşayacağını söylediği nakledilir. Yine "elminnetü lillah" ifadesini kullanarak Allah'tan başka kimseye minnet etmediklerini vurguladıktan sonra *"Hak ve hakikati müdafaa emrinde pîş-i azmimize çıkacak hiçbir kuvvetten korkumuz yoktur, mahkum kalırız, hatta ölürüz, lakin hak ve hakikatten asla vazgeçmeyiz."* sözleriyle hak ve hakikati savunmada önlerine çıkan hiçbir güçten korkmadıkları ve bu uğurda en ağır bedelleri ödemeye hazır oldukları yönünde kesin bir kararlılığın dile getirildiği görülmektedir (Hakikat, 24 Mayıs 1911: 2-3).

Dönemin basını gözünden bakıldığında adı Millî Şair Mehmed Akif'le özdeşleşmiş olan Sırat-ı Müstakim dergisinin -miladi takvime göre- 1 Aralık 1910 tarihli sayısında "Anadolu'dan Ne Ses Geliyor?" başlığı altında vurguladığı husus, dikkate değerdir. Çoğu vilayet gazeteleri ve gazeteciliğinden farkı *"Ekseri arkadaşları gibi dalkavuk olmayan Eskişehir gazetesi"* ifadeleriyle açıkça ortaya konulur (Turan, 2020a). Bu sözler 1910 yılında "Eskişehir" gazetesi için söylense de her iki gazeteyi çıkaran aynı isimlerdir. Yine 1911'de bir mizah gazetesi olan Afacan *"Anadolu'nun bir eski şehrinde! Neşr-i hakikat ediyorum fikrinde bulunan cesareti çok, abonesi yok ve fakat gözü gönlü tok bir adet sahih gazete"* dediği aktarılmaktadır (Hakikat, 16 Ağustos 1911: 3). Gazetenin maddi durumu hakkında bu söylenenlerle örtüşecek bir duyuru göze çarpmaktadır: *"Matbaamız Binasının Köhneliğini Ayıplayanlara: Kepenek altında er yatar!"*(Hakikat, 24 Mart 1911:. 3). Aynı dönemde bazı gazetelerin köylere kadar ücretsiz dağıtıldığına yönelik haber ve yazılar da dikkate alındığında Hakikat'in herhangi bir finansörü olmadığı, güç şartlarda çıktığı anlaşılmaktadır. Tabi gazetelerin temsil ettikleri siyasi düşünceler penceresinden bakıldığında Hakikat Anadolu Sesleri için olumsuz değerlendirmelerde bulunan gazetelerin de mevcut olabileceğini göz ardı etmemek gerekir.

İttihat ve Terakki Cemiyeti'nin görüşleri çizgisinde olan gazete Türklük, Türkiye vurgusuyla öne çıkmaktadır. Eskişehir de bu vurgunun tam merkezindedir. Zira Hakikat'in ilk yazısından itibaren pek çok yerinde Eskişehir'in *"Türklüğün göbeği", "Türklüğün merkez-i intişarı"* ibareleri geçmektedir; bu nitelemenin nedeni ise *"Osman Gazi'nin ilan-ı istiklal ettiği memleket", "Osmanlılığın ilk yurdu", "Osmanlı volkanının bacası", "Osmanlılığın beşiği", "Kâbe-i istiklal-i Osmanî"* gibi ifadelerle dile getirilmekte; Osmanlı Devleti'nin kuruluşu ve kurucu değerleri Eskişehir'le özdeşleştirilmekte; Eskişehir'de feyz-i millînin gömülü olduğu belirtilerek şehrin millî ve manevi değerleri bünyesinde taşıdığını vurgulamaktadır. Bu bakış açısı sadece gazeteye

ait değildir. *"Türklerin faidesine çalışır"* vurgusuyla yayın yolculuğuna devam eden Türk Yurdu dergisi 20 Nisan 1916 tarihli sayısında "Eskişehir Türklüğün makarrıdır." demektedir. Yine gazetenin çıkarılmaya başlanması üzerine başka illerden gönderilen tebriklerde de bu vurgu ile Eskişehir'e özel bir anlam yüklenmektedir (Turan, 2021a). Türklüğün, Osmanlılığın ve manevi unsurların iç içe geçtiği, bir potada eritildiği bu yaklaşımın Osmanlıcılık, İslamcılık, Türkçülük akımlarının kendini gösterdiği bir döneme tekabül etmesi ayrıca incelenmeyi gerektirir. Nitekim aynı yaklaşım İttihat Terakki Cemiyeti'nin ideolojisi için de söz konusudur. Bu üç akım, İttihat ve Terakki siyasetinde birbirinin alternatifi olmaktan çok Osmanlı Devleti'nin ontolojik güvenliği merkeze alınarak Osmanlılık-Müslümanlık-Türklük, vatan müdafaası ve devlet-i ebed müddet zemininde birbirini tamamlayan ve bütünleyen bir işlev görmüştür (Yücel, 2020). Diğer yandan Osmanlı toprak kaybettikçe Osmanlıcılık ve İslamcılık aydınlar arasında etkinliğini kaybetmeye başlamış ve İttihatçıların Türklük vurgusunu taşıyan düşünceleri ön plana çıkmıştır (Çelenk, 2017: 39). Bu çerçevede hem beyanları itibarıyla hem de haber ve yazılarına konu olan faaliyetleri ve duruşu itibarıyla Hakikat; İttihatçı bir gazetedir. Bu bağlamda siyasi yazılarda cemiyet mensuplarının yanlışlarını da zikretmekten geri durmayan gazetenin haber ve yazılarının asıl merkezinde Anadolu'nun sıkıntılarını, acılarını duyurmak çabası olduğu dikkat çekmektedir. Mesela 1911 Anadolu'sunda kolera salgınıyla ilgili Kütahya, Afyon, Konya gibi çevre illerden de haberlere yer vererek Anadolu'nun panoramasını gözler önüne sermiştir. Fenni âlet ve ilaçların yetersizliği, doktor azlığı, hantal bürokrasi nedeniyle ilaçların zamanında ulaşmaması gibi nedenlerle Anadolu'da salgının İstanbul'dan daha vahim sonuçlar doğurduğu istatistiki bilgiler de verilerek sayfa sayfa işlenmiştir. *"Cevap alıncaya kadar her gün aynı suali tekrar eden"* gazetenin özellikle köylere hizmet gitmesi hususunda ses getiren haberler yaparak salgında sorumlu gazetecilik örneği sergilediği anlaşılmaktadır. Yetkililerin sert bir dille eleştirildiği gazetede eleştirilerden en büyük payı ise hükûmet almaktadır*: "Ey bu milletin mukadderatından mesul olanlar! Artık yetişiversin, aldanmak, aldatmak, oyalamak, oyalanmak politikasından Allah aşkına vazgeçiniz! Anadolu yanıyor. Zaruret, sefalet, haksızlık buraları baştan başa kavuruyor."* feryatlarının yükseldiği gazetede etkili bir tecahül-i arifane örneği ile hükûmetin duyarsızlığı şöyle anlatılmıştır: *"Amerika'da bir ticaret evi işitiyoruz; mektup yazıyoruz, cevap alıyoruz. Lakin İstanbul'da falan Bakanlık var diyorlar, bütün milletçe bağrışıyoruz; çağrışıyoruz; katiyen sesi çıkmıyor! Varlığına nasıl inanalım!"* (Turan, 2020b). Peki bu satırların yazıldığı dönemde milletin mukadderatından mesul olanlar kimlerdir? 23 Aralık 1876'da yürürlüğe giren Kanûn-ı Esasi ile iki meclisli Osmanlı Parlamentosu'nda padişahın tayin ettiği üyelerden oluşan Meclis-i Ayan ve halkın seçtiği mebuslardan meydana gelen Meclis-i Mebusan bulunmaktaydı. 1908 seçimlerini ezici bir çoğunlukla kazanan İttihatçıların bundan sonraki süreçte kurulan hükümetlerde etkisi ve

ağırlığı, iktidar üzerindeki kontrolü, bir paralel hükümet gibi çalıştığı ve 1908'den itibaren ülke genelinde örgütlü tek siyasi güç sayıldığı hususunda ortak bir görüş bulunmaktadır. Yukarıda zikredilen suçlamanın muhatabı ise İbrahim Hakkı Paşa kabinesinin (12.1.1910–29.9.1911) daha geniş tabanlı bir İttihat ve Terakki hükûmeti olduğu, bu bakımdan İttihatçıların önceki dönemlere göre daha etkin oldukları hatta artık İttihat ve Terakki Cemiyeti hükûmeti oldukları belirtilmektedir (Mehmetefendioğlu, 1996: 93-105; Buçukcu, 2012: 207, Usta, 2018: 67-68; Hanioğlu, 2001; Akyıldız, 2003). Görülüyor ki gazetenin *"Ey bu milletin mukadderatından mesul olanlar!* diye seslenerek halkın hakkını aradığı kimseler, İttihatçılar da dâhil tüm muktedirlerdir.

Hakikat Anadolu Sesleri gazetesinin yayın çizgisi takip edildiğinde İttihatçı görüşün tabanda yayılmasına hizmet etmesi, bu kapsamda siyasi meseleleri irdelediği makaleler bir tarafa; kamu yararına bir yol takip ettiği, özellikle istismar edilmiş kadın ve çocuklar, yoksullar gibi dezavantajlı grupların; istihdam edilmeyen Türk gençliğinin sesi olduğu görülmektedir. Mesela Şimendifer şirketinin sadece Alman Mektebinden mezun olanları işe almasını eleştiren gazete, Eskişehir'de bir idadi (lise) mevcut olduğunu, bu liseye Almanca dersleri ilave edilerek buradan mezun gençlerin de şimendifer idaresinde istihdam edilmesi gerektiğini, böylelikle *"yüzlerce vatan genci için bir çığır açılmış olacağını"* dile getirir. Demiryolu şirketinin kömürcü, hamal gibi amele lazım olduğu zaman Türklerden fakat kâtiplik, kontrol memurluğu gibi statülü işlerde sadece Alman Mektebinden mezunlara yer vermesine tepki gösterirken dönemin eğitimden sorumlu Maarif Bakanlığını dikkatli ve uyanık olmaya davet eder: *"Burası bir Türk memleketi ise, bir Osmanlı İmparatorluğu ise şimendiferine de, fabrikasına da hükümetin resmî mekteplerinden mezun olan kimse seçilmelidir. Yok, şimendifer kumpanyası memleketimize vâsi bir imtiyaza malik ise, ekseriya işlediği cinayetlerden mesul değilse bunu millet anlamalıdır. Maarif Nezaretinin bu gibi hususâtı güzel tetkik etmesi lazımdır."* (Turan, 2020c).

Gazetenin başyazarı Mestan İsmail de sivri kalemiyle dişli bir siyasi rakip olabildiği gibi ilkeleriyle, doğrularıyla çakıştığında aynı siyasi görüşteki kimseleri bile eleştirmekten çekinmediğini yazılarıyla ortaya koymuştur. Yaptığı haberlerle güçlü düşmanlar biriktirmiştir. Yine kadın sorunlarına dair vizyon sahibi bir gazeteci olarak tarihe şerh düşmüştür. 1911 Mart ayında beş makaleden oluşan "Bizde Kadınlık" yazı dizisinde ailenin bir millet açısından önemine değinen yazar *"Bu hususta mesuliyetin en ağırı erkeklere düşer; kadınlardaki safiyeti, onlardaki kabiliyeti bozmaya sebep olan hep erkeklerdir."* diyerek sorunun kaynağının erkekler olduğunu söylemekte; konuyu çarpıcı imgelerle ele almaktadır. Toplumda kadına ve erkeğe verilen rollerdeki dağılımın haksızlığının hemen ilk sayılarda gazeteye konu olması; bu sorunun toplumdaki boyutlarını göstermesi, üstelik söz konusu yazı dizisinin "başmakale" olması gazetenin asıl gündemini belirtmesi bakımdan önemlidir (Turan ve Aydın, 2020).

Hakikat'in mağdurların, kimsesizlerin kapısını çaldığı bir gazete olduğu, haberlerden anlaşılmaktadır. Mesela "Pek Acıklı Bir Facia Daha!" başlıklı bir haber; kızı için adalet arayan, kızını alıkoyanların elinden kurtarmak isteyen "fakir bir göçebe" babanın çırpınışlarını konu etmektedir. Resmî şikâyette bulunmuş ancak gazetenin matbaasına da gelerek elindeki birtakım belgelerle kızının yaşadığı trajediyi anlatmıştır:

> *"Damadımı katlederler. Boğazına da bir taş bağlayıp cesedini Sakarya Nehri'ne atarlar!... Kızımı ise cebren alırlar, ırzına geçerler. O zamandan beri kızım ellerindedir. ... Bu vakayı öğrenince kalktım Laçin'e gittim. Gencine, kocasına, imamına, muhtarına yalvardım, yakardım. Mümkün değil istirhamlarımı dinletemedim. Kızımı ellerinden kurtaramadım. Tekrar gittim, tekrar yine gittim. Böyle böyle tam on beş defa ayaklarına vardım. Ağladım, sızladım. Kulak veren olmadı. On beşinci defa gidişimde Ilıca karyesi kahyası Hüseyin Ağa da beraberimde idi. İkimizi de kovdular. Kızımı fahişeliğe sevk edenlerin isimlerini öğrendim. İşte sayıyorum: Sabuncu Mustafa, Hatip Mustafa, Muhtar Hafız İbrahim, İmam Rüstem, Hacı Aziz, mahdumu Cemal, diğer mahdumu Ahmed, diğer mahdumu Tevfik, Süleyman oğlu Süleyman, Emir Hüseyin'in Arif, Nasuh oğlu Rüstem, Molla Ahmed'in Mehmed, Kadir'in Mehmed, Deli Osman'ın Durmuş, Salih'in Hasan, Kangallı Molla Osman, Horozoğlu Ahmed, biraderi Ali, Ali Ağa'nın Rıza, bir de çalgıcılık eden Yollu Osman."* (Hakikat, 29 Mart 1911: 4).

"Pek Acıklı Bir Facia Daha!" şeklindeki haber başlığında "daha" vurgusuyla, benzer faciaların da olduğunu daha en başta belirten gazete; acılı babanın feryadına yer vererek aynı zamanda suçun faillerini de kamuoyuna tek tek ifşa etmiştir.

240 sayı gibi hatırı sayılır bir yayın hayatıyla Eskişehir'den yükselen bir ses olan Hakikat Anadolu Sesleri'nin tıpkıbasımı ve çevrimyazısı Eskişehir 2013 Türk Dünyası Kültür Başkenti Ajansı tarafından iki ayrı cilt hâlinde yayımlanmıştır.

Osmanlı gazeteciliğinin gösterdiği genişlik ve çeşitliliğin içinde yer alan "Hakikat-Anadolu Sesleri" hak arayışı ve savunma hususunda da neyin mirasçısı olduğumuzun tam olarak tespit edilmesinde tamamlayıcı bilgi ve bulgular sunmaktadır.

3.2. Takiyüddin Bey Kimdir?

Yaptığımız literatür taramasında Takiyüddin Bey'in biyografisine dair bir bulguya rastlamadık. Hakikat Anadolu Sesleri gazetesinin sayfalarında ve Eskişehir sancağı genel meclis kararlarında Takiyüddin Bey'e dair birtakım bulgulara ulaştık.

Takiyüddin Bey, *"Mekteb-i Hukukun sıralarından aliyyü'l-âlâ derecede mezun bir avukat, birinci sınıf dava vekili"*dir (Takiyüddin, 23 Mart 1911: 2; Gözenek, 20 Eylül 1911: 2). Gazetede "dava vekili ve avukat terimlerinin birbirinin yerine, birbirini karşılayacak şekilde kullanıldığını tespit ettik.

1880'de eğitime başlayan Mekteb-i Hukuk'a başvuran kimselerde aranan şartlar, ardından yazılı ve sözlü olmak üzere iki aşamalı sınav, hatta öğrenci adayının hâl ve tavır açısından da değerlendirilmesi ile titiz bir öğrenci seçme süreci söz konusudur. Başvuran kişinin on sekiz yaşından büyük olması, Türkçe okuma yazma bilen Osmanlı vatandaşı olması; sarf, nahiv, mantık, coğrafya, hesap, Osmanlı tarihi ve genel tarih konularında bilgi sahibi olması ve iyi ahlâkını belgeleyecek bir kefaletname getirmesi gerekiyordu. Sınavla öğrenci kabul eden mektepte "sınıf imtihanları" olarak da bilinen yıl sonu sınavlarının yanı sıra mezuniyet sınavları uygulanmıştır. Sınavlarda aliyyülâlâ (pekiyi), âlâ (iyi), karîb-i âlâ (orta) olmak üzere üç başarı derecesi vardı. 1887'de Mekteb-i Hukuk Encümeni tarafından mektep nizamnamesindeki üç dereceli not sisteminin eşikleri tespit edilmiştir. Buna göre en yüksek puan 40'tır. 36 ve üzeri aliyyülâlâ, 30-35 arası âlâ, 26,6-29 arası ise karîb-i âlâdır (Yörük, 2008: 126-133). Mektebe dair verilen bu bilgiler ışığında Takiyüddin Bey'in gerek akademik bakımdan gerekse ahlâkıyla, hâl ve tavırlarıyla üstün bir performans sergilediği anlaşılmaktadır.

Takiyüddin Bey'in "birinci sınıf dava vekilliği" kariyerinin dönem için ne anlam ifade ettiğini tespit etmek gerekir. Buna göre mesleğe giriş ve kabul edilme şartlarının açıklandığı, 1875'te çıkarılan "Mehakimi nizamiye dava vekillerinin usulü intihap ve imtihanlarına dair kararname"de sınav şartı konulduğu görülmektedir. Bunun için de 21 yaşını doldurmuş olmak, hukuk öğrenimi görmüş olmak, devlet memuriyeti görevinde bulunmamak, ceza mahkumiyetlerinin olmaması, müflis olmamak gerekiyordu (Öztürk, 2017: 115-116; Öztatar, 2011: 20). Fakat 1886'da yapılan bir değişiklikle herkesin dava vekilliğini icra edebileceğine hükmedilmiştir (Artukoğlu, 2019: 98). Yani dava vekilliğinde ruhsatlı ve ruhsatsız olmak üzere iki ayrı profil söz konusudur. Bu durumda Takiyüddin Bey'in "Mekteb-i Hukuk" mezunu olduğuna dair vurgusu ayrı bir anlam daha taşımaktadır.

Yine Dersaadet Dava Vekilleri Cemiyeti Nizamnâmesi'nde dava vekilliğinin üç sınıfından ne kastedildiğine dair bilgiler mevcuttur. Nizamnamenin ilanından önce dava vekilliği yapan ve hukuk mektebi mezuniyetinden önce mesleğe giren kimselerin tabi olacağı ve başarı derecelerine göre birinci, ikinci ve üçüncü sınıf dava vekili olabilecekleri belirtilmektedir. Birinci sınıf dava vekilleri nizamiye mahkemelerinin her derecesinde yani bidayet, istinaf, temyiz ve hukuk mahkemelerinde vekalet edebilir. İkinci ve üçüncü sınıf dava vekilleri ise bidayet ve istinaf mahkemelerinde bunların içindeki ceza mahkemeleri dışında olmak şartıyla vekalet edebileceklerdir (Öztürk, 2017: 130).

Takiyüddin Bey'in Hakikat'e verdiği bir ilan onun iş adresi, çalışma saatleri hakkında bilgi vermektedir ancak ilan metnini incelediğimizde asıl amacının ücretsiz olarak bakacağı davaları duyurmak olduğu görülmektedir. *"Dava Vekili Mehmed Ali Takiyüddin"*; ilanda *"eski hükümet civarı"* şeklinde tarif ettiği yazıhanesinde bulunduğu

saatleri belirttikten sonra *"Fukara ve menâfi-i umumiyeye ait her nevi layihalar ve istidalar meccanen tanzim ve takip olunacağı gibi icabı hâlinde pek ziyade fukara oldukları anlaşılanlar için pul parası dahi tarafımızdan ita olunur."* demektedir (Mehmed Ali Takiyüddin, 2 Haziran 1911: 3; Mehmed Ali Takiyüddin, 5 Haziran 1911: 3). Fakirlerin ve kamu yararının öne çıktığı bu ilanda Takiyüddin Bey'in çok fakir olanların pul parasını dahi kendisi karşıladığı anlaşılmaktadır.

İlanda tam adı "Mehmed Ali Takiyüddin"i kullanırken, gazetenin serlevhasında "Müdir-i Mesul" açıklamasında "Dava Vekili Takiyüddin" ibaresi yer almaktadır. Yazılarında ise çoğunlukla "M. Takiyüddin", iki yazıda ise "Takiyüddin" imzasını kullanmıştır. Takiyüddin Bey'e "Kardaşın" imzasıyla gönderilen ve "Dâder-i Vicdanım" hitabıyla başlayan bir mektupta ise "Taki" hitabı da yer almaktadır. Mektup gazetede yayınlanmıştır (Kardaşın, 28 Ağustos 1911: 1-2).

Gazetede Takiyüddin Bey'in mesleki donanımı, belagatine dair övgülere rastlanmaktadır. O *"gayet vakıfane ve beliğane serd-i müdafaat etmektedir."* (Hakikat, 24 Mayıs 1911:2-3). İstanbul'dan gelen mebus Abdullah Azmi için belediyede düzenlenen karşılama töreninde konuşma vazifesini yerine getiren Takiyüddin Bey *"beliğ bir nutuk irad etmiştir"* (Hakikat, 13 Eylül 1911: 1) Onun bu yönleri gazetenin mizah köşesi olan Gözenek'te Hezlî mahlaslı bir şairin Takiyüddin Bey hakkında yazdığı şiirde de ele alınmıştır. Hezlî kelimesinin kökü "hezl"dir. Hezl "eğlence, alay, şaka, latife" anlamlarına gelmektedir. Ayrıca klasik Türk şiirinde bir türdür (Devellioğlu, 2017: 415). Hezl kelimesinin manalarına uygun düşecek şekilde yazılan şiir, hakikati mizahın içinde sunmuştur. Keza "Kaside-i Rengîn Der-hakk-ı Mîr-i Takiyüddin" başlığı ile "Mîr-i Takiyüddin" hakkında okuyucuyu renkli bir kasidenin beklediği anlaşılmaktadır. Kaside Türk edebiyatında din ve devlet büyüklerini övmek amacıyla yazılan şiirlere denir (Dilçin, 1992: 122). Söz konusu şiirde hitabeti ve avukatlığı övülen Takiyüddin Bey, öyle mükemmel bir "avukat"tır ki istese şehirde borçlu ile alacaklının durumu yer değiştirir. 13 beyitten oluşan bu kasideden onun yaşamının mücadeleler üstüne kurulu olduğu, hasmının çokluğu anlaşılmaktadır. Ama şaire göre onun hasımları acınacak hâldedir. Öyle ki Takiyüddin Bey'in dostları bile acımaktadır. Şiirden üç beyit şöyledir:

"Düşman güler efkârına, dost handeler eyler
Her hâline hasmının acır, eyler keder ihvan"
"Amma ki hitabette senin bir eşin olmaz
Varsın beyimi dinlemesin hayl-i harîfân"
"Sen öyle mükemmel avukatsın ki şehirde
İstersen olur borçlu muaf, dâini kurban" (Hezlî, 20 Eylül 1911: 2)

Takiyüddin Bey Mevlevilik tarikatına mensup yahut mensup değilse bile bu tarikatın "muhibban" şeklinde nitelendirdiği, tarikata yakın kimselerdendir. Nitekim sözlükte muhibban sözcüğü hakkında *"tarikattan olmadıkları hâlde bir tarikatın taraflısı*

olanlar" açıklaması mevcuttur (Develliogğlu, 2017: 783). Ancak tasavvufi manada Mevlevîlik ve Bektaşîlik'te tarikata intisap eden kişiye muhib dendiği ve tarikat hiyerarşisinde ilk dereceyi temsil ettiği bilgisi de mevcuttur (Uludağ, 2020). Merhum Şeyh Hacı Hasan Dede Efendi'nin oğlu Bahaeddin Dede Efendi'nin mesnevihanlık icazetnamesiyle ilgili törene dair "İcazet ve Destar Cemiyeti" başlıklı haberin içeriği onun Mevlevilik tarikatıyla ilişkisinin boyutlarına dair bir fikir vermektedir. Haberin bir bölümü şöyledir:

> *"O akşam sikke-pûş oldukları hâlde yüzlerce muhibban-ı Mevleviyye ve mebus-ı muhterem Abdullah Azmi Bey Efendi ile müftü-i belde efendi ve bazı eşraf ve memurîn iftarda meduvven hâzır idiler. Bade't-teravih Dergah Camii'nde icazetname muhibbandan Dava Vekili Takiyüddin Efendi tarafından kıraat olunmuş ve destarlı sikkeyi Şeyh Şemseddin Dede Efendi Midhat efendi yedinden ahz ile Bahattin Dede Efendi'ye giydirmiştir."* (Hakikat, 22 Eylül 1911: 3).

"Sikke-pûş oldukları hâlde yüzlerce muhibban-ı Mevleviyye" ibaresinden tören akşamı Takiyüddin Bey'in de Mevlevi tarikatı mensuplarına özgü bir külah olan "sikke"yi giydiği anlaşılmaktadır. Mevlevilik tarikatı için böylesine geniş katılımlı ve önemli bir törende, törene konu olan icazetnameyi okumak; hitabeti, belagati övülen bir dava vekili olmanın ötesinde bir vasfı gerektirmektedir. Bu törenden aylar öncesinde Takiyüddin Bey'in Hz. Mevlana'nın torunu ile görüşmesine dair bir haber de mevcuttur (Hakikat, 12 Nisan 1911: 2-3). İstanbul'dan Konya'ya dönerken Eskişehir'de bir gece konaklayan Molla Hünkâr oğlu Veled Çelebi Efendi'yle görüşmesi gazeteci kimliğiyle açıklanabileceği gibi onun Mevlevilik tarikatıyla üst düzey bağlantıları olduğu şeklinde de değerlendirilebilir. Nitekim aynı gazetede halkın nazarında Takiyüddin Bey; nüfuz sahibi kimselerle irtibatlı, "*birçok bildikleri tanıdıkları olan, makamata söz dinletebilen bir avukat, aynı zamanda bir gazeteci"*dir (Hakikat, 14 Ağustos 1911: 1).

Gazetede onun izi sürüldüğünde 7 Şubat 1911 tarihli ilk sayıdan itibaren 24 Teşrinisani (Kasım) 1911 tarihli 146. sayıya kadar yazdığı; 64. sayının akabinde ise gazetenin mesul müdürlüğünden istifa ettiği görülecektir. 65. sayıyla birlikte artık mesul müdür Mestan İsmail Bey'dir. 65. sayıda bu değişim "İhtar" başlığı altında şöyle duyurulmuştur: *"Müdir-i Mesulümüz Takiyüddin Efendi'nin vuku-ı istifasına mebni keyfiyet makam-ı aidine bildirilmiş, gazetemizi bugünden itibaren sahib-i imtiyaz Mestan İsmail Bey'in taht-ı idare ve mesuliyetinde intişara başlamıştır."* (Hakikat, 15 Mayıs 1911: 2). İstifa sebebi açıklanmamakla birlikte Takiyüddin Bey'e açılan davaların artması nedeniyle gazeteyi korumak gayesi olabileceği düşünülmektedir. 146. sayıdan sonra M. Takiyüddin ya da Takiyüddin imzalı herhangi bir yazıya rastlanmamaktadır. Yani gazetenin ikinci yılında bir yazar olarak da yoktur. Haberler ve diğer yazılarda ise onun adı en son 175. sayıda (geçmişteki bir hadise anlatılırken) geçmekte, bu sayıdan sonra

Takiyüddin Bey'in adı hiçbir şekilde yer almamaktadır. Bunun sebebine dair gazetede herhangi bilgi mevcut değildir.

Takiyüddin Bey 1911 Nisan'ında bir seyahate çıkmıştır. Gazetenin 58. sayısında "Akşehir Seyahati" başlığıyla duyurulan bu seyahatin amacı Karahisar (Afyon), Akşehir ve Kütahya'ya dair gözlem ve izlenimlerini yazmaktır (Hakikat, 29 Nisan 1911: 3). Ancak Karahisar istasyonunda bir vukuata karıştığı haber ve yazılarda geçmektedir. Takiyüddin Bey "Akşehir Yolunda" başlıklı yazısında *"Bu seyahatin en acıklı, en suzişli safhası"* dediği bu vukuata da yer vermiştir. Buna göre Karahisar istasyonunda bekleyen ve her hâllerinden hasta oldukları anlaşılan 20-30 asker görünce, kompartımandan iner ve askerlerin Yemen'den geldiklerini öğrenir. Askerler sevk memurunu beklediklerini ve sedyede, alçı içindeki arkadaşlarının kendilerinden evvel trene yerleştirilmelerini istediklerini belirtirler. Takiyüddin Bey de istasyon memuruna durumu iletir. Ancak Takiyüddin Bey'in aktardığına göre memurdan *"Evvela diğer yolcuları bindireceğim, yer kalırsa ondan sonra da o askeri bindiririm. Yoksa o burada kalacaktır. Hem sen ne karışıyorsun, asker de sen de defolun gidin"* cevabını almıştır. İstasyon memurunun askerlere olan bu tutumunu *"Kansızlığın, vicdansızlığın bu derecesine tesadüf etmek kimin hatırına gelirdi?"* şeklinde açıklayan Takiyüddin Bey söz konusu memuru *"İsyasyonu veyahut Karahisar şimendiferini kendi malı imiş farz ettiği her hâlinden görülen bu tatlısu frengi"* şeklinde betimlemektedir. Olayın devamı hakkında yazıdan öğrendiğimize göre Takiyüddün Bey ona böyle bir muamelenin düşman askerine bile reva görülemeyeceğini söyledikten sonra şikayet defterini ister. Memur, tren hareket edecek diye fazla yazmasına izin vermez. Kompartımanda devam ederim diye düşünse de defter İstanbul'a gönderildi diyerek memur vermez. Takiyüddin Bey de ayrı bir kâğıda bu memurun amiri Mösyö Hügenen'e hitaben şikayet dilekçesi yazar. İfade vermek amacıyla o gün Karahisar'da kalır ama sonucu öğrenemeden yola devam eder. Yazıda vukuata konu olan yaralı askerin kimliğini *"Konya-Seydişehir kazasının Görügel karyesinden Karaköseoğlu Hacı Mustafa'nın oğlu Mustafa"* şeklinde belirtirken istasyon memurunun adını vermediği görülmektedir (M. Takiyüddin, 1 Mayıs: 2-3). Olaya başka kişilerin de karıştığı gazetedeki diğer haber ve yazılardan öğrenilmektedir. "Afyonkarahisar Sevk Memuru Salih Sıdkı" imzalı ve "Mecruh Bir Askere Hakaret" başlıklı bir mektupta söz konusu memurun adının Zamgoçyan olduğu, *"öteden beri"* askerlere böyle davrandığı, *"şiddet-i lisan"* kullandığı belirtilmekte ve olay nedenleriyle kısaca açıklanmaktadır (Salih Sıdkı, 29 Nisan 1911: 1). Mestan İsmail ise "Alçaklık Karşısında Meskenet!" başlıklı çok sert bir yazı kaleme alarak Takiyüddin Bey'i yaralı askeri *"avukatça müdafaasına"* çalışmasından dolayı hatalı gördüğünü belirtmiş ve *"Kurşun yoksa da ayaklar altına alıp çiğneseydin"* demiştir. Demiryolu Şirketini de çok sert bir dille eleştirmiştir (Mestan İsmail, 29 Nisan 1911: 1). Esasında genel olarak gazetede Alman sermayesi ağırlıklı demiryolu şirketinin uygulamalarını eleştiren çok

sayıda olumsuz haber ve yazı yer almaktadır (Turan ve Tapmaz ve Sözsöy, 2017). Tahkikatın sonucuna dair "Zurnada Peşrev Olmaz Ne Çıkarsa Bahtına!" başlıklı imzasız bir yazıda Karahisar Polis Komiserliğince vakanın doğrulandığı aktarılmaktadır. Fakat memur hakkında hiçbir cezai işlem uygulanmamıştır, adı geçen memurun olaydan dört ay kadar sonra Bakanlık tarafından takdirname ile ödüllendirilmesi de eleştirilmiştir (Hakikat, 25 Ağustos 1911: 1).

Gerek istasyon memurunun Takiyüddin Bey'e hitaben *"Hem sen ne karışıyorsun"* sözünden gerekse Mestan İsmail Bey'in eleştirdiği "avukatça" üslubundan anlaşıldığı üzere -sadece bir olay için söylenmişse de- Takiyüddin Bey'in kişiliği hakkında önemli ipuçlarıdır. Hem hukukçu hem gazeteciliğinin verdiği mesleki bir refleksin yanı sıra -kendisine yapılmasa bile- bir haksızlık, usulsüzlük görünce müdahale ettiği; yazıları ve dava konularından da anlaşılacaktır. Ancak bunu yaparken "avukatça" duruşunu kaybetmediği, öfkesini iyi yöneten bir kişiliğe sahip oluşu da bu örnek olayla görülmektedir.

Takiyüddin Bey'in diğer bir seyahati 1911 Temmuz'unda Köstence'yedir. Yalnız bunun zorunlu bir seyahat olduğunu düşündüren nedenler söz konusudur. 13 Haziran 1911'de bir davadan dolayı yakalama kararı çıktığına dair haber yayınlanmıştır. Bu haberden önceki son yazısı 22 Mayıs 1911'de yayınlanmıştır. 5 Temmuz ve 12 Temmuz'da yayınlanan yazılarının imza yerlerinde ise "Köstence'den M. Takiyüddin" ibaresi mevcuttur. 11 Ağustos 1911'de ise yakalama kararının bozulduğunu duyuran "Takiyüddin Efendi Kurtuldu!" başlıklı haber yapılmıştır. 14 Ağustos 1911'de de "Takiyüddin Efendi Geldi" haberi yer almaktadır. *"Cuma günkü İstanbul treniyle"* ibaresinin geçtiği haberden Takiyüddin Bey'in 11 Ağustos 1911'de geldiği anlaşılmaktadır. Gazetede "Gelenler-Gidenler" başlığı altında şehre gelen, şehirden ayrılanların duyurulmasına rağmen Takiyüddin Bey'in Köstence'ye gittiği duyurulmamış, dönüşü ise haber olarak verilmiştir. Bütün bunlardan ayrı olarak Köstence'nin İttihat Terakki Cemiyetinin Balkanlardaki önemli merkezlerinden biri olduğunu da eklemek gerekir (Hanioğlu, 2001; Hacısalihoğlu, 2008: 60).

Siyasi ve mesleki çizgisinden dolayı yaşadıklarıyla Takiyüddin Bey'in Namık Kemal ile özdeşleştirildiği de görülmektedir. 19. yüzyılın ikinci yarısında Türk edebiyatı ve siyasi hayatında büyük tesirler meydana getiren Namık Kemal "vatan ve hürriyet şairi" olarak bilinmektedir. Şair, yazar, gazeteci ve idareci kimliğiyle dava ve mücadele adamıdır. Öyle ki demokrasi ve hürriyet kavramları; onda sadece bir düşünce hâlinde kalmayıp hayatının akışını değiştirecek bir mücadele şeklini almış, bu nedenle hayatı sıkıntılarla dolu bir maceraya dönüşmüş, ömrü gurbet ve sürgünlerde geçmiştir (Akün, 2006). "Dâder-i Vicdanım" yani "vicdan kardeşim" şeklinde hitap edilen "Kardaşın" imzalı mektupta ise Takiyüddin Bey'in vatan uğrunda çektiği sıkıntıların, hukuk

mücadelesinin birer sadakat vesikası olduğu söylenerek onun durumu Namık Kemal'e benzetilmiş ve şairin şu beyti paylaşılmıştır:

"Anılsın mesleğimde cevr ü meşakkatler
Ki edna zevki a'ladır vezaretten, sadaretten" (Kardaşın, 28 Ağustos 1911: 1-2).

Takiyüddin Bey Köstence'de iken Hakikat gazetesinde "Matbuatın Kurbanları" başlıklı bir yazı yayınlanmıştır. "Gazetelerde Neler Var" üst başlığı altında yer alan bu yazı, Hançer gazetesinden alınmıştır. Siroz'da çıktığı belirtilen Hançer gazetesinin Takiyüddin Bey için *"Anadolu'nun bu öksüz, mensî muhitin müdafi-i hak ve ruh-ı hakikati olan Takiyüddin zulme, tagallübe ilan-ı cihad etti."* dediği aktarılmaktadır (Hakikat, 10 Temmuz 1911: 3). Bu durumda Anadolu'nun öksüz ve unutulmuş muhiti Eskişehir'dir; bu şehrin hakkının savunucusu, hakikatin ruhu olan da Takiyüddin Bey'dir. "Hakikat" kelimesi tevriyeli kullanılarak esasında Hakikat gazetesi de kastedilmektedir. Onun zulme, zorbalığa cihat ilan ettiği söylenerek mücadelenin kutsiyetine de vurgu yapılmıştır. Nitekim İslam dininde cihat ilanı, belli şartlara bağlanmıştır. Buna göre Müslümanların can ve mal güvenliğini sağlamak, hak ve hürriyetlerini korumak gibi şartlar söz konusudur (Özel, 1993). Sahibi ve sorumlu yazı işleri müdürü Yusuf Kenan Bey olan Hançer gazetesi de yayın politikası bakımından İttihatçı'dır (Aydın, 2020). Bir anlamda söz konusu yazı bir dayanışma örneği olarak aynı görüşten, aynı mücadelenin içindeki bir gazetenin desteğini temsil etmektedir.

Şehir tarihine dair kaynakları taradığımızda ise Takiyüddin Bey 1917'de Eskişehir sancağı Meclis-i Umumi encümen-i liva azalarından "reis-i sâni" olarak karşımıza çıkmaktadır. Onun *"Mekteb-i Hukuk'dan aliyyü'l a'lâ derecede mezun birinci sınıf dava vekili"* oluşu burada da vurgulanmıştır (Yakut ve Halıcı, 2009: 2). 1917 yılı, İttihat ve Terakki'nin artık tek başına iktidar olduğu bir dönemdir (Hanioğlu, 2001). İttihatçı çizgisini devam ettiren Takiyüddin Bey'in bu vesileyle *"Devlet-i ebed müddet-i Osmaniyemizin ilk payitahtı olmak şerefiyle mübâhi olan* (övünen) *Eskişehir'imiz"*e dair hayallerini Meclis'e sunduğunu, Eskişehir'in imar ve eğitiminin şekillenmesinde rol aldığını görüyoruz. Bu kapsamda şehir meclisine sunduğu bir önergede anlattığı projeleri dikkat çekmektedir. "*Memleketimizin en esaslı işlerinden birisi"* dediği tarımın gelişmesi için Porsuk nehriyle Eskişehir ovasının sulamasının sağlanması ve kara kağnının yasaklanarak yerine dört demir tekerli arabaların kullanılmasını önerir. Kara kağnının *"muvazenesiz iki tekerlekli olması dolayısıyla daima*" hayvana eziyet verdiğini ve bunun da dinen yasak olduğunu gerekçe olarak gösterir. Hâlbuki *"elektrik tramvayları civarından geçen omnibüs arabaları gibi dört tekerlekli demir dineklili araba"* imal edilebilir. Bunun için Eskişehir, Sivrihisar, Mihalıççık, Seyitgazi ve Çifteler'de seyyar araba fabrikaları açılmalıdır. *"Zaten kara kağnı mevcut oldukça yol yapmak fikr-i âcizâneme abesle iştigalden başka bir şey değildir."* diyerek tarıma yatırımı yol

yapımından daha önemli görmekte; tarımı çevre-şehirciliğin önüne getirmektedir. Diğer bir proje de Porsuk nehrinden elektrik üretilmesidir. Temas ettiği arazinin hâline ağlar gibi Porsuk nehrinin senelerden beri boşa akıp çağladığını belirten Takiyüddin Bey'in sözlerinden işin teknik yönüyle ilgili bir araştırma yaptığı anlaşılmaktadır. Ancak nihai karar için sözü uzmanlara bırakmakta, *"Erbab-ı fen tarafından keşf ve tedkik ettirilerek mümkün olup olmadığı anlaşılsın."* demektedir. Sunduğu projelerin hemen gerçekleşemeyeceğinin kendisinin de farkında olduğunu, ama ileride hayata geçirilebilmesi için projelerinin şimdi hazırlanması gerektiğini savunmaktadır. Takiyüddin Bey'in sunduğu diğer önerge de *"agrâ-i guzâtı İslamiyeden Seyid Battal Gazi Hazretlerinin nâm-ı mübecceline izâfe ve yâd olunan"* şeklinde betimlediği Seyitgazi nahiyesinin kaza olmasına dairdir. Eskişehir zahire ihtiyacının büyük kısmını karşılayan ve yirmi yıldır kaza olmayı bekleyen, *"gayet metin ve muhkem"* bir hükûmet binası inşa eden Seyitgazi'nin *"hiç olmazsa şimdilik bir mahkeme ve sulh hâkimliği teşkilatına*" sahip olması gerektiğini önermektedir. Yine Kütahya merkez kazasına bağlı Armudili nahiyesinin de Eskişehir'e bağlanmasını içeren önerge oy birliği ile kabul edilmiştir (Yakut ve Halıcı, 2009: 71-77). Ancak Armudili bugün Kütahya sınırları içindedir ve Seyitgazi'nin ilçe olması 1922'yi bulacaktır. Bununla birlikte ilçenin ilk belediye örgütünün 1917'de kurulması dikkate değerdir (https://www.bebka.org.tr).

1917'de Eskişehir sancağı genel meclis üyesi olan Takiyüddin Bey'in bir girişimine daha ulaşılmıştır. Eskişehir Maarif Müdürü Ethem Nejat Bey'in başka bir yere atanacağının duyulması üzerine onun şehirden gitmemesine yönelik bu girişimi başarıyla sonuçlanmamıştır (Yılmaz, 2014: 140). Ethem Nejat Bey'in şehirde kalmasına yönelik ısrarı ise onun şehirdeki en büyük eğitim hamlesine imza atmış olmasıdır. Azınlık mekteplerinin ve yabancı okulların Türk okullarından fazla olduğu Eskişehir'de peş peşe Türk mektepleri açmış, sadece açmakla kalmamış, hem nitelikli eğitimci ve idareci kadrosuyla hem işlevsel ders araçları ve uygulamaya dönük nitelikli müfredatla, mesela tarıma dair uygulamalı dersleriyle örnek bir eğitim sistemini iki yıl gibi kısa bir zamanda hayata geçirmiştir (Turan, 2021a).

Takiyüddin Bey, hem hukukçu hem de gazeteci kimliğiyle "doğru söz"e önem verdiğini ifade ederek doğru sözün insanda bıraktığı etkiyi şöyle betimlemiştir:

> *"Kendi hissiyatımca doğru sözler; söylendiği, okunduğu zaman, insanların fikrinde kaçamak yolları bulunmayan, ilk işittiğinde en mütecessis ve müdekkik bir kimsenin fikrinin, muhakemesinin oyalanıp kaldığı sözlerdir. Bu sözler maziye ait olmaktan ziyade hâle veyahut istikbale dair olursa, artık böyle doğru sözlerin karşısında beht ve hayretten, sözün nevine göre ya sürûr-ı şâdumânîden veyahut da ye's-i nevmîdîden başka düşünecek bir köşe bulunamaz."* (M. Takiyüddin, 4 Mart 1911: 1-2).

Takiyüddin Bey'in *"Maziye, hâle, istikbale dair"* şeklinde üçe ayırdığı sözlerden bugün ve yarına dair olanları tercih ettiği yazılarından anlaşılmaktadır. Bunun nedenini ise *"hâlimize bakıp da istikbalimize doğru koşmak lazım olduğunu, bunun için de "şimdi"yi geçmişi düşünmeye değil geleceğe hazırlık yapmak üzere bir fırsat addediyorum*" şeklinde açıklamaktadır (M. Takiyüddin, 22 Şubat 1911: 1-2).

3. 3. Takiyüddün Bey'in Yazıları

Hakikat gazetesinde yer alan "Takiyüddin" ve "M. Takiyüddin" imzalı 38 yazının yerel ve ulusal sorunlara dair dengeli bir konu dağılımına sahip olduğu anlaşılmaktadır. Yazıların %55,26'sında siyasi, idari, kanunlar olmak üzere ulusal konu ve sorunlardan; %44,73'ünde ise yerel sorunlardan bahsedilmektedir. Takiyüddin Bey'in bir taraftan şehrin sıkıntılarına değinirken diğer taraftan ülke gündemi hakkında değerlendirmelerini aktardığı; yerel ve ulusal konu ve sorunları neredeyse eşit denilebilecek bir oranda gazete sayfalarına taşıdığı görülmektedir.

3. 3. 1. Ulusal Konu ve Sorunlara Dair Yazılar

Dönemin siyasi gündeminde olan Yemen, Girit, Arnavutluk-Karadağ, Trablusgarb meseleleri; dış basında çıkan haberler, Matbuat Kanunu, donanma, reji idaresi gibi konulara dair değerlendirmelere geniş yer vermektedir. Siyasi yazılarında *"düvel-i hâmiyenin"* yani bağımsız devletleri himaye etmeyi kendilerine hak gören devletlerin *"medeniyet namına" "Türkiye"*nin içişlerine karışmasını eleştirmekte, Avrupa'nın ikiyüzlü ve çifte standart bir politika izlediğini vurgulamaktadır:

> *"Bir taraftan milyonlarca ehl-i İslam ile meskun Kırım hükûmeti Rusya çarının malikanesi hükmüne geçiyor. Koca Kazan hükûmetinin hil'at-i istiklali soyuluyor. Ahalinin hürriyet-i şahsiye ve terakkiyat-ı medeniyelerine, mekteplerine, medreselerine velhasıl bütün hâlât-ı vicdaniyelerine müdahale olunuyor da buna karşı medeniyetçilerin kulakları işitmez, gözleri görmez bir hâle geliyor. Öbür taraftan bir Girit adasında dört buçuk Palikarya'nın yaygaraları kâinatı titretiyor. Hindistan ahalisi, Afridi kabileleri İngiliz süngülerinin altında ezilirken, merhum Kaşgar hükûmetinin liva-yı istiklali Rus alevleri içerisinde tutuşup yanarken Zengibar adaları medeni devletlerin topları altında mahvolurken hiç kimse ses çıkartmıyor da memleketimizin tâ göbeğinde olan Sisam adasına yeniden bayrak yaptırılıyor!"* (Takiyüddin, 31 Mart 1911: 1-2).
>
> *"Maksadının din ve mezhep tefrik etmeyerek yalnız insaniyet, medeniyet namına hareket etmek idiyse niçin buralara karışmadınız? Girit'ten daha iyi bildiğiniz bu kıtalarda dökülen kanlar acaba insan kanı değil miydi? Neden ey Fransa, ey medeni Avrupa hükûmetleri o zavallılara himayenizi ilan etmediniz?"* (Takiyüddin, 8 Şubat 1911:2).

Takiyüddin Bey'e göre Haçlı seferlerinden umduğuna nail olamayan Avrupa, işin şeklini değiştirmiştir. Gittikçe ilim ve fende gelişen, birbirinden bağımsız olan Avrupa

devletleri İslam memleketlerinde kendilerine birer "mıntıka-i nüfuz" ayırmaya başlamıştır. Bunun için de İslam âlemini *"tefrik ve tecziye"* ile *"merkezi zaafa düşürmek politikası"* gütmüştür. Memalik-i İslamiye'nin merkeze olan irtibatını birer birer keserek merkeze ait olan memleketlerin de kulak köşelerinden girmeye başladılar. Mısır, Tunus, Cezayir, Aden, Hadramut… sayılmakla tükenmeyen memleketlerin elimizden çıkıp gitmesi; Yemen, Girit meseleleri, Havran vakaları, Irak hadiseleri, Malisör faciaları, Arnavutluk ihtilâllerinin hepsinde Avrupa'nın parmağı vardır ve Trablusgarb'ı istila fikri bu siyasetin verdiği cüret neticesidir (M. Takiyüddin, 24 Eylül, 1911: 1-2).

Takiyüddin Bey ülke içinde yaşanan isyanlarda medenilik adı altında kan döken Avrupa ve onların ülkedeki "gizli parmaklarını" birinci derecede sorumlu tutmamakta, mesela *"Yemen hadiselerinin pek çok zamanlardan beri Arabistan kumlarında gömülü olan İngiliz parmaklarının tahrikatı…"* olduğu kadar *"kan tulumu"* hâline gelen Yemen'in *"muti ahalisini isyana sevk eden"* hükûmetin idaresizliği, Osmanlı memurlarının vergi tahsilinde "münasebetsizliği"dir. İkinci derece de olmak üzere diğer sebep *"hariçten birtakım müfsit parmakların dahi içerilere girmesi*"dir (Takiyüddin 7 Şubat 1911: 1-2; M. Takiyüddin, 12 Şubat 1911: 1-2).

Avrupa'nın yanı sıra bir başka dış etkenden, Rusya'dan da bahseden Takiyüddin Bey; Rusların yalnız Osmanlılara değil bütün İslam alemine karşı olumsuz bir tutum sergilediğini, Fransa hükûmetinin Cezayir ve Tunus'taki politikalarına bakarak Rusya ile ikisinin Müslümanlar aleyhinde ayrıca bir ittifakları daha mevcut olduğu kanaatini belirtmektedir. Dış siyasetteki bütün bu gelişmeler karşısında *"Türk rical-i siyasiyesinin ayranlığı bilmem ne zaman şişecektir"* diyerek yönetimin bu hususta duyarlı olmamakla eleştirmektedir (M. Takiyüddin, 5 Temmuz 1911: 1).

O, siyasi bir taraf olmaktan ve günübirlik gelişmeleri, bugünü değerlendirmekten ziyade sorunların temelinde yatan sebeplerin teşhis edilmesi ve kalıcı çözümler üretilmesi gerektiğine dikkat çekmiştir. Ona göre asıl düşmanımız, yaşanılan bütün sıkıntıların nedeni cehalettir:

> *"Şimdiye kadar giriftar olduğumuz felaketler hep netice-i cehalettir. Cehalet işte bizim en büyük düşmanımız, hasm-ı hayatımız budur. Biz cehaletten kurtulmadıkça her zaman mağlup kalırız.... Bu hâl bizde devam ettikçe maazallah daha çok kurbanlar vereceğimize şüphe etmeyelim de vakt ü zamanıyla gözleri açalım, cehaletten kurtulmak çarelerini arayalım."* (M. Takiyüddin, 24 Eylül 1911: 1-2).

Yazılarında cehaletten kurtulmanın çarelerine değinen Takiyüddin Bey *"Ta Berlin'den, Londra'dan, Fransa'dan gelip de memleketimizin ta içerisine uzattıkları şimendiferle bütün servetleri çekip götüren Avrupa ahalisinin elinden bizi kurtaracak bir müessir varsa da ancak maariftir."* demektedir (Takiyüddin, 22 Şubat 1911: 1-2). Ona göre "âlem-i marifet" "devletin temel taşı, milletin hayat damarları"dır. Eğitimi bir

milletin hürriyeti olarak değerlendiren yazarın bu hususta öncelikle eğitime kaynak bulmak ve eğitimcilerin niteliği olmak üzere iki sorunu ele aldığını görüyoruz. *"Maarifin kölesi olduğunu ta ilk beyannamede neşreden gazetemiz ve matbaamız"* diyen Takiyüddin Bey; şehrin potansiyelleriyle eğitime kaynak oluşturulabileceğini yazılarında işlemektedir. Esasında bu yaklaşım; Osmanlı Devleti'nde modern eğitim kurumlarının taşraya açılması, maddi sıkıntıların had safhada olması ve merkezin bu reformu karşılayamaması sonucu yerel yöneticilerin farklı kaynak arayışından doğmuştur, denilebilir. Bu şekilde bölgenin özelliğine göre, yerel kaynakların etkin bir biçimde harekete geçirilmesi amaçlanmaktaydı (Nalcı ve Gün, 2018). Bu çerçevede Takiyüdin Bey, eğitime destek verenlerden övgüyle bahsederken buna engel olanları da mevkisi ne olursa olsun hedef göstermektedir (M. Takiyüddin, 23 Şubat 1911: 1-2; Hakikat, 1 Mayıs 1911: 3; M. Takiyüddin, 8 Mayıs 1911: 1). Onun eğitimde "çirkin âdetler" içinde nitelendirdiği şiddetin de sıfır toleransla karşısında olduğu görülmektedir. Şiddet uygulayan bir öğretmenin hem meslekten men edilmesi hem de bir daha eğitimde istihdam edilmemesi gerektiğini düşünmektedir (M. Takiyüddin, 22 Mayıs 1911: 1-2).

Bir başka mesele ise *"Avrupa ahalisinin"* birtakım imtiyazlara sahip oluşudur. Dönemin basınında geniş yer bulan imtiyazlar, özellikle Lynch meselesinde hükûmet, İttihat ve Terakki'ye yakın olmadıkları bilinen gazetelerce eleştirilmiştir. İttihat ve Terakki'nin yayın organı olarak bilinen Tanin'de hükûmetten yana olan yazıların yanı sıra Lynch meselesine şiddetle karşı yazılar da mevcuttur (Malhut, 2009: 225). Dicle ve Fırat nehirleri üzerinde bir İngiliz girişiminin yanı sıra Osmanlı-İngiltere ilişkilerini kapsayan bu meseleye ve genel olarak imtiyaz meselesine Takiyüddin Bey siyasi bir taraf olmaktan çok tarihî bağlamda ve ulusal gözlükle bakmıştır. Ona göre Avrupa; Osmanlı'nın ekonomik çıkarlarına ortak olarak, riya ile aldatarak "uzun uzun şimendiferler" yaparak aralarında birer rekabet kapısı açmıştır. Meşrutiyet'in ilanından sonra *"hazır ellerine geçmiş bu yağlı kuyruğun kayıp kurtulduğunu görünce",* kapitülasyon adı verilen "*kadim imtiyazları aldıkları zamanın politikasına avdet etmek"* istemişlerdir. Osmanlı hükûmetinden bir şey koparamayacaklarını anladıkları tarihten itibaren Osmanlı mülkünün ötesinde berisinde fesat tohumu ekmek çarelerini arayan ve ekmekten katiyen çekinmeyen devletlerin başında ise İngiltere yer almaktadır (M. Takiyüddin, 19 Şubat 1911: 1-2).

Meselelerin nedenlerine inilmesinin önemine dikkat çeken Takiyüddin Bey, *"esbab-ı mucibe"* aramanın hükûmetin en önemli görevlerinden olduğunu avukatlık ve doktorluk meslekleri üzerinden açıklamaktadır: *"Nasıl ki bir avukat deruhde edecek bir alacak davasının esbâb-ı mucibesini, müddeaaleyhin zimmetine terettüb ettiği tarihi, cihetleri her şeyden önce tetkik etmek mecburiyetindedir. Nasıl ki bir doktor muayene ettiği hastanın marazını, icab eden dâhilî ve hâricî esbâbı araştırmak lüzumunu her şeye takdim etmek zaruretindedir. İşte bu gibi işlerde de hükûmetin, hükümet adamlarının*

esbab-ı mucibe aramak en mühim vazifelerindendir" (M. Takiyüddin, 12 Şubat 1911: 1-2). Aksi hâlde mesele hakkında fal bakmak gibi yorumlar yapılacağını vurgulamaktadır.

Diğer bir mesele de ülke içinde varlık gösteren gayrimüslim unsurların faaliyetleridir. İstanbul'un fethinden itibaren Hristiyan mezheplerine gösterilen müsaade ve hürmeti, Rum patrikhanesine verilen *"asa-yı imtiyaz*"ı hatırlatarak patrikhanelerin *"iyiliğe, merhamete, ihtirama mukabil" "Avrupa kapitülasyonları şeklinde hükûmetin aleyhinde"* çalışarak suiistimal ettiğini yazmaktadır. İstanbul basınında *"patrikhanelerin umur-ı hükûmete müdahale etmeye başladıklarına dair ufak tefek"* bazı haberler görmesi üzerine kaleme aldığı yazıda Yemen'e sevk edilen askerler arasında Ermeni ve Rum askerlerin sayılarının *"ora metropolleri tarafından patrikhanelere ihbar edilmesi"*ni eleştirir. Yeri geldiğinde "müsavat", eşitlik diyerek ortalığı yaygaraya boğanların askerliğe gelince kendini mensup olduğu kitleden ayırarak diğer unsurları zarara uğrattığına yönelik tutumdaki çelişkiyi ortaya koymaya çalışır. *"Bir milletin heyet-i umumiyesine ait olan menafi ve mazarratta kaffe-i efradının dahi medhaldâr olmasıyla vahdet kabil olabilir."* diyen Takiyüddin Bey; bir milletin birliği için vatanın evladı olan herkesin aynı sorumluluğu üstlenmesi gerektiğini vurgulayarak bir vatandaşlık bilincinden bahseder (M. Takiyüddin, 12 Temmuz 1911: 1-2). Gayrimüslimlerin askerliğe alınıp alınmamasına dair tartışmalar Osmanlı Devleti'nde çok öncesinden başlasa da İkinci Meşrutiyet'in ilanından sonra dönemin aydınları gayrimüslimlerin Müslümanlarla birlikte asker olmalarını bir kaynaşma, yakınlaşma vesilesi saymakta; özlenen "ittihat-ı anasır"ın gerçekleşmesi için en az maarif kadar önemli görmektedirler. Nitekim Tanin gazetesi başyazarı Hüseyin Cahid *"En birinci emelimiz olan ittihadın en birinci sebebi olmak üzere orduyu ve maarifi tanıyoruz.*" diyerek bunu dile getirmiştir (Gülsoy, 2018). Bu noktada Takiyüddin Bey'in fikirlerinin dönemin aydınlarıyla örtüştüğü, kavramsal olarak bakıldığında ise onun "ittihat-ı anasır" yerine "vahdet" kelimesini tercih ettiği görülmektedir. Yalnız aynı yazıda en büyük eleştiri siyasetçilere gelmektedir*: "İşin ağır tarafı gelince niçin yalnız Türklerin sırtına yüklenip savuşuyoruz?"* diyerek siyasetçilerin bu hususta samimi bir politika izlemediğini işaret etmektedir.

Gayrimüslim unsurlarla ilgili sakıncalı gördüğü diğer bir husus da ruhâni reislerin idarede etkin olmasıdır. Sabah gazetesinde Ankara Ermeni Murahhasası "Aliskopis Papgen"in makalesine cevap niteliğinde "Beyhude Telaş" başlıklı bir yazı kaleme almıştır. Yazıya göre Papgen, İdare meclislerinden –müftüler de dâhil- ruhani liderlerinin çıkarılacağını Dahiliye Nazırından yani dönemin İçişleri Bakanından duyuyor. Bakan'ın *"İdare işlerine başkaları baksınlar. Bunlar ruhani vazifeler değildir. Sizin gibi dirayetli murahhasalar da mebus olmalıdır"* dediği aktarılıyor. Yalnız Bakan, bu uygulamanın "vakte muhtaç" olduğunu, henüz zaman gerektiğini de ekliyor. Papgen ise yazısında Bakan'ın bu sözüyle ilgili olarak idare meclislerinde ruhani lider oldukları için değil

“mensup oldukları cemaat namına kanunen mükellef oldukları hak için” bulunduklarını belirterek uygulamayı eleştiriyor. Takiyüddin Bey ise bu noktada devreye girerek böyle bir kanun olmadığını söyleyerek açıklamalarda bulunuyor. Reis-i ruhaninin idari işlerde ihtiraslı ve menfaatçi kişilerle karşı karşıya geleceğini ya da onun hatası nedeniyle işlerin geri dönmesi sonucu -reis-i ruhaninin hesabına söylediğini ara sözle vurgulayarak- din meselelerinde sözünün dinlenmemesine, tebligat görevinin olumsuz etkilenmesine kadar vahim sonuçlardan bahseder. Diğer taraftan idare meclislerinin lüzumsuz olduğunu, *"Haftada iki defa, bazen on beşte, ayda ancak ictima edilebilecek olan bu meclislere havale olunan işlerin gelecek meclise, daha olmadı öbür meclise"* ertelendiğini, askıda bırakılmasından halkın bıktığını da eklemektedir. Takiyüddin Bey'in üslubuna dikkat edilecek olursa eleştiri sert olmakla birlikte muhatabının bir din adamı olması vesilesiyle *“kendilerine karşı hürmetimizin baki olduğuna emin olmasını”* belirterek söze başladığı görülmektedir (M. Takiyüddin, 9 Şubat 1911: 1-2).

Döneme ait işleyiş bakımdan hantal bir oluşumun lüzumluğunun yanı sıra asli vazifeleri tebligat olan din adamlarının idari işlerde yer almasının sakıncalarını dile getiren Takiyüddin Bey'in duruşu "laik devlet"i akıllara getirmektedir. İlber Ortaylı; *"Lâik devlet"in ülkenin her yanında her insan için aynı mevzuatın (kanunların) uygulandığı, yönetsel ve adlî kuralların standardize edildiği, merkeziyetçi bir devlet"* olduğunu kaydetmekte ve Osmanlı'da lâikleşme sürecinin -adı telâffuz edilmeden- 19. yüzyılda Tanzimat'tan sonra başladığını belirtmektedir. Zira Batı tarzı İdarî reformlar için modernleşme sürecinde Avrupa hukuk sistemine farklı derecelerde de olsa bir uyum sağlanması kaçınılmazdır (Ortaylı, 1997). Hakikat gazetesinde unvanı "Aliskopis" şeklinde yazılmış Papgen'in T.C. Genelkurmay Başkanlığınca yayınlanmış bir çalışmada adı geçmektedir. Buna göre ABD’de yayımlanan Ermenice Goçnak gazetesinin 2 Ekim 1915 tarihli sayısında *"Ankara eski Piskoposu Episkopos Papken*" ABD’deki Millî Savunma Komisyonunu oluşturan üyelerden olup "Veznedar ve Millî Savunma Komisyonu sorumlu delegesi"dir. Çalışmada söz konusu komisyonu oluşturan üyelerin tamamının Osmanlı Ermenisi olduğu belirtilmiş ve içlerinde en önemlilerinin Türkiye’de yıllarca piskoposluk etmiş ve hep saygı görmüş episkoposlarla dinî liderler olduğuna da dikkat çekilmiştir (Tetik ve Gürler ve Aksu, 2008: 86).

Yazılarında Osmanlı unsurları içinde Arnavutları ayrı bir yere koyan Takiyüddin Bey; *“Arnavut unsuru Osmanlı hükûmetinin en sadık bir evladı”*dır demektedir (M. Takiyüddin, 10 Nisan 1911: 1). O; devletin haricinde, dâhilen bir savaş ya da ihtilalde en çok alakadar halkın "Anadolu ve Rumeli halkı" olduğunu ifade ederken buradaki Müslüman unsuru kastetmektedir:

“Hilafet-i mukaddesenin, saltanat-ı muazzamanın şanlı bayrağını omuzlarında taşıyan Van’ın, Erzurum’un sert, yalçın kayalarında, yüksek ve soğuk tepelerinde, Yemen’in Ceziretü’l Arab’ın Trablusgarb’ın ateşîn çöllerinde bu şanlı bayrağın kudretini

ila eden hep Anadolu, Rumeli'nin şanlı askerleridir." (M. Takiyüddin, 12 Nisan 1911: 1).

Askerlerin geçmişte çok zor şartlarda savaştığını, kasaturalarını bağlayacak kadar bellerinde ip olmayan Osmanlı askerinin Plevne muhasarasında günlerce mısır koçanı kaynatıp yediğini, şeker çuvalı giydiğini söyler (M. Takiyüddin, 12 Nisan 1911: 1). Yemen'de ise imkânsızlıklarla birlikte ihmaller de söz konusudur:

"Yemen'de kanları heder olan Osmanlı asakiri, asilerin elinde değil mevkiin ahvalini bilemeyenlerin, askerin techizatına ehemmiyet vermeyenlerin elinde mahvolmuşlardır. Üstü başı çıplak, üzerileri Triyeste yazılı şeker çuvallarını -bazı memleketlerde ilancılar gibi giyip gezen- bir lokma ekmek, bir yudum su bulamayan askerin duçar olacağı akıbet (kan) *tulum*(un)*dan başka ne olabilirdi?"* (Takiyüddin, 7 Şubat 1911: 1-2).

Sadece geçmişi değil, içinde bulunduğu ve İttihat Terakki'nin etkin olduğu dönemi de eleştiren Takiyüddin Bey'in eleştirilerinden biri hukuka aykırı işler, diğeri de Anadolu'nun ihmal edilişi olmak üzere iki eksende devam etmiştir. *"Bu muhakkaktır ki bir memleketin hayatı, ruhu; kanunla, kanuna riayetle, onun icrasıyla kâimdir. Kanunu tanımayanlar, kanunun fevkine çıkanlar daima hacil olurlar, nedamet ederler."* diyerek kendini kanunların üstünde görenlerin sonunun utanç ve pişmanlık olduğunu vurgulamıştır *(M. Takiyüddin, 7 Nisan 1911: 1-2). "Meşrutiyet-i idareyi zîr ü zeber edecek olan" "hilaf-ı kanun"* emirlerin memurlar arasında hüküm sürmesinden üzüntü duyduğunu belirten yazar, kendisine açılan davalarda dünyanın hiçbir yerinde uygulanmayan bir usulle *"bir şahsın, bir heyetin hem müddeî hem de hâkim olduğunu"* yani dava açanla yargılayanın aynı heyet olduğunu yazmıştır. "Belki Adliye Nâzırı da Okur: Niçin Nakl-i Dava Ediyorum?" başlıklı yazısında bu sebepten nakil talebinde bulunduğunu belirtir (M. Takiyüddin, 23 Mart 1911: 1-2; 24 Mart 1911: 1-2). Takiyüddin Bey; Meşrutiyet'ten sonra hukuki anlamda tam bir hayal kırıklığı içindedir:

> *"Memleketimizde adliyenin ilk teşkilatı üzerine inkılab-ı mesudun zuhuru günü ne kadar sevinmiş, yeni hâkimleri, yeni azaları o kadar alkışlamıştık ki Eskişehir (gazetesi) sahifelerinin birçoklarının günlerce bu sözlerle doldurmuş; hayallerimizi, nazariyemizi bâlâlara çıkarmıştık. Yeni adliye memurlarımızın yekdiğerini himaye için bir silsile teşkil edeceklerini, bu zavallı halkı zühre yıldızından nâzil olmuş mâ-fevka'l-beşer bir hilkate mâlik olduklarından kanunlu, kanunsuz olarak terbiye ve te'dip edeceğiniz fikrinde ve sa'yında bulunacaklarını , icrasına memur oldukları kanunları ilk evvel kendilerinin parçalamaya çalışacaklarını bilmiş olsaydık kaderimize küser de sesimizi bile çıkarmazdık."* (M. Takiyüddin, 23 Mart 1911: 1-2).

Onun mesul müdürlüğü döneminde Hakikat gazetesi Meşrutiyet mahkemelerinde fukaranın, acezenin hukukunun yine ayaklar altına alındığı, cezanın sadece güçsüzlere uygulandığı yazmaktadır:

> *"Meşrutiyet mahkemelerinin sanki eskisinden ne farkı var? O vakit de fukaranın, acezenin hukuku ayak altına alınırdı. İşte şimdi de alınıyor! O vakit de "kanun-ı ceza acize has demekti", bugün de öyle oluyor. O vakit de hükûmet adamları birbirinin ayıbını saklardı, hâlâ aynı muamele yapılıyor!"*

Takiyüddin Bey; hukuk ve avukatlık mesleği hakkındaki fikirlerini şöyle özetler:

> *"Biz diyoruz ki her şahsın hayatında hukuk-ı umumiye vardır. Hayatın âsârını gösterebilmek için ebnâ-yı cinsine insanların ellerinden gelebildiği kadar yardım etmesi lazımdır. Acezenin hukukunu muhafaza etmek, mütecavizlerin tahakkümlerini ezmek, mazurların imdadına yetişmek esası mesleğimizdir. Onun için bu uğurda başkalarınca yorgunluk addedilen şeyleri bir tenezzüh addederiz. Çekilen meşakkatleri bir nimet biliriz* (M. Takiyüddin, 24 Mart 1911: 1-2).

Avukatlık mesleğinin esasının garibanın, güçsüzün haklarını muhafaza etmek; kendini hukukun üstünde gören, hukuk ve sınır tanımayanların zorbalıklarını, baskılarını ezmek; kendini savunamayanların imdadına yetişmek olduğunu söyleyen Takiyüddin Bey bu nedenle kendisine açılan davalardan dolayı asla fütur getirilmeyeceğini, mücahededen katiyen vazgeçilmeyeceğini vurgulamaktadır (M. Takiyüddin, 7 Nisan 1911: 1-2). Gazeteci kimliğiyle meseleye baktığında ise davaların çokluğundan dolayı memnuniyetini dile getirir ve *"Çünkü Hakikat da o suretle parlar, herkesin gözüne görünür de hür bir memleketin hür bir gazetesi olduğu anlaşılır."* der (M. Takiyüddin, 23 Mart 1911: 1-2). Nitekim açılan davaların çoğu gazetede yayınlanan haber ve yazılarla ilgilidir.

Ona göre *"Hürriyetin, adaletin menbaı insanların şahsıdır, vicdanıdır. Hürriyet, adalet denilen şeyler tüccar malı gibi vapurlarla, şimendiferlerle diyar-ı aherden gelmez. Mantar gibi yerden bitmez. Yağmur gibi gökten yağmaz. O ancak insanların kalbinden doğar. Onu yine ancak insanlar muhafaza eder."* Bu bakımdan yerel mahkemelerde yaşanan hukuksuzluğun zararını yine milletin çekeceğini vurgulayarak hükûmete seslenir (M. Takiyüddin, 7 Nisan 1911: 1-2).

Eleştirilerin diğer odak noktasında bulunan "Anadolu'nun ihmal edilişi" ise Takiyüddin Bey'in daima gündemindedir. Esasında sesini duyuramayacağının farkındadır ancak gazeteciliğin gereğini yerine getirmek, yani bütün bu olanlara sessiz kalmamak için yazdığını ifade etmektedir:

> *"Biz bu yazıları bundan evvel hayvan hırsızlıkları, hayvan hastalıkları, arazi münazaaları (çekişmeleri), kolera vukuatı münasebetiyle pek çok defalar tekrar ettiğimiz gibi orman işlerine ait mesailde dahi ihtardan hâli kalmamış idik. Yine ormanlara ait bir mesele dolayısıyla bir daha tekrar ediyoruz. Emsali gibi*

bu sözlerimizin de duçâr-ı akâmet olacağını zannetmekle beraber bir gazetecinin uhdesine müterettip vazifeyi ikmal etmiş olmak için ihtiyar-ı sükût edemeyeceğiz." (M. Takiyüddin, 22 Eylül 1911: 1).

"Yangın Var Anadolu'da!" başlıklı söz konusu yazının konusu ise Türkmen Dağı'nda on günden beri devam eden yangındır. Takiyüddin Bey'e göre yangının kontrol altına alınamayışının en önemli sebebi bir bekçinin hissesine on beş yirmi saat mesafe düşmesidir. Bir yangın sekiz on saatlik mesafe ilerleyip tahrip etmedikçe bekçinin malumatı olmasının ihtimali yoktur. Bu bakımdan "sath-ı arzda bulunan servetlerimiz" dediği ormanlar için hükûmetin yeni bir teşkilat icrasına girmesinin mecbur olduğunu söylemektedir. Aynı yazıda *"Değil ormanları, Anadolu'nun bütün insanları mahv u harap olup gidiyor da yine aldıran da bulunmuyor!"* cümlesindeki "yine" vurgusuyla geçmiş ile şimdiki dönem arasında Anadolu'ya bakış açısından bir şey değişmediğini vurgulamaktadır. "*Hükûmet-i hâzıra",* vazifesini yerine getirmemekte hatta halkın feryatlarını dinlemek tenezzülünde bile bulunmamaktadır. Yazının devamında bu hususu başka bir şekilde şöyle ifade etmektedir: *"Lâkin ne çare ki hükûmet-i hâzıra Anadolu halkının mayası hep vatanla yoğrulmuş, malı canı vatan uğruna feda edilegelmiş olan bu kısım ahalinin itaatlerinden o kadar emindir ki bunu suiistimal edecek bir dereceye kadar götürmekte hâlâ berdevamdır."*Anadolu'nun bitmek tükenmek bilmeyen feryatları, kulakları patlatacak kadar sesi *"bütün dünya işitti de yalnız Bizans muhitinin surları içerisine"* ulaşmadı, ifadesinde ise hükûmetin halkın feryatlarına kulak tıkaması ile "Bizans" sözcüğünün aynı cümlede olması; hükûmetin bulunduğu coğrafi konumdan ziyade Türk-İslam yönetim anlayışından bir sapmaya dair yapılmış bir telmih olarak düşünülebilir. *"Halkın feryatlarını dinlemek tenezzülünde bulunmuş olsaydı vatanın hayır ve selameti namına ait tarih sahifelerinde epeyce bir nam bırakmış olurdu*" diyerek "hükûmet-i hazıra"nın tarihte iyi bir nam bırakmayacağını işaret etmektedir (M. Takiyüddin, 22 Eylül 1911: 1).

Yönetimi hem eleştirdiği hem de uyardığı bir mesele de kendi ifadesiyle *"rüşvet, nam-ı diğer bahşiş!"*tir. Yıllardır memurların rüşvet almasından halkın yıldığını söyleyen Takiyüddin Bey halk arasında *"Memur değil mi iyisi kötüsü bir cinstir"* sözünü hatırlatarak memurların rüşvet almasını ve bundan dolayı *"az zaman içinde mal mülk ev bark sahibi"* olmalarını eleştirmiş, asıl yapılması gerekenin ahaliden rüşvet almak değil "ahaliye rehberlik etmek" olduğunu savunmuştur. Diğer taraftan halkın derdini dökmek için karşısında ter döktüğü bu memurların bulundukları makamı *"Ma-fevkine kim bilir kaç bin kere arz-ı sücud ederek, bin türlü tabasbus-ı kelbî ile yakaladıklarını"* söyleyerek memuriyette liyakat ve ehliyetin gözetilmediğini belirtmektedir. Meşrutiyetin ilanı üzerine *"büyük küçük ne kadar memur varsa damdan kiremit atar gibi cümlesini (dışarı) uğrattılar, bu kuruların arasında yaşlar da yandı, kaynadı gitti."* diyen Takiyüddin Bey, tasfiyelerde haksızlıklar yapıldığını dile getirmiştir (M. Takiyüddin, 5 Mart 1911: 2).

Nitekim II. Meşrutiyet'in ilanından sonra İttihat ve Terakki Cemiyeti'nin tüm bakanlıklarda Abdülhamid Han Dönemi kadrolarını tasfiye ettiği bilinmektedir. Hatta İstanbul ve taşrada memur ve askerler dairelerden çıkarılıp atılmış, bazıları tutuklanmış veya sürgüne gönderilmiştir (Manav, 2017).

Takiyüddin Bey; keyfi atama yapılmasını ve ihtiyaç olan birimlerde, mesela polis, jandarma ihtiyacı olmasına rağmen atama yapılmamasını da gazetenin sayfalarına taşımıştır. Akşehir seyahati sırasında şahit olduğu hadise üzerine *"Bin defa yazıyoruz polis isteriz, diyoruz aldıran yok! Otuz beş kırk bin yerli ve yabancıdan mürekkeb sükkânı olan bir memleket nasıl olur da üç beş jandarma, üç dört polis ile idare olunur."* diyerek Anadolu'nun ihmal edilişini farklı bir boyutuyla daha gözler önüne sermiştir (M. Takiyüddin, 5 Mayıs 1911: 3; M. Takiyüddin, 24 Teşrinisani 1911: 1).

Takiyüddin Bey ülke için bir güvenlik sorunu olarak gördüğü yabancı şirket Reji İdaresi hakkında da hükûmeti uyarmıştır. Şahit olduğu bir hadise üzerinden meseleyi anlattığı yazısında *"Senelerden beri milletin ciğerlerine el saldıran binlerce, babayiğitlerin kanlarını heder eden, hanümanlar söndüren rejinin mezalimini bütün âlemde söylemedik kimse, yazmadık gazete kalmadı bu malum."* diyerek konunun uzun zamandır basında yer bulduğunu da hatırlatır (M. Takiyüddin, 5 Mayıs 1911: 3). Bahsi geçen Reji Şirketi 1884'te Duyun-u Umumiye İdaresince kurulmuş ve Osmanlı devletinin önemli bir gelir kaynağı olan tütün ekimi, ticareti ve üretimi bu yabancı şirkete devredilmiş, böylelikle şirket ülkede tütün tekeline sahip olmuştur. Meşrutiyet'in ilan edilmesiyle birlikte basında yer alan yazıların büyük çoğunluğunda bu şirketin tütün tarımına yararı olmaktan ziyade zararı olduğu, Reji'nin bu ülke için önemli tehdit olduğu bildirilmektedir. Nitekim şirketin kaçakçılıkla mücadele etmek için kurduğu kolculuk teşkilatının silah kullanma hakkını elde etmesi; binlerce vatandaşın ölümüne sebep olmuştur (Demir, 2019). Takiyüddin Bey Akşehir seyahatinde Konya treninden indikten sonra Reji kolcularının *"nahifü'l bünye"* bir şahsın üstünü döve döve aradıklarını görünce polis çağırdığını ancak kolcuların Reji müdürünün *"Siz her ne yaparsanız yapınız mesuliyet bana aittir."* emri olduğuna dair ifade verdiklerini, Rejinin kanun dışı hareketlerde bulunduğunu, *"Aleyhinde ihbar vuku bulmayan bir kimsenin eşya vesairesini jandarma ve polise müracaat etmekten hod- be-hod yoklamak salahiyeti hiçbir vakit kendilerine verilmemiş olan kolcuların şu yolsuz hareketleri"*nin engellenmesi gerektiğini ancak buna mukabil polis ve jandarma azlığını vurgulamaktadır (M. Takiyüddin, 5 Mayıs 1911: 3).

Takiyüddin Bey'in eleştirdiği bir diğer önemli konu Matbuat Kanunu'dur. "Zavallı Matbuat" başlıklı yazısında basını bir milletin gözü, kulağı, lisanı olarak niteleyen yazar "*Göz kör, kulağı sağır, dili söylemez bir adamdan nasıl ki istifade mümkün olamazsa matbuatı olmayan bir memleketten de o suretle faide beklenilemez. Biz şurada matbuat demekle bittabi serbestî-i matbuatı murad ediyoruz."* demekte, hürriyetin hakiki

manasının "lisanın serbestisî" yani ifade özgürlüğü olduğunu, özgürlüğün olmadığı bir yerde gerçek manada basından söz edilemeyeceğini düşünmektedir.

Matbuat Kanunu'nun güncellenmesine de itiraz eden yazar *"Erbab-ı kalem zaten ilk kanunun tayin ettiği mücazatı çekemezken şimdi bu mevadd-ı kaime ile mücazatın derecesi bir kat daha yükseldi."* demektedir. Üstelik kanun koyucuların, mahkemelerin Kanun'a aykırı hareket ettiğini, hâlihazırdaki Kanun'a muhalif yargılandığını da yazılarında dile getirmektedir (M. Takiyüddin, 23 Mart 1911: 1-2; M. Takiyüddin, 7 Nisan 1911: 1-2; M. Takiyüddin, 10 Mayıs 1911: 1). Onun ilk kanun dediği Meşrutiyetten sonra 1909'da yayınlanan Matbuat Kanunu'dur. Esasında 1864 yılında Fransız Basın Kanunu esas alınarak Türk basını için ilk defa bir matbuat nizamnâmesi yayınlanmıştır (Ayyıldız, 2003). Ancak burada yürürlükte bulunan ve üzerinde değişiklik yapıldığı için eleştiri konusu olan 1909 Matbuat Kanunu'dur. Yazıyla birlikte gazetenin aynı sayısında *"Meclis-i Mebusan'da Kabul Edilen Ceza Kanunu Maddelerinden"* başlığı altında 213 ve 214. maddeler aynen yayınlanmıştır. Yayınlanan maddelerin altında ise *"Fî 12 Temmuz sene 325 tarihli Matbuat Kanunu'nun bu mevadda muhalif olan ahkâmı mefsûhtur."* ibaresinden anlaşıldığına göre Matbuat Kanunu'na dair 1911 yılında bir güncelleme söz konusudur (Hakikat, 10 Mayıs 1911: 2-3). Oysa ulaştığımız çalışmalarda Kanun'un 1912, 1913, 1914, 1919, 1920 ve 1921 tarihli güncellemelerinden bahsedilmiş olup 1911'e dair herhangi bir güncelleme bilgisi yer almamaktadır (Mazıcı, 1996, Eryaman, 2020).

Takiyüddin Bey Kanun'un bu hâliyle bile erbab-ı kalemi zorladığından, eklenen ceza maddeleriyle cezaların bir kat daha arttığından yakınmaktadır. Yazısında *"Mevâdd-ı mezkûre gazetemizin kısm-ı mahsusunda mündericdir"* diyerek okuyucuyu gazetenin 2 ve 3. sayfalarında yayınlanan bu yeni maddelere yönlendirmekte, aslında tüm bu kısıtlamaların en büyük zararını yine hükûmetin çekeceğini, son durumla gerçeklerin hükûmete haber verilmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir:

> *"Şimdi bu maddeler mucibince mesela bir muhtekirin ihtikarından bahisle hiçbir kimse hükûmete haber veremeyecek, milletin selametine hizmet edecek herhangi hayırlı bir işi yapamayacaktır. Çünkü şahsen bir menfaati olmadığı hâlde yalnız milletin selameti için hükûmete vereceği bir haber, birtakım kuyâud-kanuniyeye tabi tutulur ve kendisi bu kadar yüksek ve ağır bir cezaya uğrayacağını bilirse huzurunda adam öldürseler bile haber vermeyeceğinin ispatına lüzum yoktur."* (M. Takiyüddin, 10 Mayıs 1911: 1).

Esasında basını özgürleştirmeyi amaçlayan 1909 Matbuat Kanunu üzerinde sonradan yapılan değişiklikler sonucu basın özgürlüğü birçok yönden sınırlandırılmıştır. Bu nedenle 1912'ye kadar gazete sayısında büyük bir düşüş yaşanmıştır (Mazıcı, 1996). Anadolu'nun acı hakikatinin sesi olmak için yayın hayatına başlayan Hakikat Anadolu gazetesinin de 1912'de yayınının sona ermesinde -başka etkenler de olabileceği gibi- Kanun'un etkisinden söz edilebilir.

"Zavallı Matbuat" başlıklı yazısında yazar, en büyük tepkiyi "Ey Lütfü Fikri Bey!" diye seslendiği Dersim Mebusuna göstermiştir. Lütfi Fikri Bey; II. Meşrutiyet'in ilânı üzerine ilk Meclis-i Mebusan'a girmiş; hukukçu, yazar ve siyasetçidir (Birinci, 2003). Takiyüddin Bey, Lütfi Fikri Bey'in Tanzimat gazetesinde sadrazama hitaben yazdığı mektubunda bazı gazetelerin küfürbazlığından ve isimlerinin münasebetsiz olduğundan kapatılması gerektiğini aktarmakta ve "biraz serbestçe yazan Selanik ve Manastırda yayınlanan Süngü, Neyyir-i Hakikat vs." şeklinde bahsettiği bu gazeteleri savunmaktadır. Lütfi Fikri Bey'e seslenerek sadrazama mektup yazacağı yerde kendi imzasının bulunduğu kanuna müracaat etmesini, bu şekilde henüz imzası kurumayan kanunları bozduğunu söylemektedir. Lütfi Fikri Bey'in II. Meşrutiyet'in ilanından sonra Meclis-i Mebusan'da matbuat alanında yaşanan tartışmalarda basın özgürlüğünü savunduğu, gazetelerin kapatılmasına karşı çıktığı görülmektedir (Eryaman, 2020). Gelinen son noktada ise Lütfi Bey'in kapatılmasını istediği gazetelerin kendisi aleyhine yayın yaptığı, Takiyüddin Bey'in ifadelerinden anlaşılmaktadır.

"Hiç kimsenin haberi yok iken ansızın bir kuyruklu yıldız gibi doğuveren, Meşrutiyetimizin müessiri bulunan muhterem İttihat ve Terakki", "Avrupalıların elinde paylaşılmak üzere bulunan vatanımızı Hızır gibi yetişerek kurtaran" dediği cemiyete hürmet beslemekle birlikte onu *"Bu cemiyet ilk vaziyetini hiç olmazsa dört senecik olsun bozmamak icab ederdi."* şeklinde eleştirmekten de geri durmamıştır. "Doğru Sözler Karşısında" başlıklı yazısında İttihat ve Terakki Kulüplerinin tanzimine yönelik bir önerisi de bulunmaktadır. Anadolu'da kurulan İttihat ve Terakki Kulüplerinin halka rehberlik ettiğini, *"ciddi, sürekli ve azimperverane bir ıslahat ile Anadolu kulüplerinin tanzimine vakit geçilmeksizin"* başlanması gerektiğini yazmıştır. Yine *"31 Mart hadisesinde her taraftan can paralayacak derecede kükremeye avaze-i imdad bu kulüplerin sayesinde idi"* diyerek bu kulüplerin siyasi rolüne de değinmiştir (M. Takiyüddin, 4 Mart 1911: 1-2). Kuruluşunda siyasi amaçları barındıran İttihat Terakki Cemiyeti; II. Meşrutiyetin ilanından sonra kulüp ve merkezlerini serbestçe açabilmiştir. Siyasal çalışmalardan çok sosyal-kültürel işlevler üstlenen kulüplerin 1909 sonrasında etkin olarak kullanıldığı görülmektedir (Çiftçi, 2016).

İttihat ve Terakki'yi yeri geldikçe eleştiren Takiyüddin Bey, parti içi muhalefet olan "Hizb-i Cedit" hareketine de dâhil olmamıştır. Liderliğini Miralay Sadık Bey ile Karesi Mebusu A. Mecdi Efendi'nin yaptığı Hizb-i Cedit; 23 Nisan 1911'de "Mevadd-ı Aşere" isimli on maddelik bir bildiride taleplerini duyurmuşlardır. Mebusların nazır olabilmeleri için Fırkaca gizli oyla ve tam sayının 2/3 çoğunluğu ile saptanması usulünün kabul edilmesine yönelik üçüncü madde ve gizli-özel amaçlarla kurulmuş olan derneklerin eylemlerinin yasaklanmasına dair onuncu madde, ön plana çıkan ve en çok tartışılan konulardandır. Dönemin basınında da iki farklı cephede tartışmalara neden olmuştur (Yiğit, 2014). Takiyüddin Bey ise konu ile ilgili "Allah Islah Etsin" başlıklı bir

makale kaleme almış, bu bildirinin dış basında "Türkiye batıyor" algısına neden olduğunu örneklerle açıklamıştır. O, en çok tartışılan maddeleri değil *"bî-mana, mana kastolunursa su-i tefsire müsait"* şeklinde nitelediği *"ananat-ı tarihiyenin muhafazaı"* ibaresini öne çıkarmaktadır. Tarihten gelen gelenek ve değerlerin hâlihazırda sanki korunmuyormuş gibi bir mananın çıkmasından duyduğu rahatsızlığı dile getirmektedir. Bütün Rumeli ve Anadolu'dan bu ihtilaf bitsin diye Meclis-i Mebusan'a, gazetelere binlerce protestonameler çekildiğini de kaydeden Takiyüddin Bey; İttihat ve Terakki içinde bölünmenin karşısındadır (M. Takiyüddin, 12 Mayıs 1911: 1).

Ülkedeki bütün bu gelişmelerden duyduğu rahatsızlığı, kaygıyı çekinmeden dile getiren Takiyüddin Bey'in onayladığı, olumlu fikir beyan ettiği tek konu Osmanlı donanmasının güçlenmesi için zekâtın donanmaya verilmesi fikridir. Dönemin basınında iki karşıt fikrin yer bulduğu görülmektedir (Çilingir, 2019; Topci, 2019). Takiyüddin Bey yazısında halkın zekâtını vermeye başladığını bildirmektedir. Konunun Donanma-yı Osmanî Muavenet-i Milliye Cemiyeti tarafından "fetvahane-i aliye"ye sorusu üzerine gündeme geldiğini belirtmektedir (M. Takiyüddin, 10 Şubat 1911: 1). Bu cemiyet donanma için yapılacak yardımların düzenli ve organize bir şekilde toplanması amacıyla 19 Temmuz 1909'da kurulmuştur (Çilingir, 2019). Cemiyetin sorusuna *"Donanma-i Osmani Cemiyeti tarafından iane kasası başında bir fakir Müslim bulundurularak"* zekât niyetiyle verilmesinin "mukârin-i cevâz-ı şer'-i âli" olacağına; *"bu suretle ianede bulunan Müslimin hem farz-ı zekatı eda etmiştir hem de başkaca nâil-i ecr-i cezîl ve şâyeste-i mükafat olacakları"*na dair bir cevap aldıkları aktarılmaktadır. *"Şu hayırlı meseleyi istibşar ettiğim zaman sevincimden ne yapacağımı bilemedim."* diyen yazar, fikrinde *"pek tatlı ve derin hayaller uyandıran bu fetva-yı şerifin"* sadece Osmanlı memleketinde bulunan Müslümanları değil dünyadaki bütün Müslümanları kapsadığını belirtmektedir. Hindistan'da Osmanlı donamasına yardım topladığı için birçok kişinin İngiliz hükûmeti tarafından tutuklandıklarına dair İstanbul gazetelerinde haberler işittiğini belirterek bundan sonra hiçbir hükûmetin muhalefet etmesi ihtimali bulunmayacağını söyler. Memleketin her yerinde kurulan donanma cemiyetlerinin ise bir an evvel bunu halka bildirmesini, köylere beyannameler gönderilmesi gerektiğini vurgular (M. Takiyüddin, 10 Şubat 1911: 1).

3. 3. 2. Yerel Konu ve Sorunlara Dair Yazılar

Takiyüddin Bey yerel konu ve sorunlara dair yazılarında Eskişehir merkezde olmak üzere, Akşehir, Karahisar (Afyon) ve Kütahya'yı ele almıştır.

Eskişehir'le ilgili ilk etapta onun *"Osmanlı İmparatorluğunun mehd-i zuhuru hutbe-i istiklalinin ilk minberi olmak gibi tarihî bir şeref"*e sahip olduğunu, yani Eskişehir'in Osmanlı Devleti'nin kurulduğu, ilk hutbenin okunduğu topraklar olduğunu vurgulamaktadır. Fakat bu tarihî şereften başka hiçbir meziyet kazanamadığını söyleyen Takiyüddin Bey, Meşrutiyetle birlikte bu namını "efkâr-ı umumiyede" tekrar

hatırlatmaya başladığını söylemektedir (M. Takiyüddin, 25 Şubat 1911: 1). Bu fikrini 1917'de Eskişehir sancağı genel meclis üyesi olarak seçildiğinde de tekrar ettiğini görmekteyiz. Eskişehir'in devletin kurulduğu topraklar olmasına, *"yirmi seneden beri"* Anadolu-Bağdat demiryolu hattında bulunmasına, yerli halkın gayretleriyle ekonomik ve ticari yönden gelişme göstermesine rağmen bu tarihe ve gelişmelere yakışır bir hizmet almadığını, iki sene öncesine kadar Hüdavendigâr vilayetine bağlı Kütahya livasına mülhak bir kaza olduğunu belirterek "bu memleket için terakki kapılarının" açılmasını istemektedir (Yakut ve Halıcı, 2009: 73).

Tarihî şerefinin yanı sıra Eskişehir *"tabiatın müstesna bir feyzine tecelligâh"*tır. Dünyanın hiçbir yerinde bulunmayan, *"lüle taşı tabir-i diğerle deniz köpüğü namı verilen"* bir madene sahiptir. Memlekete tarım kadar servet akıtan bu madenin Avrupa'ya ham olarak verilmesine teessüf etmekte, ülke olarak bizim istifade etmemizi istemektedir. Lületaşından başka Eskişehir, yazarın "altın menba" şeklinde nitelendirdiği, ancak "*yaratıldığı günden beri ancak bir abdesthane ibriği vazifesinden başka iş görmeyen Eskişehir'in sıcak sularıyla kaplıcaları"* hakkındaki projelere yazılarında geniş yer vermiştir. Sıcak suların Belediyenin eline geçmesiyle suyun fuzuli akıp gitmesinin engelleneceğini söylemektedir. Belediyenin projesine göre şehrin 10 km. çevresi dâhilinde mahalle aralarına altmış adet çeşme yapılarak su, sıcaklığı koruyan maddelerden yapılacak borularla bu çeşmelere iletilecektir. *"Her sokakta bir sıcak su çeşmesi, her evde güzel bir hamam görüyorum."* dediği projeyi *"Anadolu içerisindeki şehirlerde şimdiye kadar vuku bulan hayırlı teşebbüslerin birincileri"* sırasına koymaktadır (M. Takiyüddin, 22 Şubat 1911: 1-2). Belediyenin bir başka projesi ise şehre elektrik lambaları getirmektedir. Bu proje kapsamında *"21554 metre tûlündeki mesafe dahilinde umumi cadde ve büyük sokaklarda elektrik lambaları için bir şartname"* yayınlamıştır. Takiyüddin Bey "mesleğinin haricinde" olduğundan söz konusu şartnamenin *"her cihetinin de doğruluğunu iddia etmek sahih olmadığından"* teknik olarak değerlendiremeyeceğini belirtmekte, ancak gazetede şartnameyi yayınlayarak alanında uzman kimselerin dikkatine sunmakta ve konu ile alakalı yazıları da yayınlayacağını taahhüt etmektedir. Böylelikle, olabilecek hataların önceden tespit edilmesini sağlamayı ve projenin başarıyla gerçekleştirilmesine katkı sunmayı amaçlamaktadır (M. Takiyüddin, 25 Şubat 1911: 1). Şartname bir sonraki sayıda, "Eskişehir'de Elektrik Tenviratı İçin Tanzim Olunan Şartnamedir" başlığıyla tam sayfa olarak yayınlanmıştır (Hakikat, 26 Şubat 1911: 4). Esasında 1917 yılında Belediyede aktif görev yaparken de elektrik meselesinin üzerinde duracak, Porsuk nehrinden elektrik üretilmesi yönünde bir önerge sunacaktır. Burada da uzman görüşünün önemine dikkat çektiği görülmektedir (Yakut ve Halıcı, 2009: 75-76).

Takiyüddin Bey'in yazılarında şehrin doğal potansiyellerinin eğitime kaynak oluşturmasına yönelik bir girişimi, *"kaplıca hamamlarından ikisinin maarife"*

devredilmesini desteklemesi ve buna karşı çıkan kadınları eleştirmesi; denilebilir ki davalardan sonra onun başını en çok ağrıtan mesele olmuştur. Öyle ki hakkında yazılan bir şiirden, kadınların onu protesto ettiği anlaşılmaktadır:

"Kıymet Hamamı vakası çok geldi Cenab'a
Defler çalarak etti hakir adını nisvan" (Hezlî, 20 Eylül 1911: 2).

Hatta bu meselenin büyümesi üzerine Takiyüddin Bey İstanbul basınını yardıma çağıracak, onlardan konuya eğilmelerini talep edecektir. *"Şu meselelere hükûmet bir çare bulsa, Meclis-i Mebusan bu gibi hayırlı işler için bir kanuncağız yapsa"* demekle konunun hukuki yönünün netlik kazanmasını istemektedir. Nitekim konuyla ilgili kurumlar arası bir anlaşmazlığa, Meclis-i İdare ve Maarif Nezaretinin kararına Evkaf Nezaretinin itiraz ettiğine değinecektir (M. Takiyüddin,19 Nisan 1911: 1).

Konuya değindiği ilk yazısında önceden kullanışsız olan hamamı Maarif Encümenin tamir ettirip mümkün mertebe sıhhi hâle getirdiğini, bol soba kurdurup hizmetçiler tayin ettiğini ve iane sandığı koyduğunu aktaran yazarın para vermemek için kavga çıkartan kadınları eleştirmesi olayların fitilini ateşlemiştir (M. Takiyüddin, 22 Şubat 1911: 1-2). Muhtemelen kadınların kendisini protesto etmesinden sonra kaleme alınan ikinci yazıda ise aslında Maarif'e devrinden önce de hamamların parasız olmadığını hatırlatan yazar, eskiden birtakım kadınların hamamları kendininmiş gibi hem hamamda hem de bayram ve kandillerde et, ekmek, yıllık hamam parası aldıklarını; şimdi ise üçte biri kadar bir meblağa denk geldiğini açıklamaktadır. 20 sene önce de hamamlar Maarif'e bağlanmak istenildiğinde eli sopalı birkaç yüz kadının hükûmet konağını basarak kaymakamı, belediye reisini sürükleye sürükleye dışarı attıklarını hatırlatan Takiyüddin Bey; onların aslında ilmi-marifeti kovmuş olduklarını söyleyerek yine ellerinde sopalarla Kıymet Hamamı'na hücum eden kadınlar olduğundan bahseder, uyarı ve nasihatlerde bulunur (M. Takiyüddün, 14 Nisan 1911: 1). Ayrıca sadece Eskişehir'de değil eğitimin finansman sorununa başka bölgelerde de yerel kaynaklarla çözüm üretildiğine dair örnekler mevcuttur. II. Adülhamid Han döneminden itibaren pek çok farklı malî kaynak temin etme yoluna başvurularak gelir yelpazesi genişletilmiştir. Bunların arasında ise kaplıca gibi işletmeler açmak ve işletmek de yer almaktadır (Gündüz, 2010). Eskişehir'deki hamamların durumu ayrı bir araştırma konusu olmakla birlikte Takiyüddin Bey'in yazılarından hamamlardan ikisinin Maarif'e devriyle ilgili hem sosyal hem kurumsal bakımdan sorunlar çıktığı açıktır. Söz konusu dönemde hamam sayısı verilmemekle birlikte yaptığımız literatür taramasıyla Eskişehir'in 1912 yılında *"4 kaplıca olmak üzere 6 hamam"*a sahip olduğu bilgisine ulaştık (Koylu, 2008).

Eskişehir'e dair diğer bir mesele ise eski hükûmet binasında kaybolan evraklardır. Evrakların kaybolma hikâyesi ise şöyledir: Hükûmet konağının harap bir hâlde bulunması nedeniyle mülkiye, adliye, polis ve jandarma daireleri farklı mahallere dağılmışlardır. Evraklar eski hükûmet dairesinde bırakılmış, lazım oldukça ara sıra gidip oradan

bakılıyormuş. Ayrıca şiddetli kış nedeniyle konağın bazı kısımlarının, kapılarının kırılarak odun yapılması sonucu binaya giren çocuklar evrakları almışlardır. Hatta *"Maliyeye ait bazı evrakın çocuklar tarafından beş-on para mukabilinde helvacılar ile mübadele edildiği dahi rivayet olunmaktadır".* Takiyüddin Bey; olayı araştırdığını, kasıt olmadığını ancak sorumluların *"kendilerini mesuliyetten kurtaramayacaklarını"* vurgulamıştır. *"Binlerce ashab-ı mesâlihin hukukunun gömülü olduğu bu evrakın adetlerini, aidiyetlerini şimdiye kadar meydana çıkarmak lazımdı."* diyen Takiyüddin Bey memurları sert bir dille eleştirmiştir (Takiyüddin, 11 Mart 1911:2).

Eskişehir'de *"sardalye kutusu gibi olan hapishanede"* zor şartlar altında yaşayan *"zavallı, biçare"* mahkumların hayatlarının her gün tehlikede olduğuna da dikkat çeken Takiyüddin Bey ilgili makamların konuya dikkatini çekmeye çalışmış, yetkililerin aldırmadığını söyleyerek onları eleştirmiştir. "Bir Daha Söyleyelim de Vebal Boynumuzdan Gitsin" adlı yazının hem başlığından hem de içeriğindeki *"Biz de boş durmadık. Hemen her üç günde bir gazetemize yazdık."* ifadelerinden konunun sürekli gündeminde olduğu anlaşılmaktadır. *"Malum olduğu üzere her yerdeki hapishanelerimiz gibi bizim Eskişehir hapishanesi de gayet berbat bir hâlde yapılmış idi."* sözleriyle ise aslında ülke çapında hapishanelerin aynı durumda olduğuna da işaret etmiştir (M. Takiyüddin,17 Nisan 1911: 1). Bu sözlerle örtüşecek şekilde dönemin hapishanelerinin iyi durumda olmadığı, erkek mahkumlar için hapishanelerin yetersiz olduğu bilgisine ulaştık. Hapishanenin tamiri, yeniden inşası, sıhhi koşulların kötülüğü, izdiham gibi hususlar ülke genelindeki taşra hapishanelerinde öne çıkan şikâyet konuları arasında yer almıştır (Sunay, 2018).

Hakikat gazetesi eğitim faaliyetlerini gündeminden düşürmemekle birlikte Eskişehir'de şiddet uygulayan bir öğretmenin haberini içeren makale, Takiyüddin Bey'in kaleminden çıkmıştır. "Çirkin Âdetler ve Muallimlere İbret" başlıklı makalede aktardığına göre 17 Mayıs 1911 Çarşamba günü Eskişehir Aşağı Mahallesi'nde bulunan Hadika-ı Hürriyet Mektebinin muallimlerinden Şevket Efendi; 12 yaşlarındaki Hacı Ahmed Ağazade Osman isminde yetim, kimsesiz bir öğrenciyi darp eder. Doktorun çocuğa verdiği rapor da durumu belgeler niteliktedir. Hadise duyulur duyulmaz Eskişehir Maarif Encümeni tarafından resmî tahkikat başlatılır. Şevket Efendi, dersini bilemediğinden dolayı öğrenciyi darp ettiğini söyleyerek suçunu itiraf eder. İki iş günü içinde tahkikat raporlaştırılarak karara bağlanır. *"Emsaline numune-i ibret olmak üzere"* muallim, memuriyetten azledilir. Kararda sadece bununla yetinilmez. Şevket Efendi'nin daha önce görev yaptığı Seyitgazi'de de öğrencilerine şiddet uyguladığı, -her nasılsa bir şekilde ceza almadığı- tahkikat sonucunda anlaşıldığından bundan böyle *"maarifte istihdam olunmaması"* ibaresi de karara ilave edilir. Ayrıca vaka müddeiumumiliğe (savcılığa) bildirilir (M. Takiyüddin, 22 Mayıs 1911: 1-2). Hadika-ı Hürriyet Mektebi vakası ivedilikle sonuca bağlandığından gazetenin önceki sayfalarında bu vakaya dair

herhangi bir haber bulunmamaktadır. Zira Hakikat gazetesi bu tür vakalarda yetkililer gereğini yapana kadar, bir cevap alana kadar ısrarla sütunlarında vakayı asla gündemden düşürmemektedir (Turan, 2021b). Takiyüddin Bey aynı yazıda *"bu müfteris, bu zalim"* dediği muallimin başına gelenlerden diğer muallimlerin ders alması gerektiğini dile getirmektedir. Meslekten men gibi bugün bile uygulanmayan bir cezanın öğretmene verilmesini yerinde bir karar olarak gören, hatta diğer öğretmenler için caydırıcı bir ceza olduğunu düşünen Takiyüddin Bey, sonuçtan memnundur. Hukuken yapılması gereken yapılmıştır.

Onun mesul müdürlüğünün devam ettiği dönemde gazete "Ankara Valisine Açık Mektup Nallıhan'dan yazılıyor: Maarif Düşmanı Bir Kaymakam" başlıklı bir metni yayınlar. "Nallı kazası Meclis idare Azasından Ahmed Hamdi imzalı mektup"ta Nallıhan Kaymakamı Şevki Efendi'nin hem mekteb-i ibtidaiye hem de muallimlerin maaşını karşılayacak bir arazi bağışı yapmak isteyen Safiye Hanım'ı engellediği yazmaktadır. Hatta birtakım şahitler de göstermekte ve *"Kaymakamın mezbureyi emr-i maarife hizmetten iğfaline Eytam Müdür Hafız Niyazi ve tapu katibi İsmail Hakkı ve Bavulca karyesi muhtarı Mehmed, mezbur Safiye Hanım zevci Mehmed Çavuş şahid…"* demektedir (Ahmed Hamdi, 1 Mayıs 1911: 3). Nitekim Kaymakam Mehmed Şevki gazeteye gönderdiği cevapta da olayı yalanlamamaktadır ve karyenin çocuklarının merkezdeki okullara devam ettiği ve karyenin okula ihtiyacı olmadığı görüşündedir. Ayrıca hayırseverin bir akrabası, şayet bağış olursa mirastan yararlanamayacaklarına dair bir dilekçe sunmuştur (Mehmed Şevki, 15 Mayıs 1911: 3). Kaymakamın cevabından önce Takiyüddin Bey'in konuya dair yazısı; akrabanın dilekçesinden haber vermektedir. Tahkikat yaptırarak meseleye dair detaylar sunan yazar, Kaymakamın hayırlı bir işi engellediğini, milletin selamet ve saadetiyle oynayan bu tür insanları hükûmetin *"te'dip"* etmesi gerektiğini söyler (M. Takiyüddin, 8 Mayıs 1911: 1). Kaymakam için hükûmeti göreve çağıran yazar, eğitime küçük de olsa katkı sağlayan Eskişehir "Yeni Mahalle imam ve muhtar ve heyet-i ihtiyariyesi"nden "Hamiyet Numuleri" yazısında övgüyle bahsetmekte; *"Maarifin kölesi olduğunu ta ilk beyannamesinde neşreden gazetemiz vasıtasıyla elden gelen muaveneti dirig etmeyeceğimizi ve böyle hamiyet ibraz eden zevâtın esamisini hususi fıkralarla gazetemizin mutena sahifelerine derc ve takdim edeceğimizi vaad eyleriz."* demektedir (M. Takiyüddin, 23 Şubat 1911: 2).

Akşehir, Karahisar (Afyon) ve Kütahya'da yerinde inceleme yapmak amacıyla bir seyahat gerçekleştiren Takiyüddin Bey, gözlem ve incelemelerini gazeteye yazmıştır. Buna göre *"Yumuşak tabiatlı, iş adamları oldukları her hallerinden belli"* dediği Akşehir halkının girişimci yönünü takdir etmiş; halkın mahalli bir banka kurduğunu, *"Osmanlı Bankasının tahakkümünden canları yanan ahali kadınlarının ziynet altınlarını, küpelerini bile bu bankanın sermayesine ilave ettiklerini"* belirtmiştir. Rum ahalinin Bermende köyünde, Ermenilerin şehir merkezinde oturduğu, bütün ahalinin farklılıklarına rağmen huzurla

yaşadığını; bu birliğin neticesinde ise *"Anadolu'nun her memleketine numune olacak olan Akşehir Bankası"* tesis edildiğini yazmaktadır. *"Sermayesi 25 bin liraya iblağ edilmek üzere"* kurulan bu bankanın Mart başında *"bir senelik temettuu iki bin liraya baliğ olmuştur"* (M. Takiyüddin, 3 Mayıs 1911: 1; M. Takiyüddin, 5 Mayıs 1911: 2). Bu da bankanın yaklaşık olarak bir yıl önce, 1910'da kurulduğu anlamına gelmektedir. "Osmanlı Bankası'nın tahakkümü"nden ne kastedildiğinin cevabı için Türk bankacılığının tarihçesine bakıldığında 1847-1923 arasının "borca dayalı yabancı bankacılık dönemi" şeklinde nitelendirildiği görülmektedir. Cumhuriyet'le birlikte "millî bankacılık" dönemi başlamakla birlikte "millî bankacılık" fikri II. Meşrutiyet'ten itibaren ortaya atılmıştır. Nitekim bir İngiliz sermayesi grubunun öncülüğünde 1856'da kurulan Osmanlı Bankası; 1863'te Fransız sermayesinin katılımıyla Bank-ı Osmani-i Şahane adını alarak banknot ihracı ayrıcalığına ve yetkisine sahip bir devlet bankasına dönüşmüştür. Zaman içerisinde olağanüstü yetkilere sahip olan Osmanlı Bankası'nın ülke ekonomisindeki üstünlüğü II. Meşrutiyet'le birlikte milliyetçiliğin etkisiyle tartışılmaya başlanmıştır (Güven, 2019: 36-38). 1881'de Duyun-ı Umumiye'nin kurulmasıyla Osmanlı maliyesinin kontrolünü tamamıyla eline geçiren bu kuruluş artık "devlet içinde devlet" olmuştur. Bu bakımdan İttihat ve Terakki, Osmanlı Bankası yerine millî bir banka kurulmasını ülkenin ekonomik bağımsızlığı için şart görmekteydi. Bu kapsamda 1917 yılı başında yönetim merkezi İstanbul'da olan İtibar-ı Milli Bankası kurulmuştur. Taşrada da Konya Milli İktisat Bankası, Kayseri Köy İktisat Bankası, Milli Aydın Bankası ve Manisa Bağcılar Bankası gibi ulusal bankalar kurulmuştur. (Oktar ve Varlı, 2009; Apak ve Tay, 2012). Yaptığımız literatür taramasında Akşehir'de bir bankanın varlığından bahsedilmekle birlikte bunun hangi yıl kurulduğu bilgisi belirtilmemektedir. İtibar-ı Milli Bankası'ndan başka, genelde tek şubeli yerel bankaların varlığından bahsedilmekte; 1911-1921 yılları arasında Konya'da dört, Sakarya ve Kayseri'de ikişer banka kurulduğu belirtilmektedir. Konya'daki Milli İktisat Bankası'nın 1917'de, Kayseri'deki Köy İktisat Bankası'nın ise 1916'da kurulduğu söylenmektedir. İstanbul'da ve taşrada kurulan bankalarla ancak 1913'ten sonra yavaş yavaş millî sermayenin etkinliğinden söz edilmekte; ayrıca Osmanlı'da bankacılık faaliyetlerinin başladığı 1850'lerden 1910'lara kadar bu tarz bir bankacılık girişimine rastlanmadığı bilgisine yer verilmektedir. Yine küçük sermaye ile kurulan fakat hızla büyüyen Akşehir İslam Ticaret Bankası ismine rastlanmaktadır. Hatta bu bankanın ihraç ürünleri üreten köylülere ve bunların ticaretiyle uğraşan tüccarlara kredi verdiği ve sahip olduğu büyük depolarda tarım ürünlerini stok ederek doğrudan ticaretle uğraştığını aktarmaktadır. (Güven, 2019: 45-49). Müslüman-Türk eşrafın söz sahibi olmasını hedefleyen bankalardan biri olan Akşehir İslam Ticaret Bankası 1911-1921 yılları arasında kurulan bankalar arasında sayılmaktadır. Takiyüddin Bey'in bahsettiği "Akşehir Bankası"nın adında ise "İslam" vurgusu yoktur. Nitekim Akşehir'de yaşayan Müslüman-Türk, Rum, Ermeniler birlikte kurduğundan tüm farklılıklara rağmen

huzur içinde yaşadıkları "Akşehir" ortak paydasında buluşmaları gayet tabiidir. Bankacılık girişimlerine dair başka bir kaynakta ise 1911-1912 yıllarında Anadolu'da 7 millî bankanın var olduğu bilgisi aktarılmaktadır (Oktar ve Varlı, 2009). Yine 1909 yılında Edirne'de anonim şirket şeklinde bir millî sanayi banka kurulmasına yönelik projeden bahsedilmektedir (Ortabağ, 2018: 91).

Takiyüddin Bey, bankacılık girişimlerinin yanı sıra Akşehir'deki devlet kurumlarından memnuniyet düzeyine dair bilgiler de paylaşmıştır. Akşehir halkının adliye memurlarından ve jandarma kumandanından *"pek ziyade hoşnut"* olduğundan ve kurumlar arası bir ahengin varlığından bahsetmektedir. Tarım, gerek şehirde gerek ova köylerinde yeni aletlerle yapılmaktadır ancak her yerde olduğu gibi burada da eğitim geridedir. Karahisar'da ise eğitimi beğenmekte, gördüğü Darülmuallimîn Mektebini örnek göstermekte, hatta *"Banka meselesinde Karahisarlılar Akşehir'e, eğitimde de Akşehirliler de Karahisarlılara uymasını arzu ederiz"* demektedir. Karahisar'da ise şehir ümranına dair bir şey görmediğini söyleyen yazar, yolların hiçbirisinde dikili tek bir ağaca rastlamadığından bahsetmektedir (M. Takiyüddin, 3 Mayıs 1911: 1; M. Takiyüddin, 5 Mayıs 1911: 2). Karahisar ovasının baştan başa ekili olduğunu görünce gönlünde pek büyük ümitler yeşerdiğini ifade eden yazar; Karahisar civarındaki meşhur "maden suyunun" hamam mevkiinde vaktiyle bu su için 3 bin liraya yapıldığını işittiği binanın aslında yarısı hatta üçte biri değerinde bile bulunmadığını belirtmekte, binayı *"devr-i sâbıkın suistimalleri"*nin heykeli olarak nitelendirmektedir (M. Takiyüddin, 1 Mayıs 1911: 2-3). Kütahya'da da şehrin ümranına dair bir şey görmediğini, ticaretin de beklenen düzeyde olmadığını söylemektedir. Halkın Kütahya mahkemelerinin âdilane muamelelerinden memnun olduğunu aktarmaktadır (M. Takiyüddin, 5 Mayıs 1911: 2). Bütün istasyonların etrafında beyaz kavak ağaçlarının olmasını memnuniyetle karşılamakta ancak Karahisar, Akşehir ve İshaklı istasyonlarından başka istasyonlarda su bile bulmanın güç olduğunu ifade etmektedir (M. Takiyüddin, 3 Mayıs 1911: 1).

Şehrin imarıyla ağaçlandırmayı eş gören Takiyüddin Bey'in; tarım, eğitim, mahalli bankacılık, halkın resmî kurumlardan memnuniyet düzeyi ekseninde yerinde inceleme yaptığı anlaşılmaktadır. O; Eskişehir ve temasta bulunduğu diğer memleket halkı hakkındaki düşüncelerini ise şöyle ifade etmektedir:

> *"Şu bulunduğum Eskişehir muhitinde ve gerekse temasta bulunduğum civar memleketler halkında gördüğüm ve tecrübe ettiğim bir hâlet-i ruhiye varsa o da kendilerinin selameti için gösterilen her hayırlı işten çekinmemeleridir. Şu kadar ki herhangi iş olursa olsun mutlaka rehberlik etmek ve hatta pek çok şeylerde bizzat hazır bulunmak, teşebbüs olunacak işin içerisine onlarla beraber girmek lazımdır."* (M. Takiyüddin, 4 Mart 1911: 1-2).

3. 4. Takiyüddin Bey'in Hukuk Mücadelesi ve Davaları

Takiyüddin Bey'in yazılarının %10,52'si, dâhil olduğu davalara ve hukuk mücadelesine dairdir. Gazetede Takiyüddin Bey'e dair yer alan 83 haber/yazı/ilan vs. %81,92 oranla onun hukuk mücadelesiyle ilintilidir. Bütün bu yazı ve haberleri içerik analizine tabi tuttuğumuzda gazete aleyhinde hemen hemen eş zamanlı 9 dava açıldığı tespit edilmiştir. Nitekim yürürlükte olan Matbuat Kanunu'na göre gazetenin içeriğinden dolayı uygulanacak cezalar sırasıyla sorumlu müdür, yazar, matbaacı, bayi ve müvezzilere aittir (Eryaman, 2020). Davaların açıldığı tarihlerde gazetenin sorumlu müdürü ise Takiyüddin Bey'dir.

Haber ve yazıların izinde davaların süreci hakkında şu bulgulara ulaşılmıştır: 20 Mart 1911 tarihli 35. sayıdan itibaren *"sağdan, soldan, merkezden (Eskişehir'den) Hakikat üzerine vuku bulan hücumlar"* şeklinde bahsedilen davaların18 Ekim 1911 tarihli 130. sayı itibarıyla 1'e düştüğü anlaşılmaktadır. Takiyüddin Bey "Aynı heyetin hem müddei hem de hâkim olamayacağı" gerekçesiyle Nezarete nakl-i dava taleplerinde bulunmuş ve davalar ilk olarak Bilecik'e nakledilmiştir. Bu husus gazetenin haber sütunlarına da taşınmış; Ziya Paşa'nın "Hakim hem davacı, hem mübaşir hem şahit oluyorsa o mahkemenin verdiği karara adalet denir mi?" anlamındaki aşağıdaki beyti ile durum anlatılmıştır:

"Kadı ola davacısı, muhzır dahi şahit
Ol mahkemenin hükmüne derler mi adalet?"

Adliye Nezaretinin davaları "5 Mayıs sene 327" (18 Mayıs 1911) tarihinde Bilecik'e nakletmesine rağmen Ankara Adliyesi 23 Mayıs 327 (5 Haziran 1911) tarihinde ahz ü girift (yakalama kararı) çıkarmıştır. Ancak daha sonra temyiz mahkemesi bu kararı bozmuştur. Gazetenin 103. sayısında "Takiyüddin Efendi Kurtuldu!" başlıklı haberinde ise *"Evet mahkeme-i temyiz, meşrut hükumetin âdil ve âli mahkemesi sabık müdir-i mesulümüz Takiyüddin Efendi aleyhindeki ahz ü giriftin ilgasına ve ahz ü girifti veren Ankara heyet-i ithamiyesinin taht-ı mesuliyete alınmasına karar vermiştir."* denilmektedir (Hakikat, 11 Ağustos 1911: 3). Söz konusu davalarla ilgili "bohça atmaca" metaforu dikkat çekmektedir: *"Tarih-i intişarından beri Hakikat'in şu civarlarda huzura çıkmadığı mahkeme kalmadı: Eskişehir, Ankara, Bursa, Bilecik, Kütahya arasında bohça atmaca şeklinde dolaşıp durduğundan"* bahsedilmektedir (Hakikat, 18 Ekim 1911:1).

Haber ve yazıların izinde tespit edilen davaların konu dağılım oranlarına bakıldığında ise yaklaşık %70'inin çocuk istismarını ifşa eden haber ve yazılarla ilintili olduğu anlaşılmaktadır. Esasında gazete kadın ve çocuk mağduriyetlerine sıklıkla eğilmekle birlikte bu davalar; yalnızca Ankara İstinaf Müddeiumumisinin ve Eskişehir'in ileri gelenlerinden birinin çocuk istismarına yönelik yayınlanmış haber ve yazılar kapsamında açılmış davalardır. Diğer davalar ise memurları eleştirdiği, halk nazarında küçük düşürdüğü gerekçesiyle açılmıştır. Bu davaların içinde sadece biri hak arayışı için

Takiyüddin Bey'in avukatlığını üstlendiği (gazete matbaasının kapatılmasına dair açılan dava)dır.

Çocuk istismarını ifşa eden haber ve yazılar ekseninde açılan davalara konu olan iki temel olay vardır. Bunlardan biri Ankara İstinaf Müddeiumumisi Hamdi Bey'in *"dört seneden beri yanında hizmet eden evlad-ı manevisi, on iki yaşlarında ve Bosna muhacirlerinden Güzide isminde bakire ve bîkes bir kızın bikrini cebren izale"* ettiğini, ardından hırsızlık isnadıyla çocuğu tehdit ettiğini, evin hanımının durumu öğrenmesi üzerine çocuğun gece yarısı sokağa bırakıldığını iddia eden ve Boşnak cemaatinden Mehmet Nuri takma ismiyle gönderilen bir mektubun gazetede yayınlanmasıyla başlar. Mektupta sokağa bırakılmış olduğundan kız çocuğunun polis idaresine müracaata mecbur kaldığı ve başına gelenleri anlattığı belirtilmiştir. Çocuğun söylediklerini doğrulayacak ebe ve doktor raporlarının bulunduğu, raporların *"Merkez Müddeiumumiliğiline teslim edilmiş iken, istinaf ceza reisi, müddeiumumisi taraflarından evrak-ı tahkikiye aksolunup tahkikata devam ettirilmediği, müsafereten polis müdürünün validesi nezdinde bulunan mezbure kızcağız da oradan derhal aldırılıp ol günden beri ortadan kaybedildiği ve nerede olduğu anlaşılamadığı"* vurgulanmakta, bu vukuattan dolayı Boşnak cemaatinin galeyana gelmesinden duyulan endişe de dile getirilmektedir. Yani vukuat resmiyete döküldüğü hâlde ört bas edildiği, çocuğun polis müdürünün annesince misafir edildiği sırada oradan aldırıldığı, ortadan kaybedildiği iddia edilmektedir (Hakikat, 9 Mart 1911: 1-2). Ankara İstinaf Müddeiumumisi Hamdi Bey ise gazeteye yazdığı cevapta mektubun tamamen yalan ve iftiradan ibaret olduğunu, bahsedilen kişinin adının Güzide olmadığını, reşit ve bekâr olduğunu yazmaktadır (Ankara İstinaf Müddeiumumisi Hamdi, 13 Mart 1911: 1). Hamdi Bey'in cevabının altına Hakikat gazetesinin notu dikkate değerdir. Matbuat Kanunu zorunlu tutmasa bile mektubu hakikatin ortaya çıkması ve *"eshab-ı ismetin hukukunun muhafaza etmek"* için yayınlayacaklarını vurgulamakta; söz konusu meselenin yalan çıkmasından memnun olacaklarını belirtmektedir (Hakikat, 13 Mart 1911: 1). Nitekim Matbuat Kanunu'nun 21. maddesine göre gazeteler; bir şahıs aleyhindeki yazıya, o şahıs tarafından aleyhindeki makalenin iki mislini geçmemek şartıyla yazılacak cevabı, çıkacak ilk nüshada aynı sütuna koymaya mecburdurlar. Aksi halde 5 altından elli altına kadar ceza öderler (Eryaman, 2020). Söz konusu mektupta "polis müdürü" de zikredildiğinden o da gazeteye bir cevap yazmıştır. Mektubu yalanlamakla birlikte, *"Ankara İstinaf Müddeiumumisi Hamdi Bey'in nezdinde hizmetçi"* çocuğun zevci bulunmayan Arabacı Kırco Süleyman'ın mahdumu nezdinde olduğunu açıklamaktadır (Ankara Polis Müdürü Hulusi, 17 Mart 1911: 1). Hakikat gazetesi *"telgrafnamenin diğer kısmının okunmasıyla"* vukuattan sonra *"kızın kocaya verildiği"*nin anlaşıldığını yazmaktadır (Hakikat, 17 Mart 1911: 1). Nitekim Ankara İstinaf Müddeiumumisi Hamdi Bey de gönderdiği cevap mektubunda, bahsedilen kişinin "bekâr" olduğunu söylemektedir. Vukuat hakkında gazete hem seyyar muhabirinden hem

Ankara muhabirinden istihbarat sağlamakla yetinmemiş, bir de *"gazete yazarlarından M. Celal Bey"*i Ankara'ya araştırma yapması için göndermiştir. Her üçünün de naklettiği bilgiler, söz konusu ilk mektuptaki iddiayı doğrulayacak yöndedir. Hatta vukuat hakkında detaylar da sunmaktadırlar. Çocuğun 11 yaşında ve "Taşlıcalı" olduğu, ilk muayesini ebenin yaptığı, ancak Polis dairesinin kanaat etmeyip heyet-i sıhhiyece muayanesini lüzum gördüğü, kız çocuğunun Belediye Eczahanesi, Balıkpazarı denilen çarşıda yani memleketin en kalabalık bir mahallinde muayene edildiği, birçok görgü tanığı bulunduğu, kız çocuğunun "erkeğe muayene olmam" diye direndiği, doktorların raporunun ebenin raporunu tasdik edici yönde olduğu, *"mahkeme-i istinaf azalarından iki zat tarafından müddeiumuminin odasında"* çocuğun ifadesinin alındığı ve ifadenin değiştiği, evrak Müddeiumimiliğe gönderilmesi gerekirken Vali'ye "mahrem" kaydıyla gönderildiği, kızın hâlihazırda kayıp olduğu, yaşı büyütülerek fakir biriyle evlendirildiği aktarılmaktadır. Sonuç olarak *"İzale-i bikr sahih, müddeiumumi zanlıdır."* denmektedir (Hakikat, 19 Mart 1911: 2; Hakikat, 20 Mart 1911: 1-2; M. Celal, 23 Mart 1911: 2-3). Söz konusu olayı irdeleyen Hakikat gazetesinin "Ankara'ya Giden Muharririmize" başlıklı ilanındaki *"Dayak yemeden gelebilirsen çok iyi. Zira biz burada gayet dehşetli tehdit mektupları alıyoruz!!!"* ifadeleri arka planda yaşananlara dair fikir vermektedir (Hakikat, 20 Mart 1911: 3).

Bütün bu muhaberenin akabinde sadece Ankara İstinaf Müddeiumumisi değil, bahsi geçmeyen Emine isimli evli, 15 yaşındaki bir kadın ve izale-i bikr davasından dolayı Kırço Süleyman oğlu Çöpçü Hasan namında biri de "kesr-i namus davası" açmıştır. Konuya dair gazetenin imtiyaz sahibi Mestan İsmail Bey *"Bizim söylediğimiz bir çocuk; onun haremi izinnameyle, mahalle ilmuhaberiyle sabit olduğu üzere bakir-i bâliğ olarak izdivaç etmiş; bizim macerasını hikâye ettiğimiz çocuk kendi şikâyetinden ve kabile, doktor raporlarından anlaşıldığına göre bikri izale edilmiş bir felaketzede!"* diyerek gazetenin onun ve eşi hakkında olumsuz bir şey yazmadığını, tamamen farklı birinin, bir çocuğun mevzubahis olduğunu dile getirmektedir (Hakikat, 2 Nisan 1911: 3: Mestan İsmail, 5 Nisan 1911: 1). Zaten "Kırco Süleyman" isminden ilk bahseden ve çocuğun zevci bulunmayan Arabacı Kırco Süleyman'ın mahdumu nezdinde olduğunu açıklayan da Polis Müdürü Hulusi Bey'dir. Mestan İsmail Bey aynı yazısında *"Şimdi bir şüpheye düştük. Acaba felaketini haber verdiğimiz kız çocuğu bugün çöpçü Hasan'ın haremi bulunan kadın mı olmuştu"* şeklindeki şüpheyi tecahül-i ârifane ile "Bunun böyle olduğuna inanabilmek için insanların da bir nevi "-metamorphese-" yani "istihale"ye uğradıklarını kabul etmek gerektiğini söyleyerek açıklamıştır.

Mevzubahis olan 11 yaşında Güzide isimli kız çocuğu hakkında "evlad- manevi" ve "hizmetçi" gibi nitelendirmelerin kullanılması Osmanlı Dönemi'nde korunmaya muhtaç çocukların aile yanına yerleştirmeyi esas alan sosyal politikasıyla ilgilidir. Özellikle 19. yüzyılın sonları ile 20. yüzyılın başlarında üst üste yaşanan savaşlar ve

bunun sonucunda korunmaya muhtaç çocukların artması ile koruyucu ailelik önem kazanmıştır. Yaptığımız literatür taramasında özellikle 7 yaşına girmiş kız çocuklarının refah düzeyi yüksek ailelerin yanlarına verildiği, buralarda onlara ücret mukabili ev işleri yaptırıldığı bilgisine ulaştık (Yakut ve Çağlayan Aygün, 2018). Bu durumda gazeteye gelen Mehmet Nuri imzalı mektuptaki *"dört seneden beri yanında hizmet eden evlad-ı manevisi"* ifadesinden 11 yaşındaki Güzide'nin 7 yaşında evlatlık verilmesinin uygulanan bu sistemle ilgili olduğu anlaşılmaktadır. Bu sisteme göre 7 yaşından sonra çocukların çalıştırılmaları esastı. Erkek çocuklar mesleki eğitim için esnaf yanlarına yerleştirilirken kız çocuklarının çalışma alanları ev içi hizmetlerle sınırlandırılmıştı (Bay, 2014). Kaynaklarda evlatlıkla birlikte "besleme" kavramının da geçtiği görülmektedir. Bunların yasal statü bakımından birbirinden farklı olduğu, ancak evlâtlıkların tıpkı beslemeler gibi kullanılmasının yani onlara hizmetçilik ya da hasta bakıcılık yaptırılmasının rastlanan bir durum olduğu aktarılmaktadır (Yakut ve Çağlayan Aygün, 2018). İlber Ortaylı 19. yüzyılda şehirlerde orta hâlli ailelerin bile kız çocuklarını evlat edindiklerini ve onları hizmetçi olarak kullandıklarını; evlatlık kızlar arasında nesiller boyu ailenin çocuklarına boğaz tokluğuna bakanların çok olduğunu belirtmektedir (Ortaylı, 2000: 127). Evlatlıklara yönelik suiistimalleri engellemek amacıyla 1909'da Dâhiliye Nezâreti ailelerin yanına yerleştirilen evlâtlıkların kayıtlarının tutulması, zabıtaca altı ayda bir sağlık kontrollerinin yapılması gibi bir dizi önlemleri uygulamaya koymuştur (Bay, 2014). Güzide isimli 11 yaşındaki kız çocuğunun gece yarısı sokağa atılmış olduğunun doktor raporuyla birlikte kaydının tutulduğu, ancak *"Ankara İstinaf Müddeiumumisi Hamdi Bey'in nezdinde hizmetçi"* olan bu *"evlad-ı manevi"*yi sokağa atanlar hakkında hiçbir işlem yapılmadığı, hatta ört bas edildiği gazetenin yukarıda belirtilen haber, mektup, cevap mektupları ve yazılarından anlaşılmaktadır.

Davaların seyri ile ilgili Hakikat gazetesinin dikkat çektiği bir diğer husus *"Ankara İstinaf Müddeiumumisi Hamdi Bey'in* vekili Armenak Efendi'nin dava sırasında *"Müddeiumumilik gibi mühim bir vazifeyi deruhte etmiş büyük bir zatın değil hatta amelenin, fukaranın namusuna bile taarruz edilemez."* sözündeki "bile" vurgusudur (Hakikat, 5 Nisan 1911: 2). Bu duruma Takiyüddin Bey de yazdığı yazıda değinmiştir. Ancak onun aktardığı şekliyle Armenak Efendi'ye atfedilen cümle biraz farklı fakat aynı anlama gelecek şekilde şöyle nakledilmiştir: *"Müvekkilim İstinaf Müddeiumumisi beyefendi hazretleri gibi bir vilayetin hukuk-ı umumiyesini deruhte eden bir zat aleyhinde değil bu gibi neşriyat bir fukara(!) aleyhinde dahi vuku bulsa yine tecviz olunamaz."* Aynı yazıda Takiyüddin Bey'in aktardığına göre Armenak Efendi sabık Halep İstinaf azalarından ve birinci sınıf dava vekillerindendir (M. Takiyüddin, 7 Nisan 1911: 1-2).

Armenak Efendi'nin bir diğer müvekkili de Kırço Süleyman oğlu Çöpçü Hasan'dır. Hakikat gazetesi Armenak Efendi'nin "çöpçü familyasından" dediği müvekkilini tanımadığını, hâkimin müvekkiline dair sorduğu sorulara cevap

veremediğini vurgulayarak vekalet ücretinin de *"mutlaka bir hayır sahibi(!)"*nin karşıladığını iddia etmektedir (Hakikat, 5 Nisan 1911: 2). Emine Hanım'ın vekili ise Azizyan Efendi'dir (Hakikat, 2 Nisan 1911: 3).

Gazetenin Ankara Muhabiri ve aynı zamanda "zabıt katibi" olan Mehmed Zeki'nin bu vakaya dair istihbarat sağlamasının akabinde memuriyetten azledilmesi Hakikat'in gündemine taşınmış, bunun kanuna aykırı olduğu, Mehmed Zeki'nin haksızlığa uğradığı yönünde yayın yapması nedeniyle gazeteye yine dava açılmıştır. Mehmed Zeki, gazetede yayınlanan "Adliye Nezaret-i Celilesine Açık İstida"sında *"Ankara İstinaf Müddeiumumisinin cürmünü saklamadığım için memuriyetimden azledildim."* demekte ve Bakanlığa yazdığı bu açık dilekçede müfettiş talebinde bulunmaktadır (Mehmed Zeki, 26 Mart 1911: 1). Hakikat gazetesinin sayfalarından "resmî Ankara ceridesinin" Mehmed Zeki'yi eleştirdiği öğrenilmektedir. Buna göre Mehmed Zeki üstüne hürmet ve itaat etmemiştir. Hakikat gazetesi de kanuna aykırı emirde itaat edilemeyeceğini belirterek adı geçen gazeteyi eleştirmektedir (Hakikat, 14 Nisan 1911: 3). 21 Mayıs 1911'de Eskişehir'de görülen davada Heyet-i hakime ceza reisi Mehmed Ferid Bey; Azalar, Niyazi ve Agop Efendi; Müddeiumumi Muavini Âkil Bey, Zabıt Katibi ise Ahmed Efendi'dir. Gazetenin 52. nüshasında "Ankara Ceridesi ve Muhabir-i Mahsusumuz" başlıklı haberinde Mehmed Zeki'nin *"emr-i vicdani ve kanuniye tab'an"* azledildiğinin yazılması üzerine söz konusu dava açıldığı öğrenilmektedir. Takiyüddin Bey, savunmasında Mehmed Zeki Efendi'nin azledilme sebebinin kanunsuz olduğunu, bu kanunsuzluğun Meşruti idareyle açıklanamayacağını, bu usulsüzlüğün "tenkiz sadedinde" yayın yapıldığını beyan etmiştir. Onun savunması gazetede de yayınlanmıştır. Sert bir savunma olduğu *"Vicdan ve kanun fevkinde kendilerine bir salahiyet ve imtiyaz verdirmek isteyen kirli alınlara izhar-ı nefretle vicdandan, kanundan başka bir âmir-i mücbir tanımayarak istikbalini bu uğurda feda eden açık cephelere arz-ı tazimat etmiştik; yine ediyoruz."* ifadelerinden de anlaşılmaktadır. Savunmayı dinledikten sonra hâkimin Takiyüddin Bey'e hitaben "*Âdâb dahilinde tenkitte bulunmalısınız."* şeklinde ihtarda bulunduğu, buna mukabil Takiyüddin Bey'in *"Hamd olsun, devr-i Meşrutiyet'teyiz. Kanuna, vicdanıma muhalif gördüğüm şeyi istediğim tarzda tenkit edebilirim, siz de benim hakkımda istediğiniz gibi hüküm verebilirsiniz!"* cevabını verdiği de gazetede yer almaktadır (Hakikat, 24 Mayıs 1911: 2-3).

Davalar bu şekilde devam ederken Hakikat gazetesi 31 Mayıs 1911 tarihli sayıda, "Bilecik'e Gidiyoruz" başlıklı haberde Adliye Nezaretine "nakl-i dava" için müracaat etmeleri sonucu iki gün önce cevap geldiğini, mahkemelerin tarafsız bir mıntıka olan Bilecik Mahkeme-i Bidayetinde gerçekleşeceğini, hakikatin orada tecelli edeceğinden emin olduklarını duyurmuştur (Hakikat, 31 Mayıs 1911: 3). 13 Haziran 1911'de ise Mestan İsmail Bey " Cinayetle İtham Olunduk" başlıklı yazısında Ankara Mahkemesinin Takiyüddin Bey hakkında "ahz ü girift" kararını duyurmuş ve kararın hukuksuz olduğuna

dair açıklamalarda bulunmuştur. *"Bizdeki saflığın, sathi nazarlığın derecesine bakınız ki mahkemelerimizi İstanbul'daki Adliye Nezaretine merbut sandık da durduk"* diyerek Bakanlığın kararına Ankara mahkemesinin uymadığını belirtmiştir. *"...Artık bu diyarlarda yaşamak ihtimali kalmamıştır. Hükumet-i merkeziye ötede Yemen'le, Malisörlerle uğraşacağına gelsin buraları birtakım meçhul kuvvetlerden istirdâda baksın! Yoksa Dimyat'a pirince giderken evdeki bulgurdan oluyor!"* ifadeleriyle yazısını bitiren Mestan İsmail Bey, Anadolu'nun içindeki bürokrasinin merkezden ayrı hareket ettiğini söyleyerek hükûmeti uyarmaktadır (Mestan İsmail, 13 Haziran 1911: 1). Söz konusu ikilemin nedeni sonrasında açıklığa kavuşacak, 16 Haziran 1911'de "Meşhur Ahz u Girifte Dair: Sırtınızda Yumurta Sepeti Yok Ya!" başlıklı yazıda ele alınacaktır. Gazetede aktarılan bilgiye göre ahz ü giriftle ilgili Adliye Nezaretine müracaatta bulunulmuştur. Nezaret, Ankara Adliye heyetine telgraf çeker. Ankara'dan Ankara Müddeiumumisinin davasının dışındaki davaların nakledildiği, verilen emrin bu davayı kapsamadığı cevabı gelir. Bunun üzerine Nezaret temyizin ilamını tetkik eder ve söz konusu davanın ilama (her nasılsa) girmediğini fark eder. Ankara'dan cevap alarak sehvinin yahut hatasının farkına varınca temyiz heyeti meseleyi tashihe başlar ve işi düzelttikten sonra sağlam ve kati bir emir verir. Gazete bu gelişmeleri aktardıktan sonra okuyucuya *"Siz buna karşı yanlış hesap Bağdat'tan döner, diyeceksiniz değil mi?"* diye sormaktadır. Ancak yaşanan durumu gazete *"Böyle maiyetin böyle Nezareti olur?"* şeklinde tercüme ettiği *"Tel meter tel vale!"* Fransız atasözüyle açıklamaktadır (Hakikat, 16 Haziran 1911: 1).

Davaların hem kendisi hem de nakilleri maceralı bir şekilde cereyan ederken Hakikat gazetesi Senîn ve Sabah gazetelerinin dışında İstanbul gazetelerinin suskun olduğuna, taşradan ise bir iki gazete dışında basının gelişmelere kayıtsızlığına değinerek dönemin basınına sitemde bulunmuştur. Gazete; *"mühim bir mevkide bulunan bir zatın"* hem kamuoyunca hem de devlet kanunlarınca pek çirkin bir cürmünü yazdıkları ve ispata muktedir ve hazır bulundukları için olayların bu noktaya geldiğini; "lisan-ı hakkı" susturmak isteyenlerin önce sulha yanaştıkları, sonra ise "tehdit ettiklerini iddia etmektedir (Hakikat, 07 Temmuz 1911: 1).

Çocuk istismarını ifşa eden haber ve yazılar ekseninde açılan davalara konu olan diğer olay ise gazetede "Eski ve Meşhur Bir Dava: Bey ve Çocuk Davası" başlığı altında açıkladığı bir vaka ve davadır. Eskişehir'de "Adliye teşkilatı yapılmazdan evvel" görülen bu davanın Ankara mahkemesince feshedilmesi üzerine konu, gazetenin sayfalarına taşınmıştır (Hakikat, 13 Mart 1911: 3). Mestan İsmail Bey'in "Açık Söz Açık Cephe İsteriz" başlıklı yazısında aktardığına göre *"Bir vakitler kendini mebus intihap ettirmek isteyen bir bey bir çocuğa tasallut etmişti. Çocuk da namusunu müdafaaten onu paralamıştı. İş mahkemeye döküldü. O vakitler şehrimizde henüz adliye teşkilatı da yoktu.*

Çocuk altı aya mahkum oluyor, beyefendi hazretleri de beraat ediyordu." (Mestan İsmail, 19 Mart 1911: 1-2).

Davayı yakından takip eden Hakikat gazetesi "Ankara'da Bey ve Çocuk Davası" başlıklı haberinde *"maznun Veli Bey'le şahitlerden Zeytunzade Tevfik Efendi'nin celbine"* karar verildiğini, Hoca Paşa denilen bir şahsın Ankara İstinaf Mahkemesine bir telgraf çekiğini ve kendisinin izni olmaksızın karısının kandırılıp yalancı şahitliğe götürüldüğünü yazmaktadır (Hakikat, 30 Mart 1911: 2). Yine Ankara'da devam eden söz konusu davanın şahitlerinin ifadelerine de yer verilmiştir:

> *"Zeytinoğlu (Tevfik) ile Eskişehir Müftüsü çocuğun aleyhinde ve beyefendinin lehinde yalan yere şehadet etmek üzere bize bazı teklifatta bulundular! Fakat biz Allah'tan korktuk! Bu saçtan, bu sakaldan sonra dinimizi karalamaktan ve tecdid-i iman ve nikâh etmeye mecbur olmaktan haya eyledik!* (Hakikat, 24 Mayıs 1911: 1-2).

Bunun üzerine Ankara İstinaf Mahkemesi bu şahitlerle Zeytinoğlu ve Müftü'nün muvacehesini (yüzleştirmesini) Eskişehir mahkemesine havale etmiştir. Gazete Eskişehir'de gerçekleşecek yüzleşme için *"Perşembe günü bakılacak davanın pazar günü rü'yet edileceğini işitince birdenbire inanmadık."* diyerek davanın ani bir kararla üç gün önceye alındığını belirtir. Ceza Reisi Ferid Bey; Mahkeme Azaları Derviş ve Agop Efendiler, Niyazi Bey, Hristo Efendi; çocuğun vekili ise Karabet Efendi'dir. Gazete, Tevfik Efendi'nin adam gönderip de köyden getirttiği Çakır Efe namında bir şahidin yemin esnasında Kitab'a el basarken yumruğunu sıktığını aktarmakta, bunun sebebinin ise *"böyle yaparsa yalan bile söylemiş olsa kendisini yemin çarpmazmış!!!"* şeklinde bir inanca dayandığını belirtmektedir. Gazete ayrıca vaktinden önce görülen bu davada reisin *"Şahitlere tebligat icra olunmamış. Ben bu davaya bakamam."* demesini eleştirmekte, bunu bile bile davaya başladığını ve şahidin birisini de dinlemişken mahkemeyi yarı yolda bıraktığını söylemektedir. Bu tutumu ise *"Tegalübün adaletle mübarezesi!"* yani galip, üstün kimselerin adaletle karşılıklı vuruşması, düellosu olarak nitelendirmektedir (Hakikat, 24 Mayıs 1911). Yüzleşmenin gerçekleştiğini duyuran 29 Mayıs 1911 tarihli haberde ise Zeytinzade Tevfik Efendi'nin yüzleşmeye gelmediği, bunun için 1 lira para cezası ile beraber kendisinin "ihzarına" karar verildiğini aktararak davayı naklen anlatmaktadır. Buna göre Tandırcı Ahmed Ağa eski davada ilk ifadesinin Zeytinzade Tevfik Efendi tarafından alındığını ve Zeytinoğlu'nun dört şeyi müstantike (sorgu hâkimi) söylememesini istediğini iddia etmektedir. Bu dört şey: Veli Bey'in çocuğu hizmete gönderdiğini söylemeyecek. Bey'in odasından çocuğun bağırarak çıktığını görmedim, diyecek. Zeytinzadelerden Sadık Efendi'nin ismini hiç anmayacak. Çocuğun hizmetten avdetinde beyin odasına gittiğini söylemeyecek." Tandırcı Ahmed Ağa ayrıca duruma itiraz edince Tevfik Efendi'nin *"Ben müstantikliğe haber gönderirim. Senin ifadeni yemin ettirmeden alırlar."* şeklinde teminat verdiğini iddia etmektedir.

Şahitlerden Yusuf Ağa da Müftü Efendi'nin eski dava sürecinde kendisini çağırdığını *"Veli Bey'den sen böyle bir şey umar mısın!"* dediğini anlatmıştır. Müftü Efendi'nin inkâr etmesi üzerine Rüşdiye hocasını şahit göstermiştir (Hakikat, 29 Mayıs 1911: 3).

Hakikat gazetesinin dava sürecine dair yaptığı ve yukarıda bahsedilen haberlerin gerçeğe aykırı olduğuna yönelik açılan herhangi bir dava bilgisi bulunmamaktadır. Eskişehir'in ileri gelenlerinden iki kişinin adının geçtiği bu vakayla yakından ilgilenen Hakikat gazetesi, eski davanın azaları hakkında kullandığı ifadeler nedeniyle dava edilmiştir:

> *"Memleketimizde adliye teşkilatı yapılmazdan evvel mevcut bulunan cahil, dalkavuk, garazkar birtakım uşak bozuntusu azaların vücuduyla kirli, bulaşık bir hâlde olan bir mahkeme karikatürü, apaçık bir cinayeti setr, zayıf bir masumiyeti de tecrim etmiş, sâmi'înin nefretlerine, tükrüklerine bulanmış iğrenç bir hüküm vermişti. Bu hüküm Ankara'ya istinaf edildi; vakayı yakından tanıyan halkımız, bakalım Ankara adliyesi ne yapacak diyorlardı. İşte bugün haber aldığımıza göre o riyakârane hükmün ilamını Ankara mahkemesi fesh etmiştir. Bakalım mahkemenin yeniden rü'yet olunduğundan iş nasıl bir netice alır?"* (Hakikat, 13 Mart 1911: 3).

"Heyet-i hâkimeyi tahkir ettiği iddiası üzerine" gazeteye açılan davada, söz konusu ifadelerin sadece eski mahkeme üyeleri hakkında değil bütün hâkimleri kapsayıcı nitelikte olduğuna karar verildiğinden Matbuat Kanunu'nun 28. maddesine göre itiraz yolu açık olmak üzere gazeteye 15 altın para cezası verilmiştir (Hakikat, 5 Nisan 1911: 2; Hakikat, 10 Nisan 1911: 4). Matbuat Kanunu'nun 28. maddesi; Hanedan, Meclis-i Ayan ve Meclis-i Mebusan, hâkimler ve diğer memurlar, Osmanlı ordusu ve donanması, Osmanlı ülkesindeki dost ülkeler siyasi görevlileri ve konsolosları aleyhinde neşriyattan dolayı verilecek cezaları içermektedir (Eryaman, 2020). Yaklaşık bir ay sonra gazetedeki haberden Takiyüddin Bey'in itirazı üzerine mahkemenin para cezasını 15 altından 10 altına düşürdüğü anlaşılmaktadır (Hakikat, 12 Mayıs 1911: 3). Ayrıca *"Bey ve Çocuk Mahkemesinde Ankara İstinaf mahkemesini ikaz için yazılıp tehdit telakki olunan fıkra üzerine Ceza Kanunu'nun 112. Maddesi mucibince takibi emrolunup Eskişehir Müddeiumumi Muavinliğinde hukuk-ı umumiye namına vuku bulan şikayet"* ve dava vardır. Diğer taraftan sadece mahkeme azalarını değil "*umum memurin aleyhinde hakaret-âmiz neşriyatta bulunduğu", "umum-ı memurini tezyif eden fıkralar neşrettiği", "Eskişehir ve bilumum memurin-i hükûmeti"* yerdiği iddiasıyla davalar da açılmıştır (Hakikat, 31 Mart 1911: 4; Hakikat, 12 Nisan 1911: 3; 15 Mayıs 1911: 2). Hatta 64. sayıda gazetenin *"tafsilatı tuhaf"* diyerek gelecek nüshaya aktardığı bir dava, Hakikat'in mizah köşesine dairdir. *"...Eskişehir ve bilumum memurin-i hükûmeti kadhi mutazammın olduğundan"* Matbuat Kanunu'nun 28. Maddesi'ne göre müdür-i Mesul Takiyüddin Efendi 1 lira para cezasına çarptırılır, kararın da kendi gazetesi, Tanin, Bursa ve Ankara

isimli gazetelerde yayınlanmasına ekseriyetle karar verilir (Hakikat, 12 Nisan 1991: 3). Mizah köşesinde Mesud Hakkı imzalı makalede özellikle *"Mekteb-i Hukuk'dan çıkan zevatın yüzde sekseni nereden çıktıklarını bilmeyerek çıkmış."* cümlesinin davada öne çıktığı görülmektedir. "Yüzde Seksende Kim Dâhil?" haber başlığı, aynı zamanda Takiyüddin Bey'in davada mahkeme heyetine yönelttiği sorudur. Duruşmanın anbean nakledildiği gazeteden Takiyüddin Bey'in savunmasının bir kısmı şöyledir:

"Heyet-i muhteremeniz de birinci fıkrada muharrer yüzde seksen içerisinde mi? Yoksa istisna edilen yüzde yirminin içerisinde mi dâhildir? Şayet yüzde seksenin içerisinde dâhil ise makduh olmanız itibarıyla husulü tabi olan infialden dolayı muhakeme edemeyeceğiniz tabiidir. Çünkü ortaya bir husumet çıkmış demektir. Şayet yüzde yirmide dâhil ise siz kadh olunmamış oluyorsunuz ki bu cihetle de makduh olduğu farz olunan Eskişehir mahkemesinin bu meseleyi bir cürüm addetmek imkânı yoktur." (Hakikat, 15 Mayıs 1911: 2)

Mahkemede hazır bulunanları güldürdüğü aktarılan ve *"gayet gülünç olduğu kadar garip"* olarak nitelendirilen davada Takiyüddin Bey'in *"Mekteb-i Hukuk'dan çıkan memurların yüzde sekseninin muktedir olarak çıktığını iddia eden müddeiumumi muavinliğinin de bu seksen içerisinde heyet-i muhteremelerinin dahi, dâhil olduğunu ispat etmesi lazım gelir."* sözlerinin dinleyenleri "handeler içerisinde bıraktı"ğı nakledilir. Gazete; öncesinde verilen 1 lira para cezasının kaldırılmadığını, ama "Tanin, Ankara, Bursa gazetelerinde ilamın neşir meselesinin" ortadan kaldırıldığını belirtmektedir. Buna göre ilamın başka gazetelerde yayınlanmamasını olumlu bir gelişme saydığı anlaşılmaktadır.

Memurları hedef aldığı gerekçesiyle gazeteye davalar açılırken, Takiyüddin Bey'in mesul Müdürlüğü döneminde, Hakikat gazetesi; tarizin, taşlamanın bir örneği sayılacak "Memur Efendilerimize Müjde!" başlıklı bir ilanla davalara tepkisini ortaya koymuştur. İlanda hükûmet memurlarını vazifeye davet etmek, halkı onların pençesinde ezdirmemek hususundaki çabalarına tahammül edemeyen memurların *"Yanık bağırlardan çıkan acı acı Anadolu seslerini insaf kulaklarına duyurmak için tesis olunan Hakikat"*e hücumları sebebiyle gazete kapandığında *"memurîn efendilerimizin her yaptıkları işlerin keramet olduğunu halka anlatacak Dalkavuk unvanıyla bir gazete"* çıkaracakları duyurulmaktadır (Hakikat, 18 Mart 1911: 1). Esasında elbette böyle bir gazete çıkarmayacaklardır ancak mevcut durumda kendi tabirlerince "dalkavuk" olmadıkları için gazetenin kapanacağını öngörmektedirler. Keza bu öngörü gerçekleşecek ve matbaa kapatılacaktır. Gazetenin el yazısı ile dizilmiş ve çoğaltılmış 170. sayısında Mestan İsmail Bey, "Matbaamız Niçin Kapandı?" başlıklı yazısında, süreci detaylarıyla anlatacaktır. Yine devam eden dava haberlerine göre matbaanın ortaklarından "Hacı Mustafa Beyzade Hasan Bey", İngiltere devleti tebaasından Vilfred Broks Efendi'den harman makinesi almıştır. Anlaşma gereği paranın bir kısmı verilir, bir

kısmı da makine gerektiği gibi çalışırsa verileceğine dair mukavele yapılır. Nitekim aynı kişiden evvelce de iki tane pirinç makinesi alınmış ama bozuk çıkmıştır. Söz konusu makine de bozuk çıkınca Hasan Bey, taahhüt edildiği şekilde makine iş görecek hâle getirildiği takdirde ödeme yapacağını bildirerek, vadesi gelen ödemeyi yapmaz. Makine satan kişi, buna yanaşmayıp doğrudan doğruya Hasan Bey aleyhine Eskişehir ticaret mahkemesine bir iflas davası açar. Vilfred Broks Efendi'nin vekili Lutfik kuyumciyan Efendi, Hasan Bey'in vekil-i umumisi ise Dava Vekili Takiyüddin Efendi'dir. Takiyüddin Bey *"Bir kere müvekkilim tüccar değildir; binaenaleyh tacir sıfatını haiz olmayanların iflasına hükm olunamaz.."* şeklinde savunmayı yapar ancak Hasan Bey'in iflasına ve mallarının haczine karar verilir. Gazete ise sırf matbaayı kapatmak için haksız ve kanunsuz olarak Hasan Bey'in iflasına karar verildiğini iddia etmektedir. Gazetede 300 liralık borçtan dolayı 50 bin liralık servetin haczedildiği, matbaayla alakasının kuruluşunda birkaç yüz lira teberrudan ibaretken Hasan Bey'in matbaanın sahibi olarak gösterilmesi gibi eleştiriler yer almaktadır. Neticede ise *"Eskişehir Ticaret Mahkemesinden 12 Kanunusani 327 tarihinde iflasına karar verilen ve karar-ı vâki'e adem-i kanaatle istinaf-ı dava eden Orta Mahalle'den Hacı Mustafa Beyzade Hasan Fehmi Bey'in Kütahya istinaf mahkemesinde sebk eden mahkemesi neticesinde iflas kararının ref'ine karar verilmiş"* ve sorun çözümlenmiştir (Mestan İsmail, 23 Mart 1912: 1-2; Hakikat, 26 Mart 1912: 2, 3; Hakikat, 13 Mart 1912: 3; Hakikat, 15 Mart 1912: 3).

4. SONUÇ

Türk siyasi hayatında "sopalı ve dayaklı seçimler" olarak tarihe geçen genel seçimler öncesinde, Eskişehir'de 1911'de yayın hayatına başlamış Hakikat Anadolu Sesleri gazetesinin sayfalarından izini sürdüğümüz *"Mekteb-i Hukuk'dan aliyyül a'lâ derecede mezun, birinci sınıf dava vekili"* olan Mehmet Ali Takiyüddin Bey aynı zamanda söz konusu gazetenin yazarı ve bir dönem mesul müdürüdür. Böylesine karışık bir dönemde Takiyüddin Bey; fukarasından ücret almadığı halkının hakkını hem mahkeme salonlarında hem de gazete sayfalarına yazdığı yazılarla aramıştır. Hakikat Anadolu Sesleri gazetesinin yayın çizgisi takip edildiğinde İttihatçı görüşün tabanda yayılmasına hizmet etmesi, bu kapsamda siyasi meseleleri irdelediği makaleler bir tarafa; kamu yararına bir yol takip ettiği, özellikle istismar edilmiş kadın ve çocuklar, yoksullar gibi dezavantajlı grupların; istihdam edilmeyen Türk gençliğinin sesi olduğu görülmektedir.

Takiyüddin Bey; İttihatçı bir görüşte olmakla beraber yazılarında siyasi bir taraf olmaktan ve günübirlik gelişmeleri, bugünü değerlendirmekten ziyade sorunların temelinde yatan sebeplerin teşhis edilmesi ve kalıcı çözümler üretilmesi gerektiğine dikkat çekmiştir. Ona göre ülkedeki "gizli parmaklar"dan ziyade asıl düşmanımız, yaşanılan bütün sıkıntıların nedeni cehalettir ve "âlem-i marifet", devletin temel taşı ve milletin hayat damarlarıdır. *"Maarifin kölesi olduğunu ta ilk beyannamede neşreden*

gazetemiz ve matbaamız" diyen Takiyüddin Bey; eğitimi bir milletin hürriyeti olarak değerlendirmektedir. Eğitime kaynak bulmanın yanı sıra insan kaynağının da önemine dikkat çeken yazar; şiddet uygulayan eğitimcilerin meslekten men edilmesi ve eğitimde bir daha istihdam edilmemesinin diğer öğretmenlere ders olacağını ifade etmekte, eğitimde şiddete sıfır toleransla karşı çıkmaktadır.

Yazılarında sadece geçmişi değil, içinde bulunduğu ve İttihat Terakki'nin etkin olduğu dönemi de eleştiren Takiyüddin Bey'in eleştirileri; hukuka aykırı işler ve Anadolu'nun ihmal edilişi olmak üzere iki eksende devam etmektedir. İttihat ve Terakki'yi yeri geldikçe eleştiren Takiyüddin Bey, parti içi muhalefet olan "Hizb-i Cedit" hareketine dâhil olmamıştır. Şiddet, rüşvet gibi suçların yanı sıra şehir ve çevre sorunlarını ele alan Takiyüddin Bey, tarıma yatırımı çevre ve şehircilik faaliyetlerinin önüne getirmiş, şehirleşmeyi ağaçlandırma faaliyetleriyle değerlendirmiştir.

Basını bir milletin gözü, kulağı, lisanı olarak niteleyen yazar hürriyetin hakiki manasının "lisanın serbestisî" yani ifade özgürlüğü olduğunu, özgürlüğün olmadığı bir yerde gerçek manada basından söz edilemeyeceğini vurgulamaktadır. O; kanunu, bir milletin hayatı ve ruhu olarak tanımlamakta; kendini kanunun üstünde gerenlerin sonunun utanç ve pişmanlık olduğunu vurgulamaktadır. Avukatlık mesleğinin esasının ise garibanın, güçsüzün haklarını muhafaza etmek; kendini hukukun üstünde gören, hukuk ve sınır tanımayanların zorbalıklarını, baskılarını ezmek; kendini savunamayanların imdadına yetişmek olduğunu söyleyen Takiyüddin Bey'in fukaradan ve kamu yararına davalardan ücret almadığı, hem hukukçu kimliği hem de gazeteci kimliğiyle hukukunu savunamayanların hakkını hem gazetede sayfalarında hem de mahkemede savunduğu; gazetenin ilan, haber ve yazılarından anlaşılmaktadır. Gazetede ayrıca "dava vekili" ve "avukat" terimlerinin birbirinin yerine, birbirini karşılayacak şekilde kullanıldığını tespit ettik.

Gazetede Takiyüddin Bey'e ait 38 yazı ve onun davalarıyla ilintili toplamda 83 haber, yazı, ilan tarandığında davaların yaklaşık %70'inin çocuk istismarını ifşa eden haber ve yazılarla ilintili olduğu görülmektedir. Esasında gazete kadın ve çocuk mağduriyetlerine sıklıkla eğilmekle birlikte bu davalar; yalnızca Ankara İstinaf Müddeiumumisi gibi makam sahibi birinin ve Eskişehir'in ileri gelenlerinden bir kimsenin çocuk istismarına yönelik yayınlanmış haber ve yazılar kapsamında açılmış davalardır. Söz konusu gazetenin sayfalarında davalara ait duruşmaların seyri; -mahkeme heyetinin müzakere odasında kaç dakika kaldığına kadar- detaylarıyla yer almış, âdeta halka açık bir mahkeme kurulmuştur. Bu mahkemenin hâkimi ise halkın vicdanıdır.

Takiyüddin Bey 1917'de Eskişehir sancağı Meclis-i Umumi encümen-i liva azalarından "reis-i sâni" olarak Osmanlı'nın kurulduğu topraklar ve "ilk payitahtı" şeklinde nitelediği Eskişehir'e dair hayallerini Meclis'e sunmuş, Eskişehir'in imar ve eğitiminin şekillenmesinde rol almıştır.

Sonuç olarak Takiyüddin Bey; gazeteci kimliğiyle "Anadolu'nun acı hakikatinin sesi", fukara dostu bir dava vekili olarak "halkın avukatı"dır. Sadece dönemine değil esasında avukatlık meslek ahlakının korunmasında ve mesleğin sorunlarına çözüm üretilmesinde günümüze de bir vizyon sunan Takiyüddin Bey derinlemesine araştırılması gereken rol model bir şahsiyettir.

KAYNAKÇA

Akyıldız, Ali, "Meclis-i Meb'ûsan", TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 28, Türkiye Diyanet Vakfı, Ankara 2003, s. 245-247.

Akün, Ömer Faruk, "Nâmık Kemal", TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 32, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul, 2006, s. 361-378.

Artukoğlu, M. N. (2019). Osmanlı yargı teşkilatında avukatlık kurumunun gelişimi. Yüksek lisans tezi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Erzincan.

Apak S. ve Tay A. (2012). Osmanlı Devleti'nin 19. yüzyıldaki finansal sisteminde Osmanlı Bankası'nın yeri ve faaliyetleri. Muhasebe ve Finans Tarihi Araştırmaları Dergisi , (3) , 63-103 .

Aydın, H. V. (2020). Yerel basının gözünden Balkan Savaşları arifesinde bir Balkan kenti: Serez, Humanitas, 8 (18), 1-17.

Ayyıldız, Erol, "Matbuat", TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 28, Türkiye Diyanet Vakfı, Ankara, 2003, s. 119-121.

Bay, A. (2014). Osmanlı toplumunda evlatlıklar ve hukukî durumları. Turkish Studies, 9 (4), 149-163.

BEBKA Seyitgazi ilçe raporu. https://www.bebka.org.tr/admin/datas/sayfas/198/seyitgazi-ilce-raporu_1568787856.pdf adresinden erişildi. (ET: 20.02.2022).

Birinci, Ali, "Lutfi Fikri", TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 27, Türkiye Diyanet Vakfı, Ankara, 2003, s. 233-234.

Buçukcu, Ö. (2012). II. Meşrutiyet Dönemi Osmanlı hükümetleri ve Osmanlı dış politikası (1908-1913). Yüksek lisans tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara.

Çiftçi, A. (2016). İttihat ve Terakki Cemiyeti'nin örgütlenme ve yönetim yapısı içinde kulüplerin yeri. Selçuk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi, (37) , 115-141.

Çilingir, H. (2019). Zekâta muhtaç donanma, donanmaya muhtaç devlet II. Meşrutiyet Devri Osmanlı Devleti'nde İane-i Donanma'ya zekât meselesi. İnsan ve Toplum, 9 (4), 53-86.

Çoruk, A. Ş. (Ed.) (2013). Eskişehir'de bir dönemin aynası Hakîkat Gazetesi (1911-1912) çevrimyazı. İstanbul: Eskişehir 2013 Türk Dünyası Kültür Başkenti Ajansı Yayınları.

Çoruk, A. Ş. (Ed.) (2013). Eskişehir'de bir dönemin aynası Hakîkat Gazetesi (1911-1912) tıpkıbasım. İstanbul: Eskişehir 2013 Türk Dünyası Kültür Başkenti Ajansı Yayınları.

Demir, K. (2019). II. Meşrutiyet Dönemi Osmanlı basınında tütün tarımı ve reji şirketi. Balıkesir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 22 (41), 419-445.

Devellioğlu, F. (Ed). (2017). Osmanlıca-Türkçe ansiklopedik lûgat eski ve yeni harflerle. (33. baskı. s.1-1393). Ankara: Aydın Kitabevi.

Dilçin, C. (1992). Örneklerle Türk şiir bilgisi. Ankara: Türk Dil Kurumu Yayınları.

Durhan, İ. (2004). Ülkemizde avukatlık kurumunun tarihsel gelişimi. AÜEHFD, 8 (3-4), 23-46.

Eryaman, A. (2020). 1909 Matbuat Kanunu matbuat hürriyeti getirdi mi? İkinci Meşrutiyet Osmanlı Meclisi Mebusan'ında "matbuat hürriyeti" tartışmaları (1909-1914). (48), 43-63.

Gülsoy, U. (2018). Cizye'den vatandaşlığa: Osmanlı gayrimüslimlerinin askerlik serüveni. https://www.altayli.net/cizyeden-vatandasliga-osmanli-gayrimuslimlerinin-askerlik-seruveni.html adresinden erişildi. (ET: 21.07.2022).

Gündüz M. (2010). Tanzimat'tan Cumhuriyet'e eğitim sisteminin finansmanını sağlama düşünce,öneri ve uygulamaları (1860-1930). Education Sciences, 5 (4), 1658-1669.

Güven, Ö. (2019). Bankacılık tarihi gelişmeleri. Yüksek lisans tezi, Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi, Tekirdağ.

Hacısalihoğlu, M. (2008). Jön Türkler ve Makedonya sorunu (1890-1918). İstanbul: Tarih Vakfı Yurt Yayınları.

Hanioğlu, M. Şükrü, "İttihat ve Terakkî Cemiyeti", TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 23, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul 2001, s. 476-484.

Işıktaç, Y. (1998). Bir hukuk tanımı vermenin zorunluluğu. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(2), 0-0. Retrieved from https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd/issue/48138/608879 adresinden erişildi. (ET: 21.07.2022).

Karabulut, U. (2013). Muhâmât Kanunu: Türkiye'de avukatlık kurumunun düzenlenmesi ve İstanbul Barosunda yaşanan tasfiyeler. Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi Journal Of Modern Turkish History Studies, (27), 79-104.

Koylu, Z. (2008). XX. yüzyılın başlarında Eskişehir. Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, 24 (71), 381-411.

Malhut, M. (2009). Meclis-i Mebusan'da imtiyazlar sorunu ve tartışmaları (1908-1914). Yüksek lisans tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir.

Manav, N. (2017). II. Meşrutiyet'te Abdülhamid Dönemi kadrolarının tasfiyesi ve tekaüd sandıkları. Bilecik Şeyh Edebali Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2 (1), 240-260.

Mazıcı, N. (1996). 1930'a kadar basının durumu ve 1931 Matbuat Kanunu. Atatürk Yolu Dergisi, 5 (18), 131-154.

Mehmetefendioğlu, A. (1996). İkinci Meşrutiyet döneminde Osmanlı hükümetleri ve İttihat ve Terakki. Doktora tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir.

Nalcı A. ve Gün D. (2018). Modernleşme yolunda Osmanlı Devleti maarifinin finansman sorunu: Malatya Rüşdiyesi örneği. Journal of History Studies, (1), 101-123.

Oktar S. ve Varlı A. (2009). İttihat ve Terakki Dönemi'nin ulusal bankası: Osmanlı İtib ar-ı Millî Bankası. Marmara Üniversitesi İ.İ.B.F. Dergisi, 27 (2), 01-20.

Ortabağ, E. (2018). Osmanlı İmparatorluğu'nda bankacılığın gelişimi ve regülasyon. İstanbul: Türkiye Bankalar Birliği.

Ortaylı, İ. (1997).Osmanlı devletinde laiklik ve hukukun romanizasyonu. Erdem Dergisi, 9 (27). 1201-1208.

Ortaylı, İ. (2000). Osmanlı toplumunda aile. İstanbul: Pan Yayıncılık.

Ortaylı , İ. (2007). Batılılaşma yolunda. İstanbul: Merkez Kitaplar.

Öngüç, B. (2021). 1912 seçimleri: demokratik seçim ilkeleri ışığında kısa bir inceleme. Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7 (2), 307-323.

Özel, Ahmet, "Cihad", TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 7, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul, 1993, 527-531.

Özkorkut, N. Ü. (2003). Savcılık, avukatlık ve noterlik kurumlarının Osmanlı Devleti'ne girişi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 52 (4), 147-154.

Öztatar, H. (2011). Türkiye'de avukatlık mesleği ve sorunları. Bilim uzmanlığı tezi, İnönü Üniversitesi, Malatya.

Öztürk, F. (2017). Osmanlı Devleti'nin adli modernleşme sürecinde avukatlık mesleği. Yüksek lisans tezi, Gazi Üniversitesi, Ankara.

Sarı, S. (2020). 1912 seçimlerinde Eskişehir'de İttihatçı bir gazete: Hakikat Anadolu Sesleri. Takvim-i Vekayi, 8 (2), 132-157.

Sunay, S. (2018). Son dönem Osmanlı taşra hapishanelerine bir örnek: Bolvadin Hapishanesi. Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 20 (1), 43-66.

T.C. Adalet Bakanlığı. (2015). Hukuk sözlüğü. https://sozluk.adalet.gov.tr adresinden erişildi. (ET:13.07.2022)

Tetik, A. ve Gürler, M. ve Aksu, Ç. (2008). Ermeni komitelerinin amaçları ve eylemleri (Meşrutiyet'in ilanından önce ve sonra). Ankara: Genelkurmay Askerî Tarih ve Stratejik Etüt Başkanlığı Yayınları.

Topci, E. (2019). 20. yüzyıl Osmanlı Devleti'nde kurumlara zekât verilmesi ile ilgili tartışmalar: donanma örneği. Yüksek lisans tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul.

Turan, F. (2020a). Kimmiş asıl aynasız!, Eskisehir.Net Dergi, (21) 30-31.

Turan, F. (2020b). Korona değil kolera1-Bir salgının ortasında cesur bir Osmanlı gazetecisi. Eskisehir.Net Dergi, (14) 44-45.

Turan, F. (2020c). Ah tren kara tren! Odur "Alman Mektebi"ni getiren. Eskisehir.Net Dergi, (22) 40-41.

Turan, F. (2021a). Osmanlı basınında kuruluş ve Türklüğün başkenti. Fetih ve Medeniyet T.C. Eskişehir Valiliği Şehir ve Değer Araştırmaları Dergisi, (1), 130-140.

Turan, F. (2021b). 100 yıl önce şiddet suçuna "meslekten men" cezası ve Osmanlı muallimleri, Eskisehir.Net Dergi, (25), 30-31.

Turan, F. ve Tapmaz, A. ve Sözsöy, Ş. (2017). Eskişehir'de demiryolu "Hakikat"i. Sözlü bildiri, II.Uluslararası Anadolu Uygarlıkları Sempozyumu, 27-28 Nisan 2017, Çorum.

Turan, F. ve Yalçın E. B. (2018). Fen eğitiminde millîlik: tarihî bir gazetedeki ilaç ilanlarının farmakolojik açıdan incelenmesi. Sözlü bildiri, Türk Eğitim Kongresi, 27-28 Aralık 2018, İstanbul.

Turan F.ve Aydın E. (2020). Tarihî bir gazeteden toplumsal cinsiyet analizi: "bizde kadınlık". 3. Uluslararası Akademik Araştırmalar Kongresi 20-22 Temmuz 2020 içinde (s.317-331). Bolu.

Türk Hukuk Lügati (1991). Başbakanlık Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü, 3. Baskı, Ankara.

Uçak, O. ve Erkal, A. (2019). Osmanlı'dan günümüze Türkiye'de yerel basının gelişim süreci. Selçuk İletişim, 2019, 12 (1), 92-122 https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/637269 adresinden erişildi. (ET:14.05.2022)

Uludağ, Süleyman, "Muhib", TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 31, Türkiye Diyanet Vakfı, Ankara, 2020, s. 34.

Usta, T. (2018). İttihat ve Terakki: zihniyet ve siyaset. Yüksek lisans tezi, Cumhuriyet Üniversitesi, Sivas.

Varlık, M. B. (2003). Eskişehir basın tarihi üzerine biyografik notlar. Kebikeç, (15), 185-190.

Yakut, E. ve Çağlayan Aygün, G. (2018).Osmanlı hukukundan günümüze evlât edinmenin miras hukukuna dayalı sonuçları. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 26 (1), 11-46.

Yakut, K.ve Halıcı Ş. (2009). Eskişehir sancağı genel meclis kararları 1915-1916-1917. 1917 Âdi ve fevkalade bütçeleri (s. 2). Eskişehir: Eskişehir Büyükşehir Belediyesi Yayını.

Yılmaz, Y. (2014). Turancı sosyalist Ethem Nejat. İstanbul: İleri Yayınları.

Yiğit, Y. (2014). İttihat ve Terakki Fırkası içinde parti içi muhalefet: Hizb-İ Cedit hareketi . Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi, 14 (28), 103-125.

Yörük, A.A. (2008). Mekteb-i Hukuk'un kuruluşu ve faaliyetleri (1878-1900). Yüksek lisans tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul.

Yücel, G. (2020). İttihat ve Terakki Cemiyeti'nin ideolojik terkibinde üç tarz-ı siyaset: Osmanlıcılık, İslamcılık ve Türkçülük. Akademik Hassasiyetler, 7(14), 493-518. Retrieved from https://dergipark.org.tr/tr/pub/akademik-hassasiyetler/issue/58511/814989 (ET:15.07.2022)

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA ANAYASA MAHKEMESİNİN BİREYSEL BAŞVURU KARARLARINDA SOSYAL HAKLARIN DOLAYLI KORUNMASI

Dr. Öğr. Üyesi Tijen DÜNDAR SEZER*

Özet

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru yolunda konu bakımından yetkisi, -1982 Anayasası'nın 148. maddesi uyarınca- Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) kesişim alanında yer alan temel hak ve özgürlüklerle sınırlı tutulmuştur. Anayasamızda kişisel, siyasal, ekonomik ve sosyal haklar garanti edilmekle birlikte AİHS'nde kural olarak kişisel ve siyasal haklar yer almaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), 1970'li yılların sonundan itibaren Sözleşme'de yer alan haklara ilişkin olarak devletlerin pozitif yükümlülükleri bulunduğu konusunda içtihat geliştirmiş ve kişisel/siyasal haklarla ekonomik/sosyal haklar arasında kesin bir sınır çizilemeyeceğini tespit etmiştir. Bu bağlamda insan haklarının bütünselliği ilkesinin Sözleşme içtihadına etki ettiği belirtilebilir. Bununla birlikte sosyal hakların AİHM içtihadında dolaylı korunması 2000'li yıllarda ivme kazanmıştır. Sosyal hakların dolaylı olarak Sözleşme kapsamına alınması öncelikle Sözleşme'de garanti edilen hakların kapsamlarının sosyal hakların belirli unsurlarını içerecek şekilde yorumlanması ile sağlanmıştır. Sosyal hakların dolaylı olarak korunmasının diğer başlıca yöntemleri, ayrımcılık yasağı veya adil yargılanma hakkı yoluyla koruma sağlanmasıdır.

Bu bilgiler ışığında çalışmamızın amacı AİHM'nin sosyal haklar konusundaki içtihadının Türk Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarına ne ölçüde yansıdığının ortaya konulmasıdır. Anayasa Mahkemesinin ilk bireysel başvuru kararlarında çekingen bir tutum sergilenmekle birlikte, AİHM içtihadı takip edilmektedir. AİHM kararlarına paralel olarak çalışma hakkı, sağlık hakkı, konut hakkı ve sosyal güvenlik hakkına ilişkin belirli unsurlar Anayasamızda yer alan yaşam hakkı, maddi ve manevi varlığın geliştirilmesi/korunması hakkı, kötü muamele yasağı, özel yaşam üzerinde hak, konut dokunulmazlığı ve mülkiyet hakkı kapsamında incelenmekte, kabul edilebilirlik/ihlal kararları verilmektedir. Ayrıca, sosyal haklara ilişkin hususlarda ayrımcılık yasağının veya adil yargılanma hakkının ihlali iddialarının karara bağlanması sonucunda da sosyal hakların dolaylı korunması gerçekleşmektedir.

Çalışmamızda AİHM içtihadı ışığında Anayasa Mahkemesi karar örneklerine yer verilerek, Anayasa Mahkemesinin sosyal haklar konusundaki içtihadının gelişmesi için değerlendirme ve önerilerde bulunulacaktır. Bu bağlamda Anayasamızda yer alan

* Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, tijensezer@hotmail.com, ORCHID: 0000-0002-1944-1186.

hükümler ile sosyal haklara ilişkin uluslararası insan hakları hukukundaki son gelişmeler esas alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Sosyal haklar, dolaylı koruma, sosyal hakların dava edilebilirliği, bireysel başvuru.

GİRİŞ

Sosyal haklarla klasik haklar arasındaki farklılıklardan yola çıkılarak sosyal hakların dava edilebilirlik özelliklerinin bulunmadığı çeşitli yazarlar tarafından ileri sürülmüştür. AİHS kural olarak klasik hakları garanti eden bir metin olmakla birlikte, 1970'lerin sonlarından itibaren AİHM, insan haklarının bütünselliğini ve klasik haklar konusunda devletlerin pozitif yükümlülükleri bulunduğu anlayışını ortaya koymuştur. Bu bakış açısı sosyal hakların belirli yönlerinin AİHS kapsamında dolaylı korunmasını sağlamış ve genel olarak sosyal hakların dava edilemezliği tezlerine önemli bir yanıt olmuştur.

Türk Anayasa Mahkemesi, 2010 Anayasa değişikliklerini takiben, 2012 yılından beri bireysel başvurular sonucunda kararlar vermekte ve AİHM'nin sosyal hakların dolaylı korunmasına ilişkin içtihadını takip etmektedir. Hem AİHM hem de Anayasa Mahkemesinin içtihadında gelgitler bulunsa da temelde üç yöntem kapsamında sosyal haklar klasik haklar kapsamında/aracılığı ile korunmaktadır.

Çalışmamızda AİHM ve Anayasa Mahkemesinin içtihadı ışığında sosyal hakların dolaylı korunmasına ilişkin yöntemler aktarılarak, sosyal hakların dava edilebilirliğine katkı sağlanması açısından bazı eleştiri ve öneriler ortaya konmuştur.

I. SOSYAL HAKLARIN GARANTİ EDİLMESİ VE DAVA EDİLEBİLİRLİĞİNE İLİŞKİN GENEL ÇERÇEVE

Sosyal haklar, ekonomik ve sosyal eşitsizliklere tepki niteliğinde olan ve sosyal eşitsizliği azaltmaya, sosyal adaleti, herkese insan onuruna uygun bir yaşam seviyesi sağlamaya yönelik olan haklardır.[1]

İnsan haklarının tarihsel gelişimi içinde 18. ve 19. yüzyıllarda klasik haklar (kişisel ve siyasal haklar) insan hakları belgeleri ve ilk Anayasalarda garanti edilmiştir. Bununla birlikte klasik hakların toplumların büyük kesiminin yaşamlarını büyük ölçüde değiştirmemesi gerçeği karşısında, 19. yüzyılda sosyal haklar özellikle işçi sınıfı tarafından talep edilmiştir.[2] 20. yüzyılın ilk yarısında sosyal devlete ilişkin gelişmeler bazı Anayasalarda sosyal hakların garanti edilmesini sağlamıştır.[3] İnsan haklarının

[1] Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara-2017, s. 153 vd.; Nihat Bulut Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar, İstanbul-2009, s. 56; Ali Güzel, Sosyal Devlet ve Sosyal Haklar, içinde: Kaboğlu, İbrahim (ed.), Anayasal Sosyal Haklar, Legal- 2012, s. 279.

[2] Bülent Tanör, Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, İstanbul-1978, s. 64 vd.

[3] Almanya/1919, Meksika/1917, Romanya/1923, Estonya, Yugoslavya, Polonya/1921 ve İspanya /1931 Anayasaları; bkz. Münci Kapani, Kamu Hürriyetleri, Ankara-1993, s. 56.

uluslararası alanda garanti edilmesi ise kural olarak 2. Dünya Savaşı sonrasında, 20. yüzyılın ikinci yarısında gerçekleşmiştir.

Anayasalar ve uluslararası belgeler/sözleşmeler bazında sosyal haklara ilişkin önemli gelişmeler ve direnç eş zamanlı olarak karşımıza çıkmaktadır.[4] 1948 tarihli Amerikan Devletleri Örgütü nezdinde kabul edilen Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirgesi ile aynı tarihli Birleşmiş Milletler (BM) İnsan Hakları Evrensel Bildirisi[5] (İHEB) klasik haklarla birlikte kapsamlı bir sosyal haklar kataloğuna yer veren ilk hukuksal belgelerdir. Bu metinlerin ardından, uluslararası örgütler nezdinde uluslararası sözleşme yapılması aşamasına geçildiğinde birinci ve ikinci kuşak hakların aynı metinlerde garanti edilmesi mümkün olmamıştır. BM nezdinde 1966 tarihli ikiz sözleşmeler olan Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (KSHS) ile Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (ESKHS) birinci ve ikinci kuşak hakları ayrı ayrı garanti etmiştir.[6] Böylelikle devletlere taraf olma konusunda tercih hakkı tanınmıştır. Avrupa Konseyi (AK) nezdinde ise 1950 tarihinde imzalanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) kural olarak kişisel ve siyasal hakları garanti etmektedir. Konsey nezdinde sosyal hakları garanti eden Avrupa Sosyal Şartı (ASŞ) 1961 tarihinde imzaya açılmıştır.

Sosyal hakların pek çok yazar tarafından ve uygulamada üvey evlat muamelesi görmesinin nedenlerinin başında bu hakların klasik haklardan ayrıldığı kabul edilen bir takım niteliklerinin bulunmasıdır. Doktrinde bu özellikler başlıca; sosyal hakların olumlu edimler gerektirmesi, devlete mali külfet getirmesi, soyut nitelikte oluşları, kapsamlarını belirlemenin zorluğu, dava edilebilirlik ve doğrudan uygulanabilirlik özelliklerinin bulunmaması şeklinde sıralanmıştır.[7] Bilindiği gibi insan hakları hukuku hızla gelişmekte olan bir alandır ve zaman içinde 1970'li yıllardan itibaren kişisel ve siyasal hakların da devlete olumlu yükümlülükler yüklediği, bu haklar için de çoğu kez devletin para harcaması gerektiği uluslararası insan hakları içtihadıyla ortaya çıkmıştır. Üstelik sosyal hakların bazıları negatif statü hakları niteliğindedir. Soyut olma özelliği ve kapsamın belirlenmesinin zorluğu ise klasik haklar için de büyük ölçüde geçerli olan bir olgudur.[8]

[4] Bu noktada bir not düşmemiz gerekirse, her ne kadar sosyal haklar klasik haklara nazaran üvey evlat muamelesi görse de sosyal haklar konusundaki uluslararası çabalar 1919 yılında Uluslararası Çalışma Örgütünün kurulmasıyla aslında klasik haklara ilişkin uluslararası gelişmelerden önce başlamış bulunmaktaydı. Kişisel haklara ilişkin uluslararası alandaki gelişmeler, II. Dünya Savaşı öncesinde köleliğin kaldırılması çabaları ile sınırlıdır

[5] Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirgesi 02.05.1948 tarihli olup, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ise 10.12.1948 tarihinde BM Genel Kurulunda kabul edilmiştir.

[6] Asborn Eide, Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights, in: Asborn Eide- Catarina Krause-Allan Rosas (edited), Economic, Social and Cultural Rights, Netherlands-1995, s. 22-24.

[7] Bkz. Bülent Algan, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, Ankara- 2007, s. 127 vd.; Yuval, Shuny, Stuck in a Moment in Time: The International Justiciability of Economic, Sociay and Cultural Rights in: Barak-Erez, Daphne– Gross, Aeyal, Exploring Social Rights, Between Theory and Practice, Oxford-2007, s. 82; Martin Scheinin, Economic, Social and Cultural Rights as Legal Rights, in: Asborn Eide- Catarina Krause- Allan Rosas (edited), Economic, Social and Cultural Rights, Netherlands-1995, s. 41-43.

[8] Shuny s. 78 vd; Algan, s. 127 vd; Tijen Dündar Sezer, Uluslararası Sözleşmeler Işığında 1982 Anayasasında Konut Hakkı, Prof. Dr. Zafer Gören'e Armağan, Yetkin-2017, s. 621; Maija Dahlberg, Should Social Rights be Included in Interpretations of the Convention by the European Court on Human Rights?, European Journal of Social Security, Y.

Sosyal haklara ilişkin gelişmeler çerçevesinde öncelikle 1970'lerin sonlarından itibaren klasik haklarla sosyal haklara aynı metin içinde yer veren uluslararası insan hakları sözleşmeleri kabul edilmiştir. (Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı, BM Çocuk Hakları Sözleşmesi, BM Engelli Hakları Sözleşmesi gibi). BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi (ESKHK) genel yorumlarıyla sosyal hakların kapsamlarını ve sınırlarını ortaya koymuş, genel prensipler belirlemiştir. Bu bağlamda ESKHS 2. maddesi bağlamında ve ESKHK'nin 3 no'lu genel yorumu (1990) ışığında sosyal haklar konusunda devletlerin hareketsiz kalamayacağı, hakları aşamalı olarak ve asgari gereklilik düzeyinde gerçekleştirme mecburiyeti ortaya konmuştur.

1993 yılında 171 ülke temsilcilerinin katıldığı Dünya Konferansında kabul edilen Viyana Deklarasyonu ve Eylem Planı'nda bütün insan haklarının bölünmez, karşılıklı bağımlı ve birbirlerine bağlı oldukları teyit edilerek, kişisel siyasal, ekonomik ve sosyal hakların hepsine ilişkin koruma, uygulama ve geliştirme konusunda eşit özen gösterilmesi gerekliliği kabul edilmiştir. [9]

Sosyal hakların dava edilebilirliğine ilişkin gelişmeler ise, özellikle 1990'lı yıllardan sonra hızlanmıştır. ESKHK'nin 9 no'lu genel yorumu ile Sözleşmede yer alan tüm sosyal hakların en azından bir ölçüde dava edilebilirlik niteliğine sahip olduğu tespit edilmiştir. Yine 9 no'lu genel yorum ile doğrudan uygulanabilirlik açısından da Sözleşmede yer alan haklarla klasik haklar arasında önemli ölçüde fark bulunmadığı belirlenmiştir.[10]

1995 yılında ek protokolle Avrupa Sosyal Şartı kapsamında kolektif şikayet yolunun ve 2008 tarihli ek protokolle BM ESHKS kapsamında bireysel başvuru yolunun kabul edilmesi sosyal hakların yarı yargısal organlar önünde dava edilebilirliğini sağlamış ve yeni bir çığır açmıştır. Ayrıca BM temel insan hakları sözleşmelerinden Çocuk Hakları Sözleşmesi (ÇHS), Engelli Hakları Sözleşmesi, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Engellenmesi Sözleşmesi[11] (CEDAW) çerçevesinde bireysel başvuru yoluyla yarı yargısal organlar önünde sosyal haklar dava edilebilmektedir. Bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) sosyal hakların dolaylı korumasına ilişkin içtihadının

2014, V. 16, N. 3, s. 255, 256; Victoria Hamlyn, The Invisibility of Human Rights: Economic, Social and Cultural Rights and the European Convention on Human Rights, Bracton Law Journal, Y. 2008, V. 40, s. 14, 15.

[9] BM Genel Kurulu kişisel ve siyasal haklar ile ekonomik ve sosyal hakları iki ayrı Sözleşme ile garanti etme kararı almış olsa da, eşzamanlı olarak insan haklarının bölünmezliğine dair karar (resolution) çıkartmıştır ve sonraki yıllarda da Genel Kurul kararlarıyla bu vurguyu yapmıştır. Bkz. Asbjorn Eide-Allan Rosas, Economic, Social and Cultural Rights: A Universal Challenge in: Asborn Eide- Catarina Krause-Allan Rosas (edited), Economic, Social and Cultural Rights, Netherlands-1995, s.15; Elizabeth Koch, Human Rights as Indivisible Rights, The Protection of Socio-Economic Demands under European Convention on Human Rights, Netherlands-2009, s. 1; Philip Alston, Economic and Social Rights in: Lois Henkin – John Lawrence (ed.), Human Rights: An Agenda For the Next Century, Washington-1994, s. 148.

[10] Dündar Sezer, s. 651.

[11] CEDAW'da hakların garanti edilmesinden ziyade, haklar konusunda kadın ve erkek arasında ayrımcılık yapılmaması ve eşit haklar sağlanması garanti edilmektedir.

sosyal hakların dava edilebilirliği lehine çok önemli bir argüman sunduğu doktrinde belirtilmektedir.[12]

2022 yılı itibariyle 171 devletin ESKHS'ne, ABD dışında 196 devletin ÇHS'ne, 189 devletin CEDAW'a taraf olduğu göz önüne alındığında bu tablo bize insan haklarının bölünmezliğinin de büyük ölçüde kabul edildiğini göstermektedir.

II. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE SOSYAL HAKLARIN DOLAYLI KORUNMASI

AİHS ve ek protokolleriyle kural olarak kişisel ve siyasal haklar garanti edilmekte, sosyal haklar içinde ise sendika hakkı ve eğitim hakkına yer verilmektedir.[13]

Bilindiği gibi, AİHS'nin diğer insan hakları sözleşmelerinden ayrılan en önemli özelliği, Sözleşme ile ilk kez etkili uluslararası bir denetim mekanizması ve yargısal bir organ (AİHM) kurulmuş olmasıdır. Denetim mekanizmasının yaşama geçmesini takiben farklı tekniklerle sözleşmede yer alan hakların kapsamları gittikçe daha geniş yorumlanmıştır.

AİHM'ye göre Sözleşme yaşayan bir metindir ve günün hayat şartlarında yorumlanması gereklidir. Bu bağlamda AİHM dinamik ve evrimsel bir yorum metodu kullanmaktadır.[14]

Sosyal hakların AİHS çerçevesinde dolaylı korunması; sosyal hakların belirli unsurlarının Sözleşmede yer alan kişisel hakların geniş yorumuyla Sözleşme kapsamında kabul edilmesi veya sözleşmedeki haklar aracılığı ile korunması anlamını taşımaktadır. Dolaylı koruma Fransızca'da yansımalı koruma olarak adlandırılmaktadır.[15]

AİHM bazı kararlarında her ne kadar açıkça sosyal hakların Sözleşme kapsamında korunmadığını belirtse de[16], pek çok kararında sosyal hakların belirli unsurlarını Sözleşme kapsamında görerek kabul edilebilirlik kararları ve ilgili haklara yönelik haksız müdahaleler sebebiyle ihlal kararları vermiştir. Bu bağlamda Mahkeme, sosyal konulara ilişkin tamamıyla aktivist bir yaklaşım sergilemeden, klasik haklar kapsamında/aracılığıyla sosyal hakları belirli bir derecede korumaktadır. Bu korumanın kapsamı ise bazen çok sınırlı bazense oldukça geniş olabilmektedir.[17]

AİHM'nin sosyal hakların belirli unsurlarını koruyan kararlar vermesinde ilk belirleyici etken, Mahkemenin evrimsel yorum metodu çerçevesinde Sözleşme' de yer alan haklara ilişkin devletlerin pozitif yükümlülükleri olduğunu belirlemesidir.

---

[12] Shuny, s. 79; Alston, s. 139.
[13] Feyyaz Gölcüklü-Şeref Gözübüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara-2004, s. 12.
[14] Gölcüklü/Gözübüyük, s. 140-142; Koch, s. 38.
[15] Eva Brems, Indirect Protection of Social Rights by the European Convention on Human Rights in: Barak-Erez, Daphne – Gross, Aeyal, Exploring Social Rights, Between Theory and Practice, Oxford-2007, s. 138; Şirin, Tolga, Bir İhtimal Daha Var O da Ölmek Mi Dersin? (Sosyal İnsan Hakların Anayasa Şikayeti Yoluyla Dava Edilebilirliği Lehine Tezler ve Öneriler, VI. Sosyal İnsan Hakları Sempozyumu, 13-14 Kasım 2014, Petrol İş Yay:119, İstanbul-2014, (Bir İhtimal), s. 348
[16] Brems, s. 137; bkz. Pancenko/Letonya, 40772/98, 28.10.199.
[17] Brems, s. 137.

Jellinek'in üçlü hak sınıflandırmasında, negatif statü haklarına ilişkin söz konusu olan devletin bu haklara salt dokunmaması yükümlülüğü, 1970'lerin sonlarından itibaren AİHM içtihadıyla aşılmıştır ve negatif statü hakları alanında da devletlerin pozitif yükümlülükleri bulunduğu anlayışı benimsenmiştir.[18] Pozitif yükümlülükler, klasik haklar alanında da çoğu kez devletin mali külfet altına girmesini gerektirmektedir. Böylelikle pozitif yükümlülüklerin sosyal haklara rezerve edilen ödevler olduğu anlayışı tarihe karışmıştır.[19] Klasik haklar alanında devletlerin pozitif yükümlülüklerinin olduğunun belirlenmesi, genel olarak, sosyal hakların dava edilebilirliği konusunda da önemli bir argüman olmuştur. Çünkü sosyal hakların çoğunun aksine klasik hakların devlete mali külfet getirmemesi, sosyal hakların dava edilemezliği lehine getirilen en önemli görüşlerden birisiydi.[20]

Pozitif yükümlülükler anlayışı dışında yine 1970'lerin sonlarından itibaren AİHM, insan haklarının bölünmezliğini ve birbiri ile olan ilişkisini de kabul ediyor görünmektedir. Bir diğer deyişle insan haklarının bölünmezliği, sosyal hakların belirli unsurlarının Sözleşme kapsamında kabul edilmesini kaçınılmaz kılmıştır.[21]

Söz konusu iki anlayışı yansıtan emsal karar 1979 tarihli Airey/İrlanda kararıdır.[22] Karara konu olan olayda başvurucu olan Bayan Airey kocasından şiddet görmekte ve boşanmak istemektedir. Ancak sadece Yüksek Mahkeme önünde gerçekleşebilecek boşanma önemli ölçüde bir maliyeti gerektirmekte, başvurucu mali durumundan ötürü avukat tutamamaktadır; bu yüzden boşanmanın gerçekleşmesi ve eşin eve gelmesinin engellenmesi mümkün olamamıştır. Airey davasında, başvurucunun adli yardımdan yararlanma imkanının ve mahkemeye etkili erişiminin bulunmaması Sözleşmenin 6. (adil yargılanma hakkı) ve 8. (özel yaşam üzerindeki hak) maddelerinin ihlaline ilişkin kararla sonuçlanmıştır. Her ne kadar 6. madde, medeni haklara ilişkin konularda adli yardım zorunluluğu getirmese de belirli durumlarda, 6. maddenin bu yükümlülüğü içereceği belirlenmiştir.

AİHM kararında öncelikle "*Sözleşme'nin teorik ya da hayali hakları değil, pratik ve güvenceli olan hakları garanti altına aldığı"* olgusu tekrarlanmıştır. Kararda, pozitif yükümlülüklere ilişkin şu tespit yapılmıştır: *"Sözleşme ile üstlenilen bir taahhüdün yerine getirilmesi bazı hallerde devlet tarafından pozitif tedbirlerin alınmasını gerektirir, bu gibi durumlarda devlet pasif bir durum takınmakla yetinemez."*[23] Hakların bütünselliğine

[18] AİHM kararlarının ardından AmİHM ve BM İHK de klasik haklar alanında devletlerin pozitif yükümlülükleri bulunduğu anlayışını benimsemiştir. Shuny, s. 102.
[19] Bates, s. 346
[20] Shuny, s. 102.
[21] Brems, s. 138.
[22] Airey /İrlanda, 6289/73, 09.10.1979; Karar ve kararın önemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ed Bates, The Evolution of the European Convention on Human Rights, From its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights, Oxford-2010, s. 341 vd; Jean-François Akandji-Kombe, Sosyal Hakların Uluslararası Kaynakları, içinde: Kaboğlu, İbrahim (ed.), Anayasal Sosyal Haklar, Legal- 2012., s. 43.
[23] par. 25

ilişkin ise Mahkeme, *" Sözleşmede yer alan kişisel ve siyasal hakların çoğunun sosyal ve ekonomik anlamda etkilerinin olduğunu, sosyal ve ekonomik haklar alanına uzanan yorumun, bu yorum aleyhinde belirleyici faktör olamayacağını; siyasal hakların alanıyla ekonomik ve sosyal haklar alanının kesin bir çizgiyle birbirinden ayrılmadığını*" belirtmektedir.[24] Bir diğer deyişle AİHM, bireyin somut surette ve gerçek şekilde korunmasını amaç edinen Sözleşme'de her ne kadar kişisel ve siyasal hakların garanti edilmesi söz konusu ise de bunların ekonomik uzantıları olduğunu; Sözleşmenin yorumunda bu hususun göz önünde tutulması gerektiğinin altını çizmiştir.[25]

Kararda, ekonomik ve sosyal haklarla kişisel ve siyasal haklar arasında su geçirmez bir ayrılık olmadığının belirlenmesi, bu hakların bölünmezliğinin AİHM tarafından kabul edildiğini göstermektedir. Karar, hem kişisel haklar alanında pozitif yükümlülüklerin bulunduğunun hem de hakların bölünmezliğinin belirlenmesi anlamında büyük önem taşımaktadır.[26] Airey kararını çok önemli kılan bir diğer husus kişisel haklar alanında devlete mali yükümlülükler yüklenebileceği olgusunun ortaya çıkmış olmasıdır.[27]

Airey kararına ilişkin İrlanda Hükümetinin savunmasında, "*AİHM'nin devletlerin sosyal alanındaki düzenlemelerine müdahale edemeyeceği"* belirtilmekteydi. İki yargıç ise karşı oy yazılarında "*AİHM'nin yetki alanını aştığını"* belirtmekteydi. Söz konusu yargıçlar, özellikle devletin harcama yapmasını gerektiren kamusal politikalara ilişkin meselelere dokunacak şekilde Sözleşme'nin yorumlanmasının tehlikelerine dikkat çekmiş; bir yargıç "*yoksulluğun AİHS'nin geniş yorumuyla aşılamayacağını*" vurgulamıştı.[28]

A. SOSYAL HAKLARIN DOLAYLI KORUNMASINDA YÖNTEMLER

Airey kararını takiben yaklaşık yirmi yıl içinde sosyal hakların dolaylı biçimde korunmasına ilişkin önemli bir gelişme olmamış; 2000'li yıllar ile birlikte bu konuda gelişmeler kaydedilmiştir.[29] AİHM, bazı yöntemler kullanarak sosyal hakların belirli yönlerini Sözleşmedeki haklar kapsamında/aracılığıyla korumuştur.[30]

---

[24] par. 26
[25] par. 26; bkz. Gölcüklü/Gözübüyük, s. 50.
[26] Hamlyn, s. 19.
[27] Bates, s. 343, 346.
[28] Bates, s. 345.
[29] Sosyal hakların korunmasında uzun bir duraksama olmasının en önemli nedeni, ayrı bir Avrupa Sosyal Şartının ve buna ilişkin bir Komitenin bulunmuş olmasıdır. Ancak 2000'li yıllardan itibaren bu duraksatıcı etki ortadan kalkmış hatta AİHM'nin ASŞ ve ASHK içtihadına gönderme yapmasıyla yavaşlatıcı etki tam tersine bir hal almış, ASŞ AİHM içtihadına ivme kazandırmıştır. Bkz. Jean-Pierre Marguenaud, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinde Sosyal Hakların Korunması ve Sözleşme'nin Geniş Yorumu, içinde: Kaboğlu, İbrahim, (ed.), Anayasal Sosyal Haklar, Legal- 2012, s. 224; Güzel, s. 300.
[30] Çalışmamızda yer verilen üç yorum yöntemi Brems tarafından sınıflandırılmıştır. Brems, s. 138 vd. Söz konusu üç yorum yöntemi için ayrıca bkz. Dahlberg, s. 257; Margueneud'ya göre sosyal hakların AİHM tarafından korunmasında şu üç yöntem kullanılmaktadır: İnsan haklarının bölünmezliği, 14. Maddede yer alan ayrımcılık yasağının özerk rolü ve kaynakların eşgüdümü. Marguenaud, s. 223 vd; Scheinin, 1995 yılında yayınlanan makalesinde, sosyal hakların

Yöntemlerden ilki, sözleşmedeki bazı hakların kapsamlarının geniş yorumlanmasıdır. Yukarıda sözü edilen Airey kararı bu doğrultudaki ilk örnektir. AİHM, sosyal hakların belirli unsurlarını Sözleşmede yer alan bazı haklar kapsamında görerek kabul edilebilirlik ve ihlal kararları vermiştir. Bu bağlamda sağlık hakkının belirli unsurları 2. (yaşam hakkı), 3. (işkence ve kötü muamele yasağı) ve 8. (özel yaşam üzerinde hak) maddelerin kapsamında; konut hakkı, 3. 8. ve 1. No'lu protokolün 1. maddesi (mülkiyet hakkı) kapsamında, çalışma hakkı 8. maddenin yanı sıra 9. (din ve vicdan özgürlüğü) 10. (düşünceyi açıklama özgürlüğü), 11. (örgütlenme özgürlüğü) maddelerin; sosyal güvenlik hakkı ise 3., 8., ve 1. No'lu protokolün 1. maddesi kapsamında görülmüştür.

Sosyal hakların Sözleşme kapsamında dolaylı korunmasını sağlayan ikinci yöntem, 6. madde (adil yargılanma hakkı) çerçevesinde, ulusal Mahkemeler önünde, sosyal haklara ilişkin konularda usule ilişkin yükümlülüklere uyulup uyulmadığının tespit edilmesidir. Belirtmek gerekir ki 6. madde aracılığıyla sosyal haklara koruma sağlanması, Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun ve AİHM'nin sosyal hakların korunmasındaki ilk kararlarında görülen baskın yöntem olmuştur.[31]

Sosyal hakların dolaylı olarak korunmasında üçüncü yöntem ise, 14. maddenin/ ayrımcılık yasağının -Sözleşmedeki haklar kapsamında kabul edilen- sosyal haklarla birlikte uygulanmasıdır.[32]

Aşağıda, sözü edilen üç yönteme ilişkin seçili AİHM kararlarına yer verilmektedir.

Bu noktada belirtmemiz gerekir ki AİHM önüne gelen başvurularda hangi hakkın ihlal edildiği noktasında başvurucunun iddiası ile bağlı değildir ve olayın hukuki nitelendirmesini ve başvurunun hangi hak kapsamında inceleneceğinin belirlemesini kendisi yapmaktadır.[33]

1. Sözleşmedeki Hakların Kapsamlarının Geniş Yorumlanması

Sözleşmedeki klasik hakların kapsamlarının genişletilerek sosyal haklara ilişkin koruma sağlanan seçili AİHM kararları sağlık hakkı, çalışma hakkı, sosyal güvenlik hakkı ve konut hakkına ilişkin kararlar olmak üzere sınıflandırılabilir.

---

klasik hakları koruyan sözleşmeler kapsamında korunmasında uygulanan yöntemlerden ilkinin adil yargılanma hakkı aracılığıyla koruma olduğunu belirtmişti. Ayrımcılık yasağı aracılığıyla ve diğer haklar kapsamında korumaya yer veren Scheinin'in ortaya koyduğu bir diğer yöntem sosyal hakların klasik haklara sınır getirmeleri itibariyle dolaylı olarak korunmalarıdır. Buna örnek olarak, kiralayanların mülkiyet hakkının sınırlandırılmasının konut hakkı ile meşrulaştırılmasına ilişkin kararlar gösterilebilir. Scheinin, s. 50, 51; Dolaylı korumada sınıflandırmalar için ayrıca bkz. Özge Yücel Dericiler, Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri: Refah Devletinin Krizi Ekseninde Bir İnceleme, İstanbul-2014, s. 241 vd.

[31] Scheinin, s. 49.

[32] Ayrıca bkz. Ulaş Karan, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, içinde: İnceoğlu, Sibel (editör), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, s. 471; Marguenaud, s. 225.

[33] Şirin, Bir İhtimal, s. 358.

Kişisel ve siyasal hakların kapsamlarının geniş yorumlanması -yukarıda belirtildiği gibi- devletlerin haklara ilişkin pozitif yükümlülükleri bulunduğu anlayışı ile hakların bölünmezliği anlayışının bir sonucudur.

a.Sağlık Hakkının Dolaylı Korunmasına İlişkin Seçili Kararlar

Sağlık hakkı ile yaşam hakkı, kötü muamele yasağı ve özel yaşam üzerindeki hak, hakların bütünselliği ilkesi gereği çoğu kez iç içe geçmektedir.[34] Örneğin, tıbbi ihmal sonucunda hastanede bakım göremeyen bir kişi açısından sağlık hakkı ile yaşam hakkı veya kötü muamele yasağına ilişkin hakların her biri açısından müdahalede bulunulduğu söylenebilir. Sağlık hakkının korunmaması diğer hakların da ihlaline yol açabilir.

Valentin Campenau adına Hukuki Kaynaklar Merkezi/Romanya kararına[35] konu olan olayda Valentin Campenau'nun 18 yaşında vefatının ardından sivil toplum kuruluşu başvuru yapmıştır. Ölen kişi yetimhanede yaşamaktaydı ve AIDS hastalığı ile zihinsel rahatsızlığı bulunmaktaydı. AİHM, başvurucunun iddiası doğrultusunda Campenau'nun tedavi için yeterli donanıma sahip olmayan bir sağlık kuruluşuna yerleştirildiğini, doğru tanı konulamadan birimler arasında dolaştırıldığını ve uygun tedavinin sağlanamadığını belirlemiştir. Ayrıca kaldığı hastanenin personel eksikliği ile ısınma ve beslenme koşullarının da Campenau'nun yaşamını tehlikeye soktuğu belirtilmiştir. 2. madde ihlal edilmiştir. AİHM, zihinsel rahatsızlıkları bulunan kişilerin tedavi ve sağlık durumlarına ilişkin şikayetlerinin incelenmesi için bağımsız bir inceleme merci sağlanması konusunda genel tedbir alınmasını tavsiye etmiştir.

Söz konusu kararda, sağlık hakkına ilişkin unsurlar 2. madde kapsamında kabul edilerek inceleme yapılmış ve ihlal kararı verilmiştir.

Tutuklu ve hükümlülerin sağlık haklarına yönelik AİHM tarafından verilen pek çok ihlal kararı bulunmaktadır. Örneğin, D/İngiltere kararına[36] konu olan olayda İngiltere tarafından, hapishanede bulunan AIDS hastası yabancı uyruklu kişinin sınır dışı edilmesi söz konusu olmuştur. Başvurucunun sınır dışı edildiği ülkede hastalığına ilişkin tedavi olanağı ve aile desteği bulunmaması nedeniyle, sınır dışı kararı ile Sözleşmenin 3. maddesinde yer alan kötü muamele yasağının ihlal edildiği tespit edilmiştir. Kararda, başvurucunun sağlığına ilişkin yaşam kalitesinin İngiltere'de gördüğü tedavi ve bir vakfın yardımı sayesinde korunduğu belirlemiştir. Bu tedavi ve yardımın kesilmesi başvurucu açısından dramatik sonuçlara yol açacaktır.

Kararda, 3. madde kapsamında dolaylı olarak sağlık hakkı korunmaktadır.

---

[34] Karar örnekleri için bk. Koch, s. 59 vd.

[35] Valentin Campenau adına Hukuki Kaynaklar Merkezi/Romanya, 47848/08, 17.07.2014.

[36] D/İngiltere, 30240/96, 02.05. 1997; Bkz. David Harris, International Rights of Petition For Economic, Social And Cultural rights Violations, in: Burchill R.- Harris D. (Ed.), Economic, Social and Cultural Rights: Their Implementation in UK, UK-1999, s. 17.

Serifis/Yunanistan[37] kararına konu olan olayda tutuklu olan başvurucunun sol eli felçtir ve multipl sklerozu bulunmaktadır. Tutukluluk durumunun 3. maddeyi ihlal ettiği iddia edilmektedir. AİHM, başvurucunun hastalığının ciddiyetine rağmen Yunan makamlarınca kendisine uygun tedavinin sağlanmadığını ve çekilen ıstırabın Sözleşmenin 3. maddesini ihlal ettiğini belirlemiştir.

Brincat ve Diğerleri/Malta[38] kararına konu olan olayda tersane onarım işçileri yıllarca asbeste maruz kalmış; aralarından hastalananlar ve ölenler olmuştur. Malta hükümeti çalışanları bilgilendirmediği ve önlem almadığı için 2. ve 8. maddelerin ihlal edildiğine hükmedilmiştir.

Yukarıdaki örnek kararlarda, sağlık hakkının belirli unsurlarının 2., 3. ve 8. maddeler kapsamında korunduğu görülmektedir.

b.Çalışma Hakkının Dolaylı Korunmasına İlişkin Seçili Kararlar

AİHM'nin çalışma hakkını dolaylı olarak koruması, ağırlıklı olarak işten çıkartma ya da işe alınmama durumlarının Sözleşmedeki diğer haklarla bağlantılı olduğu durumlardır.[39] Çalışma hakkı, ağırlıklı olarak özel yaşam üzerindeki hak ve ayrıca 9., 10, 11. maddelerle bağlantılı olarak korunmaktadır. [40]

Çalışma hakkına ilişkin olarak, konusu işten çıkarma ile ilgili olan davalarda pek çok hakkın birbiriyle iç içe geçtiği görülmektedir. Örneğin Obst/Almanya[41] ve Scüth/Almanya[42] kararlarına konu olan davalarda başvurucular evlilik dışı ilişkileri sebebiyle kilisedeki işlerinden çıkarılmışlardır. Başvurucular idari işlerde çalışan bir görevli ile koro sanatçısıdır. Ulusal makamların yeterli gerekçe göstermemeleri ve başvurucular ile işverenin hakları arasında bir denge sağlanmamış olması gerekçesi ile 8. maddenin ihlal edildiğine karar verilmiştir. Yine Kilisedeki işine bir başka dine mensup olduğu için son verilen başvurucuya ilişkin olarak 9. maddenin ihlal edildiğine karar verilmiştir (Siebenhaar/ Almanya)[43]. Özpınar/Türkiye[44] başvurusunda, başvurucunun şahsi sebeplerden dolayı hakimlik mesleğinden çıkarılması söz konusuydu. AİHM, oranlılık ilkesine riayet edilmediği için 8. maddenin ve HSYK kararı yargı denetimine tabi olmadığı için 8. madde ile bağlantılı olarak 13. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Siyasi parti üyesi olduğu için işten çıkarılan ve şoförlük yapan başvurucuya ilişkin kararda 11. maddenin (Redfearn/İngiltere)[45]; cinsel eğilimi sebebiyle ordudan

[37] Serifis/Yunanistan, 27695/03, 02.11.2006.
[38] Brincat ve Diğerleri/Malta, 60908/11, 24.07.2014.
[39] AİHM'nin çalışma hakkına ilişkin kararları konusunda Brems, s. 153 vd; Koch, s. 209 vd.; Kılıçkaya, s. 138 vd.
[40] Akandji-Kombe, s. 44.
[41] Obst/Almanya, 425/03, 23.09.2010.
[42] Scüth/Almanya, 1620/03, 23.09.2010.
[43] Siebenhaar/Almanya, 1620/03, 23.09.2010.
[44] Özpınar/Türkiye, 20999/04, 19.10.2010.
[45] Redfearn/İngiltere, 47335/06, 06.11.2012.

çıkarılan başvurucu için ise 8. maddenin ihlal edildiği tespit edilmiştir (Perkins ve R./İngiltere)[46].

c.Konut Hakkının Dolaylı Korunmasına İlişkin Seçili Kararlar

Konuta saygı hakkı Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında lafzi olarak da garanti edildiği için, konut hakkının belirli unsurları ağırlıklı olarak bu madde ile ilişkilendirilmektedir. Konut hakkına ilişkin bazı unsurlar ise 1 no'lu protokol md. 1'de yer alan mülkiyet hakkı ile 2. maddede yer alan yaşam hakkı ve 3. maddede yer alan kötü muamele yasağı ile ilişkilendirilmektedir.[47]

AİHM'ye göre, 8. madde kişilere konut sağlama hakkını vermemekle birlikte, istisnai durumlarda dezavantajlı gruplar için barınma sağlanmasına ilişkin yükümlülüğü devletlere yüklenmektedir. Yardanova ve Diğerleri/Bulgaristan kararında[48] evlerinden tahliye edilen Romanlara ilişkin olarak, tahliye kararında zamanlama, usule ilişkin kurallar ve yeni konut sağlanma durumunun göz önüne alınması gerektiği ancak bunlar sağlanmadığı için 8. maddenin ihlal edildiği tespit edilmiştir.[49]

Tahliyelere ilişkin kararlarda Avrupa Sosyal Haklar Komitesinin (ASHK) kolektif başvurular soncunda verdiği kararlara da ayrıntılı olarak yerilmesi, -konut hakkına ilişkin standartların belirlenmesi açısından- büyük önem taşımaktadır.[50]

Marzari/İtalya[51] kararında da engelli kişiler için devletin konut sağlama zorunluluğu tamamen dışlanmamıştır. Karar uyarınca *"8. madde her ne kadar kişilerin konut problemlerinin kamusal otoriteler tarafından çözülmesi yükümlülüğünü doğurmasa da başvurucunun konumundaki kişilere yardımın reddedilmesi durumlarını içerebilir*"

Çevresel problemlerle de konut hakkı arasında bağlantı bulunmaktadır ve çevre kirliliği bulunan yerlerde yerleşim, devletin 8. veya 3. maddeden, 1 no'lu protokolün 1. maddesinden (ve hatta 2. maddeden) kaynaklanan pozitif yükümlülüklerinin yerine getirilmemesini beraberinde getirebilmektedir.[52]

Ayrıca kiracıları koruyan birtakım tedbirler, mülkiyet hakkına sınırlama getirseler dahi, oranlı ve Sözleşmeye uygun bulunmuştur.[53] Bu noktada mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerin bir nevi konut hakkı ile meşrulaştırıldığını ve konut hakkının bu açıdan dolaylı korunduğunu da söylemek mümkündür.[54]

d.Sosyal Güvenlik Hakkının Dolaylı Korunmasına İlişkin Seçili Kararlar

---

[46] Perkins ve R./İngiltere, 43208/98, 22.10.2002.
[47] Konut hakkına ilişkin AİHM kararları için bkz. Koch, s. 113 vd; Dündar Sezer, s. 634-639; Brems, s. 150.
[48] Yardanova ve Diğerleri/Bulgaristan, 25446/06, 24.04.2012.
[49] Aynı yönde bkz. Winterstein/Fransa, 27013/07, 17.10.2013.
[50] Bkz. Dündar Sezer, s. 637; Bkz. Winterstein/Fransa.
[51] Marzari/İtalya, 36448/97, 04.05.1999.
[52] Öneryıldız /Türkiye, 48939/99, 30.11.2004; Fadeyeva/Rusya, 55723/00, 09.06.2005.
[53] Dündar Sezer, s. 637-638; Ör. bkz. Mellacher /Avusturya, 10522/83, 19.12.1989; Nobel/Hollanda, 27126/11, 2.7.2013.
[54] Scheinin, s. 50, 51; Dahlberg, s. 266; örnek karar için bkz. Hutten-Czapska/ Polonya, 35014/97, 19.06.2006.

Yararlanıcıların herhangi bir maddi katkısının olmadığı sosyal yardımlar ile prim karşılığında yaşama geçen sosyal sigortalar sosyal güvenlik kavramı içindedir.[55] Ulusal hukukta mevcut sosyal güvenlik yardımı ve aylığı (hizmet ve sigorta hakları) yerine getirilmediğinde/ödenmediğinde ya da makul olmayan sebeplerle azaltıldığında, konu AİHM tarafından çoğu kez mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmekte ve bu konudaki başvurular konu açısından kabul edilebilir bulunmaktadır.[56] Bununla birlikte sosyal güvenlik yardımlarına/sigortalarına ilişkin konular 3. ve 8. maddelerle de ilişkilendirilmektedir.[57]

Asmundsson/İzlanda[58] kararına konu olan olayda başvurucunun 20 yıldır almakta olduğu engelliğe bağlı emeklilik maaşı kesilmiş ve başvuru mülkiyet hakkının ihlaline ilişkin karar ile sonuçlanmıştır. Kesinti sebebi, başvurucunun çalışabilme durumunun yeniden değerlendirilmesidir. Her ne kadar başvuru konusu alanda devletin takdir marjı çok geniş olsa da, müdahale oransız bulunmuştur.

Kamusal politikalardan dolayı sosyal güvenlik rejiminin yasayla değiştiği ve sosyal yararların azaltıldığı durumlarda mülkiyet hakkı konusunda devletin takdir marjı genişletilebilmektedir.[59]

2. Adil Yargılanma Hakkı Yoluyla Usule İlişkin Yükümlülükler Açısından Koruma

Adil yargılanma hakkına ilişkin 6. madde, sosyal haklara ilişkin koruma sağlanmasındaki ilk kararlarda bir başlangıç noktası teşkil etmiştir.[60]

6. madde bilindiği gibi medeni hak ve yükümlülüklere ilişkin nizalar ile ceza davaları söz konusu olduğunda uygulanabilmektedir. Ancak, AİHM özellikle medeni hak ve yükümlülükler kavramını, sosyal haklara ilişkin konuları -ör. sosyal güvenliğe ilişkin konuları-[61] içerecek şekilde zaman içinde oldukça geniş bir biçimde değerlendirmiştir. Usule ilişkin garantiler insan haklarının korunması ve sosyal hakların ihlalinin engellenmesi açısından büyük önem taşımaktadır.[62]

Sabeh El Leil /Fransa[63] kararına konu olan olayda başvurucu Kuveyt'in Paris Büyükelçiliğinde çalışmakta iken işten çıkarılmıştır. Başvurucunun açtığı tazminat davası işverenin dokunulmazlığı gerekçesiyle reddedilmiştir. AİHM (Büyük Daire), Sözleşmenin 6. maddesi çerçevesinde korunan mahkemeye erişim hakkının, Fransız

[55] Şirin, Bir İhtimal, s. 354.
[56] Akandji-Kombe, s. 42; Dahlberg, s. 264.
[57] Brems, s. 156; Koch, s. 179 vd.
[58] Asmundsson/İzlanda, 60669/00, 30.03.2005.
[59] Brems, s. 156. Ör. Hoogendijk /Hollanda,58641/00, 06.01.2005; Shuny, s. 101.
[60] Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve AİHM'nin 1980'li ve 1990'lı yıllarda verdiği bu ilk kararlar için bkz. Scheinin, s. 45 vd.
[61] AİHM'nin sosyal güvenlikle ilgili konuları 6. madde kapsamında değerlendirdiği ilk kararlar için bkz. Scheinin, s. 48 vd.
[62] Brems, s. 157.
[63] Sabeh El Leil /Fransa, 34869/05, 29.06.2011.

mahkemeleri makul bir oranlılık ilişkisi kuramadıkları için, ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Emel Boyraz/Türkiye[64] kararına konu olayda başvurucu kadın olduğu için işe alınması reddedilmişti. Buna ilişkin davanın uzun sürmesi ve ulusal mahkeme kararında yeterli bir gerekçe ortaya konamamış olması sebepleriyle 6. maddenin ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Bu kararlarla çalışma hakkı 6. maddeden kaynaklanan usule ilişkin yükümlülüklere uyulmaması açısından dolaylı olarak korunmuş olmaktadır.

3. Ayrımcılık Yasağı Yoluyla Sosyal Hakların Dolaylı Korunması [65]

Her ne kadar Sözleşme'nin 14. maddesinde garanti edilen ayrımcılık yasağı sadece Sözleşme'de garanti edilen haklar için ayrımcılık yapılmamasını garanti etse de, sosyal hakların belirli yönlerinin Sözleşme'deki haklar kapsamına alınmasıyla, sosyal haklara ilişkin ayrımcılık yapıldığı iddiaları da AİHM tarafından incelenerek kabul edilebilir bulunmuş ve ihlal kararları verilmiştir. AİHM, 14. maddeye ilişkin yaptığı incelemede, Sözleşmede yer alan maddi hakların kapsamlarını daha geniş olarak yorumlamaktadır. Çalışma hakkı, sosyal güvenlik hakkı, sağlık hakkı ya da konut hakkının unsurlarına ilişkin olarak ayrımcılık yasağına ilişkin kabul edilebilirlik ya da ihlal kararları bulunmaktadır.[66]

I.B./Yunanistan[67] kararında HIV-pozitif bir çalışanın işten çıkarılmış olması 8. madde ile birlikte 14. maddenin ihlaline karar verilmesi sonucunu doğurmuştur. Sidabras ve Dziautas/Litvanya[68] başvurusunda başvurucular vergi müfettişi olarak görev yapmaktadır ve eski KGB ajanı oldukları için işten çıkarılmıştır. Başvurucuların istihdam edilmeleri kamu ve özel sektörde 10 yıl süreyle yasaklanmıştır. AİHM müdahalenin oransız olduğunu belirleyerek 8. madde ile birlikte 14. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Emel Boyraz/Türkiye kararında, başvurucu "erkek olma" ve "askerlik hizmetini yapmış olma" şartlarını taşımadığı için TEDAŞ Batman şubesinde güvenlik görevliliğine atanmamıştır. Danıştay, göreve ilişkin birtakım gereklilikleri göz önüne alarak idarenin kararının hukuka uygun olduğuna karar vermiştir. AİHM, ne idari makamların ne de Danıştayın söz konusu görevin sadece erkekler tarafından yapılabileceğine dair yeterli gerekçe ortaya koyabildiklerini tespit etmiştir. İşe alınma konusunda farklı muamelenin meşru bir amacı olduğunun kanıtlanamadığı ve 14. maddenin ihlal edildiği tespit edilmiştir. Gaygusuz/ Avusturya[69] kararına konu olan

[64] Emel Boyraz/Türkiye, 61960/08, 02.12.2014.
[65] Genel olarak sosyal hakların ayrımcılık yasağı aracılığı ile korunması için bkz. Matthew Craven, The Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights in: Burchill R.-David Harris (Ed.), Economic, Social and Cultural rights: Their Implementation in UK, UK-1999, s. 8.
[66] Brems, s. 159 vd.
[67] I.B/Yunanistan, 552/10,03.10.2013.
[68] Sidabras ve Dziautas/Litvanya, 554800/00, 27.07.2004.
[69] Gaygusuz/ Avusturya, 17371/90, 16,09.1996.

olayda ise Türk olduğu için, işsizlik yardımı alamayanlar için ödenen acil yardım ödeneğinden yararlandırılmayan başvurucu için mülkiyet hakkı ile bağlantılı olarak 14. maddenin ihlal edildiğine karar verilmiştir.

12 no'lu protokolün yürürlüğe girmesiyle birlikte, herhangi bir hak için ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır. Ek protokole taraf ülkeler açısından, sosyal hakların dolaylı korunmasına ilişkin içtihadın genişlemesi beklenmektedir.[70]

B. SOSYAL HAKLARIN DOLAYLI KORUNMASI VE MALİ KÜLFET

Sosyal hakların dolaylı olarak korunması açısından verilen kararlara bakıldığında, eğer devletin pozitif yükümlülüğü önemli bir mali külfet getirecekse AİHM, ihlal kararı vermekte çekingenlik göstermekte ve devlete bırakılan takdir marjı genişlemektedir[71]:

Nitecki/Polonya[72] kararına konu olan olayda ALS hastası olan başvurucu ilaç masraflarının yüzde yetmişinin geri ödendiğini, yüzde otuzunun geri ödemesi yapılmadığı için tıbbi durumunun kötüleştiğini ileri sürmüştür. Ancak başvurunun konusu 2. madde kapsamında görülmeyerek kabul edilmezlik kararı verilmiştir. AİHM, ilacın önemli bir bölümünün devlet tarafından ödendiğini; sağlık hizmetinin reddedilerek bireyin hayatının riske atılmadığını belirlemiştir. Sentges/Hollanda[73] başvurusunda, tekerlekli sandalyesini kendi başına kullanamayan 17 yaşındaki başvurucu için, sigortanın mekanik kol takılmasını sağlaması gerektiği ve 8. maddenin ihlal edildiği ileri sürülmüştür. AİHM, kaynakların sınırlı olduğu bu gibi durumlarda devletlerdin takdir marjının genişlediğini belirterek, kabul edilmezlik kararı vermiştir.

Chapman /İngiltere[74] kararında, 8. maddenin kişilere ev sahibi olma hakkı vermediği ve kişilere, ev sahibi olmaları için devlet tarafından fon sağlanmasının politik bir mesele olduğu belirlenmişti.[75]

Bununla birlikte, önemli miktarda para harcamanın gerekli olduğu durumlarda devletin yükümlü tutulduğu kararlar bulunmaktadır.

Panaticescuş/Romanya[76] kararında, başvurucu ölen babası için başvuruda bulunmuştur. Kanser hastası olan ve vefat eden kişiye, ilaçların ücretsiz bir biçimde verilmemiş olması 2. maddenin ihlaline ilişkin kararla sonuçlanmıştır.

Mahkeme tarafından ihlal kararı verilip verilmemesinde belirleyici olan nokta yaşam hakkının risk altında olup olmamasının belirlenmesidir. Bu da sağlık hakkına ilişkin asgari öz yükümlülüğünün korunduğu anlamına gelmektedir.

---

[70] Türkiye 12 no'lu ek protokole taraf değildir. Marguenaud, s. 226; Dahlberg, s. 258.
[71] Brems, s. 165-167; Koch, s. 317.
[72] Nitecki/Polonya, 65653/01, 21.03.2002.
[73] Sentges/Hollanda, 27677/02, 08.07. 2003.
[74] Chapman /İngiltere, 27238/95, 18.01.2001.
[75] Dündar Sezer, s. 635; Marguenaud, s. 224
[76] Panaticescu /Romanya, 30909/06, 10.04.2012.

Devletlerin mali külfet altına gireceği bazı durumlarda devletin takdir marjının oldukça daraltıldığı da görülmektedir. Örneğin, M.S.S/Belçika ve Yunanistan[77] başvurusunda, sığınmacı olan başvurucu büyük bir yoksulluk ve açlık içinde yaşadığını ve içinde bulunduğu yaşam koşullarının 3. maddeyi ihlal ettiğini ileri sürmüştü. Başvurucu aylarca Atina'da sokaklarda açlık içinde ve güvensiz bir ortamda yaşadığını belirtmiştir. AİHM, önceki kararlarına gönderme yaparak, Sözleşmenin devletlere, herkese konut sağlama ya da belli yaşam standardı sağlama yükümlülüğü yüklemediğini hatırlatmıştır. Ancak, Yunanistan'ın yükümlülüğü AB direktifi paralelinde kendi iç mevzuatından kaynaklanmaktır (AB Direktifi 2003/9/EC). Söz konusu direktif uyarınca, üye devletler sığınmacılara yaşamsal ihtiyaçları sağlamak zorundadır. Sonuç olarak, 3. maddenin ihlal edildiğine karar verilmiştir. AİHM'nin bu sonuca varması AB mevzuatı ve uluslararası sözleşmeleri birlikte değerlendirmesi ile gerçekleşmiştir.

C. SÖZLEŞME'DEKİ SOSYAL HAKLARIN KAPSAMININ GENİŞLETİLMESİ VE KAYNAKLARIN EŞGÜDÜMÜ

AİHM, kararlarında başka uluslararası sözleşmelere/diğer denetim organlarının kararlarına gönderme yapmakta ve kararlarını bunlarla desteklemektedir.[78] Mahkeme'nin söz konusu tutumu, kaynakların eşgüdümü kavramına dayanmaktadır.[79] AİHM, belirli kararlarında AK, ILO, BM (ve diğer örgütlerin) Sözleşmelerine gönderme yapmaktadır; dayanak olarak gösterilen sözleşmelere davalı devletin taraf olup olmaması da önem taşımamaktadır.

AİHM tarafından bir yandan kişisel hakların kapsamı -dolaylı koruma ile-sosyal hakların belirli yönlerini içerecek şekilde genişlerken, diğer yandan Sözleşmedeki sosyal haklardan sendika hakkının kapsamı da diğer sosyal hakları içerecek şekilde geniş yorumlanmıştır.

AİHS'nin 11. maddesinde sendika hakkı garanti edilmekte ancak toplu sözleşme ve grev hakkı açıkça düzenlenmemektedir. AİHM, Demir ve Baykara/Türkiye[80] kararında ILO Sözleşmeleri ve ASŞ'nda yer alan toplu sözleşme hakkına gönderme yaparak, toplu sözleşme hakkını sendika hakkı kapsamında kabul etmiştir. Türkiye'nin ASŞ/Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nda (GGASŞ) yer alan sendika hakkını onay kapsamı dışında tutması karşısında, Demir ve Baykara kararındaki geniş yorum metodu daha da dikkat çekici hale gelmektedir. Enerji Yapı-Yol Sen/Türkiye[81] kararı ile ise grev hakkı 11. madde kapsamında korunmuştur.[82]

---

[77] M.S.S/Belçika ve Yunanistan,30696/09,21.01.2011.
[78] Koch, s. 318.
[79] Marguenaud, s. 226; Jean Mouly, Büyük Dairenin 12 Kasım 2008 Tarihli Demir ve Baykara/Türkiye Kararı Sosyal Hakların Genişletilmesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, içinde: Kaboğlu İbrahim, (ed.), Anayasal Sosyal Haklar, Legal- 2012, s. 231.
[80] Demir ve Baykara/Türkiye, 34503/97, 12.11.2008.
[81] Enerji Yapı-Yol Sen/Türkiye, 68959/01, 21.04.2009.
[82] Mouly, s. 230 vd.

AİHM tarafından sosyal haklar sözleşmelerine ve bunların denetim organlarının kararlarına gönderme yapıldıkça sosyal hakların dolaylı korunması da genişleyecektir.[83] Çünkü her geçen gün sosyal haklara ilişkin sözleşmelerin yarı yargısal mekanizmaları sosyal hakların normatif içeriklerini belirli hale getirmekte ve standartlar getirmekte; devletlerin yükümlülüklerini ve sosyal haklara ilişkin yerine getirilmesi gereken asgari öz yükümlülüğünü somutlaştırmaktadır.[84]

D. DEĞERLENDİRME

AİHM ekonomik ve sosyal hakları kararlarıyla zımni olarak Sözleşmenin kapsamına almaktadır. Bununla birlikte, kararlar olaylara ilişkin verildiği ve ülkelere takdir marjı da bırakıldığı için sosyal hakların klasik haklar kapsamında kabul edilmesine ilişkin sınırların nerede başlayıp nerede biteceği ya da devletlerin yükümlülükleri konusunda netlik bulunmamaktadır.[85] Kararlar arasında inişler ve çıkışlar olabilmektedir.

Devletin para harcamasını gereken durum ne kadar fazlaysa, devlete bırakılan takdir marjı artmaktadır.[86] Bunun istisnası, engelliler gibi toplumun dezavantajlı kesimlerine yönelik müdahaleler veya yaşam hakkını doğrudan ilgilendiren durumlar olarak gösterilebilir.

BM ESKHK 3 no'lu genel yorumuyla bütün sosyal haklara ilişkin devletlerin asgari öz yükümlülükleri bulunduğunu belirtmiş ve daha sonraki genel yorumlarıyla belirli hakların asgari özünü somutlaştırmıştı. AİHM'nin de en azından sosyal hakların özünü somutlaştırabileceği/ ortaya koyabileceği ve bu doğrultuda koruma sağlayabileceği önerilmiştir.[87] Hakların asgari özü söz konusu olduğunda bireyin çıkarları ile toplumun menfaatleri arasında bir dengeleme yapılmasına da gerek olmayacağı belirtilmektedir.[88]

AİHM'nin sosyal hakların dolaylı korumasında daha çok usule ilişkin yükümlülükler kapsamında inceleme yaparak ihlal kararları vermesi hususuna da dikkat çekilmiştir. AİHM gerek 2., 3., 8. vd. maddeler kapsamında ya da 6. madde çerçevesinde usule ilişkin yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediğini önceleyerek, maddi yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediğini ortaya koymaktan imtina edebilmektedir. Bu husus da doktrinde eleştirilmiştir.[89]

---

[83] Mouly, s. 232.
[84] Shuny, s. 84 vd.
[85] Ingrid Leijten, Defining the Scope of Economic and Social Guarantees in The Case Law of the ECtHR in: Brems, Eva- Gerards, Janneke, Shaping Rights in the ECHR, The Role of the Court of Human Rights in Determinig the Scope of Human Rights, Cambridge, 2013, s. 114-116: Bu durum devletlerin önünü görememesine yol açacağından, yazar tarafından eleştirilmektedir.
[86] Leijten, s. 118.
[87] Leijten, s. 130, 131: Örneğin, AİHM herkes için konut hakkının garanti edilmesi de mümkün olmadığından, özellikle dezavantajlı kesimlerin konut hakkı için bir program oluşturulmasını açıkça devletlere yükümlülük olarak öngörülebilir; Ayrıca bkz. Şirin, Bir İhtimal, s. 360; Sosyal hakların dava edilebilirliğinin sağlanması için bu haklara ilişkin asgari öz kavramının kullanımı hakkında bkz. Craven, s. 9, 10.
[88] Leijten, s. 131.
[89] Bkz. Eva Brems, Procedural Protection, An Examination of Procedural Safeguards Read Into Substantive Convention Rights, in: Brems, Eva- Gerards, Janneke, Shaping Rights in the ECHR, The Role of the Court of Human Rights in Determinig the Scope of Human Rights, Cambridge, 2013, (procedural), s.137 vd.; Craven, s. 7.

AİHM'nin klasik haklara ilişkin pozitif yükümlülükleri belirlemesi, hakların bütünselliğine yeşil ışık yakıp sosyal hakları dolaylı olarak koruması, sosyal hakların diğer mecralarda da dava edilebilirliğinin sağlanmasında öncü olmuştur.

III. ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU VE SOSYAL HAKLAR

1982 Anayasasının 2. maddesinde yer alan sosyal devlet ilkesi Anayasamızın değiştirilmesi teklif edilemez hükümleri arasında yer almaktadır. 1982 Anayasası'nın temel hak ve özgürlüklere özgülenen 2. kısmının 3. bölümünde ekonomik ve sosyal haklar ve ödevler düzenlenmektedir. Anayasamızda oldukça geniş bir sosyal hak kataloğuna yer verilmektedir. Anayasamızın 65. maddesinde ise sosyal hakların sınırına ilişkin düzenleme yer almaktadır.[90] 65. madde uyarınca "*Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir*."

1982 Anayasasında yapılan 2010 değişikliklerine dek Anayasaya uygunluk denetimi açısından Türk Anayasa Mahkemesi norm denetimi yapma görev ve yetkisine sahipti. 2010 Anayasa değişiklikleri ile Türk Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruları karara bağlama görev ve yetkisi de verilmiştir. 2012 yılından bu yana bireysel başvurular karara bağlanmaktadır. Anayasa madde 148/3 uyarınca "*Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.*" 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinde açıkça " *AİHS ve buna Türkiye'nin taraf olduğu ek protokoller kapsamındaki haklardan herhangi biri*" ifadesi yer almaktadır.

Bu bağlamda Türk Anayasa Mahkemesinin konu açısından yetkisi kapsamına 1982 Anayasası ile AİHS ve taraf olduğumuz ek protokollerin kesişim alanındaki haklar girmektedir. Sosyal haklar, her ne kadar Anayasamızda yer alsa da, -AİHS'te garanti edilen sendika hakkı ve eğitim hakkı haricinde-, bu hakların bireysel başvurular açısından Anayasa Mahkemesinin yetki alanına girmediği belirlemesi yapılacaktır.

Anayasa Mahkemesi bireysel başvurularda konu açısından yetkili olup olmadığına dair değerlendirmede, AİHS'te yer alan hakların AİHM tarafından yorumunu esas almaktadır. AİHM, yaklaşık altmış yıllık içtihadı çerçevesinde Sözleşmede yer alan hakların kapsamlarını gittikçe geniş yorumlamıştır; ek olarak yukarıda yer verdiğimiz gibi Sözleşme'de yer almayan sosyal hakların belirli boyutlarına ilişkin başvuruları AİHS'te yer alan haklar kapsamında inceleyerek, kabul edilebilirlik ve ihlal kararları verebilmiştir.

[90] 1982 Anayasasında sosyal haklar konusunda bkz. İbrahim Kaboğlu**,** Anayasa'da Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları (Sosyal Haklar) in: Kaboğlu, İbrahim (ed.), Anayasal Sosyal Haklar, Legal- 2012., s. 15 vd.

Çalışmamızın bu bölümünde Anayasa Mahkemesinin, -AİHM'nin içtihadı ışığında - sosyal hakların dolaylı korunmasına ilişkin yaklaşımına/seçili kararlarına yer verilecek ve değerlendirme yapılacaktır.

A.ANAYASA MAHKEMESİNİN GENEL YAKLAŞIMI

Öncelikle belirtmemiz gerekir ki Anayasa Mahkemesi, başvurucular tarafından ihlal edildiği belirtilen hakların nitelendirmesiyle bağlı değildir. Başvurucu tarafından ihlal edildiği iddia edilmeyen bir hak açısından da inceleme yapılabilir ve kabul edilebilirlik/ihlal kararı verilebilir.[91] Anayasa Mahkemesi, "*olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir ettiğini, bununla birlikte bireysel başvuru kapsamındaki hak ve özgürlüklerden hangisinin hangi nedenle ihlal edildiğine ve buna ilişkin gerekçelere dair açıklamalarda bulunarak hukuki iddialarını ortaya koymanın başvurucuya düştüğünü*" kararlarında belirtmektedir.[92] Bu bağlamda başvurucunun yeterli şekilde ihlal iddiasını ortaya koymaması/gerekçelendirmemesi başvurunun sosyal haklarla doğrudan ilişkili haklar açısından incelenmemesi sonucunu doğurabilmektedir.

AİHM'nin kararları incelenirken öncelikle bu kararların bazılarında, Sözleşme'de sosyal hakların yer almadığına ilişkin hususun altının çizildiğini belirtmiştik. Türk Anayasa Mahkemesi de özellikle ilk kararlarında ve sonraki yıllarda belirli kararlarında sosyal hak ihlali iddiaları bulunduğunda, (özellikle çalışma hakkı ile ilgili kararlar) ilgili sosyal hakkın yetki alanına girmediğini –AİHS'de yer almadığı gerekçesiyle- açıkça belirtmiş ve Sözleşmedeki haklar kapsamında inceleme yaparak kabul edilebilirlik kararı verilmesinde çekingenlik göstermiştir.

Bununla birlikte, bireysel başvuru kararlarında -bazılarında konu açısından sosyal haklara ilişkin yetkili olunmadığı açıkça söylense de- AİHM içtihadı paralelinde çalışma hakkı, sağlık hakkı, sosyal güvenlik hakkı ve konut hakkının belirli unsurlarının bireysel başvuru yapılabilen haklar kapsamında incelenerek kabul edildiği veya adil yargılanma hakkı/ayrımcılık yasağı aracılığıyla sosyal haklara ilişkin inceleme yapıldığı ve ardından kabul edilebilirlik/ihlal kararları verildiği görülmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin bazı kararlarında, AİHM'nin sosyal hakların dolaylı korunmasına ilişkin ortaya koyduğu içtihat ve ilkelere de açıkça yer verildiği görülmektedir.

Bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin sosyal hakların dolaylı korunmasına ilişkin yaklaşımı, -yukarıda AİHM kararları incelemesinde olduğu gibi- sosyal haklara ilişkin diğer haklar kapsamında dolaylı korumaya ilişkin kararlar ile adil yargılanma hakkı ve ayrımcılık yasağı yoluyla sosyal hakların korunmasına ilişkin kararlar şeklinde ayrı başlıklar altında incelenecektir.

---

[91] Tolga Şirin, Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı, İstanbul-2015, (Anayasa Mahkemesi), s. 76.

[92] Fikriye Bayraktar ve Diğerleri Kararı, 2018/22018, 23/2/2022.

B. ANAYASA VE AİHS'NİN KESİŞİM ALANINDAKİ HAKLARIN GENİŞ YORUMU YOLUYLA SOSYAL HAKLARIN DOLAYLI KORUNMASI

1. Çalışma Hakkına İlişkin Bireysel Başvuru Kararları

Anayasa Mahkemesi bireysel başvurulara ilişkin ilk kararlarında çalışma hakkına (Anayasa md. 49) ilişkin konu açısından yetkisiz olduğunu açıkça belirterek, çalışma hakkıyla ilişkili hususları diğer haklar kapsamında kabul etmemiştir. İlerleyen yıllarda ise Anayasa Mahkemesi, pek çok kararında çalışma hakkının konu açısından yetkisi dışında kaldığını açıkça belirtse de AİHM içtihadı paralelinde, çalışma hakkına ilişkin belirli hususlar Anayasa ve AİHS'teki hakların kesişim alanı içinde olduğu sürece, söz konusu haklar açısından inceleme yaparak başvuruları kabul edilebilir bulmuş ve ihlal kararları verebilmiştir. Ancak bu konudaki kararlarda tam bir istikrar bulunmadığını ve gelgitler bulunduğunu tespit etmek yanlış olmayacaktır.

Çalışma hakkıyla ilişkilendirilebilecek kararların konuları çok çeşitlidir. Devlet memurluğundan çıkarılma, iş sözleşmesinin feshi, mesleğin yerine getirilmesinin engellenmesi, ruhsatname iptali ve bunlara ilişkin mahkeme kararları ile baro levhasına yazılma kararının mahkeme tarafından iptal edilmesi vd. sebeplerle bireysel başvurular yapılmıştır. Bu başvuruların bazılarında yalnız çalışma hakkının, bazılarında Anayasa ve AİHS kesişim alanındaki bir hakkın ya da her ikisinin ihlal edildiği iddia edilmiştir. Anayasa Mahkemesi her ne kadar hangi hak açısından inceleme yapılacağını kendisi belirlese de; çalışma hakkı ile ilişkili bir hak açısından başvurucu tarafından yapılan sağlam bir gerekçelendirme, başvurunun kabul edilebilir bulunma şansını arttırmaktadır.

Çalışma hakkının belirli unsurlarına ilişkin ihlal iddiaları ağırlıklı olarak Anayasanın 20. (özel hayata saygı gösterilmesi hakkı) ve ayrıca 24. (din ve vican özgürlüğü), 17. (maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı), 35. (mülkiyet hakkı) maddeleri kapsamında veya 10. (eşitlik ilkesi/ayrımcılık yasağı) ve 36. (hak arama özgürlüğü/adil yargılanma hakkı) maddelerle ilişkili olarak incelenmiştir. Adil yargılanma hakkı ve eşitlik ilkesi ile ilgili kararlar aşağıda ayrı başlık altında incelenecektir.

Çalışma hakkı ihlali iddiası ile ilgili ilk başvuru Serkan Acar başvurusudur[93] ve konu açısından kabul edilmezlik kararı ile sonuçlanmıştır. Karara konu olan olayda, sivil memur olan başvurucunun naklen başka bir göreve atanma talebi Bakanlıkça kabul edilmesine rağmen, bağlı olduğu idare tarafından hizmet ihtiyacı gerekçesiyle muvafakat verilmemiştir. Başvuru, "*Çalışma hakkı, Anayasa ve AİHS ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokollerin ortak koruma alanına girmediğinden, konu bakımından yetkisizlik"* nedeniyle kabul edilemez nitelikte bulunmuştur.[94] Başvuruda, zorla

[93] Serkan Acar Kararı, 2013/1613, 2/10/2013.
[94] par. 25

çalıştırma yasağı ve adil yargılanma hakkının da ihlal edildiği ileri sürülmüş olup, başvuru sadece ihlal edildiği ileri sürülen söz konusu haklar açısından incelenmiştir.

Serkan Acar başvurusu sonucunda verilen karar sonrasında pek çok kararda çalışma hakkının Anayasa Mahkemesinin konu bakımından yetki alanına girmediği tekrarlanmış,[95] söz konusu karar emsal olarak gösterilmiştir.[96]

Bununla birlikte, çalışma hakkının konu bakımında yetki alanına girmediği ister açıkça belirtilsin isterse belirtilmesin, çalışma hakkının belirli unsurları bazı kararlarda diğer haklar kapsamında koruma alanına alınmıştır.

Örneğin, K.Ş başvurusuna[97] konu olan olayda başvurucuya, cinsel içerikli bazı görüntülerinin internette yer aldığı duyumu sonrasında başlatılan disiplin soruşturması sonucunda devlet memurluğundan çıkarma cezası verilmiştir ve başvurucu Anayasa'nın 10., 20. ve 38. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi, başvuruyu 20. Madde kapsamında incelemiş; müdahalenin adil bir denge sağlamadığını belirleyerek Anayasanın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Böylelikle K.Ş kararında, çalışma hakkının dolaylı olarak özel yaşam üzerindeki hak kapsamında korunduğu görülmektedir.

Tuğba Arslan başvurusunun[98] konusu başvurucunun başörtülü olarak duruşmalara girmesinin Ankara 11. Aile Mahkemesince engellenmesidir. Başvurucu, Mahkemenin ara kararının din ve vicdan özgürlüğünün yanı sıra, çalışma hakkını ve ayrımcılık yasağını ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi'ne göre *"AİHS ve buna ek protokoller, AİHS'ne taraf olan devletlere belli bir mesleği icra etmeyi garanti etmez. Ancak AİHM, çalışma hakkı kapsamında değerlendirilebilecek bazı konularla ilgili başvuruların Sözleşme'de korunan diğer hakları da ilgilendirmesi durumunda, söz konusu haklarla bağlantı kurarak bir inceleme yapabilmektedir"*

Kararda, AİHM'nin sosyal hakların dolaylı korumasına ilişkin metodu ortaya konmuştur. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 48. ve 49. maddelerinin ihlal edildiği yönündeki iddiaların, Anayasa'nın 24. maddesinin ihlal edildiği yönündeki iddialar çerçevesinde değerlendirilmesi gereğini ortaya konmuştur. Sonuç olarak, 24. maddenin ve 24. maddeyle birlikte 10. maddenin ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Tuba Arslan kararında, AİHM tarafından uygulanan dolaylı koruma yöntemine açıkça yer verilmiştir. Çalışma hakkının din ve vicdan özgürlüğü kapsamında (ayrıca

[95] Nevzat Timur Kararı, 2014/7180, 22/11/2017.

[96] Mehmet Bayraktar Kararı, 2014/2316, 15/2/2017; Gülenay Özdemir Kararı, 2019/12889, 2/3/2022; Hüseyin Yıldırım Kararı, 2019/26185, 19/11/2020; Sebiha Kaya Kararı, 2018/34124, 20/5/2021. Sebiha Kaya başvurusuna konu olayda, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının olumsuz sonuçlanması üzerine memuriyete başlatılamama işlemine karşı iptal davası açılmıştır.

[97] K.Ş. Kararı, 2013/1614, 3/4/2014.

[98] Tuğba Arslan Kararı, 2014/256, 25/6/2014.

ayrımcılık yasağı ile ilişkili olarak) korunduğunu söyleyebiliriz.[99] Şirin'e göre, bu karar sosyal hakların dava edilebilirliğinin önünü açan bir karardır.

Haluk Öktem başvurusunda,[100] Anayasa Mahkemesi ahlaki durum gerekçe gösterilerek Türk Silahlı Kuvvetlerinden ayırma kararını özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında incelemiş ve esasa ilişkin incelemede hakka müdahale edildiği belirlenmiştir. AYİM kararının mahremiyet hakkına müdahaleyi haklı kılacak şekilde konuyla ilgili ve yeterli gerekçe içermemesi ve kararda başvurucunun geçmiş sicili ve başarı durumu dikkate alınarak ölçülülük yönünden değerlendirilmemesi vd. sebeplerle 20. maddenin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.[101]

C.A. başvurusuna[102] konu olan olayda, başvurucunun iş sözleşmesi işveren ile güven ilişkisinin bozulduğu gerekçesiyle feshedilmiştir. Anayasa Mahkemesi mesleki hayata getirilen sınırlamaların hangi durumlarda 20. madde kapsamında değerlendirileceğini AİHM içtihadı ışığında ayrıntılı olarak açıklamıştır. Anayasa Mahkemesi şu belirlemeyi yapmıştır. "*AİHM'ye göre mesleki hayat özel hayat kavramı dışında tutulamaz. Özel hayat unsurları gerekçe gösterilerek mesleki hayata getirilen sınırlamalar, bireyin sosyal kimliğini etkilediği ölçüde Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamına girebilmektedir."*[103] Anayasa Mahkemesi, AİHM'nin mesleki hayatın hangi durumlarda 8. madde kapsamında değerlendirileceği konusundaki sebebe ve sonuca dayalı yaklaşımlarını ortaya koymuştur. Sebebe dayalı yaklaşımda, uyuşmazlık nedeninin özel hayata ilişkin bir unsura dayanıp dayanmadığı önem taşımaktadır; sonuca dayalı yaklaşımda ise mesleki hayata yönelik müdahalelerin özel hayata dokunan bir yönünün olup olmadığı araştırılmaktadır. AİHM içtihadı ışığında, C.A. başvurusunda Anayasa Mahkemesi mesleki hayata yönelik müdahaleye ilişkin başvurunun *özel hayata saygı hakkı* kapsamında incelenebilir nitelikte olduğu sonucuna varmıştır.[104] Bununla birlikte, müdahalenin ölçülü olması ve yargılamada usule ilişkin güvencelerin sağlanması sebebiyle 20. maddenin ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır.

C.A kararı, mesleki hayata yönelik müdahalelerin özel yaşam üzerindeki hakla ilişkilendirilebileceğini AİHM içtihadı ışığında ortaya koyması sebebiyle önem taşır. Kararda, konuya ilişkin AİHM kararlarına yer verilmiştir.

Yukarıda örnek olarak yer verilen iş akdinin feshedilmesine ve TSK'dan ayırmaya ilişkin başvurular Mahkeme tarafından 20. maddeyle ilişkilendirilmiş olmakta ve bu doğrultuda başka kararlar da bulunmakla birlikte;[105] benzer içerikteki bazı başvuruların,

[99] Şirin, Anayasa Mahkemesi, s. 78.
[100] Haluk Öktem Kararı, 2018/26453, 6/10/2021.
[101] Aynı yönde kararlar için bkz. F.K. Kararı, 2016/572, 13/6/2019; İlker Yürük Kararı, 2015/4166, 9/1/2019; Tevfik Türmen Kararı, 2013/9704, 3/3/2016.
[102] C.A. Kararı, 2018/10286, 2/7/2020.
[103] par. 63.
[104] par. 101.
[105] İş Sözleşmesinin feshi sebebiyle özel yaşam üzerindeki hakka ilişkin inceleme yapılıp, mahkeme kararında yeterli gerekçe bulunmaması sebebiyle bu hakkın ihlal edildiğinin tespit edildiği karar için bkz: Ayla Demir İşat Kararı,

20. maddeyle ilişkilendirilmediği veya kararlarda 20. maddeye ilişkin herhangi bir değerlendirme yapılmadığı da görülmektedir.[106]

Tamer Mahmutoğlu kararında,[107] baro levhasına yazılma kararının kamu görevinden çıkarılma sebebiyle mahkemece iptal edilmesi, Anayasa Mahkemesi tarafından özel yaşam üzerinde hak kapsamında incelenmiştir. Kararda, mesleki hayata ilişkin belirli hususların özel hayata saygı hakkı kapsamında değerlendirildiği ayrıntılı olarak değerlendirilmiştir ve bu konudaki AİHM kararlarına yer verilmiştir.[108] Müdahalenin kanunilik koşulunu taşımaması sebebiyle 20. maddenin ihlal edildiği tespit edilmiştir.[109]

Ebru Bilgin başvurusunda[110] başvurucu kamu kurumunda çalışmaktadır ve başvuru, psikolojik taciz nedeniyle kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir. Bu başvuruya ilişkin kararın en önemli yönlerinden birisi, Anayasa Mahkemesinin ASŞ'nda yer alan onurlu çalışma hakkına ilişkin maddeye, ESKHS'nin çalışma koşullarına ilişkin 7. maddesine, ILO Sözleşmelerine gönderme yapmış olmasıdır. Başvurucuya yönelik eylemler konusunda kamusal makamların önlemler almaması, yargılamalar sonucunda ulaşılan sonuçların

2018/24245, 8/10/2020.(Başvuruda 20. maddenin ihlal edildiği iddia edilmiştir).İş akdinin feshine yönelik davanın reddedilmesine ilişkin Abdülhamit Ata başvurusunda çalışma hakkıyla ilgili hususlarda başvurucu 20. maddenin ihlal edildiğini ileri sürmüş olup, başvuru 20. madde kapsamında incelenmiştir. Abdülhamit Ata Kararı, 2018/13101, 6/10/2021. Mesleki hayata ilişkin müdahalelerin özel yaşam üzerindeki hak kapsamında görüldüğü diğer kararlar: bkz. Ayşe Ortak Kararı, 2018/25011, 6/1/2022: Başvurucunun öğretmen olarak çalışma izninin iptal edilmesi ve yeniden çalışma izni düzenlenmesinin yasaklanması söz konusudur. Sonuç olarak özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği tespit edilmiştir. (20. Maddenin ihlal edildiği iddia edilmiştir); Ahmet Gödeoğlu Kararı, 2018/28616, 17/11/2021: Başvuruya konu olan olayda, başvurucunun mahkûmiyet kararının bir sonucu olarak hekimlik mesleğindeki hak ve yetkilerini kullanmasının ömür boyu yasaklanması söz konusudur. Başvuru, özel yaşama saygı hakkı kapsamında kabul edilebilir bulunmuş ve ihlal kararı verilmiştir. (20. maddenin ihlal edildiği iddia edilmiştir)

[106] Sebiha Kaya Kararı, 2018/34124, 20/5/2021: Karara konu olan olayda güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının olumsuz sonuçlanması üzerine memuriyete başlatılamama işlemine karşı iptal davası açılmış ve dava reddedilmiştir. Çalışma hakkının ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddia edilmiş; özel yaşam üzerindeki hakkın ihlal edildiği ileri sürülmemiştir. Çalışma hakkı Sözleşmede yer almadığı için bu hak açısından inceleme yapılmamış; özel yaşam üzerindeki hakkın ihlal edildiğinin ileri sürülmediği belirtilerek sadece 36. madde açısından inceleme yapılmıştır.

Vedat Deniz Kararı, 2018/36293, 15/5/2020: Başvuru, memuriyetin askıya alınması işleminin kaldırılarak göreve iadenin sağlanması yönündeki talebin reddine ilişkin işleme karşı açılan davanın reddedilmesi nedeniyle çalışma hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir. Konu açısından yetkisizlik kararı verilmiştir; Özel hayat üzerindeki hakla olayın ilişkisinin bulunup bulunmadığı hiç tartışılmamıştır.

İş akdinin feshine yönelik davanın reddedilmesine ilişkin Reşat Kıran başvurusunda (Reşat Kıran Kararı, 2018/35972, 14/9/2021) başvurucu çalışma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüş olup, çalışma hakkının Anayasa Mahkemesinin yetki alanına girmediği belirtilerek, 20. madde açısından bir inceleme yapılmamıştır. (Aynı yönde Fikriye Bayraktar ve Diğerleri Kararı, 2018/22018, 23/2/2022) Mehmet Taruk ve Diğerleri başvurusunda (2018/18170, 8/6/2021) ise yine aynı konuda çalışma hakkının ve özel yaşam üzerindeki hakkın ihlal edildiği ileri sürülmüş olup, Anayasa Mahkemesince sadece 36. madde açısından inceleme yapılmıştır.

[107] Tamer Mahmutoğlu Kararı, 2017/38953, 23/7/2020.

[108] par. 53-67.

[109] Aynı yönde kararlar için bkz. Hatice Özer Kararı 2018/37091, 3/12/2020; Zekiye Dinç Kararı 2019/4653, 14/10/2020; Hakan Tokatlıoğlu Kararı, 2018/24939, 16/9/2020; Yavuz Şahin Kararı 2018/35654, 10/2/2021; Huriye Öztürk Kararı, 2018/25582, 18/11/2020.

[110] Ebru Bilgin Kararı, 2014/7998, 19.07.2018.

yeterli ve ilgili gerekçeler içermemesi sebebiyle 17. maddenin (maddi ve manevi varlığın korunması hakkı) ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.[111]

Meltem Sukan başvurusunda[112] zorunlu hizmet süresini tamamlamadan istifa eden başvurucunun hekimlik mesleğini icra edememesi söz konusudur. Başvurucunun çalışma hakkı ile hukuki güvenlik ilkesinin ihlal edildiğine dair iddiaları maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı kapsamında incelenmiş ve kabul edilebilir bulunmuştur. Karar, özellikle, çalışma hakkı ihlali iddiası bulunmakla birlikte, ihlal iddiası bulunmamasına rağmen 17. madde kapsamında inceleme yapılması sebebiyle önem taşımaktadır. [113]

Ahmet Bal başvurusuna[114] konu olan olayda başvurucunun ruhsatnamesi iptal edilerek eczanesi kapatılmıştır. Başvuru, mülkiyet hakkı kapsamında incelenmiş ve kabul edilebilir bulunmuştur. Bununla birlikte, başvurucunun izin almadan eczanenin bulunduğu ilden ayrılması ve başka bir kişiye eczaneyi işletmek için vekalet vermiş olması (vd. nedenler) göz önünde bulundurulduğunda müdahalenin ölçüsüz olmadığı belirlenmiş ve ihlal kararı verilmemiştir.

Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesinin önüne gelen çalışma hakkına ilişkin olayların özel yaşam üzerindeki hak, maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı, din ve vicdan özgürlüğü, mülkiyet hakkı kapsamında incelenmesi mümkün olmuştur.

2. Sağlık hakkına İlişkin Bireysel Başvuru Kararları

Sağlık hakkının (Anayasa md. 56) belirli unsurlarına ilişkin başvurular ağırlıklı olarak -AİHS md. 8'e karşılık gelmek üzere- 17. madde kapsamında (maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı) incelenmiş ve kabul edilebilirlik ya da ihlal kararları verilmiştir.

Sağlık hakkına ilişkin bireysel başvuru konuları genel olarak yanış tedavi veya tıbbi ihmal iddiası, hastanın bilgilendirilmemesi, tutuklu ve hükümlülerin sağlık durumları, anlaşmalı olmayan kurumlardaki tedavilerin sosyal güvenlik kurumunca ödenmemesi gibi konulardır.

Ahmet Acartürk başvurusunda başvurucu[115], tüp bebek tedavisi sırasında yanlış tedavi uygulandığını, vücudunun kendi kendine testosteron hormonu üretemez hale geldiğini ve bu şekilde sakatlandığını ileri sürmektedir. Doktor açısından kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmiştir ve tazminat davası reddedilmiştir. Başvurucu, Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan kişinin maddi ve manevi varlığını

[111] par. 94
[112] Meltem Sukan Kararı, 2013/9459, 1/4/2016.
[113] bkz. Kılıçkaya, s. 157.
[114] Ahmet Bal Kararı, 2015/19400, 11/6/2018.
[115] Ahmet Acartürk Kararı, 2013/2084, 15/10/2015.

koruma hakkının, 56. maddede yer alan sağlık hakkının ve 36. maddede yer alan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmektedir.

Anayasa Mahkemesine göre "*Devlet, kişilerin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlıklarını koruma hakkı kapsamında, ister kamu isterse özel sağlık kuruluşları tarafından yerine getirilsin, sağlık hizmetlerini, hastaların yaşamları ile maddi ve manevi varlıklarının korunmasına yönelik gerekli tedbirlerin alınabilmesini sağlayacak şekilde düzenlemek zorundadır".*[116]

Kararın önemli yönü, sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesinin 17. madde kapsamında olduğunun açıkça tespit edilmesi ve 17. maddeden kaynaklanan pozitif yükümlülükler temellendirilirken 56. maddede yer alan sağlık hakkına yer verilmesidir. Söz konusu pozitif yükümlülük sağlık alanında yürütülen faaliyetleri de kapsamaktadır.

Sonuç olarak, başvurucu muhtemel riskler konusunda bilgilendirilmediği için Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan yer alan maddi ve manevi varlığın korunması hakkının (ve makul sürede yargılama gerçekleşmediğinden 36. maddenin) ihlaline karar verilmiştir.

Zümrüt Ağapınar başvurusunda[117] başvurucu, doktorların kusuru nedeniyle iki kez ameliyat edilmek zorunda kaldığını, bu nedenlerle yaşam ve sağlık hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi kararın değerlendirme bölümünde Anayasanın 17. ve 56. madde metnine yer vermiş, başvuruyu 17. madde kapsamında inceleyeceğini belirtmiştir. Esas yönünden incelemede 17. maddedeki pozitif yükümlülüklerin belirlenmesinde yine 56. maddeye gönderme yapılmıştır. Derece mahkemelerince bilirkişi incelemesi yapılmaması, yeterli ve ilgili gerekçeye yer verilmemesi gerekçesiyle 17. maddede güvence altına alınan maddi ve manevi varlığın korunması hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir. [118]

Tevfik Gayretli başvurusunda[119] başvurucu, çocuğunun doğumunun uzman doktor yerine ebeler tarafından gerçekleştirildiğini, bu yüzden çocuğun sağ kolunun kalıcı bir şekilde sakat kaldığını belirtmiş ve Anayasa'nın 56. maddesinde düzenlenen sağlık hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi kararında başvuru 17. madde (maddi ve manevi varlığın korunması hakkı) kapsamında incelense de, 56. maddeye açıkça yer verilerek, bu konudaki AİHM içtihadına da gönderme yapılmıştır. Bu kararda, kişilerin vücut ve ruh bütünlükleriyle ilgili konuların, tıbbi tedavinin seçimine katılımın ve tedaviye rıza ile ilgili durumların 17. maddenin sınırları içinde yer aldığı belirtilmektedir. Kararda *"17. ve 56. maddeler kapsamındaki pozitif yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediğinin*

[116] par. 51.
[117] Zümrüt Ağapınar Kararı, 2015/3747, 26/12/2018.
[118] Aynı yönde bkz. M. Y. Kararı, 2018/19824, 20/10/2021.
[119] Tevfik Gayretli Kararı, 2014/18266, 25/1/2018.

denetleneceği" vurgulanmaktadır.[120] Mahkeme kararı yeterli ve ilgili gerekçe içerdiği için, 17. maddeden kaynaklanan pozitif yükümlülüğün yerine getirildiği tespit edilmiştir.[121]

Kararda, Anayasa Mahkemesi doğrudan 56. maddeden kaynaklanan yükümlülüklere uyulup uyulmadığını denetleyeceğini belirtmekle, adeta sağlık hakkını konu bakımından yetkisi içinde görmektedir.

Mehmet Emin Sarıgül kararında[122] da tıbbi ihmale dair şikayetlerin 17. madde kapsamında incelendiği hatırlatılmış ve maddi ve manevi varlığın korunması hakkı kapsamında hukuki sorumluluğu ortaya koymak adına adli ve idari yargıda açılacak tazminat davalarında makul derecede özenli ve dikkatli inceleme yapılmasının gerekli olduğu hatırlatılmıştır.[123] Karar, sağlık hakkına ilişkin pek çok hususun 17. madde kapsamında kabul edildiğinin belirtilmesi açısından önem taşımaktadır.

Muharrem Erbey başvurusunda[124] başvurucu, hastalığı ve kişisel durumu dikkate alınmadan basmakalıp gerekçelerle tutukluluğun devamına karar verilmesi sebebiyle Anayasa'nın 19., 37., 38. ve 56. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Kararda, başvuru 19. madde açısından incelenmiş; ilgili ve yeterli olmayan gerekçelere dayanılarak başvurucunun özgürlüğünden mahrum bırakıldığı tespit edilmiş ve 19. maddede yer alan özgürlük ve güvenlik hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Kanser hastasına reçete edilen ilacın ithali için gerekli ödemenin Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) tarafından karşılanması amacıyla yargı merciine yapılan tedbir talebinin reddedilmesi nedeniyle yaşam hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkin başvurular ise başvuru yolları tüketilmediği için kabul edilmez bulunmuştur.[125]

Şuayip Şen başvurusu[126] sağlık hakkına ilişkin sınırların belirlenmesi açısından önem taşımaktadır. Başvuruya konu olan olayda prematüre olarak doğan bebeğin ve annenin tedavisi SGK ile anlaşmalı olmayan özel hastanede gerçekleşmiştir ve başvuruda masrafların devlet tarafından karşılanması talebi bulunmaktadır. Tedavi masraflarının yeterli ölçüde karşılanmadığına dair iddiaların AİHS 8. madde kapsamında kabul edildiği AİHM kararları ışığında, başvuru 17. madde kapsamında (maddi ve manevi varlığın korunması hakkı) incelenmiş ve kabul edilebilir bulunmuştur. Ancak yine AİHM içtihadı uyarınca, sınırlı devlet kaynaklarının tahsisi söz konusu olduğunda, devletin takdir marjının genişlediği hatırlatılmıştır.[127]

---

[120] par. 36.
[121] Aynı yönde bkz. Aydın Ayhan Kararı, 2015/11683, 12/12/2018.
[122] Mehmet Emin Sarıgül Kararı, 2015/2281, 12/11/2019.
[123] par. 35.
[124] Muharrem Erbey Kararı, 2014/328, 17/7/2014.
[125] Batuhan Demirci ve Diğerleri Kararı, 2020/36297, 22/2/2022; İlyas Polat ve Diğerleri Kararı, 2021/50688, 23/2/2022.
[126] Şuayip Şen Kararı, 2014/4859, 14/9/2017.
[127] par. 23-34.

Anayasa Mahkemesi 17. madde kapsamında devletin pozitif yükümlülüklerini belirtmiş, devletin sağlık hizmetlerini yeterli ölçüde sağlama yükümlülüğünün olduğunu, tedavi gören hastalara ilişkin yasal çerçeve oluşturulması ile gerekli tedbirlerin alınması gerektiğini tespit etmiştir. Bununla birlikte, bu konudaki sınırlar belirlenirken, devletin kamu kaynaklarını kullanması konusundaki takdir hakkı ile bireylere yüklenen ekonomik külfet arasında bir denge kurulmalıdır.[128] Somut olayda SGK ile anlaşmalı hastanelerde de acil müdahale ve tedavinin mümkün olduğu tespit edildiğinden ve derece mahkemeleri uygun ve yeterli gerekçe ortaya koyduklarından dolayı 17. maddenin ihlal edilmediğine karar verilmiştir.[129]

Sonuç olarak, sağlık hakkına ilişkin kararlarda sağlık hakkının Sözleşmede yer almayan bir hak olmasına dayanarak kabul edilmezlik kararları verilmediği, sağlık hakkına ilişkin pek çok hususun 17. madde kapsamında incelendiği görülmektedir. Bu kararlarda uluslararası hukuk bölümünde AİHM içtihadına gönderme yapılmakta, ayrıca kararların değerlendirme bölümünde Anayasanın 56. maddesinde yer alan hükme açıkça yer verilmekte ve esas ilişkin incelemede devletin 17. maddeye ilişkin pozitif yükümlülükleri Anayasanın 56. maddesi ile temellendirilmektedir. Sağlık hakkının unsurlarına ilişkin ihlal iddialarında, Anayasa Mahkemesinin doğrudan 56. maddeye ve 56. maddeden kaynaklanan yükümlülüklere gönderme yapması, çalışma hakkına ilişkin kararlara göre birkaç adım öne geçildiğini göstermektedir.

3.Konut Hakkına İlişkin Bireysel Başvuru Kararları

Konut hakkı, sosyal haklar arasında yer almaktadır. Anayasamızın 57. maddesinin başlığında "konut hakkı" ifadesi yer almakla birlikte, madde metninde devletin alması gereken tedbirlere yer verilmektedir.[130] Anayasamızın 21. maddesinde kişisel haklar arasında "konut dokunulmazlığı" düzenlenmektedir.

Anayasa Mahkemesinin önüne konut hakkı ile ilişkili olarak gelen konular başlıca çevresel sorunlar, konutun sağlıklı yaşam için uygun olmaması, taşınmaza haciz konulmasına ilişkindir ve bu konuların 20., 21., 35. maddeler ile ilişkilendirilerek incelendiği görülmektedir.

Ahmet Bilgin başvurusunda,[131] hidroelektrik santral yapımı için çevresel etki değerlendirmesi raporunun uygun bulunmasının, 20. maddeyi ve 57. maddede yer alan konut hakkını ihlal ettiği ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi, kararın "değerlendirme" bölümünde Anayasanın 20. maddesine ve konut dokunulmazlığını düzenleyen 21. maddesine yer verilmiştir. HES projesinin başvurucuların özel hayatına

[128] par. 33-35.
[129] Aynı yönde bir diğer karar için bkz. Salim Sayın Kararı, 2013/3382, 4/11/2015.
[130] Türk Anayasa Mahkemesi bir kararında "*gerekçesiyle birlikte değerlendirildiğinde maddenin asıl amacının, konut hakkını düzenlemek olduğu anlaşılmaktadır*" değerlendirmesini yapmıştır. E. 1985/11, K. 1986/29, K.T. 11.12.1986. bkz. Dündar Sezer, s. 625.
[131] Ahmet Bilgin Kararı, 2015/11709, 12/12/2018.

ve konut hakkına etkisi, 20. ve 21. maddeler kapsamında incelenmiştir. Anayasa Mahkemesine göre, "kamu makamlarının özel hayata saygı ile *konut hakkının* etkili şekilde korunmasını güvence altına almak için gerekli adımları atıp atmadığı önem taşımaktadır." [132]Anayasa Mahkemesi somut olayda kamusal makamların pozitif yükümlülüklerini yerine getirdiği sonucuna varmıştır.[133]

Bu kararda kanaatimizce önemli olan husus açıkça devletin konut hakkını koruma yükümlülüğünün belirlenmesinin yanı sıra, 20. ve 21. maddede garanti edilen özel hayata ve konut dokunulmazlığına ilişkin hakla birlikte *konut hakkının* da ihlal edilmediğinin belirtilmiş olmasıdır.

Güven Bostan kararında[134] ödenmeyen vergi borcu için taşınmaza haciz konulması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkin, mülkiyet hakkı açısından kabul edilebilirlik ve ihlal kararı verilmiştir. Derece mahkemelerinin kararlarının mülkiyet hakkına ilişkin davanın sonucuna etkili olabilecek mahiyetteki iddia ve itirazlara cevap verecek nitelikte yeterli bir gerekçe içermediği tespit edilmiştir

Sema Temiz başvurusu,[135] kamu görevlisine tahsis edilen lojmanın sağlığa uygun olmaması nedeniyle maddi ve manevi varlığın korunması hakkının ve konut hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir. Başvuru 17. mdde kapsamında ele alınmıştır. Bununla birlikte, Mahkeme'ye göre, "*Anayasa'nın 17. maddesi devlete, kamu görevlilerine lojman sağlama gibi bir güvence içermemektedir."* Somut olayda kamu makamlarının Anayasa'nın 17. maddesi kapsamındaki güvenceleri harekete geçirecek asgari ağırlıkta bir müdahalede bulunduklarından söz edilemeyeceği ve başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğu sonucuna varılmıştır.[136]

Konut hakkına ilişkin kararlar değerlendirildiğinde, konut hakkı ihlali iddialarına yönelik olarak konut hakkının Sözleşme'de yer almayan bir hak olması sebebiyle kabul edilmezlik kararları verilmediği, hakkın belirli unsurlarının diğer haklar kapsamında korunabileceği sonucuna varılmaktadır. Bununla birlikte, AİHM kararlarında olduğu gibi, devletin herkese konut sağlama yükümlülüğünün olmadığı da belirlenmiştir.

4.Sosyal Güvenlik Hakkına İlişkin Bireysel Başvuru Kararları

Sosyal güvenlik hakkına/haklarına (Anayasa md. 60 ile 61 ve 62) ilişkin başvuruların bazılarında -sosyal güvenlik hakkı AİHS'te yer almadığı için- sosyal güvenlik hakkı kapsamında inceleme yapılamayacağı açıkça belirtilmekle birlikte, sosyal güvenliği ilişkin farklı hususlar 17. ve özellikle 35. madde kapsamında incelenmiş; kabul

[132] par. 61
[133]Benzer içerikte yapılan bir başvuru Anayasamızın 17. maddesi bağlamında incelenmiştir. Bu inceleme kapsamında başvurucuların, ilgili işletmenin faaliyetlerinin özel yaşam, aile hayatı ve konut hakkı üzerindeki etkilerini delillerle kanıtlamalarının beklendiği belirtilmiştir. par. 50. Ali Arif Cangı ve Diğerleri Kararı, 2016/11069, 10/12/2019.
[134] Güven Bostan Kararı, 2016/4293, 1/7/2020.
[135] Sema Temiz Kararı, 2016/11069, 10/12/2019.
[136] par. 33.

edilebilirlik/ihlal kararları verilmiştir. (Sosyal güvenlik hakkı ile ilişkili olarak 10. ve 36. maddeler de incelenmiş ve ihlal kararları verilebilmiştir.)

Sosyal güvenlik hakkına ilişkin olarak Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapılan konular, sosyal güvenlik aylığının (emekli aylığı, engelli aylığı, ölüm aylığı)kesilmesi, iadesinin istenmesi, aylıkta kesinti yapılması/eksik ödenmesi, engellilerin sosyal güvenlik açısından korunmaması, maluliyet yardımı yapılmaması, maluliyet aylığı bağlanmaması, ölüm aylığının geç bağlanması gibi hususlardır.

Ramazan İpek başvurusunda,[137] kanser hastası olan başvurucu, tam ve daimi maluliyet yardımı yapılmamasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açtığı davada verilen karar nedeniyle Anayasa'nın 35. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi kararında, sosyal güvenlik hakkının dolaylı korunmasına ilişkin ve yardımların 35. madde kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine ilişkin çok önemli tespitler bulunmaktadır. Kararda, öncelikle kişisel ve siyasal haklarla sosyal haklar arasında su geçirmez bir sınır olmadığını belirleyen Airey/İrlanda kararına gönderme yapılmıştır.

Anayasa Mahkemesine göre *"AİHS temel olarak medeni ve siyasal hakları güvence altına almakta; çalışma hakkı, ücretsiz sağlık hizmetleri ya da belirli bir yaşam standardını sağlayabilmek için devletten mali yardım talep etme hakkı gibi sosyal ve ekonomik haklar ise bu güvence kapsamında yer almamaktadır. Bununla birlikte, Sözleşme'de korunan hakların birçoğu sosyal ve ekonomik etki ve sonuçlar doğurduğundan bu iki alanı birbirinden ayıran kesin bir sınır da bulunmamaktadır". "AİHM de sosyal ve ekonomik hakları bünyesinde yer alan sosyal yardımlarla ilgili ihlal iddialarını, Sözleşmede korunan hakların niteliğine uygun düştüğü takdirde Sözleşme kapsamındaki bu haklarla bağlantı kurarak inceleme yapabilmektedir."* Kararda, AİHM'nin sosyal güvenlik hakkının belirli yönlerini Sözleşme kapsamında kabul eden kararlarından örnekler verilmiştir.

Anayasanın 35. maddesinin ihlal edildiği iddiasına ilişkin olarak, başvuru konusunun henüz edinilmemiş olması ve meşru bir beklenti kabul edilmemesi sebebiyle başvurunun mülkiyet hakkı kapsamında incelenmesi kabul edilmemiş; sadece 36. madde açısından inceleme yapılmıştır. Kanaatimizce, bu kararda 17. madde açısından inceleme yapılabilirdi.

Zekiye Şanlı kararında[138] yine sosyal güvenlikle ilgili hangi hususların mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirileceği hatırlatılmış ve emekli aylığına ilişkin kanun değişikliğinden önce mevzuat ve yargısal uygulamaya uygun olarak gündeme

[137] Ramazan İpek Kararı, 2012/1105, 17/7/2014.
[138] Zekiye Şanlı Kararı, 2012/931, 26/6/2014.

gelmiş olan başvurucunun güncel talebinin meşru bir beklenti yarattığı ve 35. madde kapsamında yer aldığı belirlenmiştir. [139]

Mehmet Hadi Tunç başvurusu[140] emekli keseneği esas aylığına ek göstergenin uygulanması istemiyle açılan davanın reddedilmesi nedeniyle eşitlik ilkesi ile sosyal güvenlik hakkının ihlal edildiği iddiası hakkındadır. (Başka bir hakkın ihlal edildiği ileri sürülmemiştir) Bu kararda ise, sosyal güvenlik hakkı AİHS'te yer almayan bir hak olduğu için kabul edilmezlik kararı verilmiş[141] ve konu ile ilişkilendirilebilecek başka haklar açısından herhangi bir değerlendirme yapılmamıştır.[142] Kanaatimizce Anayasa Mahkemesi özellikle 35. madde açısından inceleme yapabilirdi.

Devrim Alyüz kararında,[143] başvuru, engelli aylığı almakta olan başvurucunun aylığının bir kanun değişikliği ile kesilmesine ilişkindir.[144] Başvuru, 17. madde kapsamında incelenmiştir.[145] Kararda, AİHM kararlarına yer verilmiştir ve AİHM kararlarında sosyal güvenliğe ilişkin belirli hususların 8. madde kapsamında değerlendirildiği belirlenmiştir.[146] Taraf devletlerin sınırlı kaynaklarının dağılımında önceliklerin tespit edilmesi söz konusu olduğunda takdir marjının bilhassa geniş olduğu da AİHM kararları ışığında hatırlatılmıştır.[147]

Kararda AİHM'nin sosyal güvenlik hakkıyla ilgili belirli tespitlerine yer verilmiştir. Bu tespitler uyarınca "*Devletler engellilik bakımına erişimi düzenleme konusunda belirli bir takdir payına sahip olsa da bu türden bir bakım bir kez verildikten sonra bu hakkı özünden yoksun bırakacak kadar ileri gidemez*."[148] Ayrıca, AİHM kararlarında, ödenmekte olan mevcut bir sosyal güvenlik aylığı veya yardımının, ilgili ödeme koşulları değiştirilmek suretiyle tamamen kesilmesine yönelik müdahalelerin ölçüsüz bulunduğu hatırlatılmıştır.[149]

Anayasa Mahkemesi kararının değerlendirme bölümünde Anayasamızın 61. (sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenler) ve 65. maddelerine de yer verilmiştir. Anayasa Mahkemesine göre "*Anayasa'nın 65. maddesi de dikkate*

[139] Kararda AİHM içtihadına yer verilmiştir.
[140] Mehmet Hadi Tunç Kararı, 2013/1958, 7/7/2015.
[141] Onurhan Solmaz Kararı 2012/1049, 26/3/2013; Emrah Aydın Kararı, 2019/2615, 15/5/2020.
[142] Seyde Koç başvurusunda sosyal güvenlik hakkının ihlali iddiası açısından kabul edilmezlik kararının gerekçesi konu açısından yetkisizlik değil açıkça dayanaktan yoksunluktur. (Seyde Koç Kararı, 2019/12837, 4/5/2020).
[143] Devrim Alyüz Kararı, 2017/40383, 16/9/2020.
[144] Başvurucuya engelli aylığı bağlanmış ancak daha sonra kanunda değişiklik yapılmıştır. Buna göre, erişkin bir engelliye hane içinde kişi başına düşen ortalama aylık gelir 303,48 TL'nin üzerinde ise engelli aylığı bağlanmamakta, bağlanan aylıklar ise kesilmektedir. Başvurucu idare mahkemesinde iptal davası açmıştır. Dava reddedilmiş, Bölge İdare Mahkemesi de istinaf başvurusunun reddine karar vermiştir.
[145] Karşı oy gerekçesi uyarınca, Anayasanın 17. maddesi AİHS'nin 8. maddesine karşılık gelmektedir. "*Bununla birlikte özel hayatın korunması hakkını kapsayan Sözleşmenin 8. maddesi "yeterli yaşama standardı hakkını" veya engellilere böyle bir güvenceyi içermemektedir."*
[146] par. 31.
[147] par. 29.
[148] par. 29.
[149] par. 36.

alındığında müdahalenin kamu yararına dayalı meşru bir amacının olduğu anlaşılmaktadır." Kararda, "*Anayasa'nın 61. ve 65. maddeleri uyarınca devletin mali kaynakları ölçüsünde engellilerin korunmaları ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirleri almak konusunda takdir yetkisi bulunduğu"* belirtilmiştir. *"Ancak aylığının tümüyle kesilmesinin hukuki güvenlik ve meşru beklentilerin korunması ilkelerine uygun olmadığı"* belirlenmiştir. Demokratik toplum düzeninin gerekleri açısından yapılan incelemede, Anayasamızın 61. maddesi uyarınca devletin engellileri koruma görevine vurgu yapılmıştır. Sonuç olarak her ne kadar sosyal güvenlik alanında kanun koyucunun geniş bir takdir yetkisinin bulunduğu kabul edilse de engellilere ödenmekte olan aylıkların geçiş hükmüne veya başka bir önleme yer verilmemesi Anayasa'da özel olarak korunmaları öngörülen engelli bir birey olan başvurucu yönünden aşırı bir külfete yol açmaktadır. Müdahale 17. madde açısından (maddi ve manevi varlığın geliştirilmesi ve korunması hakkı) oransız bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesinin sosyal güvenlikle ilgili konuyu, mülkiyet hakkı kapsamında değil, 17. madde kapsamında değerlendirmiş olması dikkat çekmektedir. Böylelikle, 17. maddenin sosyal güvenlik hakkının belirli yönlerini kapsadığı kabul edilmiştir. Devletin para harcamasını/kaynaklarının tahsisini gerektiren bir konuda, -özellikle engellilerin aylıkların kesilmesi söz konusu olduğu için- 65. maddede yer alan sınır uygulanmamıştır. Karar, daha önce verilmiş olan AİHM kararlarıyla uyum içindedir ve sosyal hakların asgari özüne ilişkin bir koruma getirildiği de görülmektedir.

Bedrettin Morina başvurusunda[150] başvurucu, yurt dışı borçlanmasını ödeyerek yaşlılık aylığı almaya hak kazandıktan yaklaşık altı yıl sonra, borçlanılan sürenin bir kısmının Türk vatandaşlığından önceki bir döneme ilişkin olması nedeniyle, yaşlılık aylığında kesinti yapıldığını bildirmiştir. Başvuru Anayasanın 35. maddesinde yer alan mülkiyet hakkı ve ayrımcılık yasağı kapsamında incelenmiştir. Esasa ilişkin incelemede 60. (sosyal güvenlik hakkı) ve 62. maddelere (yurt dışında yaşayan Türklere ilişkin düzenleme) yer verilmiştir.[151] (Aşağıda yer verildiği üzere 35. madde ile birlikte 10. maddenin ihlal edildiğine karar verilmiştir.)

Kemal Özcan başvurusunda[152] başvurucunun sosyal güvenlik aylığının ödenmeye başlandığı tarihten itibaren geçerli olacak şekilde iptal edilmesi ve geriye dönük olarak borçlandırılması söz konusudur. Başvuru mülkiyet hakkı kapsamında incelenmiştir. Sosyal güvenlik kapsamında yapılan ödemelerin Anayasa'nın 35. maddesi bağlamında

[150] Bedrettin Morina Kararı, 2017/40089, 5/3/2020.
[151] Sosyal güvenlik hakkına ilişkin hususların mülkiyet hakkı kapsamında incelendiği ve 60. maddeye açıkça yer veren bir diğer karar için bkz. Nurcan Öztok Kararı, 2015/13201, 21/3/2019.
[152] Kemal Özcan Kararı, 2017/18560, 12/2/2020.

mülk teşkil ettiği kararda belirtilmiştir.[153] Başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan müdahale ölçüsüz bulunmuştur. [154]

Sosyal güvenlik hakkı ile ilgili Anayasa Mahkemesi kararlarında, AİHM'nin sosyal güvenlik ile ilgili dolaylı koruma sağlayan kararlarına ayrıntılı olarak yer verilmesi dikkat çekmektedir. Kabul edilmezlik kararı verilmez ise, sosyal güvenlikle ilgili Anayasa maddelerine de açıkça gönderme yapılmaktadır.

Sosyal güvenlik hakkı sözleşmede yer almadığı için kabul edilmezlik kararı verilmesi istisnai olarak söz konusu olmuştur. Sosyal güvenlik hakkı ihlali iddiası olsa dahi bu konuda kural olarak Anayasa Mahkemesi konu açısından yetkisiz olduğunu belirtmemekte ve -devletin kaynak tahsisi gerekse de- diğer haklar kapsamında inceleme yapmakta; ihlal kararları verebilmektedir.

C.AYRIMCILIK YASAĞI/EŞİTLİK İLKESİ YOLUYLA SOSYAL HAKLARIN DOLAYLI KORUNMASI

Ayrımcılık yasağı sosyal hakların korunmasında büyük öneme sahiptir. Yukarıda da değinildiği gibi AİHS md. 14 kapsamında ayrımcılık yasağı sadece Sözleşme'de yer alan haklarla birlikte ileri sürülebilmektedir. Anayasamızın 10. maddesinde böyle bir sınırlama bulunmamakla birlikte, Anayasa Mahkemesine ayrımcılık yasağı ile ilgili bireysel başvurular, An. md. 148 gereğince, Anayasa ve Sözleşmenin kesişim alanındaki haklarla ilişkili olarak ileri sürülebilecektir. Bu bağlamda sosyal haklara ilişkin hususlar, kesişim alanındaki haklar kapsamında kabul edildiği sürece, bu hususlara yönelik ayrımcılık iddiaları incelenebilecektir. Nitekim bu doğrultuda Anayasa Mahkemesi kararları bulunmaktadır.

[153] par. 25.

[154] Sosyal güvenlik hakkına ilişkin belirli hususların mülkiyet hakkı kapsamında kabul edilebilir bulunduğu diğer kararlar için bkz. Muratcan Kolçak Kararı, 2016/5490, 12/6/2019: Başvuruya konu olayda, başvurucunun babasının hak kazandığı bir kısım yaşlılık aylığı banka hesabında bir hareket olmadığı için geri alınmıştır ve bu aylığın talebi zamanaşımının dolması sebebiyle mahkemeler tarafından reddedilmiştir. Başvuru mülkiyet hakkı açısından incelenmiştir. Kararda "*AİHM'e göre devletlerin ister önceden kişilerin katkı yapma şartına bağlı olsun ister olmasın sosyal yardım ödemesi yapılmasını öngören yasal bir düzenlemenin bulunması durumunda bu düzenlemenin Sözleşme kapsamında mülkiyete ilişkin bir menfaat doğurduğu*" hatırlatılmıştır. par. 25; Nurcan Öztok Kararının 35. madde kapsamında esasa ilişkin inceleme bölümünde, mülkiyet hakkına ilişkin müdahalenin meşru amacının belirlenmesinde sosyal güvenlik hakkına ilişkin 60. maddeye açıkça yer verilmektedir. Buna göre, *"Sosyal güvenlik ödeme ve yardımlarının devletin mali imkanlarının yeterliliği ve adil ölçüler ile sınırlı olduğu ve müdahale açıkça kamu yararı amacı güttüğünden meşru amacın bulunduğu"* tespit edilmiştir. par. 47. Son tahlilde, müdahalenin başvurucunun elde ettiği soyal güvenlik hakkı çerçevesinde sosyal riskler karşısında asgari yaşam düzeyinin sağlanması amacını ortadan kaldırmadığı belirlenmiştir. par. 61. Bu sebeple açıkça dayanaktan yoksunluk sebebiyle kabul edilmezlik kararı verilmiştir Nurcan Öztok Kararı, 2015/13201, 21/3/2019; Besime Çetin Kararında ölüm aylığının geç bağlanmasına yönelik müdahale nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir (Besime Çetin Kararı, 2014/17809, 8/11/2017); Ayrıca bkz. Fevzi İlhan Kararı, 2017/31442, 8/9/2020; Kuddis Büyükakıllı Kararı, 2014/3941, 5/10/2017; Veysel Kara Kararı, 2014/12139, 5/10/2017; Ümmü Çakır Kararı, 2015/18918, 28/11/2018; Veli Çelebi Kararı, 2016/5785, 11/9/2019.

Mehmet Hadi Tunç başvurusunda[155] başvurucu, emekli keseneği esas aylığına ek göstergenin uygulanması istemiyle açılan davanın reddedilmesi nedeniyle eşitlik ilkesi ile sosyal güvenlik hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Sosyal güvenlik hakkı, Anayasa'nın 60. maddesinde güvence altına alınmış olmakla birlikte Sözleşme'de düzenlenen bir hak olmadığı için 10. maddeye ilişkin iddia da incelenmemiştir.[156]

Bu başvuruya ilişkin olarak, başvurucu 60. madde dışında kesişim alanındaki haklardan birisinin ihlal edildiğini ileri sürmüş olsa idi, -her ne kadar Anayasa Mahkemesi olayın nitelendirmesi ile kedisini bağlı saymasa da- başvuru incelenip kabul edilebilir bulunabilirdi. Bununla birlikte, aşağıda yer alan Ayla Şenses başvurusunda başvurucunun 17. madde ihlali iddiası bulunmamasına rağmen, Anayasa Mahkemesi 10. maddeyi 17. madde ile birlikte değerlendirmiştir.

Ayla Şenses başvurusunda[157] başvurunun konusu iş akdinin feshedilmesidir ve konu doğrudan çalışma hakkı ile ilgilidir. Başvurucu, çalışma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmemiş ve bu konuda herhangi bir tartışma yürütülmemiştir. Ancak 10. maddenin ihlali iddiası söz konusu olduğunda, ayrımcılık yasağı iddiasının hem Anayasa hem de Sözleşmede yer alan haklardan birisiyle ilişkilendirilmesi gereklidir. Anayasa Mahkemesi de bu hususa vurgu yaparak başvurucunun iş sözleşmesinin feshedilmesini Sözleşmenin 8. Anayasamızın da 17. maddesi ile ilişkilendirmiştir. (Başvurucu 17. maddenin ihlal edildiğini ileri sürmemiştir). Bilindiği gibi işten çıkarılma ile ilgili hususlar kural olarak AİHM tarafından özel yaşam üzerindeki hakla ilişkilendirilmektedir. Anayasa Mahkemesi bu hususu da vurgulamıştır.

Böylelikle ayrımcılık yasağı ihlali iddiası kabul edilebilir bulunmuş ancak yeterli kanıt olmadığı için 10. maddenin ihlaline karar verilmemiştir. Kararda, özellikle 17. Maddenin ihlal edildiği ileri sürülmemekle birlikte, Anayasa Mahkemesinin 17. maddeyle 10. maddeyi birlikte değerlendirmesi önem taşımaktadır.

Muzaffer Akkanat başvurusunda[158] başvurucu engelli olduğu için terfi ettirilmediğini, tayin edildiğini ve emekli olmak zorunda bırakıldığını iddia etmiş ve sadece eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi eşitlik ilkesinin bir diğer hak ile birlikte değerlendirilebileceğini, bu bağlamda söz konusu olan hakkın çalışma hakkı olacağı düşünülse dahi, çalışma hakkı sözleşmede garanti edilmeyen bir hak olduğu için başvurunun 10. madde açısından kabul edilemez nitelikte olduğunu belirtmiştir. (36. Maddenin ihlali iddia edilmemekle birlikte, başvuru adil yargılanma hakkı açısından incelenmiştir.) Bu başvuru açısından da, kanaatimizce 10.

[155] Mehmet Hadi Tunç Kararı, 2013/1958, 7/7/2015.
[156] Aynı yönde Hüseyin Egemen Keskin Kararı, 2016/6619, 9/9/2020.
[157] Ayla Şenses Kararı, 2013/7063, 5/11/2015.

[158] Muzaffer Akkanat Kararı, 2013/2339, 7/5/2015.

maddenin yanı sıra, kesişim alanındaki bir hak ihlali iddiası bulunsa idi, başvurunun 10. madde açısından incelenme olasılığı artmış olacaktı.

Sosyal güvenlik hakkına ilişkin olarak yer verilen Bedrettin Morina kararında başvurucu, yurt dışı borçlanmasını ödeyerek yaşlılık aylığı almaya hak kazandıktan yaklaşık altı yıl sonra borçlanılan sürenin bir kısmının Türk vatandaşlığından önceki bir döneme ilişkin olması nedeniyle yaşlılık aylığında kesinti yapıldığını bildirmişti. Başvurunun Anayasanın 35. maddesinde yer alan mülkiyet hakkı ve ayrımcılık yasağı kapsamında incelenmiş olduğunu belirtmiştik. Sosyal güvenlik hakkına ilişkin hususlar/yaşlılık aylığında kesinti yapılması mülkiyet hakkı açısından incelenmiştir. Sonradan Türk vatandaşlığına geçen başvurucunun aylığında kesinti yapılmasının nedeni başvurucunun Türk vatandaşı olmadığı süre içindeki borçlanmasına ilişkin yapılan kanun değişikliği idi. Kanundan kaynaklanan müdahale 10. maddenin ihlali olarak değerlendirilmiştir.

Burcu Reis başvurusuna[159] konu olan olayda, başvurucu aynı işyerinde çalışan bazı kadınlara kreş imkânı sağlanırken kendisine bu imkanın sağlanmadığını belirtmiştir. Başvuruda konu, öncelikle Anayasamızın 41. maddesinde garanti edilen ve sosyal bir hak olan ailenin korunması hakkına ilişkindir. Anayasa Mahkemesince, başvuru (başvurucunun iddiasına paralel olarak) 20. maddede garanti edilen aile hayatına saygı ve ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilmiştir.

Başvurucu, başvuruya konu olay çerçevesinde İş Mahkemesinde dava açmış ve ayrımcılık yasağı tazminatı ile özel kreşe ödediği bedelin tazminini talep etmiştir. Talepleri reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesi, -20. madde ile 10. maddeyi birlikte değerlendirerek- derece mahkemelerinin, işverenin farklı muamelenin nesnel ve makul bir sebebe dayandığını ispatlama yükümlülüğünü yerine getirmediğini gözetmemiş olması nedeniyle, ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

Aynı işyerinde çalışan bazı kadınlara kreş imkânı sağlanırken bazılarına bu imkanın tanınmaması nedeniyle aile hayatına saygı hakkıyla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddiası sonucunda aile hayatına saygı hakkı ile birlikte 10. maddenin ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Kararın önemli yönlerinden birisi, ailenin korunmasına ilişkin 41. maddeye yer verilmesidir (41. maddenin ihlal edildiği iddiası bulunmamasına rağmen) Kararda, *"Anayasa'nın 41. maddesinin -Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği- özellikle aile hayatına saygı hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerin değerlendirilmesi bağlamında dikkate alınması gerektiği açıktır"* ifadesine yer verilmiştir.[160]

Kararın bir diğer önemli yönü ise "anayasanın bütünselliği" ilkesine yer verilmesidir. Bu ilke, Alman Anayasa Mahkemesi tarafından geliştirilmiştir; anayasal

[159] Burcu Reis Kararı, 2016/5824, 28/12/2021.
[160] par. 36.

normların somutlaştırılırken Anayasanın bütünü içinde, diğer normlarla çelişmeyecek biçimde yorumlanması anlamını taşımaktadır. Şirin, bu ilkenin kullanılmasının sosyal hakların bireysel başvuru yoluyla dava edilebilirliği açısından önem taşıdığını vurgulamaktadır.[161]

Türk Anayasa Mahkemesi, ayrımcılık yasağı ya da eşitlik ilkesine yönelik ihlal iddialarını sadece Sözleşmede yer alan haklarla birlikte incelemektedir. Bununla birlikte, Karan, Anayasa Mahkemesinin daha geniş bir yorum yaparak ve Anayasamızın 10. maddesinin tüm haklarla birlikte uygulanabileceğinden yola çıkarak, ayrımcılık yasağını tüm haklarla birlikte inceleyebileceği görüşündedir. Yazar, bu durumun AİHS'nin 53. maddesinin[162] taraf devletler açısından doğurduğu yükümlülüklere de uygun olduğu görüşündedir.[163] Kuşkusuz bu yorumun benimsenmesi sosyal hakların daha etkili biçimde korunmasını sağlayacaktır.

D. ADİL YARGILANMA HAKKI/HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜ YOLUYLA SOSYAL HAKLARIN DOLAYLI KORUNMASI

Sosyal haklara ilişkin üçüncü koruma yöntemi sosyal hakların kullanımında mahkemeler önünde usule ilişkin güvencelere uyulup uyulmadığının denetimidir. Sözleşmenin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkının kapsamı Anayasamızın 36. maddesinde güvence alınan hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkından daha dardır. Anayasa md. 36 ile AİHS'nin kesişim alanı içinde, bireysel başvuruların kabul edilmesi için, medeni hak ve yükümlülüklere ilişkin nizalar ile ceza davalarının söz konusu olması gereklidir. AİHM içtihadında, medeni hak ve yükümlülükler kavramının, sosyal haklarla ilgili pek çok konuyu içerecek biçimde genişlediği -yukarıda- görülmüştü.[164] Adil yargılanma hakkına ilişkin garantilerin sosyal haklar için uygulanması, bu hakların dolaylı korunmasını da sağlamaktadır. AİHM içtihadının izdüşümü Anayasa Mahkemesi kararlarında da görülmektedir.

Nurten Esen başvurusunda[165] maluliyet aylığı başvurusuna konu olan olayda 20 ay sonra sonuçlanması neticesinde, bu sürede ödenmeyen aylıklar için açılan davanın reddedilmesi söz konusuydu. Sosyal güvenlik hakkı ve adil yargılanma hakkının ihlali iddiasına yönelik olarak, sosyal güvenlik hakkı ihlali iddiası incelenmemiş, başvuru adil yargılanma hakkı açısından kabul edilebilir bulunmuştur. Gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.[166]

[161] Ayrıntılı bilgi için bkz. Şirin, Bir İhtimal, s. 346.
[162] AİHS md. 53, Sözleşme hükümlerinin, Sözleşmeci devlet tarafından tanınmış olan hak ve özgürlükleri sınırlandıracak veya onları ihlal edecek biçimde yorumlanamayacağını düzenlemektedir.
[163] Ulaş Karan, Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi, Anayasa Yargısı, Y. 2015, S. 32, s. 289, 290.
[164] Brems, s. 157.
[165] Nurten Esen Kararı, 2013/7970, 10/6/2015.
[166] Sosyal güvenlik hakkı ihlali iddialarının incelenmediği, başvurunun adil yargılanma hakkı açısından incelendiği diğer bir karar için bkz. Hayrettin Savaş Kararı, 2013/9810, 22/6/2015.

Ayla Şenses başvurusunda[167] başvurunun konusu iş akdinin feshedilmesiydi; çalışma hakkı ile ilgili olan bu başvuru yukarına açıklandığı gibi 17. madde ile birlikte 10. madde açısından incelenmiş ve ihlal kararı verilmemişti. 36. maddenin ihlali iddiasına ilişkin olarak ise ayrımcılık yasağı tazminatı talebinin reddine ilişkin derece mahkemeleri yeterli gerekçe ortaya koymadıkları için, ihlal kararı verilmiştir. Bu bağlamda, çalışma hakkının adı kararda geçmemekle birlikte, çalışma hakkının dolaylı olarak korunduğu görülmektedir.

Türkan Bal[168] başvurusunda başvurucu iş bırakma eylemi sebebiyle iş akdinin feshedilmesine karşı açtığı davanın çalışma hakkı, grev hakkı ve adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştü. Başvuru grev hakkı[169] ve adil yargılanma hakkı açısından incelenerek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Zekiye Şanlı kararına konu olan[170] olayda yaşlılık aylığında kanunla yapılan değişiklik sonucu azalma olduğu iddiası mülkiyet hakkı ve adil yargılanma hakkı açısından incelenmiş olup, yargılama sürecinde silahların eşitliği ilkesine riayet edilmemesi sebebiyle 36. maddenin ihlal edildiğine karar verilmiştir.

İş akdinin feshine ilişkin çalışma hakkı açısından kabul edilmezlik kararı verilen[171] veya çalışma hakkı ile ilgili haklar açısından herhangi bir inceleme yapılmayan[172] pek çok başvuru adil yargılanma hakkı açısından incelenmiştir.[173]

E. DEĞERLENDİRME

Türk Anayasa Mahkemesinin, AİHM'nin sosyal hakların dolaylı korunmasına ilişkin içtihadını takip ederek çalışma hakkı, sosyal güvenlik hakkı, sağlık hakkı ve konut hakkının belli unsurlarına ilişkin koruma getirdiği görülmektedir. Anayasa Mahkemesi kararlarında, AİHM kararlarındaki dolaylı korumaya ilişkin ilkelere yer verilmekle birlikte, yine AİHM kararlarında olduğu gibi sosyal hakların unsurlarına ilişkin incelemelerde dalgalanmalar olmaktadır.

Özellikle çalışma hakkına ilişkin ihlal iddialarında, başvurucu başka hak ihlali iddiasında bulunmadıysa, kural olarak başka haklarla ilişkili inceleme yapılmadığı, ancak bazı kararlarda sadece çalışma hakkı ihlali iddiası olsa dahi diğer haklara ilişkin inceleme yapıldığı görülmektedir.

Çalışma hakkı dışında sağlık hakkı ve sosyal güvenlik hakkı söz konusu olduğunda, doğrudan 56. ve 60. maddelere de yer verildiği ve devletin yükümlülüklerinin belirlenmesinde bu haklardan yararlanıldığı görülmektedir. Hatta doğrudan sağlık

[167] Ayla Şenses Kararı, 2013/7063, 5/11/2015.
[168] Türkan Bal Kararı, 2013/6932, 6/1/2015.
[169] Grev hakkı da Sözleşmede açıkça düzenlenen bir hak olmamakla birlikte (Enerji Yapı-Yol Sen/Türkiye kararıyla AİHM grev hakkını sendika hakkı kapsamında kabul etmiştir) başvuru grev hakkı kapsamında incelenmiş ancak grev hakkı ihlali iddiası yeterince kanıtlanmadığı için, bu açıdan kabul edilmezlik kararı verilmiştir.
[170] Zekiye Şanlı Kararı, 2012/931, 26/6/2014.
[171] Fikriye Bayraktar ve Diğerleri Kararı, 2018/22018, 23/2/2022.
[172] Mustafa Akın Kararı, 2013/2696, 9/9/2015.
[173] Muzaffer Akkanat Kararı, 2013/2339, 7/5/2015.; Mehmet Tarut ve Diğerleri Kararı, 2018/18170, 8/6/2021.

hakkına ve konut hakkına ilişkin yükümlülüklere uyulması gerektiğine bazı kararlarda yer verilmiştir. Her ne kadar bireysel başvuru Anayasa ve AİHS'nin kesişim alanındaki haklar için mümkün olsa da, Anayasamızın AİHS'den farklı olarak sosyal hakları içermesi karşısında, Anayasadaki kişisel hakların sosyal haklarla birlikte yorumlanması, sosyal haklar konusunda AİHS içtihadının önüne geçilmesini sağlayacaktır.

Ayrımcılık yasağına ilişkin incelemede, başvurucunun 10. madde ile birlikte değerlendirilecek kesişim alanındaki hakkı belirtmesi kabul edilebilirlik kararı verilmesine katkı sağlamaktadır. Bununla birlikte, sadece 10. madde ihlali iddiası olsa dahi, 10. maddenin birlikte değerlendirileceği hakkı Anayasa Mahkemesi kendisi de belirleyebilmektedir.

Anayasanın 10. maddesine ilişkin olarak, Türkiye'nin 12 no'lu protokole taraf olması, Anayasa Mahkemesinin tüm sosyal haklarla birlikte eşitlik ilkesini uygulayabilmesini sağlayacaktır.

AİHM içtihadı ışığında, Anayasa Mahkemesi kararlarında bireysel başvuruya konu olan hakların belirli bir yaşam standardı hakkı vermediği belirtilse de; özellikle engelliler, aile içinde annenin durumu ya da yaşam hakkı söz konusu olduğunda devletin kaynak ayırması gereken konularda devlet yükümlü kılınmaktadır. Kanaatimizce Türk Anayasa Mahkemesi de sosyal haklara ilişkin asgari özü korumalı, asgari öz söz konusu olduğunda 65. madde uygulamamalıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesi gerek norm denetimi kararlarında gerekse bireysel başvuru kararlarında bunun örneklerini vermiştir.[174]

Dolaylı koruma söz konusu olduğunda, sadece 36. maddeye ilişkin inceleme yapılması ya da haklara ilişkin incelemede (ör. yaşam hakkı, kötü muamele yasağı veya özel yaşam üzerindeki hak gibi) usule ilişkin yükümlülüklere ağırlık verilmesi, bazı kararlarda -AİHM kararlarında olduğu gibi-,[175] maddi yönden değerlendirme yapılmasının yerine ve önüne geçebilmektedir.

Türk Anayasa Mahkemesi kararlarında, AİHS ve AİHM kararları dışında, ASŞ gibi taraf olduğumuz diğer sözleşmelere de gönderme yapılmaktadır. Kararlarda sosyal haklara ilişkin sözleşmelere daha fazla yer verilmesi; sosyal hakların özünün korunması ve devletin yükümlülüklerinin belirlenmesi konusunda katkı sağlayacaktır.

SONUÇ

Gerek AİHM'nin gerekse Türk Anayasa Mahkemesinin sosyal hakların belli yönlerini diğer haklar kapsamında/aracılığıyla koruması hem klasik haklara yönelik pozitif yükümlülükler anlayışının hem de insan haklarının bölünmezliğinin bir sonucudur.

---

[174] E.1990/27, K.1991/2, K.T.17.1.1991; Devrim Alyüz Kararı, 2017/40383, 16/9/2020.
[175] Bkz. Eva Brems, Procedural, s. 137 vd.; Craven, s. 7.

Sosyal hakların dava edilebilirliğine ilişkin tartışmalar uzun süreden beri devam etmektedir. Kişisel ve siyasal haklarla sosyal haklar arasında farklılıklara dikkat çeken görüşler sosyal hakların dava edilebilirlik özelliğinin bulunmadığını öncelemiştir. Bununla birlikte son yıllarda uluslararası insan hakları hukukunda sosyal hakların dava edilebilirliğine yönelik önemli gelişmeler yaşandı. AİHM'nin Airey kararıyla başlattığı sosyal hakların belirli yönlerine ilişkin koruma getirilmesi, sosyal hakların dava edilebilirliği lehine görüşlere büyük destek sağlamıştır. Bugün uluslararası insan hakları hukukunda mahkemeler ile yarı yargısal organlar aracılığıyla ve ulusal hukuklarda giderek artan şekilde sosyal haklar dava edilebilmektedir.

İnsan haklarına yönelik bütüncül (integrated) yaklaşım[176]çerçevesinde dolaylı koruma, kişisel ve siyasal haklarla sosyal ve ekonomik hakların iki ayrı kategori olarak kabul edilmesine bir nevi meydan okumaktadır. Ancak vurgulamak gerekir ki bu yaklaşımda AİHM/Anayasa Mahkemesi tarafından sosyal hakların unsurları klasik bir hak ile ilişkilendirilmekte, bağımsız olarak sosyal hakka ilişkin inceleme yapılmamaktadır.[177]

AİHM sosyal hakları dolaylı olarak korumakla birlikte, hakların kapsamlarına yönelik bir somutlaştırma yapmamaktadır. Bulanıklığın giderilmesi adına kararlarda sosyal haklara ilişkin asgari özün somutlaştırılması ve korunması önerilmektedir. Türk Anayasa Mahkemesi de klasik haklar dolayısıyla sosyal hakların özüne koruma sağlamalıdır. Bu yorum Anayasamızın 13. maddesinde yer alan sınırlamaların hakkın özüne dokunması yasağına da uygun olacaktır.[178] Belirtmek gerekir ki sosyal haklara ilişkin devletin saygı gösterme ve koruma yükümlülüğü (saygı gösterme/koruma ve yerine getirme yükümlülükleri içinde) klasik haklardan daha fazla maliyeti gerektirmemektedir.[179] AİHM ve Anayasa Mahkemesinin sosyal haklara ilişkin bazı kararları, klasik haklara ilişkin belirli kararlarda olduğu gibi, belli bir maliyetin harcanması sonucunu doğurabilir. Sosyal hakların özü söz konusu olduğunda kaynakların yeterliliği ölçütü aranmamalıdır.

[176] Koch, s. 280: Belirtmek gerekir ki insan haklarının bütünselliği nasıl ki klasik haklar kapsamında sosyal hakkın unsurlarına ilişkin koruma sağlamaktaysa, sosyal haklara ilişkin denetim yapan yarı yargısal organlar da bu ilke gereği klasik haklara ilişkin denetim yapmaktadır. s. 10; 291 vd, s. 315.

[177] Koch, s. 280.

[178] Şirin, Bir İhtimal, s. 360; Türk Anayasa Mahkemesi sosyal güvenlik hakkına ilişkin bir norm denetimi kararında hakkın özü kriterini uygulamıştır. Olumlu edim gerektiren bir sosyal hakka ilişkin olarak bu kriterin uygulanması, hakkın özü söz konusu olduğunda 65. maddenin de uygulanmayacağı anlamını taşımaktadır. E. 1995/37, K. 1995/33-K.T. 11.7.1995; Bkz. Bertil Emrah Oder, Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması ve Yargısal Tutumlar, GÜ, HFD, 2008/1, s. 77, 78; ESKHK'nin 3 no'lu genel yorumu uyarınca, ""Bir taraf Devletin asgari düzeydeki çekirdek yükümlülüklerini yerine getirememesini mevcut kaynakların yetersizliğine bağlayabilmesi için, o Devletin yetki alanı dahilindeki tüm kaynakları asgari düzeydeki yükümlülükleri yerine getirmek amacıyla kullanmak için her türlü çabayı gösterdiğini göstermesi gerekmelidir." "Ayrıca, kaynak yetersizliği gerekçesi ekonomik, sosyal ve kültürel hakların ne ölçüde gerçekleştirildiğini ya da, daha da önemlisi, gerçekleşmediğini izleme ve bu hakların geliştirilmesi için strateji ve program geliştirme yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır".

[179] Koch, s. 15.

Kararlara konu olan müdahaleler kimi kez idari ve yargısal makamların kimi kez de doğrudan yasama organının işlemlerinden kaynaklanmaktadır.[180] AİHM ve Anayasa Mahkemesinin kararlarının bağlayıcı nitelikte olmaları, bunları sosyal haklara ilişkin yarı yargısal organların kararlarından/görüşlerinden daha etkili kılmaktadır.[181]

Anayasamızda sosyal haklar açıkça yer aldığından, sosyal hakların korunmasında AİHM içtihadının önüne geçilebilir. Anayasa Mahkemesi kararlarında sağlık hakkı, sosyal güvenlik hakkı ve konut hakkına açıkça yer verilmesi, devletin yükümlülüklerinin bu maddeler ışığında belirlenmesi önemli gelişmelerdir. Burcu Reis kararında Anayasanın bütünselliğinden açıkça bahsedilerek ailenin korunması hakkına yer verilmesi de sosyal hakların etkili korunması açısından umut vericidir. Dünya genelinde sosyal hakların dava edilebilirliğine ilişkin gelişmeler paralelinde, Türk Anayasa Mahkemesinin içtihadının da sosyal haklar lehinde gelişeceği kanaatini taşımaktayız.

KAYNAKÇA

Akandji-Kombe, Jean-François, Sosyal Hakların Uluslararası Kaynakları, içinde: Kaboğlu, İbrahim (ed.), Anayasal Sosyal Haklar, Legal- 2012., ss. 36-44.

Algan, Bülent. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, Ankara-2007.

Alston, Philip, Economic and Social Rights in: Lois Henkin-John Lawrence (ed.), Human Rights: An Agenda For the Next Century, 1994, pp. 137-166.

Bates, Ed, The Evolution of the European Convention on Human Rights, From its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights, Oxford-2010.

Bulut, Nihat. Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar, İstanbul-2009.

Brems, Eva, Indirect Protection of Social Rights by the European Convention on Human Rights in: Barak-Erez, Daphne – Gross, Aeyal, Exploring Social Rights, Between Theory and Practice, Oxford-2007, pp. 135-172.

Brems, Eva, Procedural Protection, An Examination of Procedural Safeguards Read Into Substantive Convention Rights, in: Brems, Eva- Gerards, Janneke, Shaping Rights in the ECHR, The Role of the Court of Human Rights in Determinig the Scope of Human Rights, Cambridge, 2013, (Procedural), pp. 137- 161.

Craven, Matthew, The Justiciability of Economic, Social and Cultural rights in: Burchill R.-Harris D. (Ed.), Economic, Social and Cultural Rights: Their Implementation in UK, UK-1999, ss. 1-13.

[180] Koch, s. 255.

[181] Örneğin, hakların sosyal yönüne ilişkin koruma sağlayan ilk karar olan Airey/İrlanda kararının ardından, İrlanda'da adli yardımlara ilişkin yasal değişiklik yapılmıştı.

Dahlberg, Maija, Should Social Rights be Included in Interpretations of the Convention by the European Court on Human Rights?, European Journal of Social Security, Y. 2014, V. 16, N. 3, pp. 252- 276.

Dündar Sezer, Tijen, Uluslararası Sözleşmeler Işığında 1982 Anayasasında Konut Hakkı, Prof. Dr. Zafer Gören'e Armağan, Yetkin-2017, ss. 617-657.

Eide, Asbjorn, Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights, in: Asborn Eide- Catarina Krause- Allan Rosas (edited), Economic, Social and Cultural Rights, Netherlands-1995,pp. 21-41.

Eide, Asbjorn- Rosas, Allan, Economic, Social and Cultural Rights: A Universal Challenge in: Asborn Eide- Catarina Krause- Allan Rosas (edited), Economic, Social and Cultural Rights, Netherlands-1995, pp. 15-19.

Gölcüklü, Feyyaz- Gözübüyük, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara-2004.

Güzel, Ali, Sosyal Devlet ve Sosyal Haklar, içinde: Kaboğlu, İbrahim (ed.), Anayasal Sosyal Haklar, Legal- 2012., ss. 279- 302.

Hamlyn, Victoria, The Invisibility of Human Rights: Economic, Social and Cultural Rights and the European Convention on Human Rights, Bracton Law Journal, Y. 2008, V. 40, pp. 13-26.

Harris, David, International Rights of Petition For Economic, Social And Cultural rights Violations, in: Burchill R.-Harris D. (Ed.), Economic, Social and Cultural Rights: Their Implementation in UK, UK-1999, pp. 14-31.

Kaboğlu İbrahim. Anayasa'da Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları, içinde: Kaboğlu, İbrahim (ed.), Anayasal Sosyal Haklar, Legal- 2012., ss. 15-35.

Kapani, Münci, Kamu Hürriyetleri, Ankara-1993.

Karan, Ulaş, Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi, Anayasa Yargısı, Y. 2015, S. 32, ss. 235- 306.

Karan Ulaş, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, içinde: İnceoğlu, Sibel (editör), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, İstanbul-2013, ss.459-494.

Kılıçkaya, Zeynep, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru İncelemelerinde Çalışma Hakkı, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2017, C.18, S. 2, ss. 127-165.

Koch, Elizabeth, Human Rights as Indivisible Rights, The Protection of Socio-Economic Demands under European Convention on Human Rights, Netherlands- 2009.

Leijten, Ingrid, Defining the Scope of Economic and Social Guarantees in The Case Law of the ECtHR in: Brems, Eva- Gerards, Janneke, Shaping Rights in the ECHR, The Role of the Court of Human Rights in Determinig the Scope of Human Rights, Cambridge, 2013, pp. 109- 135.

Marguenaud, Jean-Pierre, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinde Sosyal Hakların Korunması ve Sözleşme'nin Geniş Yorumu, içinde: Kaboğlu İbrahim, (ed.), Anayasal Sosyal Haklar, Legal- 2012, ss. 221-227.

Mouly, Jean, Büyük Dairenin 12 Kasım 2008 Tarihli Demir ve Baykara/Türkiye Kararı Sosyal Hakların Genişletilmesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, içinde: Kaboğlu İbrahim, (ed.), Anayasal Sosyal Haklar, Legal- 2012, ss.229-238.

Oder Bertil Emrah. Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması ve Yargısal Tutumlar, GÜ, HFD, 2008/1, ss. 199-231.

Özbudun, Ergun. Türk Anayasa Hukuku, Ankara-2017.

Scheinin, Martin, Economic, Social and Cultural Rights as Legal Rights, in: Asborn Eide- Catarina Krause- Allan Rosas (edited), Economic, Social and Cultural Rights, Netherlands-1995, pp. 41-63.

Shuny, Yuval, Stuck in a Moment in Time: The International Justiciability of Economic, Sociay and Cultural Rights in: Barak-Erez, Daphne – Gross, Aeyal, Exploring Social Rights, Between Theory and Practice, Oxford-2007, pp. 77-107.

Şirin, Tolga, Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı, İstanbul-2015, (Anayasa Mahkemesi).

Şirin, Tolga, Bir İhtimal Daha Var O da Ölmek Mi Dersin? (Sosyal İnsan Hakların Anayasa Şikayeti Yoluyla Dava Edilebilirliği Lehine Tezler ve Öneriler, VI. Sosyal İnsan Hakları Sempozyumu, 13-14 Kasım 2014, Petrol İş Yay:119, İstanbul-2014, (Bir İhtimal) ss. 341-366.

Tanör, Bülent. Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, İstanbul-1978.

Yücel Dericiler, Özge, Sosyal Haklar ve İnsan hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri: Refah Devletinin Krizi Ekseninde Bir İnceleme, İstanbul-2014.

DİJİTAL HİZMETLER YASASI (DSA) TARTIŞMALARI VE TÜRKİYE'DE 'ERİŞİMİN ENGELLENMESİ' KARARLARI

Arş. Gör. Yağmur Ekim YILMAZ[1]

Özet

Avrupa Birliği 2020/0361 (COD) Sayılı Dijital Hizmetler Yasası, Avrupa Komisyonunca 15 Aralık 2020'de teklif edilmiş, AB Konseyi ve Avrupa Komisyonu 23 Nisan 2022'de Dijital Hizmetler Yasası üzerinde uzlaşmaya varmıştır. Yasadışı içeriklere karşı harekete geçmesi ile öne çıkan Dijital Hizmetler Yasası, bu olgu ile mücadelede bazı ilkeler getirmektedir.

5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 9. maddesinde yer alan *"İçeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi"* kararlarının hukuki niteliği ise insan haklarını ihlal boyutu, daha önceki birçok AYM kararı ile birlikte, 7.1.2022 tarihinde AYM'nin verdiği pilot kararla birlikte tartışılmaktadır.

Özellikle, Dijital Hizmetler Yasası ilkeleri ile birlikte AB'de ve AB ülkelerinin mevzuatlarında yer verdikleri yasadışı içerikle mücadelenin öngörülen enstrümanlarının ve ilkelerinin ne olduğu 5651 Sayılı Kanun m.9'daki cezai tedbirin de yorumlanmasında önem arz etmektedir.

Gerçekten de ülkelerin yasadışı içerikle mücadelesi elzem olduğu gibi, bu mücadelenin etkililiğini sağlayan erişimin engellenmesi kararının da ölçülü şekilde uygulanması gerekmektedir. Doğru ve hukuki bir erişimin engellenmesi tedbirine ihtiyaç duyulmaktadır.

Bu çalışmada, yasadışı içerikle mücadeleyle ilgili karşılaştırmalı hukuk düzenlemeleri dikkate alınarak, 5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 9. maddesi uyarınca uygulanan kararlar, AYM kararları, doktrin aracılığıyla tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Dijital Hizmetler Yasası, Erişimin Engellenmesi Tedbiri, Yasadışı İçerik, İnternet, İnsan Hakları

DIGITAL SERVICES ACT (DSA) DISCUSSIONS AND 'DECISIONS OF PREVENTING ACCESS' IN TURKEY

[1] Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Biga İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, yagmurekim.yilmaz@comu.edu.tr, ORCID NO: 0000-0001-8484-3600

Abstract
The European Union Digital Services Act No. 2020/0361 (COD) was proposed by the European Commission on 15 December 2020, the European Council and the European Commission reached a consensus on the Digital Services Act on 23 April 2022. The Digital Services Act, which stands out with its action against illegal content, introduces some principles in the fight against this phenomenon.
The decisions "Removal of the content and preventing access" in Article 9 of the Law No. 5651 on Regulation of Internet Broadcasts and Prevention of Crimes Committed through Such Broadcasts are decisions, and the extent of the said decisions' violation of human rights is discussed together with the decisions of the Constitutional Court, together with the pilot decision of the Constitutional Court on 7.1.2022.
In particular, what are the foreseen instruments and principles of combating illegal content included in the legislation of the EU and EU countries, together with the principles of the Digital Services Act, is also important in the interpretation of the penal measure in article 9 of the Law No. 5651.
Indeed, as it is essential for countries to act against illegal content, the decision to block access, which ensures the effectiveness of this action, should be implemented in a measured manner. There is a need for a correct and legal measure to prevent access.
In this study, taking into account the comparative legal regulations regarding the action against illegal content, the penal measure applied withArticle 9 of the Law No. 5651 on Regulation of Internet Broadcasts and Prevention of Crimes Committed through Such Broadcasts will be discussed through Constitutional Court decisions and doctrine.
Keywords : Digital Services Act, Measure of Preventing Access, Illegal Content, Internet, Human Rights

GİRİŞ

İçeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi kararları, 5651 Sayılı Kanun m.8,8/A ve 9'da karşımıza çıkmaktadır. Odak noktamız 5651 Sayılı Kanun m.9'da düzenlenen içeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi kararı olmakla beraber, söz konusu madde hükmünün daha iyi değerlendirilebilmesi için diğer usullere de değinmek gerekmektedir.

I- 5651 Sayılı Kanun m.9'a Göre İçeriğin Yayından Çıkarılması ve Erişimin Engellenmesi

5651 Sayılı Kanun m.9'da 'içeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi' öngörülmüştür. Buna göre, içeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi için ikili bir yol izlenmiştir. Bunlardan ilki, 'internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler

ile kurum ve kuruluşların, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması hâlinde yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını istemesidir.' Başka bir deyişle, bir internet yayınının kişilik haklarını ihlal ettiği iddiasındaki kişi, doğrudan içerik sağlayıcısına veya bunun mümkün olmadığı halde yer sağlayıcısına başvurarak içeriğin yayından çıkarılmasını talep edebilecektir. Bu yollardan ikincisi ise, internet yayını dolayısıyla kişilik haklarının ihlal edildiği iddiasındaki kişinin, içerik sağlayıcısına veya yer sağlayıcısına içeriğin yayından çıkarılması talebinde bulunmaksızın doğrudan sulh ceza hâkimine başvurarak içeriğin çıkarılmasını ve/veya erişimin engellenmesini istemesi hakkıdır. Görüldüğü üzere, ikinci yol olan sulh ceza hakimine başvurma yolunun işletilmesi, içerik sağlayıcısına veya yer sağlayıcısına ulaşma yolunun tüketilmiş olmasına bağlı değildir, sulh ceza hakimine 'doğrudan' başvurulabilmektedir. Bunun yanında, içerik sağlayıcısından veya yer sağlayıcısından içeriğin yayından çıkarılması talep edilebilirken, doğrudan sulh ceza hakimine başvurulduğu takdirde içeriğin yayından çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi istenebilmektedir[2].

İçerik sağlayıcısına veya yer sağlayıcısına, internet yayını nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia edenlerce yapılan içeriğin kaldırılması taleplerinin, içerik ve/veya yer sağlayıcısı tarafından en geç yirmi dört saat içerisinde cevaplandırılacağı belirtilmiştir. (5651 Sayılı Kanun m.9/2)

Doğrudan sulh ceza hakimine başvurulması halinde ise, Anayasa m.13'te kaynağını bulan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesinin bir görünümü olarak, sulh ceza hakiminin yalnızca kişilik hakkı ihlaline konu yayın, kısım ve bölüm ile ilgili olarak içeriğe erişimin engellenmesi yöntemine başvurması gerektiği ifade edilmiştir. Sulh ceza hakiminin zorunlu olmadıkça internet sitesinde yapılan yayının tümüne yönelik erişimin engellenmesi kararı veremeyeceği de hüküm altına alınmıştır. Sulh ceza hakiminin internet sitesinde yapılan yayının tümüne yönelik erişimin engellenmesi kararı vermesi, bunun zorunlu olmasına, sulh ceza hakiminin içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle ihlalin engellenemeyeceğine kanaat etmesine ve internet sitesinin URL adresini de belirtmesi suretiyle mümkün olabilecektir.

Sulh ceza hâkimi, internet yayını nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişilerce yapılan içeriğin yayından çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi başvurularını, en geç yirmi dört saat içinde ve duruşma yapmaksızın karara bağlayacaktır. Bu karara karşı ise 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilecektir.

Sulh ceza hâkimi tarafından verilen kararlar Birliğe gönderilerek, Birlik tarafından da söz konusu kararlar içerik ve yer sağlayıcıları ile erişim sağlayıcısına iletilecek, kararın

[2] Dülger, Murat Volkan (2020) Bilişim Suçları Ve İnternet İletişim Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.798

gereği ise içerik, yer ve erişim sağlayıcılar tarafından 'en geç dört saat içerisinde' yerine getirilecektir. (5651 Sayılı Kanun m.6/5 ile m.9/8) Birlik ile kastedilenin 5651 Sayılı Kanun'un 'Tanımlar' başlıklı 2. maddesinin n bendinde 'Erişim Sağlayıcıları Birliği' olduğu gösterilmiştir. Bunun yanında Erişim Sağlayıcıları Birliği'nin görevi, sulh ceza hâkimi tarafından kendisine doğrudan gönderilen içeriğin yayından çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararlarını, kişilik haklarının ihlaline konu internet yayının içerik, yer ve erişim sağlayıcılarına iletmektir.

Yargıtayca[3] 5651 Sayılı Kanun m.9'daki kişilik hakları, şu şekilde tanımlanmaktadır: 'Kişilik hakları, özel hukukta kişinin doğumla birlikte kazandığı ve üzerine kişisel gelişimiyle birlikte her geçen gün yeni değerler kattığı kişiliğinin, maddi ve manevi bütünlüğünün, isminin, mesleki kariyerinin, ailesinin ve hatta sosyal çevresinin kişi üzerinde oluşturduğu, kısacası kendini gerçekleştirme yolunda elde ettiği tüm kazanımlarının ve menfaatlerinin, hukuk düzeni tarafından koruma altına alınan yönüdür. Medeni hukuk kapsamında kişilik hakları, kategorik anlamda mutlak haklar içinde yer alan, her zaman var olan, zamanla tükenmeyen, herkese karşı ileri sürülebilen, çoğu zaman kişiye sıkı sıkıya bağlı ve devredilemeyen haklardandır.' Esas itibarıyla, kişilik hakları ihlalinden özel hukukta tanımlanan kişilik haklarının anlaşılacağı görülmektedir.

Bunun yanında, 5651 Sayılı Kanun m.9'da öngörülen yolun çekişmesiz yargı işi olarak, yirmi dört saat içerisinde sulh ceza hâkimi tarafından duruşma yapılmaksızın karara bağlanma zorunluluğu bulunmaktadır. Doktrinde ve içtihatlarda aşağıda değinileceği üzere, söz konusu hükmün hukuki niteliği tartışmalıdır. Ancak hukuki niteliğinden bağımsız olarak da sulh ceza hakiminin karar vermesi için 24 saatlik bir süre öngörülmesi, ceza yargılamasının bir süresinin olmaması, aksine maddi gerçeğe ulaşana, hukuk yargılamasının da iddianın ispatına dek sürmesi gerektiği; bu sebeple yargılamaya bir süre öngörülemeyeceği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bununla birlikte duruşma yapılmaksızın karar verilmesi de savunmanın yokluğu yani karşı taraf dinlenilmeden karar verilmesi sebebiyle silahların eşitliği ilkesine, dolayısıyla da Anayasa m.36'da tanımlanan adil yargılanma hakkına aykırı görülmektedir. Bu durumda, 5651 Sayılı Kanun m.9'un ancak ilk bakışta ihlal doktrinine uygun olarak verilmesi halinde hukuka uygun olabileceği, hukuka aykırılığı ve kişilik haklarını ihlali apaçık olan içerikler hakkında uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür[4]. Bu görüş, AYM ve Yargıtay içtihatlarında da kabul görmektedir. 2014/5376 başvuru numaralı,28/1/2020 karar tarihli

[3] Yargıtay 7. Ceza Dairesi 2021/20743 E., 2021/16395 K.; Yargıtay 7. Ceza Dairesi 2021/25294 E. 2021/16369 K.; Yargıtay 19. Ceza Dairesi 2020/4769 E. 2021/2050 K.; Yargıtay 19. Ceza Dairesi 2020/6868 E. 2021/1703 K.; Yargıtay 19. Ceza Dairesi 2020/2253 E. 2021/1702 K.

[4] Gözler, Kemal (2014) *Kişilik Haklarını İhlal Eden İnternet Yayınlarının Kaldırılması Usûlü ve İfade Hürriyeti 5651 Sayılı Kanunun 9'uncu Maddesinin İfade Hürriyeti Açısından Değerlendirilmesi* , Rona Aybay'a Armağan, Legal, c.I, s.1059-1120.;s.1053-1069

Recep Tayyip Erdoğan Bireysel Başvurusunda AYM, (5651 Sayılı) Kanun'a göre kişilerin Anayasa'da koruma altında bulunan haklarının ihlal edildiğinin daha ileri bir inceleme yapılmasına gerek olmaksızın ilk bakışta anlaşılabildiği hâllerde 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde öngörülmüş olan istisnai usulün işletilebileceğini belirtmiştir. Yine 2014/5552 başvuru numaralı, 26/10/2017 karar tarihli Ali Kıdık Bireysel Başvurusunda AYM, bu istisnai usulün silahların eşitliği ilkesine aykırı olabileceğini, yirmi dört saatlik bir karar verme süresinin de karşı tarafa tebligat yapılması ve buna bağlı olarak karşı tarafın dinlenilmesini engelleyeceğini, aynı zamanda bu kısıtlı sürede ve duruşma yapılmaksızın karar verildiğinden savunmanın hazırlanması için delil sunma da dahil olmak üzere makul ve kabul edilebilir olanaklara sahip olunamadığını, dolayısıyla karşı tarafın dinlenilme hakkının zedeleneceğini, bu sebeple bu usulün ancak ilk bakışta ihlal doktrini ile işletilebileceğini öngörmüş,bir kimsenin çıplak resimlerinin veya video görüntülerinin yayımlanması gibi kişilik haklarının ihlal edildiğinin daha ileri bir inceleme yapılmaya gerek olmaksızın ilk bakışta anlaşılabildiği hâller, ilk bakışta ihlale örnek olarak verilmiştir.

Yargıtay da benzer bir yaklaşım sergilemektedir. Yargıtay **19. Ceza Dairesi 2020/4751 E., 2021/1235 K. kararında** ‘kişilik haklarına saldırının veya hukuka aykırılığın ancak ilk bakışta anlaşılacak kadar belirgin olması halinde talebin kabulüne karar verilebileceğini, (saldırının veya hukuka aykırılığın) ilk bakışta çekişmesiz bir dava yoluyla erişimin engellenmesi talebi uygulanmasını gerektirecek nitelikte ağır ve kişilik haklarını ihlal edici nitelikte olması gerektiğini’ içtihat etmiştir.

Yargıtay **7. Ceza Dairesi 2021/20743 E., 2021/16395 K.’da** ilk bakışta ihlal doktrininde sulh ceza hakiminin incelemesi gereken hususları şu şekilde belirlemiştir : ‘Kişilik haklarının ihlal edilip edilmediğine dair 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde düzenlenen çekişmesiz yargıya başvuru aşamasında, Sulh Ceza Hakimliklerince araştırılması gereken hususlar; sırf başvuruya konu ifadeden hareketle, ilk bakışta kişilik haklarını ihlal eden ifadelerin kullanılıp kullanılmadığı ve kişilik haklarının ihlal edildiği kabul edilebilirse, bu kez de ihlalde başkalarının "ifade ve basın özgürlüğü" gibi bir hukuka uygunluk sebebinin bulunup bulunmadığının ortaya konulmasıdır.'

A. 5651 Sayılı Kanun m.8’e Göre İçeriğin Çıkarılması ve Erişimin Engellenmesi

5651 Sayılı Kanun m.8’de ise m.9’dan farklı olarak belli gruptaki içeriğin çıkarılması ve erişimin engellenmesi kararları öngörülmüştür. 5237 Sayılı TCK’da yer alan TCK m.84 intihara yönlendirme, TCK m.103/1 çocukların cinsel istismarı, TCK m.190 uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma, TCK m.194 sağlık için tehlikeli madde temini, TCK m. 226 müstehcenlik, TCK m. 227 fuhuş, TCK m.228 kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçları, 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda yer alan suçlar ve 7258 sayılı Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanunda yer alan

suçlar kapsamında, bu suçlar hakkında yeterli şüphe sebebi bulunması halinde, soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısı, kovuşturma evresinde hakim tarafından içeriğin çıkarılması ve erişimin engellenmesi kararı verilebilecektir. Bahsi geçen madde belirtilen katalog suçlarda şüphe sebebinin bulunması halinde içeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi kararları 5651 Sayılı Kanun m.8'e uygun olarak alınacak ve uygulanacaktır, bu madde 9. maddedeki içeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesinden farklı olup, izlenen usuller de birbirinden ayrılmaktadır. Buna göre, 8. madde uyarınca, içeriğin çıkarılması ve erişimin engellenmesi kararları; koruma tedbiri (5651 Sayılı Kanun m.8/10) veya idari tedbir (5651 Sayılı Kanun m.8/11) olarak verilebilmektedir. 5651 Sayılı Kanun m.8/10'da öngörülen koruma tedbiri olan içeriğin çıkarılması ve erişimin engellenmesi kararları; soruşturma evresinde hakim (sulh ceza hakimi) veya gecikmesine sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı tarafından yirmi dört saat içinde hakimin onayına sunulmak ve hakimin de yirmi dört saat içinde onaylaması, hakimin onaylamaması halinde ise Cumhuriyet Savcısının ilgili kararı derhal kaldırması ile, yahut kovuşturma evresinde mahkeme tarafından alınmaktadır. Koruma tedbiri olan içeriğin çıkarılması ve erişimin engellenmesi kararına, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca itiraz yolu açıktır. (5651 Sayılı Kanun m.8/2) Ayrıca, soruşturma sonunda kovuşturmaya yer olmadığı kararı, kovuşturmada ise beraat kararı verildiği takdirde, içeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi kararının hükümsüz kalacağı ortaya konulmuştur. (5651 Sayılı Kanun m.8/7 ve 8/8) Koruma tedbiri olan içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının yerine getirilmemesi ise 8. maddenin 10. fıkrasında müstakil bir suç olarak ihdas edilmiştir.

Bununla birlikte, içeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesine doğrudan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanı'nın karar verebildiği bir yol olan idari tedbir de 5651 Sayılı Kanun m.8/4'te öngörülmüştür[5]. Buna göre, ilgili idari tedbiri uygulayan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanı, yayını yapanların kimliklerinin belirlenmesi halinde Cumhuriyet Savcısına suç duyurusunda bulunacaktır. (5651 Sayılı Kanun m.8/6)

B. 5651 Sayılı Kanun m.8/A'da Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hallerde İçeriğin Çıkarılması ve/veya Erişimin Engellenmesi

5651 Sayılı Kanun m.8/A'da ise iki yöntem öngörülmüştür. Bunlar, 5651 Sayılı Kanun m.8/4'e benzemektedir. Bu yöntemlerden birincisine göre, hakim tarafından yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir veya birkaçı gereğince veya ikinci yönteme göre, ilgili bakanlıkların

[5] Çınar, İsmail (2021) *5651 Sayılı Kanun Çerçevesinde Koruma Tedbiri Olarak 'İnternet Ortamında Yapılan Yayınlarda İçeriğin Çıkarılması ve/veya Erişimin Engellenmesi*, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 8, Sayı 1, s. 63 – 96; s.67

talebiyle gecikmesinde sakınca bulunması ve Cumhurbaşkanlığı veya millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden olmak üzere Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanı tarafından içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesine derhal karar verilmesi ve suça konu internet içeriklerini oluşturan ve yayanlar hakkında Başkan'ın Cumhuriyet Savcısına suç duyurusunda bulunulması söz konusudur. Başkan tarafından verilmesi halinde ilgili karar, yirmi dört saat içinde sulh ceza hakiminin onayına sunulacak, hâkim de bu münasebetle kırk sekiz saat içinde karar verecek, kırk sekiz saat içerisinde hakim tarafından karar verilmemesi halinde karar kendiliğinden kalkacaktır.

Bakıldığında, 5651 Sayılı Kanun m.8'den farklı olarak suç şüphesi unsuru bulunmadığı bunun yerine idari anlamda suç tehlikesinin önüne geçilmek istendiği sebebiyle, 5651 Sayılı Kanun m.8/A ve 8/4 idari tedbir olarak yorumlanmaktadır[6].

II- İçeriğin Yayından Çıkarılması ve Erişimin Engellenmesi Kararlarında Kavramlar

İçeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi kararlarının anlaşılabilmesi için, içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı, Erişim Sağlayıcıları Birliği kavramlarının ne olduğu anlaşılmalıdır.

A- Erişim Sağlayıcı

'Erişim sağlayıcı' kavramı, 5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun m.2'de 'Tanımlar' başlığı altında açıklanmıştır. Buna göre 'erişim sağlayıcı', 'kullanıcılarına internet ortamına erişim olanağı sağlayan her türlü gerçek veya tüzel kişileri' ifade etmektedir. 5651 Sayılı Kanun'a dayanak olarak çıkartılan **İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m.3/f'de ise erişim sağlayıcının tanımı, '**internet toplu kullanım sağlayıcılarına ve abone olan kullanıcılarına internet ortamına erişim olanağı sağlayan işletmeciler ile gerçek veya tüzel kişiler' olarak yapılmıştır.Türkiye'deki erişim sağlayıcılara örnek olarak; Türk Telekom, Uydunet, D-Smart net, Vodafone verilebilir.

Erişim sağlayıcının yükümlülükleri ise esas itibarıyla, 5651 Sayılı Kanun m.6'da düzenlenmiştir. Buna göre, erişim sağlayıcının yükümlülükleri, bilgi saklama yükümlülükleri, faaliyetine son vereceğine ilişkin bildirim yapma yükümlülüğü ve erişim sağladığı içeriklere ilişkin kararların yerine getirilmesi yükümlülüğü olarak üçe ayrılmaktadır. Erişim sağlayıcı, sağladığı hizmetlere ilişkin Yönetmelikte ifade edilen trafik bilgilerini bilgilerin doğruluğuna, gizliliğine ve bütünlüğüne riayet ederek

[6] Çınar, İsmail (2021) *5651 Sayılı Kanun Çerçevesinde Koruma Tedbiri Olarak 'İnternet Ortamında Yapılan Yayınlarda İçeriğin Çıkarılması ve/veya Erişimin Engellenmesi*, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 8, Sayı 1, s. 63 – 96; s.67

saklamakla yükümlüdür. Trafik bilgilerini saklama süresinin, altı aydan az ve iki yıldan fazla olmamak üzere Yönetmelikle belirleneceği belirtilerek, alt sınırının altı ay, üst sınırının ise iki yıl olduğu kanunla öngörülmüştür. **İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik** m.8/e'de ise, erişim sağlayıcının vekil sunuculuk hizmeti sunuyor ise bu bilgileri bir yıl boyunca saklamakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Vekil sunucu trafik bilgisi ise Yönetmelik m.3/ö'de 'internet ortamında erişim sağlayıcı tarafından kullanılan vekil sunucu hizmetine ilişkin talebi yapan kaynak IP adresi ve port numarası, erişim talep edilen hedef IP adresi ve port numarası, protokol tipi, URL adresi, bağlantı tarih ve saati ile bağlantı kesilme tarih ve saati bilgisi' olarak tanımlanmıştır.

Erişim sağlayıcının faaliyetine son vereceğini, faaliyetine son vereceği tarihten en az 3 ay önce, Kurum'a içerik sağlayıcılara ve müşterilere bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bunun yanında erişim sağlayıcı, trafik bilgileri kayıtlarını da Kurum'a teslim edecektir. (5651 Sayılı Kanun m.6/1-c, Yönetmelik m.8/1-c)

Son olarak erişim sağlayıcının, içeriklere dair kararların gereğini yerine getirme yükümlülüğü öngörülmüştür. Buna göre erişim sağlayıcı, 5651 Sayılı Kanun m.6/1-a'da 'hukuka aykırı içerikten Birlik tarafından haberdar olması halinde' erişimi engelleyecektir. Ancak, erişim sağlayıcının erişimin engellenmesi kararını yerine getirmesine hakim olan ilke, Birlik tarafından içeriğin hukuka aykırı olduğuna ilişkin haberdar edildiği takdirde erişimi engellenmesidir. Bu sebeple, erişim sağlayıcının, içeriğin hukuka aykırılığını kendiliğinden denetleme yükümlülüğü bulunmadığı gibi, hukuka aykırı içerikten başından beri haberdar ise içeriği yayından çıkarmakla yükümlü olup, aksi halde müşterek sorumlu olabilecektir. Erişim sağlayıcının, hukuka aykırı içerikle ilgili denetim yükümlülüğünün bulunmadığı 5651 Sayılı Kanun m.6/2 ve Yönetmelik m.8/3'de açıkça ifade edilmiştir.

Bununla birlikte doktrinde[7], erişim sağlayıcıların içeriğin hukuka aykırılığını kontrol etme yükümlülüğünün olmaması olumlu bir gelişme olarak değerlendirilirken, erişim sağlayıcıların erişimi engellenmesinin zorunlu olması olumsuz bir nitelik olarak değerlendirilmektedir.

B- Yer Sağlayıcı

5651 Sayılı Kanun'un 'Tanımlar' başlıklı 2. maddesinde ve Yönetmelik m.3/1-s'de yer sağlayıcının *'hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten*

[7] Dülger, Murat Volkan, (2020) (a.g.e) s. 702-703

gerçek veya tüzel kişiler' olduğu ifade edilmiştir. Yer sağlayıcı, sunucuları barındırmakta, sunucuları ile barındırma hizmeti (hosting) sağlayarak web sitesinin / sitelerinin internet yayını yapmasına olanak sağlamaktadır. Bir web sitesinin internet ortamında yayın yapabilmesi için yer sağlayıcıya ihtiyacı vardır. Bu bakımdan yer sağlayıcılar; hosting hizmeti sağlayan gerçek veya tüzel kişileri veya başka web sitelerinin internet yayını yapma hizmeti sunmasa dahi kendi sahip olduğu sunuculardan kendisine ait web sitesinin internet yayını yapmasını sağlayan gerçek veya tüzel kişileri ifade etmektedir[8]. Yer sağlayıcıya dünya çapındaki bilinen örneği olarak, AWS (Amazon Ağ Hizmetleri) verilebilir.

1. Yer Sağlayıcının Yükümlülükleri

Yer sağlayıcının yükümlülükleri, erişim sağlayıcıya paralel olarak düzenlenmiştir. Bakıldığında, yer sağlayıcının hukuka aykırı içerikten 5651 Sayılı Kanun m. 9 uyarınca haberdar edilmesi halinde yayından çıkarma yükümlülüğü bulunmaktadır. Buna göre, erişim sağlayıcının yükümlülüklerinin sayıldığı 5651 Sayılı Kanun m.6'da 'Bu Kanun hükümlerine uygun olarak haberdar edilmesi halinde…' demekte, yer sağlayıcının yükümlülüklerinin düzenlendiği m.5'te ise haberdar edilmenin sadece 8. ve 9. maddeler uyarınca yapılacağı belirtilmektedir. Yer sağlayıcının yükümlülüklerini öngören Yönetmelik m.7/1-a'da ise yer sağlayıcının, hukuka aykırı içerikten 'Başkanlık, adli makamlar veya hakları ihlal edilen kişilerce haberdar edilmesi' halinde, söz konusu içeriği yayından kaldırmakla yükümlü olduğu belirtilmiştir.

Bunun yanında yer sağlayıcının da içeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi konusunda içeriğin hukuka aykırı olup olmadığına ilişkin denetimi yapma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Başka bir deyişle yer sağlayıcısı olduğu internet yayınındaki hukuka aykırı içerikten haberdar edilmedikçe, söz konusu hukuka aykırı içeriğin yer sağlayıcısı bulunduğu internet yayınında bulunmaya devam etmesi yer sağlayıcının sorumluluğunu gerektirmeyecektir. Erişim sağlayıcı ile yer sağlayıcının ikincil sorumluluğu, günümüzde internet yayınının öneminin elzem ve vazgeçilemez olmasının ve erişim sağlayıcı ve yer sağlayıcının çok yoğun veri girişine ev sahipliği yapmasından dolayı her içeriğin hukuka aykırılığını tek tek kontrol etmesinin mümkün olmamasıdır. Kontrole ilişkin sorumluluk internet ortamının hızı ile uyuşmayacağı gibi, erişim veya yer sağlama faaliyetlerini sekteye uğratacaktır. Bu faaliyetlerin işlemelerinin hukuka aykırı içerikten sorumlu olmaları halinde karşılaşacakları herhangi bir idari veya cezai yaptırım, bu hizmetlerin etkin sunulamamasına yol açacaktır. Kaldı ki, şirketler

[8] Durnagöl, Yasemin (2011) 5651 Sayılı Kanun Kapsamında İnternet Aktörlerine Getirilen Yükümlülükler İle İdari ve Cezai Yaptırımlar, TAAD, Cilt:2, Yıl:2, Sayı:4 (20 Ocak 2011), s.375-416; s.393

hukuka aykırılık denetimi için bir yatırım yapsalar dahi veri girişinin çokluğundan ve tahmin edilemezliği göz önüne alındığında kontrolün tam anlamıyla sağlanması mümkün olamayacaktır.

Dijital Hizmetler Yasası m.5/1-a ve b'de de yer sağlayıcının ancak hukuka aykırı içerik hakkında bilgi sahibi değilse sorumluluğunun doğmayacağı, ancak bilgi sahibi olduğu takdirde hukuka aykırı içeriği hızlı bir şekilde yayından çıkarmak veya erişimi engellemekten sorumlu olacağı belirtilmiştir.

Yer sağlayıcının da erişim sağlayıcıya benzer şekilde trafik bilgilerini doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini temin ederek saklama yükümlülüğü bulunmakta olup, erişim sağlayıcıdan farklı olarak saklama süresinin, 'bir yıldan az ve iki yıldan fazla olmamak üzere yönetmelikle belirleneceği' hüküm altına alınmıştır.(5651 Sayılı Kanun m.5) Ancak Yönetmelik m.7 'de 'trafik bilgisini altı ay saklamakla' yükümlü olduğu öngörülmüştür. Görüleceği üzere, ilgili kanun maddesinde Yönetmelikle belirlenecek sürenin 'bir yıldan az ve iki yıldan fazla olmaması' gerektiği belirtilmiş, ancak Yönetmelikte yer sağlayıcının trafik bilgilerini altı ay saklama yükümlülüğü bulunduğu ifade edilmiştir. Yer sağlayıcının söz konusu Yönetmelik hükmü, Kanunda belirtilen sınırın altında olup, dayanak Kanun'a açıkça aykırıdır.

C- İçerik Sağlayıcı

İçerik sağlayıcı, 5651 Sayılı Kanun m.2/1-f'de 'internet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişiler' olarak tanımlanmıştır. Buna göre, videodan ses kaydına, kişinin düşüncesini ifade ettiği bir köşe yazısından bir paylaşımın altına yapılan yoruma dek internet ortamına sunulan her türlü veri içerik olmaktadır. İlgili madde hükmünde içerik sağlayıcı olarak hem gerçek hem de tüzel kişilerin içerik sağlayıcı olarak düzenlenmesi, içerik sağlayıcı tanımına bağlı olarak içerik sağlayıcının sorumluluğunun hem gerçek hem de tüzel kişiyi kapsar şekilde hüküm altına alınmasına yol açmıştır.

Kanımızca hem gerçek hem de tüzel kişilerin içerik sağlayıcılık bakımından sorumluluklarının aynı madde çerçevesinde öngörülmesi yerinde değildir. Gerçek ve tüzel kişilerin, söz konusu içeriğin hukuka aykırılığı bakımından farklı şartlar altında olduğu aşikardır, tüzel kişilerin teşkilatlı yapısı ve söz konusu içeriğin hazırlanması ve yayına sunulmasından birden çok uzman kişinin sorumlu olması ve bu şahısların denetiminden geçmesi sebebiyle sorumluluk esasları, kişilik haklarının ihlal edilmesindeki ilgili kuralların ihmal derecesi gerçek kişi ile aynı kefeye konulmamalıdır. Bunun yanı sıra, tüzel kişinin internet yayını yapabileceği alanlar ile gerçek kişininkiler ise çoğunlukla ayrışmakta, alan olarak da farklı sorumluluk esaslarına ihtiyaç duyulmaktadır. Özellikle tüzel kişiler tarafından, haksız rekabet gibi konularda yahut e-

ticaret veya e-hizmet sağlayan portalların yürütülmesi sonucu oluşturulan içeriklerin, hukuka aykırılıklarının ve kişilik haklarını ihlal edip etmediklerinin belirlenmesi ve incelenmesi uzmanlık gerektirmektedir. Bu sebeple, sağlanan içerik bakımından sorumluluklarının aynı madde düzenlenmesi ve aynı esaslara bağlanması kanımca yanlıştır.

D- Erişim Sağlayıcıları Birliği

Erişim Sağlayıcıları Birliği, 5651 Sayılı Kanun m. 6/A uyarınca, 5651 Sayılı Kanun m.8 haricindeki erişimin engellenmesi kararlarının uygulanması için kurulmuş bir özel hukuk tüzel kişisidir. Erişimin engellenmesi kararları, yerine getirilmek üzere Erişim Sağlayıcıları Birliği'ne iletilmektedir, bu özelliği nedeniyle Erişim Sağlayıcıları Birliği'ne tebliğ edildiği takdirde erişim sağlayıcılara da tebligat yapılmış sayılmaktadır. Erişim Sağlayıcıları Birliği'nin tüm internet servis sağlayıcıları ile erişim hizmeti veren işletmecilerin katılımıyla oluşturulacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak, Erişim Sağlayıcıları Birliği'nin erişimin engellenmesi kararlarının gereğini yerine getirebilmesi için, bütün internet servis sağlayıcılarının ve bütün erişim hizmeti sağlayıcılarının bu Birlik'te bulunması gereklidir, aksi halde Birlik'e yapılan tebliğin erişim sağlayıcılara da yapılmış sayılması olanaksız olacaktır, çünkü Birlik'e üye olmayan bir erişim hizmeti sağlayıcı, Erişim Sağlayıcıları Birliği tarafından tebligata uygun olmayacak yahut gecikme söz konusu olabilecektir. 5651 Sayılı Kanun m.9/11'de 'Sulh ceza hâkiminin kararını bu maddede belirtilen şartlara uygun olarak ve süresinde yerine getirmeyen içerik, yer ve erişim sağlayıcıların sorumluları, beş yüz günden üç bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.' denmektedir. Bu sebeple, erişim sağlayıcıların sorumluları erişimin engellenmesi kararını yerine getirmedikleri takdirde, 5651 Sayılı Kanun m.9/11'de düzenlenen suça tabi olmaktadırlar. Erişim Sağlayıcıları Birliği'ne üye olmayan erişim hizmeti sağlayıcının, erişimin engellenmesi kararı Erişim Sağlayıcıları Birliği tarafından Birliğe üye olmadığı için kendisine tebliğ edilemediği durumda cezai sorumluluğu doğmayacaktır. Bunun yanında, Birliğe üye olmayan ve üye olmamasının Erişim Sağlayıcıları Birliği'nde yarattığı bilgi boşluğundan yararlanan, tebligat için yanlış veya eksik bilgi gösteren yahut bilerek tebligatın yapılmasını engelleyen erişim hizmeti sağlayıcının, 5651 Sayılı Kanun m.9/11'de düzenlenen suç ile karşı karşıya kalma ihtimali üye olanlara göre daha az ve söz konusu suça kastının ispatı daha zor olacaktır.

Ancak, Erişim Sağlayıcıları Birliği bir özel hukuk tüzel kişisi olduğundan Birliğe üye olmak kişilerin ihtiyarında olmalıdır. Buna karşılık, 5651 Sayılı Kanun m.6/A/10'da Birliğe üye olmayan internet servis sağlayıcılarının faaliyette bulunamayacağı hüküm altına alınmıştır. Doktrinde bu hüküm eleştiriye uğramakta, buna göre bir görüş[9] lisans ve ruhsatların mülkiyet hakkı kapsamında korunduğunu ve hukuki güvenlik ilkesine

[9] Dülger, Murat Volkan (2020) Bilişim Suçları Ve İnternet İletişim Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.706

aykırı bir düzenlemeyle mülkiyet hakkının ihlal edilmesinin hukuka aykırı olduğunu belirtmektedir.

Söz konusu hüküm, AYM'ye iptal istemiyle gitmiş, AYM de E. 2014/87, K. 2015/112, K.T. 8.12.2015 sayılı kararı ile Erişim Sağlayıcıları Birliği'ne üye olma zorunluluğunun, erişimin engellenmesi kararlarının yerine getirilmesindeki muhatap belirsizliğini ortadan kaldırmak ve kararların bir an önce yerine getirilmesini sağlamaya yönelik olduğunu, işin teknik özelliğinden dolayı bu görevi yapabilecek başka bir kurumun bulunmadığını, aksi takdirde söz konusu sistemin işlemesinin mümkün olmayacağını ortaya koymuştur. Bu sebeple ilgili hükmün Anayasa m. 138'de korunan mahkeme kararlarının yerine getirilmesi yükümlülüğünün bir yansıması olarak Devletin pozitif yükümlülüklerinin bir sonucu olduğunu, aynı zamanda ESB'ne üye olmaya ilişkin kuralların belirli ve öngörülebilir olduğunu, gerek 5651 Sayılı Kanun m.6/A'da gerek, bu maddenin yetki verdiği şekliyle çalışma usul ve esaslarının belirleneceği tüzükte bu kuralların görülebileceği, bu sebeple Anayasa m.2'de teminat altına alınan belirlilik ve hukuki güvenlik ilkesine aykırı olmadığını belirtmiştir.

Kanımızca, Anayasa m.33/2 'Hiç kimse bir derneğe üye olmaya ve dernekte üye kalmaya zorlanamaz' hükmü ile kişilere, hukuka uygun amaçları gerçekleştirmek için kurulup kurulmadığına bakılmaksızın derneğe üye olma hürriyeti tanımıştır. Bu noktada, yukarıda da belirttiğimiz gibi her ne kadar Anayasa m.138'de tanınan mahkeme kararlarını yerine getirme yükümlülüğünü yerine getirmek ve erişimin engellenmesi kararını infaz etmek amacıyla kurulmuş da olsa özel hukuk tüzel kişisi olarak kurulan Erişim Sağlayıcıları Birliği'ne üye olma zorunluluğu getirilemeyecektir. Ancak ifade ettiğimiz gibi, erişimin engellenmesi kararlarının gereği gibi yerine getirilmesinin sağlanması elzemdir, bu sebeple Erişim Sağlayıcıları Birliği'nin statüsünün bir özel hukuk tüzel kişisi olmak yerine BTK[10] benzeri kamu tüzel kişiliğini haiz olup idari ve mali özerkliğe sahip bir bağımsız idari otorite olarak tanımlanması daha doğru olacaktır.

III- 5651 Sayılı Kanun m.9 Hakkında 'Koruma Tedbiri' Nitelemesi

Koruma tedbirleri, kişilerin Anayasal hak ve özgürlüklerinin, ceza muhakemesinin gecikmeksizin ve sağlıklı yürütülebilmesi, ceza muhakemesine konu olay hakkında kararlar alınarak bunların yerine getirilmesini sağlamaya yönelik olarak kısıtlanması sonucunu doğuran, ilgilinin rızası alınmaksızın uygulanan zorlayıcı ceza muhakemesi araçlarıdır[11]. Ceza muhakemesine konu olay hakkında alınacak kararlara hüküm de dahil olmakta, koruma tedbirleri hükmün infazını sağlamaya yönelik olarak da

[10] 2813 Sayılı Kanun m.5 'Kanunlarla verilen görevleri yerine getirmek ve yetkileri kullanmak *üzere kamu tüzel kişiliğini haiz, idarî ve mali özerkliğe sahip* Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu kurulmuştur.'
[11] Toroslu, Nevzat/Feyzioğlu, Metin (2020) Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, s.251.

uygulanabilmektedir[12].Koruma tedbirleri bir ceza muhakemesi aracı olduğundan bu tedbirlere geçicilik ilkesi hakimdir, koruma tedbirleri ceza muhakemesinin sağlıklı yürütülmesinde aksama meydana geleceği takdirde ve ancak bu tehlikeyle uygulanabilecektir[13]. Bir görüşe göre de[14], geçicilik ilkesi beraat hükmüyle tutuklama tedbirinin son bulması örneğinde olduğu gibi koruma tedbirini haklı gösteren sebeplerin ortadan kalkması halinde tedbirin nihayete erdirilmesi, bununla birlikte ceza muhakemesinin sağlıklı yürütülmesinin uğradığı tehlikeye nazaran orantılılık ilkesi de göz önünde bulundurularak koruma tedbirinin başka koruma tedbirleriyle ikame edilmesi, yerine göre daha hafif veya daha ağır koruma tedbirlerine hükmedilmesi anlamına gelmektedir. Koruma tedbirleri, Anayasal temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması anlamına geldiği için, Anayasa m.13'te karşılığını bulan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimine uygun olarak kanuni olması gerekmektedir. Bu sebeple, koruma tedbirleri aynı zamanda kanuni sınıra ve sınırlama amacına uygun, ancak bu amacı gerçekleştirmeye yönelik, kanundan doğan zorunluluk sebebiyle ve gecikmesinde sakınca bulunan hal mevcutsa, ölçülü olarak uygulanmalıdır. Koruma tedbirlerine hakim olan kanunilik ilkesi, zorunluluğu ve gecikmesinde sakınca bulunan halin mevcudiyetini sonuçlamaktadır. Çünkü koruma tedbirleri, kanunda öngörülmeleri sebebiyle ve Anayasal temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanmasının gerekli ve zaruri olduğu halde yani gecikmesinde sakınca bulunduğu veya koruma tedbiri uygulanmadığında ceza muhakemesinin 'hiç veya gerektiği gibi yerine getirilemeyeceği' durumda söz konusu olmalıdır. Koruma tedbirinin ceza muhakemesinin sağlıklı yürütülmesine zarar gelmesi veya zarar tehlikesi görülmesi halinde uygulanması gerektiği göz önüne alındığında, söz konusu zararın veya zarar tehlikesinin ağırlığı ile orantılı olarak uygulanması ölçülülük ilkesine tekabül etmektedir.

Sonuç itibarıyla, koruma tedbirlerine hakim olan ilkeler, kanunilik, zorunluluk, gecikmesinde sakınca bulunan halin mevcudiyeti, araçsallık, geçicilik ve ölçülülük olarak sayılabilecektir. Bununla birlikte, doktrinde[15] bu ilkelere, görünüşte haklılık da ilave edilmekte ve şu şekilde açıklanmaktadır: Görünüşte haklılık, koruma tedbiri bakımından hukuka uygunluğun kesin olarak aranmayacağını, bununla birlikte en başından itibaren hukuka aykırı olan koruma tedbirinin ise hiçbir şekilde uygulanamayacağını ifade etmektedir. Koruma tedbirinin kesin hukuka uygunluğunun aranması, ceza muhakemesini işlemez hale getirecektir, çünkü ceza muhakemesine konu olayın sübuta ermesi ancak kesin hükümle mümkündür, kesin haklılık ve hukuka uygunluk belirlemesi ancak ceza muhakemesi sonucunda ortaya çıkan sübuta göre değerlendirilebilecek,

[12] Şahin, Cumhur/Göktürk, Neslihan (2021) Ceza Muhakemesi Hukuku I,Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.263.
[13] Toroslu, Nevzat/Feyzioğlu, Metin (2020) Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, s.251.
[14] Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe (2020) Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.315.
[15] Şahin, Cumhur/Göktürk, Neslihan (2021) Ceza Muhakemesi Hukuku I,Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 267-270.

koruma tedbirinin hukuka uygunluğu ancak o zaman kesin hale gelebilecektir. Oysa koruma tedbirleri, ceza muhakemesinin sonucunu değil ceza muhakemesi sürecinin işlerliğini ve sağlıklı yürütülmesini amaçlamaktadır.

Doktrinde bir görüşe göre[16], koruma tedbirlerine hakim olan ilkeler; koruma tedbirlerinin özellikleri ve koruma tedbirlerinin ön şartları olarak ikiye ayrılarak sınıflandırılmaktadır. Ceza muhakemesi hukuku açısından koruma tedbirlerinin taşıdığı özellikler arasında geçicilik ve araçsallık (başka bir deyişle vasıta oluş) sayılmakta, koruma tedbirlerinin Anayasal temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması konusunda haklı görünmesini sağlanmaları sebebiyle koruma tedbirlerinin ön şartları olarak nitelendirilen başlık altında ise gecikmede tehlike bulunması, haklı görünüş ve ölçülülük gösterilmektedir.

A- 5271 Sayılı CMK Uyarınca İtiraz Yoluna Başvurulması

Bir yönüyle, sulh ceza hâkimi tarafından duruşmasız olarak karara bağlanması ve alınan içeriğin yayından çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararlarına karşı 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilmesi yolu öngörülmüş olması,5651 Sayılı Kanun m.9'un koruma tedbiri olarak yorumlanmasına yol açmaktadır. İtiraz kanun yolu, henüz kesinleşmemiş kararlara karşı, başka ve üst merciye maddi ve hukuki yönden değerlendirilmesi üzerine başvurulan olağan ve asıl yani ikinci derece kanun yoludur[17]. Bakıldığında, koruma tedbirleri için 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu sistematiğinde çoğunlukla itiraz yolu öngörülmüştür. Örnek kabilinden, CMK m.101/5 uyarınca tutuklama kararına karşı, CMK m.104/2 uyarınca şüpheli veya sanığın salıverilme veya tutukluluk halinin devamına ilişkin hâkim veya mahkemece verilen kararlara karşı, CMK m.111/2 uyarınca adli kontrol kararına karşı, CMK m.131/1 uyarınca el konulan eşyanın iadesi isteminin reddi kararına karşı itiraz yolu gösterilmiştir[18]. Bu noktada, itiraz, ilgililerin kararı öğrendiği günden itibaren yedi gün içinde yapılmalıdır. İtiraz kanun yoluna başvurabilenler ise 5271 Sayılı CMK m.260'ta sayılan olağan kanun yollarına başvurabilenler, m.261'e göre müdafii ve CMK m.262'ye göre şüpheli veya sanığın yasal temsilcisi ve eşi ile ceza yargılaması makamlarının verdikleri kararlar nedeniyle menfaatleri ihlal edilen tanık, bilirkişi ve diğer üçüncü kişilerdir[19]. Buna göre, kural olarak olağan kanun yollarına başvurabilenler ise Cumhuriyet Savcısı, şüpheli, sanık ve katılan sıfatına haiz olan yahut katılma talebi karara bağlanmayan reddedilen yahut katılan sıfatını haiz olabilecek denli suçtan zarar

[16] Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe (2020) Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.315-318

[17] Kunter,Nurullah,(1989) Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Basım Yayım Değıtım A.Ş., İstanbul, s.1032

[18] Benzer yönde itiraz kanun yolunun öngörüldüğü 5271 Sayılı CMK maddelerinin sıralanması için bknz. Aydın, Devrim (2006) *Ceza Muhakemesi Kanunu'nda İtiraz,* TBB Dergisi, Sayı 65,2006,s.61-72;s.65-66.

[19] Toroslu, Nevzat/Feyzioğlu, Metin (2020) Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi,Ankara,s.392.

görenler olarak belirlenmiştir. (5271 Sayılı Kanun m.260) 5651 Sayılı Kanun m.9 için de 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerince itiraz yoluna başvurulmasının öngörülmesi, madde uyarınca kişilik haklarının ihlalinin bulunması gerektiği ve bu ibare herhangi bir suç ile ilişkilendirilmediği için ortada bir soruşturma yahut ceza yargılaması bulunmamaktadır. 5651 Sayılı Kanun m.9, uygulanması için devam eden bir ceza yargılamasına ihtiyaç duymaz, aksine böyle bir kanıya varmak, kanun lafzına aykırı yorum olacaktır. Ancak 5651 Sayılı Kanun m.9'da 5271 Sayılı CMK uyarınca itiraz yolu öngörülmüş ve itiraz yoluna başvurabilenler ise ceza yargılamasının sujeleri ile ilişkilendirilmiştir. Bu durumda, özellikle devam eden bir ceza yargılaması olmadığı durumda itiraz yoluna kimin başvurabileceğini tahmin etmek güçtür. Bu sebeple de doktrinde[20] 5651 Sayılı Kanun m.9'un mutlaka cezai mahiyette olduğu ve 5237 Sayılı TCK'da yer alan kişilere karşı suçlar halinde gündeme gelmesi gerektiği, itiraza başvurma için de fiilin suç oluşturmasının ve bir ceza yargılamasının bulunmasının elzem olduğu belirtilmiştir. Ancak, kanımızca, 5651 Sayılı Kanun m.9, internet ortamında yayınlanan içeriğin kişilik haklarını ihlal etmesi halinde uygulanmalı, kanunun lafzında kanuna aykırı daraltıcı yoruma gidilerek kişilik hakkı ihlalinin suç şeklinde cereyan etmesi gibi bir gereklilik aranmamalıdır. Yine de, 5271 Sayılı CMK'ya göre itiraz yoluna kimin başvurabileceğinin belirlenmesi bir sorun olarak karşımızda durmaktadır, bu soruna 5651 Sayılı Kanun m.9'un hukuki niteliğinin kanaatimizce belirlenmesi kısmında bir çözüm önerisi sunulacaktır.

5271 Sayılı CMK uyarınca itiraz yoluna başvurulması halinde, itiraz mercii hukuki ve maddi yönden inceleme yaptığından, itiraz yolunda itiraz mercii maddi meselenin çözümü ile ilgili olarak gerekli gördüğü inceleme ve araştırmayı kendisi yapabilir ve gerekli görürse bunların yapılmasını emredebilir. (5271 Sayılı CMK m.270) Bu sebeple itiraz yolunda, 5651 Sayılı Kanun m.9'da uyarınca karar verilmesi sürecindeki kısıtlardan (yirmi dört saat içinde duruşmasız olarak, karşı tarafın savunma hakkının bulunmadığı bir inceleme) uzak, süresiz, istenildiğinde bilirkişiye, keşfe ve tanık dinlenilmesine de başvurularak ve karşı tarafın da savunması alınarak araştırma yapılabilecektir. İtiraz yolu öngörülmek ile, 9. maddedeki hukuka aykırılıkların giderilmeye çalışıldığı belirtilmektedir ancak bu hukuki güvenceler hâkimin maddi meseleyi çözme konusunda araştırma ve inceleme yapması sırasında gerekli görmesi ile sınırlı olduğu için, hâkimin takdirine bağlıdır, bu sebeple itiraz yolunun 9. maddede sürecindeki hukuka aykırılıkların giderilmesine güvence oluşturduğu söylenemeyecektir[21].

---

[20] Karakaya,Süheyl,(2020), (2018) *5651 Sayılı Kanun'un 9. Maddesi ve Erişimin Engellenmesi: Koyun Postunda Kurt Hükmü* ,TBB Dergisi 2018 (137),s.97-132; s.114-120

[21] Gözler, Kemal (2014) , *Kişilik Haklarını İhlal Eden İnternet Yayınlarının Kaldırılması Usûlü ve İfade Hürriyeti 5651 Sayılı Kanunun 9'uncu Maddesinin İfade Hürriyeti Açısından Değerlendirilmesi*, Rona Aybay'a Armağan, Legal, 2014, c.I, s.1059-1120; s.1066-1067

Bunun yanında 9. madde için 5271 Sayılı CMK uyarınca itiraz yolunun öngörülmesi sebebiyle söz bu hükmü bir koruma tedbiri olarak yorumlamak, kanımca sonuçtan amaca gitmek olmaktadır. Özellikle, koruma tedbirlerinin çoğu için itiraz kanun yolu bulunsa da tamamı için 5271 Sayılı CMK kapsamında uygulanmasının hüküm altına alındığı söylenemeyecektir. Bu sebeple, yalnızca 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca itiraz kanun yoluna başvurulabileceği belirlemesinin yapılması, yani bu tek özellik, 5651 Sayılı Kanun m.9'u koruma tedbiri olarak kabul etmemizi gerektirmeyecektir.

Koruma tedbirlerine hakim olan görünüşte haklılık ilkesi gereğince kesin bir hukuka aykırılık halinde koruma tedbirinin uygulanamayacağı, kesin bir hukuka uygunluk halinin aranmasının ise koruma tedbirinin anlamını ve işlerliğini sekteye uğratacağı, bu sebeple koruma tedbirlerinin görünüşte yani somut olayın koşullarına göre 'ilk bakışta' hukuka uygun olmasının yeterli olacağı söylenebilmektedir.

Yukarıda belirtildiği gibi 5651 Sayılı Kanun m.9, ancak 'ilk bakışta' hukuka aykırılık halinde geçerli olmalıdır. Aksi halde, içerik dolayısıyla kişilik haklarının ihlalinin ve hukuka aykırılığın kesin olarak tespit edilmesi, 24 saatlik bir karar verme sürecinde, duruşma yapılmaksızın karar verildiği ve ceza muhakemesinin sübuta ulaşmak amacıyla öngördüğü kimi araçların zaman dolayısıyla devre dışı kaldığı da değerlendirildiğinde mümkün olmayacaktır. Bu durumda, ilk bakışta hukuka aykırı olduğuna kanaat getirilen içerikler hakkında 5651 Sayılı Kanun m.9 uygulanacaktır. Bu ise koruma tedbirlerine hakim olan görünüşte haklılık ilkesi ile paralellik göstermektedir. Ancak, koruma tedbirlerinin görünüşte haklılığı, itiraz yolu korumasının yanında belli sürelerle denetlenme şeklinde de değerlendirilmektedir. Örneğin,5271 Sayılı CMK m.108 uyarınca tutukluluk halinin devamına gerek olup olmadığının en geç otuzar günlük sürelerle inceleneceği, CMK m.109/4 uyarınca adli kontrol yükümlülüğünün devamının gerekip gerekmediğinin en geç dört ay aralıklarla inceleme yapılarak karar verileceği belirtilmiştir. Bunun yanında, gözaltı (CMK m.91) , iletişimin tespiti,dinlenmesi ve kayda alınması (CMK m.135) gibi tedbirler için azami süre öngörülmüş olup, bu sürelerin uzatılması da tekrar değerlendirilmesine ve tedbirin devamının gerekli görülmesine bağlanmıştır. 5651 Sayılı Kanun m.9'da ise böyle bir güvence yoktur.

Bununla birlikte, koruma tedbirlerinin her halükârda geçici olduğu, ceza muhakemesinin sağlıklı yürütülmesinin zarara veya zarar tehlikesine uğratılması halinde ve ancak bununla sınırlı olarak gündeme gelebileceği bilinmektedir. 5651 Sayılı Kanun m.9'da ise, geçicilik ilkesi uygulanmamaktadır, 2014/5552 başvuru numaralı ve 26/10/2017 karar tarihli AYM Ali Kıdık Bireysel Başvurusu'nda da değinildiği üzere, koruma tedbiri itiraz yolunun da tüketilmesi ve itirazın reddi veya itiraz süresinin geçmesi ile bu yolun kullanılamaz hale gelmesi sonrasında adeta bir ceza şeklinde kalıcı olarak temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasına yol açmaktadır. Söz konusu içeriğin yayından

çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı, ancak söz konusu karara karşı adli soruşturma açılıp açılmayacağı belirsiz olmakla beraber soruşturma açılması yoluyla giderilebilmektedir. (AYM Ali Kıdık Bireysel Başvuru: 2014/5552) Bu ise, 5651 Sayılı Kanun m.9'un koruma tedbirinden ziyade akıbeti belirsiz bir ceza olmasına yol açmaktadır.

AYM, 2014/5552 başvuru numaralı 26/10/2017 karar tarihli Ali Kıdık Bireysel Başvurusu'nda, 5651 Sayılı Kanun m.9'un çekişmesiz bir yargı yolu olduğunu, koruma tedbirlerine hakim olan ilk bakışta ihlal doktrininin uygulanması gerektiğini belirtmiştir, bireysel başvuruda, 'Genel olarak koruma tedbirlerinin ve özel olarak da başvuruya konu internet yayınına erişimin engellenmesi tedbirinin alınmasının haklılığı, ancak bir görünüşte haklılık veya "ilk bakışta" (*prima facia*) haklılık olarak nitelendirilebilir.' ifadesi geçmektedir. Ancak bu ifadeyle, söz konusu başvuruda AYM'nin 5651 Sayılı Kanun m.9'u koruma tedbiri olarak kabul edip etmediği belirsizdir.

2017/15421 başvuru numaralı, 30/9/2020 karar tarihli AYM Medeni Özer Bireysel Başvurusu'nda ise, AYM, 5651 Sayılı Kanun m.9'un koruma tedbiri niteliğine haiz çekişmesiz yargı işi olduğunu kabul etmiştir.

Bu şekilde, bir dizi bireysel başvuruda (Miyase İlknur ve Diğerleri Başvurusu, B. No: 2015/15242, K.T.: 18/7/2018; Aykut Küçükkaya Başvurusu, B. No: 2014/15916,K.T.:9/1/2020;Özgen Acar ve Diğerleri Başvurusu, B. No: 2015/15241,K.T.:31/10/2018) 651 Sayılı Kanun m.9'un 'özel ve hızlı sonuç alınabilecek bir koruma tedbiri kararı; dolayısıyla istisnai bir yol' olduğunu ileri sürmüştür.Bu sebeple kişilik hakları ihlalinin gecikmeksizin durdurulması sebebiyle, ilk bakışta yani görünüşte haklılık ilkesi çerçevesinde şekillenen bir usul olduğuna kanaat etmiştir.

Buna karşılık, AYM 2018/14884 başvuru numaralı 27/10/2021 karar tarihli Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri Başvurusu'nda 5651 Sayılı Kanun m.8'in koruma tedbiri, m.9/A'nın tedbir olduğunun madde lafzında öngörülmesine rağmen m.9'un niteliğinin kanunda belirtilmediğini, söz konusu maddenin 'kendine özgü nitelikleri bulunan bir yol' olduğunu ifade etmiştir. Bunu söylerken de AYM, söz konusu yöntemin, sübuta ilişkin ve esastan incelemenin yapıldığı bir yol olduğunu, hukuk ve ceza yargılamasının yapılması için bir ara çözüm yolu olarak öngörülmediğini, 'hukuk sistemindeki mevcut yargılama usullerinden bağımsız oluşturulduğunu' ifade etmiştir. Bu halde bakıldığında, AYM 2018/14884 başvuru numaralı ilgili başvuruda, 5651 Sayılı Kanun m.9'un bir koruma tedbiri olma ihtimalini açıkça elemekte, 9. maddenin, yargılamanın sağlıklı yürütülmesi amacıyla araçsal ve geçici olmadığını, aksine uyuşmazlığın esastan çözüldüğü ve bunun sonucundaki kararların da şekli kesin hüküm teşkil ettiği kendine özgü, özerk bir yargı yolu olduğunu benimsemektedir. AYM, 5651 Sayılı Kanun m.9 uyarınca verilen kararlara karşı medeni veya ceza yargılamasına başvurma yükümlülüğünün bulunmamasından da hareketle, bu kararın çekişmeli yargıda

bir daha ele alınamayacağını, dolayısıyla çekişmesiz yargı işi olarak verilen hükmün şekli anlamda kesin ve nihai olduğunu belirtmektedir.

Doktrinde de bir görüşe göre[22], 5651 Sayılı Kanun m.9 bir koruma tedbiri olmaktan uzaktır, çünkü araçsallık ve dolayısıyla geçicilik özelliklerini taşımamaktadır. 5651 Sayılı Kanun m.9 araçsal değildir, tam tersine ihlal edilen kişilik hakkı ihlalini doğrudan bertaraf etmeyi amaçlamaktadır, aynı zamanda geçici de değildir, çünkü itirazın reddi, itiraz süresinin geçmesi veya hiç itiraz edilmemesi ile şekli anlamda kesin hüküm oluşturacaktır. Doktrinde buna yakın bir görüş de 5651 Sayılı Kanun m.9'un bir koruma tedbiri olmadığını, çünkü bu usulün işletilmesi için sulh ceza hakimlerinin ayrıca bir inceleme yapmadıklarını ileri sürmektedir[23]. Esas itibarıyla bu görüş araçsallık ilkesinin bulunmaması sebebiyle ilgili düzenlemenin koruma tedbiri olarak kabul edilmeyeceğini benimsemektedir. Buna karşıt bir görüşe göre[24] de, 5651 Sayılı Kanun m.9'un ceza mahiyeti bulunmakta olup koruma tedbiridir, kişilik hakları ihlali ibaresinden de 5237 Sayılı TCK'da tanımlanan kişilere karşı suçlar anlaşılmalıdır. Bu görüş, ilgili maddeyi bir koruma tedbiri olarak nitelendirdiği için, koruma tedbirine de Cumhuriyet Savcısı tarafından soruşturma açılmadığı müddetçe başvurulamadığını, bu sebeple 5651 Sayılı Kanun m.9'un uygulanması için mutlaka açılmış bir soruşturmanın bulunması gerektiğini, bununla birlikte 5651 Sayılı Kanun m.9 uyarınca yapılacak ilgili içerikle ilgili kişilik haklarının ihlal edildiği beyanının 5271 Sayılı CMK uyarınca bir sulh ceza hakimine yapılan bir şikayet olarak kabul edileceğini ifade etmektedir. Ayrıca bu görüşe göre, 5651 Sayılı Kanun m.9 için hükmün 6. fıkrasında 5271 Sayılı CMK hükümlerince itiraz yoluna başvurulabileceği öngörülmüş olup, itirazın herhalde soruşturma açılması halinde ve bir ceza yargılaması söz konusu ise işletilmesi söz konusudur.

Yargıtay ise 19. Ceza Dairesi 2020/6848 E. , 2021/2049 K. kararında[25], 5651 Sayılı Kanun m.9'un ilk bakışta ihlal doktrinin uygulandığı bir istisnai yol olduğunu belirtmiştir. Karara göre Yargıtay, internet ortamında yapılan yayın dolayısıyla kişilik hakları ihlalinin, ilk bakışta anlaşılabilir olması halinde, söz konusu istisnai yola başvurulabileceğini, bunun yanında, sulh ceza hakimliğince ilk bakışta ihlale karar verilmesinin veya verilmemesinin, kişilik hakkının kesin olarak ihlal edildiğinin tespit edilmesi demek olmadığını, 5651 Sayılı Kanun m.9 ile istediği korumayı elde edememiş kişilerin esas hakkında maddi anlamda kesin hükmün verilmesi için genel hukuk yollarına başvurabileceğini söylemektedir.Dolayısıyla Yargıtay'a göre 5651 Sayılı Kanun m.9, ilk

[22] Gözler,Kemal (2014) *Kişilik Haklarını İhlal Eden İnternet Yayınlarının Kaldırılması Usûlü ve İfade Hürriyeti 5651 Sayılı Kanunun 9'uncu Maddesinin İfade Hürriyeti Açısından Değerlendirilmesi* , Rona Aybay'a Armağan, Legal, c.I, s.1059-1120.; s.1068.
[23] Dülger,Murat Volkan (2020) (a.g.e.),s.782
[24] Karakaya,Süheyl,(2020), (2018) *5651 Sayılı Kanun'un 9. Maddesi ve Erişimin Engellenmesi: Koyun Postunda Kurt Hükmü* ,TBB Dergisi 2018 (137),s.97-132; s.114-120
[25] Aynı yönde bknz. 19. Ceza Dairesi 2020/6817 E. , 2021/1704 K.

bakışta ihlal doktrinine göre verildiği için sonrasında medeni veya ceza yargılamasına başvurarak uyuşmazlığın maddi yönden kesin hüküm teşkil edecek şekilde tekrar ele alınmasının mümkün olduğunu belirtmektedir. Bakıldığında Yargıtay, söz konusu tanımlamasında, 5651 Sayılı Kanun m.9 nedeniyle korumadan yararlanamayan kişilerin genel hukuk yollarına başvurarak uyuşmazlığın maddi anlamda kesin hüküm teşkil edecek şekilde esastan çözülmesini isteyebileceklerini belirtmiştir. Yine, 5651 Sayılı Kanun m.9 uyarınca sağlanacak bir hukuki korumanın da kesin hüküm teşkil etmemesi sebebiyle sonrasında genel hukuk yargılamasına konu edilebileceğini ifade etmiştir.

Yargıtay Ceza Daireleri, başka kararlarında[26], kişilik haklarını ihlalin suç şeklinde olabileceği gibi suç oluşturmaksızın da gerçekleşebileceğini, ancak kişilik hakkı ihlalinin suç şeklinde cereyan etmesi halinde ceza muhakemesinin sonucu beklenmeksizin erişimin engellenmesi tedbirine bir 'koruma tedbiri' olarak hükmedilebileceğini ileri sürmüştür.

Kişilik hakkı ihlalinin haksız fiil sorumluluğu, tazminat sorumluluğu veya suçtan doğan sorumluluk gibi çeşitli görünümleri olabilmektedir. Ancak, kişilik hakkı ihlaline suç ile vücut verilmesi ve ceza yargılaması başlatılması halinde, 5651 Sayılı Kanun m.9'un koruma tedbiri olarak yorumlanması, koruma tedbirlerine hakim olan geçicilik, araçsallık ve zorunluluğun varlığı ilkeleri ile uyuşmadığı gibi, koruma tedbirlerinin denetlenmesi de 5651 Sayılı Kanun m.9'da söz konusu değildir. Bu halde, sadece ilk bakışta ihlal doktrini çerçevesinde görünüşte haklılığın,internet ortamı yayınlarının çok hızlı yayılması ve çok çabuk etki doğurması sebebiyle hukuka aykırı içeriğin yayından kaldırılmasındaki korunan kişi menfaatlerinin zedelenmesinin hızlı bir şekilde bertaraf edilmesi için zarurilik ve gecikmesinde sakınca bulunan halin ve kişilik hakkı ihlalinin suç işlemek şeklinde gerçekleştirilmesi halinde bir zarara veya zarar tehlikesine düşebilecek ceza yargılamasının varlığı, 5651 Sayılı Kanun m.9'un koruma tedbiri ile uyuşan yönü olacaktır. Bir başka nokta ise, 5651 Sayılı Kanun m.9'un sulh ceza hakimi tarafından konu hakkında duruşmasız ve yirmi dört saat içinde ve ilk bakışta ihlal doktrinine uygun olarak karar verilmesi ve söz konusu karara karşı 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca itiraz yolunun işletilmesi hususunda, kişilik hakkı ihlalinin suç oluşturması veya başka hukuk dalları uyarınca örneğin haksız fiil veya tazminat sorumluluğu doğurması arasında bir ayrım yapılmamıştır. Başka bir deyişle, 5651 Sayılı Kanun m.9 tüm hukuk dalları için internet ortamında yapılan yayın dolayısıyla kişilik hakkı ihlallerine uygulanacaktır. 5651 Sayılı Kanun m.9'un koruma tedbiri olarak yorumlanmasına yol açacak nitelikleri, sadece kişilik hakkı ihlalinin suç teşkil etmesi ve

[26] 7. Ceza Dairesi 2021/25294 E., 2021/16369 K.; aynı yönde bknz. 19. Ceza Dairesi 2020/6232 E., 2021/2772 K., ; 19. Ceza Dairesi 2020/6848 E., 2021/2049 K.; 19. Ceza Dairesi 2020/5728 E., 2021/1705 K.

buna istinaden ceza yargılamasının yürütülmesi haline has değildir. Keza, 5651 Sayılı Kanun m.8'de içeriğin çıkarılması ve erişimin engellenmesi kararları; koruma tedbiri (5651 Sayılı Kanun m.8/10) ve idari tedbir (5651 Sayılı Kanun m.8/11) olarak ikiye ayrılmıştır, ancak 5651 Sayılı Kanun m.9'un lafzında böyle bir ayrıma gidilmemiştir. Bu sebeplerle 5651 Sayılı Kanun m.9'u tek başına bir koruma tedbiri olarak nitelemek doğru değildir.

Bununla birlikte, 5651 Sayılı Kanun m.9'un kendine özgü istisnai bir yol olarak öngörüldüğü belirlenebilir ancak bu istisnai yol, AYM 2018/14884 başvuru numaralı 27/10/2021 karar tarihli Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri Başvurusu'nda belirtildiği şekilde de olamaz. Çünkü, ilgili kararda AYM, yukarıda değinildiği üzere,5651 Sayılı Kanun m.9'un uyuşmazlığın esasına ilişkin bir yargılama yapmayı gerektiren şekli anlamda kesin hüküm teşkil eden istisnai bir yol olduğunu belirtmiştir. Bu noktada, 5651 Sayılı Kanun m.9/6 uyarınca 5271 Sayılı CMK hükümlerine göre 9. maddeye karşı itiraz yoluna gidilmesi öngörülmüştür. 5651 Sayılı Kanun m.9'un şekli anlamda kesin hüküm teşkil ettiği savunulduğu takdirde, 5271 Sayılı CMK uyarınca itiraz yolunun işletilmesi mümkün değil demektir. Çünkü şekli anlamda kesin hüküm, değişmezlik niteliğine haiz olup, karara karşı kanun yollarına müracaat edilememesi, başka bir deyişle hükme karşı olağan kanun yollarının kapalı olup ancak olağanüstü kanun yollarının muhtemel olmasıdır[27]. Dolayısıyla, 5651 Sayılı Kanun m.9 şekli anlamda kesin hüküm niteliğine haiz olamayacaktır, bu yorum 5651 Sayılı Kanun m.9/6'ya aykırı bir yorumdur. Yine, şekli veya maddi anlamda kesin hüküm halinde, ne bis in idem ilkesi devreye girecek, aynı fiilden dolayı aynı sanığın kural olarak ikinci kez yargılanamaması ve kamu davası açılamaması söz konusu olacaktır. Bu sebeple, uyuşmazlığın yukarıda belirtilen yargısal güvencelerden uzak bir şekilde esastan incelenerek şekli kesin hükme bağlanması Anayasa m.36'daki adil yargılanma hakkını ihlal edecektir. Kaldı ki esastan inceleme de ilk bakışta ihlal doktrininin işletildiği bir yolda mümkün değildir, keza esastan inceleme maddi gerçeğe ulaşmadır.

B- 5651 Sayılı Kanun m.9'un, 5651 Sayılı Kanun m.8'de Öngörülen Koruma Tedbiri İle Karşılaştırılması

5651 Sayılı Kanun m.8/2'nin lafzında, koruma tedbiri olarak içeriğin çıkarılması ve erişimin engellenmesine hükmedilecek olan yöntem açıkça belirtilmiştir. Yukarıda da belirtildiği gibi, Kanun m.8'e katalog şeklinde sayılan suçlara ilişkin suç şüphesi bulunması halinde ve soruşturma evresinde hâkim, gecikmesine sakınca bulunan hallerde ise yirmi dört saat içinde hâkimin onayına sunulması şartıyla Cumhuriyet Savcısı, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından hükmedileceği, bu kararlara 5271 Sayılı CMK hükümleri uyarınca itiraz yolunun açık olduğu ortaya konmuştur. Soruşturma

[27] Birtek,Fatih,(2020) *Ceza Muhakemesinde Kısmi Kesinleşme,* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Cilt 26, Sayı 2, Aralık 2020, s. 571-607; s.580-581.

evresine ilişkin olarak soruşturma evresinin sonunda kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi halinde 5651 Sayılı Kanun m. 8 uyarınca verilen ilgili kararların hükümsüz kalacağı ifade edilmiştir. Bu noktada, 8. maddede sayılan katalog suçlar arasında sayılan bir suç hakkında yeterli şüphe sebebi bulunmalı, bunun yanında soruşturma açılmış olmalı yani devam eden bir ceza yargılaması bulunmalıdır. Yine cezai mahiyette bir koruma tedbiri olması hasebiyle 5271 Sayılı CMK uyarınca itiraz yolu açık tutulmuştur.

Bu minvalde bakıldığında, 5651 Sayılı Kanun m.8, araçsallık, gecikmesinde sakınca bulunan halin mevcudiyeti, zorunluluk, kanunilik ve geçicilik ilkelerini karşılamaktadır. Araçsaldır, çünkü amaç olarak ulaşılmak istenen katalog suçlar arasında sayılan suçlar hakkında bir ceza yargılamasının sübuta erdirilmesidir. Geçicidir, çünkü geçicilik tek başına koruma tedbirinin kanunda bir süreyle sınırlı tutulmasını ifade etmemektedir, aynı zamanda koruma tedbirini haklı kılan sebeplerin ortadan kalkması halinde bu tedbirden vazgeçileceğini göstermektedir. Bu yönüyle, beraat hükmüyle yahut kovuşturmaya yer olmadığı kararı ile koruma tedbirinin son bulmasındaki anlam, koruma tedbirini haklı kılan sebeplerden olan ceza yargılamasının sağlıklı ve zarardan uzak yürütülmesi amacına ulaşmada bir araç olma sebebinin beraat hükmü verilmesi ile ceza yargılaması sona ereceği için yerine getirilememesidir. 5651 Sayılı Kanun m.8'de de bir süre sınırı öngörülmese de koruma tedbirinin soruşturma evresi sonunda kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesiyle, kovuşturma evresinde ise beraat kararıyla hükümsüz hale geleceği 5651 Sayılı Kanun m.8/7 ve 8'de öngörülmüş olduğundan 5651 Sayılı Kanun m.8'in geçicilik özelliği taşıdığı söylenebilecektir.

5651 Sayılı Kanun m.9'da ise bir ceza yargılamasının başlamış olması zorunluluğu yoktur, aynı şekilde katalog suç şeklinde bir saymaya gidilmediği gibi konusunun 5237 Sayılı TCK anlamında bir suç olup olmadığı da belirsizdir, keza kişilik haklarının ihlali esas alınmıştır. Bu sebeple, yürütülen ceza yargılamasının sağlıklı bir şekilde sübuta erdirilmesi amacına matuf bir araç olarak sayılamayacaktır. Bunun yanında, kişilik hakkı ihlaline her ne kadar suç ile vücut verilse ve soruşturma açılsa dahi geçicilik özelliği taşıdığı, bu sebeple yerine daha hafif veya daha ağır bir koruma tedbirine hükmedilebileceği veya örneğin ceza yargılaması sonucu beraat hükmü verilmesi halinde 5651 Sayılı Kanun m.9'un hükümsüz kalması öngörülmediği için de söylenemeyecektir. Bununla birlikte kanımızca, koruma tedbirlerine özgü ve Anayasal hak ve özgürlüklerin koruma tedbiri kapsamında kısıtlanmasını gerekli kılan özellik yalnızca ceza muhakemesine konu suç isnadı değil suçun işlendiğine dair çeşitli koruma tedbirlerine göre derecesi değişebilen şüphedir. Aksi halde, isnad edilen suçun işlendiği şüphesi yalnızca soruşturma veya kovuşturma açılması için gerekli görülen şüphe ile belirlenemez, koruma tedbirine hükmedilmesini haklı kılan suç şüphesi mevcut olmalıdır, çünkü koruma tedbiri ile ceza muhakemesinin söz gelimi mahkûmiyet hükmünün gerektirdiğinden farklı olarak ayrıca bir Anayasal hak ve özgürlük kısıtlamasına

gidilmektedir. Bu durumda, 5651 Sayılı Kanun m.9'a ilişkin suç şüphesine dair herhangi bir belirleme yapılmamıştır. Bu da 5651 Sayılı Kanun m.9'u koruma tedbiri niteliğinden uzaklaştırmaktadır.

IV- 5651 Sayılı Kanun m.9 Önleme Tedbiri Midir?

Önleme tedbiri, uzak ancak genel ve mümkün bir tehlikenin önlenmesi amacıyla başvurulan, gecikmesinde sakınca bulunan halin mevcut olmadığı, haklı görünüşün değil haklılık şartının arandığı tedbir çeşididir. Koruma tedbirleri ve önleme tedbirleri, birlikte tehlike tedbirlerinin ikiye ayrılan dalları olarak görülmektedir[28].

Bu noktada, 5651 Sayılı Kanun m.9'un önleme tedbiri olduğu konusu incelenmelidir. Bakıldığında, 9. madde internet ortamında hukuka aykırı içerik nedeniyle kişilik hakları ihlal edilenlerin başvurduğu bir yoldur. Burada, kişilik hakkı ihlal edilmiş, eğer suç şeklinde cereyan ettiyse suç işlenerek kişilik hakkı ihlali gerçekleştirilmiştir, 9. madde yapılabilecek olan internet ortamının hızı ve çabuk yayılımı dolayısıyla suçun olası olumsuz etkilerinin ortadan kaldırılması olabilecektir. Bu ise yakın tehlikedir. Önleme tedbiri anlamında uzak tehlike, suç işlenmesi tehlikesidir. Burada, suç işlenmiş olmaktadır. Bunun yanında 9. maddenin suç işlendikten sonra başvurulan bir koruma tedbiri olarak değil suç işlenmesi tehlikesi halinde işletilebileceği, bu duruma has olduğu ileri sürülse bile, önleme tedbirine başvurulması için haklılık şart olup, görünüşte haklılık ile yetinilmemektedir. Buna örnek olarak, haciz tedbiri verilmekte, borçlunun ödeme emrine rağmen ödememesi tek başına hacze başvurulmasını haklı çıkarmayacak, bunun için borçlunun ödeme emrine itiraz etmemesi yahut itirazın kabul edilmemesi yahut alacağın ilama bağlanması gerekmekte olup, özellikle alacaklının haklı çıkması aranacaktır[29]. Ancak, 9. maddede ilk bakışta ihlal doktrini işletilmekte, gerçek haklılık aranmamaktadır. Bu sebeplerden dolayı 5651 Sayılı Kanun m.9, önleme tedbiri olarak da kabul edilemeyecektir.

V- 5651 Sayılı Kanun m.9'un 5326 Sayılı Kabahatler Kanunu İle Karşılaştırılması

5326 Sayılı Kabahatler Kanunu uyarınca, idari yaptırım kararlarına karşı başvuru ve itiraz yolu öngörülmüştür. Kural olarak idari yaptırım kararı verme yetkisi ilgili kanunda açıkça gösterilen idarî kurul, makam,kamu görevlileri yahut kanunda açık hüküm bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı'dır.(5326 S.K. m.22-24) Ancak ceza yargılamasındaki hâkimin de bu kararı verme yetkisi öngörülmüştür. 5326 Sayılı Kabahatler Kanunu m. 24 'Kovuşturma konusu fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması halinde mahkeme tarafından idarî yaptırım kararı verilir.' demektedir. Buna göre, bir ceza

[28] Kunter, Nurullah (1968) Tehlike Tedbiri Genel Teorisi ve Para Cezaları İçin İcrai ve İhtiyati Haciz, Cilt 34, Sayı 1-4, 14.07.2011,s.17-41; 28-32.

[29] Kunter, Nurullah (1968) Tehlike Tedbiri Genel Teorisi ve Para Cezaları İçin İcrai ve İhtiyati Haciz, Cilt 34, Sayı 1-4, 14.07.2011,s.17-41; 31.

yargılamasının kovuşturma evresine gelindiğinde, ceza yargılamasını yürüten mahkeme tarafından fiilin kabahat olduğu anlaşıldığı takdirde idari yaptırım kararı vermektedir.

Bu noktada ilgili mahkemenin fiilin kabahat oluşturduğuna karar vermesi halinde, bu karara karşı ancak itiraz yoluna gidilebilir. (5326 Sayılı Kabahatler Kanunu m.27/5)

Dolayısıyla, kabahat oluşturan fiil dolayısıyla idarî kurul, makam,kamu görevlileri yahut kanunda açık hüküm bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı ile birlikte mahkeme idari yaptırım kararı verilmekte, bu idari yaptırım kararına karşı Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca itiraz yolu öngörülmektedir.

Bakıldığında, 5326 Sayılı Kabahatler Kanunu m.27 ve 28 için de devam eden bir yargılamanın bulunması gerekmez, bunlar araçsallık özelliğini taşımaz ve bir koruma tedbiri yahut ihtiyati tedbir niteliğinde değildir. 5651 Sayılı Kanun m.9'daki hükmün de söz konusu düzenlemeye benzediği görülecektir. Bunun yanında, ikisi için de CMK hükümlerine uygun olarak bir itiraz yolu öngörülmüştür.

Özellikle, 5326 Sayılı Kabahatler Kanunu m.27 ve 28 uyarınca yapılacak başvuru usulüne göre itiraz yoluna kimler tarafından başvurulabileceği de 5326 Sayılı Kanun m.27/3'te belirlenmiştir. Buna göre başvuru, bizzat kanunî temsilci veya avukat tarafından sulh ceza mahkemesine verilecek bir dilekçe ile yapılacaktır. Bununla birlikte başvuru usulünden sonra m.29 uyarınca itirazın kimin tarafından yapılacağı, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itirazın yapılması söz konusu olduğu için kişinin bizzat kendisi, avukatı veya kanuni temsilcisi dışında, suçtan zarar gören, sanık veya şüphelinin, katılanın yahut sanığın eşinin itiraz yoluna başvurma hakkı olup olmadığı kanun metninde açık değildir, ancak bu usulün özel bir usul olduğu, bu sebeple de başvuru usulüne başvuranların itiraz yoluna da başvurabileceği söylenebilecektir. Çünkü, bu usulde ortada devam eden bir ceza yargılamasının bulunmadığı aşikardır. Bu sebeple, ceza veya hukuk yargılamasının bulunmasını gerektirmeyen 5651 Sayılı Kanun m.9 için de 'özel bir usul olduğu' gerekçesi ile bu özellik kullanılabilecektir.

Kanımızca, 5651 Sayılı Kanun m.9'un, içeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi idari tedbirlerini gerektiren bir kabahat niteliğinde olması gerekmektedir. 'Kişilik haklarını ihlal eden hukuka aykırı içeriğin oluşturulması' kabahat fiilidir. Keza, kabahatler karşılığında uygulanacak yaptırımlar arasında idari tedbir bulunmakta olup, idari tedbir ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirleri de kapsar, sınırlı sayıda değildir. (5326 Sayılı Kabahatler Kanunu m.16/2)

Bunun yanında kabahatlere karar verme yetkisi idarî kurul, makam, kamu görevlilerine aittir, ancak istisnai hallerde Cumhuriyet Savcısı ve Mahkeme'ye kabahatlere karar verme yetkisi verilmiştir. Cumhuriyet Savcısı ve Mahkemenin kabahate karar verme konusundaki istisnai yetkileri suç soruşturması ve kovuşturması kapsamında işlenen fiilin kabahat olduğunun anlaşılması ile sınırlıdır. Ancak Cumhuriyet Savcısına kanunda açık hüküm bulunması halinde kabahat dolayısıyla idari yaptırım kararı

verebilme yetkisi tanınmıştır. Sulh ceza hakiminin kabahate karar verme yetkisinin bulunmadığı görülmektedir.

Bununla birlikte sulh ceza hakiminin buradaki görevi içerikte ilk bakışta kişilik hakkı ihlalinin bulunup bulunmaması olup, koruma tedbirleri dolayısıyla görevlerinden oldukça farklı ve ceza yargılamasından bağımsızdır, bu görevi ise fiilin kabahat olduğunu belirleme olarak kabul edilebilir. Ancak sulh ceza hakiminin burada istisnai olarak idari yaptırıma karar verme yetkisi tanındığı söylenebilirse bile söz konusu yorum 5326 Sayılı Kabahatler Kanunu m.22-24'e aykırı bir yorum olacaktır. Ancak kanımızca, konu, sebep, yetki ve maksat açısından kabahate ve idari yaptırıma uygun olan 5651 Sayılı Kanun m.9, kişi yönünden ise kanuna aykırı ve istisnai bir belirlemenin yapıldığı söylenebilecektir.

Özellikle, kişilik hakkının ihlalinin suç oluşturması halinde doğrudan soruşturma açılmalı ve buna bağlı olarak 5651 Sayılı Kanun m.9'a, ilgili yol koruma tedbirine hakim olan genel ilkelerden ve yargısal güvencelerden uzak olmasına rağmen bir koruma tedbiri olarak başvurulmalıdır, yine hukuk yargısında kişilik haklarının ihlali sebebiyle dava açılması halinde, 5651 Sayılı Kanun m.9'a ihtiyati tedbir olarak başvurulabilecektir. Ancak ilk bakışta ihlal doktrinin işletildiği ve beraberinde bir ceza veya hukuk yargılaması bulunmadığı halde 5651 Sayılı Kanun m.9'a ilişkin içeriğin yayından çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi, kişi yönünden yetkisinin hukuka uygunluğu tartışmalı olmakla beraber kabahat, bunun sonucu verilen kararlar da idari tedbir niteliğinde görülmelidir.

VI- 5651 Sayılı Kanun m.9'un Uyarı Yöntemi Bakımından Değerlendirilmesi

5651 Sayılı Kanun m.9, ifade edildiği üzere, doğrudan içerik sağlayıcıya, buna ulaşılamaması halinde yer sağlayıcıya başvurulması şeklinde bir yönteme yer vermektedir. Bir görüşe göre[30], internette bir içeriğe tam anlamıyla erişim engeli ancak bu yolla sağlanabilecektir. Uyarı yöntemi olarak da bilinen bu yöntem, 5651 Sayılı Kanun m.2/1-r'de tanımlanmıştır. Buna göre, uyarı yöntemi İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişiler tarafından içeriğin yayından çıkarılması amacıyla öncelikle içerik sağlayıcısına, makul sürede sonuç alınamaması hâlinde yer sağlayıcısına iletişim adresleri üzerinden gerçekleştirilecek bildirim yöntemini ifade etmektedir. Bakıldığında, kişilik haklarını ihlal eden hukuka aykırı içerik dolayısıyla içerik sağlayıcıya veya yer sağlayıcıya başvurulması halinde bu kişilerin içeriği yayından çıkarması söz konusudur. Demektir ki, içeriğin kişilik haklarını ihlal edip etmediğine yahut hukuka aykırılık teşkil edip etmediğine içerik sağlayıcı yahut yer sağlayıcı karar verecektir. Bu durumda, doğrudan sulh ceza hakimine başvurma yolunda

[30] Kılınç, Doğan (2016) *5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 9/A Maddesi Çerçevesinde Özel Hayatın Korunması,* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 20, Sayı 2,s. 577 – 624; s.610.

hukuka aykırılık denetimi, ifade özgürlüğüne müdahale dengesi de gözetilerek sulh ceza hâkimi tarafından yapılacakken, içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı gibi hukuk bilgisi bulunmayan kişilerin ifade özgürlüğüne müdahale dengesini gözeteceği söylenemez. Bu yönüyle, içerik sağlayıcı veya yer sağlayıcı adeta ceza yargıcı yerine geçerek kişilik haklarının ihlali denetimini yapmakta ve içeriğin yayından çıkarılması kararını alarak gereğini yerine getirmektedir. Söz konusu uyarı yöntemi Alman Sosyal Ağ Yasası m.3'te öngörülmüştür. Özellikle, Alman Sosyal Ağ Yasası m.3/2-2'de sosyal ağ sağlayıcısı tarafından açıkça hukuka aykırı içeriğin yayından kaldırılması için 24 saat, Alman Sosyal Ağ Yasası m.3/2-3'te hukuka aykırı içeriğin yayından kaldırılması için ise 7 günlük bir süre öngörülmüştür. Bununla birlikte, ilgili yasa, sosyal ağ sağlayıcılarına yönelik olarak sorumluluk yüklemekte olup, Almanya'da yerleşik 2 milyondan fazla kullanıcısı olan sosyal medya platformlarını kapsamaktadır. Söz konusu madde içeriğin kaldırılması için bir mahkeme kararı gerektirmemekte ve bu karar için bir temyiz veya mahkeme mekanizmasına yahut mağdurların bu işleme karşı tazminat talep etmesine imkân sağlamamaktadır.[31] Bakıldığında sosyal ağ sağlayıcılarının açıkça hukuka aykırı içerik ile hukuka aykırı içeriği ayırt etmeleri bakımından ceza yargıcı gibi davranacağı ileri sürülmektedir. Genel olarak, içerikle ilgili düzenlemedeki yasal terimlerin geniş yorumlanmaması, bütün görüşler bakımından açıkça hukuka aykırı kabul edilebilecek nitelikte olması gerektiği, net ve belirsiz bir kavramın yorumunun ve takdir yetkisinin hâkim olmayan özel kişilere verilmesinin yargı gücünü riske atacağı, bu belirsizliğin de Anayasa'ya aykırı olduğu ifade edilmektedir[32][33] .

Dijital Hizmetler Yasası'nda da açıkça hukuka aykırı içerik ayrımı benimsenmiş, açıkça hukuka aykırı içerikten 'herhangi bir maddi analiz olmaksızın, meslekten olmayan bir kişi için içeriğin yasa dışı olması'nın anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. (Dijital Hizmetler Yasası Genel İlkeler m.47)

Bu genel tanım doğrultusunda, Dijital Hizmetler Yasası m.20'de sosyal ağ platformlarına makul bir süre boyunca ve önceden bir uyarıda bulunduktan sonra, açıkça yasa dışı içerik sağlayan hizmet alıcılarının hizmetlerinin sağlanmasını askıya alma yükümlülüğü getirilmiştir. Maddeye göre, söz konusu içeriğin açıkça hukuka aykırı olduğu şikayetinde bulunanların bu haklarını kötüye kullanıp kullanmadığı, özenli bir

[31] Tworek, Heidi,(2019) *An Analysis of Germany's NetzDG Law, e Transatlantic High Level Working Group on Content Moderation Online and Freedom of Expression*,Erişim Adresi : https://www.ivir.nl/publicaties/download/NetzDG_Tworek_Leerssen_April_2019.pdf , Erişim Tarihi : 1.6.2020; s.1-11; s.2-3

[32] Heldt, Amélie (2019) *Reading between the lines and the numbers: an analysis of the first NetzDG Reports,* Internet Policy Review Cilt 8 Sayı 2,s.1-18; s.5-6

[33] Doğan,Aişe Sena, (2020) *Kişilik Hakkının 5651 sayılı Kanun'un 9. Maddesi Kapsamında Korunması,* Bilişim Hukuku Dergisi (2020/2),s.161-162; aynı yönde bknz. Kent,Bülent (2020) *Alman Hukukunda Sosyal Ağların Düzenlenmesi ve Alman Sosyal Ağ Kanunu,* Bilişim Hukuku Dergisi (2020/1), s. 1-46, s.32

şekilde, objektif olarak ve sosyal medya platformunda açıkça görülen gerçeklere ve belirli şartların sağlanmasına dayalı olarak belirlenecektir.

Bununla birlikte, uyarı yöntemine sosyal ağ platformlarında yer verilmesi zorunlu hale getirilmiş olup, uyarı yönteminde içeriğin neden yasadışı olduğuna dair nedenlerin açıklanması, ayrıca uyarı yöntemini kullanan şikayetçi gerçek veya tüzel kişilerin iyi niyetini teyit eden bir beyanın bulunması ve içeriği yayından çıkarılan kişiye karara karşı tanzim olanaklarının bildirilmesi gerekmektedir (Dijital Hizmetler Yasası m.14).

5651 Sayılı Kanun m.9'da ise uyarı yönteminde sorumluluğun içerik sağlayıcı veya yer sağlayıcı üzerinde olduğu açıktır. Her ne kadar sosyal ağ sağlayıcısının da sorumlu olduğu çünkü yer sağlayıcısı konumunda olduğu doktrinde ifade edilse de 5651 Sayılı Kanun m.9'da böyle bir belirleme yoktur[34]. Ancak sosyal ağ sağlayıcının yer sağlayıcı olarak yorumlanması ve sorumlu tutulması ikincil bir yorum olsa da hakkaniyete uygundur. Kaldı ki, 5651 Sayılı Kanun Ek Madde 4/6'da sosyal ağ sağlayıcının m.9'a göre kişilik hakları ihlal edilenler tarafından yapılacak başvurulara, başvurudan itibaren en geç kırk sekiz saat içinde olumlu ya da olumsuz cevap vereceği, olumsuz cevapların gerekçeli olacağı ortaya konmuştur.

Ancak asıl sorun, sosyal ağ sağlayıcılarının yanında içerik ve yer sağlayıcıların da sorumlu kılınmasıdır. Keza sosyal ağ sağlayıcı ve bunların uyarı yöntemi mekanizmaları, hukuka aykırı içerik hakkında uzmanlaşmıştır. Ancak içerik sağlayıcı yahut sosyal ağ sağlayıcısı olmayan yer sağlayıcı açısından bu uzmanlaşmadan bahsedilemeyeceği gibi, içerik sağlayıcıdan kendi ifade özgürlüğünü kısıtlaması istenmektedir. Bu ise her halükarda objektif bir değerlendirme olmaz.

Bir başka konu ise 5651 Sayılı Kanun m.9'a göre uyarı yönteminin işletilmesi halinde, özellikle içerik sağlayıcıya ulaşılamaması ve yer sağlayıcıya ulaşılması halinde, bu şahıslara tazmin olanakları da bildirilmemektedir. Bakıldığında içerik sağlayıcıya ulaşılamaması halinde yer sağlayıcı hukuka aykırı içeriği yayından çıkardığı takdirde, içerik sağlayıcının ilgili karara karşı itiraz yolundan yahut tazmin olanağından haberdar edilmesi, bunun yanında içeriğin neden hukuka aykırı olduğunun ve sebeplerinin bildirilmesi söz konusu değildir. Keza, 5651 Sayılı Kanun m.9 geçicilikten de uzak olduğu için Dijital Hizmetler Yasası m.20'deki makul sürede bu tedbire başvurulması şartı da karşılanmayacaktır.

SONUÇ

5651 Sayılı Kanun m.9 ile kişilik hakkı ihlaline sebebiyet veren hukuka aykırı içeriğe karşı uyarı yöntemi ve doğrudan sulh ceza hakimine başvurma yöntemi olarak iki seçenek sunulmuştur. Doğrudan sulh ceza hakimine başvurma usulünün hukuki niteliği kanımızca koruma tedbiri yahut ihtiyati tedbir olmaktan uzaktır. Ancak kanımızca, ilgili

[34] Doğan, Aişe Sena, (2020) *Kişilik Hakkının 5651 sayılı Kanun'un 9. Maddesi Kapsamında Korunması,* Bilişim Hukuku Dergisi (2020/2),s.161-162;s.156

hükmün hukuki niteliği özel ve istisnai bir usul olup, bir ceza yargılaması kapsamında yargısal ilke ve güvencelerden uzak, yeniden kanuni düzenleme yapılmasına muhtaç bir koruma tedbiri, bir hukuk yargısı mevcudiyetinde ihtiyati tedbir, bunlardan bağımsız bu yönteme başvurulması halinde ise idari tedbir yaptırıma muhatap bir kabahattir. Bu noktada, uyarı yöntemi ise Dijital Hizmetler Yasası'nda sosyal ağ sağlayıcılarına yönelik getirilmiş, içeriğin yayından çıkarılması usulü olup, 5651 Sayılı Kanun m.9'daki uyarı yönteminde sosyal ağ kullanıcılarının zikredilmemesi, asıl sorumluluğun içerik veya yer sağlayıcılar için öngörülmesi kanaatimizce yanlıştır. Bununla birlikte, uyarı yöntemi ile ifade özgürlüğü kısıtlanırken mutlaka nedenleri açıklanarak içerik sağlayıcıya bildirilmeli, buna karşı kanun yolları yahut tazmin olanakları da bu bildirimde belirtilmelidir.

KAYNAKÇA

Aydın, Devrim (2006) Ceza Muhakemesi Kanunu'nda İtiraz, TBB Dergisi, Sayı 65,2006, s.61-72

Birtek, Fatih (2020) Ceza Muhakemesinde Kısmi Kesinleşme, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Cilt 26, Sayı 2, Aralık 2020, s. 571-607

Çınar, İsmail (2021) 5651 Sayılı Kanun Çerçevesinde Koruma Tedbiri Olarak 'İnternet Ortamında Yapılan Yayınlarda İçeriğin Çıkarılması ve/veya Erişimin Engellenmesi, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 8, Sayı 1, s. 63–96

Doğan, Aişe Sena, (2020) Kişilik Hakkının 5651 sayılı Kanun'un 9. Maddesi Kapsamında Korunması, Bilişim Hukuku Dergisi (2020/2), s.161-162

Durnagöl, Yasemin (2011) 5651 Sayılı Kanun Kapsamında İnternet Aktörlerine Getirilen Yükümlülükler İle İdari ve Cezai Yaptırımlar, TAAD, Cilt:2, Yıl:2, Sayı:4 (20 Ocak 2011),s.375-416

Dülger, Murat Volkan (2020) Bilişim Suçları Ve İnternet İletişim Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara

Gözler, Kemal (2014) Kişilik Haklarını İhlal Eden İnternet Yayınlarının Kaldırılması Usûlü ve İfade Hürriyeti 5651 Sayılı Kanunun 9'uncu Maddesinin İfade Hürriyeti Açısından Değerlendirilmesi, Rona Aybay'a Armağan, Legal, c.I, s.1059-1120

Heldt, Amélie (2019) Reading between the lines and the numbers: an analysis of the first NetzDG Reports, Internet Policy Review Cilt 8 Sayı 2,s.1-18

Karakaya, Süheyl,(2020), (2018) 5651 Sayılı Kanun'un 9. Maddesi ve Erişimin Engellenmesi: Koyun Postunda Kurt Hükmü ,TBB Dergisi 2018 (137),s. 97-132

Kent, Bülent (2020) Alman Hukukunda Sosyal Ağların Düzenlenmesi ve Alman Sosyal Ağ Kanunu, Bilişim Hukuku Dergisi (2020/1), s. 1-46

Kılınç, Doğan (2016) 5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 9/A Maddesi Çerçevesinde Özel Hayatın Korunması, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 20, Sayı 2,s. 577 – 624

Kunter, Nurullah (1968) Tehlike Tedbiri Genel Teorisi ve Para Cezaları İçin İcrai ve İhtiyati Haciz, Cilt 34, Sayı 1-4, 14.07.2011,s.17-41

Kunter, Nurullah (1989) Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.,İstanbul

Şahin, Cumhur/Göktürk, Neslihan (2021) Ceza Muhakemesi Hukuku I,Seçkin Yayıncılık, Ankara

Tworek, Heidi,(2019) An Analysis of Germany's NetzDG Law, e Transatlantic High Level Working Group on Content Moderation Online and Freedom of Expression, Erişim Adresi: https://www.ivir.nl/publicaties/download/NetzDG_Tworek_Leerssen_April_2019.pdf, Erişim Tarihi : 25.07.2022

Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe (2020) Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık,Ankara

EL YAZILI VASİYETNAMEDE DÜZENLENME TARİHİNİN EKSİK VEYA HATALI OLMASI

Ayşegül Dörttepe Okutan *

Özet

Vasiyetnamelerin yapılması, Türk Medeni Kanunu (TMK) uyarınca sıkı şekil şartlarına bağlanmıştır. Bu noktada, el yazılı vasiyetnamenin geçerlilik şartlarından biri düzenlenme tarihinin belirtilmesidir (TMK m. 538/I). Vasiyetçi, kendi el yazısıyla vasiyetnamenin düzenlenme tarihini yazmamışsa, bu ölüme bağlı tasarruf, kanunda öngörülen şekil şartlarını taşımadığı gerekçesiyle iptal edilebilir (TMK m. 557/b.4).

Vasiyetnamenin düzenlenme tarihinin belirtilmesi, vasiyetçinin vasiyet yapma ehliyetinin bulunup bulunmadığını tespit etmek açısından önemlidir. Zira, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf yapma ehliyetinin olmadığı iddiası, el yazılı vasiyetnamenin düzenlendiği tarih nazara alınarak değerlendirilir. El yazılı vasiyetnamenin düzenlenme tarihinin belirtilmiş olmasının bir diğer önemi ise, mirasbırakanın birden fazla vasiyetname yapması ihtimalinde ortaya çıkar. Mirasbırakan, birbiriyle bağdaşmayan vasiyetnameler yapmış olması halinde, bunlardan sonraki tarihli olan öncekinin yerini alır (TMK m. 544/I). Bu nedenle, el yazılı vasiyetnamenin düzenlenme tarihi, hangi vasiyetnamenin öncelik taşıdığının belirlenmesinde rol oynar. Bunlardan başka, düzenlenme tarihinin, vasiyetnamenin yorumlanması açısından da önem taşıdığı kabul edilmektedir.

El yazılı vasiyetnamenin düzenlendiği tarih, vasiyetçinin vasiyetname yapma ehliyetinin varlığı ya da birden fazla vasiyetname olması hallerinde öncelik verilmesi gereken vasiyetnamenin tespiti gibi uyuşmazlıkların çözümünde belirleyici olduğundan, eksik veya hatalı olması ve ayrıca vasiyetnamenin içeriğinden de düzenlenme tarihinin belirlenememesi, vasiyetnamenin iptal edilebilmesine yol açar. Fakat; vasiyetnamenin düzenlenme tarihinin, başkaca nedenlerle vasiyetnamenin geçersiz olduğuna ilişkin uyuşmazlığın çözümünde dayanak oluşturmaması ve buna rağmen sırf düzenlenme tarihindeki eksiklik veya hatanın, el yazılı vasiyetnamenin iptaline sebebiyet vermesi, mirasbırakanın son arzularının yerine getirilmesini engeller. Bu kapsamda, tarafımızca, el yazılı vasiyetnamede, düzenlenme tarihinin hangi hallerde önem taşıdığı, bu yöndeki eksikliğin veya hatanın ne zaman vasiyetnamenin geçersizliğine yol açtığı ve bu durumun yarattığı sorunlar, Türk Medeni Kanunu'ndan farklılık arz eden İsviçre Medeni Kanunu'nın (İMK) 520*a* maddesi ile karşılaştırmalı olarak ele alınıp tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: El yazılı vasiyetname, ölüme bağlı tasarruf, vasiyetnamenin geçersizliği

* Antalya Bilim Üniversitesi, ORCID ID: 0000-0001-5890-182X.

GİRİŞ

Mirasbırakan, ölümünden sonra hüküm doğurmasını istediği emirlerini ve arzularını, miras sözleşmesi ve vasiyetname tanzim ederek gerçekleştirebilir. Bu kapsamda vasiyetname, resmi şekilde, el yazılı veya olağanüstü hallerin varlığında sözlü olarak düzenlenebilir. Resmi vasiyetnameler, resmi memur önünde iki tanığın katılmasıyla gerçekleştirilir. El yazılı vasiyetnameler ise vasiyetçi tarafından tek başına düzenlenebilir. Bu bağlamda, resmi vasiyetnamelere göre daha kolay tanzim olunur. Ayrıca, resmi vasiyetnamelere nazaran masrafsız ve kimseyle paylaşılmasına gerek olunmaması, el yazılı vasiyetnameleri daha cazip hale getirir. El yazılı vasiyetnameler her ne kadar resmi vasiyetnamelere göre daha kolay ve masrafsız olsa da geçerliliği, kanunun aradığı sıkı şekil şartlarına uygun olmasına bağlıdır.

TMK m. 538/I uyarınca, el yazılı vasiyetnameler başından sonuna kadar, imza ve düzenlenme tarihi de dahil olmak üzere vasiyetçinin el yazısıyla yazılmış olması gerekir. Görüldüğü üzere, vasiyetnamenin düzenlenme tarihi, el yazılı vasiyetnamede bulunması gereken şekil şartları arasında yer almaktadır. Tarihin, vasiyetçinin el yazısıyla, hiçbir aksi yoruma mahal vermeyen şekilde takvimde gösterildiği gibi yazılması, uyuşmazlık doğurmaz ve geçerlilik unsurlarından birinin eksikliği nedeniyle TMK m. 557/I uyarınca nedeniyle vasiyetnamenin iptaline sebep oluşturmaz. Ancak, tarihin farklı şekillerde metnin içerisinde, başında, sonunda yer alması; kanunda öngörülen şekilde gün, ay ve yıl olarak değil de kısmen bu unsurları barındırması veya hiç yazılmaması, bir kısmının el yazısı bir kısmınınsa mekanik olarak vasiyetname içinde yer alması, eksik olan veya vasiyetname içerisinde tam olarak yer alsa bile gerçeği yansıtmayan tarihin doğrusunun, vasiyetname içi veya dışı olgularda tespit edilmesi hallerinde, vasiyetnamenin geçersiz kılınmasının engellenmesinin mümkün olup olmadığı sorunları karşısında doktrinde fikir birliği bulunmamaktadır. İsviçre Medeni Kanunu'nda ise konuya farklı yaklaşan bir kanun düzenlemesi bulunmaktadır.

Belirtilen bu sorunlar karşısında çalışmamızda, el yazılı vasiyetnamenin düzenlenme tarihinin yazılmamış olması, kanunda ifade edilen gün, ay veya yıl unsurlarını bütünüyle barındırmaması ya da tarihin hatalı yazılması hallerinde, vasiyetnamenin her durumda iptal edilmesine olanak verilmesine gerek olup olmadığı değerlendirilmektedir. Bu kapsamda öncelikle el yazılı vasiyetnamelerin ölüme bağlı tasarruflar arasındaki yeri ve önemine, geçerlilik şartlarına, düzenlenme tarihinin el yazılı vasiyetnameler açısından önemine, eksik ve hatalı olmasının ne anlama geldiğine dair açıklamalara ve öğretideki farklı görüşlere yer verilmiştir. Son olarak İsviçre Medeni Kanunu'nda el yazılı vasiyetnamenin geçerliliği için aranan şartlara değinilmiştir. Zira, İsviçre Medeni Kanunu'nda vasiyetnamenin düzenlenme tarihinin eksik veya hatalı olduğu her halde, vasiyetnamenin iptali mümkün değildir. Bu nedenle, tarafımızca

İsviçre'deki kanun koyucunun konuya yaklaşımından bahsedilerek konuya ilişkin tespit ve görüşlerimiz bildirilmiştir.

I. GENEL OLARAK EL YAZILI VASİYETNAME

A. EL YAZILI VASİYETNAMELERİN ŞEKLİ ANLAMDA ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLAR ARASINDAKİ YERİ VE ÖNEMİ

Şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflar, vasiyetname ve miras sözleşmesi olmak üzere iki türlüdür. Mirasbırakan, ölümünden sonra hüküm ve sonuç doğurmasını arzuladığı iradesini vasiyetname veya miras sözleşmesi dışında başkaca bir hukuki işlemle gerçekleştiremez. Zira, burada ayni haklarda olduğu gibi *numarus clausus* ilkesi kabul edilmiştir. Bu bağlamda, miras sözleşmesi, iki taraflı bir hukuki işlemdir. Bunun bir sonucu olarak, miras sözleşmesinden tek taraflı rücu edilemez. Vasiyetname ise tek taraflı bir hukuki işlemdir. Vasiyetnamede yalnızca vasiyetçinin iradesi önem taşır, bu nedenle vasiyetçi vasiyetnamesini her zaman değiştirebilir, yok edebilir ya da vasiyetnamesinden rücu edebilir[1].

Şekli anlamdaki ölüme bağlı tasarruflardan olan vasiyetnameler el yazılı vasiyetname, resmi vasiyetname ve sözlü vasiyetname olmak üzere üç şekilde tanzim edilebilir. El yazılı vasiyetnameye ve resmi vasiyetnameye her zaman başvurulabilir; fakat sözlü vasiyetname istisnai nitelik taşıdığından ancak olağanüstü hallerde yapılır[2].

El yazılı vasiyetname, olağan vasiyetname türlerinden biridir. Sözlü vasiyetnamede olduğu gibi tanzim edilmesi için olağanüstü bir halin geçekleşmesi gerekmez. Vasiyetçi el yazılı vasiyetnamesini istediği zaman, tek başına düzenleyebilir. El yazılı vasiyetnamenin tanzim edilmesi aşamasında resmi bir memurun katılmasına dahi gerek yoktur[3]. Vasiyetçi tarafından tek başına ve herhangi bir masraf, bedel ödenmeksizin tanzim edilebilmesi ve üzerinde değişiklik yapılabilmesi, el yazılı vasiyetnamenin kolayca düzenlenmesini sağlar. Ayrıca, vasiyetçi, el yazılı vasiyetname

[1] Dural, M. (1967). El yazılı vasiyetname. İstanbul: Cezaevi Matbaası, s. 2-3; İmre, Z. ve Erman, H. (2017). Miras Hukuku. İstanbul: Der Yayınları, s. 55-56.

[2] İmre ve Erman, s. 70; Akkanat, H. (2001). El yazısı ile vasiyetnamede vasiyetname metninin özellikleri. Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, C. II, s. 799.

[3] Gönensay, S. ve Birsen, K. (1963). Miras Hukuku. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, s. 106; Ayiter, N. (1974). Miras Hukuku. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 44; İmre ve Erman, s. 71; İnan, A.N. ve Ertaş, Ş. ve Albaş, H. (2012). Miras Hukuku. İzmir: İleri Yayıncılık, s. 174; Ayan, M. (2016). Miras Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 107.

ile son arzularını gizli tutabilir[4]. Düzenlenen vasiyetnamelerin ise yaklaşık yüzde doksanının el yazılı vasiyetname olduğu tahmin edilmektedir[5].

B. GEÇERLİLİK ŞARTLARI

El yazılı vasiyetnamenin tanzimi, diğer olağan vasiyetname türü olan resmi vasiyetnameye göre daha kolaydır. Fakat, el yazılı vasiyetnamenin geçerliliği konusunda kanun koyucu TMK m. 538/I'de sıkı şekil şartları öngörmüştür. Genel olarak ölüme bağlı tasarrufların sıkı şekil şartlarına tabi tutulmasındaki amaç, vasiyetçinin son arzularının kesin olarak anlaşılmasını, vasiyetnamenin gerçekliğini ve tahrif edilmemesini sağlamak, vasiyetname projesiyle gerçek vasiyetnameyi birbirinden ayırmak ve son olarak vasiyetçinin vasiyetnamesini düzenlerken düşünmesine imkân tanımak ve acele karar vermesini engellemektir[6]. Bu bağlamda, el yazılı vasiyetnamenin geçerlilik şartları kanunda şu şekilde düzenlenmiştir: vasiyetnamenin başından sonuna kadar vasiyetçinin el yazısıyla yazılmış olması; vasiyetçinin, ölüme bağlı tasarruf yapma iradesinin, amacının bulunması *(animus testandi)*; vasiyetçinin el yazısıyla vasiyetnameye imzasını atması, günü, ayı ve yılı belirten tarihin vasiyetçinin el yazısıyla yazılmış olmasıdır[7].

Bunların haricinde, TMK m. 538/II'de el yazılı vasiyetnamenin saklanmak üzere notere, sulh hakimine veya yetkili memura bırakılmasının mümkün olduğu ifade edilmiştir. El yazılı vasiyetnamenin resmi mercie bırakılması, vasiyetçinin kendi takdirindedir; zira bu hüküm emredici değildir. Bir başka anlatımla, düzenlenen el yazılı vasiyetnamenin, vasiyetçi tarafından resmi mercie tevdi edilmemesi, iptali için gerekçe oluşturmaz[8]. Ancak, TMK m. 538/I'de yer alan şartların gerçekleşmemesi vasiyetnamenin iptali sebebidir.

II. EL YAZILI VASİYETNAMEDE DÜZENLENME TARİHİ VE ÖNEMİ

Vasiyetnamelerin yapılması, Türk Medeni Kanunu uyarınca sıkı şekil şartlarına bağlanmıştır. Bu noktada, el yazılı vasiyetnamenin geçerlilik şartlarından biri de yukarıda değinildiği üzere, düzenlenme tarihinin belirtilmesidir (TMK m. 538/I). Vasiyetçi, kendi el yazısıyla vasiyetnamenin düzenlenme tarihini yazmamışsa, bu ölüme bağlı tasarruf, kanunun lafzı dikkate alındığında, kanunda öngörülen şekil şartlarını taşımadığı gerekçesiyle iptal edilebilir (TMK m. 557/I-b.4). Dolayısıyla, düzenlenme tarihinin ne

---

[4] Gönensay ve Birsen, s. 106-107; Oğuzman, K.M. (1972). Miras Hukuku dersleri. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, s. 120; Köprülü, B. (1975-1976). Miras Hukuku dersleri. İstanbul: Fakülteler Matbaası, s. 136; Dural, M. ve Öz, T. (2021). Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi, N. 372-374; Steinauer, P.H. (2015). Le Droit des Succession. Berne: Stämpfli Editions, N. 686; Öztan, B. (2021). Miras Hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları, 189-190; Gönen, D. (2007). El yazılı vasiyetname. İstanbul: Legal Yayıncılık, s. 41-42; İnan ve Ertaş ve Albaş, s. 174; Kılıçoğlu, A. (2021). Miras Hukuku. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 110; Antalya, G. (2019). Miras Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, N. 455; Ayan, s. 107; Leuba, A. (2016). Commantaire Romand, Code Civil II, Art. 505. Bale: Helbing Lichtenhahn, N. 2.

[5] Steinauer, N. 686.

[6] Dural, s. 3-4.

[7] İmre ve Erman, s. 72 vd; Öztan, s. 190; Ayan, s. 108-110. 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 485. maddesinde el yazılı vasiyetnamenin geçerlilik şartları arasında, bu sayılanlara ek olarak düzenlenme yeri de bulunmaktaydı.

[8] İmre ve Erman, s. 80.

şekilde yer alması gerektiğinin belirlenmesi önem arz eder. Vasiyetname içerisinde düzenlenme tarihine ilişkin belirtilen hususların, vasiyetnamenin geçerliliğine etki edip etmeyeceğini ve düzenlenme tarihinin işlevini anlamak için de öncelikle düzenlenme tarihinin önemini tespit etmek gerekir.

El yazılı vasiyetnamede, düzenlenme tarihinin bulunmasının faydaları mevcuttur. Örneğin, vasiyetnamenin düzenlenme tarihinin belirtilmesi, vasiyetçinin vasiyet yapma ehliyetinin bulunup bulunmadığını tespit etmek açısından önemlidir[9]. Vasiyetname yapma ehliyeti, TMK m. 502'de düzenlenmiştir. Buna göre, vasiyet yapabilmek için vasiyetçinin ayırt etme gücüne sahip olması ve on beş yaşını doldurmuş olması gerekir. Mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf yapma ehliyetinin olmadığı iddiası, el yazılı vasiyetnamenin düzenlendiği tarih nazara alınarak değerlendirilebilir. Vasiyetname içerisinde düzenlenme tarihinin kanunda belirtildiği gibi gün, ay ve yıl olarak belirtilmesi, vasiyetçinin ehliyetinin kesin olarak belirlenmesinde her zaman tek etmen değildir. Zira, bir kişinin ayırt etme gücüne sahip olduğunun tespiti için saatlerin ve hatta dakikaların bile kimi zaman önem kazandığı kabul edilmektedir. Buna karşın, vasiyetçinin başkaca nedenlerle ayırt etme gücüne sahip olduğu noktasında şüphe yoksa, bazı hallerde, yalnızca düzenlenme tarihi olarak yılın belirtilmesi, kişinin on beş yaşını doldurmuş olduğunun kesin göstergesi olur. Bunun bir sonucu olarak, vasiyetnamenin düzenlenme tarihi kapsamında gün ve ayın belirtilmemiş olmasının, vasiyetçinin ehliyetinin tespitinde bir etkisi olmaz[10].

El yazılı vasiyetnamenin düzenlenme tarihinin belirtilmiş olmasının bir diğer önemi ise, mirasbırakanın birden fazla vasiyetname yapması ihtimalinde ortaya çıkar. Mirasbırakan, birbiriyle bağdaşmayan vasiyetnameler yapmış olması halinde, bunlardan sonraki tarihli olan öncekinin yerini alır (TMK m. 544/I). Bu nedenle, el yazılı vasiyetnamenin düzenlenme tarihi, hangi vasiyetnamenin öncelik taşıdığının belirlenmesinde etkilidir[11]. Bu noktada, kimi zaman yalnızca vasiyetnamenin düzenlendiği yılın belirtilmesi yeterli olur. Fakat, bazı hallerde, vasiyetnameler arasındaki önceliğin belirlenmesinde gün, ay ve yılın ve hatta saatlerin bile ayrıntılı olarak

[9] Gönensay ve Birsen, s. 108; Eren, F. (1966). Türk Medeni Hukukunda ölüme bağlı tasarrufların iptali davası. Ankara: Yargıçoğlu Matbaası, s. 71; Dural, s. 34; Oğuzman, s. 123; Ayiter, s. 46; Köprülü, s. 139; Berki, Ş. (1975). Miras Hukuku. Ankara: Sevinç Matbaası, s. 77; Dural ve Öz, N. 406; İmre ve Erman, s. 76; Serozan, R. ve Engin, B.İ. (2021). Miras Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, N.85; İnan ve Ertaş ve Albaş, s. 180; Öztan, s. 193; Steinauer, N. 696; Bağcı, Ö. (2006). El yazısı ile vasiyetnamede düzenleme yeri ve tarihi. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul, s. 58; Gönen, s. 75; Kılıçoğlu, s. 113; Antalya, N. 471; Ayan, s. 109; Eren F. ve Yücer Aktürk, İ. (2021). Türk Miras Hukuku. 2021: Yetkin Yayınları, N. 333; Çakır, A. C. (2014). El yazılı vasiyetnamede düzenleme tarihi. Legal Hukuk Dergisi, C. 12, S. 136, s. 108.

[10] Bağcı, s. 59-62.

[11] Gönensay ve Birsen, s. 109; Eren, s. 71; Dural, s. 34; Oğuzman, s. 123; Ayiter, s. 10; Köprülü, s. 139; Berki, s. 77; Tekinay, S. S. (1995). El yazısı ile vasiyetnamede yer ve tarih unsurlarının doğruluğu sorunu. Reha Poroy'a Armağan, s. 380; Dural ve Öz, N. 407; İmre ve Erman, s. 76; Serozan ve Engin, N.85; İnan ve Ertaş ve Albaş, s. 180; Öztan, s. 193; Steinauer, N. 696; Bağcı, s. 58; Gönen, s. 75-76; Kılıçoğlu, s. 113; Antalya, N. 471; Ayan, s. 109; Eren ve Yücer, N. 333; Çakır, s. 108.

belirtilmesi gerekir[12]. Bunlardan başka, düzenlenme tarihinin, vasiyetnamenin yorumlanması açısından da önem taşıdığı kabul edilmektedir[13].

El yazılı vasiyetnamenin düzenlendiği tarih, vasiyetçinin vasiyetname yapma ehliyetinin varlığı ya da birden fazla vasiyetname olması hallerinde öncelik verilmesi gereken vasiyetnamenin tespiti gibi uyuşmazlıkların çözümünde belirleyici olduğundan, eksik veya hatalı olması ve ayrıca vasiyetnamenin içeriğinden de düzenlenme tarihinin belirlenememesi, vasiyetnamenin iptal edilmesine yol açar. Ancak, vasiyetnamenin geçerliliğine etki eden bir neden öne sürülmemişse veya vasiyetnamenin geçerliliğini etkileyecek olan iddianın gerçekliğinin belirlenmesinde düzenlenme tarihinin bir rolü yoksa, salt tarihin eksik veya hatalı olması nedeniyle vasiyetnamenin iptal edilmesi, vasiyetçinin son arzularının gerçekleşmesini engeller. Özellikle vasiyetçinin tek bir vasiyetnamesinin olduğu haller açısından bu durum eleştirilmiştir[14].

III. DÜZENLENME TARİHİNİN EKSİK VEYA HATALI OLMASI VE BUNUN SONUCU

A. EL YAZILI VASİYETNAMEDE DÜZENLENME TARİHİNİN BELİRTİLME ŞEKİLLERİ VE YORUMU

TMK m. 538/I'de yer alan *"El yazılı vasiyetnamenin yapıldığı yıl, ay ve gün gösterilerek başından sonuna kadar mirasbırakanın el yazısıyla yazılmış ve imzalanmış olması zorunludur"* şeklindeki hükmün lafzından, vasiyetnamenin geçerli olabilmesi için düzenlenme tarihinin gün, ay ve yıl olarak belirtilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Bu kapsamda, vasiyetnamenin düzenlenme tarihine ilişkin gün, ay ve yıl unsurlarından biri ya da birkaçının veya tamamının belirtilmemesi düzenlenme tarihinde eksiklik; bu unsurlar belirtilmekle beraber esas tarihi yansıtmaması halinde ise düzenlenme tarihinde hata söz konusu olur. Bazı hallerde, vasiyetnamenin düzenlenme tarihi gün, ay ve yıl olarak açıkça belirtilmese de metnin içerisinden tarihin anlaşılması mümkündür. Doktrinde, vasiyetname içerisinde düzenlenme tarihinin mutlaka takvimde yazıldığı şekilde yer alması gerekliliğinin olmadığı[15], düzenlenme tarihi metnin içinde kesin olarak anlaşılabilen bir tarihe atıf yapılması durumunda vasiyetnamede düzenlenme tarihinin bulunduğu ve düzenlenme tarihinin eksikliği nedeniyle iptal sebebi oluşmadığı kabul edilmiştir[16]. Örneğin, vasiyetnamenin içeriğinde, vasiyetçinin kullanmış olduğu Kurban Bayramının üçüncü günü[17], "evlendiğim gün" "annemin öldüğü gün" şeklindeki ifadelerden, düzenlenme tarihi açıkça anlaşılıp tespit edilebildiği ölçüde, şekil şartının

[12] Bağcı, s. 62-64.
[13] Serozan ve Engin, N.85; Çakır, s. 109-110.
[14] Öztan, s. 194; Turan, G. (2009). Ölüme bağlı tasarrufların hükümsüzlüğü. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 13.
[15] Gönensay ve Birsen, s. 109; Dural ve Öz, N. 400; Çakır, s. 110.
[16] Dural, s. 33; Dural ve Öz, N. 400; İmre ve Erman, s. 77; İnan ve Ertaş ve Albaş, s. 180; Eren ve Yücer, N. 332; Bağcı, s. 66; Leuba, CR CC II, Art. 505, N. 16; Çakır, s. 110-111.
[17] İmre ve Erman, s. 77.

yerine getirilmiş olduğu kabul edilmektedir[18]. Benzer şekilde, vasiyetnamenin düzenlenme tarihine ilişkin bilinen kısaltmaların kullanılması da tarihin eksik olduğunu göstermez[19].

Düzenlenme tarihinin, vasiyetnamenin neresinde belirtilmesi gerektiğine ilişkin kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bir başka anlatımla, düzenlenme tarihinin vasiyetnamenin başında ya da sonunda belirtilmesi gerektiğine dair bir kural yoktur. Tarihin, vasiyetnamenin başında, sonunda ve hatta vasiyetçinin imzasından sonra dahi belirtilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir[20]. Fakat, tarihin vasiyetnamenin sonunda belirtilmesinin daha ihtiyatlı olduğu öğretide[21] belirtilmiştir. Benzer şekilde, vasiyetnamede tek bir tarihin olduğu ve bunun da vasiyetname metninin ortasında yer aldığı ihtimalde, bu tarihin, sonraki beyanları kapsayıp kapsamadığı noktasında ciddi şüphe bulunduğu ve ancak vasiyetname metni içerisinde devamlılığın olması halinde tek bir tarihin kabul edilmesinin mümkün olduğu öğretide ileri sürülmüştür[22]. Hatta, düzenlenme tarihi, vasiyetnamenin konduğu zarfın üzerine atılmışsa, zarfın el yazılı vasiyetname ile bütünlük taşıması kaydıyla düzenlenme tarihinin geçerli kabul edilmesi gerektiği doktrinde[23] ifade edilmiştir. Buna karşılık, tarihin mutlaka vasiyetnamenin yazıldığı kâğıtta yer alması gerektiği[24], vasiyetnamenin konduğu zarfın üzerinde bulunmasının uygun olmadığı[25] da öğretide savunulmuştur.

Vasiyetçinin, vasiyetnamesini birden fazla günde yazmış olması ihtimalinde, vasiyetnamenin tanzim edildiği her bir gün için ayrı ayrı tarih atılmasının gerekli olup olmadığı doktrinde tartışılmıştır. Bu ihtimalde, vasiyetnamenin yazıldığı bölümlere, ilgili günün tarihi atılabilir. Bununla birlikte, vasiyetnamenin bitirildiği günün tarihinin de tek bir tarih olarak vasiyetname içerisinde yer alabileceği kabul edilmiştir[26]. Fakat, vasiyetçi tarafından vasiyetname tanzim edildikten sonra eklemelerde bulunulması halinde, açıklama niteliğindeki eklemeler hariç olmak üzere, sonraki tarihli eklemelerin yeni bir tasarruf niteliği taşıdığından bahisle, eklenen bölümlere dair düzenlenme tarihinin vasiyetnamede yer alması gerektiği, aksi durumda bu eklemelerin ne zaman yapıldığı da ispat edilmediği sürece iptal edilmesinin mümkün olduğu savunulmuştur[27].

[18] Benzer örnekler için bkz. Dural, s. 33; Oğuzman, s. 124; Ayiter, s. 46; Köprülü, s. 139; Bağcı, s. 66-68; Gönen, s. 76-77.
[19] Dural, s. 33; Gönen, s. 78.
[20] Oğuzman, s. 124; Köprülü, s. 139; Dural ve Öz, N. 420; Leuba, CR CC II, Art. 505, N. 16; Steinauer, N. 696a; Çakır, s. 115.
[21] Eren, s. 71; Eren ve Yücer, N. 334.
[22] Gönen, s. 81.
[23] Dural, s. 66; Dural ve Öz, N. 420; Gönen, s. 81; Leuba, CR CC II, Art. 505, N. 16; Çakır, s. 116.
[24] İmre ve Erman, s. 78.
[25] Steinauer, N. 696a.
[26] Dural, s. 43; Oğuzman, s. 124; İmre ve Erman, s. 78; Öztan, s. 194; İnan ve Ertaş ve Albaş, s. 180; Turan, s. 14; Eren ve Yücer, N. 340; Çakır, s. 111.
[27] Eren, s, 74; Köprülü, s. 142; İmre ve Erman, s. 78; Eren ve Yücer, N. 341; Çakır, s. 112.

B. DÜZENLENME TARİHİNİN BÜTÜNEN VEYA KISMEN KANUNDA BELİRTİLEN UNSURLARI TAŞIMAMASI

TMK m. 538/I uyarınca, vasiyetnamenin düzenlenme tarihinin gün, ay ve yıl olarak vasiyetçinin el yazısıyla belirtilmesi gerekir. Gün, ay ve yıl unsurlarından birinin, birkaçının veya tamamının belirtilmemesi ise düzenlenme tarihinin eksik olduğunu gösterir[28]. Ancak, yukarıda da ifade edildiği üzere, vasiyetname metninin içeriğinden düzenlenme tarihinin gün, ay ve yıl olarak belirlenmesi mümkünse, açıkça günün, ayın veya yılın belirtilmemiş olması eksiklik olarak kabul edilmez[29]. Bununla birlikte, vasiyetnamenin düzenlenme saatinin de belirtilmesi şartı bulunmamaktadır[30].

Vasiyetnamenin düzenlenme tarihinin eksik olması halinde, kanunun lafzı dikkate alındığında, vasiyetname, TMK m. 557/I-b.4 uyarınca iptal edilebilir. Fakat, doktrinde eksik olan düzenlenme tarihinin vasiyetnamenin akıbetine etkisi konusunda farklı görüşler savunulmaktadır. Şöyle ki, öğretide, düzenlenme tarihinin her bir durum açısında vasiyetname içi veya dışı olgulara dayanılarak tespit edilmesinin mümkün olup olmaması hususunun, vasiyetnamenin geçerliliğine etki ettiği konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Örneğin, vasiyetçi, el yazılı vasiyetnamesinde düzenlenme tarihini, gün ve ay olarak belirtmiş olabilir. Bunun haricinde, yalnızca düzenleme yılı da vasiyetname içinde yer alabilir. Bu hallerde, düzenlenme tarihi kısmen eksiktir[31]. Kanunun lafzı dikkate alınırsa, kısmi eksiklik vasiyetnamenin iptalini gerektirir. Ancak bu yorum vasiyetçinin arzularının yerine getirilmesine engel teşkil edeceğinden şekilci davranılması bazı sakıncalar da doğurabilir. Konuya ilişkin olarak doktrinde yer alan bir görüş[32], tarihin, vasiyetnamenin geçerliliğini etkileyen diğer bir olgunun tespitinde önem arz etmesi halinde (ehliyetin belirlenmesinde olduğu gibi), tarihin eksik veya hatalı olmasına itibar edilmesi gerektiği ve ancak bu durumda geçerlilik şartı sayılmasının uygun olduğunu savunmuştur[33]. Ayrıca, tarihe ilişkin şekli eksikliklerde, vasiyetname dışı olgulara dayanarak da tarihin tespit edilebilmesi kabul edilmiştir[34]. Bu görüşün aksine, öğretide[35], vasiyetname dışı unsurların şekil sakatlığını gidermeyeceğini; bu unsurlara ancak vasiyetname içerisinde gösterilen tarihin açıklanması amacıyla başvurulmasının mümkün olduğu belirtilmiştir. Düzenlenme tarihinin tamamen değil ancak kısmen eksik olması halinde, vasiyetnamenin geçerliliğini etkileyen bir olguya ilişkin belirlemede de etkisi yoksa, kısmen eksik olması vasiyetnamenin geçerliliğine etki

[28] Gönen, s. 90; Çakır, s. 121.
[29] Doktrinde, vasiyetnamede gün, ay veya yıl belirtilmemiş olsa bile mirasbırakanın vasiyetnameyi ne zaman yaptığı kolayca tespit edilebiliyorsa tam eksik tarihin olduğu ifade edilmiştir: Öztan, s. 194.
[30] Gönen, s. 78.
[31] Çakır, s. 121.
[32] Serozan ve Engin, N.85.
[33] Serozan ve Engin, N.85.İdeal hukuk açısından bu görüşün uygun olduğu yönünde: Çakır, s. 125.
[34] Serozan ve Engin, N.85; Bağcı, s. 109.
[35] Oğuzman, s. 123.

etmemesi gerektiği de ayrıca savunulan görüşler arasındadır[36]. Bununla birlikte, vasiyetçinin tek bir vasiyetnamesinin olduğu ve ehliyetsiz olduğuna yönelik itirazların olmadığı hallerde, vasiyetnamenin ayakta tutulabilmesi için, düzenlenme tarihindeki eksikliğin iptal sebebi teşkil etmemesi gerektiği de kabul edilen görüşler arasındadır[37]. *Favor testamenti* ilkesine vurgu yaparak, vasiyetnamenin ayakta tutulabilmesi amacıyla tarih eksikliğinin ancak vasiyetname içeriğinin yorumuyla giderilmesinin mümkün olduğu, vasiyetname dışı unsurların eksikliğin giderilmesinin uygun olmadığı[38]; ancak düzenlenme tarihinin açıklanması için vasiyetname dışı unsurlara başvurulabileceği kabul edilmiştir[39].

Bununla birlikte, bazı hallerde, gün, ay ve yıl unsurlarının tamamının veya bir kısmının vasiyetçinin el yazısıyla yazılmamış olması da düzenlenme tarihindeki bir eksiklik olarak kabul edilmiştir. Örneğin, düzenlenme yılının bin ve yüzyılı gösteren kısmının matbu olarak yazılması ve yalnızca devam eden kısmının el ile yazılması, genel kabul eden görüş[40] uyarınca eksiklik olarak nitelendirilmezken, bin, yüz ve on yılının mekanik gösterilmesi ve yalnızca kalan son rakamın el ile yazılmasının vasiyetnamenin geçerliliğine etki edeceği, zira vasiyetçinin el ürünü olması ihtimalinin kabul görmeyeceği doktrinde[41] ifade edilmiştir. *Dural*, vasiyetnamede el yazısı kullanılması şartının amacının vasiyetnamenin gerçekliğinin temini olduğunu, dolayısıyla düzenlenme tarihinin el yazılı olmasını aramanın gerçekliğin tespitinde bir faydasının olmadığını ve tarihin basılı olmasının vasiyetnamenin geçerliliğinde şüpheye düşülmesine sebebiyet veren bir etki yapmadığını, tarihin el yazısı ile yazılmış olması şartının aranmasının, şekil şartlarının *ratio legis'ine* aykırılık oluşturduğunu savunmuştur[42]. Öğretide[43] ayrıca, mirasbırakanın, vasiyetname içerisinde tarihin matbu olarak yazıldığı kısımların üzerini çizmeden boş kalan kısımları doldurmuş olmasının kısmen matbu olarak düzenlenen tarihe itibar ettiğini, bu nedenle de tarihte yılın belirtildiği bin, yüz ve on yıla ilişkin kısımların matbu olmasının ve geri kalan bölümün el yazısı ile yazılmasının geçerli kabul edilmesi gerektiği de savunulmuştur. Buna karşın, vasiyetname içerisindeki tarihin kısmen matbu olmasının geçersizlik sebebi olduğu[44] ve mekanik ve elektronik aletlerle yazılmış tarihin el yazısıyla yazılma şartını taşımadığı[45] da ayrıca kabul edilen görüşler arasındadır.

[36] Dural, 43; Gönen, s. 91.
[37] Öztan, s. 194; Turan, s. 13.
[38] Hatemi, H. (2021). Miras Hukuku. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, N. 9 vd.; Antalya, N. 476.
[39] Antalya, N. 476; Çakır, s. 125.
[40] Oğuzman, s. 124; Dural, s. 36; Sungurbey, İ ve Kaneti, S. (1979). El yazılı vasiyetnamede düzenleme yerinin gösterilmesine ilişkin Yargıtay içtihadındaki son gelişme. Prof. Dr. Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, s. 819; Dural ve Öz, N. 414; Bağcı, s. 76; Gönen, s. 79; Kılıçoğlu, s. 113.
[41] Gönen, s. 79; Görüşlerle ilgili olarak bkz. Dural, s. 36-37.
[42] Dural, s. 38.
[43] Çakır, s. 113-114.
[44] İnan ve Ertaş ve Albaş, s. 180.
[45] Eren ve Yücer, N. 331.

C. DÜZENLENME TARİHİNİN GERÇEĞİ YANSITMAMASI

El yazılı vasiyetnamede, vasiyetçi düzenlenme tarihini gün, ay ve yıl olarak belirtmesine rağmen bunun gerçeği yansıtmaması halinde, düzenlenme tarihinin hatalı olarak yazıldığı kabul edilir. Vasiyetnamenin düzenlenme tarihinin hatalı yazılmasının sonuçları hakkında doktrinde farklı yaklaşımlar vardır[46]. Öncelikle, tarihin doğruluğuna ya da itibarına ancak tarihin, vasiyetnamenin geçerliliğinde belirleyici rol oynadığı hallerde itibar edildiği görüşü ileri sürülmüştür[47]. Diğer bir görüş, vasiyetname içerisinde gerçeği yansıtsın veya yansıtmasın şeklen bir tarihin olmasının yeterli olduğunu savunmuştur[48]. Bu görüş kapsamında tarihin doğruluğu maddi bir meseledir[49]. Tarih kasten yanlış konulmamışsa ve tarihin yanlışlığının bir önemi bulunmuyorsa, bu durumun iptal sebebi oluşturmadığı ifade edilmiştir[50]. Benzer şekilde, ehliyetin tespiti veya vasiyetnameler arasındaki sıranın belirlenmesi gibi düzenlenme tarihinin rol oynadığı bir durum mevcut değilse, şekli olarak var olan tarihle yetinilmesi gerektiği ifade edilmiştir[51]. Son olarak ise, el yazılı vasiyetnamede yer alan tarihin kanunun açık hükmü gereği vasiyetname içerisinde yer alması ve bunun gerçeği yansıtması gerektiği kabul edilmektedir[52]. El yazılı vasiyetnamede yer alan tarihin doğruluğunun ise karine olduğu ifade edilmiştir[53]. Vasiyetnamedeki tarih, hatalı yazılması sebebiyle gerçeği yansıtmadığında, doğru tarih vasiyetname metnin içeriğinden tespit edildiği takdirde, vasiyetnamenin iptali sebebi oluşmayacağı görüşüyle[54] birlikte, doğru tarihin tanık beyanları gibi vasiyetname dışı olgularla tespit edilerek vasiyetnamenin ayakta tutulabileceği kabul edilmiştir[55]. Düzenlenme tarihi kasten yanlış olarak belirtilmişse, bu halde vasiyetçinin vasiyetname yapma iradesinin olmadığı ve dolayısıyla vasiyetnamenin geçersiz olduğu görüşü[56] bulunmakla birlikte bu halde düzenlenme tarihinin hataen yanlış yazılmasında olduğu gibi vasiyetnamenin ayakta tutulması gerektiği de ayrıca savunulmuştur[57].

IV. İSVİÇRE MEDENİ KANUNU UYARINCA EL YAZILI VASİYETNAMEDE DÜZENLENME TARİHİ

El yazılı vasiyetname İsviçre Medeni Kanunu'nun 505. maddesinde düzenlenmiştir. El yazılı vasiyetnamenin geçerliliği için aranan şartlar, TMK m. 538'de

---

[46] Görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dural, s. 47 vd.; Bağcı, s. 92 vd.
[47] Serozan ve Engin, N.85.
[48] Dural, s. 62; Tekinay, s. 380.
[49] Dural, s. 62.
[50] Antalya, N. 480.
[51] Eren, s. 73; Tekinay, s. 380-381; Eren ve Yücer, N. 338; Çakır, s. 121.
[52] Oğuzman, s. 124.
[53] İmre ve Erman, s. 77.
[54] Oğuzman, s. 123; Dural ve Öz, N. 418; İmre ve Erman, s. 77.; İnan ve Ertaş ve Albaş, s. 180.
[55] Tekinay, s. 380; Gönen, s. 85; Serozan ve Engin, N.85.
[56] Gönensay ve Birsen, s. 109; Dural, s. 57; Eren, s. 73; Tekinay, s. 383; Dural ve Öz, N. 418; Öztan, 193; Gönen, s. 89; İnan ve Ertaş ve Albaş, s. 180; Eren ve Yücer, N. 339.
[57] *Kocayusufpaşaoğlu'na* ait bu görüş ve açıklamalar için bkz. Gönen, s. 88 vd.

yer alan şartlar ile paraleldir. Şöyle ki, İMK m. 505/I'de el yazılı vasiyetnamenin tamamının, tarihin ve imzanın vasiyetçinin el yazısı ile yazılması gerektiği, tarihin, yıl, ay ve günü içermesi gerektiği ifade edilmiştir. Ancak, düzenlenme tarihinin eksik veya hatalı olmasının sonuçlarına madde içerisinde değinilmemiştir. Ne var ki, 23 Haziran 1995 tarihinde kabul edilen ve 1 Ocak 1996 tarihinde yürürlüğe girmiş olan İsviçre Medeni Kanunu'nun 520*a* maddesi bu konuya açıklık getirmiş ve el yazılı vasiyetnamede tarihin eksik ya da hatalı olduğu her halde vasiyetnamenin iptal edilebilmesinin önüne geçilmiştir. Buna göre, el yazılı vasiyetnamenin düzenlendiği gün, ay veya yıl belirtilmemişse ya da hatalı olarak belirtilmişse, vasiyetname ancak düzenlenme tarihinin başka şekilde belirlenememesi ve ayrıca düzenlenme tarihinin, vasiyetçinin vasiyetname yapma ehliyetinin, birden çok ölüme bağlı tasarruf arasındaki kronolojik sıranın veya vasiyetnamenin geçerliliğini etki eden sorunların belirlenmesinde önem taşıyorsa iptal edilebilir[58].

İsviçre Medeni Kanunu'nda el yazılı vasiyetnamenin düzenlenme tarihine ilişkin yapılan bu değişikliğe, esasen İsviçre Federal Mahkemesi'nin yaklaşımı da etkili olmuştur. İsviçre Federal Mahkemesi, vasiyetçinin, düzenlenme tarihine ilişkin hatası iradi değilse, bir başka anlatımla, vasiyetçi tarihte kasti olmadan bir yanlışlık yaptıysa ve tarihteki yanlışlığın somut olay açısından herhangi bir önemi bulunmuyorsa, hukuken korunmuş bir menfaatin zedelenmediğinden bahisle vasiyetnamenin geçersizliğine sebebiyet vermemesi gerektiğini karara bağlamıştır[59]. Nihayetinde Federal Mahkemenin bu yaklaşımı 1996 tarihinde yasalaşmış ve İsviçre Medeni Kanunu'nun 520*a* maddesinde yerini almıştır[60].

SONUÇ

Sıkı şekil şartlarına tabi olan el yazılı vasiyetnamenin geçerlilik koşullarından biri de düzenlenme tarihinin belirtilmiş olmasıdır. Türk Medeni Kanunu'nda her ne kadar el yazılı vasiyetnamenin düzenlenme tarihinin gün ay ve yıl olarak belirtilmesi gerektiği hükme bağlanmışsa da hükmün lafzından hareketle katı bir uygulamada bulunmak vasiyetnamenin ayakta tutulmasına engel olur. Zira, düzenlenme tarihi, vasiyetnamenin geçerliliğine ilişkin bir şüphenin giderilmesinde rol oynamadığı ve ayrıca başkaca şekillerde belirlenmesi mümkün olduğu halde sırf tarihin gün, ay ve yıl olarak yazılmamış olması nedeniyle ölenin son arzuları gerçekleşemez.

Mirasbırakanın birbiriyle çelişen ölüme bağlı tasarrufları olmadığı ve tasarruf ehliyetine ilişkin bir şüphenin bulunmadığı hallerde, tarihin eksik olması ya da doğru

[58] Steinauer, N. 697; Serozan ve Engin, N.85; Piotet, D. (2016). Commantaire Romand, Code Civil II, Art. 520*a*. Bale: Helbing Lichtenhahn, N. 1 vd.; Leuba, CR CC II, Art. 505, N. 14.
[59] Tekinay, s. 381 vd.
[60] Steinauer, N. 697, dipn. 26.

olmaması nedeniyle hukuken korunmuş bir menfaat zedelenmez. Tarihin varlığı ya da doğruluğu, fiili ya da hukuki bir yararın korunması bakımından rol oynamıyorsa, hatalı olması veya tarihin hiç yazılmaması bir fark yaratmamalıdır. Bu nedenle, düzenlenme tarihinin, vasiyetnamenin başkaca nedenlerle geçerliliğinin tespitindeki önemi düşünüldüğünde, geçerlilik şartı olarak kabul edilmesi yerindedir. Fakat, eksikliği veya yanlışlığı halinde, her durumda vasiyetnamenin iptaline sebebiyet vermesinin, ölenin son arzularının gerçekleşmesini engellemesinden ötürü sakıncalıdır.

Açıklanan bu sebeplerle, netice olarak, İsviçre Medeni Kanunu'nun 520*a* maddesinde düzenlendiği şekilde, düzenlenme tarihinin el yazılı vasiyetname içerisinde gün, ay veya yıl olarak belirtilmemesi halinde ya da hatalı olarak belirtilmesi durumunda, vasiyetnamenin ancak düzenlenme tarihinin başka şekilde belirlenememesi ve ayrıca vasiyetçinin vasiyetname yapma ehliyetinin, birden çok ölüme bağlı tasarruf arasındaki kronolojik sıranın veya vasiyetnamenin geçerliliğini etki eden sorunların belirlenmesinde önem taşıması durumunda iptal edilebilmesi yönünde bir değişikliğin meydana gelmesinin, vasiyetnamenin ayakta tutulmasına imkan tanıyarak doktrindeki fikir ayrılıklarına son vereceği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

Akkanat, H. (2001). El yazısı ile vasiyetnamede vasiyetname metninin özellikleri. Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, C.II, 799-815.
Antalya, G. (2019). Miras Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
Ayan, M. (2016). Miras Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
Ayiter, N. (1974). Miras Hukuku. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
Bağcı, Ö. (2006). El yazısı ile vasiyetnamede düzenleme yeri ve tarihi. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul.
Berki, Ş. (1975). Miras Hukuku. Ankara: Sevinç Matbaası.
Çakır, A. C. (2014). El yazılı vasiyetnamede düzenleme tarihi. Legal Hukuk Dergisi, C. 12, S. 136, 105-128.
Dural, M. (1967). El yazılı vasiyetname. İstanbul: Cezaevi Matbaası.
Dural, M. ve Öz, T. (2021). Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi.
Eren, F. (1966). Türk Medeni Hukukunda ölüme bağlı tasarrufların iptali davası. Ankara: Yargıçoğlu Matbaası.
Eren F. ve Yücer Aktürk, İ. (2021). Türk Miras Hukuku. 2021: Yetkin Yayınları.
Gönen, D. (2007). El yazılı vasiyetname. İstanbul: Legal Yayıncılık.

Gönensay, S. ve Birsen, K. (1963). Miras Hukuku. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları.
Hatemi, H. (2021). Miras Hukuku. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
İmre, Z. ve Erman, H. (2017). Miras Hukuku. İstanbul: Der Yayınları.
İnan, A.N. ve Ertaş, Ş. ve Albaş, H. (2012). Miras Hukuku. İzmir: İleri Yayıncılık.
Kılıçoğlu, A. (2021). Miras Hukuku. Ankara: Turhan Kitabevi.
Köprülü, B. (1975-1976). Miras Hukuku dersleri. İstanbul: Fakülteler Matbaası.
Leuba, A. (2016). Commantaire Romand, Code Civil II, Art. 505. Bale: Helbing Lichtenhahn.
Oğuzman, K.M. (1972). Miras Hukuku dersleri. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları.
Öztan, B. (2021). Miras Hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları.
Piotet, D. (2016). Commantaire Romand, Code Civil II, Art. 520*a*. Bale: Helbing Lichtenhahn.
Serozan, R. ve Engin, B.İ. (2021). Miras Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
Steinauer, P.H. (2015). Le Droit des Succession. Berne: Stämpfli Editions.
Sungurbey, İ ve Kaneti, S. (1979). El yazılı vasiyetnamede düzenleme yerinin gösterilmesine ilişkin Yargıtay içtihadındaki son gelişme. Prof. Dr. Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, 815-837.
Tekinay, S. S. (1995). El yazısı ile vasiyetnamede yer ve tarih unsurlarının doğruluğu sorunu. Reha Poroy'a Armağan, 378-386.
Turan, G. (2009). Ölüme bağlı tasarrufların hükümsüzlüğü. Ankara: Turhan Kitabevi.

ANAYASA MAHKEMESİNİN BAKIŞ AÇISIYLA TELİF CEZA HUKUKUNDA SUÇLARIN İÇTİMAI

Dr. Öğr. Üyesi Coşkun KOÇ*

Özet

Telif hakkı, fikir veya sanat mahsulü eser üzerinde sahip olunan mutlak bir hakkı ifade etmektedir. Telif haklarının korunması noktasında özel hukuk yaptırımlarının yetersiz kalması kanun koyucuyu bu alanda ceza yaptırımlarını uygulamaya yöneltmiştir. Türk hukukunda telif haklarının korunması amacıyla ihdas edilmiş ceza normları 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK)'nda yer alır. FSEK'de düzenlenen suçların içtimaı konusu bünyesinde bazı sorunları barındırmaktadır. Gerçekten de kanun koyucunun zaman içerisinde FSEK'de ihdas ettiği yeni suç tipleri, bunların aynı olayda bir araya gelmelerini mümkün kıldığı gibi Türk Ceza Kanunu'ndaki diğer suç tipleri ile de bir araya gelmelerini olanaklı hale getirmiştir. Manevi, mali veya bağlantılı haklara tecavüz suçlarının FSEK'de aynı maddede (m.71) düzenlenmesi sistematik bir karışıklığa yol açmaktadır. Nitekim bu maddede düzenlenen suçların seçimlik hareketli oluşu ve manevi ve mali haklara tecavüz eylemlerinin bu maddede toplanması ilave olarak maddedeki her bir fıkranın ayrı suç gibi nitelendirilmesi, suçların içtimaı yönünden uygulamada tereddüte yol açmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, telif ceza hukuku, suçların içtimaı.

Abstract

Copyright refers to an absolute right to an intellectual or artistic work. As a result of the inadequacy of private law sanctions in the protection of copyrights, the legislator applied to criminal sanctions. Penal norms for the protection of copyright in Turkish Law are included in the Law No. 5846 on Intellectual and Artistic Works (FSEK) . The subject of the aggregation of offences regulated in the FSEK has some problems. Indeed, the new crime types that the legislator created in the FSEK over time made it possible for them to come together in the same event as well as to come together with other crime types in the Turkish Penal Code. The regulation of the violation of moral, financial or related rights in the same article (71) in the FSEK leads to a systematic confusion. As a matter of fact, the elective activity of the crimes regulated in this article and the collection of acts of infringement on moral and financial rights in this article, in addition to the characterization of each paragraph in the article as a separate crime, causes hesitations in practice in terms of the aggregation of offences.

*Kafkas Üniversitesi Adalet MYO Öğretim Üyesi, coskunkoc01@hotmail.com ORCID ID: https://orcid.org/0000-0001-9453-5919

Keywords: Law on Intellectual and Artistic Works, criminal law of copyright, aggregation of offences.

GİRİŞ

Telif hakkı, telif hakkı sahiplerinin, eserlerin çok çeşitli yetkisiz kullanımlarını kısıtlamalarına izin veren benzersiz ve güçlü bir yasal ayrıcalığı temsil eder[1]. Fikri mülkiyetin bir türü olan telif hakkı, hak sahibine eseri kullanma hususunda münhasır bir yetki verir. Telif hakkı genel itibariyle kişilerin fikri emekleriyle ortaya çıkardıkları ürünler üzerinde sahip oldukları haklar olup gerek uluslararası gerekse ulusal mevzuatta koruma altına alınmıştır.

Telif hakkına ilişkin yasal düzenlemeler bilginin kitlesel olarak yayılmasını sağlayan bir teknolojik devrimin (Avrupa'da matbaanın icadı) ardından doğmuştur[2]. Hukuk sistemimizde telif haklarının cezai korunmasına ilişkin temel kanun 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK)'dur. FSEK'de düzenlenen suçların içtimaı konusu bünyesinde bazı sorunları barındırmaktadır. Gerçekten de kanun koyucunun zaman içerisinde FSEK'de ihdas ettiği yeni suç tipleri, bunların aynı olayda bir araya gelmelerini mümkün kıldığı gibi Türk Ceza Kanunu (TCK)'daki diğer suç tipleri ile de bir araya gelmelerini olanaklı hale getirmiştir[3]. FSEK'de manevi, mali ve bağlantılı haklara tecavüz suçlarının aynı maddede düzenlenmesi sistematik bir karışıklığa yol açmaktadır. Bu nedenle telif suçlarının içtimaı durumunda cezai sorumluluğun belirlenmesi konusu üzerinde durmanın faydalı olacağına inanmaktayız.

Çalışmamızda öncelikle TCK'da düzenlenen suçların içtimaı sistemine değinilecektir. Ardından telif ceza hukuku kapsamında FSEK'deki suç tiplerinin hem aynı Kanun içinde hem de TCK ve diğer kanunlardaki suç tipleri ile içtima durumunu düzenleyen normlar, Anayasa Mahkemesinin bakış açısıyla izah edilecektir. Son olarak konumuzla ilgili ulaştığımız hukuki sonuçlar öğretideki farklı görüşler çerçevesinde tartışılacak ve bu husustaki görüşlerimiz paylaşılacaktır.

1. TELİF SUÇLARI

Telif hukuku, hukuk disiplinleri arasındaki özel hukuk ve kamu hukuku şeklindeki temel ayırım yönünden ele alındığında özel hukukun bir dalı olma özelliğini taşır. Bununla birlikte sözleşme serbestisi esası ¸üzerinde yükselen telif hukukundan doğan hak ve yetkilerin korunmasında özel hukuk yaptırımlarının yetersiz kalması, diğer pek çok

[1] Bell, T.W. (2018). Intellectual Privilege Copyright, Common Law, and the Common Good. Second Printing, Mercatus Center: Virginia, p. 11.

[2] Afori, O. F. (2012). The Evolution Of Copyright Law and Inductive Speculations As To Its Future, Journal Of Intellectual Property Law. V.12, N.2, p. 233.

[3] Sınar, H. (2006). Ceza Hukuku Açısından Telif Haklarının Korunması. Yayınlanmamış doktora tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, s. 404.

hukuk dalında olduğu gibi telif hukuku alanında da kanun koyucuyu, telif haklarını koruyucu ceza normları ihdas etmeye yöneltmiş ve bu durum, telif ceza hukukunun oluşmasıyla sonuçlanmıştır. Telif ceza hukuku, telif haklarının ceza normları ile korunmasını hedefleyen yeni bir yan ceza hukuku dalıdır.

Telif suçlarından bahsetmeden önce telif ve eser kavramlarını izah etmeyi faydalı bulmaktayız. Telif kavramı, bir fikir veya sanat eserini yaratan kişinin, bu eserden doğan haklarının hepsini ifade eder. Telif hakları, bu alandaki temel düzenleme olan 5846 sayılı FSEK ile korunur. Ancak FSEK'in etkileri diğer kanunların da olaya uygulanmasına sebebiyet verebilir. Örneğin, 5846 sayılı FSEK'de düzenlenen ve suç teşkil eden bir fiilin işlenmesi halinde, başta TCK olmak üzere ceza yargılamasına ilişkin pek çok yasa uygulama alanı bulur[4]. Eser ise, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun tanımlar başlığını taşıyan 1/B maddesine göre, *"sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsullerini"* ifade eder.

Türk hukukunda, telif haklarının korunması amacıyla ihdas edilmiş ceza normları FSEK 71. ve 81. maddelerinde düzenlenmiş ve bu itibarla, ülkemizde telif hukukunun temel kaynağı olan FSEK, içermiş olduğu ceza hükümleri itibarıyla bir özel ceza kanunu niteliğini kazanmıştır. Çalışmamızın bundan sonraki kısmında FSEK'de düzenlenen suç tiplerini inceleyeceğiz.

a) Manevi Haklara Tecavüz Suçu

Manevi haklar, eser sahibinin yarattığı eserinden ötürü doğrudan kişiliğine bağlı haklardır. Bu haklar, devredilemez ve satılamaz özelliğinden ötürü herkese karşı ileri sürülebilir. Manevi haklar, eser ile onu meydana getiren arasındaki kişisel ilişkiyi vurgulamak için kullanılan bir kavramdır. Bu hak ile eseri korumak kadar eser sahibini de korumak amaçlanmaktadır. Dolayısıyla manevi haklar eser sahibinin kişiliğine sıkı sıkıya bağlıdır. Eseri yaratanın toplum önünde eser sahibi olarak bilinmesi, eserinden ötürü, kişiliğinin korunmasını isteme hakkı manevi haklar içerisinde yer alır. Eser aleni hale gelmiş bile olsa eser sahibinin manevi hakları hukuken korunmaya devam eder[5]. Bu özelliklerinden ötürü eser sahibinin manevi haklarına yönelik saldırılar, sadece özel hukukun değil aynı zamanda ceza hukukunun yaptırımlarına da tabi olmaktadır.

FSEK m. 71 kapsamında, hak sahibi kişilerin yazılı izni olmadan eseri değiştirme, alenileşmemiş bir eserin muhtevası hakkında kamuya açıklamada bulunma, bir eseri tanınmış bir başkasının adını kullanarak çoğaltma, dağıtma, yayma ve yayımlama,

[4] Turan, M. ve Yılmaz, B. (2014). Türkiye'de Telif Hakları İhlalleri: Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme. Bilgi Dünyası Dergisi, S. 15(1), s. 58.

[5] Yazıcıoğlu, Y.R. (2009). Fikri Mülkiyet Hukukundan Kaynaklanan Suçlar. 1. Baskı, Oniki Levha Yayınları: İstanbul, s. 178-179.

başkasına ait esere kendi eseri olarak ad koyma, bir eserden kaynak göstermeksizin iktibasta bulunma manevi haklara yönelik işlenmiş suçlardır.

b) Mali Haklara Tecavüz Suçu

FSEK m.71/1 b.1'de bu kanundan kaynaklanan mali haklar koruma altına alınmıştır. Bu düzenleme uyarınca, genel olarak eser sahibinin yazılı izni olmadan bir eseri işleme, temsil etme, çoğaltma, dağıtma, her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlar ile umuma iletme fiilleri mali haklara tecavüz suçunu oluşturmaktadır. Bu bentte düzenlenen tüm fiillerin ortak özelliği FSEK'te korunan mali hakların ihlal edilmesi iken bu suçların konusunu, FSEK ile koruma altına alınan mali haklara ilişkin fikir ve sanat eserleri oluşturmaktadır. Bu suçların oluşabilmesi için varlığı aranan ilk şart maddede düzenlenen fiillerin hak sahiplerinin izni olmaksızın icra edilmesidir. Kendisinden izin alınacak kişiler ise, eser sahibi veya eser sahibinden bu hakkı devralan kişilerdir. Mali haklara ilişkin alınan iznin kapsamını aşan fiiller de bu suçun meydana gelmesine sebebiyet verir[6].

c) Bağlantılı Haklara Tecavüz

FSEK'de 4630 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik neticesinde eser sahibinin haklarından ayrı haklar, sistematik bir şekilde düzenlenmiştir. Bu sayede eserin meydana gelmesinde bazen olmazsa olmaz nitelikte katkılar koruma altına alınmıştır. Özellikle bir eseri icra ederek tanıtan sanatçıların, eseri toplumda yaygın şekilde dinlenip seyredilmesine imkan sağlayan fonograf yapımcılarının hakları açısından bir zorunluluk yerine getirilmiştir[7]. FSEK bağlantılı hakları: "*Eser sahibinin manevi ve mali haklarına zarar vermemek kaydıyla komşu hak sahipleri ile filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcılarının sahip oldukları hakları*" olarak tanımlamıştır(1/B-j). Mali haklara tecavüz hallerinde korunan süjeler arasında fonograf yapımcısı ve film yapımcısı ile icracı da bulunmaktadır. Bu bağlantılı hak sahipleri içinde mali haklara tecavüz fiillerindeki koruma söz konusudur[8].

d) Bandrol Suçları

FSEK m. 81'deki düzenlemeye göre, müzik ve sinema eserlerinin çoğaltılmış nüshaları ile süreli olmayan yayınlara bandrol yapıştırılması zorunludur. Aynı maddede bu zorunluluğa uymayanlar hakkında birtakım cezai yaptırımlar düzenlenmiştir. FSEK m. 81'de hükme bağlanan bu suçlar, mali haklara tecavüz suçları ile yakın bir bağlantı içerisindedirler[9]. Bu düzenleme uyarınca: *Bandrol yükümlülüğüne aykırı ya da*

---

[6] Şahin, A. (2010). Fikri Hukukta Eser Sahibinin Mali Haklarının Korunması. 1. Baskı, Vedat Kitapçılık: İstanbul, s. 205-206.

[7] Albayrak, M. (2005). Fikri ve Sınaî Haklar Aleyhine İşlenen Suçların Kovuşturulması ve Yargılamasında Sorunlar ve Çözüm Yolları. TBB Dergisi, S. 57, s. 341-342.

[8] Güneş, İ. (2017). Uygulamada Marka Haksız Rekabet ve Telif Suçları. 3. Baskı, Adalet Yayınevi: Ankara, s. 198.

[9] Şahin, s. 209.

bandrolsüz olarak bir eseri çoğaltıp satışa arz eden, satan, dağıtan veya ticarî amaçla satın alan ya da kabul eden kişi bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezasıyla cezalandırılır. Ayrıca maddenin 9. fıkrasında *bandrol sahteciliği,* 10. fıkrasında, *usulsüz bandrol kullanma suçu,* 11. fıkrasında*, bandrol dolandırıcılığı* ve 12. fıkrasında*, bandrol temini suçu* düzenlenmiştir.

2. TELİF CEZA HUKUKUNDA SUÇLARIN İÇTİMAI

Yasal tanıma göre gerçekleşecek her sonuç, ayrı bir suçu meydana getirir. Zira kanun koyucu korumak istediği her hukuki menfaati ayrı bir suç ile düzenler. Genel kural bu olmakla birlikte bazen fail tarafından icra edilen tipik fiil, birden çok kanun hükmünü veya farklı hareketler aynı kanun hükmünü ihlal etmiş olabilir[10]. Ceza hukukunda temel kural, birden çok suç işleyen kimsenin, işlediği her suç için ayrı ayrı cezai sorumluluğunun olmasıdır. Gerçek içtima adı verilen bu kurala göre fail işlemiş olduğu her bir suçtan dolayı ayrı ayrı cezalandırılır. Bu kuralın istisnasını, aynı fail tarafından işlenmiş birden çok suç bulunmasına rağmen, çeşitli saiklerle faile tek cezanın verildiği "suçların içtimaı" hukuki müessesesi oluşturur.

Birden çok suçun bulunduğu durumlarda suçların içtimaından söz edilebilir. Suçların içtimaı ortada birden çok suç bulunmasına ve dolayısıyla faile birden çok ceza verilmesi gerekmesine rağmen tek ceza verilmesini öngörmektedir. Dolayısıyla suçların içtimaı, bir kimsenin birden çok suç işlemesi halinde sorumluluğunun ne şekilde belirleneceği ile ilgilidir[11]. Suçların içtimaı, TCK'nın 42, 43 ve 44. maddelerinde, bileşik suç, zincirleme suç ve fikri içtima şeklinde düzenleme alanı bulmuştur. Bileşik suç iki ayrı suçtan oluşur. Bu suçlardan biri diğerinin ya unsuru ya da ağırlatıcı sebebidir. Zincirleme suçta, fail suç tipini birden fazla ihlal etmesine rağmen, faile tek suçun cezasının verilmesini ancak bu cezanın belli oranda arttırılması öngörülmektedir. Fikri içtima ise bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet verme olarak tanımlanabilir[12].

Suçların içtimaına ilişkin bu düzenlemeler telif ceza hukuku bakımından da uygulama alanı bulur. 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun (FSEK) sistematiğinin bir sonucu olarak, birden fazla telif suçu bir arada işlenebileceği gibi, telif suçlarının TCK'daki diğer suçlarla bir araya gelmesi de ihtimal dahilindedir. Özellikle FSEK m. 71'de düzenlenen suçların seçimlik hareketli oluşu ve manevi ve mali haklara tecavüz eylemlerinin bu maddede toplanması ilave olarak 71. maddedeki her bir fıkranın ayrı suç gibi nitelendirilmesi, suçların içtimaı yönünden uygulamada tereddüte yol açmaktadır.

[10] Demirbaş, T. (2011). Ceza Hukuku Genel Hükümler. 7.Baskı, Seçkin Yayınevi: Ankara, s. 494.
[11] Koca, M. ve Üzülmez, İ. (2008). Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler. Birinci Baskı, Seçkin Yayınevi: Ankara, s. 399.
[12] Hakeri, H. (2015). Ceza Hukuku Genel Hükümler. 18. Baskı, Adalet Yayınevi: Ankara, s. 599 vd.

FSEK'de 5728 sayılı yasa ile gerçekleştirilen yeni düzenlemeler içtima konusu bakımından uygulamada ciddi sorunlara yol açacak niteliktedir. Zira FSEK m. 71/1 içinde farklı hukuki konusu olan ve farklı hukuki yararları koruyan suçlar bir araya getirildiğinden, aynı suçun seçimlik hareketleri gibi değerlendirilmesi riski oluşmuştur. Hatta bazı durumlarda da, tek bir hareketle Kanunun 71. madde 1. fıkrasının gerek hak sahibinin manevi hakları, gerek mali hakları gerekse bağlantılı haklarının ihlal edildiği durumlarda fikri içtima hükümleri uyarınca failin tek bir ceza ile sorumlu olduğu düşünülebilecektir. Halbuki 71. maddede üç farklı suç tipi bir arada düzenlenmiştir. Birbirinden farklı üç hukuki yararı düzenleyen suçların 5728 sayılı yasa ile bir araya toplanması tek bir suç yaratmaya yönelik bir irade değildir[13]. Dolayısıyla FSEK m. 71 de yer alan fiiller aynı suçun seçimlik hareketleri olmayıp birbirinden farklı üç ayrı suça ilişkindir.

Failin, bir bestecinin aynı zamanda icracı sanatçı olarak yorumladığı bir parçasını değiştirip çoğaltarak satması örneği incelendiğinde, hak sahibinin manevi, mali ve bağlantılı haklarına yönelik olarak gerçekleştirdiği fiilinde tek bir suç değil üç farklı suç söz konusudur. Örnek olayda, üç ayrı hukuki yarara yönelik üç ayrı suç bulunduğundan failin gerçek içtima hükümleri uyarınca her birinden ayrı ayrı cezalandırılması gerekir. Farklı neviden fikri içtima hükümlerinin olaya uygulanma imkanı yoktur. Zira tek fiil değil üç ayrı fiil söz konusudur[14].

Her ne kadar FSEK m. 71'de üç farklı suç tipi bir arada düzenlense de fail, aynı bentteki suçu oluşturan hareket veya hareketleri aynı suç işleme iradesiyle birden fazla kez ifa ederse, bu takdirde zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerekir. TCK m. 43'de düzenlenen zincirleme suç hükümlerine göre faile arttırılarak tek bir ceza verilir[15]. Örneğin failin, eser sahibine ait bir müzik eserini izin almaksızın bir ay boyunca her gece sahnede seslendirmesi durumunda zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Ancak bu fiiller makul sürelerinin dışında işlenirse her biri ayrı suç teşkil eder. Yukarıda verdiğimiz örnekte sanatçı, izin almadan eser sahibinin bestesini her akşam değil de bir yıl arayla iki kez seslendirirse iki ayrı mali haklara tecavüz suçu oluşur ve iki ayrı ceza verilir.

Konumuzla ilgili bir diğer olasılık, aynı fiilin FSEK'in farklı maddelerindeki suç tiplerini ihlal etmesidir. Örneğin, bir müzik CD'sinin gerekli izinler alınmaksızın yasa dışı çoğaltılması fiili, hem FSEK m. 71/1'de yer alan mali hakların izinsiz kullanımı suçuna hem de bandrol yapıştırma zorunluluğu açısından FSEK m. 81/ 1, b.1'de yer alan bandrol alınması gereken materyallerin bandrolsüz çoğaltılması suçuna vücut verir. Bu örnekte olduğu gibi tek bir fiilin birden fazla farklı suçun oluşumuna neden olduğu durumlarda TCK m.44 (fikri içtimaı) hükmü gereğince fail işlediği bu suçlardan en ağır

[13] Yazıcıoğlu, s. 215.
[14] Yazıcıoğlu, s. 216.
[15] Sınar, s. 406.

cezayı gerektiren suçtan cezalandırılır[16]. Bir diğer örnek, failin bir yazarın henüz alenileşmemiş durumda bulunan romanını izinsiz dağıtması durumunda, fail hem hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın eseri dağıtma hem de alenileşmemiş bir eserin içeriği hakkında kamuya açıklamada bulunma fiillerinden sorumlu olur. Bu durumda da fail TCK m. 44 uyarınca daha ağır cezayı gerektiren izinsiz dağıtma (mali haklara tecavüz) suçundan cezalandırılır[17].

FSEK'deki düzenleme uyarınca, eserin izinsiz olarak işlenmesi mali haklara tecavüz suçunu oluştururken, eserin izinsiz olarak değiştirilmesi manevi haklara tecavüz suçuna vücut verir. Eser üzerinde izinsiz işlemenin gerçekleşmesi durumunda izinsiz değiştirme de oluşur. Burada dikkat edilmesi gereken husus eser üzerindeki değişikliğin işlemenin zorunlu unsuru olmasıdır. Dolayısıyla burada TCK m. 42'de düzenlenen bir bileşik suç şekli bulunmaktadır. Bileşik suç düzenlemesinin özelliği gereği fail, bahsettiğimiz durumda izinsiz işleme fiilinden sorumlu tutulup sadece mali haklara tecavüz fiilinden cezalandırılacaktır[18].

Somut norm denetimine konu olan FSEK m. 81/13'de yer alan: "*Bandrol yükümlülüğüne aykırılığın aynı eserle ilgili olarak 71 inci maddenin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde tanımlanan suçla birlikte işlenmesi hâlinde, fail hakkında sadece 71 inci maddeye göre cezaya hükmolunur. Ancak, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır."*şeklindeki fikri içtima düzenlemesi, Anayasa Mahkemesi'nin 12/6/2020 tarih 2020/29 sayılı Kararıyla iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesinde şu hususlara değinmiştir: *"Eserler üzerinde işlenebilecek çoğaltma, satışa arz etme, yayma, ticari amaçla satın alma gibi fiiller, FSEK m. 71 ve m. 81 kapsamında ayrı ayrı suç olarak düzenlenmiştir. Söz konusu maddelerde düzenlenen suçların hukuki konusu birbirinden farklıdır. Manevi, mali ve bağlantılı haklara tecavüz suçlarını düzenleyen Kanun'un 71. maddesinde korunan hukuki menfaat eser sahiplerinin manevi, mali ve bağlantılı hakları iken 81. Maddedeki bandrol yükümlülüğüne aykırılık suçlarında korunan hukuki menfaat kamunun menfaatidir. Bandrol yükümlülüğüne aykırılık suçundan farklı olarak manevi, mali veya bağlantılı hak sahiplerinin haklarına tecavüz suçlarının soruşturulması ve kovuşturulması şikayete tabi bulunduğundan itiraz konusu kural yalnızca hak sahibinin şikayetçi olması durumunda uygulama alanı bulabilecektir. Bu durumda hak sahibinin hukuka aykırı fiil sebebiyle şikâyetçi olmaması hâlinde fail hakkında bandrol yükümlülüğüne aykırılık sebebiyle hapis ve adli para cezası birlikte uygulanacak iken hak sahibinin şikâyetçi olması durumunda itiraz konusu kural gereğince fail hakkında seçimlik olarak hapis veya adli para cezasına hükmedilebilecek; cezalar daha hafif*

[16] Sınar, s. 407.
[17] Kocaoğlu, A. (2020). 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Manevi, Mali veya Bağlantılı Haklara Tecavüz Suçu (FSEK Md. 71). Yayınlanmamış doktora tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir, s. 222.
[18] Kocaoğlu, s. 220-221.

olarak belirlenebilecek; 71. maddenin üçüncü fıkrasındaki şartların gerçekleşmesi hâlinde ise failin cezasında indirim yapılması veya faile ceza vermekten vazgeçilmesi de mümkün olabilecektir. Bu durumda suçtan zarar görenin tatmini sağlanamayacağı gibi şikâyet hakkının kullanılması, fiilin yarattığı etkinin daha yoğun olduğunu göstermesine rağmen failin daha lehine bir hukuki sonuç doğuracak ve şikâyet olmasa idi hükmedilecek cezadan daha hafif bir cezanın verilmesine veya belirli durumlarda ceza vermekten vazgeçilmesine sebebiyet verecektir… Bu itibarla suç ile ceza arasında adil bir denge oluşturamayan kural, yarattığı etki ve sonuçlar itibarıyla ölçülülük ilkesine aykırıdır."[19]. Karardan da anlaşılacağı üzere, her iki suçun birlikte işlenmesi ve hak sahiplerinin şikayette bulunması halinde failler hakkında sadece 71. maddede düzenlenen ve 81. maddedeki cezalara göre daha hafif olan cezaların belirlenmesi mümkün olabileceğinden suç ile ceza arasında adil bir denge oluşturamayan FSEK m.81/13, yarattığı etki ve sonuçlar itibarıyla ölçülülük ilkesine aykırıdır. Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu bu karara biz de katılmaktayız. Hem failler arasında eşitsizliğe yol açan hem de ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil eden bu düzenlemenin iptali isabetli olmuştur.

SONUÇ

Telif hakları fikri hakların özel bir türüdür. Bir kişinin düşünsel olarak ortaya koyduğu değerin hukuksal yollarla korunmasına yönelik en önemli araç telif hakkıdır. Tarihsel süreç içerisinde fikir ve sanat eserleri üzerinde hak sahibi olanların haklarının korunmasına yönelik eğilim artarak çoğalmıştır. Telif hukuku genel itibariyle özel hukukun bir dalıdır. Ancak özel hukuk yaptırımlarının telif haklarını korumada yetersizliği nedeniyle kanun koyucu cezai düzenlemeler öngörmüştür. Türk hukukunda telif haklarının korunması amacıyla ihdas edilmiş ceza normları 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda yer alır.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda 5728 sayılı Kanun ile yapılan düzenleme sonucu manevi, mali ve bağlantılı haklara yönelik suç teşkil eden fiiller 71. maddede toplanmıştır. Bu düzenleme özellikle suçların içtimaı hükümlerinin uygulanması bakımından tereddüt yaratmaktadır. Zira bu tarz bir düzenleme farklı hukuki yararları koruyan suçların aynı suçun seçimlik hareketleri şeklinde algılanmasına müsaittir. Bu olumsuz durumun ortadan kalkması için maddi, manevi ve bağlantılı haklara yönelik suçların Kanunun farklı maddelerinde düzenlenmesinin faydalı olacağını düşünmekteyiz.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında olan bir eser üzerinde müşterek hak sahipliği söz konusu olabilir. Örneğin her bölümünü başka bir yazarın yazdığı kitap için bu tür bir hak sahipliği söz konudur. Her yazar kendi yazdığı bölüm üzerinde telif hakkına sahiptir. Fail bu tür kitabın üzerine kendi adını koyup piyasaya sürdüğünde tek bir fiil ile

[19]Anayasa Mahkemesi'nin 12 Haziran 2020 tarih, E. 2019/74; K. 2020/29 sayılı kararı. https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2020/29?KararNo=2020%2F29 E.T. 12.07.2022.

birden fazla mağdura karşı suç işlemiş olacaktır. Verdiğimiz bu örnekte TCK m. 43 f. 1'de düzenlenen aynı türden fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerekir.

KAYNAKÇA

Afori, O. F. (2012). The Evolution Of Copyright Law and Inductive Speculations As To Its Future, Journal Of Intellectual Property Law. V.12, N.2, p. 231-259.

Albayrak, M. (2005). Fikri ve Sınaî Haklar Aleyhine İşlenen Suçların Kovuşturulması ve Yargılamasında Sorunlar ve Çözüm Yolları. TBB Dergisi, S. 57, s. 334-357.

Bell, T.W. (2018). Intellectual Privilege Copyright, Common Law, and the Common Good, Second Printing, Mercatus Center: Virginia.

Demirbaş, T. (2011). Ceza Hukuku Genel Hükümler. 7.Baskı, Seçkin Yayınevi: Ankara.

Güneş, İ. (2017). Uygulamada Marka Haksız Rekabet ve Telif Suçları. 3. Baskı, Adalet Yayınevi: Ankara.

Hakeri, H. (2015). Ceza Hukuku Genel Hükümler. 18. Baskı, Adalet Yayınevi: Ankara.

Koca, M. ve Üzülmez, İ. (2008). Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler. Birinci Baskı, Seçkin Yayınevi: Ankara.

Kocaoğlu, A. (2020). 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Manevi, Mali veya Bağlantılı Haklara Tecavüz Suçu (FSEK Md. 71). Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir.

Sınar, H. (2006). Ceza Hukuku Açısından Telif Haklarının Korunması. Yayınlanmamış doktora tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul.

Şahin, A. (2010). Fikri Hukukta Eser Sahibinin Mali Haklarının Korunması. 1. Baskı, Vedat Kitapçılık: İstanbul.

Turan, M. ve Yılmaz, B. (2014). Türkiye'de Telif Hakları İhlalleri: Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme. Bilgi Dünyası Dergisi, S. 15(1), s. 55-75.

Yazıcıoğlu, Y.R. (2009). Fikri Mülkiyet Hukukundan Kaynaklanan Suçlar. 1. Baskı, Oniki Levha Yayınları: İstanbul.

https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/

ANLAŞMALI BOŞANMADAN SONRA MAL REJİMİNİN TASFİYESİNİN TALEP EDİLİP EDİLEMEYECEĞİ MESELESİ

Doç. Dr. Tuba BİRİNCİ UZUN*

Özet

01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunu ile edinilmiş mallara katılma rejimi, yasal mal rejimi olarak kabul edilmiştir. Mal rejimini sona erdiren sebepler TMK md. 225'te belirtilmiştir. Boşanma, mal rejimini sona erdiren sebeplerden biridir. Eşler çekişmeli olarak boşanabileceği gibi anlaşmalı olarak da boşanabilirler. TMK md. 166 f. 3 hükmü uyarınca, anlaşmalı boşanma için tarafların boşanmanın mali sonuçları hakkında da anlaşmış olması gerekir. Ne var ki anlaşmalı boşanma protokollerinde yer alan ifadeler çoğu zaman belirsizdir ve protokolün kapsamı da tartışmalıdır. Uygulamada mal rejiminin tasfiyesini talep eden davacı taraf genellikle anlaşmalı boşanma protokolünün yalnızca boşanmanın mali sonuçlarına ilişkin olduğunu, ilgili protokolün mal rejiminin tasfiyesini kapsamadığını iddia eder. Buna karşılık davalı taraf ise anlaşmalı boşanma protokolünün yalnızca boşanmanın mali sonuçlarına ilişkin olmadığını, ilgili protokolün mal rejiminin tasfiyesini de kapsadığını, tarafların katkı ve katılma alacağı konusunda da mutabakata vardıklarını iddia eder. Bu noktada yalnızca anlaşmalı boşanma protokolünde yer alan kayıtlar değil eşlerin duruşmadaki beyanları da önemlidir. Zira eşlerin duruşmadaki beyanları mahkeme içi ikrar olup kesin delil niteliğindedir. Anlaşmalı boşanmadan sonra mal rejiminin tasfiyesinin talep edilip edilemeyeceği esasen bir yorum meselesidir. Bazı Yargıtay kararlarında, anlaşmalı boşanma protokolünde yer alan veya eşlerin duruşmadaki beyanlarında geçen *"alacak, mal veya eşya talebim yoktur"* şeklindeki ifadelerin taraflar için bağlayıcı olduğu, bu yöndeki ifade ve beyanlara rağmen katılma alacağı ile değer artış payı alacağı talep edilemeyeceği belirtilmiştir. Ancak aksi yönde kararlar da mevcuttur.

Anahtar Kelimeler: aile hukuku, anlaşmalı boşanma, edinilmiş mallara katılma rejimi, mal rejiminin tasfiyesi.

GİRİŞ

1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunu ile edinilmiş mallara katılma rejimi, yasal mal rejimi olarak kabul edilmiştir. TMK md.225 hükmü uyarınca, mal rejimi,

* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. tbirinciuzun@akdeniz.edu.tr, ORCID-ID: 0000-0002-0185-0619.

eşlerden birinin ölümü veya başka bir mal rejiminin kabulüyle sona erer; mahkemece evliliğin iptal veya boşanma sebebiyle sona erdirilmesine veya mal ayrılığına geçilmesine karar verilmesi hâllerinde ise mal rejimi dava tarihinden geçerli olmak üzere sona erer.

TMK md. 166 f. 3 hükmü uyarınca, *"Evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi hâlinde, evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu hâlde boşanma kararı verilebilmesi için, hâkimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın malî sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır"*. Bu düzenlemeye göre, anlaşmalı boşanma için tarafların boşanmanın mali sonuçları hakkında da anlaşmış olması gerekir. Boşanmanın mali sonuçları üzerinde anlaşma şartı, Türk Medeni Kanunu'nun 174. maddesinde düzenlenen boşanma nedeniyle maddi ve manevi tazminat, 175. maddesinde düzenlenen yoksulluk ve 182. maddesinde düzenlenen iştirak nafakası talebine ilişkindir. Anlaşmalı boşanma protokolünde ayrıca yer verilmemişse tarafların mal rejimini tasfiye ettikleri kabul edilemez.

Önemle belirtmek gerekir ki anlaşmalı boşanma protokollerinde yer alan ifadeler çoğu zaman belirsizdir ve protokolün kapsamı tartışmalıdır. Uygulamada mal rejiminin tasfiyesini talep eden davacı taraf genellikle anlaşmalı boşanma protokolünün yalnızca boşanmanın mali sonuçlarına ilişkin olduğunu, ilgili protokolün mal rejiminin tasfiyesini kapsamadığını iddia eder. Buna karşılık davalı taraf ise anlaşmalı boşanma protokolünün yalnızca boşanmanın mali sonuçlarına ilişkin olmadığını, ilgili protokolün mal rejiminin tasfiyesini de kapsadığını, tarafların katkı ve katılma alacağı konusunda da mutabakata vardıklarını iddia eder.

Bu noktada yalnızca anlaşmalı boşanma protokolünde yer alan kayıtlar değil eşlerin duruşmadaki beyanları da önemlidir. Zira eşlerin duruşmadaki beyanları mahkeme içi ikrar olup kesin delil niteliğindedir. O halde öncelikle meselenin kaynağı tespit edilmeli, daha sonra anlaşmalı boşanma protokollerinde yer alan ifadeler ile eşlerin duruşmadaki beyanlarının Yargıtay tarafından nasıl yorumlandığına bakılmalı ve sorunun çözümüne odaklanılmalıdır.

I. MESELENİN KAYNAĞININ TESPİTİ

İsviçre Hukukunda boşanma kararının birliği ilkesi geçerli olup, hâkim boşanma davasında re'sen boşanmanın çocuk bakımından sonuçlarını (velayet, iştirak nafakası ve çocukla kişisel ilişkinin kurulması) düzenlemekte ve mal rejiminin de tasfiyesini yapmakta, talep olması halinde ise maddi ve manevi tazminat ile yoksulluk nafakası konularını da karara bağlamaktadır[1].

İsviçre Federal Mahkemesine göre[2], eşlerin gelir ve malvarlığı durumu bakımından belirleyici olduğundan önce mal rejiminin tasfiyesi yapılır. İsviçre Federal Mahkemesine göre, boşanmanın fer'ileri mal rejiminin tasfiyesinin sonucuna bağlı değilse ancak bu durumda mal rejiminin tasfiyesi boşanma davasından sonra açılacak ayrı bir dava ile talep edilebilir.

Gerçekten de iştirak ve yoksulluk nafakası ile maddi ve manevi tazminat miktarlarının tespitinde mal rejiminin tasfiyesi sonucunda ortaya çıkacak durum belirleyici rol oynar[3]. Şöyle ki mal rejiminin tasfiyesi sonucunda yoksulluk nafakası talebinin şartları tamamen ortadan kalkabilir. Böyle bir ihtimal söz konusu olabilir.

Bir görüşe göre[4] maddi tazminata ilişkin kararın kesinleşmesinden sonra mal rejiminin tasfiyesinde, maddi tazminat alacaklısı olan eşin aynı zamanda katılma alacaklısı olması halinde, maddi tazminatın katılma alacağından indirilmesi gerekir. Bu görüşe göre, benzer bir durum yoksulluk nafakası bakımından da ortaya çıkabilir; katılma alacağı sebebiyle yoksul olmaktan çıkan nafaka alacaklısı eşe karşı nafaka borçlusu eş yoksulluk nafakasının azaltılması veya duruma göre kaldırılması talebiyle dava açabilir.

Başka bir görüşe göre[5], mal rejiminin tasfiyesi boşanmanın mali sonuçlarından ayrı bir konu olarak düşünülemez. Bu görüşe göre eşlerin malvarlığı durumu tam olarak bilinmedikçe taraflar arasındaki anlaşmanın hakkaniyete uygun olup olmadığı da belirlenemez.

İsviçre Federal Mahkemesi tarafından verilen bir kararda[6], yoksulluk nafakası ile ilgili olarak, eşlerin gelir ve malvarlığı durumunun nafaka miktarının tespiti bakımından dikkate alınması gereken ölçütlerden olduğu; malvarlığına mal rejiminin tasfiyesinin

---

1 Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. GÜMÜŞ, Mustafa Alper: "Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Çerçevesinde Boşanma Davası; İştirak Nafakası; Maddi ve/veya Yoksulluk Nafakası ve/veya Manevi Tazminat Talepleri ile Mal Rejiminin Tasfiyesi Talebi Arasındaki İlişki", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 3-4, 2005, s. 383-402.

2 BGE 130 III 546; 113 II 99; 105 II 223; 98 11 345; 95 II 68 (GÜMÜŞ, s. 386, dn. 8).

3 GÜMÜŞ, s. 388; ZEYTİN, Zafer: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 403.

4 ZEYTİN, s. 403.

5 ÖNCÜ, Özge: "Eşlerin Anlaşmalı Boşanma Çerçevesinde Mal Rejiminin Tasfiyesine Yönelik Olarak Yaptıkları Anlaşmalar ve Bu Anlaşmaların Uygulamada Doğurduğu Sorunlar", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 19, Özel Sayı (Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan), 2017, s. 829.

6 BGE 130 III s.546-547 (GÜMÜŞ, s. 387, dn.9).

sonuçlarının da dâhil olduğu; kanunun sistematiğinden hareketle mahkemenin öncelikle mal rejiminin tasfiyesini yapması gerektiği ifade edilmiştir.

Mal rejiminin tasfiyesi sonucunda ortaya çıkacak durum yalnızca yoksulluk nafakasının varlığı ve miktarı bakımından değil, iştirak nafakası bakımından da önemlidir. Zira velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eş, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır. Eşin maddi gücünün tespiti için de yine mal rejiminin tasfiyesi gerekir. Bunun dışında koşulları gerçekleşmişse ödenecek olan maddi ve manevi tazminat miktarının belirlenmesinde de mal rejiminin tasfiyesi sonucunda ortaya çıkacak olan durum önem arz eder. Zira kanunda uygun bir tazminat miktarından bahsedilmektedir. Buna göre gerek yoksulluk ve iştirak nafakasının varlığı ve miktarı gerekse maddi ve manevi tazminat miktarının belirlenmesi bakımından mal rejiminin tasfiyesi bir ön koşul olarak karşımıza çıkar[7].

Türk Hukuku'nda ise durum oldukça farklıdır. Uygulamada, eski alışkanlıkla sanki eşler arasında hala mal ayrılığı rejimi geçerliymiş gibi hareket edilmekte, edinilmiş mallara katılma rejiminin eşlerin malvarlığı bakımından meydana getirdiği sonuçlar göz ardı edilmektedir[8]. İşte meselenin asıl kaynağı budur, boşanma kararının birliği ilkesinin Türk Hukukunda tam olarak uygulanmamasıdır. Zira anlaşmalı boşanma için tarafların yoksulluk ve iştirak nafakası ile maddi ve manevi tazminat gibi boşanmanın mali sonuçları hakkında da anlaşmış olması gerekir. Oysa yukarıda da ifade edildiği üzere gerek yoksulluk ve iştirak nafakasının varlığı ve miktarı gerekse maddi ve manevi tazminat miktarının belirlenmesi bakımından mal rejiminin tasfiyesi bir ön koşul olarak karşımıza çıkmaktadır.

II. YARGITAY'IN KONUYA YAKLAŞIMI

Bazı Yargıtay kararlarında, anlaşmalı boşanma protokolünde yer alan veya eşlerin duruşmadaki beyanlarında geçen "alacak, mal veya eşya talebim yoktur" şeklindeki ifadelerin taraflar için bağlayıcı olduğu, bu yöndeki ifade ve beyanlara rağmen katılma alacağı ile değer artış payı alacağı talep edilemeyeceği belirtilmiştir. Ancak aksi yönde kararlar da mevcuttur.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 24.02.2010 tarihli ve E. 2010/2-96 K. 2010/106 sayılı kararında9, boşanmanın mali sonuçları üzerinde anlaşma şartının boşanma nedeniyle maddi ve manevi tazminat ile yoksulluk ve iştirak nafakası taleplerine ilişkin olduğu; anlaşmada ayrıca belirtilmemişse tarafların mal rejimini tasfiye ettiklerinin kabul edilemeyeceği; mal rejiminin tasfiyesinin anlaşmalı boşanma kapsamında bulunmadığı; somut olayda protokol başlıklı belgede tarafların kendilerine ait eşyaları aldıklarının, birbirlerinden hak ve alacaklarının kalmadığının ve evlilik birliği içinde edinilmiş bir mal

[7] GÜMÜŞ, s. 388.
[8] GÜMÜŞ, s. 388.
[9] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 24.02.2010, E. 2010/2-96 K. 2010/106 (www.legalbank.net, erişim tarihi: 27.07.2022).

olmadığından bu yönde de bir taleplerinin bulunmadığının belirtildiği; duruşmada da tarafların bu hususları tekrar ettiği; duruşmadaki beyanların mahkeme içi ikrar niteliğinde olduğu; davacı aleyhine kesin delil teşkil ettiği; tarafların aralarındaki anlaşmaya göre boşanmaya karar verilmesini istediği; davalının bu anlaşmaya güvenerek boşanmayı kabul ettiği; bundan sonra protokol hükümlerine aykırı olarak boşanma davasındaki beyan ve dilekçeleri yok sayarak mal rejiminin tasfiyesinin talep edilmesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiği ve hakkın kötüye kullanılması anlamına geldiği belirtilmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 24.02.2010 tarihli ve E. 2010/2-96 K. 2010/106 sayılı kararının uygulamayı etkilediği, bu karardan sonra Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin genelde aynı yönde karar verdiği görülmektedir. Örneğin Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 12.04.2011 tarihli ve E. 2010/4983 K. 2011/2095 sayılı kararında10,

> "Davacı … boşanma davası sırasında 04.03.2008 tarihli duruşmada aralarındaki anlaşmaya göre boşanmaya karar verilmesini istediğine ve davalı kadının da bu anlaşmadaki düzenlemeye güvenerek boşanmayı kabul ettiğine göre; bundan sonra davacının bu beyanını yok sayarak görülmekte olan bu davayı açıp, talepte bulunması 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde düzenlenen dürüst davranma kuralına da aykırılık teşkil etmekte; eş söyleyişle hakkın kötüye kullanılması anlamına gelmektedir. Yukarıda yapılan açıklamaların sonucu olarak; mal rejiminden kaynaklanan talepler boşanmanın fer'ilerinden olmadığından ayrıca dava konusu edilebilirler. Somut olayda, davacının boşanma dosyasındaki 04.03.2008 tarihli duruşmadaki beyanı, boşanma kararının gerekçe ve hüküm kısmında bu beyandan bahsedilmiş oluşu dikkate alındığında, boşanma dava dosyasındaki bu beyan mahkeme içi ikrar niteliğinde olup; böylece, görülmekte olan davada kesin delil niteliğini taşıdığı ve ayrıca davacının bu ikrarına rağmen eldeki davayı açarak tamamen aksini ileri sürmekle dürüstlük kuralına aykırı davrandığının ve bu durumun hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiğinin kabulü gerekir. Ayrıca davacının beyanında geçen eşya kavramının taşınmaz ve taşınır mallar ile boşanmanın fer'i niteliğinde olmayan mal rejiminin tasfiyesinden kaynaklanan değer artış payı ve katılma alacağı taleplerini de kapsadığında duraksamamak gerekir" ifadesine yer verilmiştir.

Yargıtay'a göre, eşlerin duruşmadaki beyanlarında geçen eşya kavramının kapsamına değer artış payı ve katılma alacağı da dâhildir. Buna göre duruşmada eşya talebinin bulunmadığını beyan eden taraflar daha sonra mal rejiminin tasfiyesi buna bağlı olarak da değer artış payı ve katılma alacağı talebinde bulunamazlar.

[10] Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, T. 12.04.2011, E. 2010/4983 K. 2011/2095 (www.legalbank.net, erişim tarihi: 27.07.2022).

Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 13.02.2012 tarihli ve E. 2011/4721 K. 2012/752 sayılı kararında ise11 "...davacı ...'nın davalı ...'dan maddî – manevî tazminat, nafaka ile ayrıca ve açıkça alacak talebinde bulunmadığını bildirmiş olduğuna ve beyanları duruşma tutanağına geçirilerek doğruluğu imzasıyla onaylandığına göre, davacı vekilinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle hükmün esasının açıklanan nedenlerle onanmasına ..." ifadesine yer verilmiş ve davacının tasfiye talebi reddedilmiştir. O halde Yargıtay'a göre, alacak kavramının kapsamına katkı ve katılma alacağı da dâhildir.
Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 19.09.2013 tarihli ve E. 2013/872 K. 2013/12674 sayılı kararı da12 aynı yöndedir. Bu kararda,

> "Kural olarak, boşanma davasında taraflar arasındaki boşanmanın fer'ilerine ilişkin anlaşmalar taraflar arasındaki mal rejiminin tasfiyesini kapsamaz. Ancak, *bu durum tarafların boşanma davasının görüldüğü sırada aralarındaki mal rejiminin tasfiyesini amaçlayan protokol ve sözleşme yapmalarına engel değildir. ...Somut olayda, davacı yukarıda açıklandığı üzere nafaka, maddî manevî tazminat ve boşanmanın fer'ilerinden olmayan 'herhangi bir mal' talebinin de bulunmadığını açıkça bildirmiştir. Davacı tarafından belirtilen herhangi bir mal tabirinin malvarlığının tamamına yönelik olup, taşınır ve taşınmazlar ile para değeri bulunan her türlü alacak ve hakkı kapsadığı nazara alındığında, tarafların boşanma davası ile yapmış oldukları ve tutanaklara geçen sözleşme ile mal rejimlerinin tasfiyesini gerçekleştirdiklerinin kabulü gerektiği…"*
> ifade edilmiştir.

Yargıtay'a göre, anlaşmalı boşanma protokolünde veya duruşmadaki beyanlarda geçen mal kavramı aslında taşınır ve taşınmaz mallar ile maddi değeri bulunan her türlü alacak ve hakkı da kapsayan malvarlığı kavramını ifade etmektedir. Buna göre anlaşmalı boşanma protokolünde veya duruşmada mal talebinin bulunmadığını beyan eden taraflar daha sonra mal rejiminin tasfiyesini isteyemezler buna bağlı olarak da değer artış payı ve katılma alacağı talebinde bulunamazlar.

Konumuz bakımından Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 27.11.2013 tarihli ve E. 2013/8-185 K. 2013/1601 sayılı kararı da[13] son derece önemlidir. Kararın ilgili kısmı aşağıda belirtildiği gibidir:

> *"Dava, eşler arasında mal rejiminden kaynaklanan alacak istemine ilişkindir. Davacı vekili özetle; kooperatif evinin yarısının davacıya ait olduğunu,*

[11] Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, T. 13.02.2012, E. 2011/4721 K. 2012/752 (www.legalbank.net, erişim tarihi: 27.07.2022).
[12] Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 19.09.2013 tarihli ve E. 2013/872 K. 2013/12674 (www.legalbank.net, erişim tarihi: 27.07.2022).
[13] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 27.11.2013, E. 2013/8-185 K. 2013/1601 (www.legalbank.net, erişim tarihi: 27.07.2022).

bedelinin davacıya ödenmediğini, davaya konu evin iç kısım işlerinin yaptırılması aşamasında davacının babasının 6.500 TL verdiğini, taraflar söz konusu gayrimenkulü evlendikten sonra aldıklarını, 30.000 TL katkı payının davalıdan alınarak davacıya verilmesini talep etmiştir. Davalı vekili savunmasında; boşanmaya esas protokolün 3. maddesinde, tarafların birbirinden mal taleplerinin olmadığını belirterek davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, protokol ve tüm dosya kapsamından davacının protokol düzenleyerek mal talebinde bulunmadığı ve bu şekilde anlaşmalı olarak boşandığı, protokolün mahkemece onaylandığı, protokoldeki mal ibaresinin dar kapsamlı algılanamayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı vekilinin temyizi üzerine karar, önce onanmış, daha sonra karar düzeltme aşamasında Özel Dairece yukarıda başlık bölümünde gösterilen nedenlerle bozulmuştur. Yerel Mahkemece, önceki kararda direnilmiş; hükmü temyize davacı vekili getirmiştir.

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık tarafların anlaşmalı boşanma davası sırasında düzenledikleri protokolde yer alan 'tarafların mal talepleri yoktur' şeklindeki ifadenin, eşler arasında 'mal rejiminden kaynaklanan alacak' isteklerini de kapsayıp kapsamayacağı noktasında toplanmaktadır.

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, mahkeme kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle tarafların boşanmalarına ilişkin S_ Asliye Hukuk (Aile) Mahkemesi'nin 2009/160-244 sayılı kesinleşen kararı ile onanan protokol hükmü uyarınca tarafların karşılıklı mal taleplerinin bulunmadığına ilişkin protokoldeki ifadenin mal rejiminden kaynaklanan alacağı da kapsadığının anlaşılmasına göre, yerel mahkemenin aynı hususları gözeterek yazılı şekilde karar vermesinde bir isabetsizlik görülmediğinden, direnme kararının onanması gerekir" .

Bu kararda, anlaşmalı boşanma protokolünde geçen *"tarafların mal talepleri yoktur"* şeklindeki ifadenin ne anlama geldiği ve bu ifadenin mal rejiminin tasfiyesini kapsayıp kapsamadığı konusunun tartışıldığı görülmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kuruluna göre *"tarafların mal talepleri yoktur"* şeklindeki ifade, tarafların mal rejiminden kaynaklanan alacak haklarını da kapsamaktadır.

Buradan hareketle mal rejiminin tasfiyesi talebiyle açılan davalarda, Yargıtay'ın mal kavramını geniş yorumladığı söylenebilir[14].

Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 23.01.2015 tarihli ve E. 2014/25689 K. 2015/1502 sayılı kararında da[15]

"Somut olayda; boşanma davasının dava dilekçesi ekinde mahkemeye ibraz edilen 09.04.2010 tarihli anlaşmalı boşanma protokolünün 3. bendinde 'taraflar birbirlerinden; maddi ve manevi tazminat, tedbir ve yoksulluk nafakası, katkı payı ve her ne nam altında olursa olsun başkaca hiçbir talepte bulunmadıklarını, belirtilen hususlarda ileride dava ve talepte bulunmayacaklarını bu haklarından karşılıklı olarak feragat ettiklerini beyan ve kabul etmişlerdir' beyanı ile 5. bendinde 'tarafların başkaca gayrimenkul, ziynet eşyası, vasıta ve benzeri paylaşılacak bir malvarlıkları yoktur. Taraflar karşılıklı olarak bu konularda hiçbir talepleri olmadığını, belirtilen hususlarda ileride dava ve talepte bulunmayacaklarını bu haklarından karşılıklı olarak feragat ettiklerini iş bu protokol ile kabul etmişlerdir' beyanı yer almaktadır. Mahkemenin gerekçeli kararında ibraz edilen protokolün mahkemece uygun görüldüğü ve tarafların anlaşmalı olarak boşanmalarına karar verildiği anlaşılmaktadır. Taraflar arasındaki mahkemece uygun görülen 09.04.2010 tarihli boşanma protokolünde katkı payı alacağı ve her ne nam altında olursa olsun başkaca hiçbir talepte bulunmadıkları, belirtilen hususlarda ileride dava ve talepte bulunmayacakları, bu haklarından karşılıklı olarak feragat ettikleri beyan edildiğine göre Mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçelerle kabulüne karar verilmesi doğru olmamıştır"

ifadesine yer verilmiştir.

Karardan, taraflar arasında imzalanan anlaşmalı boşanma protokolünde, katkı payı alacağı ve her ne nam altında olursa olsun tarafların başka hiçbir talepte bulunmayacağı şeklinde bir düzenlemenin bulunduğu anlaşılmaktadır. Yargıtay'a göre, böyle bir ifade tarafların karşılıklı olarak haklarından feragat ettiğini gösterir ve artık taraflar mal rejiminin tasfiyesini talep edemez.

Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 09.02.2017 tarihli ve E. 2016/21885 K. 2017/1388 sayılı kararı da[16] aynı yöndedir. Bu kararda,

[14] AKINCI, Şahin: "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde Karşılaşılan Bazı Meseleler ve Çözüm Önerileri", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 3 (Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan), 2016, s. 182.

[15] Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, T. 23.01.2015, E. 2014/25689 K. 2015/1502 (www.legalbank.net, erişim tarihi: 27.07.2022).

[16] Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, T. 09.02.2017, E. 2016/21885 K. 2017/1388 (www.kararara.com, erişim tarihi: 27.07.2022).

"Davacı ... vekili, dava dilekçesinde belirtilen taşınmaz nedeniyle mal rejiminin tasfiyesi ile alacak isteğinde bulunmuştur. Davalı ... vekili, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davacı ile vekilinin boşanma davasının 10.03.2011 tarihli duruşmasındaki davalıdan mal talepleri olmadığına ilişkin beyanlarının kesin delil niteliğini haiz mahkeme içi ikrar olduğu ve eldeki dava bakımından kendilerini bağladığı, anılan beyana rağmen dava açılmasının hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, verilen karar Dairemizin 02.12.2013 tarih, 2013/5043 Esas – 2013/18125 Karar sayılı ilamı ile bozulmuş, mahkemece önceki hükümde direnilmesine karar verilmesi üzerine, anılan direnme kararı davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. 02.12.2016 tarihinde yürürlüğe giren 6763 sayılı Kanun'un 45. maddesi ile 6100 sayılı HMK'na eklenen geçici 4/1. maddesi uyarınca, inceleme yapılmak üzere, dosya Dairemize gönderilmiştir.

Dosya muhtevasına, dava evrakı ile yargılama tutanakları münderecatına, mevcut deliller mahkemece takdir edilerek karar verildiğine ve takdirde bir isabetsizlik bulunmadığına göre mahkemece verilen direnme hükmünün yerinde bulunduğu anlaşıldığından, mahkemenin anılan kararının bozulmasına ilişkin Dairemizin 02.12.2013 tarih, 2013/5043 Esas – 2013/18125 Karar sayılı ilamının kaldırılmasına, davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun olan 06.05.2014 tarih, 2014/203 Esas – 2014/321 Karar sayılı hükmün onanmasına ... 09.02.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi"

denmektedir.

Farklı tarihlerde verilen bu kararlar bir arada değerlendirildiğinde, anlaşmalı boşanma protokolünde yer alan veya eşlerin duruşmadaki beyanlarında geçen *"alacak, mal veya eşya talebim yoktur"* şeklindeki ifadelerin taraflar için bağlayıcı olduğu, bu beyanlara rağmen katılma alacağı ile değer artış payı alacağı talep edilemeyeceği ve Yargıtay içtihatlarının da bu yönde olduğu anlaşılmaktadır.

Anlaşmalı boşanma protokolünde, *"Tarafların karşılıklı olarak birbirlerinden nafaka, maddi ve manevi tazminat talepleri yoktur"* ifadesinin yer aldığını varsayalım. Bu protokolden yola çıkılarak mal rejiminin tasfiyesinin yapılmadığı, protokolün yalnızca boşanmanın fer'ilerine ilişkin olduğu söylenebilir. Ancak bu durum boşanma davasının görüldüğü sırada tarafların mal rejiminin tasfiyesini amaçlayan bir anlaşma yapmasına engel değildir. Anlaşmanın mutlaka yazılı olması da gerekmez, sözlü anlaşmanın zapta

geçirilmesi yeterlidir[17]. İşte bu nedenle Yargıtay yalnızca anlaşmalı boşanma protokolü ile yetinmemekte, eşlerin duruşmadaki beyanlarını da dikkate almaktadır. Örneğin taraflar duruşmada; önce boşanma ve sonuçlarına ilişkin anlaşmanın sağlandığını, bu kapsamda maddi ve manevi tazminat ile nafaka taleplerinin bulunmadığını ifade etmiş, bunların dışında boşanmanın fer'ilerinden olmamasına rağmen ayrıca ve açıkça alacak, mal veya eşya taleplerinin olmadığını beyan etmiş olabilirler. İşte bu gibi hallerde Yargıtay'a göre[18], ister anlaşmalı boşanma protokolünde geçsin isterse eşlerin duruşmadaki beyanlarında yer alsın bu ifadelerin değer artış payı ve katılma alacağı taleplerini de kapsadığı noktasında duraksamamak gerekir.

Yargıtay'ın aksi yönde kararları da mevcuttur. Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 26.12.2017 tarihli ve E. 2015/22210 K. 2017/17561 sayılı kararına[19] konu olayda, ilk derece mahkemesi tarafından, boşanma davasında 09.04.2014 tarihli duruşmada tarafların *"karşı taraftan herhangi bir eşya talebim yoktur"* şeklindeki beyanının mahkeme içi ikrar niteliğinde olduğunu, davacı aleyhine kesin delil teşkil ettiğini; davacının bu ikrarına rağmen görülmekte olan davayı açmasının hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğunu; davacının beyanında geçen "eşya" kavramının taşınmaz ve taşınır mallar ile boşanmanın fer'i niteliğinde olmayan mal rejiminin tasfiyesinden kaynaklanan "değer artış payı ve katılma alacağı" taleplerini de kapsadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Kararın temyizi üzerine Yargıtay 8. Hukuk Dairesi tarafından bu karar taraflar arasında mal rejiminin tasfiyesine ilişkin bir anlaşma bulunmadığından bahisle bozulmuştur. Oysa karardan, taraflar arasındaki anlaşmalı boşanma protokolünün 2. maddesinin tarafların birbirinden tazminat ve nafaka talebinin bulunmadığı, protokolün 3. maddesinin taraflar arasında eşyaların taksimi konusunda da anlaşmanın sağlandığı yönünde olduğu ve davacının duruşmada davalı ile boşanma ve fer'ilerinde anlaştıklarını, buna göre davalıdan herhangi bir ziynet, eşya, maddi, manevi tazminat, tedbir ve yoksulluk nafakası talebinin bulunmadığı şeklinde beyanda bulunduğu anlaşılmaktadır. Bunun dışında boşanma kararında tarafların birbirlerinden tedbir, iştirak ve yoksulluk nafakası, maddi ve manevi tazminat, ziynet ve eşya talepleri olmadığından bu hususlarda karar verilmesine yer olmadığına ve anlaşmalı boşanma protokolünün aynen tasdikine ve kararın eki sayılmasına karar verildiği görülmektedir. Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin bu kararının daha önce yine aynı daire tarafından verilen kararlar ile çeliştiği söylenebilir.

[17] DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku, Cilt: III, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi,13. Baskı, İstanbul 2018, s. 124.

[18] Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, T. 12.04.2011, E. 2010/4983 K. 2011/2095 (www.legalbank.net, erişim tarihi: 27.07.2022).

[19] Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 26.12.2017 tarihli ve E. 2015/22210 K. 2017/17561 (www.legalbank.net, erişim tarihi: 27.07.2022).

III. ANLAŞMALI BOŞANMA KURUMUNUN AMACI YÖNÜNDEN MESELEYE YAKLAŞIM

Eşler çekişmeli olarak boşanabileceği gibi anlaşmalı olarak da boşanabilirler. TMK md. 166 f. 3 hükmü uyarınca anlaşmalı boşanmaya karar verilebilmesi için evlilik birliğinin en az bir yıl sürmüş olması gerekir. Anlaşmalı boşanmaya karar verilebilmesi için eşlerin birlikte başvurması veya bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi gerekir. Bu durumda evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bunun dışında hâkim eşleri dinlemeli ve eşlerin iradelerini serbestçe açıkladıklarına kanaat getirmelidir. Ayrıca anlaşmalı boşanma kararı verilebilmesi için uygun bulunması koşuluyla tarafların boşanmanın mali sonuçları ile varsa çocukların durumu hakkında da anlaşmış olması gerekir. Anlaşmalı boşanma eşlere hızlı bir şekilde evlilik birliğini yine kendi arzuladıkları sonuçlara göre sona erdirme imkânı tanır[20]. Ortak iradeleriyle evlenmeye karar veren taraflar elbette yine ortak iradeleriyle boşanmaya da karar verebilmelidir[21].

Bir görüşe göre[22], anlaşmalı boşanma yoluna giden eşler, aralarındaki bütün uyuşmazlıkları sona erdirmek, aralarında herhangi bir uyuşmazlık konusu bırakmamak isterler. Bu görüşe göre, eşler tam da bu sebeple, aralarındaki uyuşmazlığı bir an önce sona erdirme isteğiyle, anlaşmalı boşanma yoluna giderler ve bu amaçla anlaşmalı boşanma protokolü hazırlarlar. Yine bu görüşe göre, hiçbir eş anlaşarak boşandığı eşiyle tekrar davalık olmak istemez.

Gerçekten de *"alacak, mal veya eşya talebim yoktur"* şeklindeki ifadelerin bulunduğu bir anlaşmalı boşanma protokolünün yalnızca boşanmanın mali sonuçlarına ilişkin olduğunun, ilgili protokolün mal rejiminin tasfiyesini kapsamadığının ileri sürülmesi başka bir deyişle mal rejiminin tasfiyesinin boşanma sonrasına bırakıldığının kabul edilmesi anlaşmalı boşanma kurumunun amacıyla ve özüyle bağdaşmaz. Yukarıda da ifade edildiği üzere, anlaşmalı boşanma eşlere hızlı bir şekilde evlilik birliğini yine kendi arzuladıkları sonuçlara göre sona erdirme imkânı tanır[23]. Aksinin kabulü halinde, eşler arasında anlaşmalı boşanma sonrasında yeni bir uyuşmazlık ortaya çıkar ve buna bağlı olarak yıllarca sürecek bir dava süreci başlar. Böyle bir durumda anlaşmalı boşanma, eşler arasındaki uyuşmazlığı sona erdirmez aksine çekişmeli mal rejimi tasfiyesinin başlangıcı haline gelir. Oysa anlaşmalı boşanma eşlere süratli bir şekilde evlilik birliğini yine kendi arzuladıkları sonuçlara göre sona erdirme imkânı tanıyan bir kurumdur.

Anlaşmalı boşanma için tarafların boşanmanın mali sonuçları hakkında da anlaşmış olması gerekir. Boşanmanın mali sonuçları üzerinde anlaşma şartı, Türk Medeni

[20] ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 692.
[21] KILIÇOĞLU, s. 112.
[22] AKINCI, s. 184.
[23] ÖZTAN, s. 692.

Kanunu'nun 174. maddesinde düzenlenen boşanma nedeniyle maddi ve manevi tazminat, 175. maddesinde düzenlenen yoksulluk ve 182. maddesinde düzenlenen iştirak nafakası talebine ilişkindir. Mal rejiminin tasfiyesi anlaşmalı boşanma kapsamına dâhil değildir. İşte bu sebeple zorunda olmamalarına rağmen anlaşmalı boşanma protokolünde yer alan veya eşlerin duruşmadaki beyanlarında geçen *"alacak, mal veya eşya talebim yoktur"* şeklindeki ifadelerin bağlayıcı olduğu, bu beyanlara rağmen katılma alacağı ile değer artış payı alacağı talep edilemeyeceği kabul edilmelidir. Zira taraflar hiçbir mecburiyetleri yokken bu yönde beyanda bulunmuşlardır.
Bir görüşe göre[24], hâkim muğlâk noktaları duruşmada taraflara açıklattırmalıdır; anlaşmada yer alan alacak kalemlerinin içeriği tespit edilmelidir. Bu görüşe göre, böyle bir tespit ileride ortaya çıkması muhtemel uyuşmazlıkları engeller.

SONUÇ

Anlaşmalı boşanma için tarafların boşanmanın mali sonuçları üzerinde anlaşmış olması gerekir. Boşanmanın mali sonuçları üzerinde anlaşma şartı, maddi ve manevi tazminat ile yoksulluk ve iştirak nafakası talebine ilişkindir, mal rejiminin tasfiyesi anlaşmalı boşanma kapsamına dâhil değildir.

Anlaşmalı boşanmadan sonra mal rejiminin tasfiyesinin talep edilip edilemeyeceği noktasında anlaşmalı boşanma protokolünün hükümleri ile eşlerin duruşmadaki beyanlarına bakılmalıdır. Anlaşmalı boşanma protokolünde yer alan hükümlerde veya eşlerin duruşmadaki beyanlarında geçen *"alacak, mal veya eşya talebim yoktur"* şeklindeki ifadelerin bağlayıcı olduğu, bu ve benzeri ifade ve beyanlardan sonra tarafların artık mal rejiminin tasfiyesi ile katılma ve değer artış payı alacağı talep edemeyeceği kabul edilmelidir. Elbette irade bozuklukları bundan müstesnadır.
Anlaşmalı boşanmadan sonra mal rejiminin tasfiyesinin talep edilip edilemeyeceği meselesinin uzun zamandır tartışıldığı görülmektedir. Bu tartışmayı sona erdirmek için aksi ispat edilebilir bir karine getirilebilir ve aksi ispat edilmedikçe anlaşmalı boşanma halinde tarafların mal rejiminin tasfiyesi üzerinde de anlaşmış olduğu kabul edilebilir. Kanunda yapılacak böyle bir düzenleme hem anlaşmalı boşanma kurumunun özüne hem de boşanma kararının birliği ilkesine uygun olur. Zira gerek yoksulluk ve iştirak nafakasının varlığı ve miktarı gerekse maddi ve manevi tazminat miktarının belirlenmesi bakımından mal rejiminin tasfiyesi bir ön koşul olarak karşımıza çıkar[25]. O halde, boşanma ve boşanmanın mali sonuçları başka bir deyişle birbirlerinin gelir ve malvarlığı

[24] ÖNCÜ, s. 829.

[25] GÜMÜŞ, s. 388.

durumları üzerinde anlaşmış olan eşlerin mal rejiminin tasfiyesi konusu üzerinde de anlaşmış olduğunun kabulü gerekir.

KAYNAKÇA

AKINCI, Şahin: "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde Karşılaşılan Bazı Meseleler ve Çözüm Önerileri", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 3 (Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan), 2016, s. 165-190.

DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku, Cilt: III, Aile Hukuku, 13. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: "Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Çerçevesinde Boşanma Davası; İştirak Nafakası; Maddi ve/veya Yoksulluk Nafakası ve/veya Manevi Tazminat Talepleri ile Mal Rejiminin Tasfiyesi Talebi Arasındaki İlişki", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 3-4, 2005, s. 383-402.

KILIÇOĞLU, Ahmet: Aile Hukuku, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2017.

ÖNCÜ, Özge: "Eşlerin Anlaşmalı Boşanma Çerçevesinde Mal Rejiminin Tasfiyesine Yönelik Olarak Yaptıkları Anlaşmalar ve Bu Anlaşmaların Uygulamada Doğurduğu Sorunlar", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 19, Özel Sayı (Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan), 2017, s. 793-835.

ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.

ZEYTİN, Zafer: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.

YÜKSEK SEÇİM KURULUNUN YAPISI VE KARARLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Doç. Dr. Celâl IŞIKLAR*

Özet

Yüksek Seçim Kurulu (YSK), 1982 Anayasası'nda yasama bölümünde TBMM'nin seçim esasları ile bağlantılı olarak "Seçimlerin genel yönetim ve denetimi" başlığı taşıyan 79 ncu maddede düzenlenmiştir. Bu madde hükmünü göre, YSK, - denetimi altındaki il ve ilçe seçim kurulları ile birlikte- genel ve yerel seçimleri düzen içinde yönetmek ve seçimlerle ilgili bütün işlemleri yapmak ve yaptırmakla görevlidir. YSK'nın ayrıca seçimlere ilişkin bütün uyuşmazlıkları kesin karara bağlama görevi bulunmaktadır. YSK'nın yetki ve görevleri, Anayasa'ya ilaveten 5545 Sayılı Milletvekilleri Seçimi Kanunu ve 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkındaki Kanunun 14 üncü maddesinde gösterilmiştir. Buna göre YSK'nın hem idari hem de yargılama niteliğindeki yetki ve görevleri vardır. YSK yedi asıl ve dört yedek üyeden oluşur. Üyelerin altısı Yargıtay, beşi Danıştay Genel Kurullarınca kendi üyeleri arasından seçilir. Bu üyeler aralarından bir kişiyi başkan seçerler. Doktrindeki ağırlıklı görüşe göre YSK'nın bir yargı organı/mahkeme, hatta bir yüksek mahkemedir. Başka bir görüşe göre YSK yargı organı değil, üyeleri hâkimlerden oluşan ve kararları kesin olan bir idari kuruldur. Son görüşe göre ise, YSK seçimle ilgili konularda hem idari hem yargısal yetkilere sahip, çifte kimlik taşıyan bir Devlet organıdır. YSK da kendisini seçim yargısı yapan bir yüksek yargı mercii olarak görmektedir. Anayasa Mahkemesinin ilk iki görüş yönünde de kararları mevcuttur. Danıştay YSK'nı yargısal usûl uygulayan, bağımsız ve özel bir yargı yeri olarak kabul etmektedir. YSK'nın kararlarının hukuki mahiyetine gelince, YSK'nın seçimlerin usul ve esaslarına ilişkin işlemleri ile bizzat seçimlerin idaresi ve gözetimi işleri tamamen idari fonksiyon kapsamındadır. Örneğin düzenleyici işlemler ile sözleşmeler gibi. Dolayısıyla bunlara ilişkin uyuşmazlıklar idari yargı denetimine tâbidir. Buna karşılık, YSK'nın doğrudan veya il/ilçe seçim kurullarının karara bağlayıp itirazen baktığı ve yargılama usulleri uyguladığı uyuşmazlıklar için aynı şey söylenemez. AY m.79'daki "kurulun kararlarının kesin olduğuna, bunların aleyhine hiçbir mercie ve kanun yoluna başvurulamayacağına" ilişkin hüküm dikkate alındığında, YSK kararlarının başka bir idari merci veya yargı yeri (Danıştay, Yargıtay, AYM gibi) tarafından denetlenmesi mümkün değildir.

* Doç.Dr., KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku BD Öğretim Üyesi
ORCID No: 0000-00002-7239-6142
E-posta: celal.isiklar@karatay.edu.tr

Anahtar Kelimeler: 1. Yüksek Seçim Kurulu (YSK), 2. Seçim işleri ve uyuşmazlıkları, 3. İl/İlçe seçim kurulları, 4.Seçim yargısı, 5. İdari yargı denetimi.

THE STRUCTURE OF THE SUPREME COUNCİL OF ELECTIONS AND THE LEGAL NATURE OF ITS DECISIONS

Abstract

The Supreme Election Council (YSK) is regulated in the legislative section of the 1982 Constitution, in Article 79 titled "General management and control of elections", in connection with the election principles of the TBMM. According to the provision of this article, The YSK, is responsible for administering the general and local elections in an orderly manner -together with the provincial and district election boards under its control- and to carry out all the procedures related to the elections. The YSK also has the duty to make a final decision on all disputes regarding elections. In addition to the Constitution, the powers and duties of the YSK are indicated the Law No. 5545 on Election of Deputies and in Article 14 of the Law No. 298 on Basic Provisions of Elections and Voter Registers. Accordingly, the YSK has both powers and duties of both administrative and judicial nature. The YSK consists of seven regular and four substitute members. Six of the members are elected by general councils of Court of Cassation and five from Council of State among their members. These members choose one of them as president. According to the dominant view in the doctrine, the YSK is a judicial body/court, even a supreme court. According to another view, the YSK is not a judicial body, but an administrative body whose members are judges and whose decisions are final. According to the last view, the YSK is a State body that has both administrative and judicial powers in electoral matters and carries a dual identity. The YSK also sees itself as a high judicial authority that makes election judgments. The Constitutional Court has decisions in the direction of the first two opinions. The Council of State recognizes the YSK as an independent and special judicial place that applies judicial procedures. As for the legal nature of the decisions of the YSK, the procedures and principles of the elections and the administration and supervision of the elections of the YSK are entirely within the scope of the administrative function. For example, regulatory acts and contracts. Therefore, disputes related to them are subject to administrative judicial review. On the other hand, the same cannot be said for the disputes that the YSK directly or the provincial/district election boards decide and appeal against and apply judicial procedures. Considering the provision in Constitution article 79 stating that "the decisions of the board are final and that no authority or legal remedy can be applied against them", it is not possible for the decisions of the YSK to be audited by another administrative authority or judicial place (such as the Council of State, Court of Cassation, Constitutional Court).

Keywords: 1. Supreme Election Council (YSK), 2. Election affairs and disputes, 3. Provincial/District election boards, 4. Election judiciary, 5, Administrative judicial review.

GİRİŞ

Pozitif hukukumuzda seçimlerin yönetim ve denetim işlerini yürütmek üzere 16 Şubat 1950 tarihinde çıkarılan 5545 sayılı Milletvekilleri Seçim Kanunla seçim işlerini yürütmek üzere Yüksek Seçim Kurulu (YSK), il ve ilçe seçim kurulları ile seçim oylaması boyunca görev yapan sandık kurulları kurulmuştur. Çalışma konumuzu oluşturan YSK ilk defa 1961 Anayasa'sının Cumhuriyetin Temel Organları bölümünde yer verilen "Seçimlerin Genel Yönetimi ve Denetimi Başlıklı 75 nci maddesiyle anayasal mahiyet kazanmıştır. Bugün YSK 1982 Anayasasının yine "Cumhuriyetin Temel Organları" başlıklı Üçüncü Kısmının "Yasama" erkinin yer aldığı Birinci Bölümündeki 79 ncu maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır. İki madde de aynı başlığı taşımakta olup –bazı eklemeler dışında- içerik olarak fark yoktur.

Gerek Yüksek Seçim Kurulunu, gerek seçim faaliyetlerini yönetimi ile bu konudaki uyuşmazlıkların denetimini genel hatlarıyla düzenleyen 79 uncu madde hükmü şöyledir:

> *"Madde 79 – Seçimler, yargı organlarının genel yönetim ve denetimi altında yapılır.*
>
> *Seçimlerin başlamasından bitimine kadar, seçimin düzen içinde yönetimi ve dürüstlüğü ile ilgili bütün işlemleri yapma ve yaptırma, seçim süresince ve seçimden sonra seçim konularıyla ilgili bütün yolsuzlukları, şikayet ve itirazları inceleme ve kesin karara bağlama ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin seçim tutanaklarını ve Cumhurbaşkanlığı seçim tutanaklarını kabul etme görevi Yüksek Seçim Kurulunundur. Yüksek Seçim Kurulunun kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamaz.*
>
> *Yüksek Seçim Kurulunun ve diğer seçim kurullarının görev ve yetkileri kanunla düzenlenir.*
>
> *Yüksek Seçim Kurulu yedi asıl ve dört yedek üyeden oluşur. Üyelerin altısı Yargıtay, beşi Danıştay Genel Kurullarınca kendi üyeleri arasından üye tamsayılarının salt çoğunluğunun gizli oyu ile seçilir. Bu üyeler, salt çoğunluk ve gizli oyla aralarından bir başkan ve bir başkanvekili seçerler.*
>
> *Yüksek Seçim Kuruluna Yargıtay ve Danıştaydan seçilmiş üyeler arasından ad çekme ile ikişer yedek üye ayrılır. Yüksek Seçim Kurulu Başkanı ve Başkanvekili ad çekmeye girmezler.*
>
> *Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların halkoyuna sunulması, Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi işlemlerinin genel yönetim ve denetimi de milletvekili seçimlerinde uygulanan hükümlere göre olur."*

Yüksek Seçim Kurulunun kuruluşu, teşkilatı, görev ve yetkileri ile çalışma usul ve esasları, 30.11.2017 tarihli ve 7062 sayılı Yüksek Seçim Kurulunun Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun'la düzenlenmiştir. Yüksek Seçim Kurulu görevlerini yerine getirirken ve yetkilerini kullanırken bağımsız ve tarafsızdır. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi Kurula emir ve talimat veremez. Kurul yedi asıl ve dört yedek üyeden oluşur. Üyelerin altısı Yargıtay, beşi Danıştay Genel Kurullarınca kendi üyeleri arasından üye tamsayılarının salt çoğunluğunun gizli oyu ile seçilir. Bu üyeler, salt çoğunluk ve gizli oyla aralarından bir başkan ve bir başkan vekili seçerler. Yüksek Seçim Kurulu Başkanı, Başkanlık görevi süresince kurumundan izinli sayılır. Yüksek Seçim Kuruluna Yargıtay ve Danıştay'dan seçilmiş üyeler arasından ad çekme ile ikişer yedek üye ayrılır Yüksek Seçim Kurulu üyelerinin görev süresi altı yıl olup görev süresi sona erenler yeniden seçilebilir (AY m.79, 7062 SK m.3, 4).

Anayasa m.79'da söz edilen "diğer seçim kurulları", 26 Nisan 1961 tarih ve 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun ile düzenlenmiştir. Bu kanun çerçevesinde "il seçim kurulu" (m.15) ve "ilçe seçim kurulu" (m.18) kurulmuştur. İl Seçim Kurulu, *"İl seçim kurulu bir başkan ve iki asıl üye ile iki yedek üyeden oluşur. İl seçim kurulu başkanı ve asıl üyeleri ile yedek üyeleri, iki yılda bir ocak ayının son haftasında, il merkezinde görev yapan, kınama veya daha ağır disiplin cezası almamış en az birinci sınıfa ayrılmış ve birinci sınıfa ayrılma niteliklerini kaybetmemiş hâkimler arasından, adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonunca ad çekme suretiyle tespit edilir".* İlçe Seçim Kurulu ise, *"bir başkan ile altı asıl ve altı yedek üyeden kurulur". "İlçelerde, ilçede görev yapan kınama veya daha ağır disiplin cezası almamış en az birinci sınıfa ayrılmış ve birinci sınıfa ayrılma niteliklerini kaybetmemiş hâkimler arasından, merkez ilçelerde ise aynı nitelikleri haiz hâkimler arasından adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonunca ad çekme suretiyle belirlenen hâkim, kurulun başkanıdır. Ad çekmeye katılacak hâkimin bulunmaması durumunda ise en kıdemli hâkim kurulun başkanıdır."* Kurulun dört asıl ve dört yedek üyesi siyasal partilerden alınır. Diğer ikişer üye ise ilçedeki memurlardan en yüksek dereceli sekiz kişinin arasından ad çekme usûlüyle belirlenir (m.15, 18, 19).

Anayasanın 79 uncu maddesi hükmüyle 5859 sayılı Milletvekilleri Seçimi Kanunu, 7062 sayılı Kanun'un 6'ncı ve 298 sayılı Kanun'un 14 ncü maddesine göre, YSK'nın seçimlerin yönetimine ve denetimi işleriyle ilgili görev ve yetkilerini idari ve yargısal nitelikte olmak üzere iki grupta toplayabiliriz.[1] YSK'ya verilen seçim süresince ve seçimden sonra seçim konularıyla ilgili yolsuzlukları, şikayet ve itirazları inceleme ve

[1] Aşağıda verilen yargısal ve idari görevlerin tasnifi için bkz. Mehmet Karakaşlı. (2019). Seçim Yargısı. İ SBE, Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Selçuk Üniversitesi, Konya. s.68-67. Yargısal yetki ve görevler için ayrıca bkz. Gürbüz Özdemir. (2010). Yüksek Seçim Kurulu'nun Niteliği. Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV (1–2), s.114-115; Hakan Aksoy. (2015). 1982 Anayasası'nda Yüksek Seçim Kurulu'nun Statüsü Ve Milletvekilliği Seçimlerine Etkisi. Yayımlanmamış Yüksek lisans tezi, Akdeniz Üniversitesi, Antalya. s.36 -40.

kesin karara bağlama kapsamındaki görevler yargısal niteliktedir.[2] Bunların dışında kalan ve seçimlerin başlamasından bitimine kadar, seçimin düzen içinde yönetimi ve dürüstlüğü ile ilgili bütün işlemleri yapma ve yaptırma, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin seçim tutanaklarını ve Cumhurbaşkanlığı seçim tutanaklarını kabul etme kapsamındaki görevler ise idari mahiyettedir.[3] Buna göre, örneğin "il ve ilçe seçim kurullarının

[2] 7062 sayılı Kanun'un 6'ncı ve 298 Sayılı Kanun'un 14'ncü maddesine göre YSK'nın yargısal görev ve yetkileri:
(1) Seçim süresince ve seçimden sonra seçim konularıyla ilgili bütün yolsuzlukları, şikâyet ve itirazları incelemek ve itiraz konusunun gerektirdiği süratle kesin olarak karara bağlamak,
(2) Adaylığa ait itirazlar hakkında bu Kanun ve özel kanunları gereğince kesin karar vermek,
(3) İl seçim kurullarınca, oy verme işlemleri hakkında verilmiş olan kararlara karşı yapılan itirazları derhal kesin karara bağlamak,
(4) İl seçim kurullarınca düzenlenen tutanaklara karsı yapılan itirazları inceleyip kesin karara bağlamak,
(5) Seçimlerden sonra, kendisine süresi içinde yapılan, seçimin sonucuna etkili olacak ve o çevre seçiminin veya seçilenlerden bir veya birkaçının tutanağının iptalini gerektirecek mahiyetteki itirazları karara bağlamak,
(6) Altkurullara yapılan itirazların silsilesine ve sürelerine uygunluğunu araştırmaksızın inceleyip karara bağlamak,
(7) Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların halk oyuna sunulmasında da yargısal denetim görevini yerine getirmek.

[3] 7062 SK m.6 ve 298 SK m.14'e göre YSK'nın idari görev ve yetkileri:
(1) Seçimlerin başlamasından bitimine kadar, seçimin düzen içinde yönetimi ve dürüstlüğüyle ilgili bütün işlemleri yapmak veya yaptırmak, seçimin bütün yurtta düzenle yapılmasını sağlayacak tedbirleri almak,
(2) Seçimlerde oy pusulası konulacak olan zarfları öngörüldüğü şekilde seçimden önce temin etmek ve il seçim kurullarına, her ilin ihtiyacına yetecek sayıda göndermek,
(3) Birleşik oy pusulalarını, her (400)'ü ve her (400)'lük paketi, aynı numarayı taşımak üzere bastırmak ve ilçe seçim kurullarına zamanında ulaştırmak,
(4) Bütün seçim işlemlerin gerektirdiği form, evrak, gibi her türlü basılı kağıdın tasarım ve baskısını yaptırmak ve il ve ilçe kurullarına zamanında ve ihtiyacı kadar göndermek,
(5) İlk genel kongresini yapıp, illerin en az yarısında ve seçimden altı ay evvel il ve ilçe teşkilatını kurmuş bulunan siyasi partilerin adlarını tespit ve ilan etmek,
(6) İl ve ilçe seçim kurullarının kurulmasını sağlamak,
(7) İl seçim kurulları başkanlıklarınca seçim islerinin yürütülmesi hakkında sorulacak hususları cevaplandırmak,
(8) Seçime katılabilmeleri için kanun tarafından öngörülen şartları yerine getiren siyasi partileri tespit etmek ve seçimin başlangıç tarihinden on gün, seçimin yenilenmesi halinde yenileme kararının ilanından sonraki beş gün içinde ilan etmek,
(9) Seçmen Kütüğü Genel Müdürlüğü kuruluş ve isleyişi ve diğer çatışma konuları ile ilgili ilkeleri belirlemek, yönetmelikleri yayınlamak, programlarını yapmak ve denetlemek,
(10) Türkiye Radyoları vasıtasıyla, haber yayınları saatinde veya başka uygun saatlerde bildiriler yayınlatarak vatandaşlara seçimlerle ilgili çeşitli hatırlatma ve bilgilendirme duyuruları yapmak,
(11) Gerekli hallerde adaylığa müracaat tarihi, müracaatların incelenmesi, adaylığa karsı itiraz, itirazların karara bağlanması, adayların geçici ve kesin ilanı gibi seçim işlemleri için öngörülen tarihleri ve süreleri değiştirmek,
(12) Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların halk oyuna sunulmasında da yönetim görevini yerine getirmek,
(13) Seçimlerde ve halk oylamalarında kullanılacak seçmen kütüğünün oluşturulması, güncellenmesi, yönetilmesi ve denetimine ilişkin usul ve esasları belirlemek,
(14) Seçim çevrelerini ve her seçim çevresinin çıkaracağı milletvekili sayısını genel nüfus sayımı sonuçlarının açıklanmasından itibaren en geç altı ay içinde tespit ederek Resmi Gazete, radyo ve televizyonla ilan etmek,
(15) Bağımsız milletvekili adaylığı için yapılan başvuruları alışılmış araçlarla geçici listeler halinde ilan etmek,
(16) Adayları, adaylıklar kesinleştikten sonra ve oy verme gününden önceki ellibeşinci gün seçim çevreleri itibariyle Resmi Gazete ve radyoda ilan etmek.
(17) Birleşik oy pusulasındaki siyasi partilerin sırasını kura ile belirlemek,

kurulmasını sağlamak" idari, buna karşılık "il seçim kurullarınca düzenlenen tutanaklara karsı yapılan itirazları inceleyip kesin karara bağlamak" yargısal nitelikte bir yetki ve görev olarak kabul edilmelidir. Bundan başka 2820 Sayılı Siyasi Partiler Kanunu ile 2839 Sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'nda da YSK'ya bazı görevler verilmiştir.

Yüksek Seçim Kurulunun idari görevleri yanında yargılama benzeri iş ve işlevleri bulunmakla beraber, yukarıda aktarılan yasal düzenlemelerde mahkeme olduğuna dair açık bir kayda yer verilmemiştir. Yüksek Seçim Kurulunun bir mahkeme olup olmadığı ve yargılama fonksiyonu görüp görmediği tartışmalı olduğu gibi, kararlarının hukuki niteliği üzerinde de görüş ayrılığı bulunmaktadır. Esasen bu hususlardaki bakış açısı Yüksek Seçim Kurulunun gerek yargı ve idari teşkilatı içindeki yeri, gerek idari ve özellikle yargı mercileri ile ilgi ve ilişkisi bakış açısına göre farklılık göstermektedir. Örneğin mahkeme sayılıp sayılmamasına göre Anayasa Mahkemesinde somut norm denetimi veya bireysel başvuru imkân ve ihtimali söz konusu olabilmektedir.

Biz bu çalışmada öncelikle bahsi geçen konulardaki doktrin görüşlerini ve yargı kararlarını aktaracağız. Bunun ardından Yüksek Seçim Kurulunun 16.4.2017 günü gerçekleştirilen halk oylamasında kullanılan mühürsüz oyların geçersizliğine ilişkin kararına da temasla, bu husustaki genel ve özel değerlendirmelerimizi açıklayacağız. Bilindiği gibi söz konusu karar idari yargıya taşınmış ve Danıştay 10 uncu Dairesi uyuşmazlık hakkında bir karar verilmesine yer olmadığına karar vermiş,[4] Danıştay İdare Dava Daireleri Kurulu (DİDDK) da vaki temyiz talebini reddetmiştir.[5]

I. HUKUKUMUZDA YARGI VE YARGILAMA DÜZENİ

A. YARGI, YARGILAMA VE MAHKEME KAVRAMLARI

"Yargı (jurisdiction), hukuki uyuşmazlıklara kesin olarak karara bağlama demektir."[6] Organik ve maddi fonksiyonlar birlikte değerlendirilerek, yargı "bağımsız mahkemelerin hukuki uyuşmazlıkları ve hukuka aykırılık iddialarını tarafsız olarak çözme ve kesin hükme bağlama faaliyetleri" olarak tanımlanmaktadır.[7] Daha geniş kapsamlı bir tanımla yargı (faaliyeti ve düzeni), devletin egemenliğinin bir fonksiyonu olarak hukuki uyuşmazlıkların çözümü için muhakemeye dayanan, belli yöntem ve kurallara göre işleyen, vardığı çözümü hükme bağlayan bir faaliyet ve bu faaliyeti yerine

(18) Seçim sonuçlarını tespit ve ilan etmek,

(19) Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin seçim tutanaklarını kabul etmek.

(20) Cumhurbaşkanı seçimi tutanaklarını kabul etmek ve seçilen Cumhurbaşkanı adına seçildiğine dair tutanak düzenlemek,

(21) Görev alanıyla ilgili konularda yurt içinde ve yurt dışında bulunan kuruluşlarla iş birliği yapmak,

(22) 7062 sayılı Kanunun uygulanmasına ilişkin konular ile görev, yetki ve sorumluluk alanına giren hususlarda prensip kararları almak ve diğer düzenlemeleri yapmak,

(23) Anayasa ve kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirmek.

4 Dnş. 10.D., 24.4.2017, 954/2222.

5 DİDDK, 15.5.2017, 2017/739-2017/2110.

6 Kemal Gözler. (2009). Hukukun temel Kavramları, 6. Baskı. Bursa: Ekin Kitabevi. s.72. Geniş anlamda yargılama

7 Metin Günday, (2011). İdare Hukuku, 10. Baskı. Ankara: İmaj Yayıncılık. s.12-14.

getirmek üzere hukuku yorumlayarak uygulamakla yetkili ve görevli bağımsız ve tarafsız mahkemeler düzenidir.

Mahkeme diye, taraflar arasındaki hukukî uyuşmazlıkları *(davaları)* hukukun üstünlüğüne uygun olarak, önceden öngörülmüş usuli kural ve yöntemlere göre, kesin ve bağlayıcı surette çözmek ve adaleti sağlamak üzere yetkilendirilmiş kuruluşlara denir. Mahkemeler ülkelerin sosyo-kültürel yapı ve şartlarına göre farklı özellikler gösterebilmekle beraber, bağımsızlık, hakim teminatı, cebren icra, bağlayıcılık, kesin ve son kararı vermek gibi evrensel ilke ve esaslara sahip teşkillerdir. Mahkemeler genellikle bir devlet kurumu şeklinde teşkilatlanır.[8]

Mahkemelerin faaliyet ve hüküm süreci, önceden tasarlanmış bir mekanizma şeklinde işleyen, belli yöntemlere göre muhakemeyi gerektiren, emredici usul kurallarına tâbidir. Yargı düzenine göre farklılıklar arz eden ve kodifiye idilmiş bu usullü faaliyet sürecine ilişkin ilke ve esaslar bütününe yargılama hukuku (veya usul hukuku) denir.

Yargının işlevi, kural olarak çekişmeli (ihtilaflı) olayları bir dava formatında incelemeyerek bağlayıcı bir kararı ile sonuçlandırmaktadır.[9] Bir yargı organınca, belli bir hukuki uyuşmazlık oluşturduğundan, yargısal usullerle çözülmesi ve hakkında hüküm verilmesi gereken konuya dava denir. Yargılama faaliyeti (tez/sav/iddia ve antitez/karşı sav/savunma karşıtlığı içeren) diyalektik süreç sonunda dava hakkında hüküm denen senteze ulaşma ameliyesidir. Kısaca, yargılama, hukuki uyuşmazlıkları çözmek üzere kesin sonuca bağlamak üzere, ilgili tarafların aktif katılımıyla yargı organları tarafından yapılan işlemlerin tümüdür.

Devlet erk ve fonksiyonları açısından, yargı fonksiyonu, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce yerine getirilen (AY m.9), yargısal usuller uygulayarak soyut, genel, objektif bir hukuk kuralını somut bir olaya ya da ilişkiye uygulama ve hukukî uyuşmazlıkları ve hukuka aykırılık iddialarını (tez-antitez) kesin olarak çözümleme (analiz) ve (karara bağlama (sentez) faaliyetidir.

B. MAHKEME VE YARGI MERCİ (YERİ) AYRIMI

1. "Court" ve "Tribunal" Terimleri Bağlamında Mahkeme ve Yargı Yeri

Mahkeme (court), kısaca "yargı yetkisine kullanan, yâni hukuki uyuşmazlıkları kesin olarak karara bağlayan kuruluş" olarak tanımlanabilir.[10] Bu tanıma "bağımsız ve teminatlı teminatlı hâkimlerden oluşma" da eklenmelidir. Anayasa'nın mahkemelerin ve hakimlerin niteliklerini açıklayan 138, 139 ve 140'ncı madde hükümlerini esas alarak

---

[8] Başlar'a göre bir organa mahkeme diyebilmek için; - kanunla kurulmalı, - üyelerinin bağımsızlığı ve tarafsızlığı teminat altına alınmalı, - yargılama usul ve güvencelerine sahip olmalı, kararları kesin hüküm niteliğinde olmalı, yüksek mahkeme dışında temyiz imkânı bulunmalı, bir hukuk kuralının veya hakkın ihlal edilip edilmediğini belirleyen veya denetleyen bir organ olmalıdır. Kemal Başlar. (2005). Anayasa Yargısında Mahkeme Kavramı. Ankara: Roma Yayınevi. s.156. Yargılama ve mahkeme kavramları için ayrıca bkz. Aydın Aybay ve Rona Aybay. Hukuka Giriş, 2. Baskı. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi yayınları, s.279-247.

[9] Aybay ve Aybay, s.240.

[10] Gözler, Hukukun Temel Kavramları, s.72.

"(bağımsız) mahkeme"yi, bağımsız ve teminatlı hakimlerden oluşan, hiçbir organ, makam, merci veya kişiden emir ve talimat almayan, genelge gönderilemeyen, tavsiye ve telkinde bulunulamayan, yargı yetkisini kullanırken soru sorulamayan, görüşme yapılamayan, herhangi bir beyanda bulunulamayan, yasama ve yürütme organları ile idarenin kararlarını geciktirmeden uygulamak ve uymak zorunda olduğu, hiçbir suretle değiştiremediği kuruluş şeklinde daha geniş ve ayrıntılı olarak tanımlayabiliriz.[11]

Batı dillerinde mahkeme kavramına karşılık gelen, "court" ve "tribunal" şeklinde iki farklı kelime bulunmaktadır. Court kelimesi, dar ve teknik anlamda mahkemeyi ifade ederken, daha geniş bir içeriğe sahip tribunal terimi, belli bir sorunu karara bağlamak üzere görevlendirilmiş herhangi bir kurula işaret etmektedir.[12] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin orijinal metnindeki "tribunal" kelimesinin Türkçede tam karşılığı bulunmadığından yanlış olarak "mahkeme" şeklinde çevrildiği ve kullanılageldiği, oysa bu terimin geniş anlamda yargı yerini ifade ettiği belirtilmektedir.[13] Dolayısıyla Yüksek Seçim Kurulu ile diğer seçim kurulları gibi "tribunal" kavramı kapsamında değerlendirilebilir.[14]

2. Anayasa'nın ve Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımı

Anayasamızda hem mahkeme hem de aynı anlama gelebilecek şekilde yargı merci ve organı ile nihayet hâkim terimlerine yer verilmiştir. Bunlardan "mahkeme" terimi 9, 15/2, 19/2 ve 4, 28/son, 36 ve 37. maddelerde, "yargı merci" ibaresi 19/8. maddede ve "yargı organı" ifadesi 79. maddede geçmektedir. Bunun yanı sıra Anayasa'nın 19/3-4, 20/2, 21/1, 22/2, 23/4, 28/4-5-6 ve 33/5. maddelerinde "hâkim" terimine yer verilmiştir.[15]

Anayasa Mahkemesinin 27.12.2012 tarihli kararında, sayılı kararında yargısal faaliyet v şu şekilde ifade edilmiştir:

> "Günümüzde genel kabul gören organik-şekli ölçüte göre, Yargısal faaliyet, kanunla kurulan bağımsız ve tarafsız kuruluşlar tarafından, hukuki uyuşmazlıkların ve hukuka aykırılık iddialarının özel yargılama usulleri izlenerek çözümlenmesi ve kesin hükme bağlanması faaliyeti olarak tanımlanmaktadır. Bağımsızlık ve tarafsızlık, yargı fonksiyonunu idare fonksiyonundan ayıran en önemli ölçüt olup yargı yetkisini kullanacak olan merciin, çözülmesi istenen uyuşmazlığa doğrudan

---

11 Günday, İdare Hukuku, s.5.

12 Başlar, s.1, 9. "Divan" kelimesi ile karşılanabilecek olan "tribunal" kavramı, İngiliz hukukunda (panels, commite, authority, board, agency vb.) değişik adlar verilen, geçmişte Devlet ile bireyler veya kişiler arasındaki uyuşmazlıkları çözmek için *ad hoc (belli bir sorunun halli için özel maksatla ve geçici olarak)* kanunlarla kurulmuş, mahkeme sayılmasa da giderek yargı bağımsızlığı tanınan, yargılama yöntemlerinden dolayı mahkemeleşme eğiliminde olan, hakimler gibi seçilen teminatlı üyelerden oluşan, üst başvuru mercileri (upper tribunal =üst divan) bulunan, yargı teşkilatının dışında olmakla birlikte yargı denetimine alınan yarı yargısal/idari denetim birimlerinin genel adıdır. Bkz. Onur Karahanoğulları. (2019). İdari Yargı-İdarenin Hukukla Zorlanması. Ankara: Turhan Kitabevi, 2019. s.33-35.

13 Başlar, s.52-55; Özdemir, s.123; Nizamettin Aydın. (2015). Türk Seçim Hukuku'nda Seçimlerin Denetimi. Yayımlanmamış doktora tezi, Selçuk Üniversitesi, Konya. s.91-92.

14 Başlar, s. 52-55.

15 Özdemir, s.123.

veya dolaylı olarak taraf olmayan ve uyuşmazlığın taraflarından tamamen bağımsız olan kişi veya kişilerden oluşmasını gerektirmektedir. Öte yandan yargılama faaliyetinde idari faaliyetten farklı olarak, uyuşmazlık, bağımsızlık ve tarafsızlığı güçlendiren özel yargılama usulleri izlenerek çözümlenmektedir. Ayrıca, yargı organları bir uyuşmazlığı kesin bir biçimde çözerken, idare organlarının verdiği kararlar kural olarak kesin nitelikte değildir. Dolayısıyla verilen karara karşı herhangi bir organa başvurulamaması, karara yargısal nitelik kazandıran önemli bir gösterge olarak ortaya çıkmaktadır."[16]

3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yaklaşımı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre bir organın mahkeme sayılabilmesi için -kanunla kurulması, -bağımsız, -tarafsız ve -karar vericilerinin teminatlı olması gerekmektedir.[17] AİHM, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılama hakkı bağlamında mahkemeyi, ulusal kanunlarda mahkeme olarak nitelendirilmiş olup olmadığına bakmaksızın, belli bir usul izleyerek ve hukuk kurallarına dayanarak, gerektiğinde devlet zoruyla yerine getirilmesi mümkün olan karar verme yetkilerini elinde tutan organ olarak nitelemektedir.[18] Başka bir anlatımla, AİHM kararlarına göre, bir organ yargı fonksiyonu yerine getiriyorsa, bir ülkenin iç hukukun mahkeme olarak nitelenmese ve klasik, genel ve olağan yargı sistemi içerisinde yer almasa da mahkeme niteliğinde görülmelidir.[19] AİHM kararlarına ve birçok Avrupa ülkesindeki uygulamalara bakıldığında, mahkeme kavramının çok geniş yorumlandığı, hatta çok daha ileri gidilerek esasında birer idari kurul olan, ancak bir biçimde yargılama fonksiyonu yerine getiren özerk ve bağımsız kurulların dahi mahkeme kapsamı içinde kabul edildiği belirtilmektedir.[20]

C. TÜRK HUKUKUNDA YARGI VE YARGILAMAYA İLİŞKİN POZİTİF KURALLAR

Anayasa'nın Genel Esaslara başlıklı Birinci kısmına göre, "yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır (AY m. 9)." Anayasa'nın Cumhuriyetin Temel Organları başlıklı Üçüncü kısmında Yasama ve Yürütme organlarından sonra gelen Üçüncü bölümünde 138 ilâ 160. maddelerde Yargı düzenlenmiştir. Buna göre, "hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler (AY m.138/1, Hakim

---

16 AYM, 27.12.2012, E.2012/102, K.2012/207, RG: 2.4.2013-28606 (mükerrer).

17 Murat Yüksel. (2004). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı Üzerine Bir İnceleme. Legal Hukuk Dergisi, (17), s.1280 vd. (1279 – 1291).

18 Sramek/Avusturya kararı, B.No: 8790/79, 22.10.1984, pr.36; Campbell ve Fell/Birleşik Krallık, K.T. 28.6.1984, B.N.:7819/77; 7878/77, 28.6.1984, pr.76, http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.as. (ET:p. adresinden erişildi. (ET:01.06.2022). Benzer kararlar için bkz. Yüksel, s.1280 vd.

19 Feyyaz Gölcüklü ve Şeref Gözübüyük. (2002). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması, 3.Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi. s.280 vd.; Ayhan Kılıç. (2013). Yüksek Seçim Kurulu Kararlarına Karşı Bireysel Başvuru Yolu. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, (60). s.31-81.

20 Özdemir, s.130.

Savcılar Kanunu m.4/2).” Mahkemelerin kuruluşu, görevleri, yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir. Anayasa gereği, mahkemeler kanuni ve doğal hakim asasına göre faaliyet gösterir(AY m. 37, m.2, m. 36). Hakimlerin tarafsız ve bağımsızlığına sağlamak üzere şu kurallara yer verilmiştir: “Hakimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre görev ifa ederler AY m.140/2).” “Hiçbir organ, makam, mercii veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz. / Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz; görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz. / Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez (AY m. 138/2,3,4; HSK m.4/1, 44).” “Hakimler ve savcılar azlolunamaz, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan (65 yaşından) önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz. (Anayasa m. 139/1; HSK m. 44, 45).” Hâkim ve savcıların nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri, aylık ve ödenekleri, meslekte ilerlemeleri, görevlerinin ve görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilmesi, haklarında disiplin kovuşturması açılması ve disiplin cezası verilmesi, görevleriyle ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlarından dolayı soruşturma yapılması ve yargılanmalarına karar verilmesi, meslekten çıkarmayı gerektiren suçluluk veya yetersizlik halleri ve meslek içi eğitimleri ile diğer özlük işleri mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir (AY m. 140/3).” “Adlî ve idarî yargı hâkim ve savcılarının mesleğe kabul edilme, atanma ve nakil, geçici yetki verilmesi, yükseltilme ve birinci sınıfa ayrılması, kadro dağıtılması, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verilmesi, disiplin cezası uygulanması, görevden uzaklaştırılması gibi bütün özlük işleri hakkında karar verme yetkisi, Hâkimler ve Savcılar Kurulu’na aittir (AY m. 159/3; HSK m. 4).

Biz bütün bu kurallardan şu sonucu çıkarıyoruz: Anayasal düzenimizde açıkça organik anlamda bazı yargı yerleri mahkeme olarak tanımlandığı gibi, maddi anlamda ise sâdece yargı benzeri yöntemler uygulayan değil kanunlarla öngörülmüş bütünlüklü yargılama hukuku (usul) kuralları uygulayan yargı yerleri mahkeme olarak kabul edilmiştir. Bunlar tek veya birden fazla dereceli ayrı birer yargı düzeni şeklinde teşkil edilmişlerdir. Her bir yargı düzeninin birden çok dereceli ise en üstündeki (Yargıtay ve Danıştay ile geçmişte Askeri Yargıtay gibi), tek dereceli ise bizzat kendisi yüksek mahkeme (Anayasa Mahkemesi ve Uyuşmazlık Mahkemesi (geçmişte Askeri Yüksek İdare Mahkemesi gibi) olarak tanımlanmıştır. Buna karşılık maddi anlamda tam bir yargılama usul hukuku bulunmayan YSK’ya mahkeme sıfatı tanınmamış ve yüksek

mahkeme payesi verilmemiştir. Anayasa ve diğer mevzuata göre YSK organik anlamda yargı yeridir.

II. YÜKSEK SEÇİM KURULUNUN ORGANİK YAPISI VE KARARLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ

A. DOKTRİNİN YAKLAŞIMI

Her biri kendi içinde ayrıntılarda ayrışma olmakla beraber doktrinin görüşlerini üç grup hâlinde toplayabiliriz.

1. Yüksek Seçim Kurulunun Bir Yargı Merci/Mahkeme, Hatta Yüksek Mahkeme Olduğu Görüşü

Doktrindeki hâkim görüşe göre, Yüksek Seçim Kurulu bir yargı merci/mahkeme, hatta yüksek mahkemedir.[21] Bu görüşü savunanlar genel olarak şu gerekçeleri ileri sürmektedir: Yüksek Seçim Kurulu, i) seçimlerle ilgili davaları/uyuşmazlıkları özel surette çözüme bağlar. ii) yüksek hakimlerden oluşur, iii) altında il ve ilçe seçim kurullarının olduğu bir yargı düzeninin başıdır, iv) Yasama ve yürütme erkinden bağımsız ve tarafsızdır, v) kararları nihai ve kesin olup aleyhine başka bir mercie başvurulamaz.

Yukarıda değindiğimiz mahkeme (court) – yargı yeri (tribunal) ayrımı ile yüksek mahkeme kavramlarını dikkate alarak doktrindeki görüşler arasındaki ince farkları tek tek aktarmak yararlı olacaktır:

DURAN 1961 Anayasası döneminde en fazla "yargılama yetkisi tamlığı"na sahip olan YSK'nın yüksek mahkeme olduğunu savunmuştur.[22] O bu görüşünü Kurul'un "mahkeme düzeni görünümünde" olduğu şeklindeki küçük bir farkla 1982 Anayasası döneminde de devam ettirmiştir.[23]

[21] Servet Armağan. (1975). Memleketimizde Anayasa, Seçimler ve Anayasa Mahkemesi. İstanbul: Fakülteler Matbaası. s.73-74; Erkut, s.156; Erdoğan Teziç. (2018). Anayasa Hukuku, 22. Baskı. İstanbul: Beta yayınevi. s.480; Erdoğan, s.304; Özdemir, s.130 vd.; Levent Gönenç. (2009). Yüksek Seçim Kurulu'nun Mahkeme Niteliği Üzerine Bir Değerlendirme. Mümtaz Soysal'a Armağan içinde. Ankara: Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları. s.284; Kılıç, s.65-66; Başlar, s.44; Mukbil Özyörük. (1972/1973). İdare Hukuku Dersleri. Ankara: A.Ü. Hukuk Fakültesi yayınları. s.44; Günday, İdare Hukuku, s.6; Ramazan Çağlayan. (2021). İdari Yargılama Hukuku, 13. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınevi. s.86

[22] "…YSK'nun ifade ve tespit ettiği gibi, birer idari işlem olan kararnamelerin iptali ve yürütülmesinin durdurulması Danıştay'ın görevi içinde olmakla beraber; hukuka ve kanuna uygunluğunun tartışılıp değerlendirilmesi, bu yüksek mahkemenin tekelinde değildir. Öteki yargı yerleri de, bazı konularda ve hallerde, bir takım kayıt ve şartlara uymak suretiyle, bu tür işlemlerin hukuka ve yasaya aykırılığını araştırıp saptayabilir ve hatta bunu yapmakla yükümlüdür, fakat iptaline karar veremez… İşte bunun gibi, seçim konusunda "yargılama yetkisi tamlığı"na (plénitude de juridiction) sahip olan YSK ve seçim kurulları, seçimlerin yönetim ve denetimi sırasında karşılaşacağı her çeşit idari işlemin hukuka ve yasaya uygunluğunu, kendiliğinden ve doğrudan doğruya inceleyip değerlendirmek zorundadır…Türk hukuk sisteminde yer alan sayısız yargı organları arasında YSK, görev konusu olan seçim işleri kısa süreler içerisinde süratle sonuçlandırmak gerektiğinden, en fazla "yargılama yetkisi tamlığı"na sahip merci sayılabilir." Lütfi Duran . (1980). Türkiye'de Seçimleri Kim Yönetir. İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, 1 (1), s. 51-52.

[23] Lütfi Duran. (1984). Adliye, Genel Yargı Yeri. Amme İdaresi Dergisi, 17 (1), s. 5. http://yayin.todaie.gov.tr/goster.php?Dosya=MDUyMDUyMDU0 adresinden erişildi. (ET: 30.05.47-54. s.120.

KURU'ya göre Yüksek Seçim Kurulu seçim yargısı yapan bir yargı kuruluşu olup kararlarına karşı başka bir mercie başvurulamayacağından yüksek mahkeme olarak nitelendirilebilir.[24]

GÖZÜBÜYÜK Yüksek Seçim Kurulunu yüksek hakimlerden oluşan ve kararlarına karşı hiçbir yargı yerine gidilemeyen özel idari yargı yeri kabul etmekle beraber yüksek mahkeme olarak görmemektedir. Ona göre idari yargı alanında Danıştay ve lağv edilmiş olan Askeri Yüksek İdare Mahkemesi haricinde yüksek mahkeme bulunmamaktadır.[25]

ÖZYÖRÜK'e göre, bir merciin kararlarına karşı başka yargı yerine gidilemiyorsa. O merciin başka görevleri de olsa, onu "mahkeme" hatta "yüksek mahkeme", yani üst yargı yeri kabul etmek gerekir. Bu bakımdan Anayasa'da yüksek mahkemeler arasında gösterilmemiş olsa da Sayıştay gibi Yüksek Seçim Kurulunu da kesin hüküm vermesinden dolayı yargı kavramı çerçevesinde yüksek mahkeme saymak zorunludur.[26]

Yüksek Seçim Kurulunun "Yargıtay ve Danıştay hakimlerinden oluşan, yargısal usuller uygulayan, bağımsız ve kendisine verilen görevin niteliği nedeniyle özel bir yargı yeri" olduğuna dair Danıştay'ın kararına atıf yapan ZABUNOĞLU'na göre, AY m.79'daki seçimlerin yargı organlarının genel yönetim ve denetimi altında yapılacağına ilişkin hükmüne dayanarak seçim kurullarını yargı organı niteliğinde saymak gerekir. Hatta aynı maddeye gör kararlarına karşı başka bir merciye başvurulamayacağından Yüksek Seçim Kurulu yüksek mahkeme kabul edilmelidir.[27]

Seçim faaliyetine ilişkin işlemlerin idariliğine değinen ERKUT'a göre, AY m.59'da seçimlerin yargı organlarının genel yönetim ve denetimi altında yapılmasının ve seçimle ilgili tüm uyuşmazlıkların Yüksek Seçim Kurulu tarafından inceleyip karara bağlamasının vurgulanmasından dolayı, *"her ne kadar Yargı bölümü içinde öngörülmemekle birlikte, Yüksek Seçim Kurulu'nun da bir yargı mercii olduğu kabul edilmiş, daha da önemlisi söz konusu Kurul'un kararlarına karşı herhangi bir başka mercie başvurulamayacağı da aynı maddede (AY m.79/2) belirtilerek, Yüksek Seçim Kurulu'na bir yüksek yargı mercii görünümü kazandırılmıştır."*[28]

TEZİÇ 1961 Anayasasında olduğu gibi 1982 Anayasasında da Yasama bölümünde yer verilmiş ise de Yüksek Seçim Kurulunu seçim yargısının en üst derece mahkemesi olarak görmektedir. Ona göre Kurul Yargıtay ve Danıştay'da görevli hakimlerden oluşan karma, egemen bir üst yargı merciidir.[29]

KALABALIK ve onunla aynı düşüncelere paylaşan YILDIRIM/ÇINARLI, seçim yargısını idari yargı, adli yargı, hesap yargısı gibi ayrı bir yargı düzeni olarak tasnif ve

---

[24] Baki Kuru. (1990). Hukuk Muhakemeleri Usulü, 5.Baskı. İstanbul: Alfa. s.6.
[25] A. Şeref Gözübüyük. (2016). Yönetsel Yargı, 35.Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi. s.108.
[26] Özyörük, s.44, 92-93
[27] Yahya K. Zabunoğlu (2012). İdari Yargılama Hukuku Dersleri. Ankara: Yetkin. s.12.
[28] Celal Erkut. (1990). İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği. Ankara: Danıştay yayınları, s.157.
[29] Teziç, s.480..

kategorize etmektedir. Bu yazarlara göre, Yüksek Seçim Kurulunun ve seçim kurullarının faaliyetlerinin büyük kısmı seçim yargısı içinde görülmelidir. Son merci olarak kesin hükümler vermesinden ve üyelerinin yüksek yargıçlardan oluşmasından dolayı da Yüksek Seçim Kurulunu bir çeşit yüksek yargı birimi kabul etmek ve yüksek mahkeme saymak gerekir.[30]

GÜNDAY seçim yargısını, ilçe ve il seçim kurulları ile üstündeki Yüksek Seçim Kurulundan oluşan ayrı bir yargı düzeni olarak görmekte ve Yüksek Seçim Kurulunu da yargı kuruluşu olarak kabul etmektedir.[31]

ÇAĞLAYAN'ın fikri, Yüksek Seçim Kurulu ve seçim kurullarının hem seçim işlerinin idaresini yürüten hem de seçime ilişkin uyuşmazlıkları çözen, kendine özgü bir yargısal kuruluş olduğu yönündedir.[32] KAYAR'a göre de Yüksek Seçim Kurulu sâdece seçimlerin genel yönetimi ve denetimini yürüten bir kurul değil aynı zamanda Danıştay ve Yargıtay üyelerinden oluşan ve seçimlerin yargısal denetimini da sağlayan "karma egemen üst yargı merciidir".[33]

Sayıştay gibi Yüksek Seçim Kurulu da özel mahkemeler başlığı altında inceleyen KALABALIK, Kurulun seçimli ilgili yolsuzlukları, itiraz ve şikayetleri inceleme ve kesin karara bağlama görevinden dolayı Kurulun "yüksek yargı birimi" ve faaliyetlerinin büyük kesimin de seçim yargısı sayılabileceğini, hatta AY m.79/1 hükmüne dayanarak yargı organı addedilebileceği gibi kararlarına karşı başka yere başvurulamayacağından seçimlerin yönetimiyle ilgili "özel yüksek mahkeme" olarak kabul edilebileceği ifade etmektedir.[34]

EREN'e göre, yargı bölümünde bir mahkeme olarak düzenlenmemiş olsa da, Anayasanın79. maddesinin Birinci fıkrasındaki "yargı organı" ibaresi, İkinci fıkrasındaki "karanlarına karşı başka mercie başvuramama" ifadesi ve kendi teşkilat Kanununun 3 ncü maddesindeki "bağımsızlık ve emin talimat verilememe" vurgusu dikkate alındığında, YSK, "klasik yargı teşkilatı içindeki mahkemeler dışında kalan, ama yargılama faaliyetinde de bulunan bir 'üst yargı yeri' kabul edilebilir," hatta onun Anayasanın bütünlüğü içinde seçimlerin yargısal denetimini de sağlayan yargısal nitelikte bir yüksek mahkeme olduğu söylenebilir.[35]

Hasan Tahsin FENDOĞLU, seçimlerin yargısal denetimini da sağlayan Kurulun "karma egemen üst yargı mercii, hatta bazı konularda yüksek mahkeme olduğu kanaatindedir.[36]

---

30 Halil Kalabalık (2009). İdari Yargılama Usulü Hukuku, 3.Baskı. Konya: Sayram yayınları. s.15, 47-48. Aynı görüşte Ramazan Yıldırım ve Serkan Çınarlı (2018). Türk İdari Yargılama Hukuku Dersleri. Ankara: Astana Yayınları. s.37-38, 61.

31 Günday, İdare Hukuku, s.6

32 Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, s.84.

33 Nihat Kayar. (2010). Yönetsel Yargı. Bursa: Ekin Kitabevi. s.55-56.

34 Kalabalık, s.47-48.

35 Abdurahman Eren. (2021). Anayasa Hukuku Dersleri, 3.Baskı. Ankara: Seçkin. s.703-704, 707.

36 Hasan Tahsin Fendoğlu. (2020). Anayasa Hukuku, 8.Baskı. Ankara: Yetkin. s.374.

ÖZKAN'a göre, Anayasanın yüksek mahkemeler değil, seçimlerin genel yönetim ve denetime başlığı altında yasama bölümünde düzenlendiğinden ve idari görevlerinin ağır basmasından dolayı, ilk bakışta mahkeme olup olmadığı ve kararlarının yargı kararı mı, yoksa idari işlem mi olduğu konusunda kuşku uyandırıyorsa da, kuruluşu, işleyişi, yapısı, görev ve yetkileri gibi hususular dikkate alındığında YSK'nın yüksek mahkeme olduğu ve kararlarının yargısal nitelik taşıdığı anlaşılmaktadır.[37]

ÖZALP'a göre, Anayasanın 79. maddesinin açık hükmü gereği seçimler yargı organlarının genel yönetimi ve denetimi altında yapıldığına göre diğer seçim kurullarını birer yargı organı, Yüksek Seçim Kurulunu da bir üst yargı organı olarak kabul etmek gerekmektedir.[38]

İdare Hukuku kitabında seçim kurullarının kurulmasıyla seçim uyuşmazlıklarının idari yargının görevi dışında kaldığına işaretle, Danıştay ve AYM'nin YSK'yı mahkeme olarak kabul etmediğini gösteren kararlarını aktaran TAN, açıkça belirtmemekle beraber bu kararlarda mahkeme deyiminin şeklen dar açıdan yorumlandığını ifade etmektedir.[39] ÖZAY Anayasa m.79'da seçim işlev ve görevinin yargı organlarına verildiğine dikkat çekmektedir.[40]

Uyuşmazlık çözme fonksiyonunu esas alan BAŞLAR bu görevleri itibariyle gerek il ve ilçe seçim kurullarının gerekse YSK'nın Anayasanın 152 nci maddesi anlamında mahkeme kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir.[41]

BİLİR, Anayasa'daki konumu dikkate alındığında Yüksek Seçim Kurulu'nun organik anlamda bir yargı organı olma niteliğinde olmadığını, ancak hakimlerden kurulmuş olmasından ve seçim uyuşmazlıklarını kesin olarak karara bağlama işlevinden dolayı fonksiyonel bakımdan bu kurulun yargı organı niteliğinde olduğunun söylenebileceğini belirtmektedir.[42]

Başka bir yazara göre de, her ne kadar YSK'nın, Anayasa'nın yargı bölümünde yer almaması ve mahkeme niteliğinin açıkça belirtilmemesi sebebiyle aksi savunulmakta ise de, "özellikle konunun içeriği esas alındığında taşıdığı nitelikler ve icra ettiği fonksiyonlar itibariyle YSK bir mahkeme, üstelik (altında il ve ilçe seçim kurullarının olduğu ayrı bir yargı düzeninin başı durumunda) bir yüksek mahkemedir." [43]

[37] Gürsel Özkan. (1995). Hukuk Devleti ve Yargı Denetimi. Ankara: Kendi Yayını. s.149-150.
[38] Nihan Yancı Özalp, (2015). Yüksek Seçim Kuruluna İlişkin Güncel Anayasal Tartışmalar. Anayasa Hukuku Dergisi, 4(.8), s.141.
[39] Bkz. Turgut Tan. (2015). İdare Hukuku, 4.Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, s.672-674.
[40] İl Han Özay. (2004). Günışığında Yönetim. Ankara: Filiz Kitabevi, s.57.
[41] Başlar, s.44.
[42] Faruk Bilir ve Faik Birişik. (2015). Seçimlerin Yönetimi ve Denetimi: Yüksek Seçim Kurulu. 13. Uluslararası Türk Dünyası Sosyal Bilimler Kongresi 28-29 Ekim 2015 içinde (?-?). İstanbul: Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı. https://docplayer.biz.tr/20395931-Secimlerin-yonetimi-ve-denetimi-prof-dr-faruk-bilir-faik-birisik.html adresinden erişildi (ET: 30.06.2022).
[43] Özdemir, s.131.

Yukarıdaki görüşlerle birlikte, konunun seçim kanunlarının Anayasa uygunluğu itiraz yoluyla denetimini sağlayacak şekilde yorumlanmasını savunan GÖNENÇ'e göre, aynı zamanda yargısal fonksiyon icra etmesi ve Anayasanın seçimlerin yargı organlarının genel yönetim ve denetimi altında yapılacağını öngören hükmü karşısında (m.79/1) YSK (ve seçim kurulları) yargı organı sayılmalıdır. Aslında "bu sorunun çözümünde izlenecek en sağlıklı en sağlıklı yol (…) yeni yapılacak bir anayasada YSK'nın yargı bölümünde bir yüksek mahkeme olarak düzenlenmesidir."[44]

Konuyu YSK kararlarına karşı Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapılıp yapılamayacağı meselesi çerçevesinde inceleyen birçok yazar da, gerek hâkimlerden oluşması sebebiyle, gerek hukuki nitelikteki seçim uyuşmazlıkları kesin olarak çözüme bağlamasından dolayı, Kurulun mahkeme sıfatını haiz olduğunu ve kararlarının yargısal nitelikte olduğunu savunmaktadır.[45]

ÜZELTÜRK'e göre, yargısal işlevleri yönünden teknik anlamda mahkeme denemez ise de YSK geniş anlamda mahkeme olarak değerlendirilmelidir[46]

2. Yüksek Seçim Kurulunun Bir İdari Kurul olduğu Görüşü

Yukarıdakinin aksi bir görüşü savunan GÖZLER'e göre, YSK'nın hem seçimlere yönetme, hem de seçim uyuşmazlıklarını karara bağlama şeklinde iki görevi vardır. Anayasa Mahkemesi'nin 18.2.1992 tarihli kararı da dikkate alındığında, YSK bir yargı organı değil, üyeleri hâkimlerden oluşan ve kararları kesin olan bir idari kuruldur. Kurulun seçim uyuşmazlıklarını karara bağlama görevi yargısal nitelikte ve bu çerçevede aldığı kararlar–hiç olmazsa maddi anlamda – birer yargısal karar sayılabilir. Keza AY m.67/2 ve 79/1'de seçimlerin yargı denetimi altında yapılacağı öngörüldüğünden ve bunun için başka bir organa işaret edilmediğinden, YSK yargı organı değilse, seçimleri yönetme ve denetleme işini yapacak yargı organının gösterilmesi gerekmektedir. Bununla beraber YSK Anayasa'nın yargı değil yasama bölümünde düzenlendiği gibi, Anayasa'da sayılan yüksek mahkemelerden biri de değildir. Sonra Kurula seçim uyuşmazlıklarını karara bağlama görevinin yanında, belki ondan da önemli görülebilecek olan seçimleri yönetme görevi verilmiştir. Bu kapsamdaki kararları idari niteliktedir.[47] Her ne kadar seçim uyuşmazlıklarını kesin karara bağlaması ve AY m.67/2'deki seçimlerin yargı yönetim ve denetimi altında yapılacağının hükmedilmesi sebebiyle yargı organı sayılabileceği şeklinde açık kapı bıraksa da, son kertede Gözler'in seçim uyuşmazlıklarını karara bağlama görevinden dolayı YSK'yı ayrı bir yargı kolu/düzeni olarak görmediğini

[44] Gönenç, s.288-290.

[45] Kılıç, s.65-66; Didem Yılmaz. 2016). Seçim Döneminde Cumhurbaşkanının Konuşmalarının Yüksek Seçim Kurulu Tarafından Denetimi Ve Bireysel Başvuru Yolu. TBB Dergisi, (122), s.62.

[46] Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk. (2006). Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Seçim Sistemleri. Anayasa Yargısı, (23), s. 253.

[47] Bu gerekçeler ve YSK'nun seçimler konusunda hem idareci hem hâkim konumunda olmasından dolayı bu alanda adeta kuvvetler birliği sisteminin geçerli olduğu görüşü için bkz. Kemal Gözler. (2018). Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 22.Baskı. Bursa: Ekin Kitabevi, s.181-182.

söyleyebiliriz.[48] Gözler YSK'nın 2017 yılından bu yana verdiği kararlarının tartışılmakta olduğunu, bunun da Kurulun bağımsızlığı, dolayısıyla oluşum şekliyle ilgili olduğunu ifade etmektedir.[49]

Konuyu işlemlerinin niteliği yönünden ele alan ERKUT' a göre, "yargısal kararlar" ile "yargısal benzeri usuller uygulanarak alınan kararları" birbirinde ayırmak gerekir. Yargısal benzeri usuller uygulamasına rağmen kararları yargısal nitelik taşımayan ve idari kimliğini koruyan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (şimdi HSK) gibi, Yüksek Seçim Kurulu da idari kimliğe sahip bir kurul mahiyetindedir. Anayasanın 79. maddesindeki düzenlemeyle yüksek yargı mercii görüntüsü kazandırılmaya çalışılması da YSK'nın durumunu ve idari yapısını değiştirmemektedir.[50]

Kanadoğlu da, Yüksek Seçim Kurulu'nun sadece yüksek yargıçlardan oluşan anayasal bir kurum olduğunu, fakat yüksek yargı organı olmadığını söylerken, AY m.138/son'a dayanarak mahkeme statüsüne sahip olmayan Kurulun kendisinin -yasama, yürütme ve diğer idare organları gibi- yargı organlarının kararlarına uymak zorunda olduğunu ifade etmektedir.[51]

3. Yüksek Seçim Kurulunun Çifte Kimlikli Bir Devlet Organı Olduğu Görüşü

Bir başka görüşe göre, YSK seçimle ilgili konularda hem idari hem yargısal yetkilere sahip, çifte kimlik taşıyan bir Devlet organıdır.[52]

B. YÜKSEK MAHKEMELERİN YAKLAŞIMI

Yüksek mahkemelerin kararlarındaki yaklaşımı aktarmadan önce belirtmek gerekir ki Yüksek Seçim Kurulu seçim hukuku yönünden kendisini yüksek yargı mercii olarak görmekte ve bu çerçevede verdiği kararları da yargı kararı olarak değerlendirmektedir.[53]

1. Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre

AYM 1972 yılında verdiği bir kararda Yüksek Seçim Kurulunu mahkeme saymış iken[54], 1992 yılındaki oyçokluğu ile aldığı bir kararda mahkeme olarak kabul etmemiştir. Bu karardaki çoğunluk görüşüne göre Yüksek Seçim Kurulu seçimin genel yönetimi, denetimi ve gözetimi ile görevli olan ve istisnai olarak seçimle ilgili uyuşmazlıkları çözen bir organdır.[55] Karşı oy gerekçesine göre, *"Seçimle ilgili uyuşmazlıkların çözümünde görevli olan ve YSK'nın başında olduğu yargı düzeni adli, idari ve askeri yargının yanında egemen bir yargı düzenidir."* Anayasa Mahkemesinin önüne gelen uyuşmazlıklarda "Mahkeme" kavramının dar yorumlayarak Yüksek Seçim Kurulunu ve

---

48 Gözler, Hukukun Temel Kavramları, s.73; Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s.408.

49 Kemal Gözler. (2019). YSK'nın Bağımsızlığı Üzerine - Gözlemler Ve Öneriler, 25.7.2019, https://www.anayasa.gen.tr/ysk bagimsizlik.htm adresinden erişildi. (30.06.2022).

50 Erkut, s. 72-73.

51 Sabih Kanadoğlu. (2004). Alaturka Demokrasi Ankara: Arkadaş Yayınevi. s. 209.

52 Bülent Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu.. (2009). 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, ?. B. İstanbul: Beta, s.45; Yavuz Atar (2018). Türk Anayasa Hukuku, 12. Baskı. Ankara: Seçkin, s.32.

53 Yüksek Seçim Kurulu, 1977/2895 sayılı ilke kararı, http://www.ysk.gov.tr. adresinden erişildi. (ET: 10.06.2022).

54 AYM, 6.3.1973, E. 1972/56, K. 1973/11, AYMKD, S. 11, s.144.

55 AYM, 18.2.1992, E. 1992/12, K. 1992/7, RG: 13.05.1992-21227 ve TAN, s.673.

seçim kurullarını bir mahkeme olarak görmediği ve bundan dolayı da Yüksek Seçim Kurulu ve seçim kurulu kararlarına karşı itiraz yolu ile Anayasaya aykırılık iddiasıyla başvurulamayacağına içtihat ettiği görülmektedir.[56] TAN ve GÖZÜBÜYÜK'e göre AYM mahkeme kavramını dar yorumlayarak yolu kapatmak suretiyle hem kendi görev alanın daraltmış hem de kendi amacıyla bağdaşmayan bir karar almıştır.[57]

18.2.1992 tarihli ve sonraki kararlarında Yüksek Seçim kurulunu ve il/ilçe seçim kurullarını mahkeme olarak kabul etmeyen AYM bireysel başvuruyla ilgili kararlarında Anayasa hükmündeki "merci" ifadesinin Anayasa Mahkemesini de kapsadığını kabulle vaki başvuruları "konu bakımından yetkisizlik" sebebiyle kabul edilemez bulmuştur. [58] Buna karşılık istisna oluşturan bir kararda İlçe Seçim Kurulu Başkanlığının *"klasik yargı teşkilatı içindeki mahkemeler dışında kalan ama yargılama faaliyetinde bulunan organları da kapsayacak şekilde Anayasa'nın 36. maddesinde 'yargı yeri' olarak belirlenen organlardan olduğu"*nu belirtmiştir. [59]

2. Uyuşmazlık Mahkemesinin Yaklaşımı

2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş Ve İşleyişi Hakkında Kanunun 1. maddesine göre, Uyuşmazlık Mahkemesi bir yüksek mahkeme olarak, "adli ve idari yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin olarak çözmeye yetkili"dir. Uyuşmazlık Mahkemesi bugüne kadarki tatbikatında Yüksek Seçim kurulunu ve il/ilçe seçim kurulları ile adli veya idari yargı yerleri arasındaki görev veya hüküm uyuşmazlıklara bakıp çözüme bağladığı bir kararına rastlanmamıştır.

Uyuşmazlık Mahkemesine önüne nadiren getirilen bir uyuşmazlıkta, ilçe seçim kurullarını adli ve idari (ve mülga askeri) yargı yerleri kapsamına girmediği gerekçesiyle uyuşmazlığın esasına girmeye kabul etmemiştir.[60] Yayla'ya göre, Uyuşmazlık Mahkemesi böyle görmemekle beraber seçim yargısı idari nitelikte sayılarak şemsiye altına alınmalı, bu yapılmazsa görevsizlik kararları dikkate alınarak bunlar dışında görevli yargı yeri aranmalıdır.[61]

3. Danıştay'ın Yaklaşımı

Danıştay'ın uzun yıllara dayanan içtihadı, Yüksek Seçim Kurulu'nun *"Yargıtay ve Danıştay hakimlerinden oluşan, yargısal usuller uygulayan, bağımsız ve kendisine*

---

[56] İtirazın başvuranın yetkisizliği yönünden incelenmeyeceği hakkında, AYM 24.9.1987, 1987/4-1987/20, AYMKD, S.23, s.344, Gözübüyük, Yönetsel Yargı, s.103-104. (Somut olayda ilçe Seçim Kurulu Başkanı hakim, seçime katılmayanlara Kurul başkanı tarafından para cezası verilmesine ilişkin Milletvekili Seçimi Kanunun m.63 ncı madde hükmünün iptalini istemiştir). Aynı doğrultuda, AYM, 18.2.1992, E. 1992/12, K. 1992/7, RG: 13.05.1992-21227 ve Tan, s.763 ve Gözübüyük, Yönetsel Yargı, s.103-104

[57] Tan, s.763; Gözübüyük, Yönetsel Yargı, s.104.

[58] AYM, B. No: 2014/3532, 2.12.2015; B.No: 2015/6723, 14.7.2015; B. No: 2015/6402, KT: 19.11.2015; B. No: 2015/8764, 18.11.2015; B. No: 2014/1944, 23.7.2014; B.No: 2014/2606, 19.11.2015; B. No: 2014/11717, 4.11.2014; B. No: 2017/20127, 7.6.2017;.

[59] Bkz. AYM, Birinci Bölüm, B. No: 2013/3912, KT: 6.2.2014, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/3912 adresinden erişildi. (ET: 25.10.2022)

[60] UM, 22.6.1987, E.1987/13/, K.1987/16, RG:26.10.1987-19616.

[61] Yıldızhan YAYLA. (1995). Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı (I). Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2(1), s.58.

verilen görevin niteliği nedeniyle özel bir yargı yeri" olduğudur.[62] Bu doğrultuda seçim kurullarıyla ayrı bir yargı düzeni oluşturulmuş olup il seçim kurulları kararları Danıştay[63] veya başka bir merci[64] tarafından denetlenemez. Danıştay'a göre, tedbir niteliğinde olanlar da dahil olmak üzere Yüksek Seçim kurulu kararları iptal davasına konu edilemez.[65]

Yüksek Seçim Kurulunun 2017'de mühürsüz oy pusulalarını geçerli sayan kararına karşı açılan (aşağıda tahlil edeceğimiz) davada, Danıştay 10. Dairesi seçim faaliyetlerinin idari işleve ilişkin ve Kurul'un bir "kamu idaresi" olmadığı tespiti yapmış, bu kararı temyizen inceleyen DİDDK ise vaki iptal davasının incelenmeksizin reddinin gerektiğini belirterek Daire kararını düzelterek onamıştır.[66]

4. YSK'nun Kendine Bakışı

YSK 1961 Anayasası döneminde kendini yüksek mahkeme olarak nitelerken, [67]1982 Anayasası döneminde aksine yüksek mahkeme olmadığına içtihat etmiştir.[68] YSK bu yöndeki 1999 tarihli ilk kararında, bir siyasi parti 2389 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'nun "Genel Baraj"ı düzenleyen 33 ncü madde hükmünün Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırılığını ileri sürerek Anayasa Mahkemesi'ne götürülmesini talep etmiştir. YSK bu başvuruyu Kurulun "Anayasa Mahkemesine dava açma hakkını tanıyan Anayasasının 150 ncı maddesinde gösterilmediği" *ve* AY m.152'de geçen "mahkeme" kavramına dahil olmadığı gerekçeleriyle reddetmiştir.[69]

Bununla beraber Yüksek Seçim Kurulu 1979 tarihli bir ilke kararındaki[70] seçim işlerinde en yüksek idare yeri ve işlerde en yüksek yargı yeri olduğuna ilişkin tespiti 2004 yılında verdiği bir kararında da "Yargı yeri olan kurul (seçimle ilgili) uyuşmazlıkları karara bağlamakla görevlidir." cümlesini ilave ederek aynen tekrarlamıştır.[71]

---

62 Danıştay 12.D., 18.7.1968, 1968/1611-1968/1624, Tan, s.673. Bu yönde, 8.D., 11.5.1966, 640/1539, Zabunoğlu, s.12.

63 Danıştay 8.D., 27.3.1969, 1969/481-1969/942, Danıştay Sekizinci Daire Kararları, Ankara 1974, s.37, 11.D., 9.5.1974, 1974/2336-1974/1151, AİD, C.7, S.3, s.231; 11.D., 8.5.1979, 1979/879-1979/1488, DD, S.36-37, s.554; 8.D., 30.5.1995, 1995/1345-1995/1735, DD, S. 91, s.875

64 Danıştay 10.D., 9.6.1999, 1999/1794-1999/3094, TAN, s.763.

65 Danıştay 12. D., 11.2.1970 , E.1970/55, K. 1970/305.

66 Bkz. Danıştay 10.D., 24.4.2017, 954/2222 ve bunun temyizi üzerine verilen DİDDK, 15.5.2017, 2017/739-2017/2110

67 YSK, 7.12.1963, K. No: 1963/618, İtiraz No: 1963/481, RG: 18.12.1963-11584;

68 YSK Kararı, 06.2.1999, K. No: 1999/96-34, Fatih Güler. (2020). Yüksek Seçim Kurulu'nun Yapısal Ve İşlevsel Sorunlarını Giderici Çözümler. Yayımlanmamış doktora tezi, Uludağ Üniversitesi, Bursa, s.49, https://acikerisim.uludag.edu.tr/bitstream/11452/15463/1/10338123.pdf adresinden erişildi (ET: 25.06.2022). Aynı doğrultuda YSK, 19.6.1999, 1999/1875-1390, Aydın, s.115.

69 YSK'nın 1961 ve 1982 Anayasaları dönemindeki kararlarındaki bakış açısının değişimi hakkında bkz. Aydın, s.114-117.

70 YSK, 28.9.1979 tarih ve 831/1 82 sayılı İlke Kararı.

71 YSK, 14.02.2004, 2004/315, Karakaşlı, s.77'den naklen. YSK'nun Web sitesinde ise YSK "ülkemizdeki seçimlerin başlamasından bitimine kadar başta Anayasa olmak üzere (…) seçim kanunlarına uygun olarak seçimlerin yönetim ve denetim işlemlerinin adil ve şeffaf bir şekilde yürütülmesini sağlayacak düzenlemeleri yapan, seçim süresince ve seçimden sonra seçim konularıyla ilgili bütün yolsuzlukları, şikâyet ve itirazları inceleyen ve kesin olarak karara bağlayan, seçim sonuçlarını güvenli ve hızlı bir şekilde kamuoyuna duyuran Anayasal bir Kurul" olarak

III. YÜKSEK SEÇİM KURULU VE KARARLARI HAKKINDAKİ DEĞERLENDİRMELERİMİZ

A. MESELENİN ÇÖZÜMÜNDE BENİMSENEN PARADİGMA[72]

Biz konu hakkındaki görüşlerimizi açıklarken pozitif normlardan hareketle önce Anayasa ve yasa koyucunun iradesini ortaya koymaya, sonra da bu suretle metnin anlamını açıklamaya çalışacağız. Bu açıdan YSK'nın kurumsal yapısının organik anlamda yargı, yasama ve idari fonksiyonlardan hangisine dahil olduğu tespit ve tayin olduğunu araştıracağız. Kurulun bir yargı organı olduğunun kabulü halinde kararlarının da kural olarak yargısal nitelikte olacağı açıktır. Ancak YSK'nın seçimlerin genel yönetimi, denetimi ve gözetimi görevi, seçim uyuşmazlıklarına göre daha öncelikli ve ağırlıklı olduğundan, hukuki uyuşmazlıkları çözümleme faaliyeti çerçevesindeki kararlarının niteliğini, maddi anlamda yargı fonksiyonu ölçü ve ölçütü uygulayarak değerlendireceğiz. Bu değerlendirmede varsa Anayasa, yoksa kanun hükümleri çerçevesinde Kurulun doğrudan doğruya mahkeme (court) veya yargı yeri mi (tribunal) olarak nitelendirilip nitelendirilmediği ölçü alınacaktır. Buradaki ölçütlerimiz (kriterlerimiz) ise, Anayasamızda yargı organ ve yargılama faaliyetiyle ilgili olarak konulmuş olan esaslar ve yukarıda temas ettiğimiz pozitif kurallar olacaktır.

Hukuk düzenimizde, Batı ve AİHM yargı düzenlerinde olduğu gibi yargı organı ve mahkeme ayrımı yapılmadığı görülmektedir. Türkiye'de yargı düzenlere ve yargılama hukuku alanları (yüksek) mahkeme (=court) esasına göre, adli, idari ve Anayasa yargısı şeklinde tasnif ve tarif edilegelmektedir. Bunlara –birden fazla yargı düzeninin mevcudiyetinin sonucu olarak bunlara uyuşmazlık yargısı da eklenebilir. Ancak birden fazla dereceli olmaları ve geniş çaplı yargılama faaliyeti yürütmeleri sebebiyle adli ve idare yargı düzenleriyle mukayese ettiğimizde, seçim yargısı veya hesap yargısı dense dahi YSK'nın ve Sayıştay'ın "mahkeme=court" olarak kabul edilemeyeceğini düşünüyoruz. Öte yandan çerçevesi kanunlarla düzenlenen yargı teşkilatında yeri yoksa da, Anayasa'da geçen bazı ifadelerin mahkeme sıfatı taşımasa da bazı yargı benzeri usulleri uygulayan mercilere cevaz verdiği görülmektedir. Bizzat Anayasa hükümleriyle oluşturulan bu istisnai teşkillerin yine Anayasa'daki "yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır (AY m. 9)." hükmüyle çatıştığı ve bu hükümlere uygun olarak kanunlarla konulan yargısal usullerin Anayasaya aykırılık teşkil

tanımlanmaktadır. ülkemizdeki seçimlerin başlamasından bitimine kadar başta Anayasa olmak üzere; 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun, 7062 sayılı Yüksek Seçim Kurulunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile diğer seçim kanunlarına uygun olarak seçimlerin yönetim ve denetim işlemlerinin adil ve şeffaf bir şekilde yürütülmesini sağlayacak düzenlemeleri yapan, seçim süresince ve seçimden sonra seçim konularıyla ilgili bütün yolsuzlukları, şikâyet ve itirazları inceleyen ve kesin olarak karara bağlayan, seçim sonuçlarını güvenli ve hızlı bir şekilde kamuoyuna duyuran Anayasal bir Kuruldur. https://www.ysk.gov.tr/tr/ysk-gorev-ve-yetkileri/1493 adresinden erişildi. (ET: 15.6.2022).

[72] Paradigma hakikatin araştırılıp oraya çıkarılmasında benimsenen model, örnek veya değerler dizisine ilişkin görüş demektir. Bu konuda bkz. Süleyman Göksoy, S. (2019). Paradigma ve Paradigmalar. Uluslararası Liderlik Eğitimi Dergisi (ULED), Cilt 1(1), s.-15.

ettiği söylenemez. Bir örnek vermek gerekirse, Anayasal bir zorunluluk olmadığı halde, yasalarla memurların disiplin soruşturmalarının tamamen yargısal usullere göre, tam bağımsız ve üyeler teminatlı kurul tarafından yürütülmesinin öngörülebilir. Şüphesiz bu durum disiplin kurulunu mahkeme, kararlarını da yargı kararı yapmaz.

Diğer taraftan pozitif hukuk düzenimiz bakımından her hukuki uyuşmazlığın "dava" kabul edilmediği, bugün için ancak ve ancak Anayasa ve Kanunlarda "mahkeme" olarak adlandırılan (adli yargı, idari yargı, Anayasa yargısı ve Uyuşmazlık yargısıyla sınırlı) yargı düzenlerinde uyuşmazlıkların "dava" formatında muhakeme yöntem ve usulleri uygulanarak kesin hükümle sonuca bağlandığı ortadadır. Mahkemelerin "dava" dışında başka tam veya yarı yargısal usullerle karara bağladığı konular da bulunabilmektedir. Örneğin, Danıştay Kanunu'nun 24/2. Maddesine göre, Danıştay idarelerin seçimle gelen organların organlık sıfatını kaybettirme işlemlerine karşı yapılan itirazları, bir dava formatında ve yargısal usuller uygulayarak değil, (İYUK Ek m.2'deki) özel usullerle idari bir denetim şeklinde karara bağlar. Burada Danıştay'ın yüksek mahkeme sıfatından dolayı organik anlamda yargı denetiminden söz edilebilirse de maddi anlamda yargısal bir denetimin bulunmadığı açıktır.[73]

Bu noktada belirtmek gerekir ki, yukarıda aktardığımız görüş ve yaklaşımların çoğunun gerekçesinde ayniyet söz konusu iken, sonuç hükmün ifadesinde farklılıklar bulunmaktadır. Ne var ki, üyelerinin hâkimlerden oluşması ve/veya kararlarına karşı başka mercie başvurulamaması sebebiyle Kurulu yüksek mahkeme "saymak gerekir/görünümündedir" veya yargısal yetki ve usuller uyguladığından kurullar yargı organı "niteliğini haizdir/kabul edilmelidir." gibi cümle örneklerinde, sayma/görünmek/nitelenmek/kabul ve benzeri ibareler, "Kurul bir yüksek mahkemedir/yargı mercidir." veya kararları yargı kararıdır" şeklinde kesin bir hüküm ifade etmemektedir. Halbuki Anayasal/yasal bir normun anlam ve içeriği kesin olarak ortaya konmalıdır.

B. KURULUN HUKUKİ YAPISI

1. Kurulun Yargı Organı Değil, İdari Kuruluş Olduğunu Gösteren Düzenlemeler

Aşağıdaki düzenlemelere göre Kurul bir idari bir organdır:

a) YSK'nın seçimlerin genel yönetimi, denetim ve gözetimi görevi, seçim uyuşmazlıklarını karara bağlama görevine göre asli ve önceliklidir.
b) Kurul Anayasanın yargı bölümünde gösterilmediği gibi yüksek mahkemeler arasında sayılmamıştır. Bir idari kurul olan Hâkim ve Savcılar Kurulu da aynı durumdadır.
c) Kurulun başkan ve üyeleri geçici süreli görevli yüksek mahkeme üyelere arasından seçilmekte ve görevlendirilmektedir. Aynı şekilde hâkimlerden oluşan

[73] Bahtiyar Akyılmaz / Murat Sezginer / Cemil Kaya. (2021). Türk İdari Yargılama Hukuku, 6.Baskı. Ankara: Savaş Yayınevi, s.26.

Hakim ve Savcılar Kurulunun bir idari kurul olduğu konusunda görüş birliği vardır.

d) Kurulun kararlarına karşı hiçbir yargı dâhil hiçbir mercie başvurulamamaktadır. Ancak bu onu otomatikman yargı organı yapmaz. Bu bir yasama kısıntısıdır.[74] Aynı husus bazı kararlarına karşı yargı yolu kapalı tutulan birer idari kurul olan Yüksek Askeri Şura ile ile Hakem Hakim ve Savcılar Kurulu için de geçerlidir. Kaldı ki Kurulun sâdece öğretide yargısal sayılanlar değil idari işlemlerinin tümü de denetim dışı tutulmuştur.

e) Kanundaki "Kurulun bağımsız ve tarafsızlığına, hiçbir organ, makam, merci veya kişinin emir ve talimat veremeyeceğine" ilişkin hüküm (7062 SK m.3) Anayasa'da geçmemektedir. Yasama kısıntısı öngören Anayasa Koyucunun YSK'yı son sözü yüksek mahkeme olarak değil, kendine has bir kuruluş olarak tasarladığını göstermektedir.

2. Kurulu Yargı Organı Olarak Düzenleyen Hükümler

YSK'nın bir yargı yeri olduğuna dair deliller Anayasa'da bulunmaktadır. Bunlardan ilki Yargı bölümündeki 79/1'deki "Seçimler, yargı organlarının genel yönetim ve denetimi altında yapılır." hükmüdür. Anayasa'da seçimlerin "genel yönetim ve denetimi" ile ilgili başka bir merci gösterilmediği gibi, bizzat özel bir hükümle "Yüksek Seçim Kurulu" yetkilendirilmiş ve görevlendirilmiştir. Anayasa koyucu aynı maddede buna ek olarak Kurulun yargı standartlarında bağımsız ve tarafsız çalışabilmesi için de üyelerinin yüksek mahkeme tarafından ve yüksek mahkeme hâkimlerinden oluşturulmasını zorunlu kılmıştır.

Bundan başka Anayasa "Temek hak ve ödevler" ile ilgili İkinci kısmın Dördüncü bölümünde topladığı "Siyasi hak ve ödevler" arasında yer alan 67. maddesinde seçme ve seçilme hakkını da müstakil bir hüküm şeklinde düzenlemiştir. Anayasa Koyucu bu maddenin 2. fıkrasında Tüm çağdaş demokratik hukuk devletinde olduğu gibi "Seçimler(in) ve halkoylaması (nın) (…) yargı yönetim ve denetimi altında yapıl"masını emretmiştir.

3. Son Tahlil: YSK Anayasal Bir Üst Yargı Yeridir

Anayasa m.79/1'deki "yargı organı" ibaresi gibi m.67/1'deki "yargı" terimi de kanaatimizce maddi anlamda yargıyı değil organik anlamda yargıyı ifade etmektedir. Buradan seçimlerle ilgili uyuşmazlıklara yargılama usulleri uygulanarak çözülmesi gerektiği anlamı çıkmamaktadır. Dolayısıyla çözümleme sonunda varılan sonuç yargısal karar olmak durumunda değildir. Yâni hukuki uyuşmazlıklar da dahil seçimlerin yönetim ve denetimini yapan Kurul bir yargı organı olarak görülmüş ise de, baktığı uyuşmazlıkları yargısal usuller uygulaması gerekmemektedir. AY m.67/1'de

[74] YSK'nın kararlarına karşı başka yargı yerine başvurulamamasının yasama kısıntısı olduğu hakkında, ÖZKAN, s.148.

yargıyı tamlayacak şekilde "organı/mercii/yeri" gibi ibarelere yer verilmemiş ise de, "yargı yönetim ve denetimi" kalıbında kastedilenin de işlevden ziyade uzuv olduğu görülmektedir.

Bir tasarrufun yargı fonksiyonuna dahil olup olmadığı organik kriter yanında ve onunla birlikte (kümülatif olarak) maddi anlamda yargı kriterine müracaatla belirlenebilir. Yargı faaliyeti ve işlemi, esas olarak bağımsız yargı organlarında görevli hakimlerin önlerine gelen hukuki uyuşmazlıkları yargılama usulü kuralları çerçevesinde çözmeleridir.[75] Bizim de katıldığımız görüşe göre, belli bir yargı faaliyetinden ayrılmaz nitelikte ve doğrudan yargılama sebebi bir faaliyet olarak yargı fonksiyonu içinde değerlendirilmelidir.[76]

Kurula Anayasanın 79. ve 298 sayılı Kanunun çeşitli maddelerinde (14/5-10, 16/3, 20/4, 20/A/4, 110-114, 119-131 vd.) YSK ve diğer kurullara verilen "seçim konularıyla ilgili bütün yolsuzlukları, şikâyet ve itirazları inceleme ve kesin karara bağlama" görevinin mahkemelerdekine eş yargılama yöntem ve usullerle çözüleceğine dair hiçbir hüküm bulunmamaktadır. Yukarıda belirtilenler dışında bu mevzuatta yargı, yargılama, mahkeme, hüküm, dava gibi yargılamayla ilgili hiçbir kavram ve terime rastlanmamaktadır. Kurulun faaliyet şeklinin herhangi bir idari kuruldan farklı olduğunu gösteren bir belirti yoktur. Karşılaştırmak gerekirse kamu görevlilerine ilişkin disiplin mevzuatında bile (özellikle disiplin kurulları söz konusu olduğunda) yargı yargısal veya yargılama benzeri denebilecek usullere yer verilmiştir. Hatta bağımsız idari otoritelerin (düzenleyici ve denetleyici üst kurullar) ile karar verme sürecinin madde anlamda yargı fonksiyonuna daha yakın olduğu söylenebilir.

Seçimlere ilişkin tasarrufların – tesis edebilecek yerin yargı organı olarak nitelendirildiği dikkati alınmazsa - genellikle idari nitelikte olduğu söylenebilir. Açıkçası ülkemizdeki gibi yargı yolu kapatılmamış olsa idi idari yargı denetimine tâbi olurdu. Bize göre bu denetimde bu işlemlerin doğası gereği –siyasi içerikli hükümet işlemleri gibi sınırlı olarak– minimum denetim tekniği uygulanmalıdır. Zira yasama organı ile hükümet ilişkilerinden kaynaklanması seçim tasarruflarını diğer idari işlemlerden farklı kılmaktadır. Bu özelliği ve kendine özgülüğü onların ayrı bir kategoride değerlendirilmesini gerektirmektedir.[77] Nitekim Fransız Anayasası seçim

[75] Turan Yıldırım/Melikşah Yasin/H. Eyüp Özdemir/Gül Üstün/Özge Okay. (2010). İdare Hukuku II. İstanbul: oniki levha yayınları, s.17; Erkut, s.63, 78.
[76] Bu görüşte, Ali D. Ulusoy. (2021). Türk İdare Hukuku, 4. Baskı. Ankara: Yetkin, s.42.
[77] Erkut, s.156, 72.

uyuşmazlıklarının çözme görevini genel olarak Anayasa Mahkemesine bırakmış iken,[78] ülkemizde bu iş tamamen YSK'na verilmiştir.[79]

Bu noktada, birçok yazarın Anayasa m.9'un yargı yetkisinin ancak Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemeler tarafından kullanılabileceği emrettiğine ve Yargı teşkilat ve fonksiyonunun "Cumhuriyetin Temel Organları" başlıklı Üçüncü kısmın Yasama ve Yürütme organlarından sonra gelen Üçüncü bölümünün 138 ilâ 160. Maddelerinde düzenlendiğine de işaretle, YSK'yı ve seçim kurullarını yargı yetkisi kullanmaları söz konusu olduğundan mahkeme saydığını veya aksine yargı yetkisi kullanması mümkün olmadığından idari teşkil olarak kabul ettiğini hatırlatalım. Bize göre Anayasanın genel hükümleri arasında yer alan m.9 hükmü paralelinde mahkeme niteliğindeki yargı organları (ki burada yer verilen HSK ve Sayıştay'ı da hariç tutmak gerekir) 138-160. maddeleri arasında düzenlenmekle birlikte, YSK (ve seçim kurulları) farklı bir yargı organı olarak sonraki bölümlerde ayrıca özel olarak öngörülmüştür. Bu özel hükümle getirilen istisnanın m.9'daki genel kurala aykırı olmadığı kanaatindeyiz.

Meseleyi yorum tür ve yöntemleri açısından ifade edecek olursak, biz AY m.79/1 ve 67/2 hükümlerini lafzi yorumla YSK'nın organik anlamda yargı yeri olduğunu söylerken, maddi anlamda yargılama yapan bir mahkeme olup olmadığı konusunda amaca göre yoruma (gai, teleolojik) başvurduk. Bu noktada yasamanın amacının (sübjektif teori) YSK'ya yargı yeri gibi son sözü söyletmek olmakla birlikte, onu mahkeme olarak davalara bakmakla görevlendirmek değildir. Bugün yasanın amacı da (objektif teori) aynıdır: Adına ne denilirse densin YSK seçimlerin (hem egemen hem yargı anlamında) hâkimidir, hükmedeni ve hüküm verenidir. Olması gerekenin değil, realist bir bakışla olanın esas alınması gerekir. Anayasal düzen başta olmak üzere tüm hukuk sistemimizle uyumlu ve tutarlı sistematik bir yorum, YSK'nın sarmal ve iç içe geçmiş iki işlevi bir arada gören (eskilerin Yüksek Divanına karşılık gelmek üzere) hükümran yargı merci olduğunu söylemektedir.

Sonuç olarak YSK'nın seçim uyuşmazlıklarını kesin karar bağlama faaliyeti, yargısal karar olmayıp "yargısal benzeri usuller uygulanarak alınan kararlar"dandır.[80] Dolayısıyla YSK'nı davalara bakan bir mahkeme (=court), kararları da mahkeme kararı kabul edilemez. Ancak YSK seçimin yönetimi işlerine ilaveten bir organik yönden Anayasal bir yargı organıdır, genel ve geniş anlamda "(upper) tribunal" şeklinde bir (üst) yargı yeri, deyim yerindeyse bir "üst divan"dır.[81] il ve ilçe kurullarının üzerinde

[78] 1958 tarihli Fransa Anayasasının 59 ncu maddesi: "Anayasa Konseyi, itiraz halinde milletvekili ve senatör seçimlerinin usulüne uygunluğu hakkında karar verir. (Le Conseil constitutionnel statue, en cas de contestation, sur la régularité de l'élection des députés et des sénateurs.)" https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/constitution/constitution.pdf adresinden erişildi. (ET:10.06.2022).

[79] Bununla beraber bazı işlerin adli veya idari yargıya bırakıldığı hakkında, bkz. Erkut, s.156.

[80] Erkut, s.72.

[81] YSK web sitesinde ingilizce açıklamada kendisini "Supreme Election Council=Yüksek Seçim Konseyi" olarak adlandırmakta ve Yüksek Seçim Kurulu, idari ve seçim yargısı tanınmış, kendine özgü bağımsız bir kuruldur

konumlandırılmış ise de Anayasada yüksek mahkemeler arasında sayılmadığından yüksek mahkeme olmadığı gibi, ayrı bir yargı düzeni/kolu da değildir.[82] YSK, seçim faaliyetlerinin özelliğinden dolayı, genel idari yargı düzeninin içinde değilse de "seçim idari yargısı" olarak onun yanında yer almaktadır. Zira kararlarına karşı başka mercie başvurma yasağı olmasaydı, başka bir yargı yeri emredilmediği sürece YSK'nın tasarruflarının olağan denetim yeri idari yargı olurdu. Bunun gibi aşağıda açıklayacağımız üzere, en azından YSK'nın seçimlerin genel yönetim ve denetimi dışındaki işlemleri ayrılabilir işlemler bakımından idari yargı denetimine tabi tutulabilecektir.

C. YSK'NIN KARARLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ

YSK'nın kararlarının niteliği onun yargı mercii veya idari organ olarak kabulüne göre farklılık gösterebilecektir. Esasen demokratik hukuk devletinde seçme ve oy verme faaliyetini yasama ve hükümet fonksiyonlarıyla ilişkilendirmek olağan görülmelidir. Ancak seçim sürecinin de yetkili bir organ tarafından işlem ve eylemler yoluyla idaresi de bir zorunluluktur.[83] Bu kapsamdaki tasarrufların çoğu seçme ve oy verme faaliyetiyle sıka ve ayrılmaz bir bağlılık göstereceğinden, bu yetkili organın özel bir statüyü sahip olacağı açıktır. Başka bir ifadeyle böyle bir organın doğrudan seçimin yönetilmesi ve denetlenmesiyle ilgili kararların bazen idari bazen de yargısal yönü ağır basacaktır; ama her zaman seçim sonuçlarına yönelik ve seçme, seçilme ve oy hakkı gibi siyasi bir hakkın gerçekleşmesiyle ilgili olacaktır.

Bizim katıldığımız görüşe göre, Anayasanın m.9 ve 79/1'deki "yargı" ibaresinden hareketle, YSK'nın (ve seçim kurullarının) seçimleri yönetirken çıkar uyuşmazlıkların denetimi sürecinde yürüttüğü faaliyetleri yargısal niteliktedir. Söylemek gerekir ki bu sırada yönetim ve denetim işi iç içe geçmiş olup birbirinden ayırmak çoğu zaman güçtür. Örneğin, oy pusulalarında silik damgaların geçerli/geçersiz sayılacağına dair bir kararın seçim öncesinde veya seçim sürecinde somut bir uygulama üzerine alınması arasında hüküm ve sonuçları bakımından bir fark bulunmamaktadır. Yapan organa ilişkin Anayasada kayıt bulunmadığını farz edersek bunlardan ilki genel yönetim kapsamında ve idari nitelikte görülebilir. Buna karşılık, özellikle seçim kurullarına itiraz ve şikâyet sonucu önüne gelen uyuşmazlıkta verilmesi hâlinde ikincisi denetim yetkisi kapsamında yargı faaliyeti olarak değerlendirilebilir. Daha somut bir örnek olarak 2017 seçimlerinde kullanılan mühürsüz oyların geçerli sayılmasına ilişkin YSK kararını gösterebilir. Somut

(Supreme Election Council is a sui generis independent board which is assigned with administrative and electoral jurisdiction) , Erişim: https://www.ysk.gov.tr/en/welcome/1788, E.T: 15.6.20222.

82 Her ne kadar, AY m.176'daki "kenar başlıkların bağlayıcı olmadığına dair" hüküm karşısında, yukarıda anılan "Yargı" ve "Yüksek Mahkemeler" başlıklarının kaale alınmaması gerekmekte ise de, metinlerin sistematik yeri, kapsamı ve içeriği itibariyle Anayasa Mahkemesi, Uyuşmazlık Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay'ı yüksek mahkeme olarak düşünmemek hatalı olur.

83 Bu durumun seçim işlemlerinin idari yargı denetimi dışında tutulmasına tam bir hukuki dayanak oluşturmasa da, bunların farklı bir temelde ela alınmasını gerektirdiği hakkında, Erkut, s.156,

bir uyuşmazlığa ilişkin olmak dışında, tesis şekli, usulü ve zamanına bakıldığında seçimin ister öncesinde, ister sonunda alınsın mahiyeti değişmemektedir.[84]

Çalışmanın başında açıkladığımız görevlerle ilgili işlemlerin bir kısmı salt yönetim işi ve idari niteliktedir. Kurul bu genel yönetim faaliyeti kapsamında yönetmelik, yönerge, tebliği gibi genel düzenleyici işlemler yapabileceği gibi birel işlem veya genel kararlar tesis edebilir. Kurul bu tek taraflı işlemler yanında sözleşme niteliğinde işlemler de yapabilir.[85] Bu işlemlerin bir bölümünün seçimlerin genel yönetim ve denetimi kapsamına hiç girmemesi (örneğin oy pusulalarının basım ihalesi) da görülmemesi, dahası onlardan ayrılabilir nitelik taşıması mümkündür. Doğrudan seçimin genel yönetimi ile ilgili ve onunla sıkı ilişki içindeki işlemler ve denetimi konusunda Anayasa m.79/1 hükmü gereği YSK'nın yetkili ve görevli olduğu açıktır.

Öte yandan başka merci önüne götürülemeyen kararlar ifadesinin genel düzenleyici işlemleri kapsamadığı kanaatindeyiz. Buradaki kararlar deyiminin genel anlamda kullanıldığını ve bir ayrıma tâbi tutulmaksızın YSK'nın yönetme ve denetim görevi çerçevesinde aldığı bütün kararları kapsadığı belirtilmektedir.[86] Bize göre de söz konusu kararlar arasında mahiyeti itibariyle bir ayrım gözetilmemiştir. Teknik olarak salt birel/bireysel işlem anlamında kullanılmadığından karar deyiminin doğal olarak genel kararları de içerdiği açıktır.[87] Zira seçim faaliyetlerinin çoğu zaman somut ve özel kişi ve/veya durumlara ilişkin genel nitelikli irade işlem tesisini gerektirdiği izahtan varestedir.

ERKUT'un da belirttiği gibi seçimlerin genel yönetimi bağlamında özellikle hazırlık sürecinde gerçekleşen tasarrufların bir kısmının, ayrılabilir işlem teorisi çerçevesinde tamamen idari nitelikte kabulü mümkündür. Bu takdirde YSK'nın seçimin yönetim ve denetiminden ayrılabilir nitelikteki idari işlemelerinin idari yargıda denetlenebilmesi söz koru olacaktır. Nitekim Fransa'da seçim uyuşmazlıklarının çözüm yeri Anayasa Mahkemesi olduğu halde, idari yargı yerleri "Oy verme usulünü ve siyasi partilerin referandum dolayısıyla yapacakları propagandanın esaslarını" düzenleyen bir kararname ile "Milletvekili adaylarının seçim masraflarının karşılanması talebinin reddine ilişkin" başbakanlık işlemini denetlemiştir.[88]

---

84 Kararın gerekçesinden de anlaşılacağı üzere, "16 Nisan 2017 tarihinde gerçekleşmekte olan oy verme işlemleri sırasında, münferit de olsa bazı sandıklarda," kurullarının oy pusulalarını mühürlemeden vermeleri, sayım aşamasında çıkan "bu sorunun sandıkların bağlı olduğu bazı ilçe seçim kurulları tarafından Kurulu(mu)za şifahi olarak iletil"diği, bunun üzerine sayım süreci sürerken toplanan YSK'nın "sandık kurullarının hata veya ihmali sonucu mühürlenmeyen oy zarfı ve oy pusulası ile kullandırılan oyların geçerli kabul edilmesi gerektiği sonucuna ulaş(ıl)mıştır."

85 Aksoy, s.41.

86 Kemal Gözler. (2017). YSK Kararlarının Kesinliği Üzerine. http://www.anayasa.gen.tr/ysk-baglayicilik.html (Konuluş Tarihi: 21 Nisan 2017) adresinden erişildi. (10.06.2022).

87 "Genel olduğu halde düzenleyici olmayan işlem," "ara işlem," "somut bir duruma ilişkin norm koyan işlem" "genele etkili/yönelik gibi isimler de verilen genel karar kavramı ve denetim usulü hakkında geniş ve toplu bilgi için bkz. Hayrettin Yıldız ve Sırrı Düğer (2020). Genel Kararların Hukuki Rejimi. TAAD, 11(42), s. 27 vd.

88 Bu bilgiler ve daha geniş açıklama için bkz. Erkut, s.156-157.

Ülkemizdeki uygulamaya gelince, Danıştay'a göre, tedbir niteliğinde olanlar da dâhil olmak üzere YSK kararları iptal davasına konu edilemez.[89] Ancak Danıştay ilçe seçim kurulu başkanının gece mesaisi için tahakkuk ettirilen ödeneğin geri alınmasıyla ilgili işlemin idari davaya konu edilebileceğine karar vermiştir.[90]

Yakın dönemde ortaya çıkan bir uyuşmazlıkta, Ana muhalefet partisi tarafından, Yüksek Seçim Kurulunun 16.4.2017 gün 560 sayılı (YSK tarafından gönderildiği belli, fakat sandık kurullarının hata veya ihmali sonucu mühürlenmeyen oy zarfı ve oy pusulası ile kullandırılan oyların geçerli kabul edilmesine dair) kararının iptali ile 16.4.2017 günü gerçekleştirilen halk oylaması (referandum) sonuçlarının bu dava sonuçlanıncaya kadar açıklanmaması yönünde yürütmenin durdurulması talebiyle Danıştay'da dava açılmıştır. Danıştay 10. Dairesi, Anayasanın 79 uncu maddesinde, seçimlerin, yargı organlarının genel yönetim ve denetimi altında yapacağı, seçimlerin başlamasından bitimine kadar, seçimin düzen içinde yönetimi ve dürüstlüğü ile ilgili bütün işlemleri yapma ve yaptırma, seçim süresince ve seçimden sonra seçim konularıyla ilgili bütün yolsuzlukları, şikâyet ve itirazları inceleme ve kesin karara bağlama ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin seçim tutanaklarını ve Cumhurbaşkanlığı seçimi tutanaklarını kabul etme görevinin YSK'na ait olduğu, YSK'nun kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamayacağı şeklinde düzenleme bulunduğunu; YSK'nun bütün iş ve işlemlerine idare hukuku ilke ve esaslarının uygulandığı bir "kamu idaresi" olmadığını; seçim hukuku kapsamında alınan kararlar ile yapılan iş ve işlemlerin "idare işlevine" ilişkin bulunmadığını; mühürsüz oyların geçerli sayılması kararının ve buna bağlı olarak seçim sonucunun açıklanmasının durdurulmasının seçim sürecine ilişkin olması sebebiyle idari işlem olarak kabul edilemeyeceğini; dolayısıyla idari yargı denetimine tabi tutulamayacağını belirterek, Anayasa gereği açılan davanın idari bir dava olarak nitelendirilmesinin ve yorum yapılmak suretiyle Danıştay'da incelenmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle talepler konusunda bir karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir (10.D., 24.4.2017, 954/2222). Danıştay 10. Dairesi Ana Muhalefet Partisinin açtığı bu davaya ilişkin kararında "davacı" yerine "talepte bulunan" sıfatı kullanmış olup ayrıca karara karşı başvurulabilecek kanun yolunu göstermemiştir. Davacı, karar üzerine temyiz yeri ve yolu olarak Danıştay'a başvurmuştun. Bu talep Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunda görüşülerek karara bağlanmıştır. DİDDK'a göre, açılan dava bir iptal davası olarak nitelendirilebileceğinden, davacının 10. Daire kararına karşı başvurusu temyiz başvurusudur. Bununla beraber ancak seçim sürecine ilişkin YSK kararlarına karşı hiçbir yargı merciine başvurulamaz. Bu sebeple davanın incelenmeksizin reddi gerekir. Sonuç olarak DİDDK Daire kararını gerekçesinde bu şekilde düzeltme yaparak onamıştır.[91]

[89] Danıştay 12. D., 11.2.1970 , E.1970/55, K. 1970/305.
[90] Danıştay 12. D., 18.11.1971, E.1969/5238, K.1971/2686, Erkut, s.190.
[91] DİDDK, 15.5.2017, 2017/739-2017/2110. Karara ilişkin eleştiriler için bkz. Kemal Gözler. (2017). Mühürsüz Oy Pusulası Tartışması: YSK'nın 16 Nisan 2017 Tarih ve 560 sayılı Kararı Hakkında Bir İnceleme",

Söz konusu uyuşmazlıkta kanun veya parlamento kararı gibi bir yasama işlemi bulunmamaktadır. Ceza hukuku veya hukuk davası konusu bir yargısal işlem de söz konusu değildir. Keza, henüz YSK'nun veya il/ilçe seçim kurullarının karara bağlayıp itirazen baktığı bir seçim uyuşmazlığı da söz konusu değildir. 560 sayılı karar seçim süreci devam ederken tesis edilmiş ise de, YSK'nun seçime ilişkin idari görevleri kapsamında alınmış bir karardır. Danıştay herhangi bir yargı merci önüne getirilmesi mümkün olmayan YSK kararının denetiminin iptal davası formatında yapılabileceğini kabulle birlikte bunun (bize göre inceleme kabiliyeti bulunmadığına karar verilmesi gerekirken) incelenemeyeceğine hükmetmiştir.

SONUÇ

Vardığımız sonuçları özetlemek gerekirse, YSK Anayasal, karma ve egemen bir yüksek idari kurul ve bir üst yargı merciidir. Bunlardan birine öncelik vermek veya tek bir isimle nitelendirmek gerekirse, o da üst yargı organı olmalıdır. Anayasa hükümleri zorlayarak ve Anayasa Koyucunun iradesi dışına çıkarak YSK'yı yüksek mahkeme gibi görmeye, farz ve kabul etmeye veya görünümü vermeyi imkân yoktur. Yukarıda açıklanan AYM, Danıştay ve UM kararları da aşağı yukarı bu doğrultudadır. Kaldı ki YSK bile kendisini mahkeme kabul etmemektedir.

YSK'nun Anayasanın "Yasama" bölümünde düzenlenmesinin ve açıkça yüksek mahkeme olarak nitelendirilmemesinin sebebi, seçme ve oy verme işinin mahiyetidir. Bu faaliyetin yönetim ve denetimine, yâni yürütmenin yasamanın teşkiline yönelik işlemlerin son tahlilde idari niteliği ağır basmaktadır. Ancak seçme ve oy verme hakkının kullanılmasıyla doğrudan ve ayrılmaz biçimde bağlı olması hasebiyle bu tasarrufların farklı bir kategoride değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu, mevcut yargı yerlerinden birine ayrıca denetim görevi vermekle olabileceği gibi, seçimin yönetimi ve/veya denetimi faaliyetini özel olarak yürütecek bağımsız ve tarafsız bir organ ihdası ile de yapılabilir. Görüldüğü kadarıyla bu iş modern demokratik hukuk devletlerinde yerine göre yargısal veya idari yönü öne çıkan YSK ve benzeri teşkiller marifetiyle yürütülmektedir.

Ülkemizde, seçimleri yönettiği gibi denetleyen YSK'nın üst yargı yeri olarak kararlarına karşı yargı yerleri dâhil hiçbir mercie başvurulamaz (AY m.79/1). Bu anayasal yasak hem genel yönetime ilişkin hem denetimle ilgili kararları kapsamaktadır. Bu sebeple YSK'nın –ayrılabilir işlemleri hariç- kararlarının Anayasa Mahkemesi veya Danıştay yahut Uyuşmazlık Mahkemesi önüne götürülmesi mümkün değildir.

http://www.anayasa.gen.tr/muhursuz.html (Konuluş Tarihi: 19 Nisan 2017) adresinden erişildi (ET: 10.06.2022); Ahmet Mert Duygun. (2017). Yüksek Seçim Kurulu'nun 16 Nisan 2017 Halkoylamasına İlişkin Verdiği "Mühürsüz Zarf ve Pusula" Kararı ve Bu Karara İlişkin Başvuru Yolları. Hukuk Defterleri, (7), https://hukukdefterleri.com/yuksek-secim-kurulunun-16-nisan-2017-halkoylamasina-iliskin-verdigi-muhursuz-zarf-ve-pusula-karari-ve-bu-karara-iliskin-basvuru-yollari/ adresinden erişildi. (ET: 10.06.2022).

Yüksek Seçim Kurulu'nun seçim idari yargısı alanında egemen üst yargı organı kabul etmekle beraber, Anayasada yapılacak bir değişiklikle öncelikle kararlarına karşı özel ve ivedi bir yargısal kanun yolu ve başvuru merci öngörülmesinin gerektiğini düşünüyoruz. Bu merci doğal olarak Danıştay olabilir. Ancak seçim uyuşmazlıklarının mahiyeti dikkate alınarak bu yer Fransa'da olduğu gibi genel kural olarak Anayasa mahkemesi olarak da tayin edilebilir. Bu yapılmayacaksa Yüksek Seçim Kurulu'nun uygulama ve doktrindeki tartışmalara sona erdirecek şekilde ve açıkça Anayasanın yargı bölümünde bir yüksek mahkeme olarak düzenlenmesi uygun olacaktır.[92]

KAYNAKÇA

Aksoy, H. (2015). 1982 Anayasası'nda Yüksek Seçim Kurulu'nun Statüsü Ve Milletvekilliği Seçimlerine Etkisi. Yayımlanmamış Yüksek lisans tezi, Akdeniz Üniversitesi, Antalya.

Akyılmaz, B., Sezginer, M. ve Kaya, C.. (2021). Türk İdari Yargılama Hukuku, 6.Baskı. Ankara: Savaş Yayınevi, s.26.

Armağan, S. (1975). Memleketimizde Anayasa, Seçimler ve Anayasa Mahkemesi. İstanbul: Yavuz Atar (2018). Türk Anayasa Hukuku, 12. Baskı. Ankara: Seçkin , s.32.Fakülteler Matbaası.

Atar, Y. (2018). Türk Anayasa Hukuku, 12. Baskı. Ankara: Seçkin.

Aybay, A. ve Aybay, R. Hukuka Giriş, 2. Baskı. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi yayınları.

Aydın, N. (2015). Türk Seçim Hukuku'nda Seçimlerin Denetimi. Yayımlanmamış doktora tezi, Selçuk Üniversitesi, Konya.

Başlar, K. (2005). Anayasa Yargısında Mahkeme Kavramı. Ankara: Roma Yayınevi. s.156.

Bilir, F. ve Birişik, F. (2015). Seçimlerin Yönetimi ve Denetimi: Yüksek Seçim Kurulu. 13. Uluslararası Türk Dünyası Sosyal Bilimler Kongresi 28-29 Ekim 2015 içinde (?-?). İstanbul: Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı. https://docplayer.biz.tr/20395931-Secimlerin-yonetimi-ve-denetimi-prof-dr-faruk-bilir-faik-birisik.html adresinden erişildi (ET: 30.06.2022).

Çağlayan, R. (2018). İdari Yargılama Hukuku, 10. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınevi.

Duran, L. (1980). Türkiye'de Seçimleri Kim Yönetir. İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, 1 (1), s.47-54.

Duran, L. (1984). Adliye, Genel Yargı Yeri. Amme İdaresi Dergisi, 17 (1), http://yayin.todaie.gov.tr/goster.php?Dosya=MDUyMDUyMDU0'den erişildi. (ET: 30.05.2022). 3-14.

[92] Bu görüşte, Ahmet Hamdi Ünlü (2003). Yüksek Seçim Kurulunun Hukuki Niteliği Üzerine. Danıştay Dergisi, (105), s.105; Gönenç, s. 288-290.

Duygun, A.M.(2017). Yüksek Seçim Kurulu'nun 16 Nisan 2017 Halkoylamasına İlişkin Verdiği "Mühürsüz Zarf ve Pusula" Kararı ve Bu Karara İlişkin Başvuru Yolları. Hukuk Defterleri, (7), https://hukukdefterleri.com/yuksek-secim-kurulunun-16-nisan-2017-halkoylamasina-iliskin-verdigi-muhursuz-zarf-ve-pusula-karari-ve-bu-karara-iliskin-basvuru-yollari/ adresinden erişildi. (10.06.2022).

Eren, A. (2021). Anayasa Hukuku Dersleri, 3.Baskı. Ankara: Seçkin.

Erkut, C. (1990). İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği. Ankara: Danıştay yayınları.

Fendoğlu, H.T.. (2020). Anayasa Hukuku, 8.Baskı. Ankara: Yetkin.

Gölcüklü, F. ve Gözübüyük, Ş. (2002). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması, 3.Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi.

Gönenç, L. (2009). Yüksek Seçim Kurulu'nun Mahkeme Niteliği Üzerine Bir Değerlendirme. Mümtaz Soysal'a Armağan içinde. Ankara: Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları.

Gözler, K. (2009). Hukukun temel Kavramları, 6. Baskı. Bursa: Ekin Kitabevi.

Gözler, K. (2017). Mühürsüz Oy Pusulası Tartışması: YSK'nın 16 Nisan 2017 Tarih ve 560 sayılı Kararı Hakkında Bir İnceleme", http://www.anayasa.gen.tr/muhursuz.html (Konuluş Tarihi: 19 Nisan 2017) adresinden erişildi (ET: 10.06.2022).

Gözler, K. (2017). YSK Kararlarının Kesinliği Üzerine. http://www.anayasa.gen.tr/ysk-baglayicilik.html (Konuluş Tarihi: 21 Nisan 2017) adresinden erişildi. (10.06.2022).

Gözler, K. (2018). Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 22.Baskı. Bursa: Ekin Kitabevi.

Gözler, K. (2019). YSK'nın Bağımsızlığı Üzerine - Gözlemler Ve Öneriler, 25.7.2019, https://www.anayasa.gen.tr/ysk bagimsizlik.htm adresinden erişildi. (30.06.2022).

Gözübüyük, A. Ş. (2016). Yönetsel Yargı, 35.Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi.

Günday, M. (2011). İdare Hukuku, 10. Baskı. Ankara: İmaj Yayıncılık.

Kalabalık, H. (2009). İdari Yargılama Usulü Hukuku, 3.Baskı. Konya: Sayram yayınları.

Kanadoğlu, S. (2004). Alaturka Demokrasi Ankara: Arkadaş Yayınevi.

Karahanoğulları, O. (2019). İdari Yargı-İdarenin Hukukla Zorlanması. Ankara: Turhan Kitabevi, 2019.

Karakaşlı, M. (2019). Seçim Yargısı. Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Selçuk Üniversitesi, Konya. s.68-67.

Kayar. N. (2010). Yönetsel Yargı. Bursa: Ekin Kitabevi.

Kılıç, A. (2013). Yüksek Seçim Kurulu Kararlarına Karşı Bireysel Başvuru Yolu. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, (60). s.31-81.

Kuru. B. (1990). Hukuk Muhakemeleri Usulü, 5.Baskı. İstanbul: Alfa.

Onar, S. S.. (1966). İdare Hukukunu Genel Esasları, C.I-III, 3. Baskı. İstanbul: Hak kitabevi.

Özay, İ.H. (2004). Günışığında Yönetim. Ankara: Filiz Kitabevi.

Özdemir, G. (2010). Yüksek Seçim Kurulu'nun Niteliği. Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV (1–2), 114-115.
Özkan, G. (1995). Hukuk Devleti ve Yargı Denetimi. Ankara: Kendi Yayını.
Özyörük, M. (1972/1973). İdare Hukuku Dersleri. Ankara: A.Ü. Hukuk Fakültesi yayınları.
Tahmazoğlu Üzeltürk, S. (2006). Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Seçim Sistemleri. Anayasa Yargısı, (23), 237-278.
Tan, T. (2015). İdare Hukuku, 4.Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi.
Tanör, B./Yüzbaşıoğlu, N. (2009). 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, ?. B. İstanbul: Beta.
Teziç, E. (2018). Anayasa Hukuku, 22. Baskı. İstanbul: Beta yayınevi.
Yancı Özalp, N. (2015). Yüksek Seçim Kuruluna İlişkin Güncel Anayasal Tartışmalar. Anayasa Hukuku Dergisi, 4(.8), 132-157.
Ulusoy, A.D. (2021). Türk İdare Hukuku, 4. Baskı. Ankara: Yetkin.
Ünlü, A.H. (2003). Yüksek Seçim Kurulunun Hukuki Niteliği Üzerine. Danıştay Dergisi, 105.
Yayla, Y. (1995). Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı (I). Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2(1), 58-?.
Yıldırım, R. ve Çınarlı, S., (2018). Türk İdari Yargılama Hukuku Dersleri. Ankara: Astana Yayınları.
Yıldırım, T./Yasin, M./Özdemir, H. E./Üstün, G./Okay, Ö. (2010). İdare Hukuku II. İstanbul: Oniki levha yayınları.
Yıldız, H. ve Düğer, S. (2020). Genel Kararların Hukuki Rejimi. TAAD, 11(42), s. 25-48.
Yılmaz, D. 2016). Seçim Döneminde Cumhurbaşkanının Konuşmalarının Yüksek Seçim Kurulu Tarafından Denetimi Ve Bireysel Başvuru Yolu. TBB Dergisi, (122), 49-72.
Yüksel, M. (2004). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı Üzerine Bir İnceleme. Legal Hukuk Dergisi, (17), 1279 – 1291.
Zabunoğlu, Y. K. (2012). İdari Yargılama Hukuku Dersleri. Ankara: Yetkin.

SAYIŞTAY KARARLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Doç. Dr. Celâl IŞIKLAR*

Özet

Sayıştay 1982 Anayasa'sının Yargı erkine ilişkin üçüncü bölümündeki 160'ıncı maddesinde düzenlenmiştir. Esasen Sayıştay daha önce 21.2.1967 tarihli ve 832 sayılı Sayıştay Kanunu'yla "Divanı Muhasebat"ın yerine kurulmuştur. Daha sonra 3.12.2010 tarih ve 6085 sayılı Sayıştay Kanunu'yla Sayıştay'ın kuruluş, yetki ve görevleri ile karar alma usulleri yeniden düzenlenmiştir. Mülga Kanundaki gibi bu Kanun'da da daireler, Temyiz Kurulu, Daireler Kurulu ve Genel Kurul bulunmaktadır. Anayasa ve Sayıştay Kanunu'na göre, Sayıştay'ın hem idari hem de "hesap yargılaması" şeklinde yargısal yetki ve görevleri bulunmaktadır. Sayıştay daireleri birer hesap mahkemesi niteliğindedir. Sayıştay hesapları inceleyip yargılar ve zararların sorumlulardan tazminine karar verir. Bu kararlara karşı temyiz ve diğer kanun yolu başvuruları yine Sayıştay tarafından kesin hükme bağlanır. Sayıştay kararlarına karşı idari yargı yoluna başvurulamaz. Ancak, vergi, benzeri mali yükümlülükler ve ödevler hakkında Danıştay ile Sayıştay kararları arasındaki uyuşmazlıklarda Danıştay kararları esas alınır. Anayasa ve Sayıştay Kanunu'ndaki bazı terim ve ifadeleri dikkate alan bir görüşe göre, Sayıştay, Danıştay gibi denetim ve inceleme vb. idari görevlerinin yanı sıra yargılama görevi de olan bir yargı merciidir. Başka bir görüşe göre ise, Sayıştay bir yargı merci değil, kararlarına karşı yargı yoluna gidilemeyen kendine özgü bir Anayasal yüksek kurumdur. sâdece sorumluların yargılanması işlevi bakımından mahkeme sayılabilir. Son görüş sahipleri Sayıştay'ı inceleme ve denetleme işleri bakımından bir mahkeme olarak görmemektedir. Anayasa Mahkemesi eski kararlarında Sayıştay'ı "mahkeme" olarak nitelemekten kaçınmıştır. Ancak son karalarında Sayıştay'ın aynı zamanda bir yargı organı olduğuna işaret etmiştir. Danıştay AY m.160/5'deki "bu kararlar dolayısı ile idari yargıya başvurulamaz" şeklindeki hükme kadar Sayıştay kararlarını denetlemiştir. Bundan sonra ise Danıştay'a göre artık Sayıştay'ın yargısal işlemleri denetlenemez. Buna karşılık onun idari işlemleri idari yargıda denetlenebilir. Bize göre de Sayıştay'ın sorumlular hakkında verdiği hukuki düzenlemelere uygunluk veya tazmin kararları yargısal niteliktedir. Bu sebeple, Sayıştay'ın bu tür kararları, başka bir merci (Danıştay, Yargıtay, AYM gibi) tarafından yargısal denetime tâbi tutulamaz.

Anahtar Kelimeler: 1. Sayıştay, 2. Yargısal denetim, 3. Hesap (muhasebe) yargısı, 4. Mali denetim, 5. Anayasal Yüksek Kurum.

* Doç.Dr., KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku BD Öğretim Üyesi
ORCID No: 0000-00002-7239-6142
E-posta: celal.isiklar@karatay.edu.tr

THE LEGAL NATURE OF THE DECISIONS OF THE TURKISH COURT OF ACCOUNTS

Abstract

The Turkish Court of Accounts (TCA) is regulated in Article 160 in the third section on the Judiciary of the 1982 Constitution. In fact, the TCA was previously established to replace the “Divanı Muhasebat” with the Law on the Court of Accounts dated 21.2.1967 and No. 832. Later, with the Law on the Court of Accounts dated 3.12.2010 and No. 6085, the establishment, powers, duties and decision-making procedures of the TCA were rearranged. As in the repealed Law, there are chambers, Board of Appeal, Board of Chambers and General Assembly in this Law. According to the Constitution and the Law on the Court of Accounts, the Court of Accounts has both administrative and judicial powers and duties in the form of "account judgment". The chambers of the TCA are in the nature of a court of accounts. The TCA examines and judges the accounts and decides on compensation for damages from those responsible. Appeals and other legal remedies against these decisions are also finalized by the TCA. It is not possible to apply to the administrative court against the decisions of the TCA. However, in disputes between the decisions of the Council of State and the TCA regarding taxes, similar financial obligations and duties, the decisions of the Council of State shall prevail. According to an opinion that takes into account some terms and expressions in the Constitution and the Law on the Court of Accounts, The TCA is a judicial authority like the Council of State, which has judicial duties as well as auditing, reviewing and similar administrative duties. According to another view, the TCA is not a judicial authority, but it is a unique constitutional high institution whose decisions cannot be appealed to the judiciary. It can only be considered a court in terms of its function of prosecuting those responsible. The last opinion holders does not see the TCA as a court in terms of its examination and auditing works. In its previous decisions, the Constitutional Court avoided describing the TCA as a "court". However, it pointed out in his latest decisions that the TCA is also a judicial organ. The Council of State audited the decisions of the TCA until the provision stating that "It is not possible to apply to administrative courts for these decisions" in article 160/5 of the Constitution. After that, according to the Council of State, the judicial proceedings of the Court of Accounts can no longer be audited. After that, the judicial proceedings of the Court of Accounts can no longer be audited. On the other hand, its administrative acts can be audited by the administrative judiciary. In our opinion, decisions on compliance with legal regulations and compensation given by the TCA about those responsible are of a judicial nature. For this reason, such decisions of the TCA cannot be subject to judicial review by any other authority (such as the Council of State, Court of Cassation, Constitutional Court).

Keywords: 1. The Turkish Court of Accounts, 2. Judicial review, 3. Account (accounting) judgment, 4. Financial audit, 5. Constitutional High Institution.

GİRİŞ

Sayıştay'ın ilk şekli olan Divanı Muhasebat Osmanlı Devleti'nde 1839'da başlayan "Islahat" çalışmalarının kapsamında Devletin hesaplarını denetlemek ve sorumluları yargılamak üzere 1862 yılında bağımsız bir denetim ve yargı mercii olarak kurulmuştur.[1] 1876 tarihli Kanun-u Esasi ile anayasal bir kurum halini almış ve bu tarihten itibaren Meclise rapon sunmakla görevlendirilmiştir (m.105, 106 ve 107). Kurum bu özelliklerini 1924 (m.101), 1961 (m.127) ve 1982 (m.) Anayasa dönemlerinde de sürdürmüştür.[2] 1924 Anayasası'sı döneminde Sayıştay'ın kuruluşu, işleyişi, görev ve yetkileri 16.6.1934 tarih ve 2514 sayılı Divanı Muhasebat Kanunu ile yeniden düzenlenmiştir. 1943 yılında Divan-ı Muhasebat adı Sayıştay'a çevrilmiştir.[3] Sayıştayın görevlerini idari ve yargısal olmak üzere iki ana grupta toplayan ve fakat onu "yürütme" bölümünde düzenleyen 1961 Anayasası döneminde 2514 sayılı Divan-ı Muhasebat Kanunu yürürlükten kaldırılarak Sayıştay'ın yargısal niteliğine ağırlık veren 27.2.1967 tarih ve 832 sayılı Sayıştay Kanunu kabul edilmiştir. Anayasa Koyucu yargısal niteliği ağır basan bir kurum olarak algıladığından olsa gerek Sayıştay'ı 1982 Anayasası'nda "Yargı" bölümünde düzenlemiş, ancak yüksek mahkemeler arasında saymamıştır. Daha doğrusu Sayıştay Anayasanın hazırlık çalışmalarında Yargı bölümüne alınmakla birlikte Yüksek Mahkemeler arasından çıkarılmış, metin de bu şekilde kabul edilmiştir.[4] 1982 Anayasası döneminde 832 sayılı Kanun 3.12.2010 tarih ve 6085 sayılı Sayıştay Kanunu (RG:19.12.2010-27790) ile yürürlükten kaldırılarak Sayıştay'ın kuruluş, yetki ve görevleri ile karar alma usulleri yeniden düzenlenmiştir.

Anayasa'nın Sayıştay başlıklı 160'ncı maddesine göre;

> "Sayıştay, merkezî yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumlarının bütün gelir ve giderleri ile mallarını Türkiye Büyük Millet

---

[1] Sayıştay'ın kuruluşu ile ilgili geniş bilgi için bkz. Ahmet Akgündüz. (1997). Arşiv Belgeleri Işığında Sayıştay Tarihi. Ankara: OSAV yayınları, s.60 vd.; Hacı Ömer Köse. (2007). Dünyada ve Türkiye'de Yüksek Denetim, 2. Baskı.. Ankara: Sayıştay 145.Yıl Yayınları, s.213 vd.; Recai Akyel. (2015). Bir Hesap Yargısı Sayıştay. TAAD: 6(23), s.2; Burcu Sevinçler. (2018). Sayıştayın Anayasal Konumu Ve Yargı Fonksiyonu. Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Hacettepe Üniversitesi, Ankara, s.7 vd.

[2] S. Sami Onar, İdare Hukukunu Genel Esasları, C.III, 3. Baskı. İstanbul: Hak kitabevi, s.1922 vd.; Köse, s.223 vd., 229; Sevinçler, s.10. 1876 Anayasası'nda Başkan ve üyelere tanınan teminatın bu konuyu kanuna bırakan 1982 Anayasası düzenlemesinden daha ileri olduğu görüşü için bkz. Süleyman Emre Akdağ. (1997). Sayıştayın Anayasal Kimliği. Sayıştay Dergisi, 135. Kuruluş Yıldönümü Özel Sayısı, Nisan-Haziran 1997, s.148.

[3] 15.1.1945 tarih ve 4695 sayılı kanunla Temyiz Mahkemesi'nin adı Yargıtay ve Şurayı Devletin adı Danıştay olarak öztürkçeleştirilirken Divan/ı Muhasebat' a da Sayıştay denmiştir. Akgündüz, s.144-145.

[4] Bunlara ilaveten "Sayıştay kararlarına karşı idari yargı yoluna başvurulamayacağı" ile "Vergi ve benzeri mali yükümlülükler ve ödevler konusunda Danıştay ile Sayıştay Kararları arasındaki uyuşmazlık bulunması halinde Danıştay Kararlarının esas alınacağı" ifadeleri Anayasal düzenlemeye dâhil edilmiştir. hükme bağlanmıştır. Bkz. Mustafa Taytak ve Süreyya Sakınç. (2018). Sayıştay'ın Yargılama Fonksiyonu ve Sayıştay Yargısında Kanun Yolları. Optimum Ekonomi ve Yönetim Bilimleri Dergisi, 5(1), s.89.

Meclisi adına denetlemek ve sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak ve kanunlarla verilen inceleme, denetleme ve hükme bağlama işlerini yapmakla görevlidir. Sayıştayın kesin hükümleri hakkında ilgililer yazılı bildirim tarihinden itibaren onbeş gün içinde bir kereye mahsus olmak üzere karar düzeltilmesi isteminde bulunabilirler. Bu kararlar dolayısıyla idari yargı yoluna başvurulamaz.

Vergi, benzeri mali yükümlülükler ve ödevler hakkında Danıştay ile Sayıştay kararları arasındaki uyuşmazlıklarda Danıştay kararları esas alınır.

Mahallî idarelerin hesap ve işlemlerinin denetimi ve kesin hükme bağlanması Sayıştay tarafından yapılır.

Sayıştayın kuruluşu, işleyişi, denetim usulleri, mensuplarının nitelikleri, atanmaları, ödev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri ve diğer özlük işleri, Başkan ve üyelerinin teminatı kanunla düzenlenir."

Anayasa'nın 160 ve Sayıştay Kanunu'nun 2 ve 5. maddelerine bakıldığında, Sayıştay'ın denetim şeklinde idari ve kesin hükme bağlama şeklinde yargısal olmak üzere iki temel görevi bulunduğu açıktır. Bunların ilki 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nda belirtilen (m.68) harcama sonrası yaptığı dış denetimdir. Sayıştay'ın denetim görevi, merkezî yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumlarının bütün gelir ve giderleri ile mallarını denetlemektir. Bu denetleme ve inceleme görevleri TBMM adına gerçekleştirilir. TBMM'ye sunulan raporlar ve mali konularda çıkacak yönetmelikler hakkında görüş bildirmesi de bu kapsamda değerlendirilebilir. Sayıştay bu idari görevin[5] yanı sıra sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlar (m.5-6; mülga 832 SK m.28-29). Sayıştay bu yargı işlevini kapsamındaki görevi doğrudan Anayasa tarafından kendisine verilen bir görev olarak ve bağımsız bir yargı yeri gibi yerine getirir.

6085 sayılı Sayıştay Kanununa göre, Sayıştay'ın teşkilatında, Daireler, Temyiz Kurulu, Daireler Kurulu ve Genel Kurul bulunmaktadır. Sayıştay verilen inceleme, denetleme ve kesin hükme bağlama işlerini yaparken işlevsel ve kurumsal bağımsızlığı olan bir kurumdur (m.3). Başkan ve üyeler azledilememe, kendileri istemedikçe yaş haddinden önce emekliye sevk edilememe, hakim ve savcılarla aynı aylık ve diğer özlük

[5] GÜNDAY ve SANCAKDAR vd.'e göre Sayıştayın idari görevleri a. Bütçenin uygulanmasını sağlama, b. Görüş bildirme, Genel ve birleştirici karar alma olarak üçe ayrılabilir. Metin Günday, (2011). İdare Hukuku, 10. Baskı. Ankara: İmaj Yayıncılık, s.375 vd.; Oğuz Sancakdar, Lali Burcu Önüt, Eser Us Doğan, Mine Kasapoğlu Turhan ve Serkan Seyhan. (2021). İdare Hukuku-Teorik Çalışma Kitabı. Ankara: Seçkin, s.173.

GÖZLER ve KAPLAN'a göre Sayıştay'ın görevleri, idari nitelikte "inceleme ve denetme" ve yargısal nitelikte "kesin hükme " bağlama" olmak üzere iki tür görevi var. İdari görevleri de Denetim (a. Düzenlilik denetimi, b. Performans denetimi) ve görüş bildirme (a. Yönetmelikler hakkında, b. Kanun teklifleriyle ilgili) olarak iki türdür. Kemal Gözler. (2018). Anayasa Hukuku Dersleri, 22.Baskı. Bursa: Ekin Kitabevi, s.413; Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan. (2020). İdare Hukuku, 22. Baskı. Bursa: Ekin Kitabevi, s.164; Kemal Gözler. (2019). İdare Hukuku, C.1, 3.Baskı. Bursa: Ekin Kitabevi, 2019, s. Sayıştay'ın görev ve yetkileri için bkz. Sancakdar vd, s.173-178.

haklara tâbi olma (m.63, 70) gibi teminatlar tanınmıştır. Dairelerin hesap yargılaması sonunda verdikleri kararlara karşı tavzih ve düzeltme (m.52) yoluna gidilebileceği gibi, olağan kanun yollarından karar düzeltme (m.52) ile Sayıştay Temyiz Kurulunda temyiz (m.55) yollarına da başvurulabilir. Keza kesinleşmiş kararlar aleyhine olağanüstü kanun yolu olan yargılamanın yenilenmesi (m.56) yoluna gidilebilir. Sayıştayın bu kararları ilam niteliğinde olup ilgili kamu idarelerinin üst yöneticileri yerine getirilmesinden sorumlu olduğu gibi, hükmolunan tazminat 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre tahsil olunur (m.53). Kanunda yüksek mahkemelere mahsus içtihatların birleştirilmesi müessesesi düzenlenmiş olup birleştirme ve değiştirme kararlan Resmi Gazetede yayımlanacağı hüküm altına alınmıştır (m.58). Dahası yargılama usulü ile kanun yollarına ilişkin hususlarda kendi Kanununda hüküm bulunmayan hallerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ilgili hükümlerinin uygulanması kabul edilmiştir (m.61). Sayıştay'da temyiz üzerine verilen kararlar kesin olup (m.54-57) bu kararlar aleyhine idari yargı yoluna başvurulamaz (AY m.161/1, son cümle). Ancak ve sadece vergi, benzeri mali yükümlülükler ve ödevler hakkında Danıştay ile Sayıştay kararları arasındaki uyuşmazlık halinde Uyuşmazlık mahkemesine başvuru yerine Danıştay kararlarının esas alınması yolu benimsenmiştir (AY m.161/2). 1136 sayılı Avukatlık Kanunu uyarınca çıkarılan Avukatlık asgari ücret tarifelerinde Sayıştay'ın da Yargıtay ve Danıştay gibi kabul edildiği görülmektedir.

1961 Anayasası döneminde Danıştay'ın Sayıştay'ı mahkeme olarak görmemiştir. Bu konuda Anayasa Mahkemesi birbiriyle çelişik kararlar vermiştir. 1982 Anayasası döneminde ise aşağıda açıklanacağı üzere 1991 yılında Sayıştay'ın yargı organı olmadığına karar vermiştir.[6] Ancak son zamanlarda Anayasa Mahkemesinin bu görüşünü değiştirdiği söylenebilir. Bununla birlikte 1961 Anayasasından önce başlayan tartışmaların bugün de sürdüğü görülmektedir.

Bu çalışmanın tezi Anayasanın Sayıştay'ın kimliği hakkında eksik ve/veya müphem bıraktığı noktaların Kanun koyucu tarafından tamamlandığı, Anayasal düzlemden farklı olarak halihazır normatif yargı düzenimizde konumunun daha net ve öngörülebilir biçimde ortala konduğudur. Bunun için önce yargıyla ilişkin kavramları ele alacağız. Sonra öğretinin bakış açısına ve yüksek yargı yerlerinin yaklaşımlarına bakacağız. Ardından bu görüşleri özellikle mahkeme ve yargı organı kavramları çerçevesinde tartıya vurduktan sonra kendi görüşümüzü açıklayacağız.

I. HUKUKUMUZDA YARGI VE YARGILAMA DÜZENİ

D. YARGI, YARGILAMA VE MAHKEME KAVRAMLARI

[6] Bu konuyu zıt görüşleri savunan iki taraf arasındaki bir savaş olarak değerlendiren Pertev Bilgin. (1994). Sayıştay'ın Yargı Düzenleri İçindeki Yeri (Bir Savaş Hikayesi). İÜSBF Dergisi, (7) 37-54.

"Yargı (jurisdiction), hukuki uyuşmazlıklara kesin olarak karara bağlama demektir."[7] Organik ve maddi fonksiyonlar birlikte değerlendirilerek, yargı "bağımsız mahkemelerin hukuki uyuşmazlıkları ve hukuka aykırılık iddialarını tarafsız olarak çözme ve kesin hükme bağlama faaliyetleri" olarak tanımlanmaktadır.[8] Daha geniş kapsamlı bir tanımla yargı (faaliyeti ve düzeni), devletin egemenliğinin bir fonksiyonu olarak hukuki uyuşmazlıkların çözümü için muhakemeye dayanan, belli yöntem ve kurallara göre işleyen, vardığı çözümü hükme bağlayan bir faaliyet ve bu faaliyeti yerine getirmek üzere hukuku yorumlayarak uygulamakla yetkili ve görevli bağımsız ve tarafsız mahkemeler düzenidir.

Mahkeme diye, taraflar arasındaki hukukî uyuşmazlıkları *(davaları)* hukukun üstünlüğüne uygun olarak, önceden öngörülmüş usuli kural ve yöntemlere göre, kesin ve bağlayıcı surette çözmek ve adaleti sağlamak üzere yetkilendirilmiş kuruluşlara denir. Mahkemeler ülkelerin sosyo-kültürel yapı ve şartlarına göre farklı özellikler gösterebilmekle beraber, bağımsızlık, hakim teminatı, cebren icra, bağlayıcılık, kesin ve son kararı vermek gibi evrensel ilke ve esaslara sahip teşkillerdir. Mahkemeler genellikle bir devlet kurumu şeklinde teşkilatlanır.[9]

Mahkemelerin faaliyet ve hüküm süreci, önceden tasarlanmış bir mekanizma şeklinde işleyen, belli yöntemlere göre muhakemeyi gerektiren, emredici usul kurallarına tâbidir. Yargı düzenine göre farklılıklar arz eden ve kodifiye idilmiş bu usullü faaliyet sürecine ilişkin ilke ve esaslar bütününe yargılama hukuku (veya usul hukuku) denir.

Yargının işlevi, kural olarak çekişmeli (ihtilaflı) olayları bir dava formatında incelemeyerek bağlayıcı bir kararı ile sonuçlandırmaktadır.[10] Bir yargı organınca, belli bir hukuki uyuşmazlık oluşturduğundan, hukuki koruma altına alınması, yargısal usullerle çözülmesi ve hakkında hüküm verilmesi gereken konuya "dava" denir. Yargılama faaliyeti (tez/sav/iddia ve antitez/karşı sav/savunma karşıtlığı içeren) diyalektik süreç sonunda dava hakkında hüküm denen senteze ulaşma ameliyesidir. Kısaca, yargılama, hukuki uyuşmazlıkları çözmek üzere kesin sonuca bağlamak üzere, ilgili tarafların aktif katılımıyla yargı organları tarafından yapılan işlemlerin tümüdür.

Devlet erk ve fonksiyonları açısından, yargı fonksiyonu, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce yerine getirilen (AY m.9), yargısal usuller uygulayarak soyut, genel, objektif bir hukuk kuralını somut bir olaya ya da ilişkiye uygulama ve hukukî

---

7 Kemal Gözler. (2009). Hukukun temel Kavramları, 6. Baskı. Bursa: Ekin Kitabevi, s.72.

8 Günday, İdare Hukuku, s.12-14.

9 BAŞLAR'a göre bir organa mahkeme diyebilmek için; - kanunla kurulmalı, - üyelerinin bağımsızlığı ve tarafsızlığı teminat altına alınmalı, - yargılama usul ve güvencelerine sahip olmalı, kararları kesin hüküm niteliğinde olmalı, yüksek mahkeme dışında temyiz imkânı bulunmalı, bir hukuk kuralının veya hakkın ihlal edilip edilmediğini belirleyen veya denetleyen bir organ olmalıdır. Kemal Başlar. (2005). Anayasa Yargısında Mahkeme Kavramı. Ankara: Roma Yayınevi. s.156. Yargılama ve mahkeme kavramları için ayrıca bkz. Aydın Aybay ve Rona Aybay. Hukuka Giriş, 2. Baskı. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi yayınları, s.279-247.

10 Aybay ve Aybay, s.240.

uyuşmazlıkları ve hukuka aykırılık iddialarını (tez-antitez) kesin olarak çözümleme (analiz) ve (karara bağlama (sentez) faaliyetidir.

E. MAHKEME VE YARGI MERCİ (YERİ) AYRIMI

4. "Court" ve "Tribunal" Terimleri Bağlamında Mahkeme ve Yargı Yeri

Mahkeme (court), kısaca "yargı yetkisine kullanan, yâni hukuki uyuşmazlıkları kesin olarak karara bağlayan kuruluş" olarak tanımlanabilir.[11] Bu tanıma "bağımsız ve teminatlı teminatlı hâkimlerden oluşma" da eklenmelidir. Anayasa'nın mahkemelerin ve hakimlerin niteliklerini açıklayan 138, 139 ve 140'ncı madde hükümlerini esas alarak "(bağımsız) mahkeme"yi, bağımsız ve teminatlı hakimlerden oluşan, hiçbir organ, makam, merci veya kişiden emir ve talimat almayan, genelge gönderilemeyen, tavsiye ve telkinde bulunulamayan, yargı yetkisini kullanırken soru sorulamayan, görüşme yapılamayan, herhangi bir beyanda bulunulamayan, yasama ve yürütme organları ile idarenin kararlarını geciktirmeden uygulamak ve uymak zorunda olduğu, hiçbir suretle değiştiremediği kuruluş şeklinde daha geniş ve ayrıntılı olarak tanımlayabiliriz.[12]

Batı dillerinde mahkeme kavramına karşılık gelen, "court" ve "tribunal" şeklinde iki farklı kelime bulunmaktadır. Court kelimesi, dar ve teknik anlamda mahkemeyi ifade ederken, daha geniş bir içeriğe sahip tribunal terimi, belli bir sorunu karara bağlamak üzere görevlendirilmiş herhangi bir kurula işaret etmektedir.[13] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin orijinal metnindeki "tribunal" kelimesinin Türkçede tam karşılığı bulunmadığından yanlış olarak "mahkeme" şeklinde çevrildiği ve kullanılageldiği, oysa bu terimin geniş anlamda yargı yerini ifade ettiği belirtilmektedir.[14] Dolayısıyla Yüksek Seçim Kurulu ile diğer seçim kurulları gibi "tribunal" kavramı kapsamında değerlendirilebilir.[15]

5. Anayasa'nın ve Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımı

Anayasamızda hem mahkeme hem de aynı anlama gelebilecek şekilde yargı merci ve organı ile nihayet hâkim terimlerine yer verilmiştir. Bunlardan "mahkeme" terimi 9, 15/2, 19/2 ve 4, 28/son, 36 ve 37. maddelerde, "yargı merci" ibaresi 19/8. maddede ve

---

[11] Gözler, Hukukun Temel Kavramları, s.72

[12] Günday, İdare Hukuku, s.5

[13] Başlar, s.1, 9. "Divan" kelimesi ile karşılanabilecek olan "tribunal" kavramı, İngiliz hukukunda (panels, commite, authority, board, agency vb.) değişik adlar verilen, geçmişte Devlet ile bireyler veya kişiler arasındaki uyuşmazlıkları çözmek için *ad hoc (belli bir sorunun halli için özel maksatla ve geçici olarak)* kanunlarla kurulmuş, mahkeme sayılmasa da giderek yargı bağımsızlığı tanınan, yargılama yöntemlerinden dolayı mahkemeleşme eğiliminde olan, hakimler gibi seçilen teminatlı üyelerden oluşan, üst başvuru mercileri (upper tribunal =üst divan) bulunan, yargı teşkilatının dışında olmakla birlikte yargı denetimine alınan yarı yargısal/idari denetim birimlerinin genel adıdır. Bkz. Onur Karahanoğulları. (2019). İdari Yargı-İdarenin Hukukla Zorlanması. Ankara: Turhan Kitabevi, 2019. s.33-35.

[14] Başlar, s.52-55.

[15] Başlar, s. 52-55.

"yargı organı" ifadesi 79. maddede geçmektedir. Bunun yanı sıra Anayasa'nın 19/3-4, 20/2, 21/1, 22/2, 23/4, 28/4-5-6 ve 33/5. maddelerinde "hâkim" terimine yer verilmiştir.[16]

Anayasa Mahkemesinin 27.12.2012 tarihli kararında, sayılı kararında yargısal faaliyet v şu şekilde ifade edilmiştir:

> "Günümüzde genel kabul gören organik-şekli ölçüte göre, Yargısal faaliyet, kanunla kurulan bağımsız ve tarafsız kuruluşlar tarafından, hukuki uyuşmazlıkların ve hukuka aykırılık iddialarının özel yargılama usulleri izlenerek çözümlenmesi ve kesin hükme bağlanması faaliyeti olarak tanımlanmaktadır. Bağımsızlık ve tarafsızlık, yargı fonksiyonunu idare fonksiyonundan ayıran en önemli ölçüt olup yargı yetkisini kullanacak olan merciin, çözülmesi istenen uyuşmazlığa doğrudan veya dolaylı olarak taraf olmayan ve uyuşmazlığın taraflarından tamamen bağımsız olan kişi veya kişilerden oluşmasını gerektirmektedir. Öte yandan yargılama faaliyetinde idari faaliyetten farklı olarak, uyuşmazlık, bağımsızlık ve tarafsızlığı güçlendiren özel yargılama usulleri izlenerek çözümlenmektedir. Ayrıca, yargı organları bir uyuşmazlığı kesin bir biçimde çözerken, idare organlarının verdiği kararlar kural olarak kesin nitelikte değildir. Dolayısıyla verilen karara karşı herhangi bir organa başvurulamaması, karara yargısal nitelik kazandıran önemli bir gösterge olarak ortaya çıkmaktadır."[17]

6. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yaklaşımı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre bir organın mahkeme sayılabilmesi için -kanunla kurulması, -bağımsız, -tarafsız ve -karar vericilerinin teminatlı olması gerekmektedir.[18] AİHM, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılama hakkı bağlamında mahkemeyi, ulusal kanunlarda mahkeme olarak nitelendirilmiş olup olmadığına bakmaksızın, belli bir usul izleyerek ve hukuk kurallarına dayanarak, gerektiğinde devlet zoruyla yerine getirilmesi mümkün olan karar verme yetkilerini elinde tutan organ olarak nitelemektedir.[19] Başka bir anlatımla, AİHM kararlarına göre, bir organ yargı fonksiyonu yerine getiriyorsa, bir ülkenin iç hukukun mahkeme olarak nitelenmese ve klasik, genel ve olağan yargı sistemi içerisinde yer almasa da mahkeme niteliğinde görülmelidir.[20] AİHM kararlarına ve birçok Avrupa ülkesindeki uygulamalara bakıldığında, mahkeme kavramının çok geniş yorumlandığı,

---

16 Gürbüz Özdemir. (2010). Yüksek Seçim Kurulu'nun Niteliği. Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV (1–2), s.123.

17 AYM, 27.12.2012, E.2012/102, K.2012/207, RG: 2.4.2013-28606 (mükerrer).

18 Murat Yüksel. (2004). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı Üzerine Bir İnceleme. Legal Hukuk Dergisi, (17), s.1280 vd. (1279 – 1291).

19 Sramek/Avusturya kararı, B.No: 8790/79, 22.10.1984, pr.36; Campbell ve Fell/Birleşik Krallık, K.T. 28.6.1984, B.N.:7819/77; 7878/77, 28.6.1984, pr.76, http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.as. (ET:p. adresinden erişildi. (ET:01.06.2022). Benzer kararlar için bkz. Yüksel, s.1280 vd.

20 Feyyaz Gölcüklü ve Şeref Gözübüyük. (2002). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması, 3.Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi. s.280 vd.

hatta çok daha ileri gidilerek esasında birer idari kurul olan, ancak bir biçimde yargılama fonksiyonu yerine getiren özerk ve bağımsız kurulların dahi mahkeme kapsamı içinde kabul edildiği belirtilmektedir.[21]

F. TÜRK HUKUKUNDA YARGI VE YARGILAMAYA İLİŞKİN POZİTİF KURALLAR

Anayasa'nın Genel Esaslara başlıklı Birinci kısmına göre, "yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır (AY m. 9)." Anayasa'nın Cumhuriyetin Temel Organları başlıklı Üçüncü kısmında Yasama ve Yürütme organlarından sonra gelen Üçüncü bölümünde 138 ilâ 160. maddelerde Yargı düzenlenmiştir. Buna göre, "hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler (AY m.138/1, Hakim Savcılar Kanunu m.4/2)." Mahkemelerin kuruluşu, görevleri, yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir. Anayasa gereği, mahkemeler kanuni ve doğal hakim asasına göre faaliyet gösterir(AY m. 37, m.2, m. 36). Hakimlerin tarafsız ve bağımsızlığına sağlamak üzere şu kurallara yer verilmiştir: "Hakimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre görev ifa ederler AY m.140/2)." "Hiçbir organ, makam, mercii veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz. / Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz; görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz. / Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez (AY m. 138/2,3,4; HSK m.4/1, 44)." "Hakimler ve savcılar azlolunamaz, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan (65 yaşından) önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz. (Anayasa m. 139/1; HSK m. 44, 45)." Hâkim ve savcıların nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri, aylık ve ödenekleri, meslekte ilerlemeleri, görevlerinin ve görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilmesi, haklarında disiplin kovuşturması açılması ve disiplin cezası verilmesi, görevleriyle ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlarından dolayı soruşturma yapılması ve yargılanmalarına karar verilmesi, meslekten çıkarmayı gerektiren suçluluk veya yetersizlik halleri ve meslek içi eğitimleri ile diğer özlük işleri mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir (AY m. 140/3)." "Adlî ve idarî yargı hâkim ve savcılarının mesleğe kabul edilme, atanma ve nakil, geçici yetki verilmesi, yükseltilme ve birinci sınıfa ayrılması, kadro dağıtılması, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verilmesi,

[21] Özdemir, s.130.

disiplin cezası uygulanması, görevden uzaklaştırılması gibi bütün özlük işleri hakkında karar verme yetkisi, Hâkimler ve Savcılar Kurulu'na aittir (AY m. 159/3; HSK m. 4).

Biz bütün bu kurallardan şu sonucu çıkarıyoruz: Anayasal düzenimizde açıkça organik anlamda bazı yargı yerleri mahkeme olarak tanımlandığı gibi, maddi anlamda ise sâdece yargı benzeri yöntemler uygulayan değil kanunlarla öngörülmüş bütünlüklü yargılama hukuku (usul) kuralları uygulayan yargı yerleri mahkeme olarak kabul edilmiştir. Bunlar tek veya birden fazla dereceli ayrı birer yargı düzeni şeklinde teşkil edilmişlerdir. Her bir yargı düzeninin birden çok dereceli ise en üstündeki (Yargıtay ve Danıştay ile geçmişte Askeri Yargıtay gibi), tek dereceli ise bizzat kendisi yüksek mahkeme (Anayasa Mahkemesi ve Uyuşmazlık Mahkemesi (geçmişte Askeri Yüksek İdare Mahkemesi gibi) olarak tanımlanmıştır. Buna karşılık Anayasada yüksek mahkeme ve mahkeme payesi verilmeyip sâdece yargı bölümüne alınmakla Sayıştay'ın "tribunal/divan" olarak konumlandığı söylenebilir. Öte yandan yasama organı tarafından tam bir yargılama hukuku kurallarıyla donatıldığından ve mali uyuşmazlıkları çözmekle görevli bir mahkeme gibi yargı mekanizması şeklinde dizayn edilen Sayıştay maddi anlamda yargı solarak da sıfatlandırılabilir.

II. SAYIŞTAYIN KURUMSAL YAPISI VE KARARLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ

A. DOKTRİNİN YAKLAŞIMI

Önce 1961 Anayasası dönemine ilişkin görüşlere göz atalım.

1. 1961 Anayasası Döneminde

ONAR'a göre, 1961 Anayasasının yargı organını ve yerlerini tek tek göstermiştir. Bunlar içinde yer verilmeyen Sayıştay'ın yargı yetkisi de bulunan bir idari teşkilat ve mercider Ancak Sayıştay yargısal fonksiyonu ve tasarrufları bakımından bir derece mahkemesi sayılmalı ve kararlarının temyiz yoluyla Danıştay'da incelenebileceği kabul edilmelidir.[22] DURAN da Sayıştayı kesin hüküm veren bir yargı mercii olarak nitelemektedir. [23]

2. 1981 Anayasası Çerçevesinde Benimsenen Görüşler

Her biri kendi içinde ayrıntılarda ayrışma olmakla beraber doktrinin görüşlerini üç grup hâlinde toplayabiliriz.

a. Sayıştay'ın Bir Yargı Merci/Mahkeme, Hatta Yüksek Mahkeme Olduğu Görüşü

Sayıştay'ı yargı organı olarak niteleyen görüşlere, onu ayrıca yüksak mahkama olarak görenlere göre ikiye ayırabiliriz.

(i) Sayıştay'ı Salt Yargı Merci ve/veya Mahkeme Olarak Niteleyen Görüş

[22] S. Sami Onar, , C.III, s.1926 vd., özellikle 1929.

[23] Lütfi Duran. (1970). Bir Yüksek Mahkeme Daha: Sayıştay. Ankara: İmran Oktem'e Armağan, s.573.

ÖZBUDUN'a göre, Sayıştay sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlama faaliyeti sırasında mahkeme sıfatına sahiptir. Bunun kanıtı, 1982 Anayasası'nda Sayıştayın yargı bölümünde düzenlemiş ve kesin hükümleri dolayısıyla idari yargı yoluna başvurulamayacağının belirtilmiş olmasıdır.[24] TANÖR VE YÜZBAŞIOĞLU da, bu gereçeyle alnı görüşü savunmaktadır.[25] Aynı görüşü paylaşan ESEN Sayıştayın inceleme ve denetleme işleri bakımından bir mahkeme niteliği taşımadığının açık olduğunu, ancak 1982 Anayasası'nın Sayıştaya ilişkin hükümleri karşısında sorumluların yargılanması işlevi bakımından Sayıştayın bir mahkeme olarak kabulünün gerektiğini söylemektedir.[26]

GÖZÜBÜYÜK/TAN'a göre, hem idari hem de hesapları inceleyip sorumluların "zimmet" ve "beraati"ne karar vermek şeklinde yargı işlemi ve görevi vardır. Hesap mahkemesi olarak yargılama görevi yapan Sayıştay "kendine özgü bir idari yargı yeri" sayılmalıdır.[27] Bu yazarlardan GÖZÜBÜYÜK, hesap ve işlemlerinden dolayı sorumluların tazminine karar vermesi şeklinde bir yargı yetkisi bulunduğundan Sayıştay "kendine özgü bir yönetsel yargı yeri" sayılmalı demekle birlikte, "hem tazmini gerektiren durumu tespitinin, hem bunu yargılamasının yerinde olmadığına değinmektedir.[28]

Kamu görevlilerinin sorumluluklarını tespit görevi verilmesi ve Yargı görevleri de olan bir kuruluş olarak düzenlenmesi karşısında, TAN Sayıştayı bir hesap mahkemesi olarak görmektedir.[29]

İsmet GİRİTLİ/Pertev BİLGEN/Tayfun AKGÜNER, Kanununda yargı yetkisi tanınan Sayıştay'ın Anayasanın Yargı bölümünde yer aldığına işaret etmektedir.[30]

Sayıştayın gerçekleştirdiği denetimin, genellikle yasama, yürütme ve yargı içine yerleştirilemeyen "nevi şahsına münhasır" bir kamu faaliyet olduğuna değinen ATAY, Sayıştay'ın Fransız modeline göre kurulsal şekilde organize edilmiş ve yargı yetkisiyle donatılmış Sayıştay örneklerinden biri olduğunu, bundan dolayı hesap yargılaması nitelemesi yapıldığını, Anayasa Mahkemesi kararında da belirtildiği üzere Anayasal bir

[24] Ergun Özbudun. (2000). Anayasa Hukuku, 6. Baskı. İstanbul: Beta yayınları, s. 379. Benzer görüşler için bkz. s. 9-11; A. Şeref Gözübüyük - Tekin Akıllıoğlu. (1993) Yönetim Hukuku. Ankara: Yetkin, s. 84; A. Şeref Gözübüyük (1991). : Anayasa Hukuku. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 263.

[25] Bülent Tanör / Necmi Yüzbaşıoğlu.. (2001). Türk Anayasa Hukuku, 2. Baskı,. Ankara: YKY Yayınları, s. 493.

[26] Selin Esen. (1994). İptal Davası ve İtiraz Yolunda Anayasa Mahkemesinin Yaptığı İlk İnceleme. Ankara: Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, s. 77.

[27] A. Şeref Gözübüyük/Turgut Tan. (2010). İdare Hukuku, C.2: İdari Yargılama Hukuku, 4.Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, s.116, 123.

[28] A. Şeref Gözübüyük. (2016). Yönetsel Yargı, 35.Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, s.70.

[29] Tan, s.672

[30] İsmet Giritli, Pertev Bilgen ve Tayfun Akgüner. (2006). İdare Hukuku Dersleri. İstanbul: Der yayınları, s.

kurum olarak düzenlendiğini, Türk öğretisinde hesap mahkemesi olarak kabul edildiğini söylemektedir.[31]

Sayıştay'ın görevleri, idari ve yargısal olmak üzere ikiye ayıran GÖZLER VE KAPLAN'a göre, öncelikle mali uyuşmazlıkları son merci olarak kesin hükme bağlaması ve bu kararlar dolayısıyla idari yargı yoluna başvurulamaması" (AY m.160/1), sonra da Anayasanın "yargı" bölümünde düzenlenmesi, Sayıştay Kanununun pek çok maddesinde "yargılama"dan bahsedilmesi (m. 2/e, 2/f,), organlarının "yargı ve karar organları" (m.11), dairelerinin "hesap mahkemesi" olduğunun belirtilmesi (m.23), Daireler tarafından yapılan hesap yargılaması sonucunda kamu zararının sorumlulardan tazminine hükmedilmesi (m.5/b, 50/1), verdiği kararların ilam olarak nitelenmesi (m.51) , ilamlardaki tazmin kararlarının 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre tahsil olunması (m.53/2) sebepleriyle Sayıştay'ın "sorumluların hesap ve işlemlerinden kamu zararına yol açan hususları kesin hükme bağla"yan dairelerinin yargı organı ve kararlarının da yargı kararı olduğu söylenebilir.[32] Başka bir ifadeyle "Anayasa ve Sayıştay Kanununun Sayıştay'ı bir idari organdan ziyade, bir yargı organı olarak tasarladığını göstermektedir.[33] Bu yazarlardan GÖZLER'e göre, Sayıştay'ın yüksek mahkemeler arasında sayılmamış olsa da yargı bölümünde düzenlendiği bir gerçektir. [34] Anayasanın kararlarda ihtilaf halinde Danıştay'a başvurulmasını emretmesi, Sayıştay'ı bir yüksek mahkeme olarak görmediğini gösterir.[35]

Yüksek Seçim Kurulu gibi Sayıştay'ı da özel mahkemeler başlığı altında inceleyen KALABALIK, idari ve yargısal olmak üzere iki tür kararları bulunan Sayıştay'ın yargısal görevleri yönünden "özel idari yargı" kuruluşu ve sorumluların hesap ve işlemlerini yargılayarak zimmet veya beraatine karar veren "hesap mahkemesi" olduğunu ifade etmektedir.[36]

YILDIRIM/ÇINARLI, hesap yargısını idari yargı, adli yargı, hesap yargısı gibi ayrı bir yargı düzeni olarak tasnif ve kategorize etmektedir. Bu yazarlara göre, Sayıştay Anayasa ile öngörülmüş bir mali denetim organıdır. Kanun koyucu 6085 sayılı Kanunun 23 ncü maddesinde daireleri mahkeme olarak nitelemekle yargı yeri görüşünü benimsemiş gözükmektedir. Daha öncekilerin aksine AYM de 6.3.2004 tarihli kararında 6085 sayılı Kanunda geçen bu "mahkeme" terimini iptal etmemiştir. Bu surette

[31] Ethem Atay. (2009). İdare Hukuku, 2.Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, s.234-235. Atay'ın 2017'den sonra CHS döneminde Sayıştayı başkentteki merkezi idareyi yardımcı kuruluşlar arasından ve kitabından çıkardığı görülmektedir. Bkz. Ethem Atay. (2019). İdare Hukuku, 6.Basıya ek tıpkı bası. Ankara: Turhan Kitabevi..

[32] Gözler, Anayasa Hukuku Dersleri, s.413; Gözler, İdare Hukuku, C.1, s.405-406.

[33] Gözler, İdare Hukuku, C.1, s.406.

[34] Gözler, Anayasa Hukuku Dersleri, s.414; Gözler ve Kaplan, İdare Hukuku, s.164

[35] Gözler, İdare Hukuku, C.1, s.407

[36] Halil Kalabalık, İdari Yargılama Usulü Hukuku, 3.B., Sayram Yayınları, Konya 2005, s.40-41.

gerekçesiyle çelişse de AYM'nin artık Sayıştayı bir mahkeme olarak gördüğü kabul edilebilir.[37]

Yabancı ülkelerin Sayıştaylarından örnekler veren KENT, Alman Sayıştay'ının Anayasal yüksek bir idari kurum olarak düzenlendiğini, buna karşılık TMBB adına denetleme ve inceleme görevi yürüten Sayıştay'ın sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlama görevinin yargısal nitelikte olduğunu, yargı işlevi bakımından bağımsız ve AY m.161'e göre kararları dolayısıyla idari yargı yoluna gidilemeyecek olan Sayıştay'ı kendine "özgü bir idari yargı yeri" saymanın yerinde bir görüş olacağını söylemektedir.[38]

1982 Anayasasını hazırlayan Danışma Meclisinin metnindeki "Sayıştay'ın ilk ve son derece hesap mahkemesi" olduğuna ilişkin ibarenin MGK Anayasa Komisyonu tarafından çıkarıldığına, ancak yargı bölümünde alıkonulduğuna işaret eden EREN, Sayıştay'ı sorumlularla ilgili kararları yargısal görev sayılabilecek olan ve hesap yargılaması bununla sınırlı tutulan Sayıştay'ın Anayasal bir kuruluş olduğunu söylemektedir.[39]

Sayıştay Başkanlığı yapan AKYEL, Sayıştay, sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlama görevi yönünden yargısal bir faaliyet gerçekleştirdiğini, bunların maddi anlamda kesin hüküm teşkil eden bir yargı kararı niteliğinde olduğunu, bu kararlarına karşı yargı organları dahil hiçbir makam ve mercie başvurma imkânı bulunmadığını belirterek, uygulamada da mevcut bir olgunun adı konularak Sayıştayı ilk derece ve temyizi birlikte barındıran, özel kurgulu, kamu hesapları ile ilgili bir hesap mahkemesi olarak tanımlamanın en doğru yol olduğunu savunmaktadır.[40]

GEÇGEL'e göre de, Anayasa Mahkemesinin son üç kararı karşısında artık Sayıştayın bir yargı organı olduğu kabul edilmelidir. Sayıştay kısaca hesap yargısı denen ve konusu sorumluların hesap ve işlemlerinin kesin hükme bağlanması olan bir yargı görevi ifa etmektedir. Bu sebeple Sayıştayın hesap yargısı kendine has özellikleri dikkate alınarak ayrı bir yargı kolu olarak düzenlenmedir. Bu çerçevede öncelikle Uyuşmazlık Mahkemesine Sayıştay kararları ile diğer yargı organları kararları arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını çözümleme yetkisi ve görevi de verilmelidir. Zira bu tür uyuşmazlıklar Anayasa m.16//2'de öngörüldüğü şekilde yalnızca Sayıştay ile Danıştay arasında ve Vergi, benzeri mali yükümlülükler ve ödevler konusunda değil, personel mevzuatı ve benzeri diğer konularda veya Sayıştay ile adli yargı organları arasında da

[37] Halil Kalabalık. (2009). İdari Yargılama Usulü Hukuku, 3.Baskı. Konya: Sayram yayınları, s. 47-48. Aynı görüşte R Ramazan Yıldırım ve Serkan Çınarlı. (2018). Türk İdari Yargılama Hukuku Dersleri. Ankara: Astana Yayınları, s.37-38, 61.

[38] Bülent Kent. (2007). Türk Ve Alman Sayıştayları. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11 (1-2), s. 981-1005.

[39] Abdurahman Eren. (2021). Anayasa Hukuku Dersleri, 3.Baskı. Ankara: Seçkin Yayınevi, s.1065, 1067-1068.

[40] Recai Akyel, Bir Hesap Yargısı Olarak Sayıştay, TAAD, Yıl:6, Sayı:23 (Ekim 2015), s.20-21. (1-22).

çıkabilmektedir. Bundan başka bu hesap yargısı düzenine özgü yargılama usul Kanunu çıkarılması da gerekmektedir.[41]

Anayasa koyucunun verdiği yer itibariyle Sayıştayı yargı fonksiyonuna dâhil ettiğini savunan KANETİ'ye göre, Sayıştay'ın sorumluların hesap ve işlemlerini yargılayarak kesin hükme bağlama şeklindeki yargılama işlevi yanında ayrıca inceleme ve denetleme işlevleri de bulunmaktadır. Bu sebeple Sayıştay hem bir hesap mahkemesi, hem de bir anayasal denetleme ve inceleme kuruluşudur.[42]

UZ'a göre de, Anayasa ve Sayıştay Kanunu'ndaki "hesap yargılaması," "…Sayıştay dâhil Yüksek Yargı Organları...", "hesap mahkemesi," "yargılama, "Kanun Yolları ile buna ilişkin "temyiz, iade-i muhakeme, karar düzeltme" gibi ibareler dikkate alınırsa yüksek mahkemeler arasında gösterilmese de Sayıştay aynı Danıştay gibi denetim ve inceleme gibi idari görevlerinin yanında yargılama görevi de olan bir yargı merciidir.[43]

(ii). Sayıştay'ın Aynı zamanda Yüksek Mahkeme Olduğu Görüşü

Sayıları az da olsa bazı yazarlar Sayıştay'ın yüksek mahkeme olduğunu, daha doğrusu böyle sayılabileceğini savunmaktadır.[44] Bunlardan FENDOĞLU'na göre Sayıştay, 1982 Anayasası sistematiğinde yargı içerisinde yer alır ve kesin yargı yetkisi vardır. Sayıştay, Anayasa'nın yargı bölümünde düzenlendiği, kesin hüküm verdiği ve idari kararları aleyhine Anayasa Mahkemesine başvurulamamasından dolayı yüksek mahkeme olarak kabul edilmelidir.[45]

Sayıştay'ı merkezi idarenin yardımcı kuruluşu kapsamında ele alan GÜNDAY'a göre Sayıştay aynı zamanda bir yargı organıdır. Sayıştay'ın bir tarafı idari, diğer tarafı yargısal fonksiyon görmektedir. Sayıştay'ın kurumların gider ve hesapları inceleme ve denetleme idari, sorumluların hesap ve işlemlerini yargılamak ve kesin hükme bağlamak ise yargısal görevlerindendir. Kararlarına karşı idari yargı yoluna başvurulamaması yönüyle, Anayasa Koyucu tarafından "adeta bir yüksek hesap mahkemesi durumuna sokulmuştur."[46]

ULUSOY, asıl görevi parlamento adına kamu harcamalarını denetlemek olan Sayıştay'ın aynı zamanda bu asli görevine bağlı olarak hesap mahkemesi sıfatıyla iki dereceli yargılama yaptığını, kararları başka yargı merci önüne götürülemediğinden Anayasada yüksek mahkeme olarak nitelenmese de de fiilen yüksek mahkemeye benzer

---

41 Bülent Gelgeç. (2014). Sayıştayın Yargı Yetkisi, Yargısal Görevinin Niteliği ve Yargı Kolları Arasındaki Yeri. Sayıştay Dergisi, (93), s.34, 41.

42 Selim Kaneti. (1990). Sayıştay'ın Anayasal Konumu. Sayıştay Dergisi, (1), s. 7.

43 Abdullah Uz. (2005). Hesapları Kesin Hükme Bağlamakla Görevli Sayıştay'ın Yargısal Kimliği. AÜHFD, 54(4), s.372.

44 Sayıştay'ın Yüksek Mahkeme olduğunu savunanların azınlıkta kaldığına dair tespit için bkz. Ahmet Taşır. (2017). Sayıştayın Anayasal Konumu. TBB Dergisi, (133), s.80-90

45 Hasan Tahsin Fendoğlu. (2017). Anayasa Yargısı. Ankara: Yetkin Yayınları, s.30.

46 Günday, İdare Hukuku, s.372.

konumda olduğunu, bununla beraber her ne kadar Anayasanın yargı bölümünde düzenlenmiş ise de kendine özgü (sui genesis) bir kurum olduğunu, TBMM'ye yardımcılık fonksiyonu ağır bastığından Anayasanın yasama bölümünde ayrı bir başlık altında düzenlenmiş olmasının daha isabetli olacağını söylemektedir.[47] Ulusoy'a göre TBMM'nin Sayıştay Başkan ve üyelerini seçim işlemi, bu kurumun yasama organına yardımcılık fonksiyonu dikkate alındığında organik anlamda yasama fonksiyonuna, buna karşılık üst düzey kamu görevlerini seçim ve atama işlemi idari nitelik taşıdığından idari fonksiyona dâhil bir işlem mesabesindedir.[48]

b. Sayıştay'ın Bir Yüksek/Anayasal Kurul Olduğu Görüşü

Bir kısım yazara göre yargısal usûller uygulamakla beraber Sayıştay yargı yeri olmayıp idari yetki ve görevleri olan, kararlarına karşı yargı yoluna gidilemeyen, kendine özgü bir Anayasal yüksek kuruldur.[49]

ÇAĞLAYAN'a göre, AY m.9'da yargı yetkisinin ancak Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılabilmesi ve çoğu kararlarının idari nitelikte taşıması karşısında, yargı bölümünde düzenlenmiş olsa ve Sayıştay Kanununda yargı görevinden bahsedilmiş olsa bile, Sayıştayın yargı kuruluşu olmayıp kendine özgü, bazı yargısal usuller kullanmakla beraber kararlarına karşı yargı yoluna gidilemeyen Anayasal yüksek bir kurul olduğunun kabulü gerekir.[50]

AKYILMAZ, SEZGİNER ve KAYA'ya göre, Sayıştay'ın Anayasa'nın yargı bölümünde düzenlenmiş olması, Anayasada Sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamaktan bahsedilmesi (m.160/1), Başkan ve üyelerinin yüksek mahkeme mensupları gibi Anayasa Mahkemesinde yargılanması (m.148), Sayıştay Kanununda temyiz, içtihadı birleştirme gibi kurumlara yer verilmesi, Daireleri için mahkeme ibaresinin kullanılması onun bir yüksek mahkeme veya mahkeme sayılması için yeterli değildir. Ancak AY m.9'da emredilen şekilde Türk Milleti adına değil TBMM adına görev kullanması, adli ve idari yargı kolları içinde yer almaması, "ahiz" olarak da adlandırılan ilgililerin hesap işlemleriyle sınırlı olarak kesin hüküm vermesi, ilamlarının bağlayıcı kabul edilmemesi sebepleriyle yüksek mahkeme karakteristiği bulunmakla birlikte Sayıştay'ın yüksek mahkeme veya mahkeme olarak nitelendirilemeyeceği, idari

[47] Ali D. Ulusoy. (2021). Yeni Türk İdare Hukuku, 4.Baskı. Ankara: Yetkin Yayınevi, s.51-52.

[48] Ulusoy bununla birlikte hukuk devleti açısından minimum denetime tabi tutulmasının ve yetki ve şekil konularında ağır ve açık hukuka aykırılık bakımından idari yargı tarafından denetlenmesinin yerinde olacağını savunmaktadır. Ulusoy, s.51-52

[49] Celâl Erkut. (1990). İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği. Ankara: Danıştay yayınları, s.162; Atilla İnan. (1985). Sayıştay Uygulaması ve Sayıştay'ın Yargı Düzenindeki Yeri. Danıştay Dergisi. (56-57), s.44; Benzer şekilde Gürsel Kaplan. (2018). İdari Yargılama Hukuku. Bursa: Ekin Kitabevi, s.70; Taşır, s.94-95. Çağlayan'ın bu yöndeki görüşü ve başka yazarların farklı görüşleri için bkz. s.135-136, dp.57

[50] Ramazan Çağlayan, (2018). İdari Yargılama Hukuku, 10. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınevi, s.83-84.

görevleri yanında yargısal görevleri de bulunan Anayasal bir kurum olduğu görüşündedirler.[51]

ÖZKAN'a göre, her ne kadar "hüküm" verebilme yetkilerinden dolayı istisnai olarak yargı karar kullandığı kabul edilse bile, bağımsız ve teminatlı olmaması, millet adına değil TBMM adına hüküm vermesi, ağırlıklı olarak sadece (başvuranı ve tarafları olmayan) otomatik denetim yapması, bu hesap denetimi dolayısıyla, sınırlı olarak ve asıl fonksiyonunu oluşturmayacak şekilde zarara yol açan sorumluların denetimini de yapması gibi hususlar dikkate alındığında Sayıştay (idari) yargı mercii olanak kabul edilemez.[52]

Konuyu belli idari uyuşmazlıkların hallinde özel görevli idari yargı yeri başlığı altında inceleyen KAPLAN'a göre, Sayıştay'a ilişkin Anayasal (AY m.160) ve yasal kurallardan (SK m.3), onun, bazen birbirine geçmiş gözüken- hem belirlenmiş kuruluşların mali denetimini yapmak gibi idari, hem de hesap ve işlemlerden doğan kamu zararının sorumlulardan tazminini kesin olarak karar bağlamak gibi yargısal görevleri olan bir kurul olduğu anlaşılmaktadır. Sayıştay Anayasanın yargı bölümünde düzenlenmekle beraber, bir yüksek mahkeme sayılmadığından ayrı bir yargı düzenini temsil etmemektedir. Bu sebeple onunla adli ve idari yargı düzenleri arasında çıkacak görev ve hüküm uyuşmazlıkları çözecek bir mercii bulunmamaktadır. Bunun tek istisnası AY m.160/3'teki bazı hâllerde Danıştay kararlarının esas alınması halidir. Ancak bu uyuşmazlıkların halli bakımından yeterli değildir.[53] KAPLAN, Sayıştayın yürüttüğü faaliyete bazı yazarlarca haklı birtakım gerekçelerle "mali yargı" denmekte ve ayrı bir yargı düzeni kabul edilmekte ise de, esasen doğrudan kişilerin başvuru üzerine harekete geçen ve onların yararlarını denetleyen değil, Devletin çıkarlarını gözeten bir kurum olduğunu ifade etmektedir.[54]

c. Farklı Görüş Ve Değerlendirmeler

YAŞAR, Sayıştay'ın hukuki niteliğinin tartışmalı olduğunu ve AYM'nin 28.2.2013 tarihli kararında "hesap mahkemesi" denildiğine belirtmekte ise de kendi düşüncesini açık ve net olarak ifade etmemiştir.[55]

SANCAKDAR/ÖNÜT/US ROĞAN/KASAPOĞLU TURHAN ve SERKAN'a göre, Sayıştay'ın bir tarafı idari, diğer tarafı yargısal fonksiyon görmektedir. Sayıştay'ın

---

51 Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya. (2021). Türk idare hukuku, 14. Baskı. Ankara: Savaş Yayınevi, s.245-246.

52 Gürsel ÖZKAN. (1995). Hukuk Devleti ve Yargı Denetimi. Ankara: Kendi Yayını, s.149-150.

53 Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, s.70, 72.

54 Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, s.68-79. Fransa'da Sayıştay ve altındaki bölgesel alt kurulların kararların istinafına bakan Sayıştay özel görevli idari yargı yeri konumunda olup Sayıştay'ın kararları Danıştay'da temyiz edilebilmektedir. Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, s.69.

55 Hasan Nuri Yaşar. (2016). İdare Hukuku, 3.B.askı. İstanbul: Der Yayınları, s.

idari, fonksiyon bakımından merkezi idarenin yardımcı kuruluşu olarak görev yapmaktadır.[56]

1982 Anayasası'nı yapan asli kurucu iktidarın hazırlanan ilk metindeki "Sayıştay'ın hesap mahkemesi olduğuna" ilişkin ibareyi çıkarmakla suretiyle Sayıştay'ı yargı organı olarak kabul etmediğini gösterdiğini söyleyen TAŞIR, gerek kurumsal olarak gerekse Başkan, üye ve savcılarının teminat durumu yönünden AY m.9'daki anlamda bağımsız olmadığını belirttiği Sayıştay'ın yeri ve konumu itibariyle kararları aleyhine yargı yoluna başvurulamayan sui generis bir idari bir kurum sayılması gerektiğini söylemektedir.[57]

Sayıştay'ı bir yüksek denetim kurumu olarak inceleyen ve Dünyadaki benzeri kurumlarla karşılaştıran GÖRGÜN, yargısal fonksiyonları bulunmakla birlikte Anayasanın "hesap yargılaması" olarak adlandırdığı bu yargılamanın nev'i şahsına münhasır (sui generis) bir yargılama şekli olup sorumluların hesap ve işlemlerinin kesin hükme bağlanması ile sınırlı tutulduğunu ifade etmektedir.[58]

Sayıştay'ın Dünyada mevcut üç modelden biri olan ve daha çok Fransız hukuk sistemini benimsemiş ülkeler ile Latin dilini konuşan ülkelerde yaygın "Yargı veya hesap mahkemesi modeli" bir yüksek denetim kurumu olarak değerlendiren KÖSE, Türkiye'de Sayıştay'ın yargılama fonksiyonunun genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin hesap ve işlemlerinin denetimi sırasında tespit edilen kamu zararına dayalı olarak, bütçe uygulamasında sorumluluğu bulunan görevlilerin kanuna aykırı işlemlerinin tespiti ve gerekli cezai yaptırımların uygulanmasını kapsadığını belirtmektedir. Evrensel normlar çerçevesinde durum kıyaslandığında, Sayıştay'ın yetki ve görevlerine mevcut anayasal ve yasal düzenlemelerin sağlam bir dayanak olarak görülebileceğini, Sayıştay üyelerinin bağımsızlığı, bilgiye erişim, zamanaşımı ve kanun yolları konusundaki yasal düzenlemelerde herhangi eksiklik ya da olumsuzluğun bulunmadığını, sorumluluk rejiminin yasal dayanağı konusundaki tereddütlü hususların ise daha çok içtihatlarla aşılmaya çalışıldığını, esasen adil yargılanma, tarafsız yargı ve karar alma gibi hususlarda mutlak bir mükemmelliğe erişmenin her ülkede zaman ve sürekli çaba gerektirdiğini açıkladıktan sonra da, yüksek mahkeme nitelemesi yapmamakla beraber, INTOSAI standartlarında yargılama yapan bir yüksek denetim kurumu olduğunu göstermeye çalışmaktadır.[59]

B. YÜKSEK MAHKEMELERİN YAKLAŞIMI

[56] Sancakdar vd., s.173.

[57] Taşır, s.94-95, 81-86.

[58] Emin Görgün. (2011). Türk Kamu Mali Yönetiminde Sayıştay Denetimi. Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi, Karaman, s.86.

[59] Hacı Ömer Köse. (2020). Yüksek Denetim Kurumlarının Yargısal İşlevleri ve INTOSAI Standartlarında Yargının Temel İlkeleri. Sayıştay Dergisi, 32(117), s.18, 31, 34.

Yüksek mahkemelerin kararlarındaki yaklaşımı aktarmadan önce belirtmek gerekir ki Yüksek Seçim Kurulu seçim hukuku yönünden kendisini yüksek yargı mercii olarak görmekte ve bu çerçevede verdiği kararları da yargı kararı olarak değerlendirmektedir.[60]

1. Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre

Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası döneminde Sayıştay'ı önce mahkeme olarak kabul etmiş[61] ve bu içtihatını sonraki kararlarında da sürdürmüştür.[62] Ancak AYM 1973 tarihli içtihatında görüşünü değiştirerek, öncekilerin aksine Sayıştay'ın yargısal fonksiyonunun olmadığına ve mahkeme olarak nitelenemeyeceğine karar vermiştir.[63]

AYM 1982 döneminde de uzun süre Sayıştay'ı mahkeme olarak görmemiştir. AYM, bu dönemdeki 1991 tarihli ilk kararında, Sayıştay'ın, Anayasa'nın 160'ncı maddesi gereğince, esasen TBMM adına mali denetim görevi ifa eden, bu görevin özelliği gereği aldığı kesin kararlara karşı yargı yolu Anayasa hükmüyle kapatılmış olan kendine özgü bir anayasal kurum olduğuna içtihat etmiştir.[64] AYM bu içtihadını, Sayıştayın ilamlarının mahkeme ilamı niteliği taşımadığı gerekçesini de eklediği 2011 tarihli içhadında da tekrarlamıştır.

Bununla birlikte AYM'nin son kararlarında, Anayasanın hesap yargılaması deyimini kullanması ve sorumluların hesap ve işlemleri kesin hükme bağlaması sebebiyle Sayıştayın yargı organı olduğuna hükmetttiği görülmektedir.[65] Bu çerçevede, AYM ilk olarak soyut norm denetimi için önüne gelen bir iptal davasına ilişkin 27.12.2012 tarihli kararında, Anayasanın 160'ncı maddesinin 1, 2 ve 4 ile 164 ncü maddenin 4 üncü fıkralarını dikkate alarak, Sayıştayın sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlama görevi yönünden yargısal bir faaliyet icra ettiğini, bu çerçevede verilen kararların maddi anlamda kesin hüküm teşkil eden yargı kararı niteliğinde olduğunu, idari ve yargısal hiçbir makamın verdiği kesin hükümleri sonuçsuz veya etkisiz bırakacak şekilde bir karar almasının mümkün olmadığını hükme bağlamış ve Sayıştay'ı bir yargı merci olarak görmüştür.[66] Anayasa Mahkemesi bu görüşlerini yine soyut norm denetimiyle ilgili 28.02.2013[67] ve 3.4.2013[68] tarihli kararlarında da tekrarlamıştır. AYM Sayıştay Temyiz Kurulu tarafından yapılan yargılama sonucu verilen karara Anayasal savunma hakkının ve angarya yasağının ihlal edildiği iddiasıyla yapılan bireysel

[60] Yüksek Seçim Kurulu, 1977/2895 sayılı ilke kararı, http://www.ysk.gov.tr.
[61] AYM, 16.01.1969, E.1967/19, K.1969/6, RG: 17.4.1970-13474.
[62] Sevinçler, s.24-25.
[63] AYM, 6.3.1973, E.1972/56, K.1973/11, RG:9.11.1973-14707.
[64] AYM, 11.7.19991, 1990/39-1991/21, RG:23.5.1991-21236.
[65] AYM'nin Sayıştay'ı mahkeme olarak gördüğüne ilişkin bu kararlar için bkz. Sevinçler, s. 32 vd.
[66] AYM, 27.12.2012, E.2012/102, K.2012/207, RG: 2.4.2013-28606 Mükerrer.
[67] AYM, 28.02.2013, E.2011/21, K.2013/36, RG: 6.3.2014-28933.
[68] AYM, 3.4.2013, E.2011/142 K.2013/52, RG: 29.05.2014-29014.

başvuruyu kabul ederek esastan görüşmüştür. Bu başvuruya uluşkun kararda Sayıştay bir mahkeme ve yargı mercii, işlemleri de yargılama faaliyeti olarak nitelendirilmiştir.[69]

Tüm bu kararlarda Sayıştay'ı mahkeme sıfatını haiz yargı yeri olarak gören AYM'nin son olarak itiraz yoluyla önüne gelen ve somut norm denetimi yaptığı bir iptal davasına ilişkin 13.11.2014 tarihli kararında da "mahkeme" olarak nitelendirdiği görülmektedir.[70]

Sonuç olarak AYM'nin uzun yıllar boyunca Sayıştay'ı mahkeme kabul etmeme yaklaşımını, sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme sağlama faaliyeti kapsamındaki uyuşmazlıklarda mahkeme olarak gören ve artık istikrar kazanan bu kararlarıyla terk ettiği söylenebilir.

2. Yargıtay Kararlarına Göre

Yargıtay'a göre "Sayıştay, genel ve katma bütçeli idarelerin gelir ve giderlerini ve mallarını Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) adına denetlemek ve mali yönetimin belirli görevlilerinin hesaplarını yasasında gösterilen kendine özgü yöntemlerle incelenmekle görevlidir. Denetleme ve sorumluların hesaplarını kesin hükme bağlama TBMM adına yapılmaktadır. Bu denetim, yargısal değil özel yöntemler kullanılarak yapılan ve özü itibariyle idari nitelikte bir tür denetimdir./ … / Sayıştay'ın gerek iç düzenlemesinde gerekse çalışma yöntemlerinde yüksek yargı organlarına benzer düzenlemeler gözlenmektedir. Bu düzenlemeler Anayasa koyucunun değil, Yasa koyucunun tercihinin sonucudur. / Sayıştay Yasası'nda, inceleme ve karar yolları için yargı organlarında kullanılan –yargılama-, -hüküm-, -temyiz-, -içtihadı birleştirme- ve –ilam- gibi terimlerin kullanılmış olması Sayıştay'ın işlevinin yargısal nitelikte olduğunu göstermez. Bu isimler altında ve çeşitli aşamalar durumunda yapılan çalışmalar, denetim işlevi olup hakimler tarafından yargı gücü kullanılarak yapılan bir uyuşmazlığın çözümü niteliğindeki işlerden değildir." Bu sebeplerle Sayıştay'ın yargı organı, kararlarının da mahkeme ilamı olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.[71]

Yargıtay 12. HD bir kararında, bir kararı hakkında başlatılan icra takibini, Sayıştay'ın mahkeme olmamasından dolayı kararlarının ilam niteliği bulunmadığı gerekçesiyle iptam eden icra mahkemesi kararını temyiz üzerine, 6085 Sayılı Sayıştay Kanunu'nun 53. maddesi gereğince Sayıştay kararlarının ilam niteliğinde olduğu ve icraya konu edilebileceği gerekçesiyle bozmuştur.[72]

Hukuk Genel Kurulu'nun 13 Aralık 2017 tarihli kararında4 da Sayıştayın, sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlama görevi yönünden yargısal faaliyet

[69] AYM İkinci Bölüm, B.No: 2012/615, KT: 21/11/2013, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/615 adresinden erişildi. ET: 30.05.2022.

[70] AYM, 13.11.2014, E.2014/172, K.2014/170, RG: 10.1.2015-29232.

[71] Yarg. HGK, 29.6.2011, 2011/4-206, 2011/461, Gözler, İdare Hukuku, C.1, s.407.

[72] Yarg. 12. D., 9.4.2019, E.2018/6694-K.2019/5919.

icra ettiği ve bu çerçevede verilen kararların maddi anlamda kesin hüküm teşkil eden yargı kararı olduğu hüküm altına alınmıştır.[73]

3. Danıştay Kararlarına Göre

Danıştay 1924 ve 1961 Anayasaları döneminde Sayıştay kararlarını denetlemiştir.[74] Bu dönemde 832 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 45 inci maddesi ile getirilen Sayıştay ilamları aleyhine Danıştay'a başvurulamayacağına ilişkin hüküm de yukarıda belirtilen 1973 tarihli AYM kararı ile iptal edilmiştir. 1982 Anayasa'nın 160/5 nci maddesindeki, "…bu kararlar dolayısı ile idari yargıya başvurulamaz" şeklindeki hüküm ile Sayıştay kararlarının denetimine son verilmiştir.

Sayıştay'ın idari ve yargısal olmak üzere iki ana görevi bulunduğuna işaret eden Danıştay, yargısal nitelikte gördüğü işlemleri incelememektedir.[75] Danıştay, Sayıştay tarafından yapılan sözleşme ve bağıtların tescile tabi tutulma işleminin bir "ön denetim" olduğuna, bu denetimin yargısal nitelikte olmadığına, bu itibarla bunların tescili sırasında verilen Sayıştay kararlarının da idari nitelikte olması hasebiyle idari yargı denetimine tabi olduklarına karar vermiştir.[76]

4. Uyuşmazlık Mahkemesinin Yaklaşımı

Uyuşmazlık Mahkemesi'ne göre, Yargı bölümünde yer verilmekle beraber Sayıştay Anayasanın 138-158 nci ve 2247 sayılı Kanunun 1. maddesinde maddelerinde belirlenen ve düzenlenen yargı organı niteliğinde değildir. Bu sebeple, Sayıştay'ca verilen karar ile adli yargı kararı arasında oluştuğu ileri sürülen hüküm uyuşmazlığının incelenmesi, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin görevi dışında kalmaktadır. Kararları Uyuşmazlık Mahkemesi önüne getirilemez.[77]

5. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yaklaşımı

AİHS m.35'e göre, AİHM'ne başvurulabilmesi için, ülke iç hukukunun mahkemeye veya öngördüğü ve ulaşılabilen tüm başvuru yollarının tüketilmesi şarttır. Bu başvuru yolu mahkeme olabileceği gibi, hukuki uyuşmazlığı nihai olarak çözümle yetkili ve görevli başka bir merci de olabilir. Bu çerçevede iç hukukta kararlarına karşı başka mercie müracaat mümkün olmadığından Sayıştay kararlarına karşı da ilgililer doğrudan AHİM'e başvurulabilir. Mahkemeye yapılan somut bir başvuru da bunu göstermektedir.

---

73 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2017/8-1856 E., 2017/1725 K.

74 Danıştay DDK'nun İçtihadı Birleştirme Kararı, 28.4.1939, E:1939/82, K:1939/98 sayılı, D.D, 1939, S. 9, s. 58; DDK, 7.5.1965 günlü, E:1964/1007, K:1965/89

75 Danıştay 8. D., 13.3.2002, E:2001/2261, K:2002/1442; Danıştay 10.D., 13.3.1997 , E:1996/10055, K:1997/903

76 Danıştay 10.D., 13.3.1997, E.1996/10055-K.1997/903, Gözler, C.I, s.255-256 ve dp.156

77 Somut olayda, davacı tarafından Bergama Asliye Hukuk Mahkemesinin 12.12.1989 gün ve 203-728 sayılı kesinleşen kararıyla, Sayıştay Temyiz Kurulunun 10.1.1990 gün ve 2968 sayılı ilamı arasında oluştuğu düşünülen hüküm uyuşmazlığının giderilmesinin istenmesi üzerine, dosya bu Hakimliğin 15.10.1993 Uyuşmazlık Mahkemesi'ne gönderilmiştir, UM, 15.11.1993, 1993/46-1993/43, RG: 15.12.1993-21236.

Mahkeme, bir Türk sendikasının, kendisine toplu iş sözleşmesi görüşmesi yapma yetkisi tanımayan Sayıştay kararıyla ilgili olarak yaptığı başvuruyu kabul etmiş bulunmaktadır.[78]

1. Sayıştayın Kendine Bakışı

Sayıştayın internet sitesinde kendisini yüksek denetim ve yargı kurumu olarak tanımlamaktadır. Buradaki sunumun İngilizce versiyonunda adını "Türk Hesap Mahkemesi=Turkish Court of Accounts" olarak çevirirken yargısal yetkili yüksek denetim kurumu olduğunu açıklamaktadır. Sitede Sayıştayı yargı organı ve yüksek mahkeme olarak kabul eden yazılara yer verilmiştir.

II. YÜKSEK SEÇİM KURULU VE KARARLARI HAKKINDAKİ DEĞERLENDİRMELERİMİZ

A. MESELENİN ÇÖZÜMÜNDE BENİMSENEN PARADİGMA[79]

Biz konu hakkındaki görüşlerimizi açıklarken pozitif normlardan hareketle önce Anayasa ve yasa koyucunun iradesini ortaya koymaya, sonra da bu suretle metnin anlamını açıklamaya çalışacağız. Bu açıdan Sayıştay'ın kurumsal yapısının organik anlamda yargı, yasama ve idare fonksiyonlarından hangisine dahil olduğu tespit ve tayin olduğunu araştıracağız. Sayıştay'ın bir yargı organı olduğunun kabulü halinde kararlarının da kural olarak yargısal nitelikte olacağı açıktır. Ancak Sayıştay'ın bütçenin uygulanmasını sağlama, görüş bildirme ile genel ve birleştirici karar alma şeklindeki idari görevleri, sorumluların hesap ve işlemleri kesin hükme bağlama görevini göre daha öncelikli ve ağırlıklı olduğundan, hukuki uyuşmazlıkları çözümleme faaliyeti çerçevesindeki kararlarının niteliğini, maddi anlamda yargı fonksiyonu ölçü ve ölçütü uygulayarak değerlendireceğiz. Bu değerlendirmede varsa Anayasa, yoksa kanun hükümleri çerçevesinde Sayıştay'ın doğrudan doğruya mahkeme (court) veya yargı yeri mi (tribunal) olarak nitelendirilip nitelendirilmediği ölçü alınacaktır. Buradaki ölçütlerimiz (kriterlerimiz) ise, Anayasamızda yargı organ ve yargılama faaliyetiyle ilgili olarak konulmuş olan esaslar ve yukarıda temas ettiğimiz pozitif kurallar olacaktır.

Hukuk düzenimizde, Batı ve AİHM yargı düzenlerinde olduğu gibi yargı organı ve mahkeme ayrımı yapılmadığı görülmektedir. Türkiye'de yargı düzenlere ve yargılama hukuku alanları (yüksek) mahkeme (=court) esasına göre, adli, idari ve Anayasa yargısı şeklinde tasnif ve tarif edilegelmektedir. Bunlara –birden fazla yargı düzeninin mevcudiyetinin sonucu olarak bunlara uyuşmazlık yargısı da eklenebilir. Ancak birden fazla dereceli olmaları ve geniş çaplı yargılama faaliyeti yürütmeleri sebebiyle adli ve

[78] AİHM, 2.Daire, 8.2.2014 E.2010/38927, K.2014, https://www.sayistay.gov.tr/tr/ adresinden erişildi. (ET: 10.06.2022).

[79] Paradigma hakikatin araştırılıp oraya çıkarılmasında benimsenen model, örnek veya değerler dizisine ilişkin görüş demektir. Bu konuda bkz. Süleyman Göksoy, S. (2019). Paradigma ve Paradigmalar. Uluslararası Liderlik Eğitimi Dergisi (ULED), Cilt 1(1), s.-15.

idare yargı düzenleriyle mukayese ettiğimizde, hesap yargısı veya seçim yargısı dense dahi Sayıştay'ın ve YSK'nın "mahkeme=court" olarak kabul edilemeyeceğini düşünüyoruz. Öte yandan çerçevesi kanunlarla düzenlenen yargı teşkilatında yeri yoksa da, Anayasa'da geçen bazı ifadelerin mahkeme sıfatı taşımasa da bazı yargı benzeri usulleri uygulayan mercilere cevaz verdiği görülmektedir. Bizzat Anayasa hükümleriyle oluşturulan bu istisnai teşkillerin yine Anayasa'daki "yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır (AY m. 9)." hükmüyle çatıştığı ve bu hükümlere uygun olarak kanunlarla konulan yargısal usullerin Anayasaya aykırılık teşkil ettiği söylenemez. Bir örnek vermek gerekirse, Anayasal bir zorunluluk olmadığı halde, yasalarla memurların disiplin soruşturmalarının tamamen yargısal usullere göre, tam bağımsız ve üyeler teminatlı kurul tarafından yürütülmesinin öngörülebilir. Şüphesiz bu durum disiplin kurulunu mahkeme, kararlarını da yargı kararı yapmaz.

Bir tasarrufun yargı fonksiyonuna dahil olup olmadığı organik kriter yanında ve onunla birlikte (kümülatif olarak) maddi anlamda yargı kriterine müracaatla belirlenebilir. Yargı faaliyeti ve işlemi, esas olarak bağımsız yargı organlarında görevli hakimlerin önlerine gelen hukuki uyuşmazlıkları yargılama usulü kuralları çerçevesinde çözmeleridir.[80] Bizim de katıldığımız görüşe göre, belli bir yargı faaliyetinden ayrılmaz nitelikte ve doğrudan yargılama sebebi bir faaliyet olarak yargı fonksiyonu içinde değerlendirilmelidir.[81]

Diğer taraftan pozitif hukuk düzenimiz bakımından her hukuki uyuşmazlığın "dava" kabul edilmediği, bugün için ancak ve ancak Anayasa ve Kanunlarda "mahkeme" olarak adlandırılan (adli yargı, idari yargı, Anayasa yargısı ve Uyuşmazlık yargısıyla sınırlı) yargı düzenlerinde uyuşmazlıkların "dava" formatında muhakeme yöntem ve usulleri uygulanarak kesin hükümle sonuca bağlandığı ortadadır. Mahkemelerin "dava" dışında başka tam veya yarı yargısal usullerle karara bağladığı konular da bulunabilmektedir. Örneğin, Danıştay Kanunu'nun 24/2. maddesine göre, Danıştay idarelerin seçimle gelen organların organlık sıfatını kaybettirme işlemlerine karşı yapılan itirazları, bir dava formatında ve yargısal usuller uygulayarak değil, (İYUK Ek m.2'deki) özel usullerle idari bir denetim şeklinde karara bağlar. Burada Danıştay'ın yüksek mahkeme sıfatından dolayı organik anlamda yargı denetiminden söz edilebilirse de madde anlamda yargısal bir denetimin bulunmadığı açıktır.[82]

Belirtelim ki Sayıştay konusunda özellikle öğretide varılan çoğu hükümlerin kesinlik taşımamaktadır. Bunlara bakıldığında Anayasanın ve/veya kanunun anlam ve içeriğini tartışmasız bir şekilde ortaya koymaktan uzak "yüksek mahkeme/mahkeme

---

80 Turan Yıldırım/Melikşah Yasin/H. Eyüp Özdemir/Gül Üstün/Özge Okay. (2010). İdare Hukuku II. İstanbul: Oniki levha yayınları, s.17; Erkut, s.63, 78.

81 Bu görüşte, Ali D. Ulusoy. (2021). Türk İdare Hukuku, 4. Baskı. Ankara: Yetkin, s.42.

82 Akyılmaz, B., Sezginer, M, ve Kaya, C., s.26.

sayalabilir/görünümündedir" ve "yargı organı niteliğini haizdir/kabul edilmelidir" gibi ifadeler kullanıldığı görülmektedir.

B. SAYIŞTAYIN HUKUKİ YAPISI VE KARARLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Sayıştay'ın gerek organ olarak, gerek işlemleri yönünden hukuki niteliği üzerine tartışmalar kurulduğu günden beri devam etmektedir.[83]

1. Sayıştay ve Hesap Denetimi İle İlgili Pozitif Düzenlemeler

Önce konuyla ilgili kısaca mevzuata topluca bakalım.

a. Sayıştay'ın İdari Kurum Olduğunu Gösteren Mevzuat Hükümleri

- AY m.9'a göre, yargı yetkisinin ancak Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılabilir. Halbuki Sayıştay denetim ve hükme sağlama görevlerini Türkiye Büyük Millet Meclisi adına yapmaktadır (m.160/1).
- Sayıştay'ın, AY m.160/1'de gösterilen merkezî yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumlarının bütün gelir ve giderleri ile mallarını denetim, kanunlarla verilen inceleme ile görüş bildirme şeklindeki görevleri tamamen idari nitelikte olup bunlar Sayıştayın asli görevlerini teşkil etmektedir. Sorumluların zarara yol açan hesap ve işlemlerini denetleyerek hükme bağlaması, idari denetim dolayısıyla, sınırlı ve tali niteliklidir.
- Mevzuata göre Sayıştay ilgililerin başvurusu üzerine değil otomatik denetim yapmaktadır.

b. Kurulun Yargı Organı Olarak Gören Mevzuat Hükümleri

- Anayasa'da, Yüksek Mahkemeler arasında yer verilmeyen Sayıştay yargı organı olarak nitelenmemekle birlikte "Yargı" bölümünde düzenlenmiştir.
- AY m.160/1'in Birinci fıkrasında "Sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak", "karar düzeltilmesi," "idari yargı yoluna başvurulamaz" ve "kararları arasındaki uyuşmazlıklarda Danıştay kararları(nı) esas alma", ibarelerine yer verilmiştir.
- Aynı maddenin son fıkrasında başkan ve üyelerinin teminatının kanunla düzenleneceği öngörülmüştür.
- AY m.164'de "hesap yargılaması" ifadesine yer verildiğine dikkat etmek gerekir.
- Anayasada Sayıştay Başkan ve üyelerinin görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan sıfatıyla (diğer yüksek mahkeme üyeleri gibi) Anayasa Mahkemesinde yargılanması kabul edilmiştir (AY m.148/6).
- Bunun yanı sıra 6085 sayılı Sayıştay Kanununda, "kesin hükme bağlama, (m.1 vd.)," "Yargılamaya esas rapor (m.2/1-f, 48, 49)," "bağımsızlık (m.3)," "hüküm (m.50)," "Başkan ve üyelerine hakim ve savcılarla aynı hak ve teminatların

[83] Bu konuda geniş bilgi veren güncel bir çalışma olarak bkz. Taşır, s.81 vd. (81-96)

tanınması (m.63, 70),” hesap yargılaması (m.48 vd.)”, “tavzih ve düzeltme (m.52),” “karar düzeltme (m.52),” “kanun yolları (m.54-57),” “temyiz (m.55),” “yargılamanın yenilenmesi (m.56),” “ilam (m.51-53),” “infaz (m.53),” “hükmolunan tazminatın 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre tahsili (m.53),” “içtihatların birleştirilmesi (m.58),” “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ilgili hükümlerinin uygulanmasının kabulü (m.61),” “çalışmaya ara verme (m.64)” “Başsavcı ve savcılar (m.10, 18, 33)” gibi dava ve yargılama kavramlarına yer verilmiştir.

- 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu m.68’de, “Sayıştay tarafından hesapların hükme bağlanması; genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin gelir, gider ve mal hesapları ile bu hesaplarla ilgili işlemlerinin yasal düzenlemelere uygun olup olmadığına karar verilmesidir” hükmü ve devamında “Dış denetim ve hesapların hükme bağlanmasına ilişkin diğer hususlar ilgili kanunda düzenlenir” hükme yer almaktadır.

2. Sayıştay Hukuki Konum ve Durumunun Değerlendirilmesi

a. Sayıştay’ın Anayasal Konumuna İlişkin Görüşümüz

Anayasa Sayıştay’ın denetleme ve kesin hükme bağlama faaliyetleri arasında fonksiyonel bir ayrıma gitmiştir. Anayasa’ya göre Sayıştay’ın kurumların gider ve hesapları inceleme görevleri, yargısal görevlerine göre öncelik taşımaktadır. Bu işi TBMM adına yapsa da onun merkezi idareye yardımcı[84] yüksek kurum olduğu görülmektedir. Salt Anayasa hükümleri dikkate alındığında, gerek yargı bölümünde düzenlenmiş olması, gerek hesap uyuşmazlıklarını kesin hükme bağlaması onu organik anlamda yargı organı yapmamaktadır. Ancak “karar düzeltme” ve “hesap yargılaması” ifadeleri tam bir yargılama usul hukuku olarak değerlendirilemez ve diğer hükümler de dikkate alındığında Anayasal düzlemde Sayıştay maddi anlamda yargı organı olarak kabul edilmelidir. Başka bir ifadeyle Sayıştay bu yönden bir mahkemeden (court) çok divan (tribunal) sıfatına sahiptir. Sayıştay bu alanda tribunal olarak bazı mali içerikli bazı idari uyuşmazlıkları çözüme bağlamaktadır.

Kısacası Anayasal konumu itibariyle Sayıştay çifte kimlikli bir kurumdur. Anayasaya göre Sayıştay mal ve hesap denetimi ön planda olan bir yüksek kurumdur. Ancak aynı zamanda yargı yeri olarak görevlendirilmiştir.

b. Yasama Organının Sayıştay’a Bakışı ve Kabulü

Yukarıda aktarılan normları göz önünde bulundurursak, Yasamanın Sayıştay’ı Anayasaya göre daha ayrıcalıklı bir yere konumlandırdığını söyleyebiliriz. Açıkçası Kanun koyucu özellikle Sayıştay Kanununda öngördüğü yargılama hukuku kuralları ve nitelemelerle Sayıştay’ı Anayasa koyucunun vaktiyle esirgediği ve sonuca bağlamadığı

[84] Günday, İdare Hukuku, s.372.

konumu sokmuştur. Başka ve daha açık bir deyişle, Yasama organı Sayıştay'ı bir hesap mahkemesi (court) olarak irade ve kabul etmiştir.[85] Ancak bu hesap yargılamasının tek dereceli ayrı bir yargı düzeni oluşturduğu anlamına gelmez. Anayasa kurallarının bugünkü sistematik ve amaca uygun realist yorumu, yasama organının Sayıştay'a ilişkin kuralları koyarken gösterdiği iradeyle ayniyet göstermektedir. Mevcut düzenlemelerden hareketle Sayıştay'ı mahkeme sıfatı bulunan bir yargı yeri olarak kabul etmemizi gerektiren sebepleri şöyle sıralayabiliriz:

- Öncelikle Sayıştay'ın Anayasada Türk Milleti adına değil de TBMM adına denetim yapacağının öngörülmüş olması, onun mahkeme olarak adlandırılmasına engel teşkil etmemektedir. Zira TBMM ile Sayıştay görevlileri arasında hiyerarşi söz konusu değildir. Aksine Kanun koyucu Anayasada emredildiği üzere Sayıştay'ın bağımsızlığına hükmettiği gibi tarafsızlıklarını sağlamak için mensuplarına teminat vermeyi tercih etmiştir. Sayıştay mensupları hâkim değilseler de hâkimlerle aynı haklara sahip kılınmıştır (6085 SK m.70). Diğer taraftan önce KANETİ'nin değindiği ve AKYEL'in de ayrıntılı şekilde açıkladığı üzere Sayıştay'ın TBMM adına gösterdiği faaliyetin, onun yargısal değil münhasıran idari denetim kurumu kimliğiyle ilgili olduğu söylenebilir.[86] Biz de AY m.160/1'nin cümle yapısına bakarak hükmü aynı şekilde yorumluyoruz.[87] Bizi buna yönelten aslında Anayasanın hazırlık sürecinde Sayıştay yüksek mahkeme olarak öngörülmüşken son anda bunun akim bırakılmış, fakat diğer hükümlerin korunmasıdır.[88] Şunu da belirtmek gerekir ki AYM aynı hükmün 1961 Anayasasının 127'nci maddesinde de bulunmasına

[85] Diğer mahkemelerin gerek yetki ve görevleri ile kuruluşlarına ilişkin kuralların, gerek yargılama usullerinin Kanunlarla düzenlendiği dikkate alındığında, bize göre burada Anayasayla bağdaşmayan bir durum söz konusu değildir.

[86] KANETİ, s.10. AKYEL'e göre, *"Anayasa'nın 160. maddesinin birinci fıkrasında Sayıştayın merkezi yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumlarının bütün gelir ve giderleri ile mallarını 'Türkiye Büyük Millet Meclisi adına' (TBMM) denetleyeceğinin belirtilmiş olması, Sayıştayın TBMM'ye bağlı olarak faaliyet yürüttüğü ve bağımsızlık unsurunu taşımadığı yolunda görüşlerin ileri sürülmesine zemin hazırlamıştır. Ancak Anayasa'nın 160. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinin lafzı dikkate alındığında, Sayıştayca TBMM adına icra edilen görev denetim görevi olup, sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlama görevi değildir. Zira cümlede, 'Türkiye Büyük Millet Meclisi adına' ibaresi 'denetlemek" ibaresinden hemen önce kullanıldığından 've' bağlacından sonraki "sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak" ibaresini ilgilendirmemektedir. Şayet, 'Türkiye Büyük Millet Meclisi adına' ibaresinin, 'sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak' ifadesini de nitelemesi istenseydi, cümlenin ortasında ('denetlemek' ibaresinden hemen önce) değil, başında kullanılması gerekirdi."* Akyel, s.12.

[87] Bize göre de eğer sâdece denetlemenin değil kesin hükme bağlamanın da TBMM adına yapılacağının öngörülmesi istense idi metindeki ilgili ibare şu şekilde olmalı idi: *"Sayıştay, Türkiye Büyük Millet Meclisi adına merkezî yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumlarının bütün gelir ve giderleri ile mallarını denetlemek ve sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak ve kanunlarla verilen inceleme, denetleme ve hükme bağlama işlerini yapmakla görevlidir."*

[88] 1982 Anayasasına ilişkin Danışma Meclisinin metnindeki "ilk ve son hesap mahkemesi" ibaresinin MGK tarafından metinden çıkarılıp Sayıştay'ın yargı bölümüne alındığına dair, AKGÜNDÜZ, s.151 vd.

rağmen[89] AYM en azından 1973 tarihine kadarki bazı kararlarında Sayıştay'ı mahkeme olarak görmüştür.

- Anayasada hesap yargılamasıyla kesin hükme bağlama görevi verilen Sayıştay emredildiği şekilde; belli hukuki uyuşmazlıkları bir dava diyalektiği içinde esastan incelemekte, bu uyuşmazlıklar bağımsız ve tarafsız daireleri ve ancak yüce divanda yargılanabilen mensupları önünde karara bağlanmakta, yargılamaya esas rapor düzenlemekte, yargılama esnasında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ilgili hükümlerinin uygulanabilmekte, kararları tavzih ve düzeltme veya konusu yapılabilmekte, kanun yolu olarak karar düzeltme ve temyiz ile yargılamanın yenilenmesi yollarına başvurulabilmekte, kararları kesin hüküm ve hükümleri ilam niteliği taşımakta, hükmolunan tazminat İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre tahsil edilmekte, biribirine aykırı içtihatların birleştirilmesine karar verilebilmekte, mahkemeler gibi adli tatil uygulayabilmektedir ve en nihayet vergi ve benzeri mali yükümlülükler ve ödevler hakkındaki kararların çelişmesi hâlinde Danıştay kararları esas alınmaktadır. Bu da onun maddi anlamda yargı yaptığını göstermektedir. Bize göre Kanun koyucu muhtemelen Anayasa Mahkemesinin aksi yaklaşımını dikkate alarak bu yargılama sürecine açıkça dava demekten çekinmiştir.

Kanaatimizce Sayıştay gerek Anayasa, gerek kanunlara göre yüksek denetim kurumu özelliği öne çıkan çift kimlikli bir kuruluştur. Anayasada açıkça mahkeme olarak değil de yargı yeri sıfatı da bulunan yargı yeri olarak düzenlenmiş olmakla birlikte Sayıştay kanun bazında bir hesap mahkemesidir. Ancak yargısal kararlarına karşı idari yargı yoluna başvurulamaması ve son sözü söylemesi onu otomatikman yüksek mahkeme yapmamaktadır. Danıştay'ın yüksek mahkemesi sıfatıyla tepesinde yer aldığı genel idari yargı düzeninde vergi ve mali uyuşmazlıklara da bakıldığı dikkate alındığında, muhasebe işlerinin özel yapısına rağmen idari nitelikte olduğu görülmektedir. AY m.160'daki vergi, benzeri mali yükümlülükler ve ödevler yönünden Danıştay kararlarıyla yapılan kıyaslama da bunu göstermektedir. Bunun sonucu olarak münhasıran bir yargı düzenine sahip olmayan Sayıştay genel idare yargı düzeninin içinde ve fakat bu yargı organlarından bağımsız tek dereceli ve özel görevli bir yargı organıdır.

3. Sayıştay Kararlarının Hukuki Niteliğinin Değerlendirilmesi

Bir tasarrufun yargı fonksiyonuna dahil olup olmadığı organik kriter yanında ve onunla birlikte (kümülatif olarak) maddi anlamda yargı kriterine müracaatla belirlenebilir. Yargı faaliyeti ve işlemi, esas olarak bağımsız yargı organlarında görevli hakimlerin önlerine gelen hukuki uyuşmazlıkları yargılama usulü kuralları çerçevesinde

[89] 1961 Anayasası m.127/1'e göre "Sayıştay, genel ve katma bütçeli dairelerin gelir ve giderleri ile mallarını Türkiye Büyük Millet Meclisi adına denetlemek ve sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak ve kanunlarla verilen inceleme, denetleme ve hükme bağlama işlerini yapmakla görevlidir." Bkz. Akgündüz, s.148.

çözmeleridir.[90] Bizim de katıldığımız görüşe göre, belli bir yargı faaliyetinden ayrılmaz nitelikte ve doğrudan yargılama sebebi bir faaliyet olarak yargı fonksiyonu içinde değerlendirilmelidir.[91]

Sayıştay'da denetim yapan yetkililer (denetçiler) ile hesap yargılaması yapan görevliler iş bölümü yönünden birbirinden ayrılmıştır. Sayıştay Kanununa göre, bir konunun hesap yargılamasına tâbi tutulabilmesi için önce Sayıştay'ın (idari) denetim mekanizmasından geçmesi gerekir. Bu idari sürecin ilk aşamasında genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin hesap ve işlemlerinin denetimi yapılıyor olmalıdır. İkinci aşamada mutlaka bu denetimim sırasında denetçiler tarafından kamu zararına yol açan bir husus tespit edilmiş olmalıdır. Üçüncüsü varsa zarar yol açan sorumluların savunmaları alınmalıdır. Son olarak da kusurlu sorumlu kişi veya kişiler hakkında bu denetçiler tarafından yargılamaya esas bir rapor düzenlenmelidir (m.48). Kanunda belirtilmemekle beraber zarar rağmen sorumlu kişi(ler) şahsen ve ismen tespit edilemezse veya kusur söz konusu değilse yahut da hukuka uyguluk sebepleri varsa yargılamaya esas bir rapor düzenlenemez.

Denetim sürecini yargı evresi takip eder: Sayıştay Başkanlığı denetçilerin sunduğu yargılamaya esas raporu hesap yargılamasının yapılacağı daireye gönderir (m.48/2). Kanunun "hesap mahkemesi" olarak nitelendirildiği (m.23/1) Dairelerin başkanları tarafından başsavcılığın yazılı düşüncesini alındıktan sonra rapor incelemesi için bir üyeye verilir. Üyenin incelediği raporu, yazılı düşüncesiyle birlikte Daireye iadesinden raporda konu edilen hesap ve işlemlerin yargılanmasına başlanır. Hesap yargılaması sırasında savcı da hazır bulunur ve görüşünü açıklar (m.49). Daire tarafından yapılan hesap yargılaması sonucunda; hesap ve işlemlerin yasal düzenlemelere uygunluğuna veya kamu zararının sorumlulardan tazminine hükmedilir (m.50). Gerekçeli olarak yazılan ilam kanun yollarına başvurulması halinde onanmakla veya sürenin geçmesiyle kesinleşir. Kesinleşen ilamlar gönderildiği kamu idaresi tarafından yerine getirilir (m.52, 53).

Görüldüğü gibi aynı kurum içinde gerçekleşmekle birlikte biri idari denetim, ikincisi hesap yargısı olmak üzere birbirinden ayrı iki evre söz konusudur. İlk evre tamamen idari niteliktedir. Anayasada kullanılan hesap yargılaması ve kesin hüküm ifadeleri başlangıç noktası alırsak, Sayıştay Kanun koyucunun öngördüğü şekilde yukarıda açıklanan yargılama usullerini uygulayarak, ikinci evrede, yargılamaya esas rapor üzerinden sorumlu kişinin kamu zararına sebebiyet fiilinin yasal düzenlemelere uygun olup olmadığını incelemekte, kusuru halinde zararın tazminine karar vermektedir. Kamu görevlisin muhasebe kapsamındaki tasarruflarının idari niteliği açıktır. Zira burada

[90] Turan Yıldırım/Melikşah Yasin/H. Eyüp Özdemir/Gül Üstün/Özge Okay. (2010). İdare Hukuku II. İstanbul: Oniki levha yayınları, s.17; Erkut, s.63, 78.

[91] Bu görüşte Ulusoy, s.42.

failin zarara yol açan tutum ve davranışlarının herhangi bir suç tipini ihlal edip etmemesi ve ihlal halinde cezai müeyyide uygulanması değil, sâdece ve sâdece kamunun maddi ve mali zararının sorumlusuna ödettirilmesi önemli ve önceliklidir. Başka bir deyişle, burada ceza yargısındaki gibi failin suçluluğu araştırılmamakta, düzenlenen idari nitelikteki raporda belirtilen hesap ve işlemler yargılanmaktadır. Somutlaştırırsak, ceza hukuku anlamında "zimmet suçu" değil,[92] kelimenin asli manasıyla "zimmet çıkarma" ameliyesi söz konusudur.[93] Sayıştay'ın kamu hizmeti görülürken doğan kamu zararından dolayı sorumlu hakkında kamu gücüne dayanarak "zimmet çıkarması" onun idari denetim fonksiyonu dâhilinde bir işlemdir. Bu surette aksayan kamu hizmetinin düzeltilmesi söz konusudur.

Ancak Sayıştay'ın hesap yargılamasının genel idari yargıdan farklı bir yönü de vardır. O da idarenin kişilere değil, kamu görevlilerin idareye verdikleri zarardan sorumlu olup olmadığına karar verilmesidir -ki bu da onun varlık gerekçesidir. Bu yönüyle Sayıştay'ın hesap yargılamış kamu görevlilerine rücu davasına benzetilebileceği gibi, istirdat davası olarak da düşünülebilir. Burada kamu görevlisinin hatalı hesap ve işlemini sebebiyle Devletin uğradığı mali zarar dolaylı olarak değil de, doğrudan fakat yargılama yoluyla tazminat ilamı elde edilerek karşılanmaktadır. Sorumlu hakkında sebep olduğu maddi ve mali kamu zararının karşılığında "çıkarılan zimmet" yine Sayıştay tarafından Kanunun tanıdığı yargılama hukuku çerçevesinde (ki bu süreç idare yargılama usulüne benzetilmiştir) "aynen ve nakden tazmin yaptırımına" bağlanmaktadır.

Keza vergi, benzeri mali yükümlülükler ve ödevler hakkında Danıştay'ın kararları ile Sayıştay kararları arasında uyuşmazlık çıkmasını önlemeye yönelik olan m.160'deki hüküm de, esasen bu iki kurumun hem aynı konuları kapsayan karar verdiklerine, hem de benzer hukuk kurallarını uyguladıklarına delalet eder. Fark şu ki Anayasa koyucu bu konularda gerek uzmanlığından gerekse yüksek mahkeme olmasından dolayı aynı zamanda idari bir kurum kimliği olan Sayıştay yerine Danıştay'a öncelik ve üstünlük vermiştir.

Sonuç olarak, Sayıştay'ın sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlama faaliyeti özel surette "hesap/muhasebe" yargısı olarak adlandırılmakla birlikte kendine özgü bir idari yargılama olarak kabu edilmelidir. Sayıştayın bu kapsamda verdiği kararların maddi anlamda kesin hüküm teşkil eden birer yargı kararıdır. Sayıştay'ın bu kapsamdaki kararları mahkeme ilâmı hükmündedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de yukarıda değinilen 2012 tarihinden bu yana somut norm denetimi yoluyla önüne gelen

---

[92] TCK m.247/1'deki zimmet suçu, Kamu görevlisinin "Görevi nedeniyle zilyedliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu malı kendisinin veya başkasının zimmetine geçir(mesi)" fiilidir.

[93] Sözlüklerde zimmet, "üstünde olan şey, ödemeye mecbur olduğu borç" olarak; "zimmet çıkarmak" ise, eksik veya yanlış yapılan bir işlemden dolayı kişiye fazladan ödenen miktarı belirlemek ve ödemesini sağlamak için bildirimde bulunmak" şeklinde tanımlanmaktadır. TDK. (2005). Türkçe sözlük, 10. Baskı. Ankara: TDK yayını, s.2238, "Zimmet" maddesi; İlhan Ayverdi (2006). Misalli Büyük Türkçe sözlük (Kubbealtı Lugatı), C.III, 2. Baskı. İstanbul: Kubbealtı Neşriyatı, s.3507, "Zimmet" maddesi

davalarda, bu görevler yönünden maddi anlamda kesin hüküm niteliğinde yargı kararı veren bir hesap mahkemesi olduğuna hükmederken,[94] yapılan bir bireysel başvuruyu da Sayıştay'ın Anayasa'nın 152'nci maddesine göre res'en iptal başvurusu yapabilecek mahkemeler arasında olduğu gerekçesiyle kabul edilebilir bulmuştur.[95]

[94] AYM, 28.02.2013, E.2011/21, K.2013/36, RG: 6.3.2014-28933; 3.4.2013, E.2011/142 K.2013/52, RG: 29.05.2014-29014; 13.11.2014 E.2014/172, K.2014/170, RG: 10.1.2015-29232.

[95] AYM İkinci Bölüm, B.No: 2012/615, KT: 21/11/2013, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/615 adresinden erişildi. ET: 30.05.2022.

SONUÇ

1982 Anayasasını yapan irade Sayıştayı esasen yüksek bir denetim kurumu olarak düzenlemiş, ama aynı zamanda tribunal (board) seviyesinde kısmi bir hesap yargı yeri sıfatı da vermiştir. Tarihsel yoruma başvuracak olursak Anayasa lafzı itibariyle Sayıştay hakkında tam ve net bir konum vermekten kaçınmıştır. Ancak mesele kanunlarla çözülebilecek şekilde kapıyı açık bırakmıştır. Bize göre Kanun koyucu bu bir ucu (yâni yargısal fonksiyon yönü) açık konuyu Anayasaya aykırı olmayacak şekilde bir sonuca bağlamıştır. O sonuç da şudur: mevcut normatif düzenin Sayıştay'ı kesin hükme bağlama görevi yönünden bir hesap mahkemesi olarak gördüğüdür. Sistematik ve realist bir yorum Anayasa ve onu takiben kanunların anlamı ve amacı bunu açıkça göstermektedir. Ne var ki Anayasal yüksek bir denetim kurumu olarak Devlet teşkilatlanmasında müstesna bir yeri olan Sayıştay'ı salt son sözü söylüyor olmasından dolayı yüksek mahkeme saymak da mümkün görünmemektedir. Bize göre yasama tarafından Sayıştay'a açıkça böyle bir statü tanınsa bile, bu kanun kuralı Anayasa aykırılık oluşturur. Zira Anayasada yüksek mahkemeler sınırlı sayıda düzenlenmiştir.

Sayıştay yargılamasına konu olan muhasebe tasarrufları gibi denetim sonucu belirlenen zimmet çıkarma işlemi de idari niteliktedir. Bazı farklı özellikler taşımakla birlikte, borca ilişkin isnadın doğruluğu ve gerçekliği Sayıştay'da yargısal usullerle tespit edilmekte ve sonunda mahkeme sıfatıyla hükmettiği ilam niteliğindeki aynen ve nakden tazmin yaptırımı kararıyla takip ve tahsil edilmektedir.

İlginçtir ki doktrinde YSK'yı bir yargı yeri, hatta yüksek mahkeme olarak gören çoğu yazarın, argumanların benzerliğine ve hatta Sayıştay'a ilişkin Anayasal ve yasal mevzuatta onu hesap mahkemesi olarak nitelemeye elverişli daha fazla pozitif kural olmasına rağmen konu Sayıştay olduğunda çekimser kaldığı görülmektedir.

KAYNAKÇA

Akdağ, S. E.. (1997). Sayıştayın Anayasal Kimliği. Sayıştay Dergisi, 135. Kuruluş Yıldönümü Özel Sayısı, Nisan-Haziran 1997, s.148

Akgündüz, A. (1997). Arşiv Belgeleri Işığında Sayıştay Tarihi. Ankara: OSAV yayınları.

Akyel, R. (2015). Bir Hesap Yargısı Sayıştay. TAAD: 6(23), 1-22.

Akyılmaz, B., Sezginer, M. ve Kaya, C. (2021). Türk idare hukuku, 14. Baskı. Ankara: Savaş Yayınevi.

Atay, E. (2009). İdare Hukuku, 2.Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi; (2019). İdare Hukuku, 6.Basıya ek tıpkı bası. Ankara: Turhan Kitabevi.

Aybay, A. ve Aybay, R. Hukuka Giriş, 2. Baskı. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi yayınları.

Başlar, K. (2005). Anayasa Yargısında Mahkeme Kavramı. Ankara: Roma Yayınevi. s.156.

Bilgin, P. (1994). Sayıştay'ın Yargı Düzenleri İçindeki Yeri (Bir Savaş Hikayesi). İÜSBF Dergisi, (7) 37-54.

Çağlayan, R. (2018). İdari Yargılama Hukuku, 10. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınevi.

Duran, L. (1970). Bir Yüksek Mahkeme Daha: Sayıştay. Ankara: İmran Oktem'e Armağan.

Eren, A. (2021). Anayasa Hukuku Dersleri, 3.Baskı. Ankara: Seçkin Yayınevi.

Erkut, C. (1990). İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği. Ankara: Danıştay yayınları.

Esen, S. (1994). İptal Davası ve İtiraz Yolunda Anayasa Mahkemesinin Yaptığı İlk İnceleme. Ankara: Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları.

Fendoğlu, H.T. (2017). Anayasa Yargısı. Ankara: Yetkin Yayınları.

Gelgeç, B. (2014). Sayıştayın Yargı Yetkisi, Yargısal Görevinin Niteliği ve Yargı Kolları Arasındaki Yeri. Sayıştay Dergisi, (93), 31-42.

Giritli, İ., Bilgen, P. ve Akgüner, T. (2006). İdare Hukuku Dersleri. İstanbul: Der yayınları.

Gölcüklü, F. ve Gözübüyük, Ş. (2002). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması, 3.Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi.

Görgün, E. (2011). Türk Kamu Mali Yönetiminde Sayıştay Denetimi. Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi, Karaman.

Gözler, K. (2009). Hukukun temel Kavramları, 6. Baskı. Bursa: Ekin Kitabevi.

Gözler, K. (2018). Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 22.Baskı. Bursa: Ekin Kitabevi.

Gözler, K. (2019). İdare Hukuku, C.1-2, 3.Baskı. Bursa: Ekin Kitabevi, 2019.

Gözler, K. ve Kaplan G. (2020). İdare Hukuku, 22. Baskı. Bursa: Ekin Kitabevi.

Gözübüyük, A. Ş. (1991). Anayasa Hukuku. Ankara: Turhan Kitabevi.

Gözübüyük, A. Ş. (2016). Yönetsel Yargı, 35.Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, s.70.

Gözübüyük, A. Ş. Ve Tan, T. (2010). İdare Hukuku, C.2: İdari Yargılama Hukuku, 4.Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi.

Gözübüyük, A. Ş. ve Akıllıoğlu Tekin. (1993). Yönetim Hukuku. Ankara: Yetkin.

Günday, M. (2011). İdare Hukuku, 10. Baskı. Ankara: İmaj Yayıncılık.

İnan, A. (1985). Sayıştay Uygulaması ve Sayıştay'ın Yargı Düzenindeki Yeri. Danıştay Dergisi, (56-57), 4-?

Kalabalık, H. (2009). İdari Yargılama Usulü Hukuku, 3.Baskı. Konya: Sayram yayınları.

Kaneti, S. (1990). Sayıştay'ın Anayasal Konumu. Sayıştay Dergisi, (1), 7-18.

Kaplan, G.. (2018). İdari Yargılama Hukuku. Bursa: Ekin Kitabevi.

Karahanoğulları, O. (2019). İdari Yargı-İdarenin Hukukla Zorlanması. Ankara: Turhan Kitabevi, 2019.

Kent, B. (2007). Türk ve Alman Sayıştayları. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11 (1-2), 981-1005.
Köse, H.Ö. (2007). Dünyada ve Türkiye'de Yüksek Denetim, 2. Baskı.. Ankara: Sayıştay 145.Yıl Yayınları.
Köse, H. Ö. (2020). Yüksek Denetim Kurumlarının Yargısal İşlevleri ve INTOSAI Standartlarında Yargının Temel İlkeleri. Sayıştay Dergisi, 32(117), 9-38.
Onar, S. S.. (1966). İdare Hukukunu Genel Esasları, C.I-III, 3. Baskı. İstanbul: Hak kitabevi.
Özbudun, E. (2000). Anayasa Hukuku, 6. Baskı. İstanbul: Beta yayınları.
Özdemir, G. (2010). Yüksek Seçim Kurulu'nun Niteliği. Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV (1–2), 114-115.
Özkan, G. (1995). Hukuk Devleti ve Yargı Denetimi. Ankara: Kendi Yayını.
Sancakdar, O., Önüt, L.B., Us Doğan, E., Kasapoğlu Turhan, M. Ve Seyhan, S., (2021). İdare Hukuku-Teorik Çalışma Kitabı, 10. Baskı. Ankara: Seçkin.
Sevinçler, B. (2018). Sayıştayın Anayasal Konumu Ve Yargı Fonksiyonu. Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Hacettepe Üniversitesi, Ankara.
Taşır, A. (2017). Sayıştayın Anayasal Konumu. TBB Dergisi, (133), 81-96.
Tanör, B. / Yüzbaşıoğlu, N. (2001). Türk Anayasa Hukuku, 2. Baskı,. Ankara: YKY Yayınları.
Taytak, M. ve Sakınç, S. (2018). Sayıştay'ın Yargılama Fonksiyonu ve Sayıştay Yargısında Kanun Yolları. Optimum Ekonomi ve Yönetim Bilimleri Dergisi, 5(1), s.81-105.
Ulusoy, A.D. (2021). Türk İdare Hukuku, 4. Baskı. Ankara: Yetkin.
Uz, A. (2005). Hesapları Kesin Hükme Bağlamakla Görevli Sayıştay'ın Yargısal Kimliği. AÜHFD, 54(4), s.372.
Yaşar, H.N. (2016). İdare Hukuku, 3.B.askı. İstanbul: Der Yayınları.
Yıldırım, R. ve Çınarlı, S., (2018). Türk İdari Yargılama Hukuku Dersleri. Ankara: Astana Yayınları.
Yıldırım, Turan ve diğerleri. (2010). İdare Hukuku, C.II. İstanbul: Oniki levha yayınları.
Yüksel, M. (2004). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı Üzerine Bir İnceleme. Legal Hukuk Dergisi, (17), 1279 – 1291.

İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİNDE İŞVERENİN KALİTE YÖNETİM SİSTEMLERİNDEN FAYDALANMASI

Av.Dr. Nazan GÜLERYÜZ ŞİVİLOĞLU[1]

Özet

İş sağlığı ve güvenliğinde, özellikle 6331 sayılı İş sağlığı ve Güvenliği Kanunuyla birlikte işverenin, iş sağlığı ve güvenliğindeki sorumluluğu artmış bulunmaktadır. İşverenin iş sağlığını ve güvenliğini sağlama sorumluluğunun hukuki sınırları dikey ve yatay sorumlulukla birleştirilmiştir. Öyle ki hammaddenin fabrikaya giriş sürecinden, imalat sonrasında ürünün paketlenip, dağıtımına kadar devam eden her aşamada işverenin iş sağlığı güvenliği önlemlerini alma sorumluluğu bulunmaktadır. İşverenin bu sorumluluğu yerine getirmek üzere iş sağlığı ve güvenliği uzmanı çalıştırmasının yanında her türlü tedbir ve denetimi almada süreç yönetimine başvurması gerekmektedir. İş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin sağlanmasıyla ilgili süreç yönetiminde işverene fayda sağlayacak en önemli araçlardan biri de Kalite Kontrol ve Yönetim Sistemleri olabilir. İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetim Sistemleri, organizasyonların iş sağlığı ve güvenliği risklerini kontrol etmek ve performanslarını geliştirmek maksadıyla oluşturulmuş, risk değerlendirmesini temel alan tüm dünyada kabul görmüş bir yönetim sistemleri olup, riskleri önleme kabiliyetleri yanında gerekli kontrol mekanizmalarını, düzeltici faaliyetleri ve geri besleme mekanizmalarını da kapsayabilir. Bu bağlamda kullanılabilecek ISO 45001, yasal ve düzenleyici şartlara uyumun arttırılması, için kullanılabilecek işlevsel bir standarttır. ISO 45001 Standardıyla, tüm çalışanlara sürdürülebilir, güvenli ve sağlıklı çalışma ortamının sağlanması, meslek hastalıklarının önlenmesi, iş kazalarının en az düzeye indirilmesi, tehlikelerin tanımlanarak risklerin belirlenmesi, proaktif önlemler ile sürekli iyileştirmenin sağlanması mümkün olabilir. İşverenin, iş kazalarını önlemek ve oluşabilecek iş ve iş gücü kayıplarını en aza indirgeyerek, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmasıyla, işçilerin korunmasında etkin fayda sağlayabilir.

Anahtar Kelimeler: İş sağlığı ve güvenliği, Toplam Kalite Yönetimi, Kalite Yönetim Sistemi.

BENEFITING FROM THE QUALITY MANAGEMENT SYSTEMS OF THE EMPLOYER IN OCCUPATIONAL HEALTH AND SAFETY

Abstract

In occupational health and safety, especially with the Occupational Health and Safety Law No. 6331, the employer's responsibility for occupational health and safety has

[1] Avukat, Arabulucu, Kocaeli Üniversitesi Özel Hukuk Doktora Mezun, ORCID ID: 0000-0002-0218-9105, nguleryuz75@yahoo.com.tr.

increased. The legal boundaries of the employer's responsibility for ensuring occupational health and safety are combined with vertical and horizontal responsibility. In such a way, the employer has the responsibility to take occupational health and safety measures at every stage from the process of entering the raw material into the factory to the packaging and distribution of the product after manufacturing. In order to fulfill this responsibility, the employer must employ an occupational health and safety specialist, as well as apply to process management to take all kinds of measures and controls. One of the most important tools that will benefit the employer in the process management related to the provision of occupational health and safety services may be Quality Control and Management Systems. Occupational Health and safety management systems, and the organisation's Occupational Health and safety that was created in order to improve their performance and manage their risks based on risk assessment, risk prevention management systems and accepted all over the world, in addition to its ability to control mechanisms required, corrective actions and feedback mechanisms can include. ISO 45001, which can be used in this context, is a functional standard that can be used to increase compliance with legal and regulatory requirements. With the ISO 45001 Standard, it may be possible to provide a sustainable, safe and healthy working environment for all employees, prevent occupational diseases, minimize occupational accidents, identify hazards and identify risks, ensure continuous improvement with proactive measures. By taking occupational health and safety measures to prevent occupational accidents and minimize work and labor losses that may occur, the employer can effectively benefit from the protection of workers.

Keywords: Occupational health and safety, Total Quality Management, Quality Management System.

GİRİŞ

Sanayi ve teknolojideki gelişmelerin, işletmelerde üretimi hızlandırıp kolaylaştırmasının yanında, iş sağlığı ve güvenliği bakımından olumsuz etkileri bulunmaktadır. İşveren, iş kazalarını önlemek ve oluşabilecek iş ve iş gücü kayıplarını en aza indirgemek için, iş sağlığı ve güvenliği önlem ve tedbirlerini alarak çalışanların iş sağlığı ve güvenliği hakları korunabilir. İş sağlığı ve güvenliğindeki bu olumsuz etkileri azaltmak için işverenin yönetim anlayışının değişmesi kaçınılmazdır. Bu çerçeve de işverene, riskleri tespit etme ve önlemede çok yararlı olabilecek araçlardan biri toplam kalite yönetim sistemiyle birlikte ISO 45001 standardı olduğundan tebliğimizde, işverenin iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerini almasını kolaylaştıracak toplam kalite yönetimine ve ISO 45001 Standardına odaklanmak istedik.

1. Toplam Kalite ve İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetim Sistemleri

1.1. Kalite Yönetim Sistemlerinin Tarihi Gelişimi

Kalite yönetim sistemi kullanımının temelleri oldukça eskiye dayanmakta olup, Sanayi Devrimi öncesi, Sanayi Devrimi sonrası, II. Dünya Savaşı sonrası ve 1980 sonrası olmak üzere dört dönemde tarihsel gelişim göstermiştir. Birinci dönemde birkaç kişinin çalıştığı işletmelerde, müşterilerle karşılıklı ilişkiye dayalı kalite kontrol uygulamaları yapılmış, ikinci dönemde fabrikaların kurulmasıyla üretimin muayeneye dayalı kontrolüne geçilmiştir. Üçüncü dönemde Japonya'da istatiksel tekniklere dayalı olarak, kalite uygulamaları bağlamında Toplam Kalite Yönetimi (TKY) uygulanmaya başlanmıştır. Dördüncü dönemde ise TKY, küresel akım haline gelmiş ve işletme çapında kalite yönetimi uygulamaya başlanmıştır[2].

İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetim Sistemlerinin (İSGYS) başlangıcı ise 1996 yılında İngiliz Standartlar Enstitüsü (BSI, British Standards Institute) tarafından yayınlanan " BS 8800 Mesleki Sağlık ve Güvenlik Yönetim Sistem Rehberi "'ne dayanmakta olup, bu rehber ilk sağlık ve güvenlik standardıdır. Kurumların belgelendirilmesine yönelik bir işlevi olmayan bu standart, rehber niteliğinde bilgi ve tavsiyeler içermektedir. İlerleyen tarihlerde belgelendirme kuruluşları BS 8800'ü örnek alarak bu konuda farklı standartlar yayınlamışlardır. Ancak sağlık ve güvenlik alanında içerik ve uygulama farklılığını ortadan kaldırmak amacıyla 1999 yılında İngiltere'de yine BSI liderliğinde bazı ulusal standart kuruluşları ve belgelendirme kuruluşlarının birlikte çalışmasıyla OHSAS 18001 standardı oluşturulmuştur. OHSAS 18001 standardı, 2001 yılında Türk Standartlar Enstitüsü (TSE) tarafından kabul edilerek TS-18001 olarak yayımlanmıştır[3].

OHSAS 18001 kuruluşların ürün ve hizmetlerinin güvenliğinden çok çalışanın sağlığına ve işin güvenliğine yönelik bir standarttır. OHSAS 18001 ve TS 18001 iş güvenliği denetim serisi standartları, organizasyonun iş sağlığı ve iş güvenliği risklerini kontrol etmesi ve performansını geliştirmesini sağlamak için; iş sağlığı ve iş güvenliği yönetim sistemi şartlarını verir[4].

OHSAS 18001'in hemen akabinde, Kasım 1999'da ise işletmelerde OHSAS 18001'in nasıl uygulanacağını anlatan destek doküman olan, OHSAS 18002 yayımlanmıştır. OHSAS 18001 Standardı, 2004 ve 2007 yıllarında revizyon geçirmiştir.

2018 yılına kadar iş sağlığı ve güvenliğinin toplam kalite yönetimi kapsamında ISO standartlarındaki karşılığı OHSAS 18001 Standardı iken, 2018 yılında çıkarılan

---

[2] Yıldız, M. (2003) Kalite yönetim sistemlerinin evrimi ve toplam kalite yönetiminin Banknot Matbaası Genel Müdürlüğü'nde uygulanabilirliği. Uzmanlık yeterlilik tezi, T.C. Merkez Bankası Piyasalar Genel Müdürlüğü, Ankara, s.10.

[3] Özkılıç, Ö. (2005). İş sağlığı ve güvenliği yönetim sistemleri ve risk değerlendirme metodolojileri. Ankara: Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu Yayını, s.30.

[4] Serin, G. ve Çuhadar, M. T. (2015). İş güvenliği ve sağlığı yönetim sistemi. Süleyman Demirel Üniversitesi Teknik Bilimler Dergisi, C.5, S.2, 44-59, s.12.

Uluslararası Standartlar Organizasyonu (ISO) 45001 İSGYS, OHSAS 18001 Standardının yerini almıştır. OHSAS 18001 belgesine sahip kuruluşlar, yeni ISO 45001 standardının yürürlüğe geçme tarihi olan Mart 2018'den itibaren üç yıl içerisinde yani 11.09.2021 tarihine kadar bu standarda geçmesi gerekmektedir[5].

1.2. Toplam Kalite Yönetim Sistemi

Toplam Kalite Yönetimi (TKY), bir organizasyon içinde kaliteyi odak alan, organizasyonun bütün üyelerinin katılımına dayanan, müşteri memnuniyeti yolu ile uzun vadeli başarıyı amaçlayan ve organizasyonun bütün üyelerine ve topluma yarar sağlayan bir yönetim yaklaşımı olarak tanımlanabilmektedir[6].

TKY, mal veya hizmet üreten organizasyonlarda ürün veya hizmetin kalitesini artırmak, çalışma koşullarını iyileştirmek, yönetim şeklini sürekli iyileştirmeye açık, yenilikçi sistematik bir yaklaşım getirmek amacı ile yapılan uygulamalar olarak da özetlenebilir. TKY'nin kendisine özgü olarak nitelendirebileceğimiz ilkeleri aşağıdaki başlıklar altında toplanabilir: hedef kitle odaklılık, sürekli iyileştirme, tam katılım, liderlik, hataların önlenmesi, eğitim, süreç yaklaşımı, yönetimde sistem yaklaşımı ve ölçme ve analizdir[7].

Kalite ile iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması arasında birbirini besleyen ve destekleyen bir ortaklık söz konusudur. Öyle ki kalitenin artmasıyla iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanma oranı da arttığı gibi, bir işletmede iş sağlığı ve güvenliği ne kadar yüksek oranda sağlanırsa, kalite de o kadar yüksek olacaktır. Bir işyerinde iş güvenliği ve sağlık konusunda sorun yaşanması, orada personelin verimliliğini düşürür. Bu sorunun önüne geçebilmek için, yönetimin iş sağlığı ve güvenliği programlarının geliştirilmesi gerekmektedir. Bu programların amacı, personelin iş sağlığı ve güvenliği bilincini geliştirerek, konunun önemini gündemde tutmaktır[8].

1.3. İş Sağlığı ve Güvenliği Kalite Yönetim Sistemi

Çalışma hayatını, üretkenliği ve bunlara bağlı olarak işletmelerin kârlılıklarını etkileyen olaylara karşı önlem almak için, öncelikle mevcut durumun analizinin yapılarak risklerin tespit edildiği, bu riskleri yok etmek için yasal yönetmelik, mevzuat ve kanunlara entegre programların oluşturulduğu ve uygulandığı, bütün çalışmaların belli bir sistematik içerisinde dokümante edildiği ve ilgilenenlere duyurulduğu, yürütülmekte olan çalışmaların izlenip denetlendiği birtakım yönetim sistemleri uygulanmaktadır. Bu

[5] İSO 45001 iş sağlığı ve güvenliği yönetim sistemi. https://www.qsi.com.tr/hizmetler/iso-45001-is-sagligi-ve-guvenligi-yonetim-sistemi adresinden erişildi. (ET:24.06.2022).
[6] Muter, N. B.ve Kayalıdere, G. (2003). Toplam kalite yönetiminin Manisa Mesir Vergi Dairesinde uygulanabilirliği. Celal Bayar Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Yönetim ve Ekonomi Dergisi, C.10, S.1, 141-157, s.142.
[7] Baloğlu, S. vd. (2018). Bireylerin çalışma performanslarının iş sağlığı ve güvenliği (İSG) ve toplam kalite yönetimi (TKY) uygulamaları ile artırılması. Balkan ve Yakın Doğu Sosyal Bilimler Dergisi, 37-52, s.47.
[8] Bektaş, Ç. (2019). İşletmede iş sağlığı ve güvenliği açısından kalite güvence sistemlerinin rolü, Hak İş Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi, C.8, S.20, 135-157, s.142.

sistemlere "İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetim Sistemleri" denmektedir. İş sağlığı ve güvenliği yönetim süreci, iş sağlığı ve güvenliği risklerine proaktif müdahaleyi kullanan bir tekniktir. İSGYS kapsamında yapılan tüm çalışmalar, mevzuatta belirtilen sistematik dâhilinde dokümante edilmektedir[9].

İş sağlığı ve güvenliği yönetim sistemi ile çalışanlar, iş sağlığı ve güvenliği risklerinin belirlendiği ve önlemlerle asgari seviyeye indirildiği, mevzuata uyan, hedeflerin yönetim programları ile hayata geçirildiği, uygun iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerinin uygun kişilere verildiği, acil durumlara hazır, performansını izleyen, sonuçlarını iyileştirme faaliyetlerini başlatmak için kullanan, iş sağlığı ve güvenliği faaliyetlerini denetleyen, yaptıklarını gözden geçiren ve dokümante eden bir kuruluşta, iş sağlığı ve güvenliği faaliyetlerine gereken önemi veren bir sistemin parçası olmaktadır. İş sağlığı ve güvenliği ile ilgili karşılaşılabilecek her türlü tehlike ve risklerin sistematik ve verimli biçimde yönetilmesi, İSGYS aracılığıyla olur. Etkin bir "İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Yönetim Kültürü" için herkesin buna gerçekten inanması gerekir[10].

1.3.1. OHSAS 18001 İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetim Sistemi

OHSAS 18001 İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetim Sistemi **(** İSGYS), organizasyonların sağlık ve güvenlik risklerini kontrol etmek ve performanslarını geliştirmek maksadıyla oluşturulmuş, risk değerlendirmesini temel alan tüm dünyada kabul görmüş bir yönetim sistemidir. OHSAS 18001, her ne kadar önleyicilik üzerine kurulmuşsa da gerekli kontrol mekanizmalarını, düzeltici faaliyetleri ve geri besleme mekanizmalarını da içermektedir[11].

OHSAS 18001 İSGYS; işyerlerinde, çalışanlara ait yatıp kalkma yerlerinde ve diğer müştemilatında bulunması gereken sağlık şartlarının ve işyerlerinde kullanılan alet, edevat, makineler ve hammaddeler yüzünden çıkabilecek hastalıklara engel olacak tedbir ve araçların, işyerlerinde iş kazalarını önlemek üzere bulundurulması gerekli araçların ve alınacak güvenlik tedbirlerinin neler olacağını kapsar[12].

OHSAS 18001; yasal ve düzenleyici şartlara uyumun arttırılması, tüm çalışanlara sürdürülebilir, güvenli ve sağlıklı çalışma ortamının sağlanması, meslek hastalıklarının önlenmesi, iş kazalarının en az düzeye indirilmesi, tehlikelerin tanımlanarak risklerin belirlenmesi, proaktif önlemler ile sürekli iyileştirmenin sağlanması ve organizasyonel yapının güçlendirilmesi amacı ile ISO tarafından yüksek seviyeli yapıda hazırlanan,

---

[9] Eren, T. İş sağlığı ve güvenliği yönetim sistemine giriş. Atatürk Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi, https://www.ataaof.edu.tr/Dosyalar/IsSagligiVeGuvenligiYonetimSistemleri.pdf adresinden erişildi. (ET: 25.06.2022).

[10] Eren, M. B. ve Üngan, M. C. (2016). İSG yönetim sistemi uygulayan firmaların iş sağlığı ve güvenliği maliyetleri tutumlarının incelenmesi. 1. Uluslararası İş Güvenliği ve Çalışan Kongresi, 6-7 Mayıs 2016. s. 281 vd.; https://www.ataaof.edu.tr/Dosyalar/IsSagligiVeGuvenligiYonetimSistemleri.pdf adresinden erişildi. (ET.:25.06.2022).

[11] Özkılıç, s.32.

[12] Çakmakkaya vd. (2013). Toplam kalite yönetimine güncel yaklaşım. İstanbul: Legal Yayınevi., s.93.

coğrafi, politik, ekonomik, ticari ve sosyal sınırları gözetmeksizin oluşturulan ve uluslararası platformda geçerliliği olan bir standarttır[13].
OHSAS 18001 İSGYS kurma aşamalarında aşağıdaki aşamalardan geçilir.
1.Mevcut durum tespiti yapılmalıdır.

- İşlerle ilgili tehlikelerin belirlenmesi ve tehlikeleri için risk analizi yapılması,
- Kanuni ve diğer gerekliliklere karşı durum tespiti,
- Mevcut iş sağlığı ve iş güvenliği kontrolleri / uygulamaları,
- Geçmişte yaşanan iş kazaları ve mesleki hastalıkların belirlenmesi,

2. Riski yüksek konuları belirten bir iş sağlığı ve güvenliği politikası hazırlanmalıdır.
3. Kabul edilemeyecek seviyedeki risklerle ilgili hedef ve bu hedeflere yönelik bir iş sağlığı ve güvenliği yönetim programı hazırlanmalıdır.
OHSAS18001 İSGYS'nin sağladığı yararlar şunlardır:

- Çalışanları işyerinin olumsuz etkilerinden ve kazalardan koruyarak, rahat ve güvenli bir ortamda çalışmalarını sağlamak,
- Çalışan motivasyonu ve çalışan katılımını arttırmak,
- İş kazaları ve meslek hastalıkları sebebiyle oluşabilecek iş ve iş gücü kayıplarını en aza indirgeyerek, iş veriminde artışın sağlanması ve maliyetlerin düşürülmesi, çalışma ortamlarında alınan tedbirlerle, kuruluşu tehlikeye sokabilecek yangın, patlama, makine arızaları vb. durumların ortadan kaldırılması neticesinde işletme güvenliğinin sağlanması,
- Ulusal ve uluslararası yasa ve standartlara uyum sağlamak,
- İş performansını arttırmaktır[14].

1.3.2. İSO 45001 İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetim Sistemi

ISO 45001, büyüklüğü ve niteliği fark etmeksizin her kuruluşa uygulanabilecek yapıda, kullanım kılavuzu mevcut, iş sağlığı ve güvenliği (OH&S) yönetim sistemi gereksinimlerini belirleyen uluslararası bir standart olup, günümüzde 80'den fazla ülkede uygulanmaktadır. Temellerini OHSAS 18001'den alan standart, klasik ISO yönetim sistemleri yapısında olduğundan mevcut sistemlere uyumlaştırılarak birleştirilmesi ve birlikte uygulanması kolaydır. Liderlik, bağlılık ve organizasyonun bağlamı her iki standarttın da konusudur. Belli bir konuya özgülenmiş gereklilikler, yasal şartlar, iş güvenliği politikaları, tehlike değerlendirmeleri ve risk yönetimi, tedarikçiler ile alt işverenlerin de iş sağlığı ve güvenliği şartları gibi hususları ele alır[15].

---

[13] https://tse.org.tr/IcerikDetay?ID=2438&ParentID=63 adresinden erişildi. (ET: 09.10.2020)
[14] Çakmakkaya vd., s.93.
[15]https://dqs.com.tr/belgelendirme/iso-45001-is-sagligi-ve-guvenligi-yonetim-sistemi/#:~:text=Tarihi%20ve%20Kurulu%C5%9Fu-,ISO%2045001%20Nedir%3F,tedbirler%20yard%C4%B1m%C4%B1yla%20bunlardan%20ka%C3%A7%C4%B1nmay%C4%B1%20ama%C3%A7lamaktad%C4%B1r adresinden erişildi. (ET:28.04.2022).

OHSAS 18001 tehlike üzerine yoğunlaşmış, ISO 45001 risklerin tespiti ve yönetilmesi konusuna yoğunlaşmıştır. ISO 45001'de risk, çalışan, işyeri gibi tanımlarda köklü değişiklikler yapılırken; takip, ölçüm, etki, iş güvenliği süreç ve performansı gibi yeni tanımlar eklenmiştir[16].

Standartta yönetim sistemi "Politika, hedefler ve prosesler oluşturmak ve bu hedefleri gerçekleştirmek için kuruluşun yapısı rolleri ve sorumlulukları, planlama ve işletmesi, performans değerlendirmesi ve gelişmeyi içeren unsurlar kümesi" olarak tanımlanmıştır (Standart m.3.10/1).

Standartta İSGYS, iş sağlığı ve güvenliği politikasını gerçekleştirmek için yönetim sisteminin beklenen çıktıları; çalışanların yaralanmasını ve sağlığının bozulmasını önlemek ve iş yerlerinin sağlıklı ve güvenli olmasını sağlamak için izlenen yöntem olarak tanımlanmış, "İş sağlığı ve güvenliği" ile "iş güvenliği ve sağlığı" terimlerinin aynı anlama sahip olduğu belirtilmiştir (Standart m.3.11).

ISO 45001 Standardı, yasal ve düzenleyici şartlara uyumun arttırılması, tüm çalışanlara sürdürülebilir, güvenli ve sağlıklı çalışma ortamının sağlanması, meslek hastalıklarının önlenmesi, iş kazalarının en az düzeye indirilmesi, tehlikelerin tanımlanarak risklerin belirlenmesi, proaktif önlemler ile sürekli iyileştirmenin sağlanması ve organizasyonel yapının güçlendirilmesi amacı ile ISO tarafından yüksek seviyeli yapıda hazırlanan, coğrafi, politik, ekonomik, ticari ve sosyal sınırları gözetmeksizin oluşturulan ve uluslararası platformda geçerliliği olan bir standarttır[17].

ISO 45001 İSGYS Standardında, üst yönetime düşen sorumluluk arttırılmıştır. Üst yönetimin, İSGYS'nin geliştirilmesi, planlanması, uygulanması ve sürekli iyileştirilmesinde çalışanlarla istişare yapılması ve çalışanların katılımının sağlanması bağlamında liderlik ve bağlılık göstermesine çok daha fazla önem verilmekte, üst yönetimin, etkili İSGYS'nin öneminin tüm taraflara iletilmesi ve tüm taraflarca anlaşılmasının sağlanması ve İSGYS'de amaçlanan sonuçların elde edilmesinden sorumlu olduğu kabul edilmektedir.

ISO 45001, kuruluş odaklı yaklaşımı benimsemekte olup, buna göre iş sağlığı ve güvenliği risklerinin tespit edilmesinin yanı sıra daha geniş kapsamlı risk ve fırsatların tespit edilmesini gerekli kılmaktadır. Kuruluş odaklı yaklaşımla, iş sağlığı ve güvenliği performansı ve yüksek çalışan güvenliği konusunda daha fazla iyileştirme yapılabilmesine katkıda bulunan fırsatların tespit edilebilmesi mümkün olacaktır. Kuruluşlar, riskleri daha etkili bir şekilde tespit edebilme ve yönetebilme kabiliyetlerini geliştirecek, böylece organizasyonel dayanıklılıklarını artıracaklardır[18].

[16] https://www.dqsglobal.com/tr-tr/belgelendirme/iso-45001-sertifikasi adresinden erişildi. (ET: 28.06.2022)
[17] https://tse.org.tr/IcerikDetay?ID=2438&ParentID=9248 adresinden erişildi. (ET: 09.4.2022)
[18] https://www.bsigroup.com/globalassets/localfiles/tr-tr/iso-45001/iso-45001-esletirme-kilavuzu.pdf adresinden erişildi. (ET: 06.05.2022)

1.4. Kalite Yönetimi İle İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetim Sisteminin Ortak Yönleri

Kalite yönetim sistemleri, müşteri memnuniyetine, iş sağlığı ve güvenliği yönetim sistemleri iş sağlığı güvenliği performansını arttırmaya odaklanmakta olsa da bu sistemlerin tümünde sürekli gelişme vurgulanmakta ve bu sistemler, yüksek seviyeli bir yönetimin ortak parçasını oluşturmaktadırlar. Ayrıca bu sistemlerde ortak olan diğer noktalar şu şekilde özetlenebilir:

- Dokümanların ve kayıtların kontrolü
- Politika
- Hedefler ve planlama
- Sorumluluk yetki ve iletişim
- Eğitim bilinç ve yeterlilik
- İzleme ve ölçme
- İç denetim
- Düzeltici ve önleyici faaliyet
- Yönetimin gözden geçirmesidir.

Kalite ve İSGYS'nin temel ilkelerinin aynı olduğu ve aralarında pek çok ortak noktanın bulunduğu göz önünde bulundurulduğunda; ortak noktalar için tek bir dokümantasyon oluşturulması, sistemlerin birbirleriyle uyumlaştırılıp birleştirilerek bütünsel bir bakış açısının benimsenmesi hem işletme açısından zamandan ve enerjiden tasarruf edilmesini sağlayacak, hem de kaliteli ve sağlıklı ve güvenli iş ortamlarıyla kuruluşlara prestij ve güvenilirlik kazandırarak rekabette bir üstünlük sağlamalarına yardımcı olacaktır[19].

2. İşverenin Kalite Yönetim Sistemleri ile İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlaması

2.1. İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlama Sorumluluğu

1475 sayılı İş Kanunu'ndan başlayarak yürürlüğe girmiş tüm iş kanunları, Türk Borçlar Kanunu ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu (İSGK) uyarınca işverenler işyerlerinde işçi sağlığı ve iş güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri eksiksiz bulundurmakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Ayrıca mevzuatta yer almamış olsa bile işveren, işçi sağlığı ve iş güvenliği yönünden aklın, bilimin, tekniğin gerekli gördüğü her türlü önlemi almak zorundadır[20].

İşverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlama sorumluluğu 6331 sayılı İSGK ile birlikte artmış bulunmaktadır. İşverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlamada genel

[19] Eryaşar, Ö. (20111). Entegre yönetim sistemleri ve bir uygulama örneği. T. C. Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Anabilim Dalı İşletme Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Bursa, s.42 vd.; Şardan, H. S. (2005). İş sağlığı ve güvenliğinde yeni oluşumlar; risk değerlendirmesi ve OHSAS 18001. Yüksek lisans tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ankara, s. 47; Kabakçı, M. (2009). Avrupa Birliği iş hukukunda işverenin iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili temel yükümlülükleri ve Türk mevzuatının uyumu, 1. B., İstanbul: Beta Yayınevi, s.278; Ofluoğlu, G. ve Sarıkaya, G. (2005). OHSAS 18001 iş Ssğlığı ve güvenliği yönetim sistemi", Kamu-İş, S.3, C.8, 1-13, s.5.

[20] Akın, L. (2013). İş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerine aykırılık ve kaçınılmazlık karar incelemesi. Çimento İşveren Dergisi, 48-56, s.52.

yükümlülüklerinin düzenlendiği 4/a maddesinde; işverenin mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dâhil her türlü tedbirin alınması, organizasyonun yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapacağı belirtilmiş olup, kanun koyucu, bu düzenleme ile hem iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması borcunun asıl muhatabının işveren olduğunu[21], hem de işverenin bu sorumluluğu yerine getirmek üzere iş sağlığı ve güvenliği profesyonelleri çalıştırmasının yanında her türlü tedbir ve denetimi almada süreç yönetimine başvurması gerektiğini vurgulamaktadır.

2003 yılında yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu ile işyeri odaklı süreç yönetimi anlayışı benimsenmiş, 6331 sayılı İSGK ile bu yaklaşım ileriye taşınmıştır. İşyeri odaklı süreç yönetimi anlayışı ile devletin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini tek tek belirleyebileceği kabul edilmemiş; bunların demokratik bir yapı içerisinde "işyerine özgü biçimde somutlaştırılması" öngörülmüştür[22]. Avrupa Birliği modeli olan bu anlayış, işletmelerin kendi özel kurallarını kanun koyucu tarafından çizilen genel çerçeveye göre belirlemesi temeline dayandığı için işverene genel çerçeve içinde önemli ölçüde hareket alanı tanımaktadır[23].

2.1.1. Süreç Yönetimine Odaklanmış Bir Organizasyonun Oluşturması

6331 sayılı İSGK'na göre işveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğini sağlayabilmesi için iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturma, iş sağlığı ve güvenliği profesyonelleri görevlendirme, risk değerlendirmesi yapma, çalışanlarını eğitme, bilgilendirme, onların tüm sürece katılımını sağlama, koordinasyon sağlama, sağlık gözetimi yapma, önlemleri yeniden yapılandırma ve sürekli iyileştirme yükümlülüğü altındadır. İşverenin tüm bu yükümlülükleri yerine getirme sürecinde; sağlık ve güvenlik konularının, işletmenin tüm birimlerinin ve tüm hiyerarşik kademelerinin görev ve sorumlulukları ile uyumlaştırılarak birleştirilmesi önemlidir ve bu birleştirme, öğretide yatay ve dikey bütünleşme ilkeleri olarak ifade edilmektedir[24].

Dikey bütünleşme ilkesi, iş sağlığı ve güvenliğinin işyeri işletme organizasyonunda, hiyerarşik yapının en üstten alta bütün seviyelerinde bir yükümlülük olarak kapsayıcı ve yönlendirici olma mecburiyetini ifade etmektedir. Özel organizasyon yükümlülüğü bağlamında dikey bütünleşme ile birlikte düzenlenen yatay bütünleşme ilkesi ise; alınan

[21] Akın L. (2014). İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun İşverenin Hukuki Sorumluluğuna Etkisi. Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, C.20, S.1, s.658.
[22] Özdemir, E. (2020). İş sağlığı ve güvenliği hukuku dersleri, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s.9.
[23] Şen, M. (2015). İş sağlığı ve güvenliği alanında işyeri odaklı süreç yönetimi anlayışı. Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S.1, 77-116, s.89.
[24] Özdemir, s.15; Balkır, Z. G.İ (2012). İş sağlığı ve güvenliği hakkının korunması: işverenin iş sağlığı ve güvenliği organizasyonu. Sosyal Güvenlik Dergisi, C.2, S.1, 56-91, s.88; Kabakçı, s.229.

tüm tedbir ve önlemlerin işletme ve işyerindeki tüm faaliyetlerde dikkate alınması için gerekli tedbirlerin işverence alınması demektir" [25].

Bir işyeri ya da işletmede, yatay ve dikey bütünleşme ilkeleri benimsenerek iş sağlığı ve güvenliği organizasyonu oluşturulduğunda, sağlık ve güvenlik konusu, tüm çalışanların sürekli bir görevi olacaktır. Bunun için de işletme ya da işyerinde belirli bir işi yürüten idari ya da teknik tüm birimlerin ve birimlerdeki tüm kademelerin iş sağlığı ve güvenliğine katkılarının denetlenmesi gerekir[26]. Örneğin bir işyerinde iş sağlığı ve güvenliği konusu, sadece üretim sahasında faaliyetinde değil aynı işyerinin muhasebe, insan kaynakları, hukuk departmanlarının faaliyetlerinde de öncelikli olmalıdır. İdari ya da teknik bölüm ya da teknik personel, idari personel ayırımı yapılmaksızın hiyerarşik yapının tüm kademelerinin iş sağlığı ve güvenliği sürecinin içinde olmaları sağlanmalı, denetlenmeli ve ödüllendirilmelidir.

İşverenin süreç yönetimi anlayışıyla oluşturduğu organizasyonun başarılı olabilmesi için, işverenin aynı zamanda çalışan seçiminde özenli davranması ve iş sağlığı ve güvenliği iç yönergesi hazırlaması da önemlidir[27].

2.1.2. İşverenin Kalite ve İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetim Sistemlerinden Yararlanması

Bir işletmede İSGYS'nin, benzer özellikler taşıyan kalite ve çevre yönetim sistemleri ile uyumlaştırılarak birleştirilmesi halinde iş sağlığı ve güvenliği açısından tam korumanın gerçekleşmesi mümkün olabilecektir[28]. Zira yönetim sistemleri, doğrudan işyeri ve işletme organizasyonunu hedef almakta, işverenin iş kazası ve meslek hastalıklarını önlemeye yönelik yükümlülüklerini planlı ve sistematik bir şekilde yapabilmesine olanak sağlamaktadır[29].

89/391 EEC sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Çerçeve Direktif'den başlayarak, 6331 sayılı İSGK'da ve iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili tüm ulusal ve uluslararası mevzuatta belirtilen; süreç yönetiminin tüm organizasyona yayılması, çalışanların iş sağlığı ve güvenliği sürecine katılımının sağlanmasının, risk değerlendirmesinin yapılmasının, koordinasyonun sağlanmasının ve sürekli iyileştirmenin işyerlerinde somutlaşmış kanlı canlı hali İSGYS'nin uygulanmasıdır. 6331 sayılı İSGK'nun genel gerekçesinde de mevzuatın gereklerinin yerine getirilmesi için mutlaka mevzuat dışı araçların da kullanılmasından bahsedilmiş, ayrıca kalite yönetim sistemi benzeri sürekli iyileştirme felsefesinin yerleştirilmesi gerektiğinin üzerinde durulmuştur[30].

[25] Kabakçı, s.230; Balkır, s.89; Şen, s.96.
[26] Kabakçı, s.235.
[27] Şen, s. 94.
[28] Özdemir, s.21.
[29] Kabakçı, s.267.
[30] https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss277.pdf adresinden erişildi. (ET: 01.11.2020)

İş sağlığı ve güvenliği sürecinde yaşamsal öneme sahip nokta, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili yapılacak işlerin yönetimidir. İş sağlığı ve güvenliği standartları, iş sağlığı ve güvenliğinin en iyi şekilde uygulanabilmesi için, işverene kriterlerden, amaçlardan ve prensiplerden oluşan bir çerçeve çalışma sistemi sunarlar. Bu standartlar, iş sağlığı ve güvenliği çalışmalarında işverene rehberlik yapıp, iş sağlığı ve güvenliği yönetim süreci ile ilgili uygulamalar konusunda pratik tavsiyeler sunduklarından dolayı, iş sağlığı ve güvenliği uygulamaların başarısı artmakta, böylece hedeflenen sağlıklı ve güvenli iş ortamları yaratılabilmektedir [31].

OHSAS 18001 ve İSO 45001 iş sağlığı ve güvenliği yönetim sistemlerinin dayandığı temel ilkeler: iş sağlığı ve güvenliği politikası, çalışanların katılımı, organizasyon, planlama, risk değerlendirmesi ve sürekli iyileştirme olup, tüm bu ilkeleri, iş sağlığı ve güvenliğini sağlama sorumluluğu altında olan işverenlerin de göz önünde bulundurması gerekmektedir. İSO 45001 Standardının amacı, işçi sağlığı ve iş güvenliğini kurmak, işletmek ve sürekli iyileştirmek ve çalışanlar üzerindeki riskleri ortadan kaldırmak veya azaltmak olduğundan, bu sistemi kuran işletmelerde, hatalar ortaya çıkmadan önlenmeye çalışılacak, iş sağlığı ve güvenliği yönetim sisteminde gelişme ve iyileşme sağlandıkça maruz kalınabilecek riskler de azaltılabilecektir.

SONUÇ

Sanayi ve teknolojideki gelişmelerin, işletmelerde üretimi hızlandırıp kolaylaştırmasının yanında, iş sağlığı ve güvenliği bakımından işçilerin korunmasını zorunlu kılmaktadır. İşverenin yönetim anlayışının, özellikle 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili yükümlülüklerini yerine getirirken, işyerinde süreç yönetimine odaklanan bir organizasyon oluşturması gerekmiş, aynı zamanda işyerinde yatay ve dikey bütünleşme ilkelerini benimseyerek sağlık ve güvenlik konularının, işletmenin tüm birimlerinin ve tüm hiyerarşik kademelerinin görev ve sorumlulukları ile uyumlaştırılarak birleştirilmesi önem kazanmıştır. İş sağlığı ve güvenliğinde, özellikle 6331 sayılı İş sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile birlikte işverenin, iş sağlığı ve güvenliğindeki sorumluluğu artmış bulunmaktadır. İşverenin iş sağlığını ve güvenliğini sağlama sorumluluğunun hukuki sınırları dikey ve yatay sorumlulukla birleştirilmiştir. Öyle ki hammaddenin fabrikaya giriş sürecinden, imalat sonrasında ürünün paketlenip, dağıtımına kadar devam eden her aşamada işverenin iş sağlığı güvenliği önlemlerini alma sorumluluğu bulunmaktadır. İşverenin bu sorumluluğu yerine getirmek üzere iş sağlığı ve güvenliği uzmanı çalıştırmasının yanında her türlü tedbir ve denetimi almada süreç yönetimine başvurması gerekmektedir.

[31] Eren, https://www.ataaof.edu.tr/Dosyalar/IsSagligiVeGuvenligiYonetimSistemleri.pdf adresinden erişildi. (ET: 25.06.2022)

İş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin sağlanmasıyla ilgili süreç yönetiminde işverene fayda sağlayacak en önemli araçlardan biri de Kalite Kontrol ve Yönetim Sistemleri olabilir. İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetim Sistemleri, organizasyonların iş sağlığı ve güvenliği risklerini kontrol etmek ve performanslarını geliştirmek maksadıyla oluşturulmuş, risk değerlendirmesini temel alan tüm dünyada kabul görmüş bir yönetim sistemleri olup, riskleri önleme kabiliyetleri yanında gerekli kontrol mekanizmalarını, düzeltici faaliyetleri ve geri besleme mekanizmalarını da kapsayabilir. Bu bağlamda kullanılabilecek ISO 45001, yasal ve düzenleyici şartlara uyumun arttırılması, için kullanılabilecek işlevsel bir standarttır. İşveren, işyerinde Kalite ve İSO 45001 İş Sağlığı Güvenliği Yönetim Sistemi'ni işyerinde kurarak, bu sistemin rehberliğinde planlı ve sistematik bir şekilde mevzuattan kaynaklanan iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini yerine getirebilecektir.

ISO 45001 Standardıyla, tüm çalışanlara sürdürülebilir, güvenli ve sağlıklı çalışma ortamının sağlanması, meslek hastalıklarının önlenmesi, iş kazalarının en az düzeye indirilmesi, tehlikelerin tanımlanarak risklerin belirlenmesi, proaktif önlemler ile sürekli iyileştirmenin sağlanması mümkün olabilir. İşverenin, iş kazalarını önlemek ve oluşabilecek iş ve iş gücü kayıplarını en aza indirgeyerek, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmasıyla, işçilerin korunmasında etkin fayda sağlayabilir.

KAYNAKÇA

Akın, L. (2013). İş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerine aykırılık ve kaçınılmazlık. Çimento İşveren Dergisi, 48-56.

Akın, L. (2014). İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun işverenin hukuki sorumluluğuna etkisi. Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, C.20, S.1.

Balkır, Z.G. (2012). İş sağlığı ve güvenliği hakkının korunması: işverenin iş sağlığı ve güvenliği organizasyonu, Sosyal Güvenlik Dergisi, C.2, S.1, 56-91.

Baloğlu, S. vd. (2018). Bireylerin çalışma performanslarının iş sağlığı ve güvenliği (isg) ve toplam kalite yönetimi (TKY) uygulamaları ile artırılması, Balkan ve Yakın Doğu Sosyal Bilimler Dergisi, 37-52.

Bayram, M. ve Üngan, M. C. (2016). İSG yönetim sistemi uygulayan firmaların iş sağlığı ve güvenliği maliyetleri tutumlarının incelenmesi. 1. Uluslararası İş Güvenliği ve Çalışan Kongresi, 06-07 Mayıs 2016.

Bektaş, Ç. (2019). İşletmede iş sağlığı ve güvenliği açısından kalite güvence sistemlerinin rolü, Hak İş Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi, C.8, S.20, 135-157.

Eren, T. İş sağlığı ve güvenliği yönetim sistemine giriş", Atatürk Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi, https://www.ataaof.edu.tr/Dosyalar/IsSagligiVeGuvenligiYonetimSistemleri.pdf adresinden erişildi. (25.06.2022)

Eryaşar, Ö. (2011). Entegre yönetim sistemleri ve bir uygulama örneği. Yüksek Lisans Tezi, T. C. Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Anabilim Dalı İşletme Bilim Dalı, Bursa.

https://tse.org.tr/IcerikDetay?ID=2438&ParentID=63 adresinden erişildi. (09.10.2020)

https://tse.org.tr/IcerikDetay?ID=2438&ParentID=9248 adresinden erişildi. (09.04.2022)

https://www.bsigroup.com/globalassets/localfiles/tr-tr/iso-45001/iso-45001-esletirme-kilavuzu.pdf adresinden erişildi (06.05.2022)

https://www.dqsglobal.com/tr-tr/belgelendirme/iso-45001-sertifikasi adresinden erişildi. (28.06.2022)

İSO 45001 İş sağlığı ve güvenliği yönetim sistemi. https://www.qsi.com.tr/hizmetler/iso-45001-is-sagligi-ve-guvenligi-yonetim-sistemi. (ET: 24.06.2022)

https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss277.pdf adresinden erişildi. (01.06.2022)

https://dqs.com.tr/belgelendirme/iso-45001-is-sagligi-ve-guvenligi-yonetim-sistemi/#:~:text=Tarihi%20ve%20Kurulu%C5%9Fu-,ISO%2045001%20Nedir%3F,tedbirler%20yard%C4%B1m%C4%B1yla%20bunlardan%20ka%C3%A7%C4%B1nmay%C4%B1%20ama%C3%A7lamaktad%C4%B1r adresinden erişildi. (ET:28.04.2022)

Kabakçı, M. (2009). Avrupa Birliği iş hukukunda işverenin iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili temel yükümlülükleri ve türk mevzuatının uyumu. İstanbul: Beta Yayınevi.

Muter, N. B. ve Kayalıdere, Gül. (.).Toplam kalite yönetiminin Manisa Mesir Vergi Dairesinde uygulanabilirliği. Celal Bayar Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Yönetim ve Ekonomi Dergisi, C.10, S.1., 141-157.

Ofluoğlu, G. ve Sarıkaya, G. (2005). OHSAS 18001 iş sağlığı ve güvenliği yönetim sistemi. Kamu-İş, C.8, S.3, 1-13.

Özdemir, E. (2020). İş sağlığı ve güvenliği hukuku dersleri. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Özkılıç, Ö. /2005). İş sağlığı ve güvenliği yönetim sistemleri ve risk değerlendirme metodolojileri. Ankara: Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu Yayını.

Serin, G. ve Çuhadar, M. T. (2015). İş güvenliği ve sağlığı yönetim sistemi. Süleyman Demirel Üniversitesi Teknik Bilimler Dergisi, C.5, S.2, 44-59.

Şardan, H. S. (2005). İş sağlığı ve güvenliğinde yeni oluşumlar; risk değerlendirmesi ve OHSAS 18001. Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.

Şen, M. (2005). İş sağlığı ve güvenliği alanında işyeri odaklı süreç yönetimi anlayışı. Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S.1, 77-116.

Yıldız, M. (2003). Kalite yönetim sistemlerinin evrimi ve toplam kalite yönetiminin Banknot Matbaası Genel Müdürlüğünde Uygulanabilirliği. Uzmanlık yeterlilik tezi, T.C. Merkez Bankası Piyasalar Genel Müdürlüğü, Ankara.

TÜRK YABANCILAR HUKUKU KAPSAMINDA İNSAN TİCARETİ MAĞDURU YABANCILARA TANINAN HAKLARIN VE ÖZELLİKLE İNSAN TİCARETİ MAĞDURU İKAMET İZNİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Hümeyra Zeynep ERDEN*

1. *Tebliğdeki amaç nedir?*

Türkiye bugün itibarıyla hem göç alan hem de göçe geçiş sağlayan ülke konumuna gelmiştir. Ülkemiz, dört bir tarafındaki siyasal karışıklıklar ve savaşlar nedeniyle bir yandan yoğun sığınma taleplerinin görüldüğü diğer yandan da sahip olduğu eşsiz coğrafi konumundan ötürü Orta Doğu, Asya ve Afrika bölgelerinden gelen ve batıdaki zengin ülkelere gitmek isteyen transit göçmenlere de ev sahipliği yapmaktadır. Özellikle 1990lı yıllarda Sovyetler Birliği'nin dağılması ile, ardından 2011 yılından itibaren de yoğun bir şekilde Suriyeli mültecilere maruz kalan ülkemiz bugün Ukrayna-Rusya savaşı dolayısıyla yeni bir mülteci akımına da tâbidir. Esas itibarıyla kadın ve çocuklardan oluşan bu mülteci gruplarının insan ticareti kaçakçılarının yeni hedeflerini oluşturmaları, sayıları milyonları bulan insan ticareti mağdurlarını yeniden gündeme taşımıştır. Sonuç olarak Türkiye, hem hedef ülke hem de transit ülke olarak insan ticareti suçundan etkilenmektedir.

2. İnsan ticareti, hem suç hem de ağır bir insan hakkı ihlali teşkil eden bir eylemdir[1]. Temelde kişi hak ve özgürlüklerine karşı işlenen bir suç olmakla birlikte yasa dışı sınır geçişleri ve bulaşıcı hastalıkların yayılma risklerini arttırması ve insan ticareti suçunun işlenmesiyle elde edilen gelirlerin başka suç faaliyetlerinde kullanılması nedeniyle kamu güvenliği ve sağlığı açısından da ciddi tehlikeler ihtiva etmektedir. Bu anlamda ceza hukuku, insan hakları hukuku gibi farklı hukuk dallarının kesişme noktasında yer alan insan ticareti suçu, tebliğimizde sadece yabancılar hukuku kapsamında değerlendirilecektir.

3. *"İnsan ticareti" nedir?* İnsan ticareti, ekonomik, politik, sosyal nedenlerle zor şartlar altında yaşayan insanların daha iyi şartlarda yaşama arzusundan faydalanmak suretiyle "… kuvvet kullanarak veya kuvvet kullanma tehdidi ile veya diğer bir biçimde zorlama, kaçırma, hile, aldatma, nüfuzu kötüye kullanma kişinin çaresizliğinden yararlanma veya başkası üzerinde denetim yetkisi olan kişilerin rızasını kazanmak için o kişiye veya başkalarına kazanç veya çıkar sağlama yoluyla

* İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

[1] Nuray EKŞİ, "İnsan Ticareti Mağduru Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Çalışma Hakları", Legal Hukuk Dergisi, C. 10, S. 119, 2012, s. 24.

kişilerin istismar amaçlı temini, bir yerden bir yere taşınması, devredilmesi, barındırılması veya teslim alınması …" anlamına gelmektedir[2].

4. ***Görünüm şekilleri nasıldır?*** İnsan ticareti suçu; fuhşa zorlama, zorla evlendirme, zorla çalıştırma, zorla dilendirme, esir tutulma, çocuk satışı, çocuk askerlik, organ ve doku ticaretine konu olma şeklinde çok farklı şekillerde ortaya çıkabilir.

5. İnsan ticareti esas itibarıyla salt içinde bulunduğumuz yüzyılın bir ürünü değildir. İnsan üzerinde hâkimiyet kurarak, kişiye mülkiyete konu olabilecek ticari bir meta muamelesi yapılmasının kökleri, köleliğe dayanmaktadır. Kölelik, çeşitli uluslararası sözleşmeler ile yasaklanmıştır[3] ancak dünyada gerçekleşen sosyal ve ekonomik dönüşümler ile farklı isimler altında yeni şekillere bürünmüştür.

6. Türkiye, insan ticaretiyle mücadelede Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol[4]'e -ki bu Protokol, kısaca Palermo Protokolü olarak anılmaktadır- ve Avrupa Konseyi İnsan Ticaretine Karşı Eylem Sözleşmesi[5]'ne taraftır. Bu iki uluslararası sözleşme, insan ticaretinin önlenmesi, durdurulması, cezalandırılması, mağdurların korunması ve insan ticareti suçu ile mücadelede işbirliğine dair çerçeve metin niteliğindedirler.

7. Türk hukukunda Türkiye'nin taraf olduğu sözleşmelerden doğan yükümlülüklerine paralel olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu[6]'nun Uluslararası Suçlar kısmı, Soykırım ve İnsanlığa Karşı Suçlar bölümünde, 80. maddede insan

[2] Palermo Protokolü, m. 3/a.
[3] 18 Mayıs 1904 tarihli Beyaz Kadın Ticaretinin Engellenmesi Sözleşmesi (mağduru korur, cezalandırmaya dair yaptırım yoktur); 4 Mayıs 19110 tarihli Beyaz Kadın Ticaretinin Engellenmesi Sözleşmesi (kadın ve çocuk); 30 Eylül 1921 tarihli Kadın ve Çocuk Ticaretinin Engellenmesi Sözleşmesi (kadın, çocuk ve erkek kapsam dahilindedir); 25 Eylül 1926 tarihli Köleliğe Dair Anlaşma (köleliği yasaklayan ilk anlaşma); 11 Ekim 1933 tarihli Kadın Ticaretinin Engellenmesi Sözleşmesi (suçun evrenselliği); 20 Kasım 1989 Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m. 35; Aralık 2000 Palermo Protokolü; 16 Mayıs 2005 tarihli Avrupa Konseyi İnsan Ticaretine Karşı Eylem Sözleşmesi.
[4] RG 04.02.2003-25015.
[5] RG 19.02.2016-29629.
[6] RG 12.10.2004-25611.

ticareti başlığıyla ilgili suç düzenlenmiştir[7].[8] Yine, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu[9]'nun (YUKK) 48 ve 55/ç maddelerinde ve Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik[10]'in (YUKKY) ilgili maddelerinde de insan ticareti suçuna dair özel hükümler bulunmaktadır. Özel olarak insan ticareti suçunun önlenmesi, insan ticaretiyle mücadele, insan ticareti mağdurlarının korunması, yabancı mağdura ikamet izni verilmesi ve mağdurlara sunulacak destek hizmetlerine ilişkin usul ve esasları düzenlemek üzere de İnsan Ticaretiyle Mücadele ve Mağdurların Korunması Hakkında Yönetmelik[11] (İTMMKY) düzenlenmiştir. Son olarak Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik[12] ile insan ticareti suçu işleyenlere vatandaşlık kazanma yolları kapatılmıştır[13].

8. ***İnsan ticareti suçuyla ilgili doğru bilinen bazı yanlışlar vardır.*** Bunları da ifade ederek tebliğime devam etmek isterim:

i. Öncelikli olarak insan ticareti suçunun mağduru Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı ya da yabancı bir kişi olabilir. Dolayısıyla insan ticareti mağduru olmak açısından kişinin vatandaşlığının bir önemi yoktur.

ii. Yine insan ticareti mağduru suçunun salt fuhuş suçu ile ilişkilendirilmesi de söz konusudur. Ancak insan ticareti suçu, çok çeşitli görünüm

[7] Madde 80- (1) (Değişik: 6/12/2006 – 5560/3 md.) Zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tâbi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle kişileri ülkeye sokan, ülke dışına çıkaran, tedarik eden, kaçıran, bir yerden başka bir yere götüren veya sevk eden ya da barındıran kimseye sekiz yıldan oniki yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adlî para cezası verilir.
(2) Birinci fıkrada belirtilen amaçlarla girişilen ve suçu oluşturan fiiller var olduğu takdirde, mağdurun rızası geçersizdir.
(3) Onsekiz yaşını doldurmamış olanların birinci fıkrada belirtilen maksatlarla tedarik edilmeleri, kaçırılmaları, bir yerden diğer bir yere götürülmeleri veya sevk edilmeleri veya barındırılmaları hallerinde suça ait araç fiillerden hiçbirine başvurulmuş olmasa da faile birinci fıkrada belirtilen cezalar verilir.
(4) Bu suçlardan dolayı tüzel kişiler hakkında da güvenlik tedbirine hükmolunur.
[8] İnsan ticareti suçunun ceza hukuku boyutu için genel olarak bkz. Ahmet Caner YENİDÜNYA, İnsan Ticareti Suçu (TCK m. 80), Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.
[9] RG 11.04.2003-28615.
[10] RG 17.03.2016-29656.
[11] RG 17.03.2016-29656.
[12] RG 06.04.2010-27544.
[13] Madde 72- (5) İlgili kurumlarca yapılan araştırma sonucunda Anayasa ile kurulu devlet düzenini yıkma yolunda faaliyette bulunduğu, bu faaliyetlerde bulunanlarla iş birliği yaptığı veya bunları maddi olarak desteklediği, Türkiye Cumhuriyetinin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğüne karşı yurt içinde veya dışında,
3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlarla ilgili faaliyetlerde bulunduğu, isyan, casusluk ve vatana ihanet suçlarına katıldığı, silah ve uyuşturucu madde kaçakçılığı, insan kaçakçılığı **ve insan ticareti yaptığı veya bunlarla ilişki içerisinde bulunduğu tespit edilenler ile** taksirli suçlar hariç olmak üzere ertelenmiş, zamanaşımına uğramış, hükmün açıklanması geriye bırakılmış, paraya çevrilmiş veya affa uğramış olsa dahi, altı aydan fazla hapis cezası alanlar **Türk vatandaşlığını kazanamaz.**

şekillerine sahiptir. En yaygın şekli, cinsel sömürüdür. Ardından emek sömürüsü gelmektedir[14].

iii. Yine insan ticareti suçu mağduru sadece kadınlar değil, kadın, çocuk ve erkekler olabilir. Dolayısıyla insan ticareti mağduru, ırk, yaş, cinsiyet fark etmeksizin herkes olabilir. Yani insan ticareti mağduru olmak için insan olmak yeterlidir[15]. Cinsel istismarda özellikle kadın mağdurlar öne çıkarken emek sömürüsünde yetişkin erkekler görece daha fazladır. Ancak esas itibarıyla insan ticareti mağduru kadın ve çocuklardır[16].

iv. İnsan ticareti mağdurunun rızasının olup olmadığının önemi yoktur. Hem Palermo Protokolü'nde (m. 3/a) hem de TCK'da (m. 80/2) mağdurun tanımlanan şekillerde gerçekleşen istismarlarda rızasının geçersiz olduğu hüküm altına alınmıştır.

v. İnsan ticareti mağdurları ülkemize sadece yasal olmayan yollardan değil, yasal yollardan da giriş yapmış olabilir.

vi. Ayrıca insan ticareti mağdurunun, çokça karıştırıldığı gibi göçmen kaçakçılığından farklı olduğunu da bu noktada vurgulamak uygun olur. Her iki suç türünde de failler, maddi çıkar amacıyla mağduru sömürmekte; her iki suçun da konusunu insanlar ve genelde yabancılar oluşturmakta; insan ticareti suçunda her zaman şart olmamakla beraber her iki suçta da bir yerden bir yere nakil söz konusu olmakta; insan ticareti suçunda daha ağır olmakla beraber her iki suçta da mağdurun temel hak ve hürriyetleri ile onuru ihlal edilmektedir[17]. İki suç arasındaki bu ortaklıkların yanında aralarındaki en temel fark, göçmen kaçakçılığında mağdurun rızasının olması ve göçmen kaçakçılığı suçunun, mağdurun hedef ülkeye ulaşması ile sona ermesi karşısında insan kaçakçılığı suçunun tacirlerin sömürüsünün devam ettiği sürece devam etmesi, yani süreklilik arz etmesidir[18].

vii. Bir diğer yanlış bilgi ise, insan ticareti mağduru ikamet izninin, mağdura sunulan destek hizmetlerini kapsadığı düşüncesidir. Oysa insan ticareti mağduru ikamet izni, insan ticareti mağduru destek hizmetleri

[14] Birleşmiş Milletler'in raporuna göre küresel olarak tespit edilen insan ticareti mağduriyetlerinin %50'si cinsel istismar; %38 işgücü sömürüsü; %6'sı yasa dışı işlerde kullanılma; %1.5'i zorla dilendirme; %1'i zorla evlendirme ve diğerleri şeklindedir. Bkz. Global Report on Trafficking in Persons (2020) s. 16-17, 34 için bkz. https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tip/2021/GLOTiP_2020_15jan_web.pdf (çevrimiçi 09.06.2022)

[15] YENİDÜNYA, s. 177.

[16] Birleşmiş Milletler'in raporuna göre küresel olarak tespit edilen insan ticareti mağdurlarının %46'sı kadın; %22'si yetişkin erkek; %19'u kız çocuk ve %15'i erkek çocuk şeklindedir. Bkz. Global Report on Trafficking in Persons (2020) s. 31.

[17] YENİDÜNYA, s. 58-59.

[18] Detaylı bilgi için bkz. YENİDÜNYA, s. 59-62. Ayrıca bkz. Fulya MEMİŞOĞLU, "Uluslararası İlişkiler ve Uluslararası Göç Bağlamında İnsan Ticareti", Güvenlik Stratejileri Dergisi, C. 15, S. 30, 2019, s. 252-256.

kapsamında sunulan haklardan biridir; yani destek hizmetleri kapsamında olan alt kalemlerden biridir. Ancak mağdur destek programının en önemli ayağını oluşturduğu da vurgulanmalıdır[19].

9. Türkiye'deki durumu ifade etmek gerekirse, Göç İdaresi Başkanlığı'nın hazırladığı 2020 Türkiye İnsan Ticaretiyle Mücadele Raporu'na göre; Türkiye'deki insan ticareti mağdurlarının sömürü tiplerinde cinsel sömürü türü, %65.3 ile ilk sırada yer almaktadır. İkinci sırada % 22.3 ile işgücü istismarı, % 10.8 ile zorla dilendirme gelmektedir. İnsan ticareti mağdurlarının yaş aralığı 2016-2020 yılları arasında % 30'u 18 yaşından küçük; %32.7'si 18-25 yaş arası; %27.6'sı ise 26-35 yaş aralığındadır. Aslına bakarsanız her bir yaş aralığında yaklaşık %30'luk bir dilime sahiptir. Cinsiyet olarak ise, %80.9 olarak insan ticareti mağdurlarında kadınların sayıca üstünlüğü vardır. İnsan ticareti mağdurlarının uyruklarına bakıldığında ise, Suriye %29.9; Özbekistan %13.1; Kırgızistan % 11.1; %7.8 ile Fas ve %6.6 ile Afganistan'dır.[20]

10. Süreç hakkında bilgi vermeden önce insan ticareti ile ilgili olarak Göç İdaresi Başkanlığı altında İnsan Ticaretiyle Mücadele Koordinasyon Komisyonu'nu İçişleri Bakanlığı Bakan Yardımcısı başkanlığında, ilgili kurum ve kuruluşların karar almaya yetkili temsilcilerinin katılımıyla her yıl toplanmaktadır[21].

11. *Süreç hakkında bilgi*. Türkiye'de bulunan ve insan ticareti suçu ile ilişkilendirilen yabancının öncelikli olarak "mağdur" olarak tanımlanması gerekmektedir. Bu anlamda ilgili aşamalar şu şekilde sıralanabilir: (1) ön tespit, (2) muhtemel mağdur ile mülakat, (3) kişinin mağdur olarak tanımlanması durumunda kayıt, (4) mağduru, mağdur destek hizmetleri hakkında bilgilendirme.

Bilgilendirmeden sonra insan ticareti mağduru; destek hizmetlerini kabul edebilir veya reddedebilir. Kabul veya talep ettiği taktirde;

(i) mağdur destek programı kapsamındaki hizmetleri alır ve daha sonra gönüllü ve güvenli geri dönüş kapsamında menşe veya üçüncü bir ülkeye geri döner,
(ii) mağdur destek programı kapsamındaki hizmetleri alır, program devam ederken programdan ayrılmak istemesi halinde gönüllü ve güvenli geri dönüş kapsamında menşe veya üçüncü bir ülkeye geri döner veyahut

[19] Türkiye İnsan Ticaretiyle Mücadele Raporu, s. 48.
[20] Tüm istatistiki veriler için bkz. Türkiye İnsan Ticaretiyle Mücadele Raporu, s. 65-67.
[21] Göç İdaresi Başkanlığı (çevrimiçi 07.06.2022) https://www.goc.gov.tr/turkiyenin-insan-ticaretiyle-mucadelesi

(iii) mağdur destek programına katılmaksızın doğrudan gönüllü ve güvenli geri dönüş kapsamında menşe veya üçüncü bir ülkeye geri döner.

Kabul etmediği taktirde ise yabancılara ilişkin genel hükümlere tabi olur. Dolayısıyla kişinin bu imkanlara sahip olması için mağdur tanımlanması, sürecin başlaması açısından önem arz etmektedir. Zira birçok insan ticaret mağduru, genel olarak düzensiz göçmen[22] nitelemesi ile değerlendirilmekte ve sunulan imkanlara sahip olamamaktadır. Bu arada farkındaysanız insan ticareti mağduru ikamet iznini hiç anmadım. Zira insan ticareti mağduru ikamet izni, mağdurun kabul veya talep etmesi halinde, mağdur destek programıyla beraber mağdura sunulan imkanlardan biridir.

a. ***Ön Tespit:*** İnsan ticareti suçu kapsamında değerlendirilebilecek vakalarda kolluk kuvvetleri tarafından yapılan operasyonlar sonucunda (İTMMKY m. 17/1); ülkeye giriş, iş yerinde denetim gibi olağan işlemler sırasında şüphe çeken durumların mevcudiyetinde, YİMER 157 ya da 112 Acil çağrı merkezine yapılan bildirimler, ihbarlar; STKlar, kendi çabalarıyla, yazılı, sözlü veya elektronik olarak Valiliklere, Kaymakamlıklara, kolluğa ya da savcılığa yapılan şikayetler neticesinde tespit edilir.

b. ***Mülakat:*** Ön tespit işlemlerinden sonra muhtemel mağdur olduğu varsayılan kişilerle, mülakat yapılır.

Mağdur olduğu veya olabileceği yönünde kuvvetli şüphe duyulan kişiler, tanımlama sürecinde sınır dışı işlemine konu edilmez (İTMMKY m. 18/7). Zira insan ticareti ile mücadelede amaç, mağdurların cezalandırılması değil, rehabilite edilerek topluma kazandırılmaları ile sahip oldukları bilgi ve tecrübeleri dolayısıyla yetkililerle işbirliği yapmalarının sağlanmasıyla insan ticareti faillerinin tespiti ve ortadan kaldırılmasıdır[23].

Mülakat öncesinde kişilere, insan ticareti suçu ve bu suça maruz kalanların faydalanabileceği haklar yani esas itibarıyla mağdur destek programı hakkında bilgi verilir (İTMMKY m. 18/8).

Mülakat sonrasında, kişinin mağdur olup olmadığı yönünde rapor tanzim edilir (İTMMKY m. 17/8). Mülakatta yönetmelik ekinde yer alan matbu soruların yer aldığı tutanakta aynı zamanda mağdur tanımlaması sonucunda sahip olacakları haklar yazmaktadır.

[22] Düzensiz göç, YUKK m. 1/3/ı'da, "yabancıların yasa dışı yollarla Türkiye'ye girişini, Türkiye'de kalışını, Türkiye'den çıkışını ve Türkiye'de izinsiz çalışması" şeklinde tanımlanmıştır.

[23] Elif ÇELİK, "Zorunlu-Düzensiz Göçün Yarattığı Sorunlardan Birisi Olarak İnsan Ticareti Mağduru Yabancıların İkametlerine İlişkin Hukuki Düzenlemelerin Değerlendirilmesi, PPIL, 2020, s. 675.

c. Mağdur olarak tanımlama ve kayıt: Yapılan mülakat neticesinde mağdur olarak tanımlananlara, **mağdur tanımlama belgesi** verilir. Tanımlama belgesi, insan ticareti ikamet izni verilene kadar geçerlidir. Mağdur olarak tanımlanan kişinin, bu belgeyi imzalaması; mağdurun mağdur destek programına katılacağı ve güvenli ve gönüllü geri dönüş programına alınmaya rıza gösterdiği anlamına gelmektedir.

İnsan ticareti mağduru tanımlama belgesi onaylanan kişiyle ilgili olarak Müdürlük tarafından kayıt işlemi yapılır (İTMMKY m. 17/10). Mağdur olarak tanımlanan yabancıya, kendi dilinde veya anlayacağı bir dilde, mağdur destek hizmetleri hakkında bilgi verilir (m. 17/12). Bu kapsamda mağdur destek hizmetlerini almayı kabul eden yabancı, mağdur destek programına tabi olur; sığınma evine sevk işleminin ardından ikamet izni işlemlerine başlanır (İTMMKY m. 17/12).

12. Nedir bu ***Mağdur Destek Programı***? Mağdurun, insan ticareti ikamet izni almadan da mağdur destek programından yararlanması mümkündür. Örneğin uluslararası koruma statüsü sahibi ya da geçici koruma altındaki bir yabancının, insan ticareti mağduru olarak tanımlandıktan sonra, YUKK m. 20 gereğince statülerinden dolayı ikamet izninden muaf olduklarında, insan ticareti ikamet izni almadan mağdur destek programından yararlanması mümkündür[24]. Dolayısıyla insan ticareti ikamet izni, destek programının olmazsa olmazı değildir.

Mağdura asgari düzeyde ve imkânlar çerçevesinde sağlanacak mağdur destek programı;

a) Sığınma evlerinde veya güvenli yerde barınmasını,
b) Sağlık hizmetlerine erişiminin sağlanması,
c) Psiko-sosyal destek sağlanmasını,
ç) Sosyal hizmet ve yardımlara erişimini,
d) Hukuki yardıma erişim ve mağdurların yasal haklarına ilişkin danışmanlık hizmeti ve bilgi verilmesini,
e) Eğitim ve öğretim hizmetlerine erişim konusunda rehberlik yapılmasını,
g) ileride hayatını idame ettirebilmesi için iş hayatına atılması veya mesleki eğitimine devam edebilmesi için gerekli desteğin verilmesi gibi hizmetleri kapsamaktadır.

[24] AYDOĞMUŞ, s. 333.

13. *<u>İnsan Ticareti Mağduru İkamet İzni</u>*[25]:

Öncelikle belirtmek gerekir ki Türkiye'de, vizenin veya vize muafiyetinin tanıdığı süreden ya da doksan günden fazla kalacak yabancıların ikamet izni almaları zorunludur (YUKK m. 19). İkamet izni ise, Türkiye'de kalmak üzere verilen izin belgesidir (YUKK m. 3/1/j). YUKK, hukuki statülerine göre özellikli bazı grupları ikamet izni alınmasından muaf tutmuştur (m. 20/1). İnsan ticareti mağdurları bu kapsam içinde yer almamakla beraber Kanun, insan ticareti mağduru yabancıların ikamet izni almalarında, diğerlerine nazaran bazı kolaylıklar tanımıştır.

***<u>Başvuru makamı</u>*:** Kural olarak ikamet izni başvuruları, Türkiye dışından veyahut istisnai olarak Türkiye'den yapılır (YUKK m. 21). İnsan ticareti mağduru ikamet izni başvurusu da bu istisnalardan biridir (YUKK m. 22). Buna göre, insan ticareti mağduru ikamet izni başvurusu, valiliklere yapılabilir.

***<u>Şartları</u>*:** Yabancının

(i) insan ticareti mağduru olması, veya

(ii) insan ticareti mağduru olabileceği yönünde kuvvetli şüphe olması gerekmektedir.

Diğer şartlara devam etmeden önce özellikle belirtmek gerekir ki kanun koyucu, insan ticareti mağduru olduğu yargı kararı ile tespit edilenler demekten özellikle imtina etmiştir. Zira mağduriyetin tespitine dair yargı kararının verilmesinin beklenilmesiyle geçirilecek sürede ilgilinin fiziksel ve psikolojik bakımdan yara almaya devam edecek olması ve mağdur destek hizmetlerinden yoksun kalmasına sebep olması nedeniyle yargı kararının aranmaması, İnsan ticareti mağduru ikamet izninin niteliğine son derece uygun bir yaklaşımdır[26].

(iii) İlgilinin kamu düzeni ve güvenliği açısından tehdit oluşturmaması (İTMMKY m. 21/9).

(iv) İnsan ticareti mağduru ikamet izni verilmesinde; geçerli pasaport, vize, geçim koşulu, adres kaydı, sağlık sigortası, sınır dışı etme kararı veya giriş yasağı bulunmaması gibi diğer ikamet izinlerinin verilmesinde ihtiyaç duyulan şartlar aranmaz (YUKKY m. 45/4; YUKK m. 48/2; İTMMKY m. 20/3).

Bu noktada yeniden belirtmek gerekir ki ilgilinin mağdur olarak tanımlanması, doğrudan insan ticareti mağduru ikamet izninin alınabileceği anlamına gelmemektedir. Tanımlamanın ardından yapılan bilgilendirme sonucunda

[25] YUKK'tan önceki uygulamalar için bkz. EKŞİ, s. 32-37.

[26] EKŞİ, s. 31-31; Emre ESEN, Türk Hukukunda Yabancıların İkamet İzinleri, Beta Basım Yayım AŞ, İstanbul, 2019, s. 295.

mağdurun, mağdur destek hizmetlerini kabul veya talep etmesi gerekmektedir. Kişi, eğer redderse yabancılara dair genel hükümlere tabi olacaktır[27].

Süresi: Mağdur olduğu veya olabileceği yönünde kuvvetli şüphe duyulan yabancılara, yaşadıklarının etkisinden kurtulabilmesi ve yetkililerle işbirliği yapıp yapmayacağına karar verebilmesi amacıyla Valiliklerce **otuz gün süreli ikamet izni verilir**. (YUKK m. 48; İTMMKY m. 20/1). Bu otuz günlük süre, düşünme süresi olarak adlandırılır (İTMMKY m. 3/c). Bu süre, mağdur olduğu veya olabileceği yönünde kuvvetli şüphe duyulan yabancılara, yaşadıklarının etkisinden kurtulabilmesi ve yetkililerle işbirliği yapıp yapmayacağına karar verebilmesi amacıyla verilen süredir.

***İkamet İzinleri Arasında Geçiş*:** Her ne kadar bu konuda sadece öğrenci ikamet izni ile ilgili bir düzenleme olsa da mevzuattaki koşulların sağlanması durumunda diğer ikamet izin türlerine geçmek mümkün olacaktır.

***İkamet İznini Sona Erdiren Durumlar*:** İnsan ticareti mağduru ikamet izni, (i) ikamet izninin uzatılmaması, (ii) iptali; (iii) kanundaki azami sürenin sona ermesi şeklindedir. (İTMMKY m. 20/6, m. 291 ve2).

Şimdi, mağdur olarak tanımlanan yabancı, süreç hakkında kendisine bilgi verildikten sonra destek hizmetlerini kabul edebilir veya reddedebilir. Kabul veya talep ettiği taktirde;

(i) mağdur destek programı kapsamındaki hizmetleri alır ve daha sonra gönüllü ve güvenli geri dönüş kapsamında menşe veya üçüncü bir ülkeye geri döner

(ii) mağdur destek programı kapsamındaki hizmetleri alır, program devam ederken programdan ayrılmak istemesi halinde gönüllü ve güvenli geri dönüş kapsamında menşe veya üçüncü bir ülkeye geri döner veyahut

(iii) mağdur destek programına katılmaksızın doğrudan gönüllü ve güvenli geri dönüş kapsamında menşe veya üçüncü bir ülkeye geri döner.

O zaman nedir bu gönüllü ve güvenli geri dönüş[28]?

[27] İTMMYK m. 20/6- Mağdur olan veya olduğu yönünde kuvvetli şüphe duyulan kişilere verilen düşünme süresi esnasında veya bitiminde destek programından faydalanmak istemediğini ve yetkililerle işbirliği yapmayacağını yazılı olarak açıkça beyan eden kişi de mağdur olarak tanımlanır. Bu durumda, mağdurlara yabancılara ilişkin genel hükümler uygulanır.

[28] Bu noktada; şu anda gündemde olan Suriyelilerin ya da diğerlerinin gönüllü geri dönüşünden farklı bir dönüşten bahsediyoruz. YUKK, hakkında sınır dışı etme kararı alınmış ve menşe ülkesine gönüllü olarak geri dönmek isteyen düzensiz göçmenlerden Genel Müdürlüğün uygun gördüğü kişilere ayni veya nakdi destek sağlanabilir. Yani, gönüllü geri dönüş, sınırdışı etme kararının yerine getirilmesi için izlenecek yollardan biridir. Oysa insan ticareti mağdurlarına tanınan gönüllü ve güvenli geri dönüşte sınır dışı edilme yoktur. Diğer yollar terke davet ve sınır dışı etme kararının yetkili makamlar tarafından yerine getirilmesidir. Aysel ÇELİKEL, Günseli ÖZTEKİN GELGEL, Yabancılar Hukuku, 25. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ, İstanbul, 2020, s. 124 vd.

14. ***<u>Gönüllü ve Güvenli Geri Dönüş</u>***[29]**-** Türkiye'de bulunduğu süre içerisinde mağdur destek programına katılmış, programı tamamlamış veya tamamlamadan önce Türkiye'den ayrılmak isteyen yabancılara yönelik bir düzenlemedir.

Mağdur, destek programı sırasında programdan ayrılmak istediğini yazılı veya sözlü olarak sığınma evi görevlilerine bildirdiği takdirde, bu bildirim Müdürlüğe iletilir (İTMMKY m. 29/4). Kişinin hayatı veya vücut bütünlüğü bakımından yakın bir tehlikenin mevcut olması hâlinde kolluk refakati talep edilebilir; ulaşım gibi giderler yetkililer tarafından karşılanır, hatta öyle ki mağdurların ülkemizden çıkış ve belge kontrol işlemleri, söz konusu mağdurlar pasaport kontrol noktasına götürülmeden, belgeler üzerinden tamamlanır ve kişiler doğrudan uçağın veya diğer ulaşım vasıtalarının kapısına götürülür. (İTMMKY m. 30/4-5). Böylece kişinin maddi ve manevi anlamda ülkeyi terk etmesi süreci desteklenir. Hatta mağdurun vatandaşı olduğu ülke makamları, mağdurun dönüş tarihi ve konu olduğu insan ticareti olayı ile ilgili olarak mağdurun rızasına dayanılarak bilgilendirilebilir. (İTMMKY m. 30/8).

Sonuç olarak insan ticareti suçu, tehdit altında, zorla, hileyle, nüfuzun kötüye kullanılması ya da mağdurun çaresizliğinden yararlanmak suretiyle kişiler üzerinde çıkar elde edilmesini sağlayan, mağdurun çeşitli amaçlar doğrultusunda istismar edildiği, hem ilgili kişi nezdinde hem de toplum açısından maddi ve manevi sonuçları olan, ağır insan hakkı ihlali teşkil eden bir suçtur.

İnsan ticareti mağdurlarının, insan tacirlerinin ellerinden kurtulsalar dahi hem fiziksel hem de psikolojik olarak ciddi anlamda yaralı olduklarından normal hayata adaptasyonları zordur ve zaman alacaktır. Nitekim mağdurların ekonomik, sağlık, güven ve güvenlik gibi birçok sorunları olacaktır. Bu anlamda Türk yabancılar hukukunda taraf olunan birçok uluslararası sözleşmeyle uyumlu olarak mağdurlara birçok imkân sunulmuştur. Tebliğimizde detaylı olarak bahsettiğimiz bu imkanları, kısaca maddeler isek;

a. İnsan ticareti mağduru tanımlamasında, mağdur olma şüphesi dahi yeterli kabul edilmiştir. Bu doğrultuda insan ticareti mağduru ikamet izninin verilmesi için kesinleşmiş bir mahkeme kararına gerek görülmemiştir.
b. İnsan ticareti mağduru ikamet izninde diğer ikamet izinlerinde aranan şartlar aranmayarak kolay bir şekilde izin alınabilmesi öngörülmüş ve sağlanmıştır.

[29] İTMMKY m. 3/ğ'de Gönüllü ve Güvenli Geri Dönüş; "yabancı mağdurun tanımlama işlemi sonrasında, destek programının uygulandığı sırada veya program bitiminde destek programından yararlanmak istemediğini beyan veya talep etmesi hâlinde Genel Müdürlüğün koordinasyonu dâhilinde Müdürlük tarafından kendi ülkesine veya güvenli üçüncü ülkeye gönderilmesi" olarak tanımlanmıştır.

c. Mağdurun daha önceki dönemlerde vize ve ikamet süresi ihlalinden kaynaklanan cezalarının bulunmasının, ikamet izni düzenlemesine engel teşkil etmeyeceği hüküm altına alınmıştır (İTMMKY m. 20/5).
d. İnsan ticareti mağdurunun ileride hayatını idame ettirebilmesi için iş hayatına atılması veya mesleki eğitimine devam edebilmesi için gerekli desteğin verilmesi, mağdur destek programı kapsamında temin edilmiştir. Ancak yine de insan ticareti mağduru, çalışma izni almaktan muaf tutulmamıştır. Bununla beraber Uluslararası İş Gücü Kanunu[30]'na göre mağdur destek sürecinden yararlananlar, istisnai çalışma izni alabilecek yabancılardandır (m. 16/1/f). Dolayısıyla, mağdur destek programı kapsamındaki insan ticareti mağdurlarının çalışma izni almasında, genel çalışma izni prosedüründeki başvuru süreci ve başvuruların değerlendirilmesine dair esaslardan, ilgili sektörler için aranan ön izinlerden istisna tutulmuştur. Yani, mağdur destek programından yararlananların daha kolay çalışma izni almaları hususunda mağdurlara kolaylık tanınmıştır.
e. İnsan ticareti mağduru ikamet izni başvurusunun, istisnai olarak Türkiye içinden yapılabilmesi öngörülmüştür (YUKK m. 22/1/e).
f. Mağdur destek sürecinden yararlananlar hakkında; YUKK m. 54 uyarınca sınırdışı kararı alınacak kişilerden olsalar dahi program süresince haklarında sınırdışı etme kararı alınamayacağı düzenlenmiştir (YUKK m. 55/ç).[31]
g. İnsan ticareti mağduru ikamet izni harçtan muaf tutulmuştur[32].
h. 157 YİMER (Yabancılar İletişim Merkezi), ilk olarak 2005 yılında insan ticareti mağdurları için açılmıştır.
i. İlki 2004 yılında açılmış olan sığınma evlerinde, mağdurların sağlık hizmeti, psiko-sosyal destek alımı, sosyal ve hukuki yardım alması, mesleki eğitime olanak tanınması gibi imkanlar ücretsiz olarak tanınmıştır.
j. Gönüllü ve güvenli geri dönüş esnasında ilgilinin hayat ve vücut bütünlüğünün korunması amacıyla kolluk kuvvetlerinden destek alınması, ulaşım ve diğer giderlerinin karşılanması; rıza halinde gideceği ülkeye kendisi hakkında bilgi verilmesi gibi birçok kolaylık tanınmıştır.

[30] RG 13.08.2016-29800.
[31] Mesela, mağdurun izin almaksızın çalıştığı tespit edilse veyahut kamu sağlığı bakımından tehlike oluşturduğu tespit edilse dahi mağdur destek programı süresince hakkında sınır dışı edilme kararı alınamaz, bkz. AYDOĞMUŞ, s. 333.
[32] 492 sayılı Harçlar Kanunu m. 88/1/g.

KAYNAKÇA

ARSLAN, Şule, Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahat Hakkı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2018.

AYDOĞMUŞ, Yasemin, "Yabancılar Hukukunda İnsan Ticareti ile Mücadele", Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 2, 2021, s. 325-350.

ÇELİK, Elif, "Zorunlu-Düzensiz Göçün Yarattığı Sorunlardan Birisi Olarak İnsan Ticareti Mağduru Yabancıların İkametlerine İlişkin Hukuki Düzenlemelerin Değerlendirilmesi, PPIL, 2020, s. 657-706.

ÇELİKEL, Aysel, Günseli Öztekin Gelgel, Yabancılar Hukuku, 25. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ, İstanbul, 2020.

EKŞİ, Nuray, "İnsan Ticareti Mağduru Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Çalışma Hakları", Legal Hukuk Dergisi, C. 10, S. 119, 2012, s. 23-47.

ESEN, Emre, Türk Hukukunda Yabancıların İkamet İzinleri, Beta Basım Yayım AŞ, İstanbul, 2019.

MEMİŞOĞLU, Fulya, "Uluslararası İlişkiler ve Uluslararası Göç Bağlamında İnsan Ticareti", Güvenlik Stratejileri Dergisi, C. 15, S. 30, 2019, s. 239-287.

YENİDÜNYA, Ahmet Caner, İnsan Ticareti Suçu (TCK m. 80), Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

Global Report on Trafficking in Persons (2020), https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tip/2021/GLOTiP_2020_15jan_web.pdf (çevrimiçi 09.06.2022)

Türkiye İnsan Ticaretiyle Mücadele Raporu, 2020, TC İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü, https://www.goc.gov.tr/kurumlar/goc.gov.tr/Yayinlar/Kitapcik-Raporlar/2020-Tu%CC%88rkiye-I%CC%87nsan-Ticaretiyle-Mu%CC%88cadele-Yillik-Raporu.pdf (çevrimiçi 09.06.2022).

İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİNDE ÇALIŞANLARIN İKLİM DEĞİŞİKLİĞİ VE KRİZİNE KARŞI KORUNMASI

Prof. Dr. Z. Gönül BALKIR [*] **- Öğr. Gör. Başak BALKIR GÜLEN** [*]

Özet

İklim değişikliği, başta kırılgan gruplar olmak üzere tüm insanları ve doğal olarak çalışanları da etkilemektedir. İklim değişikliğinin yarattığı sorunlar, her yaş grubundan insanı ve çalışma yaşamını tehdit etmekte ve bu risk her geçen gün artmaktadır.

İklim değişikliğinin çalışan sağlığı üzerine etkisi, yaş ve cinsiyete göre de çeşitlilik göstermektedir. Çocuk işçiler ve yaşlı çalışanlar aşırı sıcaklardan kaynaklanan hastalıklara karşı daha savunmasızdırlar. Öte yandan özellikle dış mekanlarda çalışanlar, çok daha fazla risk altındadır. Dış mekanlarda çalışanların koruyucu tedbirleri yeterli olmazsa hava durumu ve iklimden kolayca etkilenirler.

Çalışanlarını iş sağlığı ve güvenliği konusunda koruma gözetme borcu bulunan işverenin, iklim değişikliğine maruz kalarak çalışanlar için, iş yeriyle ilgili risk değerlendirmeleri yaptırması, iklim değişikliklerinden doğacak tehlikeleri tespit ederek, bunlarla ilgili olarak çalışanlarını koruyucu tedbirler alması gerekmektedir. İşverenin çalışanlarını iklim değişikliğine karşı iş sağlığı ve güvenliği kapsamında bilgilendirmeleri ve çalışanlarını, ikim değişikliğine karşı koruyabilmek için eğitmesi zorunludur.

Anahtar Kelimeler: İklim değişikliği, İş sağlığı ve güvenliği, Çalışanların Korunması

GİRİŞ

Türkiye, coğrafi konumu nedeniyle dünyanın önde gelen afet bölgelerinden birisinde yer almakta ve afete maruz kalarak, afet tehlikelerini sıklıkla yaşamakta ve bu nedenle ciddi mal ve insan kaybı yaşamaktadır. İklim değişikliği ve bunun sonucunda ortaya çıkan küresel ısınma, gezegenimizde insan eliyle yaratılan afetlerden biri olarak, tüm canlıları etkilediği gibi, çalışanları ve çalışan sağlığını da etkilemektedir. Çalışmamızda iklim değişikliğinin, çalışan sağlığına etkilerini incelenerek; iklim krizlerinin çalışan sağlığını nasıl tehdit ettiğine, bu koşullardan, çalışanlara nasıl bir koruma sağlanması gerektiğine odaklanacağız.

1.KÜRESEL İKLİM DEĞİŞİKLİĞİ VE İNSAN SAĞLIĞINA ETKİSİ

[*] Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, Kocaeli/Türkiye. E-mail: gonulbalkir@yahoo.com; ORCID NO:0000-0003-0710-8375

[*] Kocaeli Üniversitesi, Ali Rıza Veziroğlu MYO, Kocaeli/Türkiye. E-mail: basakbalkir@hotmail.com; ORCID NO:0000-0003-0527-2980

1.1. Küresel iklim değişikliği

Dünyayı tehdit eden çevre sorunlarının başında gelen küresel ısınma ve iklim değişikliği, beraberinde yaşanan ekolojik dönüşümler, 1990'lardan itibaren insanlığın inkâr edilemez bir gerçeği olmuştur. Küresel iklim değişikliğinin, küresel ve bölgesel anlamda bir takım olumsuz etkilerinin ortaya çıkacağı beklenmektedir. Tarım, orman, temiz su kaynakları, deniz seviyesi, enerji, insan sağlığı ve bioçeşitlilik üzerinde zararlı etkileri olacaktır. İklim değişiklikleri, dünyanın her yerinde henüz tam anlamıyla yaşanmamış ve anlaşılamamış olsa da, ekonomik, ekolojik ve sosyal yaşamda bir takım zincirleme etkiler yaratarak, insan sağlığına fazlasıyla zarar verecektir (Tüzer, 2011, 32).

Başta küresel iklim değişiminin getireceği hayati sorunlar olmak üzere, sanayileşme ve teknolojik ilerlemenin ortaya çıkardığı insan kaynaklı afetler ise yer küremizdeki canlı yaşamını ve insan medeniyetini çok ciddi boyutlarda tehdit etmektedir. İklim değişikliği ve onun yarattığı sağlık sorunlarının çözümü için ulusal ve uluslararası kuruluş ve örgütlerin resmi raporlarının neredeyse tamamına yakınında disiplinlerarası çalışmalara önem verilmesi gerektiğini belirtilmektedir (Şeker, vd., 2020, 130).

Sanayi devrimiyle birlikte, fosil yakıt kullanımı, ormansızlaşma ve yoğun tarımsal faaliyetler gibi insanlar tarafından yapılan etkinlikler hız kazanmıştır. İnsanların neden olduğu bu antropojenik etkinlikler; atmosfere salınan metan, ozon, karbon monoksit ve karbondioksit gibi doğal sera gazlarının miktarını önemli ölçüde arttırmıştır. Atmosferdeki sera gazlarının emisyonlarında meydana gelen bu artışlar, dünyanın tarihler boyunca dengesini koruyan ve canlı yaşamının devamı için faydalı bir işlev gören doğal sera etkisini bozmuş ve atmosferin ısınmasına neden olmuştur(Evci Kiraz, 2019, 7).

Artan ve aşırı miktarda tüketilen petrol, kömür ve doğal gaz gibi fosil yakıtları ve arazi örtüsündeki değişimler nedeniyle, büyük miktarda zararlı gaz ve parçacıklar atmosfere salınmaktadır. Bunların sonucunda atmosferdeki karbondioksit ve ozonu seyrelten kloroflorokarbon gazları ve karbondioksit, metan ile diazot monoksit gibi sera gazlarının miktarlarında önemli artışlar olmuştur. Bu artışlardan dolayı atmosferde kuvvetlenen sera işlemi de beraberinde günümüzdeki küresel iklim değişimi ve küresel ısınma problemini ortaya çıkartmıştır (Kadıoğlu, 2007, 48). Atmosfere salınan sera gazları miktarının artışı, küresel ısınmayı artırarak iklim değişikliğine sebep olmaktadır. İklim değişikliğinin insan sağlığı üzerinde zararlı etkileri önümüzdeki yıllarda daha belirgin olarak ortaya çıkacaktır (Çelik ve Diğerleri, 2008, 28).

İklim değişikliğinin küresel düzeydeki etkileri; atmosfer ve iklim, buzullar, kar ve buz, deniz sistemleri, karasal ekosistemler ve biyolojik çeşitlilik, su, tarım, ekonomi ve insan sağlığı gibi farklı kategorilerde kendini göstermektedir. İklim değişikliğinin insanlar üzerindeki en yıkıcı etkileri, sıkça ve şiddetli şekillerde yaşanmaya başlayan aşırı hava olayları sonucunda meydana gelmekte ve iklim yapısı doğal yolla ve insan eliyle değişmektedir (Özmen, 2021, 5). Doğal döngünün doğal olmayan bir şekilde

değiştirilmesiyle, hidrolojik döngünün değişmesi, deniz ve buzul alanlarının daralması, deniz seviyesinin yükselmesi, ekolojik sistemlerin zarar görmesi, salgın hastalıkların yayılması, iklim değişikliğinin kendini gösterdiği sel ve kuraklık gibi ekstrem olayların sıklaşması, konunun ciddiyeti açıkça ortaya koymaktadır (Demir, 2021,20).

Karasal ekosistemler ve tarımsal üretim sistemleri, zararlılardaki ve hastalıklardaki artıştan zarar görebilecektir. Sıcaklıktaki artış insan ve hayvan sağlığı üzerinde olumsuz etkiler yapacak, aşırı sıcaktan kaynaklanan hastalık ve ölüm oranları artacaktır. Deniz seviyesi yükselmesine bağlı olarak Türkiye'nin yoğun yerleşme, turizm ve tarım alanlarının yer aldığı alçak alanları su altında kalacaktır. Mevsimlik kar ve kalıcı kar-buz örtüsünün kapladığı alanlarda, erimelere bağlı olarak kar çığları, sel ve taşkın olaylarında artış olacaktır. Deniz akıntılarındaki değişmeler, deniz ekosistemleri üzerinde olumsuz etkiler yaratacak, deniz ürünleri azalacaktır. İklim değişikliği göç sorununu tetikleyecektir. Birçok insan ve canlı yaşam, bulundukları bölgelerden göç edecek; iç savaş veya ekonomik zorlukların yarattığı göçler, yerini iklim göçlerine bırakacaktır.

Aşırı sıcak günlerin sayısı uzamakta ve artmakta; soğuk günlerin sayısı azalmakta, yaz sıcaklığına zaman geçtikçe alışan insan vücudu, ani sıcaklık artışlarında fizyolojik açıdan bu uyumu sağlayamamakta, kentsel ısı adası çalışmalarına göre en riskli yaşam alanları kentler ve kentsel alanlarda sıcak hava dalgalarının artması ile ölüm oranlarının arttığı görülmekte, sıcak hava dalgaları fiziksel olarak yetişkinlerden daha dayanıksız olan yenidoğanlar ve çocuklarda da olumsuz etkiler yaratmakta, uzun süre etkilenimler, solunum sistemi sorunlarına yol açmaktadır (Evci Kiraz, 2019, 20).

1.2. İklim Değişikliğinin İnsan Sağlığına Etkileri

İklim değişikliği, başta kırılgan gruplar olmak üzere tüm insanları etkilemekte ve sağlık hakkını baltalamaktadır. İnsanlar, iklim krizi sonucu yaşanan sağlık olumsuzluklarına uyum gösterme çabasındayken, iklim değişikliği hızla ilerlemektedir ve insanlar bu hıza ve yarattığı sorunlara yetişememektedir. (Özmen, 2021, 121). İklim değişikliğinin insan sağlığına etkileri, doğrudan ya da dolaylı yollarla ortaya çıkmaktadır. İklim değişikliklerinin, solunum sistemi üzerine etkilerini belirlemek, oldukça güç ve karmaşıktır. İklim değişikliği, iklim değişikliğine neden olan hava kirliliği ve kirleticilerin etkilerine benzer etkilere yol açmaktadır. İklim değişikliğinin neden olduğu yetersiz beslenme, sıtma, ishal ve sıcak stresi sonucu, 2030-2050 arasında, her yıl 250.000 civarında artan ölüm beklenmektedir (Evci Kiraz, 2019, 47).

Sıcak havalarda ortaya çıkan rahatsızlıkların sıcaklık ve havadaki neme bağlı olduğu kabul edilmiştir. Yüksek sıcaklık kişilerin kişisel koruyucu kullanım davranışlarını da değiştirmektedir. Gün içinde sıcaklığın yüksek olduğu bir zaman diliminde kıyafetlerin çıkartılması, daha ince ve açık kıyafetlerin tercih edilmesi ultraviyole radyasyon maruziyetini artırabilir, yüksek ultraviyole maruziyeti cilt

kanserine neden olabilmekte, sıcaklıkların artması ile yüksek sıcaklıklara maruz kalınması insanlarda; su kaybı, sıcak çarpması, ısı krampı, solunum yolu hastalıkları ve kardiyovasküler hastalıklara akut ve kronik şekillerde neden olabilmektedir. Kentsel alanlarda kırsal alanlara göre anlık sıcaklık artışı, ısı birikimi ve ısı dalgalarının çok daha fazla olması, ölüm oranlarını arttırmaktadır. Sıcaklığın insan sağlığına etkilerinin araştırıldığı çalışmalarda en savunmasız grubu yaşlılar oluşturmaktadır. Bunu, daha önceden var olan solunum yolu hastalıkları, zihinsel hastalıklar ve kardiyovasküler hastalıklarına sahip kişiler, termoregülasyon sistemini etkileyen ilaç kullanıcıları takip etmektedir. Aşırı hava, hem sıcak hem soğuk olduğunda insan sağlığı üzerinde zararlı etkilere neden olabilmektedir. Çok soğuk-sıcak, nemli-kuru hava ve bu hava durumlarına maruziyet süresindeki artış insan sağlığını olumsuz etkilemektedir. Yüksek sıcaklık maruziyeti, strese, çeşitli hastalıklara ve hatta ölüme sebebiyet verebilmektedir. Isı dalgalarından zihinsel, bilişsel ve davranışsal rahatsızlıklar da tetiklenebilmektedir. Duygu durum bozukluğu, nevroz, stres, bunama, madde bağımlılığı gibi hastalıkları bunlara örnektir. Ayrıca sıcaklık artışları saldırgan davranışların ortaya çıkmasına da sebep olmaktadır. Çocuklarda sıcaklık artışı diyabet, hipertermi, mide-bağırsak hastalıkları, böbrek bozukluğu ve yetmezliği, erken doğum gibi hastalıklara ve bu hastalıkların şiddetlenmesine neden olabilmektedir. Aşırı sıcaklık, kadınlarda hamilelik döneminde düşük kilolu bebek doğumuna neden olabilmektedir.

Ölümle sonuçlanan sıcak ve soğukla ilgili hastalıkların kalp-damar hastalıkları, beyin-damar hastalıkları, solunum sistemi hastalıkları, hipotermi ve travmadır. Bunların yanında aşırı sıcak hava ile ilişkilendirilen sağlık etkileri; su kaybı, ısı krampı, sıcaklık çarpması, ishal, baş ağrısı, alerjik hastalıklar, astım, saldırgan davranışlar, bağışıklık sistemi bozuklukları, stres, akut böbrek yetmezliği, ısı yorgunluğu, diyabetik alevlenme, zihinsel hastalıklar, solunum yolu hastalıkları, kalp ve damar yolu hastalıkları, kolesterol seviyesinde artış olarak sıralanabilir. Soğuk havadan kaynaklanan sağlık sorunları ise kazalar, düşmeye bağlı yaralanmalar, hipotermi, kalp-damar hastalıkları, solunum problemleridir (Özmen, 2021, 52).

Buzullardaki kütle kaybı ve su sıcaklığının artması nedeniyle ortalama deniz seviyesinin artacağı öngörülmektedir. Şayet gerekli önlemler alınmaz ise sıcaklık artışının artarak devam edeceği tahmin edilmektedir. Bu da, zaten azalan buzulların giderek daha da azalmasına, denizlerin su seviyelerinde yükselmelere, ormanlarda azalmaya, çölleşmeye, düzensiz yağışlara, sel baskınlarına, kasırgalar gibi doğal afetlerde artışlara neden olacaktır (Sağlam ve Diğerleri, 2008, 89). Bu durum kıyıda yaşayanlar için göç etmeyi zorunluluk haline getirebilecektir. İklim göçü nedeniyle barınma problemi ve kaynaklara erişim sorunu yaşayan mültecilerin sağlık yükü gözetildiğinde bu durumun ciddi bir halk sağlığı sorunu haline gelecektir.

Gıda kaynaklarının üretimi, lojistiği ve tüketimi sürecinde iklim değişikliği çoklu bir etkiye sahiptir. Sıcaklık artışları yağış miktarını, yağış miktarı tarımsal üretimi etkilemektedir (Özmen, 2021, 67).

İklim değişikliği gıda güvenliğini de zorlaştıracaktır. Yüksek sıcaklıklarda gıdalarda bakteri üretimi artacaktır. Hava sıcaklığının artması soğutma problemleri, sinek ve diğer zararlı böceklerin artmasına sebep olacaktır. İklim değişikliği hayvanlardan insanlara bulaşan zona hastalığının artmasına, birtakım yeni hastalıklara yol açacaktır (Çelik ve Diğerleri, 2008, 24).

Su kaynaklı hastalıklar, sel ve fırtına sonrası yayılım gösterir ve bazı hastalıkların etkenleri bu ılık sularda gelişir. Sel, içme sularını gübre, böcek ilacı, atık su ve diğer kimyasallarla kirletir (Buck, 2017). Türkiye'de 2050'li yıllarda insanlarda olduğu gibi hayvan ve vektörlerde de iklim göçü ve soğuk bölgelere göç ve sıtma hastalığının görülebileceği öngörülmektedir (Özmen, 2021, 62) .

2.ÇALIŞANLARIN SAĞLIK HAKKININ KORUNMASI

2.1. Sağlık Hakkı Ve Sağlık Hakkının Korunması

Sağlık hakkı, bir insanın, insan onuruna yaraşan asgari bir yaşam düzeyi içinde yaşayabilmesi için gerekli bir haktır (Gözler, 2007, 86). Sağlık hakkı çağdaş sosyal devlet anlayışının en yaygın hizmetlerinden birisidir (Kalabalık, 2004, 311). Sağlık, insanın sadece hastalık ve sakatlık dışında bedence, ruhça ve sosyal yönden iyi olmasıdır (Bozkurt, 2008, 14). Sağlık hakkı temel ve evrensel bir insan hakkı olarak kabul edilir ve sağlık hakkı olmadan, diğer hakların gerçekleşme ve kullanılma şansı yoktur (Okur, 1992, 1).

Sağlık hakkı, "kişinin devletten, sağlığının korunmasını, gerektiğinde tedavi edilmesini, iyileştirilmesini isteyebilmesi ve toplumun sağladığı imkânlardan faydalanabilmesini" ifade eder (Er, 2008, 32). Sağlık hakkı, özellikle toplumun yoksul kesimleri için büyük bir anlam taşır. Dünyanın gelişmiş ülkelerinde bile sağlık sigortasına sahip olmayan insan sayısı hayli yüksektir. Normal koşullarda tıbbi yardımdan yararlanamayan bu kişiler, büyük bir risk altındadırlar. Bu hak sayesinde risk altında bulunan kişiler, yani toplumun zayıf kesimleri, fiziksel ve ruhsal sağlıklarını koruma imkânına kavuşurlar. Ayrıca bu hak dolayısıyla yoksullar toplumun dışına itilme duygusundan arınırlar ve toplumsal yaşama katılma olanakları artar. Sağlık hakkı, sosyal dışlanmayı önleyen araçlardan birisi olarak görülür (Bulut, 2009, 205). Sağlık hakkı kavramı, sağlıklı yaşam ve yaşam hakkını anlatırken, yaşanan çevreye uyum sağlanması, ruhsal ve sosyal açıdan iyi durumda olunması anlamına gelmektedir. Aynı şekilde sağlık hakkı, bedensel ruhsal ve sosyal yönden tam bir iyilik hali olarak da tanımlanabilir. Sağlıklı kişi, bedensel ve ruhsal faaliyetlerini engelleyecek, organik fonksiyonel bozuklukları olmayan kişidir. Sağlıklı yaşam hakkı, insanın varlığını sürdürme hakkıdır (Güzel ve Diğerleri, 2021, 782).

1982 anayasası, kişiyi birey olarak tek başına değil, çevresiyle birlikte ele almaktadır. Çevre sağlıklı değilse kişiyi sağlıklı yapmak ve yaşatmak mümkün olmayacaktır. Devlet herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığını iyi bir şekilde korunmasını sağlamak için; sağlık koşullarını tek elden planlayacak, sağlık hizmetinden tüm fertleri yararlanabilmesi için genel sağlık sigortasına kuracaktır (Güzel ve Diğerleri, 2021,783).

2.2. İş Sağlığı Ve Güvenliğinde Çalışan Sağlığının Korunması

İş sağlığı ve güvenliği kavramı, Sosyal Güvenlik hakkı kapsamında çalışanların yaşama haklarının korunmasıdır. Sosyal Güvenlik hakkı, sosyal bir riskle karşılaşan çalışanlara ve ailelerine sosyal Koruma Sağlamaktır (Balkır, 2009, 166). Sosyal Güvenlik hakkının bir parçasını oluşturan iş sağlığı ve güvenliği hakkı, sanayileşmeyle başlayan fabrika tipi üretim sürecinde; işçilerin çalışma koşullarının iyileştirilmeye çalışılmasıyla ortaya çıkmıştır (Arıcı, 1999, 3). Sağlıklı ve güvenli bir çalışma ihtiyacı insanlık tarihi kadar eski olmasına rağmen iş güvenliğinin bir sosyal ihtiyaç olarak kabulü yakın zamanlara dayanmaktadır (Mollamahmutoğlu, 2005, 725).

Sosyal güvenlik hakkı kapsamında yer alan iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması, Devlet için bir ödevdir. Devlet iş güvenliği hakkını sağlamak için, gerekli önlemleri alacak ve örgütleri kuracak ve bu örgütler eliyle denetleyecektir (Bayram, 2008, 5). İş güvenliği hakkı, bir yandan devlete yüklenmiş bir görev ve öte yandan insana tanınmış anayasal bir talep hakkı doğurmaktadır. 1982 Anayasasının 60. maddesinde düzenlenen sosyal güvenlik hakkı kapsamında yer alan iş güvenliği hakkına dayanarak; çalışanlar, işyerlerinin sağlık ve güvenlik koşullarına uygun hale getirilmesini, işverenden talep etmektedirler. Devletin anayasadan doğan yükümlülüklerini yerine getirirken, iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili konular üzerinde karar verme sorumluluğu, çalışma yaşamında denetim yapılması gereken konular ve bunların ardında yatan menfaat ilişkileri, vurgulanan değişim nedeniyle daima daha da karmaşık hale gelmektedir (Kabakçı, 2009, 58).

Klasik iş sağlığı ve güvenliği anlayışına göre, somut olaylarla ilgili hangi önlemlerin alınması gerektiğini göstermek, devletin yetki ve sorumluluğundadır. 89/391/EEC Sayılı Sayılı Avrupa Birliği Çerçeve Yönergesi ile somut içerikte iş sağlığı ve güvenliği önlemleri yerine, uygulama sürecine odaklanan kurallara ağırlık vermiştir.

2.3. İşverenin İş Sağlığını Koruma Yükümlülüğü

Çalışanların iş sağlığının korunmasında en büyük sorumluluk, işverenin yükümlülüğündedir. İşverenin çalışanların sağlığını Koruma Gözetme Borcu gibi temel bir borcu ve sorumluluğu bulunmaktadır. İşçi ve işveren arasındaki ilişki, kişisel ve bağımlı bir ilişki olduğundan dolayı işveren işçiyi gözetme borcu altındadır. İşçiyi gözetme borcu, eksiksiz bir şekilde iş sağlığı ve güvenliği önlemelerini almak, çalışanlara sağlığına uygun iş vermek, çalışanları dış tesirlerden koruyucu tedbir ve önlemleri almayı

ve özellikle iklim değişikliğinden zarar görebilecek çalışanları da korumayı kapsamaktadır.

89/391/EEC Sayılı AB Çerçeve Yönergesinde işverenin, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması, etkinliklerinin denetlenmesi ve gerekli hallerde değişim ve uyarlanma sürecini garanti altına alan bir iş güvenliği organizasyonu oluşturmakla yükümlü kılınmıştır. İş güvenliği yönetim sistemi ve organizasyonel yapılandırmanın genel kuralı, iş sağlığı ve güvenliği organizasyonunun işyeri ve işletmenin somut şartlarına uygun olmasıdır. İşverenin genel Organizasyon yükümlülüğü ise alınan önleyici tedbirler ile seçilen çalışma şekli ve üretim yöntemlerinin işyeri ve işletmenin idari yapılanmasının her kademesinde ve tüm faaliyetlerinde uygulanabilir olmasını sağlayacak şekilde bir iş sağlığı ve güvenliği bütünleşmesini kapsamaktadır (Demirbilek, 2005, 35).

İş güvenliğinin süreç olarak yönetilmesi zorunlu olduğundan; işverene, işyeriyle ilgili kendi iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini tespit etme hak ve yükümlülüğü verilmiştir. Avrupa Birliği Çerçeve Yönergesinde iş sağlığı ve güvenliği organizasyonuyla, iş sağlığı ve güvenliği hakkının korunması için oluşturulan yükümlülükler; kronolojik açıdan, birbirlerini takip eden aşamalardır. Süreç önlemlerin alınması ile başlar, alınan önlemlerin etkinliklerinin denetlenmesi ile devam eder ve gerekli durumlarda uyarlama önlemlerinin alınması söz konusu olur (Kabakçı, 2009, 58).

Sağlıklı ve güvenli bir ortamda çalışmak ve çalışan sağlığının göz önüne alınması, her işçinin korunması açısından her türlü tedbirin alınmasını gerektirir ki böylelikle iş ortamının risklerden arınmış olması mümkün olabilir. Sağlıklı ve güvenli bir ortamda çalışmak her işçinin en doğal hakkıdır. Çalışma ortamı, tüm risklerden arındırılmalı, iş yerinde mevcut olan risklerin önlenmesi için, öncelikle bu risklerin saptanması, ayıklanması, tekrar oluşumunun engellenmesi gerekir (Ateş, 2020, 713).

2.4.Çalışanların İş Sağlığının Gözetilmesi

İş sağlığı ve güvenliği açısından sağlık gözetiminin yerine getirilmesi yükümlülüğü, gerek çalışanların işe girişlerinde, gerekse işin devamı süresince sağlık gözetimine tabi tutulmalarını, yapacakları iş için bedensel ve ruhsal durumlarının uygun olmasını zorunlı kılan 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği kanununun 15. Maddesi, işverenin sağlık gözetimine ve yükümlülüğüne ilişkin düzenlemelere yer vermiştir. İşveren '…çalışanların işyerinde maruz kalacakları sağlık ve güvenlik riskleri dikkate alarak sağlık gözetimine tabi tutulmalarını sağlar.'. Her şeyden önce işveren çalışanların sağlık ve güvenlik yönünden işe uygunluğunu göz önüne almak ve işe girişlerinde sağlık muayenelerini yapılmasını sağlamak zorundadır.

Sağlık gözetiminin, meslek hastalıklarının önlenmesi gibi bir görevi varsa da aynı zamanda iş kazalarının azalması ile de doğrudan ilgisi bulunmaktadır. Periyodik sağlık kontrolleri sonucunda hipertansiyonu olduğu belirlenen bir çalışanın, inşaat iskelelerinde

olduğu gibi çok yüksekte çalışmasına müsaade edilemez. Aynı şekilde tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işlerde çalışanlar, mesleki eğitim almadan çalıştırılamayacakları gibi; yapacakları işe uygun olduklarını belirten sağlık raporu olmadan da işe başlatılamazlar. Yasa gereğince sağlık muayenesinin, çalışanların iş değişikliğinde yapılması gerekmektedir. Çalışanın iş değişikliği nedeniyle sağlık ve güvenliği açısından tehlikelere maruz kalıp kalmadığı ve yeni işe uygun olup olmadığı açısından mutlaka bir sağlık değerlendirmesinin yapılması sağlanmalıdır (Süzek, 2015, 915).

İş sağlığı, çalışan işe girdiğinde varolan sağlık durumunun çalıştığı işten kaynaklanan bir sebeple bozulmasının engellenmesi ve o işte çalışıyor olmasından dolayı, bedensel ve ruhsal olarak daha da iyileşmesi için yapılan takip edilebilir izlenebilir faaliyetler bütünü olarak tanımlanabilir (Özdemir, 2014, 234).

Sağlık gözetimi kavramı, çalışanların sağlığının korunması ve geliştirilmesi amacıyla mesleki etkilenmelerinin önlemeye yönelik yapılan tıbbi muayene, inceleme ve eğitimleri kapsar. İş sağlığı gözetimi kavramı, belirli sağlık risklerine maruz kalmış çalışanlar arasında işle ilgili sağlık sorunlarını mümkünse henüz ortaya çıkmadan erken teşhis edilmesiyle, yapılan gözetim sonuçlarına göre adım atılması amacıyla gerçekleştirilen sistematik düzenli ve uygun prosedürlerin tutulmasından yönelik faaliyetleri kapsayan bir süreç olarak tanımlanabilir. 6331 sayılı kanun 15. Maddesine göre işveren çalışanların işyerinde maruz kalacakları sağlık ve güvenlik risklerini dikkate alarak sağlık gözetimine tabi tutulmalarını sağlar. Çalışanların sağlık gözetimi ile fiziksel yetersizlikleri ve sağlık sorunlarının saptanarak bu durumlarına uygun işe atanmaları ile iş kazaları ve meslek hastalığını oluşmasının önüne geçilebilecektir (Süzek, 2015, 916).

2.5. İş Sağlığı Ve Güvenliğinde Risk Değerlendirilmesi

İş sağlığı ve güvenliğinde modern önleyici yaklaşımın ilk adımını oluşturan Risk değerlendirmesi kavramı Türkiye de 6331 sayılı İş sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile yasal bir zemine oturtulmuştur. İş güvenliğinin ilk adımı olarak risk değerlendirmesi, iş sağlığı ve güvenliğinde işçilerin korunmasının temelini oluşturmaktadır. (Özdemir, 2014, 234). Yapılan düzenleme ve yasal müdahalelerle, ülkemizde iş kazalarını ve meslek hastalıklarını en aza indirmek üzere, tüm çalışanların iş sağlığı ve güvenliği kültürü ve bilinçlenmesi yapılmaya çalışılmış ve böylece risk yönetim süreci güçlendirmiştir.

İş sağlığı ve güvenliği açısından iş kazalarını ve meslek hastalıklarını önlemek için öncelikle işyerinde mevcut risklerin saptanması gerekmektedir. İş yerinde risklerin belirlenmesi ve bunlara uygun tedbir planlamasının yapılması iş sağlığı ve güvenliğinin gereğidir. Risk değerlendirmesi çalışmaları, işyerlerindeki mevcut tehlikelerin ve bu tehlikelerin neden olacağı risklerin tanımlandığı, önem sırasına göre sıralandığı ve bu tehlikelere karşı alınacak önlemlerin belirlendiği proaktif, önleyici çalışmalardır.

6331 sayılı kanun 15. Maddesine göre işveren çalışanların işyerinde maruz kalacakları sağlık ve güvenlik risklerini dikkate alarak sağlık gözetimine tabi tutulmalarını sağlar. Çalışanların sağlık gözetimi ile fiziksel yetersizlikleri ve sağlık sorunlarının saptanarak bu durumlarına uygun işe atanmaları ile iş kazaları ve meslek hastalığını oluşmasının önüne geçilebilecektir (Süzek, 2015, 916).

İş sağlığı ve güvenliğinde modern önleyici yaklaşımın ilk adımını oluşturan Risk değerlendirmesi kavramı Türkiye de 6331 sayılı İş sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile yasal bir zemine oturtulmuştur. İş güvenliğinin ilk adımı olarak risk değerlendirmesi, iş sağlığı ve güvenliğinde işçilerin korunmasının temelini oluşturmaktadır. (Özdemir, 2014, 234). Yapılan düzenleme ve yasal müdahalelerle, ülkemizde iş kazalarını ve meslek hastalıklarını en aza indirmek üzere, tüm çalışanların iş sağlığı ve güvenliği kültürü ve bilinçlenmesi yapılmaya çalışılmış ve böylece risk yönetim süreci güçlendirmiştir.

İş sağlığı ve güvenliği açısından iş kazalarını ve meslek hastalıklarını önlemek için öncelikle işyerinde mevcut risklerin saptanması gerekmektedir. İş yerinde risklerin belirlenmesi ve bunlara uygun tedbir planlamasının yapılması iş sağlığı ve güvenliğinin gereğidir. Risk değerlendirmesi çalışmaları, işyerlerindeki mevcut tehlikelerin ve bu tehlikelerin neden olacağı risklerin tanımlandığı, önem sırasına göre sıralandığı ve bu tehlikelere karşı alınacak önlemlerin belirlendiği proaktif, önleyici çalışmalardır.

2012 tarihli İş Sağlığı Ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği'nin 7. maddesinde, risk değerlendirmesi; tüm işyerleri için tasarım veya kuruluş aşamasından başlamak üzere tehlikeleri tanımlama, riskleri belirleme ve analiz etme, risk kontrol tedbirlerinin kararlaştırılması, dokümantasyon, yapılan çalışmaların güncellenmesi ve gerektiğinde yenileme aşamaları izlenerek gerçekleştirileceği ifade edilerek, çalışanların risk değerlendirmesinde; ihtiyaç duyulan her aşamada sürece katılarak görüşlerinin alınması sağlanır, denilerek çalışanların ihtiyaçlarının karışlanması gerektiği belirtilmiştir.

3.İKLİM DEĞİŞİKLİĞİNDE ÇALIŞANLARIN İŞ SAĞLIĞININ KORUNMASI

3.1. İklim Değişikliğinin Çalışanların Sağlığına Etkileri

İklim değişikliği, başta kırılgan gruplar olmak üzere tüm insanları ve çalışanları etkilemekte, sağlık hakkını baltalamaktadır. İklim değişikliğinin insan sağlığı üzerine etkisi yaş ve cinsiyete göre de çeşitlilik göstermektedir. İklim değişikliğinden kaynaklanan hastalık riski her yaş grubundan insanı tehdit etmekte ve bu risk her geçen gün artmaktadır. Çocuklar aşırı sıcaklardan kaynaklanan hastalıklara karşı, kilolarının yüzey alanlarına oranı küçük olduğu için daha savunmasızdır. Örneğin son yıllarda ishal, sıtma ve yetersiz beslenme, çocuklar arasında yaygındır. Yaşlı insanlar aşırı iklim olaylarına bağlı risk grubunda yer alır. Daha yavaş hareket ettikleri için doğal felaketlerden kaçmaları ve korunmaları daha zordur. Cinsiyet ve iklim değişikliğinden

kaynaklanan sağlık problemleri arasındaki ilişki oldukça karmaşıktır. Cinsiyetin insan sağlığına etkisi bölgeden bölgeye çeşitlilik göstermektedir.

Yaş, sağlık durumu, vücut yapısı, aktivite seviyesi sıcaklık ekstremleri, insan vücudunun sınır değerlerinin belirlenmesinde çok önemlidir. Çok yaşlı, çok genç, şehirde yaşayanlar, az eğitimliler, ilaç tedavisi görenler, toplumdan tecrit olanlar, akıl hastaları, klimaya ihtiyaç duyanlar ve dışarıda çalışanlar, ısı-ölüm ilişkisinde daha hassas bir grubu oluşturmaktadır. Yaşlılar, yalnız yaşayan yaşlılar, yatağa bağımlı olanlar, kalp-damar, akciğer, böbrek hastalığı olanlar, barınma koşulları, sosyo-ekonomik koşulları yeterli olmayanlar, bağımlılar, çocuklar, şeker hastaları, hamileler, yeti yitimi ve fonsiyon kaybı olanlar, açıkta çalışanlar, sporcular, aşırı kilolular, sokak çocukları ve evsizler, sıcak ve soğuk hava değişikliğinden en çok etkilenecek kırılgan gruplardır (Evci Kiraz, 2019, 23). Sosyoekonomik statü, iklim değişikliği ve insan sağlığı arasındaki ilişkiyi derinleştirmektedir. Fakir ülkelerin, iklim aşırılıklarından daha çok etkilenebilmesi yanında; hızlı ekonomik gelişmelerin, iklim değişikliğinden kaynaklanabilecek sağlık problemleri riskini arttırdığı görülmektedir. Özellikle, iklimin hızlı değiştiği bir coğrafyada yaşayıp, yerli kaynaklarla geçimini sağlayanlar, yaşanabilecek ekonomik kayıplar ve sağlık problemleri açısından en büyük risk grubunu oluşturur.

Aşırı hava, hem sıcak hem soğuk olduğunda, çalışanların sağlığı üzerinde zararlı etkilere neden olabilmektedir. İklim değişikliğinin yarattığı afetler, her yaş grubundan insanı ve çalışma yaşamını tehdit etmekte ve bu risk her geçen gün artmaktadır. İklim değişikliğinden kaynaklanan sağlık tehdidi farklı çalışanları farklı derecelerde etkilemektedir. İklim değişikliğinin çalışan sağlığı üzerine etkisi, yaş ve cinsiyete göre de çeşitlilik göstermektedir. Çocuk işçiler ve yaşlı çalışanlar aşırı sıcaklardan oluşan hastalıklara karşı savunmasız olup, aşırı iklim olaylarına bağlı risk grubunda yer alırlar.

İç ve dış mekânlarda çalışanlar, ani değişen ve belli bir değeri aşan sıcaklıklara maruz kaldıklarında, çalışma esnasında; bu etkilere karşı korunamadıkları takdirde ölüm ve hastalık tehlikesi altında çalışmaya devam ederler. Atmosferdeki değişiklikler sonucu sıcak gün sayısı artarken, gün içi yüksek sıcaklık süresi uzamaktadır. Yapılan bilimsel çalışmalara göre ani ve aşırı sıcaklık artışı ile artan ölümler arasında yakın ilişki vardır. Bu durum çalışanlar için daha ağır sonuçlar ve tehlikeleri içinde barındırmaktadır.

Sıcak havalarda ortaya çıkan rahatsızlıkların sıcaklık ve havadaki neme bağlı olduğundan, yüksek sıcaklıkta çalışanların, kişisel koruyucuları ve bunları kullanım davranışlarını da değiştirmeleri gerekmektedir. Gün içinde sıcaklığın yüksek olduğu bir zaman diliminde kıyafetlerin çıkartılması, daha ince ve açık kıyafetlerin tercih edilmesi ise çalışanların ultraviyole radyasyon maruziyetini artırabilir. Çalışırken yüksek ultraviyole maruziyeti, cilt kanserine neden olabilmektedir. Sıcaklıkların artması ile yüksek sıcaklıklara maruz kalınması çalışanlarda; su kaybı, sıcak çarpması, ısı krampı, solunum yolu hastalıkları ve kardiyovasküler hastalıklara akut ve kronik şekillerde neden

olabildiğinden, çalışanların bu etkilere karşı iş sağlığı ve güvenliği bakımından korunmaları için önlemler alınması gerekmektedir. Artan sıcaklıklar çalışanların bağışıklığını azaltarak çalışan sağlığı için tehlike yarattığından, iş sağlığı gözetiminde ve risk değerlendirilmelerinde bu konuyla ilgili tedbirler alınması gerekmektedir.

Isı emici maddeler ve geçirimi olmayan yüzeylerin fazla olduğu bölgelerde ısı atmofere yansıyamadığı için kentsel alanlarda daha sık ısı adaları görülmekte, bu alanlarda çalışanlarla ilgili kentsel alanlarda, kırsal alanlara göre anlık sıcaklık artışı, ısı birikimi ve ısı dalgalarının fazla olması, çeşitli hastalıklara yakalanma ihtimalleri ile ölüm oranlarını arttırmaktadır.

Yüksek sıcaklık bulunan yerlerde çalışanlarda, aşırı sıcak hava ile ilişkilendirilen sağlık etkileri ortaya çıkmaktadır. Çalışma esnasında aşırı su kaybı, ısı krampı, sıcaklık çarpması, ishal, baş ağrısı, alerjik hastalıklar, astım, saldırgan davranışlar, bağışıklık sistemi bozuklukları, stres, akut böbrek yetmezliği, ısı yorgunluğu, diyabetik alevlenme, zihinsel hastalıklar, solunum yolu hastalıkları, kalp ve damar yolu hastalıkları, kolesterol seviyesinde artış gibi hastalık ve belirtiler ortaya çıkabilir. Aynı şekilde soğuk havadan kaynaklanan sağlık sorunları ortaya çıkabilir. Sıcak veya soğuk ortamlarda çalışılmasından kaynaklanan, iş kazaları, düşmeye bağlı yaralanmalar, hipotermi, kalp ve damar hastalıkları, solunum problemleri, iklim değişikliğinden doğan çalışma ortamlarında oluşabilecek hastalık ve tehlikelerdir.

Öte yandan su kaynaklı hastalıklar, sel ve fırtına sonrası yayılım gösterirken, bu ortamlarda çalışmak zorunda olan çalışanları etkilerken, bazı hastalıkların etkenleri bu ılık sularda gelişir. Sel, içme sularını gübre, böcek ilacı, atık su ve diğer kimyasallarla kirletirken, çalışanlarda; kirli suların yarattığı konjonktivit, dermatit, üst-alt solunum yolu ve diğer enfeksiyonlarının artışına neden olabilir.

3.2.Çalışanların İş Sağlığının İklim Değişikliğine Karşı Korunması

İşverenin her an iklimsel bir afet yaşama ihtimali bulunan çalışanları için, iş sağlığı gözetimine önem vermesi, iş yeriyle ilgili risk değerlendirmeleri yaptırırken, iklim değişikliklerinden doğacak tehlikeleri tespit ederek, bunlarla ilgili koruyucu tedbirler alması gerekmektedir. Çalışan sağlığının korunması amacıyla işveren,

İş Sağlığı Ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği'nin 8/4 fıkrasında yer alan, 'Çalışma ortamında bulunan fiziksel, kimyasal, biyolojik, psikososyal, ergonomik ve benzeri tehlike kaynaklarının neden olduğu tehlikeler ile ilgili işyerinde daha önce kontrol, ölçüm, inceleme ve araştırma çalışması yapılmamış ise risk değerlendirmesi çalışmalarında kullanılmak üzere; bu tehlikelerin, nitelik ve niceliklerini ve çalışanların bunlara maruziyet seviyelerini belirlemek amacıyla gerekli bütün kontrol, ölçüm, inceleme ve araştırmalar yapılır.' hükmü gereğince sağlığın korunmasıyla ilgili tüm tedbirleri alacak şekilde risk değerlendirmesi yaptırır. İşverenin her an iklimsel bir afet yaşama ihtimali bulunan çalışanları için, iş sağlığı gözetimine önem vermesi, iş yeriyle

ilgili risk değerlendirmeleri yaptırırken, iklim değişikliklerinden doğacak tehlikeleri tespit ederek, bunlarla ilgili koruyucu tedbirler alması gerekmektedir.

Süreç içinde özellikle işyeri dışında saha da çalışmak zorunda kalacak çalışanlar için iklim değişikliğine karşı koruma sağlayacak önlemlerin alınması için gereken risk değerlendirmelerine önem verilerek bu konularda farkındalık yaratılması gerekmektedir.

İşveren, çalışanlarının iş sağlığı farkındalığını artırmak için; eğitim, erken uyarı sistemleri, iklim değişikliğine hazırlıklı olma, erken ve anında cevap verebilme, çevreye ve iklime uyum konusunda eğitimi, ortaya çıkan sağlık etkilerinin sonuçlarıyla baş etme ve iklim değişikliğinin ortaya çıkardığı sağlık etkilerini yönetme konusunda çalışanlarını eğitilmelidir. İşverene düşen en büyük sorumluluklardan biri de çalışanların ayrıca iklim değişikliğinden kaynaklanan kriz ve afetlerle ilgili olarak bilgilendirilmesidir.

SONUÇ

İklim değişikliği, insan sağlığında; iklim değişikliğine neden olan hava kirliliği ve kirleticilerin etkilerine benzer etkilere yol açmakta, sıcaklıktaki artış, yeryüzü canlıları ve insan sağlığı üzerinde olumsuz etkiler yaparak, aşırı sıcaktan kaynaklanan hastalık ve ölüm oranlarını arttırarak, çalışanları ve çalışma yaşamını tehdit etmektedir. İklim değişikliği nedeniyle artan aşırı hava olayları, meydana gelecek afetler ve bu afetlerin etkileri sonucunda ortaya çıkan ve çıkacak olan yaralanmalar, sağlık sorunları, hastalıklar çalışan sağlığını etkilemektedir.

İklim değişikliği, başta kırılgan gruplar olmak üzere tüm çalışanları ve özellikle de sahada çalışanları etkilemekte, sağlık haklarını tehdit etmektedir. İklim değişikliğinden kaynaklanan sağlık tehdidi farklı çalışanları farklı derecelerde etkilemektedir. İklim değişikliğinin çalışan sağlığı üzerine etkisi, yaş ve cinsiyete göre de çeşitlilik göstermektedir. Çocuk işçiler ve yaşlı çalışanlar, aşırı sıcaklardan kaynaklanan hastalıklara karşı daha savunmasız olup, aşırı iklim olaylarına bağlı risk grubunda yer alırlar. Çalışanlar, gerekli koruma tedbirleri alınmazsa, hava durumu ve iklimden kolayca etkilenirler.

Çalışanlarını iş sağlığı ve güvenliği konusunda koruma gözetme borcu bulunan işverenin, iş sağlığı gözetimine önem vermesi, iklimsel bir afet yaşama ihtimali bulunan çalışanları için, iklim değişikliğinin olumsuz sonuçlarına maruz kalan iş yeriyle ilgili risk değerlendirmeleri yaptırması, iklim değişikliklerinden doğacak tehlikeleri tespit ederek, bunlarla ilgili olarak çalışanlarını koruyucu tedbirler alması gerekmektedir.

KAYNAKLAR

Arıcı, K., (1999), İşçi Sağlığı Ve Güvenliği Dersleri, Ankara.

Ateş, Z.G.,(2020), "Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Eğitilmeleri", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 28 / 2 (Temmuz 2020): 713-744 . https://doi.org/10.15337/suhfd.738406

Balkır, Z. G. (2012). 'İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkının Korunması: İşverenin İş Sağlığı

ve Güvenliği Organizasyonu', Sosyal Güvenlik Dergisi, Ocak 2012,Cilt 2, Sayı 1, 56-91.
Balkır, Z.G., (2009), Türk Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması, Ankara.
Bayram, Fuat (2008), İş Sağlığı Ve Güvenliği Denetimi, İstanbul.
Bozkurt, E.,(2008), "İnsan Hakkı Olarak Sağlık Hakkı", Sağlık Hukuku Kurultayı, Kasım 2007, Ankara.
Bulut, N., (2009), Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar, İstanbul .
Çelik, S., Bacanlı, H., Görgeç, H., (2008), Küresel İklim Değişikliği ve İnsan Sağlığına Etkileri, https://scholar.google.com.tr/scholar?q=K%C3%BCresel+%C4%B0klim
Demir, K.,(2021)Küresel Afet Yönetimi Örgütlenmesi ve Uygulamaları, http://auzefkitap.istanbul.edu.tr/kitap/acildurumveafetyonetimi_ue/kayovu.pdf
Demir, R., (2021), Afet Psikolojisi ve Sosyolojisi, http://auzefkitap.istanbul.edu.tr/kitap /acildurumveafetyonetimi_ue/afetpsikolojisivesosyolojisi.pdf.
Demirbilek, T. (2005), İş Güvenliği Kültürü, İzmir.
Er, Ü.,(2008),Sağlık Hukuku, Ankara.
Evci Kiraz, E. D. (2019). "İklim Değişikliğinin İnsan Sağlığına Etkileri, İklim Değişikliği Alanında Orta
Desteklenmesi Projesi (iklimİN)". Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, https://www.iklimin.org/moduller/sagli
Güzel, A., Okur, A. R., Caniklioğlu, N., (2021), Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul.
Gözler, K., (2007), Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Bursa.
Kabakçı, M. (2009), Avrupa Birliği İş Hukukunda İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği ile İlgili Temel Yükümlülükleri ve Türk Mevzuatının Uyumu, İstanbul.
Kadıoğlu, M., (2007), İlim Değişiklikleri ve Etkileri, TMMOB Afet Sempozyumu 2007 Bildiriler Kitabı
Kalabalık, H., (2004), İnsan Hakları Hukuku, Ankara.
Sağlam, N., Düzgüneş, E., Ertuğ, B., Balık, İ., (2008). "Küresel Isınma ve İklim Değişikliği", Ege Ünive
Su Ürünleri Dergisi, Cilt: 25, Sayı: 1, 89.
Süzek, S. (2015), İş Güvenliği Hukuku, İstanbul.
Şeker, M., Koyuncu, M., Öztürk, İ., (2020) , Türkiye'de İklim Değişimi ve Halk Sağlığı Raporu, Ankara, http://kutuphane.ufuk.edu.tr:9001/details?id=13236&materialType=BK&query
Mollamahmutoğlu, H. (2005), İş Hukuku, Ankara, s.725.
Okur, A.R., (1992),Sağlık Hakkı ve Sağlık Sigortaları, İstanbul.
Özdemir, E.(2014), İş sağlığı ve Güvenliği Hukuku, İstanbul.
Özmen, A., (2021), İklim Değişikliğinin İnsan Sağlığına Etkileri ve Sağlık Sisteminin İklim Değişikliğin
Uluslararası Hastalıkların Sınıflandırılması (ICD), Aydın.
Tulukçu, B.,(2014), "İşverenin Risk Değerlendirmesi Yükümlülüğünün Hukuki Boyutu", MÜHFD, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Cilt 20, Sayı 1, İstanbul.
Tüzer, M., (2011), Küresel İklim Değişikliği ve Potansiyel Etkileri, C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt 12, Sayı 1, 2011, 21-34, https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net

İCRA VE İFLAS KANUNU'NDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLE BORÇLUYA SATIŞ YETKİSİ VERİLMESİ

Dr.Öğretim Üyesi Okay Durman[33]

Özet

24.11.2021 tarihli 7343 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle 111/a maddesi İcra ve İflas Kanunu'na (İİK) eklenmiş ve anılan değişiklik 30.11.2021 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu değişiklik çerçevesinde cebri icra sistemimizde ilk defa borçluya, haczedilen malını rızaen satma olanağı tanınmaktadır. Maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları içeren Yönetmelik de 28.05.2022 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Cebri icra sistemimize ilk defa getirilen bu olanak sayesinde, borçlunun hem taşınır hem taşınmaz mallarını, olağan satış usulü olan ihale yöntemine tabi olmaksızın satması sağlanacaktır. Böylelikle ihale ile satış yöntemine kıyasla daha fazla satış geliri elde edilmesi, borçlunun borcundan daha yüksek miktarda kurtulması; alacaklının da daha yüksek miktarda alacağına kavuşması hedeflenmektedir.

Yine ihale sürecinin uzun zaman alması ve masraflı olması yerine, sürecin borçlu tarafından yürütülerek olabildiğince kısaltılması, ihale işlemlerine göre işlem basamaklarının sadeleşmesi ve hızlandırılması, masrafların da borçlu tarafından yüklenmesi suretiyle azaltılması amaçlanmaktadır.

Yeni bir uygulama olması nedeniyle, özellikle diğer alacaklıların borçluya tanınan satış yetkisine ve satış sürecine itirazlarının olup olamayacağı, alıcıya devredilen mallara ilişkin olarak İİK'ndaki ihalenin feshi hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı, tartışmalı konular olarak göze çarpmaktadır.

Bu Tebliğ metninde tüm tartışmalı yönleriyle, yeni sistemin tanıtılmasına çalışılacaktır.

Abstract

With the amendment made by the Law No. 7343 dated 24.11.2021, Article 111/a was added to the Enforcement and Bankruptcy Code and the said amendment entered into force on 30.11.2021. Within the framework of this amendment, for the first time in our enforcement system, the debtor is given the opportunity to sell his seized property voluntarily. The Communiqué, which contains the procedures and principles regarding the implementation of the article, entered into force on 28.05.2022.

Thanks to this facility, which has been introduced to our enforcement system for the first time, it will be ensured that the debtor sells both his tangible and intangible properties

[33] Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Başkanı, Kırklareli, Türkiye, E-posta: okay.durman@klu.edu.tr, ORCID Numarası: 0000-0002-5995-6651

without being subject to the tender method, which is the ordinary method of sale. Thus, it is aimed that more sales revenue is obtained compared to the method of sale by tender, the debtor is freed from his debt in a higher amount; and that the creditor will also have a higher amount of receivables.
Again, instead of the tender process taking a long time and being costly, it is aimed to shorten the process as much as possible by being carried out by the borrower, to simplify and accelerate the transaction steps according to the tender procedures, and to reduce the costs by burdening the debtor.
As it is a new practice, controversial issues can be listed as to particularly whether other creditors can object to the sales authority and the sale process granted to the debtor, and whether the provisions of the termination of the tender in the IIK can be applied in relation to the goods transferred to the buyer.
In this paper, it is attempted to introduce the new system with its all-controversial issues.
Anahtar Sözcükler: taşınır satışı, taşınmaz satışı, borçlu, satış yetkisi, ihale, ihalenin feshi

GİRİŞ

Beşinci Yargı Paketi olarak adlandırılan ve başta İİK olmak üzere çok sayıda kanunda değişiklik getiren 7343 sayılı ‘‘İcra ve İflâs Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’’ 31675 sayılı ve 30.11.2021 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Anılan Kanun ile, adından anlaşılacağı üzere, diğer kanunlara nazaran en çok İİK’nda değişiklik yapılmış, aynı zamanda İİK içinde de epey değişiklik yapılmış veya yenilikler eklenmiştir.
Konumuz açısından, yeni bir düzenleme olarak 7343 sayılı Kanunun 12. maddesiyle İİK’na “Borçluya satış yetkisi verilmesi” başlıklı 111/a maddesi eklenerek, borcu nedeniyle malına haciz konulan borçluya, icra dairesinin gözetiminde ve icra mahkemesinin denetiminde malını kendisinin rızaen satmasına olanak tanıyacak bir uygulama getirilmiştir. 28.05.2022 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan İcra ve İflâs Kanunu Uyarınca Borçluya Satış Yetkisi Verilmesine Dair Yönetmelik ile de uygulamanın ayrıntıları düzenlenmiş olup, konuya ilişkin bazı açıklamalara aşağıda yer verilmiştir.

BORÇLUYA HACİZLİ MALINI RIZAEN SATMASI İÇİN YETKİ VERİLMESİ

Haczedilen malın bizzat borçlu tarafından satışı için kendisine yetki verilmesine ilişkin 111/a maddesi yeni bir hükümdür. Maddede bu yetkinin kapsamı, süresi ve usulü düzenlenmektedir. Madde, 7343 sayılı Kanun’un 57.maddesi uyarınca 30.11.2021 tarihi itibariyle yürürlüğe girmiştir.

Anılan maddeye ilişkin olarak, Alman ve İsviçre Hukuklarında bir düzenleme yer almamakta; ancak Fransız İcra ve İflas Kanunu'nda m.322 vd. hükümlerinde, İİK m.110/a'ya benzer düzenlemeler getirilmiştir. Anılan düzenlemelere göre, taşınır ve taşınmaz mallar için ayrı ayrı usuller getirilmiş, bu yetki "mallara uygun alıcılar bulma yetkisi" olarak sınırlandırılmıştır.[34]

İİK m.111/a hükmüne göre, borçlu, kıymet takdirinin tebliğinden itibaren yedi gün içinde haczedilen malın rızaen satışı için kendisine yetki verilmesini talep edebilir. 7343 sayılı Kanun'un 57.maddesi uyarınca 30.11.2021 tarihi itibariyle derhal uygulanacak olduğu göz önüne alınırsa, kanunen borçluya satış yetkisi verilmesi için prosedür, kıymet takdirinin tebliğinden itibaren başlayacak olup, 30.11.2021 tarihinden önce, söz konusu mahcuz mala ilişkin olarak kıymet takdiri işlemleri (kıymet takdirinin tebliği ve sonrasında kıymet takdirinin kesinleşmesi) tamamlanmışsa, derhal yürürlüğe giren 111/a maddesinden, prosedür olarak 30.11.2021 tarihinden itibaren faydalanmanın mümkün olmayacağı söylenebilir. Zira rızai satışa ilişkin sürecin başlangıcı kanunen kıymet takdirinin tebliği olup tebliğden itibaren 7 gün içinde borçlunun kendisine yetki verilmesini talep etmesi gerekmektedir. Ancak mahcuz mala ilişkin 30.11.2021 tarihinden sonra ilk defa veya yeniden bir kıymet takdiri yapılmış ve tebliğ edilmişse Kanun'un 111/a maddesi bu mahcuz mallar hakkında prosedüre başlanmak üzere uygulanabilecektir.[35] Kanaatimce, kanun metninde yer alan 7 günlük süre, hak düşürücü süredir. Kanunun konuluş amacına uygun olarak, borçlunun hacizli mallarının olduğu durumlarda, hacizli mallardan bir kısmı veya tamamı için bu yetkinin verilmesi mümkün olmalıdır.

Yine madde metninde "kıymet takdirinin tebliği" ifadesi kullanılmıştır. Oysa İİK m.87 hükmü gereği, menkul hacizlerinde haciz tutanağı düzenlenmesi ve tutanakta hacizli mallara kıymet takdir edildiği hallerde, doğaldır ki, haciz tutanağının düzenlenmesi veya haciz anında orada bulunmaması halinde borçluya tutanağın tebliği ile sürenin başlayacağında tereddüt duymamak gerekir. Yönetmelik m.6/II hükmü de zaten bu şekilde düzenleme getirmiştir.

Burada değinilmesi gereken bir diğer husus, bu hükmün sadece "hacizli"[36] mallar için uygulanacağıdır. Bu yetki, rehnin paraya çevrilmesi ile takipte borçluya veya rehin verenin borçlu dışındaki 3. kişi olduğu hallerde 3. kişiye, keza iflasta müflise

[34] Yabancı mevzuat düzenlemeleri için bkz. Atilla GÜNDOĞAN, Türk İcra İflas Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Borçluya Rızai Satış Yetkisi Verilmesi ve İcra Hukukunda Elektronik Satış,Aristo Yayınevi, İstanbul, 2022, s.42 vd. Yazara göre, Türk sistemi de, Fransız sistemine benzer şekilde, borçluya malına alıcı bulmak için satış yetkisi vermektedir. a.g.e. s.64.

[35] Hakan PEKCANITEZ/Mine AKKAN, "7343 Sayılı Kanunla İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Zaman Bakımından Uygulanması" TBB Dergisi, Yıl;35, Sayı:160, Mayıs-Haziran 2022, s.259-298, s.272

[36] Daha da ötesinde, üzerinde kesin haciz bulunan mallar için uygulanır. Zira ihtiyati veya muvakkat hacizli mallarda, takip kesinleşmeden bir satış talep edilemeyeceğinden, İİK m.111/a hükmünün uygulanması da söz konusu olamayacaktır.

tanınmamıştır. Her ne kadar Adalet Komisyonu raporunda "haczedilen" ibaresinin, "hacizli, rehinli veya ipotekli malın" şeklinde düzeltilmesinin daha uygun olacağı ifade edilmişse de, kanun koyucu tercihini, bu yetkiyi sadece hacizli malın sahibi olan borçluya vermek şeklinde kullanmıştır.[37]

Adalet Komisyonu raporunda, ilk cümlenin sonunun "kıymet takdiri tebliğ edilen icra dairesinden kendisine yetki verilmesini isteyebilir" diye düzenlenmesinin uygun olacağı tavsiye edilmiş, zira farklı icra dairelerinden kıymet takdiri yapıldığı ve tebliğ edildiği hallerde bir karmaşaya yol açılmasının, ayrıca anlaşmalı hacizlerle farklı ve duruma göre yüksek veya düşük değerli kıymet takdirlerinin yaratılmasının önüne geçilmesi adına, sicile kayıtlı hacizli (tavsiye doğrultusunda ayrıca rehinli) mallar açısından bu kıymet takdirlerinin sicile şerh verilmesi sağlanarak en yüksek bedel üzerinden malların satılmasının sağlanması da tavsiye olunmuştur. Kanun koyucu sadece "yetki verilmesini isteyebilir" şeklinde düzenleme yapmıştır. Anılan sorun, Yönetmelik m.3'teki "icra dairesi" tanımına ilişkin düzenleme ile giderilmiş ve burada, yetkinin "kıymet takdirini tebliğe yetkili esas sayılı icra dosyasının kayıtlı bulunduğu icra dairesi"nden isteneceği hüküm altına alınmıştır. Ancak şerh, sadece talebin kendisine yönelik olarak gerçekleşecek, ayrıca kıymet takdirinin kendisinin şerhine ilişkin bir düzenleme Yönetmelikte de yer almamaktadır.

Ayrıca raporda, yetki talebine konu olan malın sicile kayıtlı olması ve üzerinde birden fazla haciz veya rehnin olduğu durumlarda, yetki talebinin sicile şerh verilmesi de tavsiye olunmuştur. Buna benzer bir düzenleme Kanun'da yer almasa da Yönetmelik hükümlerinde yer almaktadır. Yönetmelik m.7/III hükmü uyarınca, sicile kayıtlı bir mal ile ilgili borçlunun rızaen satış talebinde bulunması üzerine icra müdürü, rızaen satış talebinin ilgili sicile işlenmesine yönelik gerekli işlemleri yapar. Her ne kadar madde hükmünde bu bildirimin niteliği yer almasa da, bunun bir şerh olduğu, Yönetmelik m.13/III hükmünde icra Mahkemesince rızaen satış talebinin reddine karar verilmesi durumunda, icra müdürünün, 7.madde gereğince işlenen ***şerhin*** terkini için gerekli işlemleri yapacağının düzenlenmesi ile anlaşılmaktadır.

İİK m.111/A, 2. cümle hükmüne göre, kıymet takdiri yapılmadığı durumlarda borçlu da kıymet takdiri yapılmasını isteyebilir. Burada birkaç noktaya değinmek gerekir. Öncelikle, bu madde hükmünün uygulanması için, ilk şart, 106.madde gereği bir satış talebinin yapılması gereklidir. Burada bir hükme değinmek gerekir. 7343 sayılı Kanun ile 106. Maddede yapılan değişiklik ile, borçluya da satış yetkisi verilmektedir. İİK m.111/A'nın amacına da uygun bir değişiklik olarak göze çarpmaktadır, zira borçluya rızaen satış yetkisi verilmekle beraber, bunun uygulanmasını sadece alacaklının satış

[37] Özellikle rehnin paraya çevrilmesine ilişkin takiplerde de borçluya bu yetkinin verilmesinin faydalı sonuçlar doğurabileceği yönünde bkz. Serdar KALE, "İcra ve İflas Hukukunda Online Satış" 05.12.2021 revize tarihli yazı, www.blog.lexpera.com.tr son ziyaret 31.07.2022.

talebine bağlı kılmak, maddenin uygulamasını da sınırlayacaktı. Bu yönüyle borçluya da yetkinin tanınmış olması yerinde olmuştur. Her ne kadar m.106 hükmündeki değişiklik önce, m.113/I hükmü gereği, alacaklı talep etmeden borçlunun talebiyle de satış yapılabilir ise de, m.113 hükmü, başlığındaki "vaktinden evvel satış" ifadesi gereği, sadece çok acele satılması gereken, muhafazası masraflı veya değeri çabuk düşen mallar için uygulanan bir hüküm olarak algılanmaktaydı. Bu açıdan m.106 düzenlemesi ile ayrıca ve açıkça borçluya satışı talep yetkisi tanınması yerinde olmuştur.

Ancak m.106 hükmündeki değişikliklerin uygulanmasına başlanması için, 7343 sayılı Kanun m.33 hükmü uyarınca, İİK'na eklenen Geçici m.18 hükmü uyarınca, Adalet Bakanlığınca belirlenen il veya ilçelerde, 111/b maddesinin uygulanmasına ilişkin Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren başlanır ve bu değişiklikler en geç bir yılın sonunda ülke genelinde uygulanır. Değişikliklerin hangi il veya ilçede ne zaman uygulanacağı Adalet Bakanlığının resmi internet sitesinde duyurulur. Anılan Yönetmelik, 08.03.2022 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Adalet Bakanlığı'nca yapılan duyuru uyarınca 15.03.2022 tarihi itibariyle Ankara Batı Adliyesi'nde, 01.06.2022 tarihi itibariyle de Ankara, Bursa ve Kayseri illeri ve bu illere bağlı tüm ilçe adliyelerindeki icra müdürlükleri ve satış memurluklarında ihaleler elektronik ortamda yapılmaya başlanmıştır.

106. maddenin yeni hâlinin uygulanması için, öncelikle o yerde elektronik satış uygulamasının başlamış olması gerekmektedir. Bu duyurunun yapılması kanunen geçiş tarihi olarak belirtilmektedir. 106. maddenin uygulanması açısından, uygulamaya geçilen il ve ilçelerde, geçiş tarihinden ***sonra*** haczedilen mallar hakkında, 7343 sayılı Kanun'la değiştirilen 106. madde hükümleri uygulanır. Geçiş tarihinden ***önce*** haczedilen mallar hakkında ise değişikliklerden önceki hükümler ile yürürlükten kaldırılan hükümlerin uygulanmasına devam olunur (İİK geçici m. 18/2, 1. bent). Satış talebinin hangi sürede yapılacağına ilişkin olarak haciz tarihi esas alınacağından, henüz uygulamaya geçilmemiş olan il veya ilçelerde taşınır mallara ilişkin satış isteme süresinde, önceki hükümler çerçevesinde hacizden itibaren altı aylık süreye dikkat edilmelidir.[38] Bu çerçevede, halen uygulamaya geçilmemiş olan yerlerde, İİK m.106 hükmünün eski hali uygulanmaya devam edileceğinden, bu icra müdürlüklerinde hacizli mallarda, borçlunun tek başına satış yetkisi olamayacağından, mecburen alacaklının satış talebinde bulunmasını beklemesi ve alacaklının yapacağı talep üzerine İİK m.111/A, 2.cümle hükmü gereği, kıymet takdirini de tek başına yaptırabilir hale gelmesi söz konusu olacaktır.

Madde hükmüne ilişkin değinilmesi gereken bir husus da, kıymet takdirinin icra müdürlüğüne başvuru ile yapılmasının talep edilmesi gereğidir.[39] Ancak kanaatimce, burada hacizli mala, icra müdürlüğü haricinde, borçlu tarafından masrafların ödenmesi

[38] PEKCANITEZ/AKKAN, a.g.m., s.274.
[39] KALE, a.g.m.

kaydıyla, SPK lisanslı değerleme uzmanlarına da kıymet takdiri yapılması yetkisi verilmesi de mümkün olmalıdır.

İİK m.106/II hükmü gereği, bir yıllık süre içinde satışı istenip de artırma sonucu satışı gerçekleştirilemeyen mahcuz hakkındaki satış isteme süresi, satış isteyen alacaklı bakımından birinci fıkrada belirtilen sürenin sona ermesinden itibaren bir yıl daha uzar.

106.maddenin ikinci fıkrası gereğince uzayan satış isteme süresi, sadece alacaklı bakımından geçerli olacağından, m.111/a gereğince borçlunun satış istemesi halinde, bu yetkiyi hacizden itibaren bir yıl içinde kullanması gerekir; sürenin uzaması hükümleri borçlu için uygulanmaz.[40]

106. maddenin yürürlüğüne ilişkin yukarıda yer verilen açıklamalar dikkate alınmak kaydıyla, taşınır ve taşınmaz satış talep sürelerinin her ikisi için hacizden itibaren 1 yıl haline getirilmiş olması, kıymet takdiri ve diğer tüm satış giderlerinin peşin yatırılması zorunluluğu hükümleri[41] İİK m.111/a gereği borçluya tanınan satış yetkisi açısından uygulanacak; duyurunun yapılmadığı yerlerdeki hacizli mallar için, değişiklik öncesi hükümler uygulanmaya devam edilecektir.

İİK m.106. ve İİK m.111/a'daki değişikliklerin amaçladığı korunmaya değerin, hacizli malın hızlı, seri bir şekilde ve güncel değeri üzerinden satışının yapılması olduğunu söyleyebiliriz.[42]

İİK m.111/a/I, 3.cümle hükmü gereği, icra müdürü, kıymet takdirinin kesinleşmesinden sonra cebrî satış işlemlerini durdurarak borçluya on beş günlük süre verir. Bu açıdan, borçlunun birinci cümle çerçevesinde yaptığı talep üzerine, icra dairesi tarafından hemen kendisine bir satış yetkisi verilmeyecektir. İcra dairesinin borçluya satış yetkisi verebilmesi için kıymet takdirinin kesinleşmesini beklemesi gerekecektir. Kıymet takdirinin kesinleşmesinden sonra satış işlemleri durdurularak borçluya on beş gün süre ve satış konusunda yetki verilecektir.[43] Yönetmelik m.4 hükmü uyarınca, icra müdürlüğü tarafından, Örnek No 57 diye tarif edilen bir yetki belgesi düzenlenecek ve borçluya teslim edilecektir.

Yönetmelik m.7 gereği borçlunun talebi üzerine, icra müdürlüğü tarafından sicile kayıtlı malda, talebe ilişkin bir şerhin derhal malın kayıtlı olduğu sicile verilmesine karşın, kıymet takdirinin kesinleşmesinin aylar, yıllar alabileceği hallerde, bu talebin gereği olan yetkinin verilmesinin de kesinleşmeye bağlı kılınması nedeniyle eş zamanlı olarak çok uzun sürebileceği göz ardı edilmemelidir.

---

[40] KALE, a.g.m.

[41] Masrafların peşin yatırılmasına ilişkin düzenlemelerin uygulanmasına yönelik Tarife de 08.03.2022 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

[42] GÜNDOĞAN, Rızai Satış, s.26.

[43] KALE, a.g.m.

Ayrıca, bu yetki icra müdürlüğünün bir işlemi ile verildiğinden, anılan işlemin İİK m.16 hükmü uyarınca şikayete tabi olacağı ifade edilmelidir.[44] Madde metninde belirtilen on beş günlük sürenin bir hak düşürücü süre olduğunda tereddüt duymamak gerekir.
İİK m.111/a/I, 4.cümle hükmü gereği, borçluya verilen sürenin başlangıcından üçüncü fıkra uyarınca verilen icra mahkemesinin kararına kadar geçen sürede alacaklı bakımından satış isteme süresi işlemez.
İİK m.111/a/II hükmü uyarınca, rızai satışta bedel, malın muhammen kıymetinin yüzde doksanına[45] karşılık gelen miktarı ile o malla güvence altına alınan ve satış isteyenin alacağına rüçhanı olan alacakların toplamından hangisi fazla ise bu miktarı ve ayrıca bu miktara ilave olarak bu aşamaya kadar bu mahcuz için yapılan takip masrafları toplamından az olamaz. Yönetmelik m.5/ç'de, bu değer "asgari rızai satış bedeli" olarak nitelenmiştir.
Burada, öncelikle belirtilmesi gereken husus, satış isteyen alacaklının alacağına rüçhanı olan alacaklının değil de hacizli malın üzerinde takip alacaklısından başkaca hacizlerin bulunması halidir. Bu durumda satışın gerçekleşebilmesi için, satış tutarının, malın muhammen değerinin yüzde doksanını karşılayacak rakama ve ayrıca bu miktara ilave olarak bu aşamaya kadar bu mahcuz için yapılan takip masrafları toplamına ulaşılması yeterlidir. Mahcuz üzerindeki tüm hacizleri karşılayacak bir rakam bu satıştan elbette beklenemez. Satış bedelinden haciz alacaklıları sıra itibariyle istifade edeceklerdir.[46]
Alacaklılaedan hiçbirinin satış istemediği, buna karşın satışın sadece borçlu tarafından istendiği durumlarda, kanaatimce tüm rehinli alacaklıların korunması gereği, mahcuz mal üzerinde mevcut tüm muaccel rehin alacağı tutarlarının toplamı ile malın muhammen değerinin yüzde doksanı kıyaslanarak bir sonuca varılmalı ve yüksek olan değere, bu hacizli mal için yapılan takip masrafları eklenmelidir.
İİK m.111/a/II/, 1.cümle hükmü uyarınca, borçluyla anlaşan alıcının belirlenen bedeli birinci fıkra uyarınca borçluya verilen on beş günlük süre içinde dosyaya ödemesi hâlinde icra müdürü, gerekli bilgi ve belgeleri temin ettikten sonra yukarıda belirtilen şartların bulunduğunu tespit ederse satışın onayı ile malın devir ve teslim işlemlerinin yapılmasına karar verilmesi için dosyayı derhâl icra mahkemesine gönderir.
Dikkat edilirse, icra müdürünün dosyayı nihai karar için icra mahkemesine göndermesi için zorunlu şart, on beş günlük hak düşürücü süre içerisinde, borçlunun anlaştığı alıcının, asgari rızai satış bedelini icra müdürlüğünün hesabına ödemesidir. Yönetmelik m.11

[44] Aynı yönde GÜNDOĞAN, Rızai Satış, s.81.

[45]Tasarı'da oran yüzde seksen olarak belirlenmişse de, borçlunun daha da menfaatine olacağı gerekçesiyle kanun koyucu tarafından oran yüzde doksana çıkarılmıştır.
[46] KALE, a.g.m, Aynı yönde Talih UYAR, "24/11/2021 Tarihli ve 7343 Sayılı İcra ve İflâs Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un Getirdiği Yenilikler", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:96, Sayı:1, Yıl:2022, s.15-101, s.38 dn.10

hükmü gereği, ödeme, doğrudan borçlunun kendisine yapılmamakta, icra dosyasından mahsup edilmek üzere icra müdürlüğüne yapılmaktadır.
Yönetmelik m.5/d hükmü uyarınca, alıcının gerek gerçek gerek tüzel kişi olabileceği, hatta bu kişinin yabancı olabileceği anlaşılmaktadır. Rızaen satışa konu malın taşınmaz olduğu ve alıcının yabancı olduğu hallerde, Tapu Kanunu'ndaki sınırlamalara uygun davranmak gerekecektir.
İcra müdürü, gerekli bilgi ve belgeleri temin ettikten sonra yukarıda belirtilen şartların bulunduğunu tespit ederse, dosyayı mahkemeye göndermektedir. Dolayısıyla, icra müdürlüğü bu anlamda sadece paranın yatırılıp yatırılmadığını değil, bu bedelin "asgari rızai satış bedeli" olup olmadığını da hesaplamalı, bu açıdan varsa, rızaen satışa konu malın sicile kayıtlı olması halinde, güncel kayıtlarını, şartlarını ve takyidatlarını isteterek[47] değerlendirme yapıp sonuca varmalıdır.
Madde hükmünde, icra müdürünün bu değerlendirmeyi ne kadar süre içinde yapacağı düzenlenmemişse, derhal dosyayı icra mahkemesine göndermesi gerektiği belirtilmiştir. Hükmün konuluş amacına uygun şekilde, icra müdürünün kendisinden beklenen değerlendirme eylemini, hem de değerlendirmesinin olumlu olması halinde dosyayı icra mahkemesine gönderme işlemini mümkün olduğunca kısa sürede yapması gerekmektedir.
İİK m.111/a/II/, 2.cümle hükmü uyarınca, icra mahkemesi[48], en geç on gün içinde yapacağı inceleme sonucunda dosya üzerinden talebin kabulüne veya reddine kesin olarak karar verir. Dosya önüne geldiğinde mahkeme koşulların oluştuğuna kanaat getirir ve satış bedelinin de yatırıldığını tespit ederse satışa onay verecektir.[49]
İcra mahkemesi hakiminin kararının kesin olması, doktrinde eleştiri konusu olmuştur. Başta alacaklının bu süreçte onayı alınmaksızın borçluya satış yetkisi verilmesi nedeniyle özellikle haczedilmiş malların ihale ortamında daha yüksek rakamlara satılabilmesi olanağını denemek yerine, asgari rızai satış bedeli ile yetinilmek zorunda kalınılmasının yanı sıra[50], bir de icra mahkemesi hakiminin kabul kararının kesin olması eleştiri konusu olmuştur.
Bir görüşe göre, burada pazarlıkla satışa benzer bir satış söz konusudur. Hacizli mal borçlu tarafından satılmış olsa da, hem icra dairesinin gerekli değerlendirmeleri yapması hem de satış için son kararı icra organı olan icra mahkemesinin vermesi bu satışa kamusal bir boyut katmaktadır. Bu satışın yine de cebri bir satış olduğunu ve açık artırma suretiyle satıştan farklılığının uygulanan satış yönteminden kaynaklandığını kabul etmek gerekir. İcra mahkemesinin verdiği kararın kesinliği, satış koşullarının oluşup oluşmadığına

[47] GÜNDOĞAN, Rızai Satış, s.78.
[48] Adalet Komisyonu raporunda, nihai kabul kararını da icra müdürlüğünün vermesi önerilmişse de, kanun koyucu bu yetkiyi icra mahkemesine tanımıştır.
[49] KALE, a.g.m,
[50] UYAR, a.g.m. s.38, dn.13, KALE, a.g.m

ilişkin icra mahkemesince yapılan şekli bir incelemenin kanun yolu değerlendirmesinde geçmeyeceğine yöneliktir. Dolayısıyla İİK m.111/a gereğince yapılan satışın iptali için ilgililerin m. 134'ten farklı olarak şikayet yoluna başvurması mümkün olmalıdır.[51]
Ancak kanaatimce, burada, bir icra mahkemesinin kararını şikayet yoluyla yine aynı mahkemesinin veya başka bir icra mahkemesinin (aynı yargı çevresinde birden fazla icra mahkemesinin kurulu olduğu hallerde) denetimine tabi tutmak doğru değildir. Özellikle TMK m.705 hükmü uyarınca, bu hal taşınmaz mallar için bir tescilsiz iktisap hali doğuran bir mahkeme kararı gibi kabul edilmeli, bu yönüyle icra mahkemesinin kesin kabul kararına karşı, hukuk mahkemelerinde tapu iptali davası açılması olanaklı olmalıdır. Görüşüme göre, rızaen satış, İİK hükümleri uyarınca gerçekleşen, kendine özgü, özel hukuka tabi bir sözleşme olduğundan, ihalenin feshi hükümlerine tabi olmamalıdır.
İİK m.111/a/II/, 3.cümle hükmü uyarınca, icra mahkemesinin kabul kararı ile malın mülkiyeti alıcıya geçer ve tüm hacizler kaldırılarak devir ve teslim işlemleri gerçekleştirilir. Madde metninde ve aynı şekilde Yönetmelik m.14/I hükmü uyarınca "tüm hacizlerin kaldırılması" suretiyle denilse de, buna ilaveten, eğer varsa, tüm muaccel rehinlerin de kaldırılması suretiyle devrin gerçekleştirileceğinde tereddüt duymamak gerekir. Zira, karşılama prensibi uyarınca, rehnin de karşılanması gerekeceğinden, bunların da alacaklılarının tatmini zaten gerçekleşmiş olacağından, devirde rehinlerden ari şekilde malın devri tamamlanacaktır.[52]
Yönetmelik m.14/II hükmü uyarınca, ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla, devir ve teslim masrafları alıcıya aittir. Örneğin, tapu mevzuatı hükmü uyarınca, tapu harçları alıcı ve satıcıya eşit şekilde yüklenmiş bulunduğundan, rızaen satışa konu olan malın taşınmaz olması halinde, satıcıya ait tapu harcı kısmı, borçlunun borcuna eklenmek kaydıyla, borçlu namına İcra Müdürlüğü tarafından ödenecektir.[53]
İİK m.111/a/II/, 4.cümle hükmü uyarınca, icra mahkemesince ret kararı verilmesi hâlinde yatırdığı bedel alıcıya iade edilir. Gerek İİK m.111/a/III gerekse Yönetmelik m.16 hükmü gereği, satışlar hakkında niteliğine uygun düştüğü ölçüde İİK'nun diğer hükümleri uygulanacağından, bu durumda alıcıya iade edilecek satış bedeli, nemalandırılmış haliyle iade edilecektir.[54]
Bu açıdan, rızaen satışa konu olan malın bir taşınmaz olması halinde, İİK m.135 hükmü uyarınca taşınmazdaki 3. kişinin tahliyesi gerçekleştirilebilecektir.[55] Adalet Komisyonu raporunda da buna ilişkin bir düzenlememenin İİK metninde yer alması tavsiye edilmiş ise de, kanun koyucu tarafından bu yönde bir düzenleme maddeye konulmamıştır.

[51] KALE, a.g.m.
[52] Aynı yönde GÜNDOĞAN, Rızai Satış, s.85.
[53] Adalet Bakanlığı İcra İşleri Dairesi Başkanlığı'nın 02.06.2022 tarihli ve 5667 sayılı Genelgesi. Genelgeye göre, rızaen satışlarda KDV alınmayacak, damga vergisi tahsil edilecek, bu satışlar hacizden sonra gerçekleştiği için tahsil harcı oranı % 11.38 olarak uygulanacaktır.
[54] UYAR, a.g.m. s.38, dn.12, KALE, a.g.m.
[55] GÜNDOĞAN, Rızai Satış, s.88.

TMK m.732 hükmü uyarınca, paylı mülkiyette bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satması halinde, diğer paydaşlar önalım hakkını kullanabileceği düzenlenmiş, yine m.733 hükmü gereğince, cebri arttırmayla yapılan satışlarda önalım hakkının kullanılamayacağı düzenlenmiştir. Kanaatimce, rızaen satış da, İİK hükümleri, yani mevcut bir icra dosyasına dayanan cebri icra uyarınca gerçekleştiğinden -her ne kadar m.733 anlamında artırma yoluyla yapılmıyor olsa da- rızaen satışa konu malın paylı mülkiyete tabi olması halinde, MK m.732 hükmüne tabi olmayacak ve diğer paydaşlar önalım hakkını kullanamayacaklardır.

SONUÇ

7343 sayılı Kanun değişikliği ile İİK'na eklenen ve borçluya hacizli malını, olağan satış usulü olan ihale yöntemi haricinde rızaen satma olanağı getiren İİK m.111/a hükmü, esasen önemli bir yeniliktir. Ancak yukarıda belirtildiği üzere hala birkaç noktada eleştirilere uğramaktadır. Özellikle, sürece alacaklının hiç rızası alınmaksızın başlanması ve sürecin sürdürülmesi, bu olanağın sadece hacizli mallarla sınırlı kalmaması, yanı sıra rehinli mallara ve iflas masasına girmiş mallara da tanınması, icra mahkemesinin satışın onayına ilişkin kararının kesin olması, devrin mal üzerindeki hacizlere ilaveten rehinlerden de ari olarak gerçekleşeceğinin açık şekilde düzenlenmesi gereği, düzenleme veya yeniden gözden geçirme ihtiyacı olan hususlar olarak göze çarpmaktadır.

KAYNAKÇA

GÜNDOĞAN, Atilla: Türk İcra İflas Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Borçluya Rızai Satış Yetkisi Verilmesi ve İcra Hukukunda Elektronik Satış, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2022.

KALE, Serdar: "İcra ve İflas Hukukunda Online Satış" 05.12.2021 revize tarihli yazı, www.blog.lexpera.com.tr son ziyaret 31.07.2022.

PEKCANITEZ, Hakan/AKKAN, Mine: "7343 Sayılı Kanunla İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Zaman Bakımından Uygulanması" TBB Dergisi, Yıl;35, Sayı:160, Mayıs-Haziran 2022, s.259-298.

UYAR, Talih: "24/11/2021 Tarihli ve 7343 Sayılı İcra ve İflâs Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un Getirdiği Yenilikler", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:96, Sayı:1, Yıl:2022, s.15-101,

BORÇLAR HUKUKUNDA "SEBEP" (*CAUSA*) KAVRAMLARI*

Doç. Dr. H. Tolunay OZANEMRE YAYLA**

I. Sebep (*causa*) Kavramının Borçlar Hukukunda Genel İtibariyle Çeşitli Görünümleri

Sebep kavramı borçlar hukukunda birbirinden kısmen veya tamamen farklı bazı hususları ifade etmek üzere kullanılmaktadır.

Borçlar hukukunda sebep (*causa*) kavramı, kökleri Roma Hukuku'na dayanan ve daha sonra aydınlanma döneminde de önem arz eden temel bir hukuki kavramdır[1] ve günümüzde esas itibariyle birbirinin uzantısı niteliğinde olmayan farklı hususları ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Bunlardan ilki kazandırıcı işlemin sebebi olarak sebep (*causa*) kavramıdır. İlgili sebep kavramları, kazandırıcı işlemin sebebi olarak yapılan bir kazandırmanın sebebi olarak temel ayrım çerçevesinde ifa, bağışlama, alacak ve teminat sebebi; ayrılık prensibi çerçevesinde birbirinden farklı işlemleri oluşturan taahhüt ve tasarruf işleminde, tasarruf işleminin sebebi olarak bu tasarrufa ilişkin taahhüdü içeren taahhüt işlemi ve son olarak gerek adî gerek ticarî senetlerde senetteki alacağın sebebi olarak ifade edilen alacağa ilişkin temel borç ilişkisi olarak sıralanabilir.

II. Kazandırıcı İşlemde Sebep

Bir başkasına parayla ölçülebilir bir menfaatin kazandırıldığı hukuki işlemler kazandırıcı hukuki işlem olarak adlandırılır[2]. Öğretide *von Tuhr* ve *Peter*[3], İsviçre Borçlar Kanunu'nun, Türk Borçlar Kanunu'nun 77'nci maddesini karşılayan 62'nci maddesi ile 285'inci maddesini karşılayan 239'uncu maddesinde bu anlamda "kazandırma"nın söz konusu olduğunu; buna karşılık "borcun ifası olarak kazandırma"nın, bu şekilde bir kazandırmadan ziyade "ifa" anlamına geleceğini ifade etmektedir. *Schönenberger* ve *Jäggi*[4] de "ifa"nın (*Leistung*), "kazandırma" kavramıyla yakın akraba olduğunu; ancak bu kavramların özdeş olmadığını; örneğin bir sözleşme çerçevesinde konser verme ediminin yerine getirilmesinin "ifa" anlamına geldiğini, ancak ortada bir kazandırma bulunmadığını belirtmektedir.

---

* Bu çalışma yazarın "Alacağın Devri İşleminin Geçerliliği ve Sebeple Olan İlişkisi (İllîliği)" başlıklı doçentlik tezinden yararlanılarak oluşturulmuştur.

** Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
ORCHID: 0000-0002-4669-1674 tolunayozanemre@cankaya.edu.tr

1 Bucher, E. (1988). Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht. Zürich Basel Genf: Schulthess, s. 52.

2 von Tuhr, A. ve Peter, H. (1984). Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band I (mit Supplement). Zürich: Schulthess, s. 198; Kocayusufpaşaoğlu, N. vd. (2017). Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, I. Cilt. İstanbul: Filiz Kitabevi Yayınları, N. 38;

3 von Tuhr, A. ve Peter, H. (1984), s. 198, dpn. 2.

4 Schönenberger, W. ve Jäggi, P. (1973). Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürcher Kommentar V. Band: Obligationenrecht, Teilband V 1a; Allgemeine Einleitung, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR, Kommentar zu den Art. 1-17 OR. Zürich: Schulthess, Art. 1, N. 32.

Gerek borçlanma işlemiyle gerek tasarruf işlemiyle yapılan kazandırma[5], bir sebep (*causa*) çerçevesinde gerçekleştirilir[6]. Dolayısıyla kazandırıcı işlem, bir borçlanma işlemi olabileceği gibi bir tasarruf işlemi de olabilir.

Konuya ilişkin diğer açıklamalara geçmezden evvel önemle vurgulanmalıdır ki, kazandırıcı işlemin sebebi konusuna ilişkin tarihsel süreçte başlangıçtan itibaren süregelen muğlaklığın, bu halde sebebin, "işlemin kendisinde mevcut (işlemde mündemiç)" bir sebep olduğu düşüncesinden kaynaklandığı kanaatindeyiz. Bize göre, "kazandırmanın sebebi", kazandırmada bulunanın o hukuki işlem bakımından doğrudan takip ettiği ve kazandırıcı işleme hukukî niteliğini kazandıran temel amacı ifade eder ve bu şekilde kazandırıcı işlemi yapan taraf bakımındandır. Zira kendisine kazandırmada bulunulan taraf, aynı işlemle diğerine bir kazandırmada bulunmadıkça, onun bir kazandırma amacıyla hareket ettiğinden bahsedilemez ve onun açısından bir kazandırma sebebi söz konusu olamaz[7]. Ancak aşağıda da ele alınacağı üzere, kazandırmada bulunan tarafça güdülen kazandırma amacının kazandırma lehtarı bakımından biliniyor olması veya bilinebilecek durumda olması aranır.

Tarafların borçlanma işlemini yaparken güttükleri öznel ve uzak amaç (saik), kazandırıcı işlemin sebebinden farklıdır[8]. Örneğin alıcının daha büyük ekran bir televizyondan belgesel seyretmeye ilişkin saiki satış sözleşmesi bakımından *causa* teşkil etmez. Bu halde örnek bakımından satış sözleşmesinin *causa*'sı alıcı bakımından bedelini ödeyerek bir televizyonu teslim almaya ilişkin alacak hakkı elde etmektir (*causa acquirendi*). Satıcı açısından ise *causa*, bir televizyonun teslimine bağlı olarak alacak hakkı elde etmek olacaktır (*causa acquirendi*)[9]. Bu örnek bakımından satıcının alıcıya televizyonu teslim etmesi ve bu çerçevede satıcının borcun ifasına yönelik hukuki işlemi kazandırıcı bir tasarruf işlemidir ve bu tasarruf işleminde *causa* ifa sebebidir (*causa solvendi*).

Kazandırıcı işlemin sebebi çok çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir ve bu çerçevede kazandırıcı işlemde sebeplerin sınırlılığından bahsedilemez[10]. Ancak kazandırıcı işleme ilişkin başlıca (en sık anılan) sebepler *kısmen* Roma Hukuku'na dayanan bir ayrım

[5] Önemle belirtilmelidir ki, sadece hukukî işlemle değil, maddî fiille de kazandırmada bulunulabilir. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, N. (2017), N. 38.

[6] Eren, F. (2021), Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Yetkin Yayınları, N. 502 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, N. (2017), N. 38; Serozan, R. (2017). Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku. İstanbul: Vedat Kitapçılık Yayınları, III, § 4, N. 1a.

[7] Doğrudan olmasa da dolaylı olarak aynı yönde Serozan, R. (2017), III, § 4, N. 1a.

[8] Serozan, R. (2017), N. 3; Eren, F. (2021), N. 506; Gümüş, M. A. (2021), Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 114; Oğuzman, M. K. ve Öz, M. T. (2019), N. 648.

[9] Bu halde, "karşı edim alacağına sahip olma amacı"nın söz konusu olduğu hakkında bkz. Eren, F. (2021), N. 517, ayrıca bkz. N. 513.

[10] Bucher, E. (1988), s. 64, dpn. 28; Serozan, R. (2017), III, § 4, N. 1a; Gümüş, M. A. (2021, s. 113. *Gümüş*, ayrımın tahdidi olmadığını, yenileme sebebi (*causa novandi*), tespit sebebi, cihaz sebebi (*dotis constituenda causa*), şartı yerine getirme sebebi (*condicioinis implendae causa*), müstakbel neticenin ifası sebebi (*datio ob rem, ob causam futuram*), inanç sebebi (*causa fiduciae*) gibi sebeplerin de bulunduğunu ifade etmektedir. Bkz. ibid, s. 113, dpn. 76.

çerçevesinde ifa sebebi (*causa solvendi*), alacak sebebi (*causa acquirendi, causa credendi*), bağışlama sebebi (*causa donandi*), teminat sebebi olarak sıralanabilir[11]. Yine önemle belirtilmelidir ki, yapılan kazandırıcı işlemde aynı anda birden fazla sebebin bulunması da mümkündür[12]. Örneğin karma bağışlama niteliğindeki taahhüt işleminde bağışlayan bakımından bağışlama sebebi ve alacak sebebi bir arada bulunur; buna karşılık kendisine karma bağışlamada bulunulan taraf bakımından menfaat değeri kendisine düşen edimin değerini aşan karşı edime ilişkin bir alacak sebebi söz konusudur.

Bu halde kazandırmada bulunan tarafın işlemde takip ettiği *causa*'nın diğer tarafça yanlış anlaşılması, farklı değerlendirilmesi, bilinmemesi vb. hallerde bu durumun sonuçlarının ne olacağı konusuna da değinmek gerekir. Eğer kazandırıcı işlem bir taahhüt işlemi ise ve taraflardan biri tarafından taahhüt işlemi yapılırken takip edilen *causa*, diğer tarafça başka şekilde değerlendirilmiş ve bu şekilde kendisine kazandırmada bulunulan taraf kazandırma bakımından farklı bir *causa* izlendiği kanaatiyle hareket etmişse, irade beyanları arasında gerçek bir uyuşmanın varlığından bahsedilemeyecektir. Bu durumun sonucu olarak da işlemin yokluk ile malûl olması söz konusu olacaktır[13]. Kazandırıcı işlem tasarruf işlemi niteliğindeyse, tarafların kazandırıcı sebep (*causa*) üzerinde anlaşmaya varamamış olmaları kazandırmanın sebepsiz zenginleşme teşkil etmesine yol açacaktır. Bu halde ifa yoluyla zenginleşmelerde "sebebin hiç bulunmayışı" söz konusu olur. Örneğin, B, A'ya 50.000 TL'yi ödünç olarak vermiş; A ise paranın kendisine elden bağışlandığını düşünmüş olsun. Bu halde A, 50.000 TL'yi B'ye sebepsiz zenginleşme kuralları çerçevesinde iade etmekle yükümlü olacaktır.

Konuya ilişkin genel itibariyle tasarruf işlemi bakımından kazandırıcı işlemin sebebinin, bu işlemden önce gelen taahhüt işlemi olduğu belirtilmekteyse de kanaatimizce bu perspektif yanlıştır. Öncelikle, "kazandırıcı" olup olmama, Türk-İsviçre, Alman ve Avusturya Hukukları gibi ayrılık prensibini kabul eden ülke hukukları dışında diğer tüm ülke hukuklarında da mevcut işlemler bakımından yapılması mümkün bir değerlendirmedir. Başka bir ifadeyle kazandırıcı işlemin sebebi kavramının, taahhüt ve tasarruf işlemlerine ilişkin ayrılık ve birlik prensiplerinin ötesinde bağımsız bir anlamı vardır. Bu çerçevede ülkedeki hukuk düzeni içinde ister ayrılık prensibi ister birlik prensibi kabul edilmiş olsun; bir işlemdeki kazandırıcı etki ilgili prensipten ayrı şekilde değerlendirilebilir. Oysa aşağıda ele alınacağı üzere tasarruf işleminin kendisinden önce gelen taahhüt işlemi ile olan ilişkisi, doğrudan ve sadece ayrılık prensibi ile ilgilidir.

III. Taahhüt-Tasarruf İşlemi Ayrımı Özelinde Sebep

---

[11] von Tuhr, A. ve Peter, H. (1984), s. 200; Eren, F. (2021), N. 511; Oğuzman, M. K. ve Öz, M. T. (2019). Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, İstanbul: Vedat Kitapçılık Yayınları, N. 647 ayrıca bkz. *ibid*, dpn. 587; Tekinay, S. S. vd. (1993). Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul: Filiz Kitabevi Yayınları, s. 49-50.

[12] Eren, F. (2021), N. 520.

[13] Aynı yönde bkz. Serozan, R. (2017), III, § 4, N. 4. Yapısal olarak kazandırıcı işlemde sebep konusunu farklı şekilde ve bu bağlamda işlemde mündemiç bir özellik olarak telakki etmekle birlikte, tarafların *causa* üzerinde mutabık olmalarının işlemin kuruluşu ve geçerliliği bakımından önem arz ettiği yönünde ayrıca bkz. Eren, F. (2021), N. 507.

Kanaatimizce, kazandırıcı işlemin sebebi kavramından farklı olarak, doğrudan hukukî işlem bakımından yapılan bir değerlendirmeye karşılık gelen diğer sebep kavramı taahhüt ve tasarruf işlemlerine ilişkin sebep kavramıdır. Bu halde kazandırma amacından değil, işlemin kendisi dışında başka bir işleme bağlı olup olmadığından hareket edilmektedir. Başka bir ifadeyle, konu kazandırma ile güdülen ve *causa proxima* teşkil eden sebep olmayıp; işlemin hukuken geçerli olmasının bir başka işlemin mevcut ve geçerli olmasına dayanıp dayanmadığıdır.

Bu halde hukukumuzdaki taahhüt ve tasarruf işlemi ayrımı son derece önem arz eder. Bu çerçevede Türk-İsviçre Hukukları ile diğer bazı ülke hukuklarında taahhüt ve tasarruf olmak üzere iki ayrı işlem söz konusudur[14]. Ayrılık prensibi (*Trennungsprinzip*) olarak adlandırılan bu prensipte, temel itibariyle hakkın geçişine ilişkin sözleşme ile hakkın geçişi iki ayrı işlem teşkil eder. Bu prensip, Türk-İsviçre Hukuklarının yanı sıra, Kıta Avrupası Hukuk sistemi içinde Alman Hukuku'nda[15] mevcut olduğu gibi (Verpflichtungsgeschäfte – Verfügungsgeschäfte), keza sistematiği itibariyle Alman ve İsviçre Hukukları ile örtüşen Avusturya Hukuku'nda[16] de benimsenmiştir.

---

[14] Honsell, H. (2005). Tradition und Zession – kausal oder abstrakt?, Norm und Wirkung – Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, Bern-München: Stämpfli, Beck, s. 3; Bucher, E. (1988), s. 44-45; Rey, H. (2000). Die Grundlagen des Sachenrechts, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts Bd. I, Bern: Stämpfli Verlag, N. 348.

[15] Bkz. Alman Medenî Kanunu'nun [Ausfertigungsdatum: 18.08.1896, Vollzitat: "Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 20. Juli 2017 (BGBl. I S. 2787) geändert worden ist"] 873'üncü ve 929'uncu paragrafları. Alman Medenî Kanunu'nun 873'üncü paragrafının ilk fıkrası şu ifadeyi taşımaktadır: "*Zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück, zur Belastung eines Grundstücks mit einem Recht sowie zur Übertragung oder Belastung eines solchen Rechts ist die Einigung des Berechtigten und des anderen Teils über den Eintritt der Rechtsänderung und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt.*" İlgili hüküm gereği Alman Hukuku'nda, taşınmazın mülkiyetinin devri, bir taşınmazın bir hakla kayıtlanması, keza taşınmaz üzerindeki bir hakkın devri veya taşınmaza ilişkin hak üzerinde başka bir hak tesis edilmesi, kanunda aksi öngörülmüş olmadıkça, hak sahibi ile karşı taraf arasında bu konuya ilişkin mutabakatı takiben değişikliğin tapu siciline işlenmesiyle gerçekleşir. Keza Alman Medenî Kanunu'nun 929'uncu paragrafı da şu ifadeyi taşımaktadır: "*Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, dass der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, dass das Eigentum übergehen soll. Ist der Erwerber im Besitz der Sache, so genügt die Einigung über den Übergang des Eigentums.*" Bu şekilde, Alman Hukuku'nda taşınır bir malda mülkiyetin geçirilmesi için, malın malikinin malı edinecek kişiye vermesi ve bu işlemle mülkiyetin malı alan tarafa geçeceği konusunda mutabakata varmış olmaları gerekir. Hükme göre, eğer malı edinecek olan kişi hâlihazırda malın zilyedi ise, tarafların malın mülkiyetinin malı elinde bulunduran zilyede geçeceği hususunda mutabakatları yeterli olacaktır.

[16] Bkz. Avusturya Medenî Kanunu'nun 380'inci ve 425'inci paragrafları [Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB), StF: JGS Nr. 946/1811) § 380, § 425]. İlgili 380'nci paragraf şu ifadeyi taşımaktadır: "*Ohne Titel und ohne rechtliche Erwerbungsart kann kein Eigenthum erlangt werden.*" Söz konusu hüküm çerçevesinde Avusturya Hukuku'nda hukukî sebep ve ilgili hukukî edinim yöntemi olmaksızın mülkiyet kazanılamamaktadır. Avusturya Medenî Kanunu'nun 425'inci paragrafı ise şu ifadeyi içermektedir: "*Der bloße Titel gibt noch kein Eigenthum. Das Eigenthum und alle dingliche Rechte überhaupt können, außer den in dem Gesetze bestimmten Fällen, nur durch die rechtliche Uebergabe und Uebernahme erworben werden.*" Söz konusu hükümden, Avusturya Hukuku'nda, salt borçlandırıcı işlemin mülkiyetin geçişi sonucunu doğurmadığı; kanunda belirtilen durumlar dışında, mülkiyet hakkı ile diğer bütün aynî hakların, hukukî devretme ve devralma neticesinde edinilebileceği anlaşılmaktadır.

Ayrılık prensibinin (*Trennungsprinzip*) karşısında birlik prensibi (*Einheitsprinzip*) yer almaktadır[17]. Birlik prensibi, diğer adıyla anlaşma prensibi (*Einheitsprinzip, Konsensprinzip*) olarak adlandırılan bu prensipte, taahhüt işlemi tasarruf işlemi ayrımı söz konusu değildir, taahhüt ve tasarruf aynı işlemde gerçekleşir ve ayrılamaz; taraflar arasında mülkiyetin veya alacak hakkının veya başka bir hakkın geçişini konu edinen sözleşmenin yapılmasıyla birlikte, ayrıca bir tasarruf işleminin yapılması gerekmeksizin malın mülkiyeti ve ilgili hak bakımından hak sahipliği karşı tarafa geçmiş olur.[18] Birlik prensibi (*Einheitsprinzip*), sadece satışın konusunun belirli bir şey olduğu satış sözleşmeleri ile hakkın taraflar arasındaki işlemle kurulması veya alacak hakkı da dâhil olmak üzere belli bir hakkın devriyle sınırlı olmak üzere Fransız Hukuku'nda[19] ve İtalyan Hukuku'nda[20] kabul edilmiş bulunmaktadır.

Taahhüt işlemi bakımında bu işlemin sebebinin kendi içinde olduğu genel olarak kabul edilmektedir[21]. Ancak elbette yapılan sözleşmede ilgili sözleşmenin geçerliliği başka bir sözleşmenin geçerliliğine bağlanmış olabilir. Bu halde irade serbestîsinin gereği olarak ve bu serbestînin sınırları içinde böyle bir sözleşme geçerli olarak nitelendirilir. Keza geçerli olarak kurulabilen bağlantılı sözleşmelerde de her bir sözleşmenin sebebi diğer sözleşmedir.

---

[17] Birçokları içinde bkz. Sutter-Somm, T. (2007). Dinglicher Vertrag und dingliche Einigung im schweizerischen Privatrecht. ZGB gestern – heute – morgen, FG zum schweizerischen Juristentag. Zürich: Schulthess, s. 182; Honsell, H. (2005), s. 3.

[18] Bucher, E. (1988), s. 44; Stadler, A. (1996). Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) s. 31 vd.; Sutter-Somm, T. (2007), s. 182.

[19] Bkz. Fransız Medenî Kanunu'nun 1583'üncü maddesi (Code Civil Art. 1583). Söz konusu hüküm şu ifadeyi taşımaktadır: "*Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé.*" Hükmün, İngilizce'ye tercümesi ise şu şekildedir: "*It is perfect between the parties and the ownership is acquired as of right by the buyer with regard to the seller as soon as they have agreed on the thing and on the price, although the thing has not yet been delivered nor the price paid.*" (https://www.legifrance.gouv.fr/Media/Traductions/English.../code_civil_20130701_EN *adresinden edinilmiştir). Söz konusu Fransızca metnin İngilizce çevirisinden de anlaşıldığı üzere, Fransız Hukuku'na göre tarafların satış sözleşmesinde satışın konusu ve satış bedelinde anlaşmaya varmaları üzerine, henüz satışın konusunu oluşturan husus teslim edilmemiş ve satış bedeli ödenmemiş olsa bile sözleşme kurulmuş ve mülkiyet de alıcıya geçmiş olur.*

[20] Bkz. İtalyan Medenî Kanunu'nun 1376'ncı maddesi (Codice Civile Art. 1376). Söz konusu hüküm şu ifadeyi taşımaktadır: "*Nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprieta' di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto, la proprieta' o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato.*" Hükme ilişkin Almanca ve İngilizce metinlerden anlaşıldığı kadarıyla söz konusu hükme göre, belli bir malın başkasına devri veya gerçek bir hakkın kurulması yahut bir başkasına devrini veya bir başka hakkın devrini konu edinen sözleşmelerde, ilgili mala veya hakka ilişkin hak sahipliğinin geçişi sözleşmenin kurulmasıyla gerçekleşmektedir.

[21] Schwenzer, I. (2006). Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil. Bern: Stämpfli Verlag, N. 3.42; Bucher, E. (1988), s. 53-54. *Bucher* tarafından da ifade edildiği üzere (özellikle de taahhüt işlemi niteliğindeki sözleşmeler için geçerli olmak üzere, sözleşmenin sebebi sözleşmenin geçerliliğine etkili ve bu anlamda hukuken önem arz eden bir husus değildir. Bu çerçevede yazar eğer sözleşme tarafların sağlıklı iradeleri çerçevesinde ve İsviçre Borçlar Kanunu'nun, Türk Borçlar Kanunu'nun 26'ncı ve 27'nci maddelerini karşılayan 19 ve 20'nci maddelerindeki sınırlar çerçevesinde ise ve İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 23'üncü maddesini karşılayan 27'nci maddesine de aykırılık oluşturmuyorsa artık söz konusu sözleşmenin yapılmasına ilişkin sebebin geçerli olup olmadığını sorgulamaya yer olmadığını belirtmektedir. Bkz. *ibid*, s. 53-54. Ayrıca bkz. Gümüş, M. A. (2021), s. 114-115.

Taahhüt işlemi ile hedeflenen ve fakat bu işlemin yapılmasıyla gerçekleşmemiş olan sonuç tasarruf işleminin yapılmasıyla birlikte gerçekleştiğinden, tasarruf işleminin sebebi, bu tasarruf işleminin yapılmasına yönelik taahhüt işlemidir[22]. Esasen sebebe bağlılık, sebepten soyutluk tartışmaları da bu anlamıyla tasarruf işleminin, bu işlemden önce yapılan ve aynı zamanda söz konusu tasarruf işleminin sebebini oluşturan taahhüt işlemiyle olan ilişkisine ilişkindir.

Tasarruf işleminin kendisinden önce gelen taahhüt işlemiyle arasındaki bağı ifade eden bu sebep kavramında, eğer tasarruf işlemi sebebe bağlı ise, sebebi oluşturan taahhüt işleminin geçersizliği üzerine (keza yokluğu yahut geçersizliği olarak da ifade edilir), kendiliğinden tasarruf işlemi de geçersiz olur. Bu durumun neticesi olarak da hakka ilişkin tasarrufî etki doğmaz. Bu şekilde örneğin, S, A'ya taşınmazı satmış ve onun adına tescili sağlamış ve sözleşmede de (tasarruf işleminde bulunmayan) bir kesin hükümsüzlük sebebi bulunuyor olsun. Bu halde tescil işlemi (tasarruf işlemi) kendiliğinden geçersiz olacak ve taşınmazın mülkiyeti de alıcıya geçmemiş olacaktır. Satıcı, bu halde, iyiniyetle sicilden üçüncü kişinin hakkı kazanması durumu söz konusu olmadıkça sicilin düzeltilmesi davası açarak sicildeki kaydın gerçek durumu yansıtmasını sağlayabilir.

Buna karşılık tasarruf işleminin sebepten soyut olması halinde, taahhüt işleminin geçersiz olması durumunda tasarruf işlemi bundan etkilenmeyecek ve tasarrufî etki gerçekleşmiş olacaktır. Ancak bu halde sebep mevcut olmadığı veya geçersiz olduğundan, tasarruf işlemine bağlı sonuç sebepsiz zenginleşme teşkil edecektir. Önemle belirtilmelidir ki bu son hal bakımından geçersizlik özdeşliği mevcutsa (taahhüt işlemini geçersiz kılan sebep, tasarruf işlemini de geçersiz kılıyorsa srtık soyutluğun bir anlamı kalmayacak tasarruf işlemi geçersiz olacaktır.

IV. Alacak Senetlerinde, Alacağın Dayandığı Temel Borç İlişkisi Anlamında Sebep

Borçlar hukukunda sebep kavramı, diğer iki sebep kavramının yanı sıra, senede bağlı alacaklarda temel borç ilişkisini ifade etmek için de kullanılmaktadır. Bu çerçevede, senede bağlı alacaklar bakımından sebep kavramı, senetteki alacağın dayanağı olan temel borç ilişkisini ifade eder[23]. Türk Borçlar Kanunu'nun 18'inci maddesine göre borcun sebebini içermese bile borç tanıması geçerlidir. Buna göre borç tanımasında[24] sebep ve

[22] Taahhüt işleminin sebebinin kendi içinde olduğu; buna karşılık tasarruf işleminin bu bağlamda hukukî sebebini taahhüt işleminin oluşturduğu hakkında bkz. Bucher, E. (1998), s. 53-54; Schwenzer, I. (2006), N. 3.42; Serozan, R. (2017), III § 4, N. 4; Guhl, T. ve diğerleri (2000). Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, Zürich: Schulthess, § 12, N. 24.

[23] Öğretide *Berger* tarafından da ifade edildiği üzere, esasen bu halde temel borç ilişkisi, söz konusu alacak hakkının sebebi olmayıp, kaynağıdır ve bu çerçevede temel borç ilişkisini ifade etmek üzere "sebep" kavramının kullanılması yerinde sayılamaz. Bkz. Berger, B. (2008). Allgemeines Schuldrecht. Bern: Stämpfli Verlag, N. 277.

[24] Borç tanıması, borçlunun, alacaklıya olan bir borcunu tanımasını ifade eder. Borç tanıması yazılı veya sözlü olabilir. Birçokları içinde bkz. Schwenzer, I. (2015). Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, Art. 17 OR, N. 3; Koller, A. (2009). Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht. Bern: Stämpfli Verlag, § 24, N. 6; Sungurbey, İ. (1957). Borç İkrarı ve Borç Vaadi. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, s. 60 vd.; Oğuzman, M. K. ve Öz, M. T. (2019), N.

bu çerçevede borcun doğduğu temel borç ilişkisi gösterilmiş yahut gösterilmemiş olabilir ve borcun sebebinin ve bu çerçevede temel borç ilişkisinin borç tanımasında gösterilmemiş olması borç tanımasının geçersiz olması sonucunu doğurmaz.

Borç tanımasının hukukî niteliği öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre[25], borç tanıması borçlu tarafından borcun tanınmasını alacaklının kabul etmesiyle kurulan bir sözleşme niteliğindedir. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre[26] ise borç tanıması borçlunun temel borç ilişkisine ilişkin tek taraflı bir irade açıklamasıdır.

Borcun sebebi yazılı borç tanımasında gösterilmiş olsun veya olmasın her borcun ve bu çerçevede borç tanımasında "tanınan" (ikrar edilen) borcun da bir sebebi vardır; neticede hiç kimse bir diğer kişiye durup dururken örneğin 5.000 TL borçlu olmaz.[27] Öğretide borç tanımasında ilişkin senette borcun sebebini oluşturan temel borç ilişkisi gösterilmişse bu borç tanıması "sebebe bağlı borç tanıması" (*kausales Schuldbekenntnis*); gösterilmemişse ilgili borç tanıması "sebepten soyut borç tanıması" (*abstraktes Schuldbekenntnis*) olarak nitelendirildiği görülmektedir.[28] Ancak yazılı borç tanımasında yer alan borcun kaynaklandığı temel borç ilişkisinin söz konusu yazılı borç tanımasında gösterilmemesi hali bakımından, temel borç ilişkisinden bağımsız bir borcun mu teşekkül edeceği yoksa temel borç ilişkisinin yazılı borç tanımasında gösterilmemiş olmasının bu şekilde yeni bir borç teşekkülüne neden olmayıp sadece borçlunun ispat yükünü mü ağırlaştıracağı tartışmalıdır. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre[29], borç tanımasında sebebin gösterilmemiş olması durumunda, temel borç ilişkisinden bağımsız soyut bir borcun teşekkül eder. Konuya ilişkin olarak bizim de katıldığımız diğer görüş ise[30] borç

652; Tekinay, S. S. ve diğerleri (1993), s. 142; Karlı, Ö. (2008). Sebebi Gösterilmeyen Borç Tanıması (Mücerret Borç İkrarı BK m. 17). İstanbul: Vedat Kitapçılık Yayınları, s. 40 vd.

[25] Kramer, E. A. ve Schmidlin, B. (1986). Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Berner Kommentar Band/Nr. VI/1/1. Bern: Stämpfli Verlag AG, Art. 17, N. 35; Schwenzer, I. (2015), Art. 17 OR, N. 3; Bucher, E. (1988), s. 60; Tekinay, S. S. ve diğerleri (1993), s. 137; Eren, F. (2021), N. 547 vd.; Hatemi, H. ve Gökyayla, E. (2017). Borçlar Hukuku, Genel Bölüm. İstanbul: Vedat Kitapçılık Yayınları, § 6, N. 2.

[26] Schönenberger, W ve Jäggi, P. (1973), Art. 17 OR, N. 8; Koller, A. (2009), § 24, N. 9; Gauch, P. ve Schluep, W. R. ve Schmid, J. (1998). Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I. Zürich: Schulthess, Bd. I, N. 1178. *Koller*, tek taraflı bir irade açıklaması teşkil eden borç tanımasının karşı tarafın bu borç tanımasını ilişkin bir "karşı irade açıklaması"nda (*Gegenerklärung des Erklärungsempfängers*) bulunmasıyla hüküm ve sonuç doğuracağını ifade etmektedir. Bkz. Koller, A. (2009), § 24, N. 14.

[27] *Bucher*, konuya ilişkin açıklamalarında bu hususa değinmekte ve kimsenin güzel bir gün durup dururken bir kimseden 500 Frank alacaklı veya birine 500 Frank borçlu olamayacağını; söz konusu borcun (ve tabii borca karşılık gelen alacağın) ancak borcun doğumunu sağlayan borç ilişkisi üzerinden nitelendirilebileceğini ifade etmektedir. Bkz. Bucher, E. (1988), s. 55.

[28] Bkz. Kramer, E. A. ve Schmidlin, B. (1986), Art. 17 OR, N. 16, N. 17, ayrıca bkz. N. 20 vd.; Guhl, T. ve diğerleri (2000), § 12, N. 25. Sebebin borç tanımasında gösterilmiş olup olmamasına göre bu şekilde bir adlandırma yapıldığı hakkında bkz. Koller, A. (2009), § 24, N. 7; Schwenzer, I. (2015), Art. 17 OR, N. 5; Tekinay S. S. ve diğerleri (1993), s. 137.

[29] von Tuhr, A. ve Peter, H. (1984), s. 270; Sungurbey, İ. (1963), s. 40 vd.; Oğuzman, M. K. ve Öz, M. T. (2019), N. 657.

[30] Öğretide bu görüşü savunan yazarlar için bkz. Schönenberger, W. ve Jäggi, P. (1973), Art. 17 OR, N. 14, N. 17 vd.; Kramer, E. A. ve Schmidlin, B. (1986), Art. 17 OR, N. 21, N. 22; Schwenzer, I. (2006), Art. 17 OR, N. 6; Bucher E. (1998), s. 59-60; Guhl, T. ve diğerleri (2000), §12, N. 26; Koller, A. (2009), § 24, N. 29 vd., özellikle N. 37, N.

tanımasında ister söz konusu borcun kaynağını oluşturan temel borç ilişkisi gösterilmiş olsun, ister gösterilmemiş olsun asıl borcun kaynağını oluşturan temel borç ilişkisinden soyut bir borcun ortaya çıkmış olmayacağını ve bu şekilde borçlunun kanundan veya borç tanımasında aksinin düzenlenmesiyle ortaya çıkan istisnalar dışında temel borç ilişkisinden doğan savunmaları gerek alacaklıya gerek alacağı söz konusu alacaklıdan devralan üçüncü kişilere karşı temel borç ilişkisinden doğan savunmaları ileri sürebileceğini ve bu şekilde temel borç ilişkisinin borç tanımasında gösterilmediği durumlarda sadece borçlunun durumunun ağırlaşıp alacaklı bakımından bir ispat kolaylığının ortaya çıktığını kabul etmektedir.

Bu halde biz de sebebin gösterilmemiş olması durumunda yazılı borç tanımasının temel borç ilişkisinden bağımsız bir borç teşekkülüne neden olmayacağına; bu bağlamda sebep gösterilmiş olsun veya olmasın borçlunun gerek alacaklıya gerek alacağı devralan üçüncü kişilere karşı kural olarak temel borç ilişkisinden doğan savunmaları ileri sürebileceğine ve bu şekilde yazılı borç tanımasının sebep gösterilmese bile temel borç ilişkisinden bağımsız bir borç ortaya çıkarmadığına, temel borç ilişkisine yer verilmemiş yazılı borç tanımasının sadece borçlunun ispat yükünü ağırlaştıracağı görüşüne katılmaktayız. Ancak borç tanımasında borçlunun temel borç ilişkisinden doğan savunmaları alacaklıya ve alacağı devralan üçüncü kişilere karşı ileri sürebilme imkânın kanundan doğan istisnaları bulunduğu gibi[31], borçlu, borç tanımasında, açık bir şekilde, temel borç ilişkisinden doğan belli bir savunmayı yahut bazı savunmaları veya hiçbir savunmayı ileri sürmeyeceği hususuna yer verebilir.[32]

39; Schwenzer, I. (2006), N. 3.48; Berger, B. (2008), N. 278; Kılıçoğlu, A. M. (2020), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, s. 78, s. 79; Hatemi, H. ve Gökyayla, E. (2017), § 6, N. 10; Tekinay, S. S. ve diğerleri (1993), s. 140-141.

[31] Kanundan doğan istisnaların başında Türk Borçlar Kanunu'nun 19'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında belirtilen durum gelmektedir. Buna göre borçlu yazılı bir borç tanımasına güvenerek alacağı kazanmış olan (madde metninde belirtilmemekle birlikte bu borç tanımasına güvenmesi üzerinden iyiniyetli olan) üçüncü kişiye karşı, bu işlemin (ve aslında borç tanımasının) muvazaalı olduğunu ileri süremez. İsviçre Federal Mahkemesi söz konusu hükmü beyaza imza yoluyla oluşturulan senetler için de kıyasen uygulamaktadır (Bkz. BGE 88 II 422, s. 428, Wiegand, W. (2015). Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, Art. 18 OR, N. 135'ten naklen). İlgili hükmün kıyasen uygulanmasıyla, beyaza imza yoluyla oluşturulan bir senetten alacağı iyiniyetle devralan kişiye karşı borçlu, imzanın üst kısmının gerçek durumu yansıtmadığını ileri süremeyecektir.
İsviçre Federal Mahkemesi'nin, İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 19'uncu maddesinin 2'nci fıkrasını karşılayan 18'inci maddesinin 2'nci fıkrasını kıyasen beyaza imza yoluyla oluşturulmuş senetler bakımından da kabul edilmesine ilişkin bu notta belirtilen kararlarındaki kabulüne ilişkin tartışmalar için bkz. *ibid*, Art. 18 OR, N. 136; Jäggi, P. ve Gauch, P. ve Hartmann, S. (2014). Obligationenrecht, Art. 18 OR - Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation, Zürcher Kommentar, Zürich: Schulthess, Art. 18 OR, N. 279. Yine önemli bir diğer istisna Türk Borçlar Kanunu'nun 183'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, sözleşmedeki devir yasağını içermeyen yazılı borç tanımasından alacağı iyiniyetle (kanun metninde aynı anlama gelecek şekilde 'borç tanımasına güvenerek') devralan üçüncü kişiye karşı borçlu sözleşmedeki devir yasağı nedeniyle alacağın devredilemeyeceğini ve bu bağlamda devir işleminin geçersiz olduğunu ileri süremez. Yine kıymetli senetlerde de, borçlu senetteki borcun kaynağını oluşturan temel borç ilişkisinden doğan ve senet metninden anlaşılamayan savunmaları senetteki alacağı kıymetli senetlere özgü yollarla devralan kişiye karşı ileri süremez. (Örnek olarak bkz. TTK m. 659, m. 825.)

[32] Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde borçlu, alacaklıyla bu yönde yaptıkları anlaşmaya uygun olarak, temel borç ilişkisinden doğan bazı savunmaları veya bütün savunmaları gerek alacaklıya gerek alacağı devralan üçüncü kişilere

Önemle belirtilmelidir ki bu halde temel borç ilişkisinden doğan bir savunmanın veya bazı savunmaların ileri sürülmesinden vazgeçilmesi söz konusudur ki bunun, borç tanımasının tümüyle temel borç ilişkisinden soyut hale getirilmesinden ayırt edilmesi gerekir. Öğretide bu anlamda borç tanımasının konulan bir kayıtla temel borç ilişkisinden tümüyle soyut hale getirilebileceği ileri sürülmektedir[33]. Bizim de katıldığımız diğer görüş[34] bu hususu reddetmektedir.

Kanundan veya bu şekilde taraflar arasındaki ilişki çerçevesinde borçlunun borç tanımasında temel borç ilişkisinden doğan belli bir veya bazı yahut bütün savunmaları ileri sürmekten vazgeçtiğini geçerli şekilde belirtmesiyle ortaya çıkan bir istisnanın varlığında borçlu, alacaklıya yahut alacağı o kişiden devralmış üçüncü kişilere karşı temel borç ilişkisinden doğan ilgili savunmayı yahut savunmaları ileri süremez.

V. Sonuç

Bu çerçevede kazandırıcı işlemin sebebi olarak "sebep" kavramı ile tasarruf işleminin kendisinden önce gelen taahhüt işlemiyle olan ilişkisi bağlamında "sebep" kavramı ve en nihayetinde senede bağlanmış bir alacak hakkı bakımından bu alacağın doğduğu temel borç ilişkisini ifade etmek üzere kullanılan "sebep" kavramı esasen birbirinden farklı hususlardır. Sebep kavramının bu şekilde farklı hususlar için kullanılmasının da etkisiyle kavrama ilişkin olarak yapılan açıklamalar birbirinden son derece farklıdır ve yaklaşık olarak dahi olsa belirli bir tanıma ulaşmak pek de mümkün görünmemektedir[35].

KAYNAKÇA

Berger, B. (2008). Allgemeines Schuldrecht. Bern: Stämpfli Verlag.

karşı ileri sürmeyeceğine ilişkin bir beyana borç tanımasında yer verebilir ve bu halde artık borçlu, gerek alacaklıya gerek alacağı devralan üçüncü kişilere karşı temel borç ilişkisinden doğan ilgili savunmaları ileri süremez. Benzer ifade için bkz. Kramer, E. A. ve Schmidlin, B. (1986), Art. 17 OR, N. 26; Guhl, T. ve diğerleri (2000), § 12, N. 27; Bucher, E. (1998), s. 57.

Kramer/Schmidlin, bu tür bir beyanın altında yatan anlaşmanın İsviçre Borçlar Kanunu'nun, Türk Borçlar Kanunu'nun 27'nci maddesini karşılayan 19'uncu ve 20'nci maddeleri çerçevesinde hukuka veya ahlâka aykırı olması durumunda, borçlu bakımından temel borç ilişkisinden doğan ilgili savunmayı veya savunmaları ileri sürebilme imkânının devam edeceği hususuna dikkat çekmiştir. Bkz. Kramer, E. A. ve Schmidlin, B. (1986), Art. 17 OR, N. 26.

33 Kut, A. (2016). Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen. Zürich Basel Genf: Schulthess, Art. 17, N. 9.

34 Schönenberger, W. ve Jäggi, P. (1973), Art. 17 OR, N. 21 vd.; Kramer, E. A. ve Schmidlin, B. (1986), Art. 17 OR, N. 28 vd.; Schwenzer, I. (2006), Art. 17 OR, N. 13.

35 Kummer, M. R. (1942). Beiträge zur Lehre von der *causa*, insbesondere bei der Abtretung und beim Erlass von Forderungen. Bern: Verlag von Stämpfli & Cie. s. 1, s. 21. *Kummer*, bu eserinde, bu konuya ilişkin geniş açıklamalarda bulunmuştur. Benzer açıklamalar için bkz. Moecke, H-J. (1962). Kausale Zession und Gutgläubiger Forderungserwerb, Ein Beitrag zur Überwindung des Abstraktionsprinzips. Freiburg: Universitätsverlag Freiburg Schweiz, s. 11-12. Öğretide *Bucher* de "sebep"in bu şekilde farklı hususlar için kullanıldığını ve bu bağlamda sebep konusunda öğretide genel itibariyle öteden beri bir kafa karışıklığının bulunduğunu ifade etmektedir. Bkz. Bucher, E. (1988), s. 52. Bkz. ayrıca Ozanemre Yayla, H. T. (2019), Alacağın Devri İşleminin Geçerliliği ve Sebeple Olan İlişkisi (İllîliği). Ankara: Yetkin Yayınları.

Bucher, E. (1988). Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht. Zürich Basel Genf: Schulthess.

Eren, F. (2021), Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Yetkin Yayınları.

Gauch, P. ve Schluep, W. R. ve Schmid, J. (1998). Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I. Zürich: Schulthess

Guhl, T. ve diğerleri (2000). Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, Zürich: Schulthess.

Gümüş, M. A. (2021). Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri. Ankara: Yetkin Yayınları.

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

Honsell, H. (2005). Tradition und Zession – kausal oder abstrakt?, Norm und Wirkung – Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, Bern-München: Stämpfli, Beck.

Jäggi, P. ve Gauch, P. ve Hartmann, S. (2014). Obligationenrecht, Art. 18 OR - Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation, Zürcher Kommentar, Zürich: Schulthess.

Karlı, Ö. (2008). Sebebi Gösterilmeyen Borç Tanıması (Mücerret Borç İkrarı BK m. 17). İstanbul: Vedat Kitapçılık Yayınları.

Kılıçoğlu, A. M. (2020), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları.

Kocayusufpaşaoğlu, N. vd. (2017). Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, I. Cilt. İstanbul: Filiz Kitabevi Yayınları.

Koller, A. (2009). Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht. Bern: Stämpfli Verlag.

Kramer, E. A. ve Schmidlin, B. (1986). Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Berner Kommentar Band/Nr. VI/1/1. Bern: Stämpfli Verlag.

Kummer, M. R. (1942). Beiträge zur Lehre von der causa, insbesondere bei der Abtretung und beim Erlass von Forderungen. Bern: Verlag von Stämpfli & Cie.

Kut, A. (2016). Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen. Zürich Basel Genf: Schulthess.

Moecke, H-J. (1962). Kausale Zession und Gutgläubiger Forderungserwerb, Ein Beitrag zur Überwindung des Abstraktionsprinzips. Freiburg: Universitätsverlag Freiburg Schweiz.

Oğuzman, M. K. ve Öz, M. T. (2019). Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, İstanbul: Vedat Kitapçılık Yayınları.

Ozanemre Yayla, H. T. (2019), Alacağın Devri İşleminin Geçerliliği ve Sebeple Olan İlişkisi (İllîliği). Ankara: Yetkin Yayınları.

Rey, H. (2000). Die Grundlagen des Sachenrechts, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts Bd. I, Bern: Stämpfli Verlag.

Schönenberger, W. ve Jäggi, P. (1973). Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürcher Kommentar V. Band: Obligationenrecht, Teilband V 1a; Allgemeine Einleitung, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR, Kommentar zu den Art. 1-17 OR. Zürich: Schulthess.

Schwenzer, I. (2006). Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil. Bern: Stämpfli Verlag.

Schwenzer, I. (2015). Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag.

Serozan, R. (2017). Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku. İstanbul: Vedat Kitapçılık Yayınları.

Stadler, A. (1996). Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).

Sungurbey, İ. (1957). Borç İkrarı ve Borç Vaadi. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası.

Sutter-Somm, T. (2007). Dinglicher Vertrag und dingliche Einigung im schweizerischen Privatrecht. ZGB gestern – heute – morgen, FG zum schweizerischen Juristentag. Zürich: Schulthess

Tekinay, S. S. vd. (1993). Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul: Filiz Kitabevi Yayınları.

von Tuhr, A. ve Peter, H. (1984). Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band I (mit Supplement). Zürich: Schulthess.

Wiegand, W. (2015). Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag.

İŞ KAZASINDA TAKSİR DEĞERLENDİRMESİ

Prof. Dr. Levent AKIN[1]

I. Giriş

İş kazalarının sebep olduğu zararların en büyüğü, insan sağlığı üzerinde gerçekleşmektedir. Dünyada ve ülkemizde iş kazaları sonucunda çok sayıda işçi, yaralanmakta, sakat kalmakta ya da yaşamını yitirmektedir. İş kazalarının sebep olduğu bu zararların hukuki anlamda telafisi, özel hukuk hükümleriyle mümkün olabilmektedir. Hem Sosyal Güvenlik Kurumu hem de sorumlu işveren, iş kazasının sebep olduğu maddi zararları gidermektedir. Bununla birlikte aynı kaza, Türk Ceza Kanunu anlamında bir suça da sebebiyet vermektedir. Zira iş kazası sonucunda ortaya çıkan yaralanma ya da ölüm, Türk Ceza Kanunu anlamında taksirle yaralama ve taksirle öldürme suçlarına neden olmaktadır.

Taksir kavramı ceza hukukunun en temel kavramlarından biri olmakla birlikte, 2004 yılında değiştirilen Türk Ceza Kanunu, bu konuda bazı önemli yenilikler getirmiş ve suça etki eden unsurların analizinde önemli gelişmeler sağlamıştır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile tesis edilen bu önemli yapılanmanın ardından, taksir gerek içeriği gerek sonucu itibarıyla ciddi bir değişim yaşamıştır. Söz konusu yeni hukuki yapı doğrudan iş kazalarını hedeflemese de, en ciddi sonuçlarını bu alanda göstermiştir. Ülke medyasına yansıyan trajik çok sayıda iş kazası, yeni yasal yapıların uygulanmasına yol açmış, geçmişe oranla çok daha yüksek cezalar uygulanmıştır.

Söz konusu yapıların kullanıldığı 2004 sonrası dönemde, her ne kadar cezaların caydırıcılığında bir artış sağlanmış olsa da, bu hukuki yapıların yorumu gerek yargıda gerek öğretide sürekli gündem oluşturmuştur. Özellikle taksir türleri, iş hukukuna özgü yapılar olmadıklarından, iş kazalarında ne şekilde uygulanmaları gerektiği yıllardır tartışılmaktadır.

Bu çalışma, iş kazalarının suç olarak nitelendirilmesine yol açan "taksir" kavramını konu almakta ve taksirin iş hukuku bağlamında ne şekilde yorumlanması gerektiğine ilişkin değerlendirmelere yer vermektedir. Böylelikle, bir ceza hukuku kavramı olan "taksir"in, iş hukukunun özgün yapılarından ne şekilde etkilenebileceğini tespit etmeyi amaçlamaktadır.

II. Genel Olarak Basit Taksir

Ceza hukuku uygulamasında (basit) taksir, bilmeden ve istemeden zarar vermek olarak ifade edilir. Türk Ceza Kanununda ise taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne

[1] Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Orcid: 0000-0002-7543-3164

aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir şeklinde tanımlanmıştır (TCK. 22).

Hükmün gerekçesine göre taksirli suçların belirgin özelliği, icrai veya ihmali şekilde olabilen iradi hareketin varlığı ve kanunî tanımda yer alan unsurlardan birinin öngörülmemiş olmasıdır. Bu öngörmemenin de, "gerekli dikkat ve özen" yükümlülüğüne aykırılık şeklinde ortaya çıkması gerekir. Diğer bir deyişle taksirli fiili işleyen fail, gerekli dikkat ve özeni göstermediği için kanunda tanımlanmış olan neticenin gerçekleşeceğini öngörememiştir. Dolayısıyla taksir, bir dikkat ve özen yükümlülüğü ihlalidir. Faili suçlu kılacak olan, onun bu davranışıdır. Ayrıca, dikkat ve özen yükümlülüğünün belirlenmesinde, failin kişisel yetenekleri göz önünde bulundurulmamakta, objektif esastan hareket edilmektedir.

Esasen taksir, bir fiilin icra edilme şeklidir. Fail bu tür bir fiili işlerken, bu fiilin sonuçlarını öngörmeden hareket eder. Zira öngörerek hareket etmesi halinde, fiilin nitelendirmesini tümüyle değişir ve sebep olacağı ceza ağırlaşır. O nedenle Ceza Kanununda fiilin sonuçlarını öngörmeden hareket ederek zarara neden olan kişinin bu fiili basit taksir sayılırken, öngörerek zarar neden olması bu kapsamda görülmemiştir. Özelliğine göre bu tür filler, aşağıda da dile getireceğimiz üzere, *bilinçli taksir* ya da *olası kast* olarak nitelendirilmiştir.

III. İş Kazalarında Basit Taksir

İş ilişkilerinde taksir, iş kazası ve meslek hastalıkları bağlamında gündeme gelir. İşyerlerinde iş kazası ya da meslek hastalığı sonucu beden bütünlüğü ihlal edilen ya da vefat eden işçilerin maruz kaldığı bu olaylar, taksirli ölüm ya da yaralama suçuna da neden olur.

Bu durum, bir ceza hukuku kavramının, iş hukuku bağlamında yorumunu zaruri kılmaktadır. Zira davranış kurallarının ihlal olarak görülen taksirli eylemlerin, iş hukukunda hangi kuralların ihlali halinde ortaya çıkacağı açıklığa kavuşturulmalıdır.

Hukukumuzda iş kazası ve meslek hastalıklarını önleyecek tedbirler ile bu tedbirlerin sorumluları, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda düzenlenmiştir. 6331 sayılı bu kanun, işyerlerinde işin görülmesinde görev alan hemen herkese uymaları gereken yükümlülükler getirmiştir. İşveren, işçi, iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi ve alt işveren söz konusu yasada ayrı ayrı düzenlenmiştir.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda yer verilen bu yükümlülüklerin birincil etkisi, İSG önlemlerinin alınmasını sağlayarak kazaların oluşmasını önlemek olsa da ikincil etkisi, kazaların sorumlularının belirlenebilmesine imkan vermektir. Zira yasal yükümlülüğünün gereğini yapmayan kişi, ister işçi ister işveren olsun, sebep olduğu zarardan kural olarak sorumlu tutulabilmektedir.

Bu şartlar altında, ceza hukukunda ihlaline taksir yaptırımı uygulanan davranış kurallarının, iş hukukundaki karşılığının iş sağlığı ve güvenliği mevzuatındaki kurallar olduğunu söylemeye bir engel yoktur. Diğer bir deyişle genel esası İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda yer alan ve ayrıntıları ona bağlı ikincil mevzuatta düzenlenen

yükümlülüklerin ihlali bir zarara neden olduğunda, onu ihlal edenlerin bu filleri taksirli bir eylem niteliği kazanmaktadır.

O halde iş kazalarında (basit) taksir genel olarak, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına aykırı eylemleri ifade eder. Söz konusu taksirin düzeyi ise, 6331 sayılı yasanın işveren ve işçiye getirdiği yükümlülüklerin içeriğine göre belirlenir. Nitekim 6331 sayılı yasanın işverene ilişkin yükümlülükleri düzenleyen 4.maddesinde yer alan şu hüküm, işverenin yükümlülüğünün kapsamının ne denli geniş olduğunu ortaya koymaktadır. Buna göre işveren; "…*Mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dâhil her türlü tedbirin alınması, organizasyonun yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapar…*" (m.4/a)

Yukarıda da belirttiğimiz gibi taksir, fiilin icra edilme şeklidir. Basit taksirde fail, sonuçlarını bilmeden ve öngörmeden bir fiil icra ederek zarara/suça sebebiyet verir.

Kanımızca, ülkemizdeki iş kazaları dikkate alındığında, bu iş kazalarının büyük çoğunluğunda basit taksirden söz edebilmek güçtür. Zira bu iş kazalarının büyük çoğunluğunda işverenin, bilmediği ve öngöremeyeceği bir kazayla karşılaştığını iddia edebilmesi, hatta bunu ispatlayabilmesi mümkün değildir. Çünkü ülkemizdeki iş kazalarının neredeyse hemen hepsi, belirli sektörlerde yoğunlaşmaktadır. Dahası bu kazaların ekseriyeti birbirinin kopyası niteliğindedir. Bir inşaat ya da tersanede yüksek düşmeyi, bir madende grizu patlamasını, tavan çökmesini ya da su baskınını, bir enerji nakil hattında akıma kapılma ya da yüksekten düşmeyi, bir mobilya fabrikasında el ya da kol kesilmesini, bir dökümhanede ya da matbaada elin prese kaptırılmasını, bir kimya fabrikasında zehirli gaz solunmasını ya da asitle teması öngörmemek mümkün olmasa gerekir. O sebeple günümüzde, iş kazalarında basit taksirle karşılaşabilme ihtimali oldukça düşük görünmektedir.

IV. İş Kazalarında Bilinçli Taksir ve Olası Kast

İş kazası sonucu ortaya çıkan ölüm ve yaralanmalar, sadece basit taksir olarak değil, bilinçli taksir ve olası kast ile işlenmiş bir suç olarak da nitelendirilebilir.

Türk Ceza Kanununa göre, kişinin öngördüğü sonucu istememesine karşın, sonucun meydana gelmesi halinde bilinçli taksir olduğu kabul edilir (m.22). Buna öngörülü ya da şuurlu taksir de denilmektedir[2]. Nitekim yasanın gerekçesine göre de *"Bilinçli taksiri basit taksirden ayıran özellik, fiilin neticesinin failce fiilen öngörülmüş ve fakat istenmemiş olmasıdır."*

Basit taksirde fail sonucu öngörmediği ve istemediği halde, bilinçli taksir halinde sonuç fail tarafından öngörülmüştür ancak istenmemiştir. Fakat gereği de yapılmamıştır. Ancak ceza hukuku öğretisinde bazı yazarlar bilinçli taksir içindeki failin bu durumuna

[2] Bkz. Toroslu, syf.207. Demirtaş, syf.357 vd. Centel/ Zafer/ Çakmak, syf.405 vd. Bu konudaki görüş ve tartışmalar için bkz. Artuk/ Gökcen/ Yenidünya, syf.606 vd.

rağmen gereğini yapmış olduğunu kabul etmektedir[3]. Ancak bilimsel incelemelerde, bilinçli taksir değerlendirmelerinde failin gereğini yapıp yapmadığından çok, sonucu istemiş olup olmadığı ile ilgilenilmektedir.

Yüksek Mahkeme Ceza Genel Kurulu söz konusu ayrımı şu şekilde yapmıştır[4]; "…*Basit taksir ile bilinçli taksir arasındaki ayırıcı ölçüt; taksirde failin öngörülebilir nitelikteki neticeyi öngörememesi, bilinçli taksirde ise bu neticeyi öngörmüş olmasıdır. Bilinçli taksirde, neticenin gerçekleşmesini istemeyen fail, hareketinin tipe uygun ve hukuka aykırı bir sonuca neden olabileceğini öngörmesine rağmen, hareketine devam ederek istemediği zararlı neticeyi meydana getirmektedir. Hukuka aykırı neticeyi öngördüğü hâlde gerçekleşmeyeceğine güvenen ve bu güvenle hareketini sürdüren failin söz konusu güveninin dayanağı; şans, bilgi, beceri, yetenek, tecrübe gibi çeşitli etkenler olabilir. Bilinçli taksirde meydana gelen netice, fail tarafından öngörüldüğü hâlde istenmemiştir. Gerçekten fiilinin kanunda suç olarak düzenlenen bir neticeye sebebiyet verebileceğini öngördüğü ve bu neticeyi istemediği hâlde, sırf şansına veya başka etkenlere, hatta beceri veya bilgisine güvenerek hareket eden kimsenin hâli, bunu öngörmemiş bulunan kimsenin durumu ile bir tutulamayacağından ve neticeyi öngören kimse, ne olursa olsun bu sonucu meydana getirecek bir harekette bulunmamakla yükümlü olduğundan, 'neticenin fail tarafından öngörülmesi' ölçü alınarak basit ve bilinçli taksir ayrımına gidilmiştir*."

Basit taksirde sonuçları öngörülmeyen, bilinçli taksirde ise öngörülen eylemin sonuçları, fail tarafından istenmez. Buna karşılık bilinçli taksir halinde öngörülen sonuca kayıtsız da kalınırsa, bu defa eylem bilinçli taksir düzeyini de aşarak olası kast olarak nitelendirilir.

Bilinçli taksir ile olası kastın iş kazalarında birbirinden ayırt edilmesi güçtür. Uygulamadaki çoğu olayda da, failin sonucu öngörmüş olmasının bilinçli taksir mi yoksa olası kast mı olarak nitelendirileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. O sebeple bu noktada kısa bir ayrım yapmak yararlı olur.

Bilinçli taksirde fail hareketi iradi olarak yapar ve sonucun meydana gelebileceğini de öngörür. Fakat *gerçekleşmesini istemez*. Bu noktada iradenin sonucu kapsamadığından söz edilir.

Buna karşılık olası kastta fail, sonucun meydana gelmesini *göze almıştır*. Bu açıdan iradesi, sonucu da kapsamaktadır. Fail, somut olayın koşullarına göre sonucun

---

[3] Buna göre, bilinçli taksirde, kastta olduğu gibi neticenin öngörülmesi söz konusudur fakat failin, genel hatlarıyla öngördüğü sonucun somut olayda gerçekleşmeyeceği inanç ve kanaatini taşıması, neticenin iradi olmadığını gösterir. Zira fail genel olarak öngördüğü hukuka aykırı neticenin meydana gelmesini istemez ve gerçekleşmemesi için gerekeni yapar. Örneğin kalabalık caddede süratli araç kullanan şoför, genel olarak bir kimseye çarpabileceğini öngörür, düşünür, ancak somut olayda kendi yeteneğine güvendiğinden bu sonucun doğmayacağına inanır, gerçekleşmesini de istemez. Nitekim zararlı sonucun gerçekleşme ihtimalinin varlığını kabul ettiği anda, hareketi yapmaktan, arabayı sürmekten vazgeçer (Artuk/ Gökcen/ Yenidünya, syf.608).

[4] Yarg.CGK. 25.06.2020, 2018/12-135, 2020/317

meydana gelebileceğini düşündüğü halde hareketinden vazgeçmeyerek sonucu göze almışsa, failin bu *sonucu istediğinden* ve ortada olası kast bulunduğundan söz edilir. Bilinçli taksir halindeyse sonuç öngörülmüş ancak istenmemiştir. Buna karşılık, olası kastta sonuç iradidir. Fail somut olayda sonucun gerçekleşmeyeceğine inanmış ve failin yeteneği, deneyimi gibi bu inancını haklı gösterecek koşullar bulunmuşsa, bilinçli taksir vardır. Failin bu inancını haklı gösterecek koşullar yoksa olası kasttan söz edilir[5].

Ceza hukukunun bilinçli taksir-olası kast ayrımı için getirdiği bu ölçütünün iş ilişkileri bağlamında ne şekilde uygulanması gerektiğini netleştirmekte yarar görüyoruz.

Kanımızca iş kazalarında bilinçli taksir-olası kast ayrımı yapılırken, işverenin tutumu özellikle incelenmelidir. Zira bu değerlendirmede işvereni kayıtsızlığa iten gerekçe büyük önem taşımaktadır. İş kazası olacağını öngörmesine rağmen işverenin kayıtsız kalmasına neden olan anlayış, işyerinde daha önce hiç kaza olmamış olması ise bu anlamlı olabilir. Zira işveren "bende kaza olmadı" ya da "bende böyle bir kaza olmadı" diye düşünüp önlemlerde kayıtsız kalıyorsa ve bu durum gerçekten de böyleyse, söz konusu eylemi bilinçli taksir düzeyinde görebilmek mümkün olur.

Buna karşın işverenin önlem alma konusundaki kayıtsızlığına rağmen, işyerinde daha önce bu veya benzeri kazalar olduysa, kaza olmadığı halde kaza ihtimali konusunda uyarıcı İSG denetim raporları varsa ya da soruna dikkat çeken müfettiş raporları bulunuyorsa yahut bu tür kazalara "ramak kala" tespitleri yapılmışsa, söz konusu kayıtsızlık makul karşılanamaz. Bu halde ise işverenin söz konusu eylemi, bir iş kazası halinde olası kast olarak nitelendirilmelidir.

V. İş Kazalarında Taksirin Sorumluluğa Etkisi

İş kazalarında taksirin tespiti, bu taksirin gerçek sorumlusu tespit edilmedikçe cezaya neden olmaz. Diğer deyişle iş kazasına sebep olan eylemi icra eden failin taksirli sayılabilmesi, sorumlunun da o kişi olacağı anlamına gelmez. İş hukukunun iç dinamikleri, çalışma yaşamının gerekleri ve karmaşık işyeri işleyiş organizasyonları, daha rafine bir irdelemeye ihtiyaç duyar.

Taksir, fiilin icra edilme şekli olduğu için, taksirli fiili işleyen failin cezalandırılabilmesi için yeterli olmaz. Cezalandırabilmek için failin kusurlu sayılabilmesi de gerektirir. Failin kusurlu görülebilmesi için ise, uyması gereken davranış kurallarını ihlal etmiş olması aranır. Bu davranış kuralları ise iş hukuku bağlamında, onu muhatap alan İSG düzenlemeleridir. Dolayısıyla failin kusurlu görülebilmesi için uyması gereken kuralları ihlal etmeli ve bu ihlal de kazaya neden olmalıdır.

İşyerlerinde işveren, işveren vekili ya da işçiler, iş kazasına neden olabilirler. O sebeple iş sağlığı ve güvenliği mevzuatı, sadece işverenlerin değil, işçilerin uymaları gereken kuralları da içermektedir. Bu kurallar, ceza hukuku bağlamında davranış kurallarıdır. İlgililere yükümlülük getiren bu kuralların (hükümlerin) ihlali, o kişiler için kusur olarak tanımlanmaktadır. Bu da o kişilerin sorumluluğunu doğurmaktadır.

---

[5] Centel/ Zafer/ Çakmak, syf.406.

Bununla birlikte, (taksirli) eylemiyle iş kazasına neden olan kişi işçi olduğunda, işlediği bu suç nedeniyle cezalandırılması, yetki ve ehliyetinin de değerlendirilmesini zaruri kılar. Zira alınması gereken İSG önlemlerini alabilme yeteneği olmayan, bu konuda gereken donanıma sahip olmadığı gibi eğitim de almamış olan bir işçi ya da işveren vekilinin, salt görev tanımında olan bir yükümlülüğü ihlal etmiş olması, onu kusurlu saymak için yeterli olmaz. Sorumlu tutulabilecek kişi, gerekli İSG önlemlerini alabilecek yetkinliğe sahip, bu konuda işverence yetkilendirilmiş bir kişi olmalıdır. Aksi halde, salt işverenin yaptığı görev tanımları ile sorumlu tayini mümkün olur ki bunu kabul edebilmek mümkün değildir. Cezai sorumlulukta buna izin verilemez.

O sebeple taksirli bir eylemi ile iş kazasına neden olan fail bir işçi ya da işveren vekili ise, kazadan sorumlu tutulabilmesi, sorumlu olabilme ehliyetine sahip olmasına bağlıdır. Yetkin ve yetkili olmayan çalışanların, kazayı önleme kabiliyetine sahip olmamaları, sorumluluğu onlar üzerinde değil, işveren üzerinde bırakır. Zira işverenden beklenen, yetki delegasyonunu doğru yapabilmektir. Yetkin olmayan kişileri görevlendirmek, onların yetkilerini kısıtlamak, sorumluluğun kendi üzerinde kalmasına neden olur.

Bu durum karşısında bir iş kazasında bu kazaya sebep olanların eylemlerinin taksirli eylem olarak tavsifi, onların sorumlu (suçlu) sayılmasına yeterli olmaz. Gerçek failin tespiti için, yetkilendirmenin doğru yapılması, yetkilendirilen kişinin bu yetkiyi kullanabilecek vasfa sahip olması, gereken eğitimleri almış bulunması ve kazayı engelleyebilecek önleyici kararları alabilecek yetkilendirmeye sahip bulunması gerekir. Aksi halde salt kağıt üzerinde yapılmış ancak işlevsiz yetkilendirmeler, işveren üzerindeki sorumluluğun delagasyonuna izin vermez. Sorumluluk bu yapıyı doğru kuramayan işveren üzerinde kalır[6].

KAYNAKLAR:

Levent Akın, İşyerlerinde ve İşletmelerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hiyerarşisi, SGD, Aralık 2017, syf.9-32.

Mehmet Emin Artuk/ Ahmet Gökcen/ A. Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006

Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku, Genel Kısım, Ankara 2006,

Nur Centel/ Hamide Zafer/ Özlem Çakmak, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2006,

Timur Demirtaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007,

[6] İşyerlerindeki İSG yapılandırması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Levent Akın, İşyerlerinde ve İşletmelerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hiyerarşisi, SGD, Aralık 2017, syf.9-32.